שו״ת · אחרונים

אמת מארץ (דוויק)

רבי שאול עזרא דוויק הכהן

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

אמת מארץ (דוויק)

רבי שאול עזרא דוויק הכהן

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/אמת-מארץ-דוויק/
הקובץ נוצר ב־16 בנובמבר 2026 מגרסה v38-202611161024 של הספרייה.

תוכן העניינים

הקדמת נכד הרב המחבר בשפה ברורה
מדבר 4
אמת מאר"ץ למוהרשד"ך 6
סימן ב 34
סימן ג 67
סימן ד 75
סימן ה 80
סימן ו 87
סימן ז 95
סימן ח 106
סימן ט 112
סימן י - ש"ע חו"מ סימן רה ס"א 124
סימן יא 139
סימן יב 141
סימן יג 148
סימן יד 151
סימן טו 164
סימן טז 166
סימן יז 169
סימן יח 174
סימן יט 175
סימן כ 178
סימן כא 180
סימן כב 181
סימן כג 183
סימן כד 186
סימן כה 188
סימן כו 201
סימן כז 205
סימן כח 209
סימן כט 210
סימן ל 217
סימן לא 221
סימן לב 223
סימן לג 230
סימן לד 233
סימן לה 235
סימן לו 240
סימן לז 246
סימן לח 251
סימן לט 255
סימן מ 257
סימן מא 262
סימן מב 266
סימן מג 269
סימן מד 274
סימן מה 277
סימן מו 287
סימן מז 291
סימן מח 298
סימן מט 300
סימן נ 303

הקדמת נכד הרב המחבר בשפה ברורה מדבר.

ישתבח הבורא ויתעלה היוצר. אשר הפליא חסדו אלי, ומה אשיב ע"כ תגמולוהי עלי, אודה לה' ע"כ טוב אשר גמלני שהחייני וקיימני ולישוב באה"ק זיכני ולירושת"ו הנחני לשבת בישיבה של תורה זכה וברה, עד כה עזרני להוציא לאור את הספר הקדוש אמת מאר"ץ אשר מדי חופשי באמתחתי אינה ה' לידי איזה עלין שירי שיריים שנמצאו בבית גנזי מכתיבות הרמ"ז הרה"ג הגאון המפורסם סיני ועוקר הרים ר"מ ור"מ בעיר של סופרים על אר"ץ רבה כקש"ת שאול דוויך הכהן זצוק"ל, ולמפורסמות אין צריך ראיה לספר בשבחו של הרב המחבר נודע שמו בשערים ומרגלא בפומייהו רבנן אילי האר"ץ כל משנה ששנאה רבי הלכה כמותו ואת גודל צדקותי וחסידותו ועומק חריפותו בים התלמוד והפוסקים נודע מחבוריו ובאו הסכמותיו בספר מר ואהלות למהר"א ענתבי זצ"ל. וכאשר בהיותי נער זכיתי לראות את חבורי הרמ"ז הנפלאים והנשגבים תחת יד בן דודי המנוח החה"ש כמהר"ר שאול יוסף דוויך הכהן נ"ע. והם קובץ גדול של שו"ת וגם חבור גדול על כמה מסכתות מהש"ס וגם חבור נפלא על ש"ע ח"מ בסדר נאה כסדר ס' אורים ותומים, וגם היה תחת ידי חבור על מרן בית יוסף ושטה על מס' כתובות ובבא מציעא וגם ספר פירוש גדול על הרא"ם ז"ל, וכל ימי הייתי מצטער מתי יבוא לידי ענין זהו אקיימנו להוציא לאור מכתיבות הרב המחבר, להיות שפתותיו דובבות בקבר, והן בעון מרוב התלאות וטלטולא דגברא קשה נאבדו רוב כתיבותיו ולא שזפתם עין רואי וזה השאיר לי ה' לפליטה איזה עלין מקוטעים אשר מרוב הזמן נטשטשו ועש אכלם ואני בעוניי מדוכא ביסורין ומצוקי הזמן כתרוני ומכמה הרפתקי דעדו עלי כידוע לכל באי שער עירי לא יכולתי להגיהם ולהעתיקם כראוי ובעמל וטורח רב וברבות הימים עד אשר יכולתי לחבר את העלין ולקשר את הענינים והסדרים אחת לאחת כפי יכולתי ויד ה' הטובה עלי וע"כ באשר המצא תמצא לפעמים אחת מהתשובות ענין חסר ומשולל ההבנה ח"ו לנגיע בכבוד הרב המחבר, בי האשמה מידי היתה זאת כי הרבה חסר מן הספר וחסרון לא יוכל להמנות ועכ"ז לא נמנעתי מלהדפיס כל התשובה עבור חסרון דבר מה כי לא יבצר מהתשובה ענינים שלמים והלכות פסוקות ואין מדרש בלא חדוש ולפני מלכי מאן מלכי רבנן אשפוך תחנתי ובקשתי כל מאן דאית תחת ידו מהני כתבי דבי רב הגם דבלו רוב ככל דפי אפ"ה לא ימנע מלהשתדל לשילחם אלי היציאה לאור ולתקן מה שחסר מן הספר ולהשלים כמה מקומית שלא עלו יפה מחוסר הענינים וזכות קרב המחבר ותו' תגן בעדם ושכמ"ה אנס"ו:

עלי לחובה, לזכור לטובה, את כבוד חתני היקר והנעלה, לשם טוב ולתהלה, הגביר המרומם, אור יומם, אוהב התורה ולימדיה, עץ חיים היא למחזיקים בה ותומכיה, רצ"ו מולא שלמה ברוך צופיוף כ"ץ בן שרה יחי שמו לע"ל אשר הזיל כסף מכיסו להדפסת הספר הקדוש הזה לעילוי נשמת רבי אבה"ו החה"ש והכילל ענותן כהלל שבחיו מי ימלל, חזרן במצות ומחבב את התו' ולומדיה כמהר"ר מולא דוד צופיוף כ"ץ בן מזל תנצב"ה, יה"ר זכות הרב מר זקני הגאון המחבר וזכות תורתי הקדושה תעמוד לימינו למען חייהו, אורך ימים ישביעהו, וינטלהו וינשאהו, על גפי מרומי ההצלחות, ושובע שמחות, בצל"ח העודף בריא עדיף יראה זרע יאריך ימים, יבלה ימיו בטוב ושנותיו בנעימים ויפקד בפקודת ישועה ורחמים בזרע של קיימא בנים זכרים, זרע קדושים, נטיעות דומות לשרשים, ואתו עמו נשיו היקרות, נו"ב זו אשתו העדינה, האחת פנינה, ואשר ע"י השני"ת זוגתו היא בתי היקרה, מז הצעירה, ועל צבאם אמו הגברת, עטרת תפארת. היא אמו שרח תגיל בצאצאיה ותשמח, ואתם יחד גיסו המפואר ידיד נפשי שמעיה בן מזל הוא ונו"ב זו אשתו הגברת היקרה הכבודה והצנועה צביה בת שרח יחד כולם יחי שמם לעולם ככוכבים בהילם יהי שלום בחילם שלוה בגבולם יראו זרע יאריכו ימים עד ביאת הגואל משיח לישראל אנס"ו:

ולבני חמודי אישון עיני הרב וכו' החריף ובקי בנגלה ובנסתר אליהו דוויך הכהן הי"ו ונו"ב מרים הכבודה מב"ת אני אברכם למען ישמרם ויחייהם בזכות הרב המחבר מ"ז זצוק"ל וישלח לו פרנסה טובה וישמח בצאצאיו ויזכה לגדלם לתורה ולמצות ולחופה ויזכהו להגות בתורה לשמה ויקיים בנו מקרא שכתיב ודברי אשר שמתי בפיך לא ימושו מפיך ומפי זרעך מעתה ועד עולם, ולחתני היקר המשכיל ונבון ירא אלוקים וסר מרע דוד בן ביבי כ"ץ הי"ו יה"ר שיפתח לו ה' את אוצרו הטוב וישמור לו בניו הנעימים ואתו עמו זוגתו היא אסתר בתי היקרה שיזכה לגדיל בניה לחטו"ל ולא תהיה משכלה ועקרה אכי"ר. ולנות ביתי עקרת הבית הכשרה בנשים מ' רחל בת מזל ה' יזכיה להיות לי לעזר לעסוק בתורה ותזכה לשמוח בצאצאיה אכי"ר. ולהגבירים הרמים מבחר עצומים הנכבדים בעמם מולא משה אבופיוף, כ"ץ הי"ו ה' ישמור לו בניו הנעימים וע"י השני מולא זבולון צופיוף כ"ץ הי"ו ה' ישמרם ויחייהם וישמור להם בניהם הנעימים ובכל אשר יפנו ישכילו ויצליחו אכי"ר. ואל שמים אשא ידי אל נוכח הדביר והאולם, ושבו בנים לגבולם. כהנים בעבודתם ולוים בדוכנם וישראל במעמדם נאום החתם פה. עה"ק ירושלם ת"ו בש"א לח' סיון המוכתר בכתר תורה ש"ש הת"ר ושבעים לי' הצב"י **שאול**

דוויך הכהן ס"ט. בע"המ ס' אפה שלמה פירוש על ס' אוצרות חיים אשר חיברו הרב מהרח"ו ז"ל לרבנו האר"י ז"ל.

אמת מאר"ץ למוהרשד"ך

שאלה ע"מ שפסק מרן באה"ע סי' נ"ח וז"ל ציוו חכמים שיתן אדם מעט מנכסיו לבתו כדי שתנשא וזהו הנק' פרנסה עכ"ל מה הוא המעט שציוו ח' אם יש לו שיעור כל א' לפי שיעור ממוני ד"מ א' מעשרה או א' מעשרים. ב) עוד יש להסתפק אם כופין על דבר זה וחייב בו מדינא או מצוה בעלמא הוא ואם לא רצה לא כפינן ליה. ג) עוד יש להסתפק אם נפלו לה נכסים מבית אבי אמה או אם נתן לה אדם אחד מתנה שיעור אותו המעט שחייבו חז"ל לאביה ליתן לה בנדוניתה אם עדין מצות ח' רמיא עליה דאב כלל או אם נפטר אביה בכך. ד) אם אביה בעצמו נתן לה מתנה קודם שהגיעה לפרק הנושא בסתם ולא פי' לצורך נישואיה אם עדין מצווה ליתן לה לצורך נישואיה ופרנסתה או"ד במתנה שנתן לה קיים מצות חז"ל ונפטר במה שכבר נתן. ה) יש להסתפק אם נפלו לה נכסים מבית אבי אמה או אם נתן לה איש נכרי מתנה בחיי אביה ואח"כ מת אביה אם חייבים האחים ליתן לה עישור נכסים שתקנו לה רז"ל או"ד כיון שיש לה במה להינשא בו לא תיקנו רז"ל שיתנו לה עישור נכסים. ו) יש להסתפק אם אביה עצמו קודם שימות נתן לה קרקעות או מטלטלין במתנה ומת קודם שתינשא מי נימא דעדיין חייבים האחים ליתן לה עישור נכסים נוסף על המתנה או נימא כיון דנתן לה בחייו מנכסיו הרי יש לה להינשא ותו לא רמיא על האחים ליתן לה עישור נכסים בין שהמתנה מרובה או מתנה מועטת או כיון דקי"ל דבפרנסת הבנות שמין באב ואומדים דעתו אם היינו יודעים כמה הוא היה נותן לה אם היה חי כגון מריעיו ומיודעיו ונותנים לה. או אם השיא בת בחייו נותנים לזו כמו הראשונה ואם לא ידעינן דעתו ולא השיא בנות בחייו נותנים לה עישור נכסים אי חשבינן אותה המתנה שנתן לה אביה בחייו ומשלימים לה עליה בין היכא דידעינן דעתיה דאב בין היכא דהשיא בת בחייו או אם נוטלת המתנה שנתן לה אביה בחייו מלבד נדונייתה שתיקנו לה חז"ל. וכן יפול ספק זה באם נפלו לה נכסים בחיי אביה מאבי אמה ע"ד שנת' לעיל בספק זה דכוליה טעמא דתקינו לה רבנן עישור נכסי כדי שלא תתבזה והרי יש לה ממ"א. ז) יש לשאול אעפ"י שפי' שהמתנה שנתן לה היה לצורך נישואיה כיון שזכתה הבת באותה מתנה לגמרי קודם שמת האב מי נימא דאח"כ שמת האב חייבים האחים ליתן לה או לפי אומדנא או עישור נכסים או"ד כיון דנתן לה בפי' לצורך נדונייתה תו לא רמיא עליהו דאחים ליתן לה לצורך פרנסתה. ח) יש

לשאול אם נתן לה מתנה מועטת משיעור נדונייתה ופירש לה לצורך פרנסתה מי נימא דחייבים האחים להשלים לה על שיעור האומד או העישור או נימא דגלי דעתיה דאב דזהו דעתו מה שרצונו ליתן לה ולא יותר והוי כאומר אל יתפרנסו בנותיו מנכסיו יותר מסך זה ששומעין לו. ט) יש לשאול אם נתן לה במתנת ש"מ בלשון מתנה בפירוש או בלשון תטול אם תטול אותה המתנה מוסף על עישור נכסים נכסים או משלימין לה עם אותו הסך או נימא דאינה נוטלת אלא דוקא אותו סך שציוה ליתן לה אפי' יהיה פחות משיעור נדוניתה. יוד) אם נתן לה במש"מ ופירש לצורך נדוניתה מה דינה ע"כ לשון השאלות והספקות:

והנה על ענין שאלה הא' אשר שאלת בפרנסת הבת שתיקנו לה חז"ל כשאביה בחיים שכ' הרמב"ם בפ"ך מה' אישות וז"ל ציוו חכמים שיתן אדם מנכסיו מעט לבתו כדי שתנשא בו וזהו הנק' פרנסה עכ"ל ופסקו מרן ז"ל בשה"ט אה"ע סי' ח"ן אם אותו המעט שיעורו שוה לכל אדם לפי ממונו ד"מ א' מיו"ד או א' מכ' שיש לו או אין לו שיעור שוה בכל אדם וכל א' כפי אשר לבו נודבו וא' המרבה וא' הממעיט:

תשובה עיקרא דהאי מילתא איתא בש"ס דכתובו' בפ' נערה דב"ן אר"י משום רשב"י מפני מה תיקנו כתובת ב"ד כדי שיקפוץ אדם ויתן לבתו כבנו. ומי איכא מידי דרחמנא אמר ברא לירות ברתא לא תירות ואתי רבנן ומתקני דתירות ברתא הא נמי דאורייתא היא דכתיב קחו נשים וכו' ואת בנותיכם תנו לאנשים בשלמא בניו בידיה קיימי אלא בנתיה מי קיימא בידיה הקמ"ל דנילבשה ונכסייא וניתיב לה מידי כי היכי דקפצי עלה ואתו ונסבי לה ועד כמה אבייי ורבא דאמרי תרוויהו עד עישור נכסי ע"כ בגמ' ולכאורה ק"ק בלישנא דש"ס דנקט בלישניה עד עישור נכסי ולא קאמר עישור נכסי בלי מילת עד ולכאו' י"ל דנקט מילת עד לו' ואין השיעור שוה בכל אדם שיש מי שרוצה ליתן א' מל' או א' מך' ד"מ עד עישור נכסי אבל יותר מעישור לא דהוי כאעבורי אחסנתא. נמצא לפ"ז דאין השיעור שוה לכל אדם ובכל דהוא קיים מצות רז"ל. ושוב ראיתי בש"מ לכתובות שהביא משם תלמידי רבי' יונה וז"ל ועד כמה עד עישור נכסי כלו' שאם אינו מוצא אדם הגון שיקחנה בפחות מזה עליו ליתן לה עד עישור נכסי עכ"ל אלמא דלאו בדעתיה דאב תליא מילתא אלא מצוה עליו ליתן לה עד עישור נכסיו כדי שתמצא אדם הגון שיקחנה באותו ממון דעיקר המצוה היא שישיאנה כדמשמע פשטיה דקרא ואת בנותכם תנו לאנשים ואם לא יוכל להשיאה בחינם או בפחות מעישור מצוה עליו ליתן לה עד עישור נכסי:

ונראה שלזה כיוין הרמב"ם בלשונו שכתב שיתן אדם מנכסיו מעט לבתו כדי שתינשא בו דהכונה כמ"ש תר"י ז"ל. עכ"פ מוכח מהש"ס דקא' עד עישור נכסי ול"ק סתמא משמע דאין השיעור שוה בכל אדם לפי ממונו אלא או בדעתיה דאב תלייא מילתא לפי וותרנותו וקמצנותו או לפי מה שיוכל למצוא לה אדם הגון כדכ' תר"י ז"ל ואם תקשה לך ע"ז ממ"ש הרמב"ם ז"ל באותה הלכה עצמה וז"ל המשיא את בתו סתם לא יפחות לה מפחות שפוסקין לאשת עני שבישראל כמו שביארנו בד"א כשהיה האב עני אבל אם היה עשיר ה"ז ראוי לו ליתן לה לפי עושרו עכ"ל דמשמע מלשון זה היפך מכל מ"ש אלא דכ"א צריך ליתן לבתו לפי עושרו וכל אדם שוו בשיעוריהם כ"א לפי ממונו ובני אדם שממונם שוה צריכים ליתן לבנותיהם בשוה והוא היפך מש"ל יש לומר דהתם בכסות שתתכסה בו שלא תצא ערומה ולא בפרנסת נדוניתה והיינו דנקט מכסות שפוסקים מאשת עני שבישראל דהיינו כלים של ן' זוז משנה לשנה שהיא צריכה להתכסות בהם כדי שלא תצא ערומה ועל זה קאמר דאם היה עשיר ראוי ליתן לה אותו כסות לפי עושרו אבל בפרנסת נדונייתה לא קמיירי הרמב"ם ז"ל ואדרבה כיון שהשיאה תו לא רמיא עליה ליתן לה לפרנסת נדוניתה כלום דטעמא דתקינו לה רבנן כדי שתינשא וזו כבר נישאת ואפי' אותו כסות של שנה דמחייבין ליה ליתן דוקא הוא משום שהשיאה בסתם ובודאי אדעתא שלא תצא ערומה השיאה דגנאי הוא לבנות ישראל שיצאו ערומות אבל יכול הוא להתנות עם הבעל שישאנה ערומה וכמ"ש הוא עצמו בה"ב וז"ל כי על הבעל וכו' אין לה כלום ע"כ והא כדאיתיה והא כדאיתיה דאלת"ה דברי הרמב"ם הוו סתרי אהדדי דמלשון שכ' ציוו ח' ז"ל מש' דמצוה איכא אבל חיובא ליכא ומלשון לא יפחות וכו' משמע דאינו רשאי לפחות ועוד דדין זה דהמשיא בתו סתם דקא' הרמב"ם ז"ל היא משנה ערוכה בפ' מציאת האשה ולפי דברי הרמב"ם ז"ל שסיים בדין זה של המשנה דאם הוא עשיר ראוי ליתן לה לפי עושרו וסובר דדין הבת שהשיאה סתם והאשה שוים הם וסמך התנא בדין הבת על דין האשה דתנן בפ' אעפ"י בכסות שפוסקים לאשת עני שבישראל ן' זוז בד"א בעני אבל בעשיר הכל לפי עושרו צריך ליתן לה א"כ מאי בעי בגמ' בפ' נערה בפרנסת הבת ועד כמה וכו' הא מתני' היא ועוד מאי משני אבייי ורבא עד עישור נכסי דמלשון עד מש' דאין כל אדם שוים והלא לפי הרמב"ם כל אדם שוים הם וכל א' יתן לפי עושרו אלא ודאי דפרנסת הבת לחוד וכסות שנותנים לה במשיאה סתם לחוד דאל"כ למה חילקם הרמב"ם בלשונו ליערבינהו וליתנינהו ציוו וכו' והעני וכו' והעשיר לפי עושרו אלא ודאי הא כדאיתא והא כדאיתא ומ"ש הרב הפרישה בסי' ח"ן וז"ל המשיא את בתו לאו דוקא שכבר השיא אלא אפי' לכתחילה והשמיט מילת

סתם מל' העור ליתא וכדכתיבנא דדוקא בשכבר השיא אבל לכתחי' רשאי להתנות על הבעל להכניסה ערומה וכדאיתא במשנה פסק להכניסה ערומה וכו' ודוק:

ולשאלה השנית אשר שאלת אם אותו המעט אשר ציוו עליו ח' ליתן לבתו כדי שתנשא בו אם מצוה וחיובא נמי איכא בדבר כמו עישור נכסי שתיקנו לה להבת מאחים אחרי מות אביהם שב"ד יורדין לנכסיהם וגובין אותו מהם או מצוה בעלמא הוא ואין ב"ד כופין עליה:

תשובה דאפילו לגבי בנו שמצוה על הבן להינשא כדי לקיים מצות פו"ר ותנן בהדיא בפ"ק דקידושין האב חייב בבנו וכו' לא ראינו להרמב"ם והטור והש"ע שפסקו דין זה נראה שדעתם ז"ל דהאי חייב לאו דוקא הוא אלא כמו שאר מצות צדקה דאין כופין עליה וראיתם מל' הירושלמי בפר"ק דקי' שנכתוב לקמן בעזה"י א"כ כ"ש הוא בנישואי בתו דלא מיפקדא אפו"ר דאינו חייב להשיאה וזה המקרא דמייתי בש"ס דכתיב קחו נשים לאו למצוה משתעי אלא משום שישראל היו חושבים בדעתם שלא להתישב במקומם וע"ז אמ"ל הנביא להוציא מלבן דב"ז ומכ"ש על הפרנסה שהיא הנדוניא שציוו לתת לה שאין כופין עליה ראיה לזה מדקתני במתני' בפ' מציאת האשה פסק להכניסה ערומה וכו' לא יאמר הבעל וכו' עכ"ל ופסקה הרמב"ם ז"ל בפ"ך מה' אישות ה"ב וז"ל פירש על הבעל שאין להם כלום ושיכניסנה ערומה אין לה כלום ואילו לגבי האחים תנן במתני' יתומה שהשיאוה אמה או אחיה וכו' יכולה היא משתגדיל להוציא מידן מה שראוי להנתן לה ואם איתא דחיובא איכא על האב כמו האחים הי"ל להתנא לו' כי היכי דתנא גבי אחים דיכולה היא משתגדיל להוציא מה שראוי להנתן לה כדתנן גבי האחים:

גם ראיה מדקי"ל האומר יתפרנסו בנותיו מנכסיו שומעין לו ואם איתא דחיובא רמיא עליה היאך שומעין לו להפקיע שעבוד המוטל עליו. עוד ראיה מדקאמר בפ' נערה אמר ר"י מפני מה תיקנו כתובת ב"ד כדי שיקפוץ אדם ויתן לבתו כבנו ואם איתא דחיובא רמיא עליה לעשות דב"ז למה להו לרבנן לתקן כב"ד ולפתותו בדבר זה הא מדינא חייב. גם ראיה לזה מדאמרינן באותה סוגיא רב פפא איעסק ליה לבריה בי אבא סוראה וכו' שמע יהודה בר מרימר וכו' כי מטו לפתחא הוה קא מפטר מיניה אמ"ל מאי דעתיך משום דאמר שמואל לא תיהוי בעבורי אחסנתא הא נמי תקנתא דרבנן היא דאר"י משום רשב"י וכו' אמ"ל הנ"מ מדעתיה לעשויי נמי אמ"ל עול ולא תעשי אמ"ל מעלאי דידי היינו עשיה ע"כ הרי מוכח להדיא מן הסוגיא דתקנת חכמים היא אינו אלא מדעת האב ומרצונו. גם ראיה מל' הרמב"ם שכ' כלשון הזה ציוו ח' וכו' הרי דליכא בדבר זה אלא מצוה בעלמא היא והרי"ף והרא"ש לא הזכירו דין זה כלל:

עוד יש ראיה לזה מהגהות מרדכי דפר"ק דקי' שכ' וז"ל הנה בת יעקב צועקת עליו שיפרנסנה כמשפט הבנות ושישאנה לראוי לה וכו' ואם אינו רשאי להכניסה לביתו מפני אשתו יפרנסנה בבית אחר וכו' נראה בעיני שאם הוא אמיד ויש לו במה לפרנסה כופין האב לפרנסה בצמצום אם אינה יכולה להרויח וגם יכפוהו להשיאה אך על הנדן יתן כפי כבודו וכבודה ואין לכופו על כך כי לא נתקן עישור נכסים בחייו אלא לאחר מותו אבל בחייו בדעתיה תליא מילתא אבל במזונות יש לכופו או בביתו או במקום אחר וכו' עכ"ל הרי להדיא דאפי' היה אמוד דוקא לזונם ולפרנסם דהיינו כסות הוא דכופין אבל על פרנסת הנדוניא אין לכפותו ומה שפי' הב"ח בסי' ח"ן בדברי הגהות אלו אינו מחוור וצ"ע ודברי ההגהות האלו פסקם מור"ם ז"ל באה"ע סי' ע"א ע"ש ואעפ"י שנראה מדברי ההגהות אלו שכופין להשיאה שכ' וגם יכפוהו להשיאה וכו' מה שלא נזכר דב"ז בשום פוסק וכמש"ל מ"מ בפרנסת הנדוניא כתב להדיא שאין לכופו על כך:

ואל תשיבני מדברי הטור סי' ח"ן שכ' וז"ל המשיא את בתו סתם לא יפחות לה מכסות ששוין ן' זוז וכו' בד"א בעני אבל בעשיר צריך שיתן לה לפי כבודה ע"כ דמלשון צריך שכ' נראה דחיובא איכא וכופין אותו לפי כבודה וכמ"ש עליו מרן בב"י ז"ל וז"ל נראה מפשט דבריו שאם הוא עשיר כופין אותו ליתן לפי כבודה וזה לא שמענו וכו' עכ"ל דההיא בכסות שמתכסית בו לפי שעה כמו כסות שפוסקים לאשת עני ולאשת עשיר דתנן במתני' בפ' אעפ"י ולא בפרנסת נדוניא וכמש"ל דכיון שהשיאה סתם אדעתא שלא תצא ערומה מביתו השיאה והיינו דקתני במתני' המשיא את בתו סתם לא יפחות לה מן' זוז וס"ל להרמב"ם והטור דמדקאמר לא יפחות מש' דאם הוא עשיר להרמב"ם ראוי ולהטור צריך להוסיף לפי עושרו אבל בפרנסת נדונייתה לא מיירי הרמב"ם והטור דההיא שיעורא אחרינא אית לה ואינה שוה בכל אדם לפי עושרו וכמש"ל בתשו' שאלה הא':

וראיתי לה"ה שכ' על דברי הרמב"ם אלו אבל בעשיר וכו' וז"ל שם נתבאר בגמ' שלפרנסה שמין באב כפי מה שיתבאר בסמוך והיא לפי עושרו עכ"ל ודבריו תמוהים בעיני דהתם בפרנסת האחים לאחר מיתת האב מיירי ועוד דהתם לאו בעשיר ועני שמין באב אלא בדעתו דהיינו בוותרנותו וקמצנותו וכמ"ש הרמב"ם ז"ל לקמן וכ"כ רש"י שם להדיא בגמ' אמר שמואל לפרנסה שמין באב וכו' נותנים לה כפי אומד שאנו בקיאין באביה ותרן או קמצן ע"כ ועוד שכ' בפי' מה שיתבאר בסמוך וכו' והוא עצמו בסמוך מפ' להיפך בדברי הרמב"ם ז"ל וז"ל האב שמת וכו' שם נתבאר בגמ' שלפרנסה שמין באב וכו'. י"א

וי"א ויש מי שאומר דבין לפחות מן העישור בין להוסיף וזהו דעת רבינו ועיקר עכ"ל אלמא דלאו בממונו שמין אלא בדעתו אם הוא ותרן או קמצן וצ"ע:

איברא שמצאתי להרב מהר"ם מינץ בתשו' סי' מ"ה שנשאל על הר' משה שקיבל עליו בק"ס ובח"ח ובש"ח להטפל בבנות אשתו בנות ראובן כאילו הם בנותיו בכל מילי לגדלן ולהשיאן וכו' והשיב משה לא נכתב בשטר שום קצבה ולכן אפי' אם היו בנותיו לא היה רוצה להשיאן עתה כי חובותיו עומדין בלי פרעון וכו' כללא דמילתא לא עדיפנא הן מאילו הן בנותיו זהו עיקר טענה וכו' ואבא בקצרה לבאר עיקר מציאותו דהאי דינא תנן בפ"ק דקידושין כל מצות הבן על האב אנשים חייבים וכו' ואיתא בגמ' תנינא להא דת"ר האב חייב בבנו וכו' ולהשיאו אשה ומפ' בגמ' להשיאו אשה מנ"ל דכתיב קחו נשים והולידו בנים ובנות ותנו לבניכם נשים ואת בנותיכם תנו לאנשים ואיתא בגמ' בפ' נערה אר"י משום רשב"י מפני מה תיקנו כב"ד וכו' ש"מ דחייב אדם להשיא את בתו וליתן לה כראוי לה והאי דינא דעישור נכסי צריך לבאר כי דינם חלוק דלפעמים אזלינן בתר אומדנא דאב כדבעינן לפרושי תנן בפ' מציאת האשה יתומה שהשיאתה אמה או אחיה וכו' אלא שמין את הנכסים ונותנים לה וכו' וז"ל האלפס ואמר שמואל לפרנסה שמין באב אומדין אילו היה האב קיים כמה היה נותן לבתו לפרנסת הבעל ונותנים לה וכו' ולימא הלכה כר"י אי אמר הלכה כר"י הו"א דוקא השיא דגלי דעתיה אבל לא השיא לא קמ"ל דטעמא דר"י דאזלינן בתר אומדנא ל"ש השיא ול"ש לא השיא וכו' והתניא ר' אומר בת הניזונת מן האחים נוטלת עישור נכסים ואמר רבא הלכה כר' ל"ק הא דאמידניה הא דלא אמידניה כלו' אי ידעינן אומדן דעתו יהבינן לה כמה דאמיד ואי לא ידעינן אומדן דעתו יהבינן לה עישור נכסים עכ"ל האפס וכו' מעתה מאחר דזה משה האיש אסר על נפשו וכו' ובק"ס לגדל בנות אשתו כאילו הם בנותיו במלבושים ולהשיאן א"כ מוטל עליו שלא יחל דברו וכו' ומ"ש משה כיון דלא מפורש קיצותא בשטר כמה חייב ליתן להם לכן לא יכול עתה ליתן מאומה לפי צוק העיתים אך אם רוצים עתה לכופו להשיאן בע"כ רוצה ליתן מה שירצה אמינא ליכא ממשות בדבריו ולא מפיו אנו חיין כי לאו בדידיה תליא מילתא רק באומדן דעת הב"ד תליא או עישור נכסים יתן אי לא ידעינן אומדן דעתיה כי בנותיו מוטל עליו חיובא להשיאן וליתן להם נדוניא ומלבושין כראוי להם כאשר הבאתי לעיל מפ"ק דקי' ופרק נערה. ואיתא במימוני וז"ל ציוו חכמים שיתן אד מנכסיו לבתו כדי שתינשא בו וכו' לא יפחות מכסות שפוסקין לאשת עני שבישראל וכו' בד"א כשהיה האב עני אבל כשהיה עשיר הרי זה ראוי ליתן לה לפי עושרו וכן איתא בס"א בפ"ק דקידושין וז"ל חייב אדם להשיא לבנו וליתן ממון לבתו כדי שישאו אותה

ומ"ש משה דלא מבואר בשטר באיזה זמן חייב להשיאן לכן אינו חייב עתה להשיאן וכו' זו אינה טענה כבר ביארתי דחייב אדם להשיא את בתו ואותו זמן מבואר וכו' דתניא המשיא בניו ובנותיו סמוך לפרקן עה"כ אומר וכו' וזה סמיך לפרקן אע"ג דלא נתגדלו עדיין אבל משתנגדלו כבר מטו זימנן להשיאן דארז"ל בתך בגרה וכו' ועוד עובד דידן בעי חיזוק להשיאן לאלתר משום תקנת עגונות דשמא ח"ו אזלא משה לעלמא דאתי ופקע אז חיובא כי השעבוד והקישור לא חל על היורשין ואז יצאו הבנות נקי בלא דמי ומה תהא עוד עליהם ישבו עד שתלבין ראשן וכ"ת אי דינא הכי אמאי לא נכפייה לאב אמאי לא חזינן מעולם דכייפינן אבא להשיא את בתו וליתן לה ממון כפי אומדנא זו אינה קו' דכל מי שיש לו צרת הבת עושה מעצמו יותר מכדי השגתו ומעשים בכל יום דכמה וכמה שנים דמחזירין על הפתחים של נדיבים כדי להשיא לבתן כי נכמרו רחמיו שנא' כרחם אב על בנים וכו' ואפי' כמה אלמנות וכו' לכן סליקנא בהא וסיומא דמילתא האיש משה צריך לקיים הקישור אשר נקשר עליו וכו' בגדים ונדוניא וזה לא תלוי בדעתו רק בדעת הב"ד אי אמידניה וותרנותו או קמצנותו יהיב להון כפום אומדנא ואי לא מצינן למיקם אדעתיה אז צריך למיהב לה עישור נכסים וכו' עכ"ל הצריך לעניננו ולפי שאין הס' מצוי לכן העתקתי רוב לשונו. וקודם כל שראיתי להתבונן בדבריו במ"ש ועוד עובדא דידן בעי חיזוק להשיאן לאלתר וכו' דשמא ח"ו אזלא משה לעלמא דאתי ופקע אז חיוביה כי השעבוד והקישור לא חל על יורשיו וכו' עכ"ל דלכאו' דברים אלו הם נגד משנה ערוכה בכתובות בפ' הנושא, מתו וכו' והיא נזונית מנכסים משועבדים מפני שהיא כבע"ח ופסקוה כל הפוסקים וצ"ע:

והנה לכאו' יראה דדבריו אלה הם נגד כל דברינו שכתבנו לעיל דמדבריו אלו משמע דחיובא רמיא על האב ליתן לבנותיו עישור נכסים כשמשיאן בדלא אמידניה ואם אמדיניה או השיא בת בחייו חייב ליתן כפי מה דאמידניה או כמו הבת שהשיאה קודם לכן וזה הדבר לא נמצא בש"ס ולא בשום פוסק מהראשונים דדברים אלו לא נאמרו אלא דוקא ביתו' ולאחר מיתת האב אבל בחיי האב בדעתיה דאב תלייא מילתא ושיעורא אחרינא נתנו לו רז"ל ושיעור האמור בחיי האב לא שייך לו' כלל דחייבוהו לאב לפי אומד דעתו וותרנותו או קמצנותו דדבר זה לא ניתן ליאמר כלל אלא בחיי האב בדעתיה תליא מילתא וכמו שהוכחנו מכל הראיות שכתבנו לעיל והראיה שהביא מדברי המימוני אדרבא מדברי הרמב"ם מוכח בהיפך דמצוה בעלמא הוא דאיכא ולא חיובא ואפי' זאת המצוה דברים שאין להם שיעור ותפסת מועט תפסת וכמו שנת' בפי' מנכסיו מעט. ומ"ש מדברי הרמב"ם שכ' לא יפחות מכסות שפוסקין לאשת עני וכו' ואם היה עשיר

ה"ז ראוי ליתן לה לפי עושרו זהו דוקא במשיא את בתו סתם ובכסות שתתכסה בו לפי שעה ואינו ענין לנדוניא וכמש"ל ותמהני דאיך הרב עצמו לא הרגיש בזה דהוא עצמו כתב ופסיק ותני דשיעור הפרנסה עישור אי לא אמידניה ואי אמידניה או השיא בת נותנים לשניה כמו שנתן לראשונה וכל הדברים הללו לא הזכירם הרמב"ם בלשונו בזאת ההלכה במשיא את בתו סתם אלא שיעורים אחרים נאמרו בה ומזה מוכח נגד כל מ"ש הוא ז"ל. והשיעורים שכ' הרב כתבם הרמב"ם ביתומה שמת אביה ולפי דבריו הי"ל להרמב"ם לכותבם למעלה כשהיה אביה חי. ומה שהביא ראיה מס' האגודה כ' חייב אדם להשיא את בנו ולתת נדוניא לבתו וכו' לא פסקו הפוס' ז"ל דבר זה אפי' בבן דמצווה על מצות פו"ר וכמש"ל וצ"ע:

והנראה ליישב דבריו בדוחק והוא בהק' קו' אחריתי דלמה ביתו' לאחר מיתת האב קצבו ח' שיעור לפרנסתה דהיינו עישור נכסים אי לא אמידניה לאב ואותו השיעור חייבום ח' לאחים בו חיוב גמור ויורדין לנכסיהם ולגבי האב לא נתנו בו חכמים שיעור וכמ"ש הרמב"ם מנכסיו מעט ולא פי' כמה הוא המעט ובגמ' אמרו עד עישור ולא עישור בדוקא ואם מוצא להשיאן בפחות מעישור הרשות בידו ואפי' אותו המעט לא חייבוהו בתורת חיוב וכמ"ש הרמב"ם ציוו חכמים ובש"ס אמרו בהדיא הנ"מ מדעתיה לעשויי נמי ולא כן אמרו לגבי האחים והלא אין האחים חייבים ליתן לאחותם אלא כדרך שהיה אביהם נותן להם וכמ"ש הרשב"א ז"ל הובאו דבריו בשי' מקובצת כתובות על הא דאקשינן בגמ' דס"ח חוזרות וחולקות בשוה כל חדא וחדא דנפשה שקלה וכו' וי"ל דאין האחים חייבים ליתן להם אלא כדרך שהאב היה נותן להם ודבריו אלו אעישור נכסים קאי אלמא אפי' העישור שתיקנו להם ח' כשאין אנו יודעים דעתיה דאב אינו אלא משום שאביהם היה נותן להם העישור של נכסיו לא פחות והלא באב לא פסיקא לן מילתא עישור בדוקא אלא עד עישור ויש מי שנותן עישור ויש מי שנותן פחות כל או"א לפי העת ולפי הצורך וכמש"ל משם תר"י בפי' הש"ס דקאמר עד עישור והול"ל כן לגבי האחים:

לכן נראה ליישב בפשיטות דלגבי האב עצמו מחמת שרחמי האב על הבנים לא חששו ליתן לו שיעור ואמ"ל שיתן לה מעט כדי שתנשא בו ולא בתורת חיוב אלא מצוה בעלמא ומובטח להו לרבנן ז"ל שיקיים מצותם דעל בני ועל פועל ידי תצווני וציוו עליו ליתן לה עד עישור אם אינו מוצא להשיאה להגון לה בפחות מעישור ובודאי שמחזר לה אחר זיווג ראוי והגון לה ונותן לה עישור אם אינו מוצא להשיאה להגון לה בפחות מעישור אבל לגבי האחים דאין רחמיהם על אחותם חייבום ח' בחיוב גמור בקצה אחרון שהיה אביהם מצווה בו אם אינו מוצא להשיאה בפחות דהיינו עישור נכסיו ולא מסרו הדבר

בידם שאם מוצאים להשיאה בפחות מעישור להגון לה שיהא הרשות בידם שחששו ח' שלא יאמרו על שאינו הגון כי הוא הגון:

ראיה לדבר זה ממזון הבנות שבחיי האב לא עשו עליו תנאי ב"ד ואילו לאחר מותו עשו עליו תנאי ב"ד בנן נוקבן די יהוון ליכי מינאי אינון יהון יתבן בביתי ומתזנן מנכסי ובודאי מהטעם שכת' וכיון דקים להו לרבנן דהאב כל טצדקי דמצי למעבד לבניו עביד לגבי האחים עשו את שאינו זוכה כזוכה וחייבום חז"ל בכל מה שהיה בדעת אביהם ליתן להם בחיוב גמור ולא מסרו הדבר בדעתם וברצונם כמו לגבי האב משום דאין רחמיהם על אחותם כמו רחמי האב וה"נ בנדון רב ז"ל דזה משה האיש בעל אמם של הבנות דינו כדין האחים ממש דאפי' דבבנותיו לא כפינן ליה ואין מוטל עליו דבר קצוב מ"מ לגבי בנות אשתו שנתחייב להם בק"ס ובש"ח להשיאם כמו בנותיו וכ"ע ידעי שאילו היו בנותיו היה כבר משיאן להגון להם והיה נותן להם דבר הראוי להם מחמת שרחמי האב על הבנים מחויב לעשות להם כמו שהיה עושה לבנותיו ולא מהימנינן ליה במה שאומר עתה שאפי' היו בנותיו לא היה משיאן לע"ע מחמת צוק העיתים והוי דינו עם בנות אשתו כמו דין האחים עם אחיותיהם שאעפ"י שהבנים מכח אביהם קא מחייבו ובאב עצמו ליכא חיובא וליכא שיעור אעפי"כ האחים עצמם חיובא איכא ושיעורא א"כ ה"נ בנ"ד לגבי בנות אשתו. ומשו"ה מייתי ראיה לנ"ד מדין יתומה שהשיאה אמה או אחיה דדעתו ז"ל דבנות אשתו לגבי דידיה הו"ל כמו דין יתומה לגבי האחים דכל מה שהיה בדעת האב ליתן לבנותיו הרי הם מחויבים האחים ליתן להם וה"נ לגבי בנות אשתו כל מה שאנו אומדין בדעתו ליתן להם לבנותיו מחוייב הוא ליתן להם ואעפ"י שלבנותיו לא היה עליו חיוב לגבי בנות אשתו שקנו מידו בק"ס ובש"ת הוי חיובא ואעפ"י שעומד וצווח שאפי' אם יהיו בנותיו ממש לפי צוק של עתים ולפי הזמן לא היה נותן להם לא מפיו אנו חיים אלא באומדן דעת הב"ד תליא מילתא אם אמידניה או עישור נכסים אי לא אמידניה ומ"ש בלשונו פעמים שלש לישנא דחיובא לגבי בנותיו לאו דוקא הוא והכונה לגבי בנות אשתו וקיצר במקום שהי"ל להאריך דלגבי האב לבנותיו מצוה בעלמא הוא דאיכא ולגבי בנות אשתו חיובא איכא וכפינן ליה ומ"מ הראיה שהביא מדברי הרמב"ם מהמשיא את בתו סתם ליכא ראיה מינה כלל דלא שייכא לפרנסת הבת לא בחיי האב ולא לאחר מיתת האב וכמ"ש ומה שהביא ראיה מדברי ס' האגודה דכ' בפי' חייב אדם להשיא את בנו ולתת לבתו לאו דוקא חייב שהרי לא מצינו להרמב"ם והטור והש"ע שפסקו דין זה וצ"ע למה השמיטוהו ובריייתא מפורשת היא בפר"ק דקידושין:

ובאמת לפימ"ש דינו של מהר"ם מינץ אמת הוא אבל ריהטא דלישניה קשה ליישבו וכן מה שהק' בסו"ד וכת' אי דינא דמצי למכפייה לאב אמאי לא חזינן מעולם דכפינן לאבא להשיא את בתו וכו' עכ"ל משמע דס"ל דכפינן לאבא להשיא את בתו וליתן לה כפי אומדנא ודברים אלו צ"ע כמ"ש גם מדבריו שכ' בתשו' סי' ל"א נראה דכפינן ליה לאבא ליתן נדוניא לבנו ומנדינן ליה אי לא צייתי דינא ודברים אלו צ"ע כי לא מצינו לשום א' מהפוסקים המפורסמים שכ' כן והברייתא שהובאה בפר"ק דקידושין לא ראינו להרמב"ם והטור והש"ע שפסקוה לחיובא וצ"ע:

וראיתי להרב ב"ד בחו"מ סי' ע"ה שכתב משם מהר"א ן' יעיש וז"ל פסק מהר"א ן' יעיש שהדין עם הבת שהנה מצאנו ראינו שהאב חייב להשיא את בתו מממונו כדאיתא בפר"ק בגמ' הביאה מהר"ם גלאנטי סי' י"ד והכי איתא בגמ' וכו' והביאה הרמב"ם בפ"ק מה' אישות וכו'. והביא ראיה מדברי מוהר"ם שכ' הריב"ה סי' ע"א וז"ל חייב אדם לזון את בתו ובניו הקטנים וכת' מוהר"ם אפי' יש נכסים שנפלו להם מבית אבי אמם חייב לזונם כיון דת"ח הוא זכו במזונותיהם אפי' יש להם להתפרנס ממקום אחר ע"כ וה"נ דכוותא הנה כיון דחייב אדם להשיא את בתו אפי' יש לה נכסים ממקום אחר שנפלו לה מבית אבי אמה חייב להשיאה כיון דת"ח זכתה בנישואיה אפי' יש לה ממון משאלה ולכן הדין עם הבת ול"מ עכשיו שכבר השיאה סתמא ולא פי' דודאי הדין עם הבת אלא אפי' היה מפרש קודם הנישואין ואומר שאין רוצה להשיאה מממונו כיון שיש לה ממון לא מהני והיה מתחייב להשיאה משלו. אמנם זהו דוקא לדבר מועט כדמפורש בדברי הרמב"ם ז"ל ואיתיה נמי בפ' נערה אביי ורבא דאמרי תרוייהו עד עישור נכסי וכו' אמנם למה שהוציא יותר מעישור ולמעלה וכו' עכ"ל ודבריו תמוהים שמ"ש כדאיתא בגמ' הביא מהר"ם גלאנטי לא נמצא כן בדברי ההגהות שהביאם מהרמ"ג שכ"כ אלא דברים אלו כתבם מהרמ"ג משם עצמו וז"ל מה שציוו חכמים לתת לה הפרנסה שהיא הנדוניא עישור נכסים שהוא תנאי ב"ד כשנושא אדם אשה ובנתן דיהוו ליכי מינאי אפרנס להון וכו' עכ"ל והם דברים תמוהים בעיני כל רואיהם דבהדיא איתא בש"ס ובכל הפוס' שהפרנסה אינה תנאי כתובה וא"כ כיון שדבריו אלו אינם אלא מן המתמיהים איך מביא ראיה מהם מהר"א ן' יעיש גם מה שהביא ראיה מהש"ס ומדברי הרמב"ם ליכא ראיה כמ"ש ואדרבא מהש"ס ומהרמב"ם ז"ל מוכח בהפך כמ"ש. גם מה שנר' מדבריו שת"ח היא ליתן לה עישור ולא פחות ליתא דעד עישור אמרו ולא עישור ועישור לא נאמר אלא לאחר מיתת האב אבל בחיי האב לית לה שיעורא וכמ"ש בגמ' עד עישור ופירשו תר"י ז"ל כמש"ל באופן דהאי פיסקא ליתא לפו"ד וכמש"ל:

גם ראיתי להרב שולחן גבוה בליקוטיו בתשו' דשייכי לאה"ע סי' ו' כתב וז"ל וא"כ כיון שמצינו שחייב אדם להשיא את בתו בנדוניא וכו' נמצא דטענת הבת טענה שעדין ירושת אמה קיימת ומנא אמינא דחייב אדם לתת לבתו נדוניא וכו' ובגמ' אר"י משום רשב"י וכו' והביאוה הפוסקים הרמב"ם בפ"ך מה' אישות והטור והש"ע אלא שהרמב"ם ז"ל דק כלשון הזה ציוו חכמים וכו' וק' היכי קא' ציוו ח' והלא בגמ' מוכח שהיא דאורייתא וכו' וראיתי להלח"ם שהרגיש בזה על הרמב"ם ומשני שסובר רבי' דאסמכתא בעלמא היא וה"נ כ"ש הוא דקרינן להו ד"ס דמן התורה אינו חייב אדם לתת לבתו נדוניא אלא להשיאה לבעל אפי' ערומה וכו' אלא שחז"ל עצה טובה קמ"ל ולכך כ' הרמב"ם ציוו חז"ל נמצא דמה שאדם נותן לבתו נדוניא ותכשיטין חייב הוא מד"ת וא"ל דחיוב אדם וכו' אינו אלא עד עישור נכסים וכמ"ש בגמ' אביי ורבא דאמרי תרוייהו עד עישור נכסי נמצא דמה שאדם נותן לבתו יותר מעישור הוא מתורת חסד ויכול לו' דמנדונית אמה הוא שנתן לה דעישור נכסים לא נאמר אלא ביתומה שהשיאוה אמה ואחיה אבל כשהשיאה אביה בחייו חייב ליתן לה נדוניא לפי עושרו וכבודו וכמ"ש הרמב"ם בראש הפרק וכו' אבל אם היה עשיר ה"ז ראוי ליתן לה לפי עושרו והטור אה"ע כתב בזה"ל שאם היה עשיר כופין אותו לפי כבודו וזו לא שמענו וכו' נמצא דזכינו לדין דזה שאדם נותן לבתו אינו בתו' חסד אלא מן הדין כיון שחייב אדם מה"ת להשיא בניו ובנותיו ואין מכניסין אותה ערומה וכו' עכ"ל יע"ש ואזיל בשיטתיה דמהר"א ן' יעיש ומוסיף עליו דלאו עישור נכסים אלא אפילו יותר מעישור אם הוא עשיר כפינן ליה ומוציאין ממנו ולפי מש"ל כל דבריו דחויים דהראיה דמייתי מהש"ס אדרבא מהש"ס מוכח בהיפך דקאמ"ל יאודה בר מרימר לרב פפא הנ"מ מדעתיה. ומ"ש והביאו לה הפוס' הרמב"ם והטור וכו' לפע"ד לא ראינו להטור שפסק סוגיא זו והלך אחר שיטת אביו הרא"ש ז"ל שלא הביא אלא תחי' דברי ר"י ולא כתב סוף הסוגיא דקאמר הא נמי וכו' והיינו טעמא דס"ל דכל הסוגיא אינה אלא עצה טובה ואי משום שכ' הטור דין המשיא את בתו סתם וכו' דין זה אינו מן הסוגיא הנז"ל אלא דין זה משנה ערוכה ולא איירי בפרנסת הבת שהיא הנדוניא וכמש"ל והא כדאיתא והא כדאיתא:

גם מה שתמה על הרמב"ם ז"ל שכ' ציוו ח' וכו' מן הנז"ל דקאמר הא נמי דאורייתא והביא דברי הלח"ם שהרגיש בזה נראה לע"ד שנשמט מהם סוף הסוגיא דאמ"ל רב פפא ליאודה בר מרימר הא נמי תקנתא דרבנן היא הרי דהש"ס בפי' קאמר דזו אינה מן התורה אלא מתקנת חכמים גם דבריו מחוסרי הבנה דאחר שישב דברי הרמב"ם וכתב שמן התורה אין חיוב עליו אלא להשיאה לבעל ואפי' ערומה וכדתנן במתני' וא"כ

איך בתכ"ד דעדיין לחלוחית הדיו קיימת סותר את דבריו וכ' נמצא שמה שנותן אדם לבתו נדוניא ותכשיטין הוא מד"ת אתמהא. גם מ"ש וא"ל דחיוב אדם לא נאמר אלא עד עישור נכסי וכו' וכמ"ש בש"ס אביי ורבא דאמרי תרוייהו דעישור לא נאמר אלא ביתומה וכו' גם דברים אלו אינם מובנים דמביא דברי הש"ס ולא ידע אהיכא קאי דאביי ורבא קיימי אדברי ר"י דקאמר משום רשב"י כדי שיקפוץ אדם ויתן לבתו כבנו וכו' ועלה קאמר הש"ס וכמה אביי ורבא דאמרי תרוייהו עד עישור נכסי ואדרבא לא שייך לפרש דבריהם על היתומה דקאמרי עד עישור נכסי וזה לא שייך ביתומה דהיתומה עישור בדוקא ולא עד עישור. גם מה שהעלה דאם הוא עשיר כפינן ליה ומוציאין ממנו אפי' יותר מעישור לפי עושרו והביא ראיה לזה מדברי הרמב"ם והטור שכ"כ במשיא בתו סתם ואם הוא עשיר צריך ליתן לה לפי עושרו אין ראיה כלל דההיא לא בנדוניא קא מישתעי אלא בכסות שמתכסה בו וכמש"ל והא כדאיתא והא כדאיתא ועוד דאפי' דנימא דאיירי בנדוניא מהיכא משמע מדקתני לפי עושרו דאפי' יותר מעישור דאימא עד עישור דוקא וכל א' לפי עושרו עישורו מתרבה. ועוד ק"ל נמי על דבריו דאם לפי דבריו מדברי הרמב"ם והטור דקאמרי לפי עושרו משמע מינה אפי' יותר מעישור ולפי עושרו וכבודו א"כ ביתומה לאחר מיתת האב אי לא אמידניה לאב ולא ידענו דעתו אם הוא ותרן או קמצן למה אין נותנים לה לפי עושרו אם היה עשיר ונותנים לה עישור בדוקא:

המורם מכל האמור דתורת חיוב ליכא על האב כלל ליתן לבתו עבור נדוניתה כ"א מצוה בעלמא מד"ס ליתן לה מעט מנכסיו כדי שתינשא בו להגון לה וכמו שהוכחתי כ"ז בראיות ברורות מן הש"ס ומן הפוס' וכן מצאתי ג"כ להריטב"א ז"ל הובאו דבריו בשי"מ שכ' וז"ל הא נמי דאורייתא פי' מצוה דאורייתא היא מדברי קבלה אבל לא חובה והיינו דלא עבדוה תנאי ב"ד כתנאי מזונות ואם אמר אל יתפרנסו בנותיו שומעין לו עכ"ל גם העיד בנו מרן ז"ל בסי' ח"ן דזה לא שמענו שאם הוא עשיר כופין אותו ליתן לפי עושרו ותמה על דברי הטור דנקט בלשונו לשון צריך דש"מ שאם הוא עשיר כופין אותו ליתן לפי עושרו ומי לנו גדול ממרן ז"ל שהעיד בזה וכוותיה נקטינן ודוק וכ"ת אמאי לא הביא מרן ז"ל ראיה לדבריו דלא כפינן לאב ליתן לפי עושרו מכל הראיות שהבאתי לעיל ממתני' דפסק להכניסה ערומה וכו' ומהש"ס דא"ל יאודה בר מרימר לר"פ הנ"מ מדעתיה דמש' להדייא דלא כפינן לאב והנר' לישב כמש"ל דההיא דהטור לאו בפרנסת נדוניא אלא בפרנסה שהיא מתכסת בו לפי שעה וא"כ נוכל לו' דאע"ג דפרנסת נדונייא דוקא מדעתו דאב ולא כפינן ליה מכל הראיות שכת"ל מ"מ במשיא את בתו סתם דודאי אדעתא שלא תצא ערומה להשיאה נוכל לו' דכופין אותו ליתן לה כסות שתתכסה בו

לפי שעה לפי עושרו כמו אשתו דאם הוא עני נותן לה כלים של ן' זוז ואם הוא עשיר נותן לה לפי עושרו וכופין אותו על דבר זה לזה קא' מרן ז"ל וזה לא שמענו דהרמב"ם כ' ראוי ליתן לה לפי עושרו ואפי' בהשיאה סתם ואפי' בכסות שהיא מתכסה בו לפי שעה:

אחרי שכתבתי כ"ז מצאתי בירוש' פ"ק דקידושין שאמרו בפי' דההיא ברייתא דתני חייב האב להשיא את בנו אשה למצוה בעלמא מתנייא ולא לעיכובא דגרסינן התם להשיאו אשה וכו' מה למצוה או לעיכוב נישמעיניה מן הדא בר תרימא אתא לגבי דר' אמי אמ"ל פייס לאבא דיסביני אתא פייסיה ולא קביל עלוי הדא אמרה למצוה. אין תימר לעיכוב הו"ל לכופיניה ע"כ הרי שאפי' לגבי בנו שמצוה על האב להשיאו לקיים מצות פו"ר וקתני בברייתא להדייא שהיא למצוה ולא לעיכובא כ"ש לגבי הבת דאיתתא לא מפקדא אפו"ר ולא קתני בה בשום מקום שחייב האב להשיאה דודאי ליכא חיובא כלל אלא מצוה בעלמא וזה שלא כדברי הגהות מרדכי שכת"ל שכתב שחייב להשיא את בתו והביא דבריו מור"ם ז"ל באה"ע סי' ע"א יע"ש וכ"ת דאפי' אי אמרינן מצוה בעלמא הוא דאיכא אמאי לא כתבה הרמב"ם ז"ל ושמא י"ל דכתבה בפכ"א מה' איסורי ביאה הכ"ה וז"ל מצות ח' שישיא אדם בניו ובנותיו סמוך לפרקן. ואע"ג דזו היא מימרא ביבמות פ' הע"י מ"מ הביאה הרמב"ם ז"ל משום דמשמע מינה תרתי שמצוה שישיאם ושישיאם סמוך לפרקן א"כ הרי נר' להדיא דבין בבן ובין בבת ליכא חיובא כלל להשיאם אלא מצות ח' בעלמא הוא ואי אמר לא ניחא לי לא כייפינן ליה. ודבר זה מפורש בתלמוד דידן ובש"ס ירושלמי והא דמצוה להשיאם רמזו הרמב"ם בפכ"א מה' א"ב והטור באה"ע סי' א' הביא הברייתא דהמשיא בניו ובנותיו סמוך לפרקן וכו' ואם המצא ימצא לשום פוסק דעושה דבר זה חיוב בין בבן בין בבת לא צייתינן ליה ומהרי"פ והרא"ש ז"ל שהעתיקו הברייתא בפ"ק דקידושין ליכא ראיה כיון דחזינן מפורש בהדייא בירוש' ובש"ס דילן דמדעתיה מיתנייא ההיא ברייתא וההיא מימרא דר"י משום רשב"י והם העתיקו הברייתא כצורתה ולא הוצרכו לפרש בה וסמכו על המעיין ודוק:

ולשאלה הג' אשר שאלת אם נפלה להבת מבית אבי אמה או אם ניתן לה מתנה מאחרים עד שיעור כדי עישור נכסי אביה מי נימא דפקע מיניה דאב מצות חז"ל שציוו עליו לתת לה מנכסיו מעט כדי שתנשא בו דמצות רז"ל לא היתה אלא משום דלית לה מידי כי היכי דקפצי עלה אינשי והרי יש לה או נימא דחז"ל לא היתה אלא שיתן לה מממונו ומה לו לאב אם יש לה נכסים ממ"א סו"ס איהו לא יהיב לה מידי:

תשובה ודאי אם הנכסים שנפלו לה מספיקין לה בכדי שתינשא להגון לה דתו לא רמיא מצוה עליה דאב כלל דעיקר המצוה שישיאנה לאיש הגון לה כדמש' מפשטיה דקרא

ואת בנותכם תנו לאנשים וכו' ומשום קו' הש"ס דמקשה בשלמא בני בידיה קיימי אלא בנתיה מי קיימן בידיה הוציאו מהמקרא הזה דליתיב לה מידי כי היכי דקפצי עלה אינשי וכיון שיש לה ממון שיכולה להנשא בו להגון לה תו לא רמיא עליה דאב מצוה כלל:

וראיה לזה מן הסוגיא דפ' נערה דאחר שהביא דברי ר"י משום רשב"י שהוציא מעיקרא ואת בנותיכם תנו לאנשים דליתיב לה מידי כי היכי דקפצי עלה בעי בגמ' ועד כמה אביי ורבא דאמרי תרוייהו עד עישור נכסי ע"כ ופי' תלמידי ר"י הובאו דבריהם בש"מ וז"ל עד עישור נכסי כלו' שאם אינו מוצא אדם שיקחנה בפחות מצוה עליו לתת לה עד עישור נכסיו עכ"ל והעתקנו דבריהם למע' בשאלה הראשונה מש' שאם מוצא אדם שיקחנה בפחות מעישור ואפי' ערומה לא רמיא עליה מצוה דליתיב לה מידי דהמצוה אינו אלא להשיאה וכל שמוצא להשיאה הרי קיים מצות רז"ל וא"כ ה"נ כיון שהיא מוצאת בנכסים הללו להינשא להגון לה תו לא רמיא מצוה עליה דאב דליתיב לה מידי כ"ת מ"ש ממזון בניו ובנותיו הקטנים שהה פחותים מבן שש שחייבו רז"ל לאב לזון אותם ואפי' אם יש להם נכסים ממ"א וכמ"ש הטור בסי' ע"א וז"ל חייב אדם לזון בניו ובנותיו הקטנים עד שהם בן שש וכתב מהר"ם מרוטנבורק אפי' יש להם נכסים שנפלו להם מבית אבי אמם חייב לזונם כיון דתקנת ח' היא זכו במזונותיהם אפי' יש להם להתפרנס משלהם ע"כ ופסקה מרן ז"ל בשה"ט יע"ש דשאני בניו ובנותיו שהם פחות מבן שש דחיובא אמרי בהו רבנן ואם לא רצה כייפינן ליה ויורדין לנכסיו ועוד טעם אחר דחיוב מזונותיהם ילפינן להו בש"ס בסו"פ אעפ"י מדקתני באשתו ואם היתה מניקה פוחתין לה ממעשה ידיה ומוסיפין לה על מזונותיה בשביל מזון בנה הקטן דבעי למיכל בהדה ומינה דייק הש"ס דחייב במזונות בניו הקטנים וכיון דחיוב מזונות בניו הקטנים כייל להו תנא בהדי מזונות אשתו ש"מ דינם שוה ודין א' להם. וכ"כ הרא"ש בפסקיו וז"ל בפ' נערה א"ר אילעא א' ר"ל משום ר"י בר חנינא באושא התקינו שיהא אדם זן בניו ובנותיו הקטנים וכו' כי אתו לקמיה דרבא אמ"ל ניחא לך דליתזנון בניך מצדקה ולא אמרן אלא דלא אמיד אבל אמיד כפינן ליה בע"כ וכו' והנ"מ בניו ובנותיו הקטנים אבל קטני קטנים אע"ג דלא אמיד כפינן ליה בע"כ וכו' ותנן נמי אם היתה מניקה וכו' דשמעינן מינה דחייב לזון בניו ובנותיו כשהם קטני קטנים ואפי' יש להם נכסים שנפלו להם מבית אבי אמם וכו' דומיא דמזונות האשה והבנות וכו' מדכלל מזונות האשה וכו' אלמא דין א' להם עכ"ל. וא"כ אין ראיה מהם לפרנסת הבת (ממזון בניו ובנותיו) ואדרבה יש להביא ראיה לפרנסת הבת ממזון בניו ובנותיו הקטנים שהם יתר על שש שמצוה לזונם מתקנת ח' כמ"ש הטור והש"ע בסי' הנז' ואם לא רצה גוערין בו ומכלימין אותו ואם הוא אמיד כפינן ליה בעל

כרחו ולוקחים ממנו בעל כרחו כדכתב הטור והש"ע לשם ועם כל זה אם יש להם ממון ממ"א פטור האב מלזונם כמ"ש הרב"ח בסי' הנז' וכדמשמע מדברי הרא"ש והטור ז"ל דלא כתבו דין זה דאפי' יש להם נכסים ממ"א דחייב לזונם אלא דוקא בקטני קטנים הפחותי' מבן שש וכדיהיב טעמא הרא"ש ז"ל דכייל להו התנא בהדי מזונות אשתו ש"מ הא ביתירים על שש אם יש להם ממון ממ"א פטור האב מלזונם ק"ו ב"ב של ק"ו בפרנסת הבת בחיי אביה שאפי' אם היה אמוד בנכסים לא כפינן ליה וכדכת"ל מכל הראיות שנתבארו. וכ"כ להדיא בהגמ"ר דקידושין שהעתקנו לשונו לעיל דודאי פשי' ופשיטא שאם יש לה נכסים ממ"א שראויה להנשא בהם דודאי האב פטור וזה ברור ופשוט:

וכ"ש לפי דעת הרשב"א ז"ל ח"ב סי' שצ"א שאפי' במזונות בניו ובנותיו קטני קטנים פחותי' מבן שש אם יש להם נכסים ממ"א פטור מלזונם ודלא כדברי מהר"ם מרוטנבורק שהביא הטור והרא"ש ז"ל שבודאי שאפי' בפרנסה בחיי האב הדין כן ומכ"ש הוא ודוק:

שוב אח"ז מצאתי להרא"ש ז"ל בתשו' כלל פ"ב סי' ג' שכ' וז"ל ששאלת אם תשב הבת וכו' ואם האב בעל אחריות וכו' טוב הוא שינתן בידו הכל ויפרנסנה וישיאנה באותו ממון עכ"ל הרי נראה להדייא מדבריו אעפ"י שהאב בעל אחריות נכסים ואמוד הוא בממון כיון שיש לה נכסים ממקום אחר תנשא באותו ממון וזה פשוט וברור:

וזהו אם הנכסים שיש לה ממ"א מספיקין לה להנשא להגון לה אבל אם אין הנכסים **מספיקין** לה להנשא בהם לראוי לה אעפ"י שהם כדי עישור אביה או יותר מסתברא דעדיין מצוה עליה דאב ליתן לה משלו עד כדי שיעור עישור נכסיו כדי שתינשא בהם לראוי לה כיון שעדין לא נסבי לה הו"ל כאילו לית לה מידי ועליו המצוה ליתן לה מנכסיו כדי שישאו אותה אנשים הגונים ואעפ"י שאם נתן לה מנכסיו עד כדי עישור נכסיו תו לא רמיא עליה מצוה כלל וה"נ הרי יש לה ממ"א שיעור עישור נכסיו לא היא דהתם ודאי כיון שנתן לה מממונו שיעור עישור לא הטריחו רבנן עליה ליתן משלו כלום משא"כ הכא דעדין לא נתן משלו כלום כל שאינה מוצא להנשא באותם נכסים שיש לה ממ"א לאיש הראוי לה עדיין חייב האב ליתן לה מנכסיו דמצות ח' היא ליתן אדם מנכסיו והרי עדיין לא נתן אבל אם הם מספיקים לה להנשא לאיש הראוי לה ודאי לא רמיא עליה דאב מצוה ליתן לה שום דבר וכ"ש אם כבר נישאת והלכה והיתה לאיש ויביאה אביה אל האדם באלו הנכסים שיש לה ממ"א דודאי לא נשאר אצל אביה שום זכות בנכסיו כלל מצד נדונייתה ומהתימא ממהר"א ן' יעיש הובאו דבריו בספר ב"ד חו"מ סי' ע"א ומהרב שולחן גבוה בתשובה לאה"ע סי' ו' שכתבו שאפי' אם נישאת ויש לה נכסים ממ"א והשיאה אביה באלו הנכסים שחוזרת על אביה שחיובא רמיא

על האב דליתא כמ"ש דלא מיבעיא דחיובא ליכא אפי' בשאין לה נכסים ממ"א אלא מצוה הוא דאיכא. כשיש לה נכסים ממ"א אפי' מצוה ליכא וכמ"ש. והראיה שהביא מדברי מהר"ם מרוטנבורק והרא"ש והטור והש"ע שפסקו בפחותים מבן שש אפי' יש להם נכסים ממ"א חייב אביהם לזונם אינה וכמ"ש ודוק:

ולשאלה הד' אשר שאלת אם אביה בעצמו נתן לה מתנות קודם שהגיע לפרק הנושא ולא פירש שהם לצורך נישואיה בעבור מה שציוו עליו חז"ל והמתנות ההם כדי שיעור עישור נכסיו ואינה מוצאת באלו המתנות שנתן לה אביה איש הגון לה שתינשא לו אם אביה מצוה רמיא עליה עדין ליתן לה מלבד המתנות הנז' עד כדי עישור נכסיו או נימא כיון דנתן לה מממונו שיעור עישור נכסיו הרי קיים מצות רז"ל:

תשובה ודאי כיון דנתן לה מממונו שיעור עישור נכסיו ודאי דלא רמיא עליה עוד כלל מצות חז"ל שציוו עליו ליתן והרי נתן דבשלמא אם רז"ל היו מחייבין אותו בלשון חיוב כמו מזונות בניו הקטני קטנים שהם פחותים מבן שש דתני בהו לשון חיוב היה נופל הספק בשנתן להם בל' מתנה ולא פי' עבור מזונותיהם אם עדין חיובו במקומו עומד או נימא דמ"מ הרי חייבוהו רז"ל ליתן להם והרי נתן אבל בפרנסה דלא תני בה שום חיוב בשום מקום אלא ציוו עליו ליתן פשי' דמפטר בזו המתנה שנתן להם דציוו עליו ליתן והרי נתן ואפי' מזונות בניו ובנותיו קטנים פחותים מבן שש דתני בהו רבנן לשון חיוב קרוב הדבר לו' דאפי' מהר"ם מרוטנבורק יודה דאם אביהם נתן להם מתנות דפטור ממזונותם דע"כ לא קאמרי דחייב אלא בשיש להם נכסים ממ"א כגון שנפלו להם ירושה מבית אבי אמם אבל כשאביהם בעצמו נתן להם מתנה אמרינן ודאי לשם מזונות דחייב להם נתן להם. ראיה לזה ממ"ש התוס' בפ' הנושא בד"ה אמאי בנו וכו' וי"ל דאיצטריך לפרושי הכי משום דמיירי בכל ענין אפי' כתב לו שאני חייב לו חמש סלעים לפדיון בנו ואפי' לא כתב לו הכי סתמא דמילתא לפדיון בנו הוא דאמר וכו' יעו"ש הרי דאפי' במידי דחייב בו מן הדין ונתן לו מתנה או נתחייב לו שום חיוב בסתם ולא פי' בעבור חיוב שחייב בו מקודם עתה נתן או נתחייב אמרינן סתמא דמילתא בעבור אותו חיוב נתן לו או נתחייב לו כ"ש בפרנסת הבת דליכא בה שום חיוב אלא מצוה בעלמא היא מדרבנן ואם לא רצה לא כפינן ליה אפי' אין לה נכסים ממ"א כמו שהוכחנו ובירורנו לעיל כ"ז בראיות ברורות וא"כ זו היא משנה שאינה צריכה ולא הוצרכתי לכל זה אלא לאפוקי ממהר"א ן' יעיש שהביא דבריו הרב ב"ד חחו"מ סי' ע"ה ומהרב שו"ג סי' ו' גם ראיתי להרב ד"מ חאה"ע סי' מ"ה הביא דברי השו"ג הנז' וחלק עליהם יעש"ב. גם הרב מהרימ"ט ח"מ סי' צ"ג נראה מדבריו שחולק עליהם שלא נסתפק לו לשם סוף התשו'

אלא מחמת שנדר לה בסך ידוע ופסקו לה אותו קודם שנפלו לה הנכסים הא לא"ה אם לא נדר לה כלום פשיטא ליה להרב דמשיאה מממון שנפל לה ממ"א יעש"ב ודוק:

וכיון שביררנו מכל מ"ש דאין חיוב על האב להשיא בניו ובנותיו כ"א מצוה בעלמא מד"ס כמ"ש בשאלה הא'. גם ביררנו דפרנסת הבת לצורך נישואיה בחיי אביה אין חיוב על האב כלל כי גם זה מצוה מד"ס היא. ובזה יצא לנו שאם יש להבת נכסים שנפלו לה ממ"א וכן הוא הדין נמי אם נתן לה מתנות אביה מנכסיו קודם שתגיע לפרק הנושא שהוא פטור בזה ואינו חייב ליתן עוד נדוניא ואפי' למצוה בעלמא ליכא. וכמו שמבואר למעלה בשאלה הג' והד':

מעתה נבוא לברר עוד השאלה ה' אשר שאלנו בפרנסת הבת שתיקנו רז"ל מן האחים אם יש לה נכסים ממ"א שנפלו לה בירושה או במתנה ומספיקין לה להנשא להגון לה אם עדיין מוטל על האחים ליתן לה מה שתיקנו רז"ל מהם כשאין לה נכסים ממ"א או לא:

תשובה נראה דטעמא דחייבום רז"ל להאחים ליתן לאחותם פרנסה לצורך נישואיה אעפ"י שדבר זה אינו מתנאי כתובה כמו מזון הבנות ולא היה אביהם חייב כשהיה חי כמש"ל אעפ"י כן כיון שמצות רז"ל על האב ליתן לה מנכסיו מעט לצורך פרנסתה ודאי אחזוקי אינשי בצדיקי מחזיקינן שאילו אביהם חי היה מקיים מצות רז"ל ונותן לה ועשאו רז"ל את שאינו זוכה כזוכה וכל מה שאביה נותן לה אם היה חי הוי כאילו זכתה בו הבת בחיי האב וחייבים האחים ליתן אותו לה ולפיכך אי ידעינן אומדן דעת האב מריעיו ומיודעיו כמה היה נותן לה אילו היה חי חייבים ג"כ האחים ליתן לה כשיעור אותו אומד דלפרנסה שמין באב ואי לא ידעינן אומדן דעתו נותנים לה עישור נכסיו שזהו ג"כ מצות רז"ל עליו ליתן לה וכמ"ש בהש"ס אביי ורבא דאמרי תרוייהו עד עישור נכסי ובודאי דאמדינן דעתיה דאב שהוא היה מקיים מצות רז"ל שאם אינו מוצא לה להשיאה בפחות מעישור להגון לה היה נותן עישור נכסיו כדי להשיאה לאיש הראוי לה וא"כ גם האחים חייבים ליתן לה עישור נכסים כמו שאם אביה היה חי היה נותן לה עישור כדי להשיאה לאיש הראוי לה:

ומנא אמינא לה דגם העישור מטעם אומדן דעת הוא ולא מטעמא דחז"ל תיקנו לבת שאינה נשואה חלק בירושת אביה עישור נכסיו והוא מכיון שמצינו דאם ידעינן אומדן דעת האב מריעיו ומיודעיו שלא היה נותן לה עישור אלא פחות מעישור גם האחים אינם חייבים ליתן לה עישור שלם אלא כפי אומדנא דאב וא"כ בודאי הא דיהבינן לה עישור אם אין אנו יודעין דעת האב משום דאמרינן ודאי מסתמא גם האב בדעתו היה ליתן לה עישור נכסיו כמו שציוו רז"ל. ועוד ראיה מהא דכ' הרשב"א ז"ל הובאו דבריו בשיטה

מקובצת דכתובות דס"ח והעתקתי לשונו לעיל על הא דאקשי בגמ' חוזרות וחולקות בשוה כל חדא וחדא דנפשה שקלה וכו' וי"ל דאין האחים חייבים לתת להם העישור אלא כדרך שהיה האב נותן להם וכו' עכ"ל הרי דאפי' העישור משום אומדן דעת האב הוא: **וא"כ** עכשיו שיש להבת נכסים ממ"א אי ידעינן דעת האב ואמידניה בהכי שאפי' הי"ל נכסים ממ"א היה נותן לה עוד מנכסיו בודאי דיהבינן להו כשיעור דאמידניה דלפרנסה שמין באב והולכין אחר דעת האב וחייבים האחים ליתן לה מה שאנו אומדין בדעתו ובהא ליכא ספיקא ואי לא ידעינן דעת האב ריעיו ומיודעיו וצריכים אנו ליתן לה עישור נכסי מחמת אומדן דעת האב שהיה מקיים מצות רז"ל ה"נ ביש לה נכסים ממ"א כיון דעדיין מצוה רמיא עליה דאב ליתן לה עד עישור אם אינה מוצאת להנשא לאיש הראוי לה באותן נכסים שיש לה ממ"א גם האחים חייבים ליתן לה עישור נכסי אעפ"י שים לה נכסים ממ"א ואעפ"י שאביה כשהיה חי אם מוצאת להנשא להגון לה בנכסים שיש לה אין עליו שום מצוה דרז"ל ליתן לה עוד מנכסיו. עכ"ז באחים לא פלוג רבנן ואפי' שהיא מוצאת להנשא לאיש הגון לה (בנכסים שיש לה ממ"א) בפחות מעישור עכ"ז חייבים האחים ליתן לה עוד עישור נכסי משום דהאב מסרו לו דבר זה משום דרחמי האב על הבנים והיה עושה כל טצדקי ומשיאה לאיש הראוי לה אבל לא כן לגבי האחים ומשו"ה חייבום רז"ל עישור מ"מ. ה"נ לגבי נ"ד אפי' שיש לה נכסים ממ"א לאב מסרו לו הדבר בידו אבל האחים לא מסרו להם בידם דבר זה וחשו לה חכמים שמא ישיאוה לשאינו ראוי לה וחייבים ליתן לה עישור נכסים אעפ"י שיש לה נכסים ממ"א כיון דאביהם נמי מצוה רמיא עליה ליתן לה מנכסיו עד כדי עישור אם אינה מוצאת להינשא בנכסים שיש לה ממ"א לאיש הראוי לה וכן אם השיא בת הא' ולא הי"ל לבת הא' נכסים ממ"א נותנים לה כדרך שנתן לא' מלבד אלו הנכסים שיש לה לשניה ממ"א כיון שאין אנו יודעים דעת האב בזה היאך הוא וכן אם אנו יודעין דעת האב ואמידניה אם לא היו לה אלו הנכסים ממ"א אבל עתה שיש לה נכסים שבאי לה ממ"א אין אנו יודעים אומדן דעת האב בזה ויתכן שהיה פוחת לה לזאת ממה שנתן להא' בזה יש חילוק אם מה שנתן לראשונה הוא פחות מעישור ודאי דגם לזו נותנים לה כמו שנתן לא' מלבד אלו המתנות שהוא פיחת מעישור אבל אם נתן לא' יותר מעישור לסברת האומרים דאזלינן בתר אומדן האב אפי' להוסיף מעישור ועתה שיש לה להבת נכסים ממ"א ואין אנו יודעין דעת האב בזה דיתכן שהיה פוחת לה עבור אלו הנכסים שיש לה אזי אין נותנים לה האחים כ"א עישור דוקא עם אלו הנכסים שיש לה ממ"א כיון שאביה לא רמיא עליה מצוה ליתן לה מנכסיו כ"א עישור דוקא וכ"ן יפלו אלו החילוקים באם השיא הבת הא' בחייו שנותנים לשניה כדרך

שנתן לא' שאם הא' כשהשיאה לא היה לה נכסים ממ"א אם נתן לה פחות מעישור ודאי דנותנים לב' כדרך שנתן לא' מלבד אלו הנכסים שיש לה ממ"א אבל אם נתן לא' יותר מעישור לא היה לה נכסים ממ"א זו שיש לה נכסים ממ"א יתכן שלא היה נותן לה כמו שנתן לא' ונותנים לה עישור בדוקא לבד אלו הנכסים שיש לה ממ"א כיון שאביה מצוה עליו ליתן לה עד עישור מלבד אלו הנכסים שיש לה ממ"א בכדי שתמצא איש אשר הגון לה ותינשא לו:

ולשאלה הו' אשר שאלת אם אביה בעודו בחיים קודם שהגיעה לפרק הנושא נתן לה מתנות ולא פי' לה אם הם לצורך נישואין לקיים מצוה דרז"ל אשר ציוו ליתן לה אם עדיין בחיים האחים חייבים ליתן לה עישור נכסים מלבד אל המתנות שנתן לה אביה או אם נימא לכשלא יספיקו אלו המתנות שנתן לה לעישור נכסי חייבים האחים להשלים לה עישור על אלו המתנות משלהם ואם יש בהם כשיעור עישור נכסי אין חייבים ליתן לה משלהם כלום:

תשובה ודאי אם אנו יודעין דעת האב מריעיו ומיודעיו שאם היו לבתו אלו המתנות היה נותן לה ג"כ מממונו ויכולין לשער כמה נותן לה ודאי אין ספק דהולכין אחר דעת האב כמש"ל בתשו' שאלה הה' דלפרנסה שמין באב ואם לא ידעו ב"ד אומדן דעתו באלו המתנות ויודעין לאמוד בדעתו מלבד אלו המתנות אזי אם הם יתר על אומדן דעתו אין לה כלים ואם הם פחות מאומדן דעתו משלימין לה על אלו המתנות כשיעור אומדן דעתו אם האומד הוא פחות מעישור וליש או' אפי' להוסיף על העישור וכן אם השיא בת בחייו ולא הי"ל מתנות רואין אם אלו המתנות שנתן לה מקודם פחותים משיעור שנתן לבת שהשיא בחייו משלימין לה על שיעור שנתן לא' ואם הם יותר אין לה כלום ואם לא ידעינן אומדן דעתו כלל ולא השיא בת בחייו אזי אם המתנות שנתן לזאת הם יותר מעישור או עישור שלם אזי אין חייבים האחים ליתן לה כלום ואם הם פחות מעישור משלימין לה עליהם עד עישור ואעפ"י שלא פי' בשעה שנתן לה אלו המתנות שנותן לה לשם נישואין אמרינן דמסתמא לצורך נישואיה נתן אותם לה כמו שציוו עליו חכמים ליתן והרי נתן ולא נשאר עליו עוד שום מצות ח' וגם האחים פטורין מליתן לה עישור נכסי הגם דבעישור נכסי אזלינן בתר דעת האב וכמש"ל בשם הרשב"א ז"ל שהובאו דבריו בשי' מקובצת דכתובות דגם האחים אינם חייבים ליתן אלא כדרך מה שהיה האב נותן לה אילו היה חי:

ומנא אמינא לה דיש חילוק בין אם יש לה נכסים ממ"א דאז לא הפסידה עישור נכסי מן האחים ובין אם אביה נתן לה מתנה מממונו דהפסידה מעישור נכסים שלה כנגד

המתנה שנתן לה אביה מהא דאיתא בפ' מציאת האשה דס"ט איתמר מי שמת והניח שתי בנות ובן וקדמה הא' ונטלה עישור נכסים ולא הספיקה השניה לגבות עד שמת הבן א"ר יוחנן שניה ויתרה א"ר חנינא גדולה מזו אמרו מוציאין לפרנסה ואין מוציאין למזונות ואת אמרת שניה ויתרה וכו' ושאני התם דאיכא רווח ביתא אמ"ל רב ימר לרב אשי אלא מעתה מציאה אשכחא דאיכא רווח ביתא ה"נ דלא יהבינן לה עישור נכסי אמ"ל אנן רווח ביתא מהני נכסי קאמינא ע"כ בגמ' ופי' בשי' מקובצת בשם מהרי"ט רווח ביתא פי' שהגיע בידה וכו' וטעמא דפרנסה היא כדאמרן שאנו אומדין דעת האב שאינו רוצה שתתבזה בתו ותינשא וכו' והשתא דאית לה חולקא בנכסיו אינו רוצה שתטול פרנסתה שהרי יש לה ואינה מתבזה וכו' עכ"ל וכיון דהרי"ף והרמב"ם ומרן בשוה"ט פסקו כר"י אנן קי"ל הכי דאם יש לה רווח ביתא מהני נכסי דאבוה שוב אין לה עישור נכסים ואם יש לה רווח ביתא ממ"א אית לה עישור נכסי ולפע"ד נר' דאפי' ר"ח דפליג אר"י מודה בנ"ד דאם אית לה רווח ביתא מהני נכסי דלית לה תו עישור נכסים דטעמא דר"ח דפליג התם אר"י משום דכיון שמת אביה קוד שתעשה לה רווח ביתא א"כ כבר זכתה בעישור ואעפ"י שנעשה לה רווח ביתא אח"כ תו לא פקע מינה זכות דילה. לא כן בנ"ד שקודם שזכתה בעישור נעשה לה רווח ביתא דודאי ל"ל עישור נכסי כיון שאביה עצמו לא נשאר עליו שום מצוה ליתן לה מנכסיו עוד ולא חייבו חז"ל לאחים ליתן לה אלא מה שהיה אביהם נותן לה כשהוא חי וכמש"ל בשם הרשב"א ז"ל שהובאו דבריו בשי' מקובצת:

האמנם ראיתי להרשב"א ז"ל בתשו' בח"ג סי' קכ"ג שנשאל על ראובן שהי"ל בת שלא נישאת ובשעת פטירתו ציוה שתיטול הבת כו"כ מנכסיו ולא הזכיר אותו הסך מחמת נשואיה ועכשיו באה הנערה ליטול אותו סך מוסף על עישור נכסים אם נאמר שהדין עמה או נאמר שלא תיקנו לה חז"ל אלא היכא דלית לה כלום שתינשא בו אבל כל שיש לה נכסים ממ"א שתינשא בהם לא תיקנו חז"ל והשיב וז"ל הנני משיב על אחרון ואומר שאפי' יש לה ממ"א כמה נכסים לא הפסידה עישור נכסי הראוי ליתן לה מנכסי האב כדאיתא בהדייא בפ' מציאת האשה אלא מעתה מציאה אשכחא דאיכא רווח ביתא ה"נ דלא יהבינן לה עישור נכסי אלא מיהו בנדון שלפנינו יש לדון שאינה נוטלת לפי שיש לה רווח ביתא מההוא נכסי דאב מדגרסינן וכו' אמ"ל אנא רווח ביתא מהנהו נכסי קאמינא ואע"ג דבירו' פסקו הלכה כר"ח וכו' ר"ח וכן הרב אלפסי ז"ל פסקו כר"י משום דרב אשי דהוא בתראה משמע בגמ' דס"ל כוותיה וכיון שכן אף זו שיש לה רווח ביתא מהנהו נכסי אינה נוטלת עישור נכסים אלא שיש לנו לומר דכיון דאשכחן דר"ח דהוא רביה

דר"י פליג עליה וכן רב אשי דירוש' אמרו דנפק עובדא כוותיה דר"ח די לנו שנפסוק כר"י במה שמפורש בהדייא בדברי ר"י בשמת הבן ונעשת הבת יורשת ואית לה רווח ביתא בירושת הנכסים כבן כבת קאמר אבל רווח ביתא מחמת מתנה דאב לא שאין מתנה זו אלא בנכסים שבאו לה מתנה ממ"א ולזה דעתו נוטה עכ"ל:

ולכאורה דבריו אלו נגד כל מ"ש דמשמע מדבריו דלא שאני ליה בין נכסים שבאו להבת ממ"א בין שאביה נתן לה מתנה משלו בכולם נוטלת אותם נכסים מוסף על עישור נכסים שיש לה וזה היפך כל מש"ל גם סותר דברי עצמו ממ"ש בח"ב סי' שצ"א שהביא ב' דעות במזונות בניו הקטנים הפחותים מבן שש שיש מי שאומר דאעפ"י שיש להם נכסים ממ"א חייב האב לזונם דתנאי ב"ד הוא וכו' ויש מי שאו' דטעמא דחייבו ח' לזון בניו הקטנים מפני שאין להם במה להתפרנס וכל שיש להם להתפרנס ממ"א לא חייבו ח' לזונם והסכים הוא ז"ל לסברא זו דכל שיש להם במה להתפרנס פטור האב מלזונם. וא"כ מאי שנא התם בפרנסת הבת דפסק להיפך. והראיה שהביא מהש"ס דקאמר אלא מעתה מציאה אשכחא דאיכא רווח ביתא ה"נ דלא יהבינן לה עישור נכסי ליכא ראיה כלל דהתם שאני שכבר זכתה בעישור ואח"כ מת אביה ודכוותא קאמר אלא מעתה מציאה אשכחא דהיינו אחר שזכתה בעישור לא כן השאלה שנשאל עליה דאיכא רווח ביתא קודם שזכתה בעישור ולפי דבריו ז"ל שמביא ראיה מזאת הסוגיא דהיכא שיש לה רווח ביתא ממקום אחר לא הפסידה עישור נכסי תיקשי ליה למ"ש בח"ב סי' שצ"א דהיכא שיש להם ממ"א אין האב חייב לזונם ומ"ש מזונות מעישור נכסי גם מ"ש אלא שים לנו לומר דכיון דאשכחן לר"ח דהוא רביה דר"י פליג עליה וכו' די לנו שנפסוק כר"י במה שמפורש בהדייא בדר"י דהיינו כשמת הבן וכו' לפעד"ן דהדבר בהיפך דאיכא למימר דאפי' לפי סברת הירוש' ולפי סברת הפוס' דפסקי כהירוש' דפסק כר"ח היינו דוקא במה שנתפרש בדברי ר"ח להדייא דהיינו היכא שזכתה בעישור קודם שנעשה רווח ביתא כגון הכא שמת האב ואח"כ מת הבן דאז דוקא קאמר ר"ח גדולה מזו אמרו וכו' ולא אמרינן בזה דשמא ויתרה לא כן בנדון הרשב"א שנעשה לה רווח ביתא קודם שזכתה בעישור דאפי' ר"ח מודה דלית לה עישור נכסי ואפושי פלוגתא בין ר"ח ובין ר"י לא מפשינן:

והנ"ל ליישב דברי הרשב"א ז"ל דלא ליהוו סתראי אהדדי וגם דלא תיקשי מהראיה שהביא בח"ג סי' קכ"ג מההיא דקאמר הש"ס אלא מעתה מציאה אשכחא ה"נ דלית לה עישור דמש' מינה דאפי' שיש להם נכסים ממ"א לא הפסידה עישור נכסי אמאי דפסק בח"ב סי' שצ"א דאם יש להם נכסים ממ"א לא הפסידה עישור נכסי דמ"ש פרנסה

ממזונות ואדרבה מזונות עדיפי מפרנסה. והוא דההיא דח"ב סי' שצ"א מיירי במזונות בחיי האב ונכסי' שיש להם ממ"א מספיקי' להם למזונותיהם משו"ה פטור האב מלזונם ואם אינם מספיקים להם בודאי דעדיין חיובא רמיא עליה לזונם כמו פרנסת הבת בחייו שכ' למעלה דאם יש לה נכסים ממ"א ונכסים הללו מספיקים להנשא לאיש הראוי לה תו לא רמיא מצוה עליה דאב ליתן לה עוד מממונו נוסף על אותם נכסים שיש לה ממ"א ואם אינם מספיקים לה אותם נכסים להשיאה לאיש הראוי לה עדיין רמיא מצוה עליה דאב ליתן לה משלו נוסף על אותם נכסים עד כדי עישור נכסיו שתינשא לאיש הראוי לה. ולגבי האחים אעפ"י שאותם נכסים שיש לה מספיקים לה להנשא לאיש הראוי לה עכ"ז חייבום חכמים ז"ל ליתן לה עישור נכסים כדי שלא יאמרו על מי שאינו הגון אין רע לא כן לגבי האב לא חשו להכי משום דרחמי האב על הבנים ואמטו"ל קאמר הש"ס אלא מעתה מציאה אשכחא וכו' ופסקה הוא ז"ל דאפי' יש לה נכסים ממ"א עכ"ז לא הפסידה עישור נכסי וכמש"ל בעניותין חילוק זה והוא נכון וברור:

האמנם מה שפסק במה שנתן לה אביה מתנות לא הפסידה עישור נכסי שאין מתנה זו אלא בנכסים שבאו לה מתנה ממ"א ולזה דעתו נוטה אעפ"י שלא החליט הדבר בפשיטות שבתחילת דבריו כ' אלא מיהו בנדון שלפנינו יש לדון שאינה נוטלת וכו'. ובסו"ד כתב ולזה דעתי נוטה מ"ש שאין הדבר פשוט לו בפשיטות מ"מ דבריו צ"ע כיון שאפי' האב עצמו אין עליו מצוה כלל ליתן לה מלבד אלו המתנות עד עישור נכסיו וכמש"ל והוכחתי בתשו' שאלה ד' א"כ גם האחים אמאי חייבים ליתן לאחותם מלבד אלו המתנות עישור נכסים והלא גם בעישור אין האחים חייבים ליתן אלא מה שאביהם היה נותן להם אילו היה חי וכמש"ל בשם הרשב"א עצמו שהובאו דבריו בש"מ. והראיה שהביא מן הירושלמי אינה ראיה כלל משום דע"כ לא פליג ר"ח אר"י אלא משום דהתם כבר זכתה הבת בעישור שלה קודם שנעשה לה רווח ביתא מהני נכסי וכמ"ש ר"ח גדולה מזו מצינו מוציאין לפרנסה כיון שכבר זכתה אבל היכא שנעשה לה רווח ביתא קודם שתזכה בעישור אפי' ר"ח מודה דלית לה עישור נכסי דאמרינן אדעתא דעישור יהיב לה האב מתנות אלו ולא תיקנו לה עוד מן האחים עישור כלל דרחוק הוא לו' דר"ח יכחיש לטעם רווח ביתא כלל ובהא נמי פליג אר"י דא"כ עיקר טעם ר"ח חסר מדבריו כיון דאפי' ר"י מודה דמוציאין לפרנסה ושאני הכא דאית לה רווח ביתא הילל"ל ר"ח אנא רווח ביתא לא ס"ל אבל השתא אי אמרינן דאפי' ר"ח מודה דהיכא דאית לה רווח ביתא ל"ל עישור ושאני הכא דכבר זכתה בעישור שפיר קאמ"ל כיון דכבר זכתה בעישור אפי' מן המשועבדים היא מוציאה ועוד דאפושי פלוגתא לא מפשינן. ועוד האי טעמא דרווח

ביתא אינו מוסכם ור"י הוא דאית ליה האי סברא ואינה מוכרחת סברא זו לכ"ע אם כי מק' רב ימר לרב אשי אלא מעתה מציאה אשכחא דאית לה רווח ביתא ה"נ דלית לה עישור לימא ליה אה"נ דהכי אית ליה לר"י דאפי' מציאה אשכחא ל"ל עישור ובשלמא אי פי' ויתרה הוא שמחלה מדעתה שפיר איכא למי' ולפלוגי בין שבא לה רווח ביתא בין היכא שבאו לה ממ"א אבל כיון דפי' שניה ויתרה הוא כדפי' מהרי"ט ז"ל הובא דבריו בשי"מ וכתבתי לשונו לעיל דטעמא דתיקנו לה רבנן עישור נכסים משום שאנו אומדין דעת האב שאינו רוצה שתתבזה בתו אימא אע"ג דאית לה רווח ביתא ממ"א כיון דאינה מתבזית לא תיקנו לה אלא ודאי הוא הדבר אשר דיברנו למעלה דעישור הבנות מן האחים מן מצות האב על הבנות הוא וכמש"ל משם הרשב"א בשי' מקובצת דאין חייבים האחים ליתן להם אלא מה שהיה אביהם נותן להם ובאביהם עצמו יש חילוק בין אם באו להם נכסים ממ"א ובין אם הוא עצמו נתן להם מתנות וכמש"ל ומשו"ה גם באחין מפליגינן כהאי גוונא:

גם מ"ש בשאלה ולא פי' שתטול אותו סך מחמת נישואיה ק' דאעפ"י שלא פי' הוי כאילו פירש כמש"ל בתשו' שאלה הד' משם התו' דפרק הנושא וכן יש ראיה לזה מדקתני בפ' מציאת דס"ט המשליש מעות לבתו וכו' והעתיקה הרמב"ם ז"ל בפ"ך מה' אישות הי"ד מי שציוה לתת לבתו כו"ך מעות לצורך פרנסתה לוקח בהן קרקע הרי דאפי' בסתם נתן לה לצורך פרנסתה נתן לה ואפי' נתן לה קרקע הוא לצורך פרנסתה דכל מה שיש להבת קודם נישואיה פרנסתה מיקרי כיון שהיא מכנסת אותו לבעלה והי"ל להרשב"א לו' ולא הזכיר שתטול אותו סך מחמת עישור נכסים שיש לה דאעפ"י שאמר לצורך נישואיה בפי' אמרינן דנתן לה במתנה אותו סך לצורך נישואיה מלבד העישור שיש לה או מלבד מה שציוו עליו חז"ל ליתן לה לצורך פרנסתה באופן שדברי תשו' הלזו שגבה ממני ולא יכולתי להבינה:

גם מלשון הרמב"ם שכ' בפי"א מה' זכיה הכ"א וז"ל ש"מ שאמר וכו' שהרי לא אמר ארבע מאות זוז סתם עכ"ל והביא דבריו מרן ז"ל בחו"מ סי' רנ"ג סט"ו יע"ש משמע דאין חילוק בין אמר סתם לאמר לצורך נישואיה דאפי' בסתם משמע דבעבור העישור דאל"ה היכי מצי לו' ת' זוז סתם דהיה משמע מלבד העישור ומשו"ה פירש בלשונו לכתובתה דהיינו לצורך כתובתה ולעולם אימא לך דכונתו הוא ליתן לה ת' זוז והא דלא אמר סתם דלא לישתמע מלבד העישור כדברי הרשב"א אלא ודאי דאפי' בסתם משמע בעבור העישור ודלא כהרשב"א ואע"ג דבבכור ובאשה ובע"ח פליגי הפוס' אם לא אמר כראוי להם ולא אמר ג"כ בבכורתו ובכתובתה ובחובו אי אמרינן מתנה נתן להם מוסף על מה שהיה

חייב להם או אי אמרינן ידם על העליונה וכמ"ש הטור והש"ע בסי' רנ"ג הכא בכתו' כ"ע מודו דבעבור העישור נתן לה דאפי' פירש לשון מתנה דבהנהו דכ"ע מתנה נתן להם יתר על הראוי להם בבתו שאני אע"ג דפי' לשון מתנה בפי' אינה נוטלתם לבד העישור והטעם הוא כיון דבידו להפקיעה מעישור דהאומר אל יתפרנסו בנותיו מנכסיו שומעין לו א"כ מה שנותן להם אפי' בסתם הוא כנגד העישור ולא חשיב מתנה ולא דמי לאינך דאינו יכול להפקיע חיובם שחייב להם וא"כ מה שנותן להם לשון מתנה ודאי שהוא מלבד החיוב שחייב להם:

וראיה גמורה לזה הוא דבפ' יש נוחלין דקל"ח דתני בברייתא ת"ר ש"מ שאמר תנו מאתים זוז לפ' בני בכור כראוי לו נוטלן ונוטל את בכורתו אם אמר בבכורתו ידו על העליונה רצה נוטלן רצה נוטל את בכורתו תנו ר' זוז לפ' אשתי כראוי לה וכו' אם אמר בכתובתה וכו' תנו ר' זוז לפ' בע"ח כראוי לו וכו' ואם אמר בחובו וכו' ואם איתא כדברי הרשב"א ז"ל דדין האשה והבת והבע"ח והבכור שוים למה לא קא חשיב התנא הבת בהדי אלו אלא ודאי דדין הבת חלוק מדינם של אלו כיון שאינו חייב בו מצד הדין ואעפ"י שאמר בראוי לה או לשון מתנה בפי' אינה נוטלת אלא מה שנתן לה האב דוקא ואינה נוטלת המתנה והעישור וקרוב לו' שאעפ"י שהמתנה היא פחותה מן העישור אינה נוטלת אלא המתנה דוקא וכ"ש היכא שפי' ואמר בעישור דודאי פשיטא ופשיטא שאעפ"י שהיא פחותה מן העישור אינה נוטלת אלא אותה מתנה דוקא משום דהוי כאומר אל יתפרנסו בנותיו מנכסיו יותר מזה השיעור דשומעין לו. ואעפ"י שכתבתי למעלה דאם אביה נתן לה מתנה כשהיה חי משלימין לה עליה עד כדי עישור. שאני התם במתנה שנתן לה בהיותו ברי דאמרינן שאעפ"י שאותה מתנה היא פחותה מעישור אח"כ הוא נותן לה עוד ובהיותו בריא אפי' אמר אל יתפרנסו בנותיו מנכסיו אין שומעין לו דאמרי' אח"כ חוזר בו ומרחם עליהם אבל בהיותו ש"מ אם אמר אל יתפרנסו בנותיו מנכסיו שומעין לו גם אה נתן להם מתנות פחותים מעישור אין להם אלא אותם המתנות דוקא דהוי כאומר אל יקחו מנכסיו אלא אלו המתנות דוקא וכ"ש היכא שפי' בפי' ואמר תנו ר' זוז לבתי בנדונייתה דודאי אעפ"י שהמתנה היא פחותה מן העישור דאין לה אלא אותה המתנה בלבד עד שיאמר בפי' תנו ר' זוז לבתי מלבד העישור אז היא נוטלתם ונוטלת העישור וכל זה שכתבתי הוא שלא כדברי הרשב"א ז"ל דח"ג סי' קכ"ג שכת' למעלה:

ומצאנו ראינו למהר"מ מינץ בתשו' סי' מ"ז דס"ל דלא כהרשב"א שנשאל על אב שציוה לתת לבתו שלשים זהובים ולבניו כו"כ כשהיה ש"מ ועמד אח"כ יום או יומים ואח"כ מת שהעלה שאותה צוואה היא בטלה כיון שעמד מאותו חולי לגבי צוואת בניו ולגבי צוואת

בתו כתב אכן מה שציוה לתת לבתו ל"ז בזה יש לחלק וכו' ויש ליפות כח הבת וכו' ומאחר דהלכתא דאזלינן בתר אומדנא א"כ עובדא דידן דאמר האב ליתן לבתו ל"ז נהי דצוואתו בטילה מאחר דכבר עמד מ"מ לא גרע מ"ש ליתן לה ל"ז מאומדנא אע"ג דדעות יש אם אזלינן בתר אומדנא אפי' להוסיף על עישור וכו' מ"מ מצינו למימר בעובדא דידן דאמר האב בפי' לתת לבתו ל"ז כו"ע מודו דיהבינן לה ל"ז הגם אם יעלו אותם הל"ז יותר מעישור כיון דאמר בפי' לתת לה וכו' אכן אם יש להבת שטר חצי זכר מן אביה יש לחלק בדבר לשלשה ספיקות דיש להסתפק שמא דעת האב היה להוסיף לה הני ל"ז על השטר בתורת עישור נכסים או שמא אם אינו מגיע חלקה דחצי זכר לל"ז דיש למלאת לה עד דהוי ל"ז גם בתורת עישור נכסים או שמא דעת אביה הוי דשטר ח"ז הוי במקום עישור ומה שהוסיף לה בצוואתו הל"ז הוסיף לה על העישור ואז לפי האי ספיקא הוי אותם ל"ז כצוואה בעלמא ואם עמד חוזר וכיון דעמד הוי חזרה ובטלה הצוואה ושמא תאמר השטר הוי חוב בעלמא שחייב לה אביה ובזה השטר לא יגרע כחה שנאמר שזה השטר הוא עישור נכסים שלה דאעפ"י שכתב לה זה השטר מ"מ יש ליתן לה עישור נכסים וכו' הא ליתא כיון דאית לה בלאו רווחא דביתא מהני נכסי ע"י שטרא מצינו למימר דלא ניתן לה עוד עישור נכסים ודמיא להיא דאמרי' מי שמת והניח ב' בנות ובן וקדמה ראשונה ונטלה לה ולא הספיקה שנית לגבות עד שמת הבן אר"י שניה ויתרה וכו' וכתב האלפס דהלכתא כר"י וכו' אע"ג דהשטר הוי כמו ש"ח בעלמא מ"מ בשביל כך התקינו באלו המדינות ליתן שטרות לבנות כדי שיהיה להן פרנסה להשיאן וכדי שיקפצו להשיאן וכו' וזהו טעמא דידן דנותנים שטרי ירושות לבנות באלו המדינות ולפום האי סברא הוי השטר במקום עישור נכסים כדי שיקפוץ וכו' עכ"ל. הרי דפשי' ליה להרב ז"ל דאם לא יש להבת שטר ירושה מחצי זכר דאמרינן בפשיטות דהל"ז בתורת עישור נכסים הוא דיהיב אותם לה ויהבינן להו אפי' דהוו טפי מן העישור דעדיף מאמידניה וכיון דהוו בתורת עישור אפי' אם עמד מחליו יהבינן אותם לה וליכא לספוקי בהא כלל דהל"ז הם מלבד העישור שהיא נוטלת מן האחים וא"כ הוו בתורת צוואה וכיון דעמד הוי חזרה כמו שנפל לו הספק באם יש להבת שטר חוב של חצי זכר דאמרינן דשח"ז הוא בעבור העישור והל"ז דהוו בלשון מתנה א"כ הם היו מלבד השטר חוב והוו כצוואה בעלמא ואם עמד חוזר משום דס"ל דוקא כשזקף עליו העישור בתורת חוב אזי איכא לספוקי בהל"ז דהוי בלשון מתנה הם מלבד השט"ח אבל כי ליכא על העישור ש"ח ודאי אפי' אם נתן לה הל"ז בלשון מתנה הם בתורת עישור נכסים דעישור עצמו מתנה הוא ולא כן כשזקפו עליו חוב דאז יפול הספק דהמתנה לחוד והחוב לחוד ודבר זה פשי' ליה

להרב מבלתי שום ראיה דאם נתן לה מתנה היא בתו' עישור ולא הוצרך להביא עליה ראיה כלל כ"א כשכתב לה עליו שטר חוב של חצי זכר כיון שכתב עליו בלשון חוב איכא למימר השט"ח הוא לאו בתורת עישור כתבו עליו אלא כמו חוב בעלמא ותטול אותו מלבד העישור וע"ז הביא ראיה מהא דאמרי' מי שמת והניח שתי בנות ובן אבל אם לא כתב עליו שט"ח אלא נתן לה בלשון מתנה לא הוצרך לראיה כלל דודאי פשי' ליה שהוא בעבור העישור וכו' הוא שלא כדעת הרשב"א שכת' לעיל ויצא לנו חידוש מתורתו של מהר"ם מינץ דלאו דוקא בשנתן לה מתנה דאמרינן אין לה עישור נכסים מן האחים אלא אפי' כשכ' לה עליו שטר בתורת חוב לא אמרינן שתטול אותו ש"ח מלבד העישור אלא אמרי' דאותו שט"ח בתורת עישור נכסים הוא דיהיב לה כי היכי דלא נימא דעבר אדברי רז"ל דאמרו לא תיהוי בעבורי אחסנתא דלאו דוקא על שטרות שלהם של שטר ח"ז קאמר אלא דכל שטר חוב שכ' לה עליו האב אמרינן הכי דודאי דלא כתב לה השטר אלא כי היכי דליקפצו עלה אינשי ונסבי לה וזה פשוט וברור:

וראיתי להרב דבר משה חחו"מ סי' פ"ג שהביא דברי פוסק א' שדקדק מדברי מהר"ם מינץ בתשו' הלזו דהיכא דגם העישור עולה לסך זה דלא פשיטא ליה להרב דנותנים לה הל"ז שציוה מוסף על ע"ן ולא אמרינן דהע"ן לבד כיון דאלת"ה כיון דנחית למנות הני תלת ספיקי למה לא מנה בכללם גם ספק זה ומכ"ש הוה נפיק לן הס' הב' אלא ודאי דס"ל דליכא לספק בזה כלל דודאי נוטלתן מוסף על הע"ן וכו' עכ"ל ולא ידענא מאי קאמר דהרב לא הזכיר עישור נכסים בדבריו כלל. גם דברי הרב ד"מ שכתב דאם השטר הוא ל"ז נוטלת אותה צוואה מלבד השטר אינם מחוורים לי גם מש"ש דהרשב"א ומהר"ם מינץ לא פליגי אינו נכון וכמ"ש ודוק:

המורם מכל האמור דבהא סלקינן ובהא נחתינן דאם אביה כשהיה בחיים נתן לה מתנות אף עפ"י שלא פירש שהם לצורך נישואיה אם המתנות שנתן לה הם פחות מעישור נכסיו משלימין לה עליהם עד עישור ואם הם יתירים מעישור זכתה בהם ואין לה עוד עישור מן האחים דכל מאי דמצינן להעמיד נחלה דאורייתא מוקמינן ואע"ג דאיכא פלוגתא דרבוותא היורשים נקראים מוחזקים וכ"ש דראיות דברי החולקים אינם מוכרחות וכמש"ל באריכות וכ"ז אעפ"י שלא פי' בשעה שנתן לה המתנה שהמתנה ההיא אינה לצורך נישואיה שאם פי' בפי' שהמתנה ההיא שנותן לה לצורך נישואיה לכ"ע המתנה ההיא מכלל העישור תחשב אפי' לס' הרשב"א ז"ל ומעתה אין מקום לשאלה הז' כלל וכן נמי נפשט לן השאלה השמינית דכל שהוא בריא כשנתן לה אותה מתנה משלימין לה על המתנה עד העישור דאמרינן אילו היה אביה חי היה נותן לה כשתגיע לפרק הנושא

עד עישור ואפי' פי' שאינו נותן לה עוד הוי כאומר אל יתפרנסו בנותיו מנכסיו דאין שומעין לו אלא כשהוא ש"מ ואמר סמוך למיתתו כמ"ש בש"ע סי' קי"ג. אבל כשהיה בריא אמרינן דכשרואה בנותיו שהגיעו לפרקן ולא היו לאיש היה מרחם עליהם וחוזר ונותן להם עד עישור כמו שציוו עליו חז"ל להנשא לאיש הראוי והגון לה:

ומ"ש הרב מהר"י בי רב בתשו' סי' מ"ה דאפי' אם השיא בת בחייו ונתן לה נדוניא הראויה ואח"כ כשרצה לשדך הב' עלה דעתו שאינו רוצה לתת כמו הא' דאזלינן בתר דעתו הב' היינו היכא שאפי' דעתו הב' היא עישור נכסים אבל אם היא פחות מעישור ודאי דלא אזלינן בתר גילוי דעתו דאמרינן שאח"כ חזר בו ואומדן דעתו בשעת מיתה כיצד היתה. אמנם מדברי הרא"ש שהביא הרב"י נראה דלאו דוקא כשאמר כן בשעת מיתה אלא אפי' בשעה שרוצה להשיא בנותיו מהני וצ"ע כעת לענין דינא. אבל אם לא פי' בפי' שאינו רוצה ליתן להם יותר אלא נתן להם מתנה משלימין להם על המתנה עד עישור נכסים:

אבל אם בשעת מיתה ציוה לתת להם סך ידוע אם פי' שהסך ההוא לצורך נישואיהם בזה ליכא פלוגתא כלל שאינה נוטלת אלא אותו סך שציוה לתת להם בין אם יהיה הסך פחות מעישור או כדי עישור או יותר מעישור אליבא דכ"ע אפי' אליבא דהרשב"א ז"ל וכתב אם מה שציוה לתת להם הוא כדי העישור א"כ מה הועילה צוואתו בלא"ה נוטלת עישור נכסים ואנן קי"ל דאין אדם מוציא דבריו לבטלה אי מהא לא אירייא כלל חדא דאין אדם יודע סך ממון שיש לו כמה הוא שוה עפ"י שומת ב"ד ועוד כיון דקי"ל דלפרנסה שמין באב וכדי שלא יחשדוהו שהוא קמצן ויתנו לה פחות מעישור לפי אומדן דעת או שלא יחשבוהו שהוא קמצן ויתנו לה יותר מעישור לסברת האומרים דשמין באב אפי' להוסיף על העישור ואפי' שעמד מחוליו יום או יומים דבטלה הצוואה ואח"כ מת מאותו חולי עכ"ז נוטלת אותו סך שציוה לה עבור נישואיה בתורת עישור ואעפ"י שהוא יותר מכדי עישור דכיון דציוה בפי' לתת לה אותו סך לצורך נישואיה עדיף מאמידניה אע"ג דבאמידניה אין נוטלין יותר מעישור לס' יש מי שאומרים הכא דאמר בפי' ליתן לה כו"כ עדיף מאמידניה ונותנים לה אותו סך אעפ"י שהוא יותר מעישור כדכתב מהר"ם מינץ בתשו' הנז"ל:

ואם לא פי' בשעה שציוה להם בשעת מיתה שאותו סך עבור נישואיה בזה איכא פלוגתא דלדעת הרשב"א ז"ל נוטלת אותו סך וגם נוטלת עישור נכסי בין שיהיה עישור או פחות מעישור או יותר מעישור בתורת צוואה דהוי כמתנה בעלמא שנתנו לה אחרים ואם עמד מחוליו יום או יומים דבטלה הצוואה אינה נוטלת אלא עישור דוקא בין שיהיה העישור

יותר מהצוואה או פחות. ולדעת מהר"ם מינץ ז"ל בין עמד מאותו חולי בין לא עמד נוטלת אותו סך של הצוואה בדוקא מחמת עישור נכסים בין שהוא יותר או פחות או שוה לעישור דכונתו היתה באותה צוואה לסלקה מעישור נכסי ועדיף מאמידניה כיון שאמר כן בפי' וכן דעת מהרשד"ם חחו"מ סי' שי"ג הביאו הכנה"ג באה"ע הגה"ט אות ל'. וכ"ז שכתבנו הוא פשוט וברור לענין דינא וכ"ש היכא שחזינן שרוצים להפקיע ירושה דאורייתא ורוב נכסיהם נותנים לבנותיהם דכתב מהר"מ מינץ בתשו' סי' ל"ח וז"ל ואיתא בס' העיטור וז"ל היום כמה שנים בטלה כתובת ב"ד וכו' ועיקר התקנה כדי שיקפוץ וכו' והוצרך לנדות כל מי שירבה למתנת בתו וכו' מכ"ש דבר נידוי הוא מי שרוצה לדחות בנו ולהרבות לבתו דאיכא תרי וכו' עכ"ל והביא דבריו הרא"ש ז"ל להא והעיטור בפ' נערה דודאי אפי' הרשב"א מודה דלא יהבינן להו עוד עישור נכסים ומכ"ש היכא דליכא קרקעות בנכסי אביהם דודאי מוקמינן לה להא דעישור נכסים אדינא דגמ' דאינה נגבית אלא מן הקרקעות וכיון דליכא קרקעות לא יהבינן להו מידי דאפי' בכתובת בנין דיכרין דלאחר תקנת הגאונים נגבית מן המטלטלין כתב הרא"ש בפ' נערה דנ"ב וז"ל והר"ם הלוי וה"ר יונה כתבו דודאי כב"ד נהגו האידנא דאין לעקור ת"ח אבל כיון שמרבין ליתן לבנות נעמיד התקנה בחזקתה ממקרקעי ולא ממטלטלי ולענין מה שתיקנו הגאוני' דכתובה גביא ממטלטלי נאמר דלא יעשו כב"ד לענין זה ככתובה וכיון דאפי' כב"ד דהיא מתנאי כתובה ותיקנו הגאונים דכתובה נגבית ממטלטלי עכ"ז כתב הרא"ש דהאידנא דחזינן דמרבין לבנותיהם לא יהבינן כתובת בנין דכרין אלא מן הקרקעות כ"ש בפרנסה דהיא עישור נכסי דאפי' לאחר תקנת הגאונים אינה נגבית אלא מן הקרקעות אלא דבזה"ז כתב מרן ז"ל סי' קי"ג דהוי כמו אמידניה ונגבית אפי' מהמטלטלים ובודאי דהיכא דחזינן דמרבין לבנות מוקמינן לה אדינא דאינה נגבית אלא מן הקרקעות וכ"ש בנ"ד דנתן רוב נכסיו לבנותיו וכמעט כולם ולא השאיר לבניו אחריו אלא דוקא החובות שיש לו אצל אחרים דכל אשראי ספק אתי ס' לא אתי הצולעה והנדחה יקבץ דודאי אמידניה באומד ברור שאילו היה נשאר בחיים לא היה נותן להם עוד מאחר שכבר כ' להם כל נכסיו בודאי לית להו אחר כל אלו המתנות עישור נכסים ומי שדן היפך זה אינו אלא טועה ועיין להרב נאמן שמואל סי' ק"ב דקל"ט ע"ג ב"ד חו"מ סי' קכ"ז דבר משה ח"ב סי' פ"ג ברכות המים דרל"ז ע"א עדות ביהוסף ח"א דפ"ט יעש"ב. והאל יצילנו משגיאות ויראנו מתורתו נפלאות הכ"ד העבד נרצע לאל ומכהן הצעיר **שאול עזרא דויך הכהן** ס"ט

ולענין אם ציוה הש"מ לאשתו או לבנו בכורה או לבע"ח בזה איכא פלוגתא הביאה הטור בחו"מ סי' רנ"ג וז"ל ואם אמר תנו ר' זוז לבני בבכורתו ולאשתי בכתובתה ולבע"ח בחובו

וכו' לא יטלו שניהם אלא א' מהם וידם על העליונה וכו' וכתב רשב"ם דה"ה נמי אם אמר לבני סתמא נמי דידו עה"ע כיון שהזכיר בכורי אבל אם אמר לבני סתמא או לאשתי או לבע"ח סתמא מתנה נתן להם חוץ מהבכורה והכתובה והחוב וכ"כ הרמ"ה ע"כ. ולכאו' ק"ק בדברי הטור דמ"ש בבנו בכורה אמרינן כיון שהזכיר בכורי אמרינן ידו על העליונה ולא כן בבע"ח שאעפ"י שהזכיר בעל חובי אמרינן מתנה נתן להם חוץ מהחוב והרי הרא"ש בפסקיו השוה אותם להדדי דלפלוני בע"ח הוי כמו בני בכורי דבשניהם ידם עה"ע. ודוקא בנו סתמא ואשתו סתמא מתנה נתן להם. והנראה לישב דברי הטור דמ"ש או לבע"ח סתמא אינם דברים אלו דברי המצווה אלא הוא המצווה לא הזכירו בלשון בע"ח אלא פלוני והם דברי הטור עצמו שמפרש מהו פלוני היינו בע"ח והמצווה הזכירה בלשון פ' סתם. ומהתימא על מור"ם ז"ל שהגיה בדברי הש"ע כס' הרא"ש שהביאה מרן ז"ל בשם ויש חולקים ואומרים שאם אמר סתם לבני פ' או לאשתי והגיה מור"ם או לפ' בע"ח דליתא דמרן ז"ל דילג והשמיטה בכונה דהוי כמו בני בכורי ועל צד הדחק יש לו' דגם מור"ם ז"ל מ"ש או לפלוני בע"ח מילת לפלוני הם דברי המצווה ומילת בע"ח ט"ס הוא וצ"ל בעל חובו והם דברי בעל הספר איך שיהיה דעת מרן הקדוש ז"ל לא נתברר לנו בדעתו כמאן ס"ל דבחו"מ סתם כדעת רשב"ם ז"ל דבנו ואשתו סתם ידם עה"ע ובאה"ע סי' ק"ח סתם כדעת הרא"ש שתטול הצוואה יתר על הכתובה ולא הביא שום מחלוקת ובסי' ק"ע הביא הב' סברות וסברת הרא"ש הביאה באחרונה ויכול המוחזק לומר קי"ל ודוק:

סימן ב

שאלה ידוע ומפורסם שבעת אשר בא שר מצרים לאיקלים סוריא הטיל על אנשיה מס שקורין לו פירד'ה וסדר הטלתו היה ע"ז האופן דהיינו שבכל עיר ועיר ישבו מאילי הארץ ההיא אנשים ועמהם אנשי השכונה ההיא של אותה העיר וכן בכל שכונה ושכונה והעריכו אנשי כל שכונה לאנשי שכונתם לפי ראות עיניהם אשר יוכלון שאת עד סך ת"ק גרוש העשיר לא ירבה והדל ל'ו ימעיט כי כן יסד השר והסך אשר עלה על כל שכונה בפני עצמה תבע אותו הסך מאנשי השכינה בפני עצמן שלעולם כל שכונה תפרע מה שמוטל עליה בשנה הראשונה בין ימעטו או יוסיפו הן אם יענו או יעשירו לעולם יפרעו אותו סך שהוטל עליהם בשנה הא'. והיהודים אשר בכל שכונה נפרדו מאיי הגוים לעצמן והסך אשר עלה על היהודים אשר בכל שכונה בשנה הא' קיבלו אותו עליהם והיו פורעים היהודים לעצמן והגוים לעצמן ובכל שנה ושנה היהודים והגוים מעריכין עריכה מחדש אנשי השכונה לסך אשר הוטל על אנשי השכונה ההיא לאנשים אשר נמצאים

באותה שנה לפי העת ולפי הזמן כי כן יסד השר יר"ה לרחם על העניים נמצא לפי"ז כל שכונה נחשבת לעיר בפ"ע ואינם שותפים זע"ז כלל וגם אנשי השכונה היהודים נפרדים לעצמן והגוים לעצמן. ואתיא מכללא עיר עיט"י עשו לה כנימוס הזה אכן כל שכונה היו כולם שותפים יחד היהודים והגוים והערלים ואם הפסידו הפסידו לעצמן ואם הרויחו הרויחו לעצמן וכל א' הפסיד לעצמו והרויח לעצמו:

וכאשר חזרה עטרה ליושנה וחזרה איקלים סוריא תחת ממשלת אדונינו המלך יר"ה לא נתבטל המס הזה מעל אלו הארצות והיו מתנהגים בו כסדר הנז"ל ומזה שנים שיש בהם ירחים עלה ברצון אדונינו המלך יר"ה לפקוד כל הגוים אשר בכל מדינות מלכותו כל זכר מבן חודש ומעלה ונכתבים כולם בספר לפניו ובעיר עיט"י יען שבכל שכונה ושכונה היו כולם יחד שותפים הגוים והיהודים והערלים היו הגוים מכבידין עול המס על הערלים ומקילין לעצמן ולסיבה זו נתעוררו הערלים שבעט"י ורצו להפרד מן הגוים ועשו ערצ'חאל לפני שרי האר"ץ ויטבו דבריהם ותינתן דת בעט"י להפרד הערלים לעצמן. והיהודים והגוים לבדן. ויבקשו להם דרך לחלוק הסך המוטל עליהם על כללות העיר לחלוק אותו בין הגוים והיהודים והערלים מבלי שום מצה ומריבה ויאותו ביניהם לחלוק אותו לפי נפשות אשר נכתבו בפנקס המלך מבן חודש ומעלה בשעה ברצון אדונינו המלך יר"ה לפקוד אותם אשר שם נפקדו הגוים והערלים והיהודים וכל אומה מהם מה שיעלה עליו לפי אותו חשבון מהסך המוטל על כל כללות העיר יתחלק על אנשיה פורעי המס כל א' כאשר יוכל שאת ויעשו כן ועלה הסך ההוא אשר מוטל על כללות העיר לפי חשבון הזכרים אשר הם נקובים בשמות מבן חודש ומעלה על כל נפש כ"ג גרוש וחצי וכל א' מהג' כיתות הנז"ל מה שעלה עליו לפי אותו חשבון קיימו וקבלו עליהם והטילו אותו על אנשים אשר באו לכלל חיוב העריכה לפי ממונם כדין שאר מסים דנהיגי בישראל והן עתה אנשים מקרוב באו לעיר אר"ץ מעט"י גדולים וקטנים אשר היו שמותם נקובים בספר מנין הזכרים לגור בארץ הלזו ונתיישבו פה אר"ץ ומאי דביני ביני עמא דארעא עיר עט"י אזלא ומתמוטטה ואין לאל ידם לפרוע פרעות הסך הנז' אשר הוטל עליהם ושלחו מתם פה אר"ץ לתבוע מהאנשים אשר באו מהתם להכא וגם מהילדים אשר יצאו משם שכשיצאו לא הגיעו לכלל חיוב המס בעבור שהיו קטנים לא היו תובעים מהם השתא מיהא שגדלו פה אר"ץ והגיעו לכלל חיוב המס שיפרעו עמהם מאותה שנה שגדלו והגיעו לכלל חיוב המס עד עכשיו יען שהיו שמותיהם נקובים בפנקס השמות וריבוי אוכלוסין השלים השיעבוד שאלמלא היו שמותם כתובים בפנקס המלך היה נגרע מהמס שהוטל עליהם ואפי' שבעת אשר היו קטנים היו פטורים

ולא תבעו מהם ולא מזולתם ולא חילקו המס עפ"י מספר נפשות הזכרים אלא לפי ממון השתא מיהא שגדלו יפרעו עמהם יען שהם היו גרמא לתוספת המס בעבורם יען כשיחלקו אותו אנשי העיר ביניהם היה עפ"י מספר הנפשות ועלה ע"כ נפש כ"ג גרוש וחצי. וגם טוענים אנשי עין טב שבשנים הבאות ג"כ מכאן ולהבא ליטול מהם חלקם במס מטעם האמור ומכ"ש לאנשים שיצאו עכשיו והיו מתחילה מכלל פורעי המס תובעים מהם שיפרעו עמהם וערוקייהו לא מהני להו יען שכבר המס הוא קצוב וקבוע בכל שנה ושנה מזמן אשר היו בעט"י ואינו דין שאלו יצאו ואלו יפרעו בעבורם הואיל והמס הוקבע והוטל עליהם ולא יעבור כתיב או יסירו שמותם מהפנקס ויגרעו מעליהם מה שהם פורעים עבורם או יפרעו עמהם ואלו טוענים כיון שעקרו מהם דירתם ונתיישבו פה אר"ק אין מוטל עליהם מן הדין לפרוע עמהם שום דבר. יורינו המורה ושכמ"ה:

תשובה תחילה צריכין אנו לברר אם יכולים בני העיר לעכב על יחיד או יחידים שרוצים לעקור דירתם מן העיר שהיו דרים בה עתה ולילך לקבוע דירתם בעיר אחרת הן בעבור חובות שהיו חייבים שלוו ופרעו המסים המוטל עליהם כשהיו דרים עמהם יחד הן עבור המסים המוטלים על העיר המתרגשים ובאים בכל שנה ושנה קצובים ובלתי קצובים עפ"י שורת הדין דודאי אם יש מנהג קבוע באותה העיר שהולכין אחריו וכמ"ש מוהריק"ש בתשו' סי' מ"ד כ"ש שענייני המסים תלויים במנהג אפי' הוא מנהג גרוע וז"ל הריב"ש בסי' תמ"ז גם זה המנהג חוץ מכבוד המנהיגו הוא מנהג מעוקל ועכ"ז בענייני המם אפשר שהולכין אחריו וקרוב לזה כ' המרדכי פר"ק דבתרא על ענין המס וז"ל אלמא מנהג בני העיר דוחה דין התלמוד אעפ"י שמצאו לו סמך מן המקרא ולא מנהג חכמים בלבד אלא אפי' מנהג חמרים יש למסמך עלייהו עכ"ל והוא שיהא המנהג ברור ומפורסם כמ"ש הרב בסו' התשובה יע"ש ואם אין שם מנהג ידוע עפ"י שורת הדין. מתחלק הדין לכמה אופנים:

הפן הא' והוא דאם היה עליהם חובות שלוו הק"ק ופרעו אפי' מס שאינו קבוע וקצוב בכל שנה מדעת כולם או הממונים עליהם ואפי' ז"ע העיר לבדם פשיטא ופשיטא דהיוצאים חייבים באותם חובות אליבא דכ"ע דכתב הרב"י בחו"מ סי' קפ"ח משם תשו' הרשב"א וז"ל כתב הרשב"א ז"ל שאלת נאמני הקהל לוו מגוי אלף דינרין וכו' והקהל טוענים שאינם חייבים לשלם תשובה וכו' וכולם חייבים לשלם וכו' ובתשו' אחרת כתב לפי שהפרנסים הם כאפוטרופוסים וכו' עכ"ל הב"י יע"ש ועוד כ' הרשב"א בח"ג סי' תי"ב וז"ל אבל קהל שלוו לצורך הקהל אינם כלווין לצורך עצמם אלא כלווין לצורך תיבת הקהל ושיפרעו אותו חוב ממה שימצא בתיבת הקהל בזמן הפירעון וכו' ומי שהיה

עני וכו' אלא לפי הקצבה שיש לכל א' בזמן הפרעון וכן אנו נוהגין ואין הולכין אחר הלוואה אלא ליוצא ולבא שאם לוו הקהל מה שלוו ורצה א' מהם לצאת ולדור במקום אחר אומרים לו פרע מה שקצוב עליך למס וצא עכ"ל גם בחלק הנז' סי' ת"ו כתב וז"ל עוד שאלת לפי שקצת מבני העיר מערימין ונעתקים מן העיר וכו' ולא היו פורעין בחובות הקהל ובכל מה שנתחייבו הקהל קודם צאתם מן העיר הוצרכו הקהל וכו' שיפרע חלקו קודם העתקתו מן העיר וכו' לפי שגם הוא חייב כאחד מהם וכו' ע"כ גם בח"א סי' תשע"ז כ' וז"ל אבל מן הדין ודאי הולכין אחר הפסק הא' כמו שהיו חייבים חוב בעלמא ולוו מאחר ופרעו לזה שעכשיו יפרעו כל או"א לפי מה שהיה חייב באותו זמן בזמן שלוו מזה וכו' ואפי' היה עשיר והעני יפרע אפי' מגלימא דעל כתפיה עכ"ל. גם הרב חוות יאיר בסי' קנ"ז כתב וז"ל הק"ק אומרים חובות שיש עלינו וכו' דכל הקהל הו"ל כשותפים בעת שחייבים ומוטל ע"כ א' לפרוע חלקו אם הגיע תשלום זמן השות' וכ"ש אם יחלקו תוך זמן דלגבי ציבור וכו' יע"ש גם הרב מטה שמעון סי' קס"ג אות קס"ז כתב משמו וז"ל היוצא מן העיר אפי' דחיובא רמיא עליה לפרוע חלקו בחובות העיר כדין שותף שחלק השותפות וכו' עכ"ל יע"ש גם הר"ן ז"ל בתשו' סי' יו"ד כ' וז"ל ראובן וכו' וקבע דירתו שם וכו' והיה פורע עמהם בחובות הקהל וכו' יע"ש עכ"ל הרי נראה להדיא דחובות שהיו חייבים הקהל קודם שיצאו דבר פשוט הוא שחייבים היוצאים ליתן חלקם אפי' אחר שיצאו ומה מאד נפלאתי על הרב מהרח"ש ז"ל בח"א סי' ס"ה והכנה"ג בתשו' לחו"מ סי' ק"ה שנשאלו על קהל שאלוניקי שהיו עליהם חובות וברחו קצת מהם ובאו לעיר קושטא אם הבורחים חייבים לפרוע עמהם החובות שהיו חייבים או לא דאלו מזכין ואלו מחייבין ותלו דבר זה במחלוקת ר"י ור"ת שהביא הגה"א והמרדכי בפר"ק דבתרא בעובדא דכלילא דשדו אטברייא ואתו ע"ה לקמיה דר' וכו' דדבר זה לא ניתן ליאמר דהיכא דלוו ופרעו לכ"ע חייבים ואפי' לא לוו ופרעו אלא שנתרצו כולם ויאותו לפרוע כולם חייבים וכמו שנוכיח לקמן בע"ה ומכ"ש נדון דידהו שהיה מם קבוע וקצוב דודאי פשיטא ופשיטא שהם חייבים וליכא מאן דפליג וצ"ע:

וראיתי להכנה"ג שהביא ראיה לדבריו דאף בחובות פטורים מהא דכ' הרשב"א ז"ל בח"א סי' תתפ"ז וז"ל דמשעה שפסקו הנאמנים אותי מם והתחילו לגבותו מאותה שעה ואילך מתחייב ראובן בכל מה שהיה מגיע לחלקו וכו' הרי דאפי' שנתחייבו לא חייבו אלא מפני שהתחילו לגבותו וכו' ולפעד"ן דליכא ראיה מהתם כלל דלענין עני והעשיר או עשיר והעני מתנייא אבל לגבי היוצא מן העיר לא בעינן התחילו לגבות אלא כל שיש עליהם חובות אעפ"י שעדיין לא התחילו לגבותו ויצא א' מהם מן העיר חייב לפרוע

עמהם חלקו וכמש"ל בכמו דח"ג דסי' תי"ב ותכ"א ות"ו וכן ראיתי להרב חוות יאיר בסי' קנ"ז שכ"כ להדיא וז"ל לכאו' נראה מתשו' הרשב"א דסי' תתפ"ז דתרתי בעינן פסיקא והתחילו לגבות וכו' מיהו אין משם ראיה כלל דשם זה היחיד לא עשה מאומה וכו' רק מן שמייא הוא דרדפו אבתריה וכו' משא"כ בנדון זה וכו' עכ"ל ע"ש ודבר ה' בפיהו אמת שכיוין לדעת הרשב"א עצמי שחילק כן בח"ג סי' תי"ב ומעתה צע"ג על הרב הכנה"ג שפטר אותם מן החובות ועל הרב מהרח"ש שנדחק לישב ראיותיו והדבר פשוט הוא כמ"ש ושאר ראיות של הרב כנה"ג יתבאר סתירתם לקמן בע"ה:

והפן הב' דאם יש על העיר שיצאו ממנה מס קבוע וקצוב בכל שנה תיכף שנכנס יום א' בשנה נתחייבו כולם במס זה וה"ל שותפים ואין שיתף חילק שלא לדעת חבירו. וכ"כ הרב חוות יאיר סי' קנ"ז וז"ל וכן אם לא העלה עליהם השר סך יותר משנים שעברו תיכף בכניסת תחי' השנה חל החוב ונעשו כל הקהל שותפים ולא יכול יחיד לפרוש וכו' עכ"ל. והראיה לזה ממ"ש המרדכי בפ' הגוזל בתרא סי' קע"ז וז"ל למסים הם שותפים דוקא אלא עלילה היתה ולא היו שותפים בזה וכו' לכך וכו' הבורחים פטורים עכ"ל גם בתשו' הרשב"א ח"א סי' אלף וס"ט וז"ל אע"ג דהקהל הם שותפים במסים וכיון דהם שותפים אין שותף חולק שלא לדעת חבירו וכו' ה"מ למסים וכו' אבל עלילות וכו' אינם שותפים. גם בחלק הנז' סי' אלף וק"ה כ' וז"ל ומ"ש הא מי שאינו פרדך מסייע מתא ואפי' לא אצילתה מתא הנ"מ במס הקצוב שגובה המלך בכל שנה קצבה וסכום יחד מכל בני העיר אבל גזילה וכו' ע"כ גם הד"מ בסי' קס"ג כ"כ משמו ע"ש ודלא כהכנה"ג בתשו' דס"ל דבעינן התחילו לגבות כמ"ש בפן הא' ולקמן בע"ה נסתור שאר ראיותיו. וכ"ת לפמ"ש דמס שהוא קבוע וקצוב לכ"ע היוצאים חייבים א"כ מהו זה שפסק הרמב"ם ז"ל בפ"ז מה' חובל וז"ל אין לך אדם נתפס על חבירו ויהיה חבירו חייב לשלם לו חוץ מן הנתפס מפני המס הקצוב ע"כ איש ואיש בכל שנה או הנתפס על התשורה שנותן כל איש ואיש למלך בעוברו עליהם הוא או חיילותיו ה"ז חייב לשלם לו והוא שיקחו ממנו בפי' בגלל פלי' בפני עדים עכ"ל משמע מדבריו אלה דוקא במס שהוא קבוע וקצוב ע"כ איש ואיש בפ"ע הבורח חייב אבל אי לא היה המס קבוע ע"כ איש ואיש בפ"ע אעפ"י שהוא קבוע וקצוב ע"כ כללות העיר הבורחים פטורים וכן פי' דבריו מהראנ"ח ז"ל בח"ב סי' צ"ו יע"ש:

לכן הנראה ליישב והרמב"ם מיירי שאינם שותפים במס אלא כ"א פורע לעצמו ומשו"ה בעינן שיהא קבוע וקצוב ע"כ איש ואיש אע"ג דאינם שותפים זע"ז וכל א' פורע לעצמו אפ"ה חייב לפרוע עבורו להנתפס בעדו מטעמא דמוהרריהו דהני בטפסא דמלכא מנח

אבל אם היו שותפים במס שפורעין כולם ביחד והמס הוא קבוע וקצוב עליהם כא' אע"ג דאינו קבוע ע"כ איש ואיש בפ"ע הבורחים חייבים דלא גרע משותפים דעלמא דלא שייך בהו דין דנתפס והכרח לזה הוא ממאי דאיתא בפ' הגוזל בתרא אמר רבא האי מאן דאשתכח בבי דרי פורע מנתא דמלכא וה"מ שותפים אבל אריסא אריסותיה הוא דקא מפיק ואמר רבא בר מתא אבר מתא מיעבט ה"מ דפלרא ארעא וכרגא דהאי שתא ע"כ בגמ' ולכאורה דברי רבא סותרים זה את זה תוך כ"ד דבתחי' אמר וה"מ שותפא דמשמע דוקא שותפים משתעבד הא' בשביל חבירו אבל אריס לא אעפ"י שהוא מבני העיר ואח"כ אמר בר מתא אבר מתא מיעבט דמשמע אעפ"י שאינם שותפים אכן לפמ"ש לעיל ניחא דאם הם שותפים בכל מיני מס הקבוע וקצוב עליהם פורע האחד בשביל חבירו וחבירו חייב לשלם לו ואם אינם שותפים דוקא בבול ארעא וכרגא שהם קצובים על כל איש ואיש חייב חבירו לשלם לו אבל בשאר מסים לא דשאני מסים אלו משאר מסים דמס הקרקע אמרינן בפ' א"ן ארעא לטסקא משתעבד ובפ' חזקת אמרינן האי מאן דיהיב טסקא ליכול ארעא ובמס הכרגא אמרינן בהחולץ דמ"ו דמוהרקייהו דהני בטפסא דמלכא מנח ובפ' א"ן אמרינן מלכא אמר מאן דלא יהיב כרגא לשתעבד למאן דיהיב כרגא ואף בשני מסים אלו הרי הוא כאילו המלך מוחזק בגוף הקרקע ובגוף האדם וכאילו הם מכורים לו וכ"כ הערוך בע' מוהרק וז"ל כאילו הם מכורים למלך וצריכים גט חירות משו"ה אמר רבא בר מתא וכו' אעפ"י שאינם שותפים שכל א' הוא פורע לעצמו אפ"ה חייב חבירו לפרוע לו מה שפרע עבורו למלך כיון שגוף האדם וגוף הקרקע משועבדים הם למלך א"כ זה שפרע בעבורו הוי כאילו קנאם הוא עצמו מהמלך והתשובה שכ' הרמב"ם לא נזכרה בש"ס דילן והיא ש"ס ירוש'. ובש"ס דילן לא נזכר אלא בול ארעא וכרגא וס"ל להרמב"ם כיון שהיא קצובה ע"כ איש ואיש הוי כמו כרגא שהוזכרה בש"ס דילן דאפושי פלוגתא לא מפשי' וה"ה ז"ל תירץ באו"א יע"ש:

ומעתה מה שנסתפק הרב השה"ג בפ' לא יחפור דקס"ט וז"ל מסופקני אם משכנו לראובן שהוא ממלכות אחרת בשביל שמעון שהוא ממלכות זו אם חייב שמעון לשלם לו דאיכא לדמותו לאריס דאמר התם וכו' אבל אריס אריסותיה וכו' והכי מיסתבר וכו' אלא שהפוס' כתבו סתם ולא חילקו. וק' בעיני ליישב לפ"ז דין האריס וכו' יע"ש ולפמ"ש ניחא דשאני מס הכרגא משאר מסים ולא כן מעשר הארץ דעלה קאמר הש"ס אבל אריס לא דדוקא אם הם שותפים חייבים ודוק:

הפן הג' היכא שהטיל השר עליהם מס מחדש שאינו קבוע וקצוב לכל שנה אלא הטילו לפי שעה כעובדא דכלילא דשדו אטבריה דאיתא בפר"ק דב"ב ואחר שנתרצו הקהל או

ז' טובי העיר ונתפשרו עם המושל ונתרצו ויאותו להמושל לתת לו איזה סך יצאו קצת אנשים מהעיר וברחו להם לכ"ע הבורחים חייבים כיון שמתחילה נתרצו כולם ביחד או ז"ט העיר בעדם ונתחייבו כולם אל המושל הו"ל שותפים וחייבים אליבא דכ"ע דע"כ לא פליגי ר"י ור"ת אלא היכא שברחו קודם שנתרצו ויאותו לתת להמושל אבל היכא שברחו אחר שנדרו לתת להמושל לכ"ע חייבים וכ"כ מוהר"ם ז"ל הובאו דבריו בתשו' הרשב"א ח"א סי' אלף וצ"ט וז"ל וברחו מקצתם קודם שנתרצו ונדרו לתת הממון ביחד דהבורחים פטורים יע"ש מ"ש דאחר שרצו לתת הממון יחד לכ"ע חייבים וכ"כ ג"כ מהרי"ק ז"ל בתשו' שורש ב' וז"ל אלא אפי' לדברי ר"ת וכו' היינו דוקא ששל המלך מס והפילו על בני המיר ולא נשתעבדו בו בני העיר וכו' ומשו"ה פטר הבורחים אבל הכא בנדון זה שכבר נשתעבדו ראשי הקהילות לפרוע הי"ג אלף וכו' ושליחות דכולהו קא עבדי פשיטא ופשיטא דאפי' ר"ת מודה בהא שהרי כבר נתחייבו כולם לכת השיעבוד בחיוב גמור והוי כמו שניגבה כבר עכ"ל יע"ש גם הרב"י בסי' קס"ג מחו' פ' כתב משם הרשב"א ז"ל וז"ל א"נ בשעשו אותה הוצאה ז"ט העיר וכו' עכ"ל יע"ש. וכל מ"ש הכנה"ג בסי' הנז' אות קל"ג משמו ומשם הרב משא מלך בפי' דברי מוהריק"ו במ"ש אבל הכא בנדון זה שכבר נשתעבדו וכו' אינם מובנים כלל דהדברים פשוטים וכמ"ש בלי פקפוק: **ומה** שהצריך הרב הכנה"ג דבעינן שהוטל המס והתחילו לגבותו בין חובות שלוו הק"ק בין במס שהוא קבוע וקצוב ונכנסה תחי' השנה בין במס שאינו קצוב שנשתעבדו בו הקהל או זט"ה בעדם והביא ראיה לדבריו מתשו' הרשב"א סי' תתפ"ז והעתקתי לשונו לעיל בסוף פן הא' דמ"ש דבעינן נמי התחילו לגבותו כבר דחינו ראיותיו לעיל דדוקא התם שחילק כל נכסיו קודם שנתן המס דאם לא התחילו לגבות המם לא יפרע אלא לפי ממון הנשאר בידו בשעה שהתחילו לגבותו דלענין עני ועשיר אזלינן בתר שעת גביה אבל לענין יוצא ובא אזלינן בתר שעת החיוב וכמ"ש הוא עצמו בח"ג סי' תי"ב וכדכתיבנא לעיל. ומה שדחה לו ראיה זו הרב מהרח"ש ז"ל בסי' ס"ה וז"ל אמנם יראה דכד מעיינינן שפיר חזינן דלאו ראיה היא וכו' דאותו נדון של הרשב"א הנז' היה שהתחילו לגבות ורצה לחייב לראובן ולא רצה להכניס עצמו במחלוקת וכתב מילתא פסיקתא שחייב בין לר"י בין לר"ת לכ"ע במה שהתחילו לגבות וכו' יע"ש דמש' מדבריו דלר"ת בעינן התחילו לגבות ליתא דאפי' לר"ת לא בעינן התחילו לגבות דמשעה שנדרו לתת אותו סך חייבים וכמש"ל ובנדון של הרשב"א דסי' תתפ"ז כתב וז"ל ונתפשרו הקהל עם המלך בהסכמת ראובן וא"כ ל"ל להרשב"א למינקט והתחילו לגבותו אלא ודאי כדכתיבנא:

גם מה שהביא הכנה"ג ראיה לדבריו בפי' דברי מוהריק"ו דלא אמרה הרב אלא בנמצא שם שעת הגבייה וכו' מדברי הגה"מ בפ"ק דב"ב שכ' וז"ל נשאלתי על מם המוטל על היהודים וכו' וגם מורי הרב ז"ל פסק הואיל ונמצא שם שעת הגבייה דחייב לשלם ולא דמי לכלילא שלא היה כי אם במקרה עכ"ל הרי דאפי' דנתחייב לפרוע כדמוכח ממ"ש על מס המוטל וכו' דמיירי במס הקצוב דכבר נשתעבדו בו ואפ"ה לא חייבם אלא מפני שנמצא שם בשעת הגבייה וכדברי ר"ת עכ"ל יע"ש ולי נראה דלא נתכוון לזה הגהת מר' כלל אלא כונת בעל ההגהה דלא תימא כיון שהוא מס קבוע וקצוב בכל שנה אפי' יצא ללכת לא"י קודם שהתחילה השנה אפי"ה חייב ליתן עמהם וכס' המבי"ט בח"א סי' קפ"א והרב מהרח"ש סי' ס"ה לז"א דליתא אלא דוקא שנכנסה תחילת השנה דהיא שעת הגבייה ולא אמר דהתחילו לגבות כדכתב הרשב"א בסי' תתפ"ז וע"ז מק' לדבריו דלא דמי לכלילא דאע"ג דכבר הטילו המלך ונעשה שעת הגבייה ואפ"ה היוצאים פטורים לס' ר"ת דשאני הכא שהוא מס קבוע וקצוב ומשו"ה כל שנכנסה השנה ונעשה שעת הגבייה היוצאים חייבים לא כן עובדא דכלילא שלא היתה כ"א במקרה:

ואם פי' דברי ההגהות כמ"ש הכנה"ג דפי' שעת הגבייה שהתחילו לגבותו א"כ מאי מק' מעובדא דכלילא אימא דשאני הכא שהתחילו לגבותו לא כן עובדא דכלילא. ועוד מאי קא מתרץ לא כן עובדא דכלילא שלא היתה כ"א במקרה ומה בכך שלא היתה כ"א במקרה הא כיון שהתחילו לגבותו לכ"ע חייבים ואפי' לסברת ר"ת וכדכתב הוא עצמו בפי' דברי מהריק"ו אלא ודאי כדכתיבנא דפי' שעת הגבייה דכ' ההגהות הוא או שעת ההטלה שהטילו השר ונתפשרו עמו ונתרצו ויאותו לתת אותי סך או במס הקבוע ונכנסה תחילת השנה. וגם הרב חוות יאיר סי' קנ"ז כתב וז"ל ודאי אם נעשה הפסקא עם השר קודם שיצאו היחידים מן המקום אע"ג דאכתי לא מטא זמן גביה חל עליהם אותה פסקא וכן היא מסקנת רוב הפוס' כמ"ש המרדכי סי' תתקצ"ה וכו' עכ"ל יע"ש ולפי האמת ש"ס ערוך הוא מוסכם מכל הפוסקים ולקמן נדקדק על דבריו שכ' וכן היא מסקנת רוב הפוס' ודברי הכנה"ג ודברי מהרח"ש הנז"ל צ"ע גדול:

והג' פנים הנז"ל שהם הפן הא' החובות שלוו הקהל או זט"ה בעדם לצורך פרעון העניים וכיוצא והפן הב' שהיה על העיר מס קבוע וקצוב בכל שנה ונכנסה תחילת השנה והפן הג' שהטיל שר העיר מס שאינו קבוע וקצוב ונתפשרו הקהל או זט"ה עם המושל ונתרצו ויאותו לתת לו אותו סך מדעת כולם שכתבתי למעלה שחייבים היוצאים מן העיר ליתן חלק המגיע עליהם כשהיו בעיר עמהם אעפ"י שלא התחילו עדיין לגבות כשהיו עמהם בעיר לאו דוקא היוצאים מן העיר חייבים אלא אפי' אנשים שהיו בעיר מקודם והם

היו פטורים מן המס כיון שהם ת"ח או אנשים שהם מעיר אחרת שלקחו מעיר זו אחר שנתחייבו במס על הג' פנים הנז"ל מתנה או נדונייא אעפ"י שהם פטורים מאותו מס חייבים ליתן מס בעבור אותו ממון שלקחו כשיעור מה שמגיע עליו אילו היה נשאר ביד בעליו כיון דבעלים הראשונים אינם משלמין עליו באותן חובות ובאותם מסים אלא לפי שיעור ממון שנשאר בידם בשעת הפרעון הם משלמין וכמש"ל בשם תשו' הרשב"א דח"ג סי' תי"ב וממון זה כבר נתחייב באותו חוב ובאותו מס כשהיה ביד בעליו וכיון דליכא לאשתלומי מבעליו משתלמין מזה השני שלקחו אעפ"י שהוא פטור מאותו מס ואעפ"י שהם משועבדים כיון שהממון שנשאר ביד הבעלים שהוא ב"ח פטור מלפרוע בעד חלק אותו ממון שלקחו מקבלי מתנות או הנדוניאות קרי ביה ליכא ב"ח ונפרעים מנכסים משועבדים במקום דליכא ב"ח ואע"ג דלגבי שאר חובות במטלטלין לא אמרינן הכי לגבי חובות המס שאני:

וכן מוכח להדייא מתשו' הר"ן סי' יו"ד שכ' וז"ל ראובן היה חייב בחובות הקהל והיה לו בת מלאה והשיאה ליהודה וכו' וקהל נירוניא תובעים ליהודה שיפרע החובות ההם בשביל הנדונייא שקבל וכו' תשו' וכו' שאעפ"י שלדין הגמ' מי שנושה בחבירו מנה והלוה אין לו אלא מנה במעות אי בעסק ונתנו לראובן ואותם מעות או העסק ליתנהו בעיניהו אין למלוה על ראובן כלום וכו' אפ"ה להנהגת הקהלות אינו כן שכבר נהגי הקהילות בגביית המסים שמי שמעותיו מחויבים בחובות הקהל ונתנם לאחר נכנס הזוכה תחת הבעלים הא' כ"ש שזה המנהג מסכים לדין הגמ' והטעם בזה וכו' יעש"ב וכ"כ בסי' ב' וז"ל וכן נסתפקו את"ל דפטור אם ממון זה ההקדש שהקדיש ראובן אלף דינרים או איזה סך ידוע מנכסיו ובזמן שהקדישו היו חייבים הקהל חובות שלוו או שנתחייבו אם נפטר אותי ממון מאותם חובות אם עדיין החיוב על כל ליטרא ממנו כמו שהיה קודם שהוקדש וכו' ואת"ל שהוא פטור יען שהוא ה הקדש עדיין אני שואל אם נשאר אותו חיוב אצל מאי נכסי המקדיש או יטעון ויאמר אני אפרע מכל אשר בידי חלק המגיע בכל אלף לפי חוקי הקהל שהולכין אחר זמן הפרעון כאילו עכשיו הוטל אותו חיוב וכו' כי כן מנהג המקום שעל הממון תובעין חיובי הקהל כמי שפרע חוב לחבירו או כתובה או נדונייא שפורע בחיובי הקהל מי שהממון שלו לא מי שהוציאו מרשותו עכ"ל יע"ש:

ואעפ"י שהרשב"א בח"ג סי' ת"י כתב וז"ל עוד שאלו לפי שקצת מבני העיר היו מערימין ונעתקים מן העיר לגור בעיר אחרת ולא היו פורעין חרבות הקהל ובכל מה שנתחייבו הקהל קודם צאתם מן העיר הוצרכו הקהל לעשות תקנה על המעתיק מן העיר שיפרע

חלקו קודם העתקתו מן העיר בכל מה שנתחייבו הקהל קודם לכן לפי שגם היא חייב כא' מהם וכו' וכמו כן כתוב וכו' כל בר ישראל שישיא חוץ לעיר בתו או אחותו עם שום אדם שאינו פורע מס עמנו שיפרע הוא עצמי מס על אותו סך שנתן עמה בנדונייא כאילו הוא עצמו יצא ונעתק מן העיר לקבוע דירתו במקום אחר וכו' ע"כ יע"ש וזה סותר למ"ש בפן הא' דבכאן מדברי הרשב"א נראה דמכח תקנה חייב ולא מדינא דאל"ה דמדינא חייב למה הוצרכו לתקן וסותר למ"ש שבכאן דמדברי הרשב"א נראה דהנותן הנדוניא חייב ולא המקבל ל"ק כלל דלסתירה לפן הא' ל"ק כלל דהתקנה היא שיפרע קודם צאתו מן העיר אעפ"י שעדיין לא התחילו לגבות אותן חובות משאר יושבי העיר דאי לאו התקנה היה יכול למידחינהו כשיפרעו הם יפרע גם הוא עמהם משו"ה עשו התקנה עליו שאעפ"י שהם אינם פורעים הוא יפרע קודם צאתו מן העיר ולא יצטרכו לחזור אחריו ממקום למקום כשיגיע זמן הפרעון דאלת"ה הוא עצמו סותר דידיה אדידיה שכ' לפי שגם הוא חייב כא' מהם דמשמע דמדינא חייב אלא ודאי כדכתיבנא. ולדברינו אלה שכ' משם הר"ן נמי ליכא סתירה דזה שכ' הרשב"א הוא דוקא בשעשו הנישואין חוץ לעיר עשו תקנה זו אבל במשיא בתוך העיר המקבל חייב ולא עשו בו תקנה זו וכמ"ש הוא עצמו בסו' התשו' וז"ל לפי שהמשיאין חוץ לעיר ממש לא נודע לקהל מה נתן ומה יוליך עמו הקהל ונמצאו הקהל מפסידין שאין להם מה יתפסו ומה יעכבו אבל המשיא בתוך העיר הקהל יכולים לעכב ביד החתן המצוי אצלם שלא להעתיק משם סך הנדונייא דלא עדיף החתן מגברא דאתי מחמתיה והרי הוא נכנס תחת נותן הנדוניא והחתן נכנס בחיוב ויצא הנותן וכו' מש' דוקא במשיא חוץ לעיר הוא שעשו תקנה לחייב הנותן אבל במשיא תוך העיר שבקוהו אדיניה וחייב המקבל ולפ"ז א"ש דברי הר"ן ז"ל באותה שאלה כמין חומר וז"ל וקהל נירוניא תובעים ליאודה שיפרע בחובותיהם בשביל הנדוניא שקבל אחר שעשה הנישואין בנירוניא ושם חתם הכתובה וכו' דלכאו' דברים אלו אין להם טעם וריח דמקום הנישואין מה יעלה ומה יוסיף אבל לפי החילוק שכ' משם הרשב"א א"ש דברי השאלה על נכון ודוק:

וכל זה דוקא במס שנתחייבו בו ועדיין לא התחילו לגבותו או בחובות שלוו ופרעו המס המוטל עליהם ועדיין לא התחילו לגבות אותה מלוה שלפי שורת הדין חייבים ליתן כפי הערך שהי"ל ממון בשעה שנתחייבו ליתן מם זה ובשעה שלוו וכמ"ש הרשב"א ח"א סי' תשע"ז וז"ל נשאל עוד זה עשר שנים קיימו הקהל עליהם חוב ועכשיו יש להם לפורעו ונשתוה הפסק בינתיים מקצתם אומרים שיש לפורעו עכשיו לפי הפסק הא' ומקצתם אומרים לפי הפסק של עכשיו הדין עם מי והשיב מנהג ידוע וכו' הולכים אחר

הפסק דהשתא וכו' אבל מן הדין הולכים אחר הפסק הא' כמו שהיו חייבים חוב בעלמא בשיתוף ולוו ופרעו לזה שעכשיו יפרעו כל או"א לפי מה שהיה חייב באותו שלוו מזה או בזמן שזקפוהו ואפי' היה עשיר והעני יפרע אפי' מגלימא דעל כתפיה וכו' עכ"ל יע"ש וכיון שהי"ל לבעלים הראשונים בשעה שלוה או בשעה שנתחייב שלפי שורת הדין נתחייב אותו ממון ליתן עליו מס ונתנו לאחר או במתנה או בנדוניא ולפי מנהג הקהילות פטורים בעלים הראשונים ליתן עליו מס חייבו אותו המקבל ממון לפרוע מס בעבור אותו ממון אעפ"י שאותו אחר המקבל שבא הממון לידו הוא פטור ממס כיון שבא לידו ממון המחויב במס ומי שהוא בידו אותו ממון מתחי' אינם יכולים לגבות ממנו לפי שמנהגם לילך אחר שעת הפרעון ובשעת הפרעון לא היה בידו אותו ממון והולכים ונפרעים מן השני זה שקיבל הממון ונכנס תחת הא' וכמש"ל בשם הרשב"א דח"ג סי' ת"ו ועשאוהו כיוצא חוץ לעיר דסי' תי"ב:

אבל אם אחר שהתחילו לגבות אותו מס ואותו חוב שהיה עליהם נתן מתנה או נדוניא לאחרים אין על המקבל מתנות או הנדוניא כלום והחיוב נשאר על שאר נכסיו כיון שהתחילו לגבות אותם חובות או אותם מסים נתחייב בעל הממון בכל מה שמגיע לחלקו ואין נפרעים מן המשועבדים במקום שיש ב"ח וכמ"ש הרשב"א בח"א סי' תתפ"ז וז"ל תשובה משעה שפסקו הנאמנים אותו מס על הקהל והתחילו לגבותו מאותו שעה ואילך נתחייב ראובן בכל מה שהוא מגיע לחלקו לפרוע בכל אותו מס והרי הוא חוב עליו כחוב אחר דעלמא שאפי' נתן נכסיו או שאיבדן ולא נשארו בידו נכסים רק כדי מה שהוא חייב למס גובין את הכל ממנו ואינו יכול לטעון שלא יפרע אלא כנגד מה שנשאר בידו מן הממון וכו' וכל כיוצא בזה היורשים חייבים לפרוע אותו חוב כולו ואין מקבלי המתנות פורעין כלום באותו חוב שהנכסים שנשארו בירושה ליורשים כנכסים ב"ח והמתנות או הקדשות כנכסים משועבדים וכו' עכ"ל יע"ש:

ומעתה נסתלקה תמיהת מהר"י קצבי בסי' ט"ו שתמה על דברי מהרי"ט דס"ל דמי שנתחייב בעריכה לזמן ומת בתוך זמן העריכה שנפרעים מיורשיו כל הנוגע לחלקו במסים עד סוף הזמן כדין כל מלוה בתוך זמנו א"כ מאי דוחקיה של הרב ז"ל לומר דהנהגת הקהילות הנזכרת בדברי הר"ן ז"ל אינה אלא בחובות שנתחייבו בהם כבר נימא שמה שנהגו שמי שמעותיו מחוייבים בחובות הקהל ר"ל שהם מחויבים מן הדין בכל המסים הבאים בימי משך העריכה בחוב גמור וכו' עכ"ל יע"ש דלפמ"ש כיון שמחוייב בהם בחוב גמור א"כ אין על מקבלי המתנות כלום ונפרעים משאר נכסיו וכמש"ל בשם

הרשב"א דח"א סי' תתפ"ז א"כ לא ק' מידי כלל וכ"כ מהרשד"ם בחו"מ סי' ת"ד ובחינם תמה עליו הרב משא מלך בשער הג' משפט הט' יע"ש:

וכן אם עדיין לא נתחייב הנותן במס שעדיין לא הוטל ונתן מנכסיו מתנה או נדוניא לאחרים שאינם חייבים במס דבר פשוט הוא שאינו חייב המקבל מתנה או נדוניא ליתן מס על נכסים שקיבל אעפ"י שהיו ביד מי שהיה מחויב במס ולא עלה דבר זה על דעת הר"ן לומר שחייב המקבל ליתן מס על אותם נכסים שקיבל אעפ"י שהוא פטור מן המס כיון שהיו אלו הנכסים ביד מי שמחויב במס וזה דבר פשוט וברור דבסי' יו"ד כתב והיו עליהם חובות ובסי' ב' כתב ובזמן שהקדישו היו חייבין הקהל חובות וכו' יע"ש וזה פשוט ומה שהוצרכתי לכותבו משום שראיתי להרב משא מלך שכ' בשער הג' משפט הח' וז"ל מי שהיו לו מעות שפורע מהם מס ונכנסו לרשות אחר כגון וכו' דאם נכנסים במקום זה או לא שורת הדין לאמיתה של תורה נראה שכיון שממון זה היה מחייב במס אין טענה לא למקבלי המתנה ולא לחתן לפטור את עצמו וזה נראה בראיות ברורות הראיה הא' היא מדברי הר"ן שכ' בתשובה סי' יו"ד וכו' ראיה שנית מדברי הרא"ש כלל י"ג סי' ך' וז"ל מה שטוענים שאח"ך נשא אשה יורשת נכסי אביה ואמה פורע מס בעדם וכו' אזי יפרע ראובן מהנכסים שהכניסה לו אשתו נכסי אביה ואמה שהיו פורעין מס בעדם בעיר לפי תקנת הקהילות שבארץ הזאת וכו' עכ"ל הרא"ש נמצינו למדין מכח הראיות כ' שהממון המחויב במס הנכנס ביד האדם הפטור חייב לשלם כמו בעל הממון עצמו באותו מקום עצמו עכ"ל המ"מ יע"ש. ועם שראיותיו אינם ראיות כמו שנבאר בע"ה דבריו אלו אינם אלא מן המתמיהין דאטו ההוא דאמר לפסי העיר יב"ח באדם שלא היה דר בעיר אחרת מעולם או שלא הי"ל שום ממון בעיר שדר בה קודם. וגם זה דבר תימא שממון שהי"ל לאדם בעיר שדר בה נשתעבד לעולם במס של אותה העיר ואעפ"י שיעקור ממונו ודירתו לעיר אחרת שעבודיה לא פקע מיניה דב"ז לא יעלה על הדעת ולא ראינו לשום פוסק מן הראשונים והאחרונים שכתב כן ועפ"י הבנתו זאת בדברי הר"ן ז"ל ובדברי הרא"ש תמה על רבו מהרשד"ם וכתב וז"ל והוצרכתי להאריך בראיות לפי שראיתי בתשו' מורי מהרשד"ם ז"ל וכו' גם בחו"מ סי' שס"ד כתב וז"ל ועל מה שבא בשאלה שבמות האדם אשר היה נושא בעול הקהל ובנו מהפטורים אם יש לחייב את הבן הפטור מצד הממון הנכנס לרשותו או נאמר שהוא פטור גם בזה אני אומר משיקול דעתי שהדין עם יוצאי ירך הפטורים שהם זכו בירושתם מבלי שיחוייבו לא הם ולא ממון הנכנס ברשותם וכו' וכפי הנראה שמורי ז"ל לא ראה תשו' הר"ן ז"ל שהרי לא הזכירה שדעת הר"ן היא בבירור שענין המסים לא רמייא אקרקפתא דגברי אלא כממון

המחוייב תליא מילתא עכ"ל. ולכאורה קשה על הרב מ"מ דאמאי תלה תמיהתו על רבו ולא על מנהג הקהילות אשר נהגו דלא כהר"ן כמ"ש רבו מהרשד"ם וז"ל רק הנדוניא אשר הכניסה לבעלה מנכסי אביה הפטור מנהג הקהילות שתחשב הנדוניא ההיא על ממון בעלה החייב וכו' ולעומת זה כי יקח איש אשה מבני בת הרופא מקהילות הנושאין בעול אשר אז יפחיתו עריכתו אנשי הקהל אבי הבת הנותן נדוניא וכו' והנדוניא ההיא של הממון החתן הפטור תחשב ולא יקחו ממנו הקהלות דבר בעדו ולא אנשי קהל חותנו אף כי נזק הפחת ההוא אשר הפחיתו לחותנו מעריכתו נופל עליהם בדרך זה התנהגו כל הקהלות וכו' עכ"ל הרי דגם הקהלות נהגו דלא כהר"ן ז"ל וא"כ לא על רבו ז"ל תמיהתו כ"א עפ"י מנהג הקהלות ועפ"י מנהגם דן להם את הדין שאחר שכ' גם בזה אני אומר משיקול דעתי הקל וכו' כתב והטעם שאני אומר כן לפי שאני רואה את בעלי תקנה זו לא אזלי אלא בתר גברי ולא אחר ממונא דאי אזלי בתר ממונא על הממון החייב היה להם להטיל זה על הנדוניא וכו' וא"כ רבו מהרשד"ם לא סברתו היא זאת אלא סברת בעלי התקנה ועל בעלי התקנה הי"ל לתמוה לא על רבו אבל באמת דלא על רבו ולא על בעלי התקנה איכא למירמי מתשו' הר"ן הלזו דתשו' הר"ן מיירי כמ"ש שקודם שנתן הנדוניא היה חייב עם הקהל באותם חובות או באותם מסים שהוטלו עליהם ועדיין לא התחילו לגבותם שליוצא ולבא אזלינן בתר הטלתו וכמש"ל בשם הרשב"א וחשבו אותם נכסים בדין יוצא כמש"ל בשם הרשב"א ואפי' שיהיו אותם מקבלים פטורים וכמ"ש הרשב"א ח"ג סי' ת"ו ובעלי תקנה זו של מהרשד"ם מבוארת היא תקנתם בדברי הרשב"א שם וכמ"ש וזה פשוט וברור בדברי הר"ן:

ומה שהביא ראיה מדברי הרא"ש דכלל י"ג סי' ך' ליכא ראיה והוא שתשו' זו של הרא"ש ז"ל הלא היא כתובה ג"כ בכלל ו' סי' י"ד ומדבריו לשם יש להוכיח היפך כל הפוסקים מה שרצו להוכיח שדעת הרא"ש שההולך מעיר זו לעיר אחרת חייב לפרוע מס עם אנשים של העיר עד שיצא ממנה והיפך דברי המ"מ והוא שכ' לשם וז"ל ומה שטענו מורשי הקהל שר"ם נשא אשה יתומה בת אלמנה פורעת מס עמהם והכניסה לו ממון וכו' ולפי תקנת הקהלות וכו' והשיב להם ר"מ שהסכמת הקהלות לא היתה אלא באלמנה פורעת מס ולא בבת אלמנה פורעת מס וכו' הנה חקרנוה כן היא שדברי ר"ם הם כנים ואמתיים והסכמת הקהלות כמו שהוא אומר עליל. מתשו' זו נראה להדיא דטענת מורשי הקהלות לאו מדינא קא תבעי אלא מכח ההסכמה וסבורים המורשים דההסכמה היתה דמי שלוקח ממון חייב במס חייב לפרוע מס בעבורו ועפ"י אותה סברא קודם שחקר הרא"ש הסכמת הקהלות כתב בכלל י"ג סי' ך' ויראה לי דאפי' ילך לעיר אחרת חייב

לפרוע עמהם אבל אחר שחקר ראה דלא היתה ההסכמה כן אלא ההסכמה היתה דמי שנשא יתומה פורעת מס דכבר פרעה מס ואח"ז לקחה זה לא פקע אותו חיוב ממנה אבל בת אלמנה פורעת מס לא ואפי' שלקח עמה ממון שכבר מחויב במס שאמה כבר פרעה המס בעבור זה הממון כיון דאיהי עדיין לא פרעה לא מחוייב בעלה הפטור מן המס דממון המחויב במס שבא ליד הפטור פטור ומכ"ש כשהלך לעיר אחרת ודוק:

ובלא פירושינו זה בדברי תשו' הר"ן הנז"ל תשו' זו הוייא כס' החתום דאם מיירי שכבר נתחייב ראובן לקהל סך מה בעבור המס (שבא ליד הפטור) כשהיו בנירוניא והתחילו לגבותו ונעשה עליו חוב ועכשיו לא נשאר לו נכסים אלא דוקא הנדוניא שנתן לחתנו דאם לא התחילו לגבותו הוא פטור דלגבי עשיר והעני אזלינן בתר שעת הגבייה וזהו שכ' מי שנושה בחבירו מנה והלה אין לו אלא מנה במעות או בעסק וכו' הא ליתא דא"כ מהו זה שכ' אחר זה נמצינו למדין לפ"ז שראובן שיש לו ממון מחוייב וממון פטור וכו' מדברים או נראה דאפי' שיש עדיין בידו ממון אחר אחר שמת עכ"ז חייב חתנו ליתן מן הנדוניא ואם נאמר כן זה דבר תימא הוא כיון שנתחייב בזמן שהיה חי באותו המס והתחילו לגבותו נפרעים ממנו ואפי' מגלימא דאכתפיה וכמש"ל בשם תשו' הרשב"א ז"ל בח"א סי' תתפ"ז וז"ל נתחייב ראובן בכל שהוא מגיע לחלקו לפרוע והרי הוא חוב עליו כחוב אחר דעלמא שאפי' נתן נכסיו ולא נשארו בידו רק כדי מה שהוא חייב למס גובין את הכל ממנו וכו' ומ"ל ממון פטור ומ"ל ממון מחוייב כיון שהוא עצמו נתחייב במס ואין מקבלי המתנות פורעים כלום וכמ"ש הרשב"א באותה תשו' וז"ל ואין מקבלי המתנות פורעין כלום באותו החוב שהנכסים שנשארו בידו בירושה ליורשים כנכסים ב"ח והמתנות וההקדשות כנכסים משועבדים. ואם נאמר דהר"ן ז"ל פליג אהרשב"א וס"ל דמס שאני דאממונא מוטל ורמי וכל מנה מנה שהי"ל נשתעבדו בדבר קצוב וכל היכא דאיתא אותו מנה חייב מי שהוא עכשיו בידו אותו מנה לפרוע בעבורו ושאני חוב המס משאר חוב דעלמא א"כ אמאי כתב הר"ן הנז"ל וז"ל ולפיכך אני אומר שאעפ"י שלדין הגמ' מי שנושה בחבירו מנה והלוה אין לו אלא מנה במעות או בעסק ונתנו לראובן וכו' אין למלוה על ראובן כלום אפ"ה לתקנת הקהלות אינו כן הי"ל לאשמועי' רבותא יותר מזה ג"כ מה שנהגו היפך דין הגמ' שלדין הגמ' אם נשאר אצל הנותן ב"ח אין גובין ממקבלי המתנות שהם משועבדים וכמ"ש הרשב"א בתשו' הנז"ל והקהלות שגובין ממקבלי המתנות אעפ"י שהם משועבדים מטעם דס"ל דחיוב המס שאני וקושיא זו היא קו' חזקה על המ"מ שהוכיח במשפט הט' בשער הנז' מדברי הר"ן דאע"ג דנשאר אצל היורשים ממון מלבד המתנות גובין מן מקבלי המתנות חלקם וגם ק"ל על הרב

הנז' דלפי הבנתו בדברי הר"ן אע"ג דעדיין לא עלה המס כשנתן אלו המתנות אפי"ה מחוייבים אלו מקבלי מתנות כשיעלה המס לשלם בעד הממון שלקחו א"כ הי"ל להר"ן להשמיענו חילוק אחר שיש בין שאר החובות לחוב דחיוב המס דבשאר חובות אע"ג דלא נשאר כלום אצל הנותן עכ"ז אם מכר או נתן קודם שלוה אין למלוה עליו כלום ובחוב המס אינו כן למנהג הקהלות דאע"ג דנתן קודם שלוה דהיינו קודם שיעלה המס עכ"ז נפרעים מן המקבל חלק העולה על ממון שקיבל אבל לפי מה שפירשנו לעיל יבא הכל על נכון ול"ק ולא מידי ודוק:

וראיתי להרב מהרי"ט בח"ב סי' ז"ן שהביא דברי המ"מ הנז"ל וכתב עליהם וז"ל ולפי דבריו גם אם לוקח או מקבל מתנה זו פטור ממסים כגון שהוא מעיר אחרת או מקהל אחר מחייבין ליה כמו בעל הממון עצמו ואיני מודה לו בזה שכל שנתן במתנה לאחרים או השיא בתו ונתן נכסים לחתנו ואין לו ממון להתפרע ממנו אין לקהלות על מקבלי המתנה כלום כשאר ב"ח דעבוד בהו ת"ה וכו' ומ"מ כתב שלפי מנהג הקהלות וכו' נכנס הזוכה תחת הבעלים אזלינן בתר מנהגא וזה דוקא בחובות שכבר נתחייבו בהם עשאום כמלוה בשטר וכמטלטלין דאיתנהו בעינייהו וכו' אבל במסים שעדיין לא חל חיובם ליכא שעבודא כלל ולא טרפינן מלוקח כלום וכו' עכ"ל יע"ש. נראה מדבריו שכ' ואין לו להתפרע ממנו שהבין דברי המ"מ שנתן כל נכסיו ולא נשאר אצל הנותן כלום ואיני יודע מה יעשה בדבריו של משפט הט' שנר' בהדיא מדבריו דאף על פי דנשארו הנכסים אצל הנותן או היורשים עכ"ז ס"ל דנפרעים ממקבלי מתנה יעש"ב גם נראה מדבריו ג"כ שעפ"י דברי הר"ן ג"כ בשלא נשארו נכסים אצל נותן ליפרע מדקאמר עשאום כמלוה בשטר וכמטלטלין דאיתנהו בעינייהו ואם נשארו נכסים אצל הנותן ליפרע מהם מאי הוי בעשיה זו אכתי אין נפרעים מנכסים משועבדים במקום שיש ב"ח וכדכתב הוא עצמו לקמן וז"ל וזה נראה פשוט שאם בתוך זמן העריכה נתן נכסים במתנה או השיא בתו אין לקהלות על מקבל המתנה כלום וכו' וזה אינו במשמעות דברי הר"ן וכדכתיבנא לעיל. גם במ"ש ואיני מודה לו בזה ונראה שכונתו להק' עליו שתי קושיות יחד ראשונה דמן הדין אינו כן אלא דוקא ממנהג הקהלות הוא דכתב הר"ן ואיך כתב המ"מ שורת הדין וכו' ועוד שנית דלא כתב הר"ן ז"ל אלא דוקא בחובות שכבר נתחייבו בהם דלא כנראה מדברי המ"מ דאע"ג דעדין לא נתחייבו במס זה וזה נתן מתנה או השיא בתו עם כל זה מחייבים למקבל מתנה או החתן וקו' א' אינה על המ"מ עצמו אלא על הר"ן עצמו שכ' בפי' כ"ש שזה נהג הוא מסכים לדין והרב מ"מ הוא מדברי הר"ן ומדברי הרא"ש הוא דקא מייתי ליה ואם לו אינו מודה להר"ן ולהרא"ש מוכרח שיודה עם שאינה ו' דלפמ"ש דעשאום

למקבלי המתנות כיוצא חוץ לעיר כי היכי דביוצא חוץ לעיר מיד מתחייב בחלק העולה עליו כשיעור ממון שהי"ל בשעת צאתו מן העיר ואפי' שאחר צאתו אבד ממנו אותו ממון שהיה לו כשיצא מן העיר עכ"ז חייב ליתן עליו הואיל והי"ל כשיצא מן העיר ה"נ בלוקח מתנה או נדוניא נתחייב אותה שעה שלקח באותן חובות ובאותם מסים שהיו על הבעלים הא' לפי חלק ממון שלקח ואפי' שאח"כ אותו ממון שלקח ליתנהו בעינייהו מ"מ בשעה שנתחייב עליו הוא מצוי אצלו והוי כאילו איתה שעה התחילו לגבות אותו חוב ואותו מס שעולה על חלק אותו ממון שלקח דבהתחילו לגבות נעשה עליו אותו סך כמו חוב בעלמא ואפי' היה עשיר והעני שקלינן מיניה ואפילו מגלימא דאכתפיה וא"כ מה לי איתנהו בעינייהו ומ"ל ליתנהו בעינייהו הואיל ונתחייב סך ממון על אותו ממון שלקח ודוק:

הפן הד' והוא אם הטיל המושל של העיר מס שאינו קבוע וקצוב אלא לפי שעה כמו מתנה עדיין לא נתרצו בו בני העיר ולא נתפשרו עם השר ויאותו לתתו ובתוך זה יצאו אנשים מן העיר והלכו להם לגור בעיר אחרת אם חייבים היוצאים מן העיר באותו מס הואיל והוטל קודם שיצאו או אין חייבים כיון שעדיין לא נתפשרו עם מושל העיר הנה בהא פליגי רבוותא ועיקר מחלוקתם תלוי בפי' הסוגייא דפר"ק דב"ב דף ח' ההוא דמי כלילא דשדו אטבריא אתו לקמיה דר' אמ"ל ליתבו רבנן בהדן א"ל לא א"ל ערוקנן א"ל ערוקו ערוק פלגא דלינהו אפלגא אתו הנך פלגא קמיה דר' אמ"ל ליתבו רבנן בהדן א"ל לא א"ל ערוקנן א"ל ערוקו ערוק כולהון פש ההוא כובס שדיוהו אכובס ערק כובס פקע כלילא וכו' עכ"ל הש"ס וכתבו הגהות אשר"י והמרדכי לשם וז"ל ומכאן או' ר"ת אם הטיל מס או מתנה על העיר יברחו מקצתם שפטורים ואין אלו הנשארים יכולין לדוחקן ליתן המס עמהם דהא הכא דליוה אפלגא קאמר דהשאר ערוקו אלמא דדין הוא דאיפטר גמרי אע"ג שלא מחל להם השר כלום בשבילם ואע"ג דכבר שדו דמי כלילא וכו' ומיהו אם חזרו ודרו בעיר כבראשונה אפשר דחייבים ליתן עמהם וכו' ושוב מצאתי תשו' ר"י מפריש דאם הכובס היה תובע אותם לדין היו חייבים לסייען אלא השר לא רצה לכופם לפי שלפי דבריו יהיו פטורים לגמרי אפילו לא ערקו ור"י השיב מנהג בכל הקהלות שאין אדם יכול לפטור עצמו מן המס בצאתו מן העיר אחרי שנתחייב ובלא מנהג נ"ל דין תורה שכששאל המלך מס אפי' שערי דכדא נשתעבדו ועלייהו אמרי' מאן דלא יהיב כרגא וכו' ובפ' הפועל בתרא אמרינן האי מאן דאשתכח בבי דרי פרע מנתא דמלכא. ותו אמר ריב"ל בירושלמי אין לך אדם נתפס על חבירו וחייב לשלם לו אלא ארנון וגולגולת ובר מתא אבר מתא מיעבט וכו' עכ"ל גם בהגהות מרדכי בפ"ג כתב וז"ל השיב ר"י

מפריש וכו' וברח הא אחר הטלת המס והמתנה וחבירו הנשאר תובעו שיפרע לו חלקו כך קבלתי מר' הלכה למעשה שחייב לפרוע לו חלקו דד"ד ואפי' שערי דכדא וכו' ובר מתא וכו' וכל מאן דאשתכח וכו' ובחינם הבאת הא דריב"ל דירו' וכו' כ"א ההיא ממש דהגוזל בתרא רש"ס שלנו וכו' וכן הדין פשוט וכן היו דנים ר"י ור"ת כי כל דבר שהנהיגו השרים וכו' דין גמור הוא וגם היה או' ר"י כי דמי כלילא שהטילו על הכובס וכו' היה יכול לתובעם שיפרעו חלקם המוטל עליהם עכ"ל:

נמצינו למדים דאם הטיל השר מס מתנה על העיר וברחו מקצתם קודם שנתפשרו במחלוקת היא שנויה לר"ת פטורים ולר"י חייבים. ובפי' דברי ר"י נתחבטו בו הראשונים ולי נראה דדבריו פשוטים ומלת השר היא ר"ת וצ"ל שרבי וכונתו לדחות ראיות ר"ת ותחי' דחה אותם דלא תידוק מהכא דהבורח פטור מדלא תבע אותם הכובס דאה"נ דאם היה תובעם היה מחייבם אלא שברח גם הוא ומילט על נפשו וכ"ת דעדיין יש להוכיח דהבורחים פטורים מדא"ל ר' ערוקו ואם איתא שחייבים הי"ל לר' לו' להם הואיל וכבר נתחייבתם בכל מקום שאתם הולכים מחוייבים ולוקחים מכם הת"ח הואיל והם יפרעו בעדכם וע"ז השיב שר' לא רצה לכופם מאחר שלפי דבריו הת"ח פטורים א"כ לא היו הע"ה שותפים עם הת"ח במס ודוקא הכובס שהיה שותף עמהם במס היה יכול לכופם שאין שותף חולק שלא לדעת חבירו:

והרמב"ן בחי' לבתרא הסכים לס' ר"י שכתב וז"ל אבל מן הדין חייבים הם ליתן אעפ"י שיצאו למלכות אחרת וגרסינן בההוא ענינא בירושלמי וכו' ראה אמת המים וכו' עד שלא נכנסו המים לתוך שדהו רשאי לפנותן למקום אחר ואם משנכנסו לתוך שדהו אינו רשאי וכו' גם הר"ן בפ"ק דבתרא כתב כדברי הרמב"ן יע"ש. ולכאורה צריך לדעת דמה יעשה ר"ת בראיתן שהביאו ר"י ור' יהודה מפריש גם מהראיות שהביא הרמב"ן והר"ן גם צריך להבין שר"ת סתר דידיה אדידיה למ"ש הגהות בתשו' ר"י מפריש שכן הוא דעת ר"י ור"ת:

והנראה לישב דבריו והוא שס"ל דכל ראיות שהביא ר"י הם במס קבוע וקצוב או אפי' אינו קבוע וקצוב אלא הטילו לפי שעה כגון לצורך אכסניא למלחמה או לשאר צריכים גדולים כמ"ש התה"ד סי' שמ"א בשם הג"א בפ"ק דב"ב בשם מהרי"ח שכ' בשם ר"ת יע"ש אבל מס שהוא מתנה כמו דמי כלילא דהא לא הוי דינא דמלכותא אלא עלילה ולא הוו בה שותפים. דבמס הקבוע או אפי' אינו קבוע והטילו לפי שעה וכו' דכיון שהם שותפים אין שותף חולק שלא לדעת חבירו או אעפ"י שאינם שותפים אם הוא מס קבוע וקצוב ע"כ או"א כמו ההיא דירוש' הך דריב"ל וכמ"ש לעיל בפן הב' לדעת הרמב"ם

דשאני בול ארעא וכרגא יע"ש. אבל במס שאינו קבוע וקצוב אלא הטילו השר לפי שעה כמסים המתרגשים ובאים בכל יום. היוצאים מן העיר קודם שנתפשרו פטורים אעפ"י שהם שותפים דהו"ל כמו מוכס שאין לו קצבה דמותר להבריח ממנו ומכ"ש אם אינם שותפים אלא כל א' פורע מנתו למלך דודאי אם נתפס הא' בשביל חבירו שאין חבירו חייב לשלם לו זהו דעת ר"ת והביא ראיה מההיא עובדא דכלילא ולא חש לכולהו ראיות שהביא ר"י ור"י מפריש דהנהו איירי במס הקבוע וקצוב גם הראיה שהביא הרמב"ן מההיא דירוש' ס"ל לר"ת דלענין איסורא איתמר ולא לענין תשלומין לשלם אם ברחו:

אבל ר"י ס"ל אע"ג דלא הוי מס קצוב אלא הטילוהו לפי שעה ואפי' מתנה כמו דמי כלילא כיון דבשעת ההטלה היו כולם ביחד ונתחייבו בו אם ברחו אח"כ חייבים לשלם ואפי' הטילו ע"י עלילה דאלת"ה בפשיטות הי"ל לתרץ דעובדא דכלילא עלילה היתה ומשו"ה אמ"ל ר' ערוקי אלא ודאי ס"ל דבכל גוונא חייב וכן מוכח להדייא מדברי מהריק"ו שורש ב' שנדון שלו נלילה היתה כמ"ש בשורש ג' והביא עלה מחלוקת ר"י ור"ת ש"מ דס"ל דאפי' בעלילה ר"י מחייב גם הרב מהרשד"ם ז"ל בחו"מ סי' קנ"א נדון שלו עלילה היתה והביא עליה מחלוקת ר"י ור"ת ש"מ דס"ל דר"י מחייב אפי' בעלילה דאל"כ מאי קא מקשה לנפשיה מתשו' ר"י דקאמר ואפי' לפי תשו' ר"י נימא דר"י מודה בעלילה כנ"ד דהוי עלילה אלא ודאי ס"ל כדכתבנו דר"י מחייב אפי' בעלילה ועכ"ז שפיר קאמר הרב מהרשד"ם באותה תשובה וכ"ש שמהר"ם הסכים לס' ר"ת בתשו' דשייכי לס' קנין וז"ל ואם השר מעליל וכו' וראיה מפ"ק דב"ב ההוא דמי כללא אלא עלילה היתה ולא היו שותפים בזה להכי אעפ"י ששמו עליהם מתחילה על כולם הבורחים פטורים עכ"ל. ומה שהקשו עליו המ"מ והכנה"ג והרב מהרח"ש בח"א סי' צ"ח וז"ל והתימא מהרב מהרשד"ם וכו' ויראה מדבריו שמהר"ם הסכים לס' ר"ת ואחר המחי' רבה יראה דהא ליתא דמהר"ם מוקי להההיא דמי כלילא שהיתה עלילה ולדידיה דוקא עלילה שמעליל עליהם בדברי שקר אמנם במה שמטיל עליהם מס כמנהג המלכים והשרים חייבים הבורחים אמנם לס' ר"ת אפי' בסתם מס שמטילים עליהם מחדש כתב שהבורחים פטורים כן בעלילה לכ"ע אם פרעו פטורים השאר עכ"ל דליתא כמ"ש דכל מס שאינו קבוע וקצוב והוי מתנה מקרי עלילה ונחלקו בו ר"י ור"ת וכדכתב נמצינו למדים לפי' זה דמהר"ם ור"ת בחדא שיטה אזלי גם הרשב"א בתשו' הביאו הרב"י בח"מ סי' קס"ג מחו' ט' על ההגמון שהעליל וכו' ס"ל כר"ת דהיוצאים פטורים:

וראיתי להרב עדות ביהוסף ח"ב סי' מ"א שכ' דר"י ור"ת לא פליגי ור"י מיירי במס הקצוב וכו' עכ"ל יע"ש ונראה דהא ודאי ליתא דהא תשו' ר"י איתא בתשו' מימוניות דה'

גזילה סי' ט' ומפורש התם בהדיא דאיירי במס שאינו קצוב גם מדברי מהר"י מפריש שהביא הגהמ"ר כתוב והטיל עליהם מתנה יע"ש דאינו דבר קצוב גם מהראיות שהביא הרמב"ן ז"ל בחי' לב"ב מ"ש אפי' דבר שאינו קצוב גם מהריק"ו שורש ב' נדון דידיה מם שאינו קצוב והביא מחלוקת ר"י ור"ת עליו מ"ש דס"ל דאפי' במס שאינו קצוב ס"ל לר"י דחייב ופליג. ומה שרצה לישב דברי מהריק"ו עם דעתו הם דברים שאין להם הבנה גם הרב מהרי"ט סי' ח"ן כתב כדברי העדות ביהוסף ודבריהם צ"ע והתימא על הרב הכנה"ג בחו"מ סי' קס"ג שכ' ולענין הלכה לכאורה היה נראה דאין המוחזק יכול לו' קי"ל כר"ת כיון שהוא יחיד בדבר זה דלפי מ"ש מהר"ם והרשב"א אזלי בשי' ר"ת ומעתה מה שהניחו הרב מהרח"ש והכנה"ג סי' קס"ג שכ' אבל גלילות וארנוניות אינם שותפים ואמרו דמלת ארנוניות היא ט"ס וצ"ל ודוקא למסים וארנוניות הם שותפים אבל בעלילות אינם שותפים ליתא כמ"ש דכל מסים כל שאינם קצובים והוו מתנה למהר"ם רי להו עלילות וכ"כ מהרא"י בתה"ד סי' שמ"א בפי' לדעת מהר"ם דכל המסים שלנו מיקרי גזי' דמלכותא שכ' וז"ל א"נ דבתשו' במרדכי בפ' הגוזל בתרא כ' מהר"ם דכל מסים שלנו מיקרו גזי' דמלכותא וכו' יע"ש וכן הובאו דבריו של מהר"ם בתשו' הרשב"א ח"א סי' אלף וצ"ט וז"ל אבל עלילות וארנוניות אינם שותפים גם בשה"ג בפ' הגוזל בתרא הובאו דבריו בזה הלשון וה"מ למסים דוקא הם שותפים אבל עלילות וארנוניות אינם שותפים גם הד"מ בסי' קס"ג הביא דבריו בזה"ל וז"ל הא דהקהל הם שותפים דוקא למס קצוב אבל עלילות וארנוניות אינם שותפים ודוחק לומר דכל אלו העתיקו לשונו ולא הרגישו בזה הטעות ולקו' ר"ת דסותר דידיה אדידיה שכתב לעיל י"ל דמ"ש בתשו' ר"י מפריש וכן היו דר"י ור"ת קאי דלקמיה דכ' דכל דבר שהנהיגו השרים דהיינו שהוא מנהג וחק קבוע וקצוב דבזה מודה ר"ת וכדכתיבנא לעיל. אמנם מצאתי להרב תה"ד בסי' שמ"א שכ' משם הג"א בפ"ק דב"מ שס' ר"ת שכל המסים שגובים המושלים אפי' שאינם קצובים מיקרו ד"ד וזו היא סברת ר"י ממש מוכרחים אנו לומר לתרץ דברי ר"ת כמו שתירץ הרב תה"ד לדברי מהר"ם בסי' הנז' דאיהו נמי סותר דידיה אדידיה דכ' דכל המסים שלנו מיקרו גזי' דמלכותא וכ' בתשו' דפ' לא יחפור וכו' הכל קרוי מסים וכו' יעש"ב וכל מ"ש בפי' דברי ר"ת ומהר"ם כתב איתו המ"מ בשער א' ודחה אותו ולפק"ד האמת הוא כמ"ש והוכחתי בראיות. ומה שהק' המ"מ לפי' זה ותירץ וי"ל דאי מטעם עלילה הוי טעמו של ר"ת אמאי כתב שאם חזרו ודרו בעיר כבראשונה אפשר שחייבים ולמה חייבים אחר שחזרו כיון שנפטרו מטעם עלילה עכ"ל ול"נ שאינה קושיא והוא דטעם הפיטור של ר"ת בעלילה משום דלא נשתתפו אלא במס שהוא ידוע וקצוב אבל במס שאינו קבוע

אלא עלילה שותף חולק שלא לדעת חבירו בהאי פסידא שאינו ממנהג העולם וכמ"ש הרב חוות יאיר סי' קנ"ז וחלקותו היא ע"י שיצא מן העיר וחלף והלך לו לא כן בחזר דגילה דעתו לבסוף שחלוקתו הראשונה אינה חלוקה וסופו הוכיח על תחילתו שיצא ע"ד לחזור גם נ"ל לישב דברי ר"ת ודברי מהר"ם שלא יהיו דבריהם סותרים זה את זה והוא דאפי' דבעלילה ששאל השר הוי ד"ד היינו דוקא לענין גבאי המס דלא הוי גזלן אבל לענין הבורחים והיוצאי' אית להו בזה שותף חולק שלא לדעת חבירו במקום פסידא שאינו ממנהג העולם ועין במ"מ שער משפט א' אחר שהביא תשו' הרשב"א כתב וז"ל ומתשו' זו נלמד ג"כ בההיא דכתב מהר"ם היכא דברחו דפטורים מטעם שהיתה עלילה שאם זט"ה פרעו אינם פטורים וחייבים לשלם לעולם ואפי' ברחו קודם הגביה ולדעת ר"ת וכו' ודבריו תמוהים דמלבד מ"ש דמהר"ם ור"ת שוים אלא אפי' לדעתו תמיה לו לדעת מהר"ם אם ברחו קודם הפירעון דפטורים ואם פרעו זט"ה מאי הוי כיין שחלקו וברחו קידם הפירעון ושותף חולק שלא לדעת חבירו אינם חייבים ואה"נ אם פרעו קודם הפירעון מה שפרעו בעדם פרעו דהוי כמו שפרעו הם וזה פשוט וברור:

ולפמ"ש דמהר"ם ור"ת שוים הם תמיה לי טובא על מור"ם בהג"ה סי' קס"ג שבסעי' ב' פסק כס' ר"י ובסעי' ד' פסק כס' מהר"ם והם פליגי אהדדי וגם ק' קו' זו על הרב חוות יאיר סי' קנ"ז שכ' וז"ל ודאי אם נעשה הפיסקא עה השר לפני שיצאו היחידים וכו' חל עליהם איתה פיסקא וכן היא מסקנת רוב הפוס' כמ"ש המרדכי בפ"ק דב"ב וכ"כ בהגהת ש"ע משמע תיכף אחר שהושם המם לא יוכל היחיד לצאת דמשמע מדבריו דאפי' ששאל יותר מן הקצבה והוי עלילה כמ"ש הוא עצמו לקמן עכ"ז חייבים היוצאים והיינו כס' ר"י שהביא המרדכי וא"כ מהו זה שכ' אח"כ מיהו נראה דאין זה רק בסך שהוא קבוע וקצוב וכו' הו"ל גזי' דמלכא והרי הוא עצמו פסק כר"י אפי' בסך היתרון על סך הקצוב ואם כונתו לפסיק כמהר"ם ושאני אם נעשית הפסקא קודם שיצאו דהו"ל כנתרצו ויאותו וכחילוק מהרי"ק שכתבתי בפן הג' א"כ למה ייחס סברא זו להמרדכי שהיא סברת ר"י והביאה מור"ם בהג"ה הא סברא זו היא מוסכמת אליבא דכ"ע וכדכתב מוהריק"ו בשורש ב' ושורש דב"ז אינו מדברי מור"ם בס"ב באופן שדברי מורם ודברי הרב חיות יאיר צריכים לי תלמוד גדול. ובשלמא לדברי מור"ם ז"ל יש לומר דס"ל דר"י עצמו מודה בעלילה דפטורים וכדעת הכנה"ג והרב מהרח"ש ומשו"ה פסק לתרוייהו אבל ה' חוות יאיר דתחילת דבריו וסוף דבריו איירי בחדא מילתא ששאל השר יותר מחק הקבוע וקצוב ובתחי' דבריו פסק כר"י דחייבים היוצאים ובסוף דבריו קורא לה גזי' דמלכותא והיוצאים פטורים וצ"ע. נמצינו למדים מכל האמור דאם הטיל המושל

מס שאינו קבוע וקצוב על העיר וקודם שיצאו ויאותו הקהל או זט"ה עם השר יצאו אנשים ודרו בעיר אחרת פליגי בה רבוותא לר"ת ומהר"ם והרשב"א היוצאים פטורים ולר"י והרמב"ן והר"ן חייבים ויכול המוחזק לומר קי"ל ולקמן בעז"ה נבאר מי הוא קרוי המוחזק יע"ש:

והפן הה' והוא שיש על העיר מסים קבועין וקצובים בכל שנה ויצאו מן העיר קודם שנכנסה תחי' השנה ועדיין לא הוטלו אותם מסים על העיר והלכו להם לגור בעיר אחרת בהא נמי איכא פלוגתא דרבוותא אם חייבין היוצאים מן העיר ליתן מס עם אנשי העיר שיצאו ממנה או עם אנשי העיר שבאו לגור בה מחדש:

הנה מצאנו ראינו להרב משה בנבשתי הובאו דבריו בתשו' עדות ביהוסף ח"ב סי' מ"א שכ' וז"ל אמנם אם יצאו אנשים מן העיר קודם הטלת המס אפי' שהוטל בד"ד ולא בגזלנותא לכ"ע היוצאים פטורים לא מבעיא כשיצאו ואין דובר אליהם דבר אלא אפי' זה אם בעת יציאתם מן העיר רצו בני העיר לעכבם בע"כ מדאגה מדבר וכו' מטיל המלך או מושל העיר שום מס בין שהוא מם קבוע מידי שנה בשנה וכו' אפ"ה פטורים דלאו כל כמינייהו דבני העיר לעכבם בע"כ מצד הדין דלית דין בכה"ג שיהיו עם בנ"י עבדים לעבדים שיעכבום בע"כ בעיר שאינם חפצים ומצד הדין הגמור כל אשר רוצה לפנות מן העיר כל עוד שלא הוטל המס אל המקום אשר לבו חפץ יפנה וכו' או מסי העיר כבדות עלי לא אוכל שאת או אוירא דארעא לא ניחא לי ואיני עבד עולם ואם בשביל יציאתי מן העיר הלז תכבד העבודה עליכם וכו' שיכבד חלקי שהייתי פורע וכו' ואתם פנו וסעו לכם כאשר אני עושה וכו' יעש"ב בסיום דבריו שצריך לענייננו גם הרב עדות ביהוסף סי' הנז' כתב וז"ל דבר הלמד מענייננו דאפי' נימא דפליגי מ"מ לא פליגי אלא היכא דכבר הוטל המם וכו' אבל קודם הטלת המס רוצים לעכבם דעדיין לא בא החיוב כולם שוים שאין יכולים לעכב וזה פשוט וברור אפי' לדרדקי דבי רב וכו' ומכ"ש עיר שיצא ממנה היא עיר קטנה ואין בה דין תורה ולא מנהיג וכו' שאפי' יש מנהג למשכן ב"ח העריכה אפ"ה פטורים היוצאים גם מתשו' הרב אליעזר הביאה הגמ"ר בפר"ק דב"ב שכ' וז"ל נשאלתי על בני קנדייא המוטל עליהם מס קצוב וכו' וגם מורי פסק הואיל ונמצא שם שעת הגבייה דחייב לשלם וכו' עכ"ל יע"ש. נראה מדבריו בפי' דאעפ"י שהיה עליהם מס קצוב ואינם מוציאין את היוצאים אפ"ה כל שלא נכנסה תחי' השנה דהיינו שלא נמצא שם בשעת הגביה היוצאים פטורים גם מוהר"ם ז"ל הובאו דבריו בתשו' פמ"א סי' קכ"ג כתב וז"ל עוד ביאר מהר"ם דאפי' במסים שאפי' ברחו חייבים דוקא שברחו אחר הטלת המס אבל אם יצאו מן העיר קודם שתבעו המס אעפ"י שהמס קצוב בזמנו

פטור מן המם וכו' עכ"ל יע"ש מתשו' זו של מוהר"ם נראה דלא סגי אם כבר נכנסה תחי' השנה אלא בעינן ג"כ שתבעו המושל דלא כס' הרב חוות יאיר שכתבתי למעלה בפן הב'. גם הרב חוות יאיר סי' הנז' כתב וז"ל דכל שיצאו קודם תחי' השנה דהיינו קודם שנכנסה השנה היוצאים פטורים יע"ש. גם הרב תה"ד סי' שמ"א כתב וז"ל אם יצרפם לאותם אנשים שיצאו מן העיר מטבריא לציפורי במס שהוא קבוע וקצוב עם אנשי טבריא הוי גזי' דמלכותא יע"ש. גם הרשד"ם בח"מ סי' שצ"ט כ' וז"ל וא"כ אחר שראו' אם עמד בעיר הזאת וכו' איך עלה בדעת שיפרע בשני המקומות דבר זה אין הדעת סובל אותו וכו' וראיתי בר"י בעתה וכו' ושמחתי וכו' יע"ש עוד כתב בסי' הנז"ל וז"ל אבל להפטר מן המקום אשר יצא משם מן הדין תיכף שיצא משם הוא פטור וכו' יעש"ב באותה תשובה שנראה מדבריו דבכל מיני מס קבוע ושאינו קבוע אם יצא קודם ההטלה פטור דהביא ראיה לדבריו מדברי התה"ד והתה"ד מיירי במס קבוע. גם בסי' שצ"ט כתב וז"ל א"כ פשיטא שבמקום שהם יושבים יב"ח יש להם לשלם ואין לנו לבקש חילוקים מדעת הכרס מה שלא מצינו לא בתלמוד ותשו' הר"י בתה"ד ראיה עצומה לדברי ובדין יש לי לשמוח בה שהרי שם מדבר בשולט בב' המקומות וכו' עכ"ל יע"ש ואפי' מהר"י פירמון החולק עליו לשם דוקא באותו נדון שיצאו הם שלא לדעתם ודעתם לחזור למקומם אבל ביוצא לדעת ואין דעתו לחזור אפי' מהר"י פירמון מודה למהרשד"ם דפטור גם בסי' שס"ג ות"ג לא חייבם לפרוע עם אנשי המקום שיצאו משם אלא דוקא כסף גולגלתא ומטעם שהם כתובים בפנקס המלך יע"ש גם מהר"י קצבי סי' ט"ו שנחלק על דברי הרב עדות ביהוסף שכת"ל היינו דוקא בנ"ד שיצא תוך זמן העריכה שכ"כ וז"ל מיהו אם ירצה לעקור דירתו משם רשאי אם לא נמצא שם בתחי' השנה לענין מם הקבוע יע"ש גם מוהר"ש ן' מובחר הובאו דבריו בתשו' מהרשד"ם ח"א סי' ס"ג בשאלה שנשאל על קהל שאלוניקי שהיו עליהם מס הבגדים קבוע מידי שנה בשנה ויצאו אנשים מעיר שאלוניקי ונתיישבו בקושטא יע"א כ' וז"ל ואם אמר יאמר החולק שבשנים קדמוניות בעיר הגדולה של חכמים ושל סופרים שאלוניקי בזמן שהיו בה גאונים אשר קוטנם עבה ממתני פטרו קצת יחידי סגולה שילכו להם למקום שלבם חפץ ובודאי אם לא היה עולה בדין הפטור ההוא לא היו פוטרים אותם וכו' יעוש"ב. גם הכנה"ג בתשו' לחו"מ סי' ק"ה פטר להיוצאים מן עיר שאלוניקי ממס הבגדים אעפ"י שהוא מס קצוב וקבוע בכל שנה ולא יעבור יעש"ב גם הרב הרשד"ם בחי"ד סי' קס"ב כתב וז"ל סוף דבר שאין ליוצא ועוקר דירתו מן העיר עם יושבי העיר שותפות עמהם כלל לשום דבר כי נתפרדה החבילה. וכ"כ ג"כ מהרי"ק שורש א' וז"ל בנ"ד זה כבר נפרד מהם ר' משה ונתפרדה החבילה.

גם הרא"ש בפ' הכונס כתב וז"ל מנהג בכל המדינות וחק לישראל הוא עפ"י השרים והמלכים ללכת ולדור בעיר אחרת כשירצה ולא יעכב השר משלהם כלום והבא לשנות ממנהג זה גזי' דמלכותא הוא עכ"ל ועי' תשו' מהר"ם שהביאה המרדכי בפ' הגוזל בתרא סי' קפ"א וז"ל אע"ג דמסתמא נשתתפו אזלינן בתר אומדנא דאמרי' עד ההיא שעתא נשתתפו ותו לא עכ"ל. ואומדנא דמוכח הוא שלא נשתתף מתחי' להיותו משועבד לעולם עם אנשי העיר ורז"ל אמרו האי מאן דביש ליה בהאי מתא ליזיל במתא אחריתי. גם הרב פרח מטה אהרן בח"א סי' ד"ן האריך הרחיב בענין ופטר את היוצאים יעש"ב:

אמנם הרב מהרח"ש ח"א סי' צ"ח נשאל על עיר שאלוניקי שהיה עליהם מס של הבגדים ויצאו אנשים מהם לעיר קושטא כתב וז"ל ומ"מ בעיקר הדין הא קמן שהסכימו כל הני רבוותא שאחר שהוטל המס וברחו קצת לא נפטרו וכתב מהרי"ק דאפי' לר"ת כל שנשתעבדו לא פקע חיובם בצאתם וא"ל דזהו דוקא בשנה שיצאו אבל בשאר שנים הבאות אח"כ לא דהא ודאי לא מסתברא וכו' כן ראיתי בתשו' למהר"ם מטראני סי' קפ"א. על ענין אנשי מאסיה שהיו פורעים חמשים שולטאניש בכל שנה ואח"כ הלכו לדור בטוקט וכו' וכ' לחייב אותם שהלכו לטוקט לפרוע עם אנשי מאסיה וכו' וכתב ע"ז וכ"ת דהתם מיירי במסים שנשתעבד אז לא במסים הבאים אח"כ וכו' כיון דמטעם השעבוד שנשתעבד לא פקע השעבוד ל"ש אותה שנה ל"ש שנה אחרת וכו' ומה שנפל הפרש בין גדולי האחרונים בין הרב מהרשד"ם ובין מהר"י פירמון על ענין אנשי פיטרץ שהלכו לליפנטו וכו' וכן מה שנראה שכ' קצת שיש לו לפרוע המם למקום שהלך לשם כ"ז היה במס המתרגש ובא כפי העת וכו' ועל דרך זה הוא מ"ש מהרשד"ם סי' שצ"ט על ראובן וכו' וליכא מס קצוב מקדם בזה י"ל דאזלינן בתר העיר שהלך לשם וכו' אבל במס שיש מס קצוב בכל שנה וכו' כבר חל השעבוד קודם שיצא ולא פקע השעבוד מיניה וכמ"ש הרב הנז"ל עכ"ל יעש"ב. והנה דמ"ש בתחילה דאין לומר דזהו באותה שנה שיצאו אבל שאר השנים הבאות אח"כ לא דהא ודאי לא מסתברא וכו' ולדידיה הוא חילוק אמיתי ונכון אב"א קרא אב"א סברא והוא כיון שיצאו אחר שנכנסה השנה נשתעבדו למושל במס של אותה שנה לא כן במס שנים הבאות דכן הוא מנהג השרים לגבות מס דכל שנה ושנה בפ"ע ואחר שיתן מס של אותה שנה אינם מקפידים אם יצא מן העיר אם לא אבל כיון שנכנסה תחי' השנה אין מניחין אותו לצאת מן העיר עד שיפרע המס שעליו של אותה שנה אב"א קרא ממ"ש בהגה במרדכי תשו' ה"ר אליעזר שהבאנו לשונו לעיל בפן זה וז"ל נשאלתי על מס המוטל על בני קנדייא וכו' וגם מורי פסק הואיל ונמצא שם שעת הגביה וכו' גם מדברי מוהר"ם שהביא הרב פמ"א שהבאנו

לשונו לעיל כתב בפירוש אבל אם יצאו מן העיר קודם שתבעו המס אעפ"י שהמס קצוב בזמנו פטורים יע"ש גם הרב חוות יאיר סי' קנ"ז חילק בפי' מס הקצוב בין יצאו מן העיר אחר שנכנסה השנה ליצאו מן העיר קודם תחילת השנה והוא חילוק נכון וברור:

אכן מה שהביא ראיה מדברי המבי"ט סי' קפ"א לכאורה היה נראה שכן הוא דעת המבי"ט דכל שהמס קצוב חייבים היוצאים אפי' שיצאו קודם שנכנסה השנה אמנם מצאנו ראינו להרב גבעות עולם סי' כ"ז שכ' שחזר בו המבי"ט מתשו' זו וכנראה מפשט דבריו סי' שי"ו יע"ש גם הכנה"ג ישב דברי המבי"ט לפי סברתו יעו"ש כתב עוד מהרח"ש וז"ל גם ראיתי להרא"ש ז"ל בתשו' כלל י"ג סי' כ' בסוף דבריו וז"ל ונראה בעיני שאפי' אם הלך אדם לדור בעיר אחרת לעולם הוא פורע מס עם העיר שיצא משם וכו' אמנם בענין הנוגע לדין לענייננו הא קמן שכ' הרא"ש וכו' אבל במס הקצוב בכל שנה ונשתעבד בזה בשעת היציאה שוב לא פקע חיוביה מיניה ובזה הוא שפסק הרא"ש שלעולם הוא פורע עם אנשי העיר שיצא משם וכו' עכ"ל וכבר כתבתי לעיל בפן הג' שמדברי תשו' הרא"ש הלזו ליכא ראיה כלל ואדרבא מתשו' דכלל ו' סי' י"ד יש להוכיח בהיפך ולחזור ולכפול הדברים יגיעת בשר יע"ש:

עוד כתב מהרח"ש וז"ל אמנם מה שהיה נראה שעומד לנגדינו לכאורה הם דברי בעה"ת סי' ש"מ שכ' וז"ל על שני עירות טבריא וציפורי וכו' עד נראה לומר דודאי אם היה המלך עושה במס הקצוב בכל שנה הוי גזי' דמלכותא הואיל ואלו הד' אנשים נושאים ונותנים בעיר ציפורי איך ישאו עול עם אנשי טבריא לתת מס בשני המקומות כ"ש דהוי גזי' דמלכותא יראה מדבריו שהאנשים שיצאו מטבריא ונתישבו בציפורי הדין נותן שישלמו בציפורי אפי' שהיה להם מס קצוב בכל שנה תחי' בטבריא והיה נראה לכאורה דאיכא סתירה למאי דכתיבנא אמנם נראה דיש לישב דליכא סתירה כלל דהתם באותם האנשים שיצאו היה שנתרצו אנשי טבריא בכך וברשותם יצאו וכו' ע"כ ודבריו אינם מובנים לי דמלבד שאין רמז מזה כלל בדברי בעה"ת אדרבה מדבריו יש להוכיח בהפך דעיקר טעמו של בעה"ת הואיל ואלו הד' אנשים נושאים ונותנים בעיר ציפורי איך יתכן שישאו עול עם אנשי טבריא ולפי דברי מהרח"ש טעם זה אינו מעלה ולא מוריד אלא עיקר הטעם שברשותם יצאו וכבר מחלו להם ודוק. ובסוף התשו' הנז' כתב וז"ל כלל הדברים דמתוך מ"ש לעיל לא נפטרו היוצאים מהחיוב שהיה עליהם בעת הנסיעה ויהיה החיוב עליהם ככל אחד מבני עירנו יע"ש. גם מוהר"ש ן' מובחר בתשו' הנז' סי' ס"ג הסכים לדברי מהרח"ש ז"ל יע"ש גם הרב מוהרח"ש בתשו' חלק הנז' בסי' ס"ד חזר פעם ב' וחיזק דבריו וחייב להיוצאים אפי' שהיו קטנים או עניים בשעה שיצאו ואפי' שהלכו למלכות אחרת

דמנהג הוא דאזלינן בתר שעת הפירעון גם בסי' ס"ה בחלק הנז' חזר להשיב כל דברי הכנה"ג שחלק עליו בדברים קשים יע"ש ומה שיש לדקדק בתשו' זו כבר כתבנו בכלל דברינו של כל פן ופן והאריכות בזה אך למותר:

העולה מכל מ"ש דאם יש על העיר מס קצוב בכל שנה ויצאו אנשים מן העיר קודם תחי' השנה אם חייבים היוצאים לפרוע מס עם אנשי העיר שיצאו משם או אין חייבים במחלוקת היא שנויה ויכול המוחזק לו' קי"ל ולקמן בע"ה נבאר מי הוא קרוי מוחזק יע"ש האמנם אנן בתריה דמרן גרירנא צריכים לדעת דעתו של מרן הק' ז"ל בזה ומצאנו ראינו בתשו' בס' אבקת רוכל שהביא שאלה זו של הרב המבי"ט ז"ל בסי' ר"ד וז"ל תשו' נראה שעם היות שקהל אמציה באים מחמת שלש טענות וקהל טוקאט אינם טוענים אלא טענה א' מגומגמת הדין עם קהל טוקאט בטבא חדא פילפלא שמה שטוענים אליהם קהל אמציה לחייבם מפני הקהל שבטוקט עיקרו נעקר מקהל אמציה אינה טענה מפני שהמס הזה אינו מוטל על מספר הב"ה אלא על כללות העיר שאם היו מועטים ונתרבו לא יוסיפו על סך הקצוב וכן אם היו מרובים ונתמעטו לא יפחתו מסך הקצוב וא"כ אותם שעקרו דירתם מאמציה פטורים מלישא עמהם בעול המס ההוא וכו' ומה שטוענין עוד עליהם לחייבם מפני ששתי הקהילות פורעים הכראגיס ביחד אינה טענה שאין הכראנגיס תלוים במס הזה ולא מס הזה תלוי בכראגיס שהכראגיס הם על מספר הגולגולת וכו' ומה ענין מס זה למס הנז' שלא יוסיף ולא יגרע וכו' יעש"ב ור"ל שאם היה מס זה על מספר בעלי בתים שאם ימעטו ממעטין אותו א"כ בודאי שלוקחין מהם בעבורם וא"כ יש לחייבם מטעם נתפס על חבירו כיון שהוא קצוב למספר הבתים וגם בסי' ר"ה הביא שאלה זו ונסתפק לשם כיון שהיו אנשי טוקאט כמה שנים מסייעים במס לאנשי אמציה יען שתחי' היו מאמציה והיו פורעים מס עמהם כפרחים וגם במס הגולגולת יען שאנשי טוקאט לא היו נזכרים מתחי' בס' המלך ועתה בא סופר המלך וחילקם לבדם אם יכולים קהל אמציה להכריח אותם עמהם או לא וכו':

והשיב תשו' וכו' אבל עתה שבא סופר המלך וחילקה וכו' ואין אחד צריך לסייע לחבירו בשום מס וכו' וא"ל שיאמרו הרי קבלו קדמונינו שנהיה לעם אחד ונישא עול אחד לפי שאנשי טוקאט אומרים אנו לא היה עלינו שום עול ואנחנו שמנו צווארנו לישא עול אחינו כיון שבזה היינו נפטרים מן המלך אבל עתה שהמלך חילק אותנו וכו' ואין אנו צריכין לישא עול אחד לא הבאתי ראיה לזה הדין לפי שהוא פשוט הרבה ויש לו ראיה מכמה מקומות ועוד שאנשי טוקאט הם מוחזקים בממונם וכו' והמע"ה נאום הרדב"ז:

והסכים על ידו מרן הקדוש ז"ל יע"ש. וכיון שמרן ז"ל פסק שהיוצאים פטורים ואפי' היה עליהם מס קצוב אנן בתריה דמרן ז"ל גרירן ואפי' כנגד המוחזק ואינו יכול המוחזק לו' קי"ל אפי' אם יהיו כל חכמי ישראל חלוקים על סברא זו וכ"ש דבאר"ץ הלזו כוותיה נהיגי וכמו שהעיד ע"ז מארי דאתרין מארי דאברהם בספרו מר ואהלות סי' י"ג וז"ל כגון מס המחרמיה הקבוע על הכלל שנה בשנה זה כמה שנים פצ"י ונהגו שלא לעכב על היוצאים בעבור שנים הבאות וכו' עכ"ל יע"ש

והואיל ואתא לידן תשו' מרן הק' נימא בה מילתא שכתבו ב' הרבנים הנז"ל מרן והרדב"ז ז"ל על קהל טוקאט שהיו פורעין תחי' בשותפות עם אנשי קהל אמציה ועתה כיון שבא סופר המלך וחילקם פטורים מלפרוע עמהם מכאן ואילך ולכאורה יש לתמוה עליהם מהא דאיתא במרדכי פ' הגוזל בתרא סי' קפ"ג משם מהר"ם וז"ל עוד השיב אשר הורגלו היהודים בכל מדינות המלך המס בשות' וכן נהגו כמה שנים וכו' אמנם וכו' ויש לו תפיסת יד ולוקח מהם מס לא בטל השות' ויש לתת עמהם מס כבראשונה וכו' יע"ש והכא נמי כיון שיש למלך תפיסת יד בשתי עיירות אלו אמציה וטוקט השות' קיימת ואינו יכול להפריד אותם וכן נמי ק' עליהם מתשו' מהר"ם שהביא המרדכי לשם בסי' קע"ז שכתב וז"ל ומ"ש שביד המלך כשאומר מעצמו להקל ע"ז ולהכביד ע"ז ה"מ קודם שנתפשרו עמו אבל אם כבר נתפשרו עמו ורצה להוסיף לזה ולפחות לזה לאו כל כמיניה אלא כפי מנהגם שהיו רגילים ליתן דשותפים נינהו ושותף אינו חולק שלא לדעת חבירו גם המלך והשר שבא לשנות את הדין אין שומעין לו דלא אמרינן בכה"ג דינא דמלכותא אלא גזילה דמלכותא וכו' עכ"ל יעש"ב והכא נמי כיון שבתחילה כשהיו באמציה היו שותפים והיו פורעין ביחד וגם אחרי כן כשבאו לטוקט והיו פורעים מס ביחד והיו שותפים א"כ מה יתן ומה יוסיף מאמר המלך כיון שהמס הוא קצוב עליהם ביחד:

והנראה ליישב דבריהם והוא בהקדים מ"ש מהר"ם בסי' קע"ז וז"ל ועי"ל דשאני הכא דלא היו פורעין משום דשותפין ממש היו אלא סיועי הוא דקא מסייעי בהדייהו בלא מצית המלך כי המלך פטר את האסטרגוני לגמרי אלא מעצמם היו מסייעים קצת וכו' עכ"ל יע"ש והכא נמי באנשי טוקט אי משום שות' הראשונה כשהיו באמציה אתה בא לחייבם הרי כבר אמרינן דכשיצאו מאמציה נתבטלה השות' וכמ"ש מהר"ם בההיא דסי' קפ"ג וז"ל אע"ג דמסתמא נשתתפו אזלינן בתר אומדן דעתא דמוכח דאמרינן עד ההיא שמא נשתתפו ותו לא וכו' עכ"ל והרי התם דנשארו במקומם כבתחילה אפי"ה אמרינן דאזלינן בתר אומדן דעתא כ"ש היכא שיצאו מן העיר דלא איתדר להו באותה העיר דודאי אומדן דעתא הוא דלא נשתתפו ע"ד שיהיו עבדים לעולם ואי משום שותפות

השניה דנשתתפו יחד כשהיו בטוקט והיו פורעים מס ביחד נמי לא איריא כיון שמעצמם נשתתפו מבלי מצות המלך כההיא עובדא דאיסטרוגני אלא על דרך החמלה לא מיקרי שותפות ודוק. ועוד אני אומר לרווחא דמילתא דאפי' במקומות שתופסים דגל הקי"ל והיו אנשי העיר הראשונה מוחזקים אינם יכולים לומר קי"ל דהרב המבי"ט כבר כתבנו שחזר בו כמ"ש משם הרב גבעות עולם ואפי' לס' מהרח"ש וסיעת מרחמוהי חייבו את היוצאים אין למדין מהם שהוא בעצמו כתב בתחי' תשו' הרמתה שאין רצונו בזה לו' יקוב הדין את ההר נמצא שכל מ"ש הוא והרבנים לאו לענין דינא קאמר אלא לצורך שעה שהיא עיר שאלוניקי עיר ואם בישראל עיר של חכמים ושל סופרים ועוד נדון של מהרח"ש שאני מס הבגדים דאנשי עיר שאלוניקי קיבלו אותו עליהם וע"ז בעבור כמה מסים קשים שהיו עליהם וכמ"ש הוא עצמו בסי' ס"ה שמצאו בטופסא דמלכא כתוב כן בפי' וכמו שמעיד ע"ז בנו בספרו תורת משה יע"ש:

ומצאתי לה' פרח מט"א בח"א סי' קכ"ג שכ' היפך ממ"ש בסי' ר"ן וכל דבריו אינם מוכרחי' דמה שדחה הראיה שהבאנו לעיל משם מהר"ם שכ' בפי' אבל אם יצאו מן העיר קודם שתבעו המס אעפ"י שהמס קצוב בזמנו פטור וכו' מצד המנהג קאמר ולא מדינא הא ליתא דאדרבא מדכתב בס"ד וכן עמא דבר וכו' משמע דתחילה מצד הדין קאמר ולא מצד המנהג גם מה שהביא ראיה מדברי המרדכי וז"ל נקטינן מהכא דאפי' לגבי המלך או השר דאיכא למימר דינא דמלכותא דינא אין בידי להקל מזה ולהכביד ע"ז כ"ש בנ"ד שהוא מס קצוב עליהם בכל שנה שאין ביד היוצא ממקום שהוא שם ללילך למקום אחר וכו' עכ"ל ולעד"ן דלאו ראיה היא דשאני התם כיון שהם יושבים ביחד כמאז ומקדם ומן הדין הוא לפרוע מה שמוטל עליהם בשוה כיון שמקפחים את פרנסתם וכמ"ש התה"ד סי' שמ"א בודאי אין השר יכול לשנות את הדין ולשנות השות' שהיתה ביניהם מקודם אבל היוצא לעיר אחרת שאין עוד מקפח פרנסת חבירו ונפרד מחבירו אה"נ דיכול להפריד השות' ולחלוק שלא מדעת חבירו וכמ"ש משם תשו' מהר"מ שהביא המרדכי דאמרינן אומדן דעתא דאדעתא דהכי לא נשתתפו להיות עבדים לעולם:

ומ"ש עוד נוסף על זה דיש ראיה ממ"ש התה"ד על ד' אנשים וכו' אמינא כד ניים שכיב אמרה להאי מילתא דמדברי התה"ד מוכח להיפך וכמ"ש כל הפוסקים והרב מהרח"ש שהוא מכת המחייבין את היוצאים דחק עצמו בדוחקים הרבה לישב את דבריו כדי שלא יהא סותר לדבריו יע"ש. גם מ"ש ואפי' אם המצא ימצא באותם המפר' איה פוסק דס"ל דמהני גזירת השר אפילו במס קצוב וכו' היינו משום דאמרינן דד"ד וכו' אבל שילך איש מעצמו מהעיר יראה ודאי דאינו רשאי ע"כ וכבר כתבנו שהסברא היא להיפך ופשוט

הוא ויש ראיה לזה מדברי מוהר"ם שכ' בפ' הגוזל בתרא דלגבי עלילה אינם שותפים והיוצאין פטורים ולגבי פיטור השר אפי' קודם פשרה לא מהני פיטור השר ואע"ג דלכל מסים דלא קציבי לדברי מוהר"ם עלילה נינהו ואפ"ה לא מהני פיטור השר מעצמו ואפי' קודם פשרה ללישנא בתרא דמהר"ם ועוד דסתמא קאמר משמע אפי' בעלילה:

גם מה שהביא ראיה מדברי מהרי"ט בסי' ח"ן כ' וז"ל אלא שהדבר בנ"ד אמרו שהוא דבר קצוב מימי עילם בכ"כ פרחים עליהם אין להוסיף ומהם אין לגרוע לפיכך חובם תלוי על הכל והקהל יתנהגו כמנהגם עכ"ל נראה לי דכונת מהרימ"ט היא להיפך והוא דבתחי' רצה לחייבם מטעם שהם כתובים בפנקס וחייבים מטעם שכ' הרמב"ם ז"ל בפ"ח מה' חובל אין לך נתפס על חבירו וכו' חוץ מן הנתפס על חבירו מפני המס הקצוב וכו' וזה שרמז הרב בלשונו והם פורעים בשבילו ונתפסים עליו ואין הטעם מפני שהם שות' ואין שיתף חולק שלא מדעת חבירו ולא שייך טעם נתפס אלא בדבר הקצוב ע"כ איש ואיש כמ"ש מהראנ"ח בסי' צ"ו בכונת הרמב"ם וע"ז אמר אלא שבנ"ד אמרו שהוא קצוב מימי עולם בכ"כ פרחים עליהם אין להוסיף ומהם אין לגרוע וכמ"ש מרן בתשו' סי' ר"ה שכת' למעלה וא"כ לא בשביל זה האיש הם נתפסים לפיכך חובם הוא תלוי על הכל ואזדא לה טענת נתפס והקהל יתנהגו כמנהגם דעפ"י כורת הדין אין חיוב על היוצאים. ודבר זה הוא מוכרח בפי' דברי מהרי"ט ז"ל דאלת"ה סתיר דידיה אדידיה דלעיל כת' אין על היוצאים שום חייב וכו' בין שהיה הדבר קצוב עליהם בין שכתובים בפנקס וכו' ואעפ"י שבסי' נ"ד הק' הרב ז"ל קושיא זו על מהרי"ט הנכון הוא כמ"ש:

וכ"ת עדיין תיקשי לן מדברי מהרי"ט בסי' התשו' שכ' וז"ל כ"ש שבנ"ד שמתחי' היה הדבר קצוב שא"א לו להוסיף ולא לגרוע ומאותה שעה שקבעו להם אותה קצבה נתחייבו כולם בה ע"כ וזה סותר למ"ש ומוכרחים לו' לדעתו דאעפ"י שמטעם נתפס ליכא כיון שאינה קצובה ע"כ איש ואיש מ"מ חייבים מטעם שותפים כיון שכולם נתחייבו בה כשהיו בעיר ואין שותף חולק שלא לדעת חבירו וכס' מהרח"ש ז"ל וסיעתו ואעפ"י שאינם נקובים בשמות לז"א דלא היא דדברים אלו חוזרים ע"מ שאמ"ל שכן מנהג המלכיות וכו' וא"כ הוי כאילו התנו האבות זה לזה ואפי' במסים שלא היו קצובים בשעה שיצאו וע"ז וכ"ש בנ"ד שקודם שיצאו היה עליהם דבר קצוב וכיון שכן מנהג המלכיות והוי כאילו התנו האבות זל"ז דפשיטא דחייבים היוצאים אבל בלאו האי טעמא שכן מנהג המלכיות פשי' דפטורים היוצאים דמטעם נתפס ליכא כיון דאינו דבר קצוב ע"כ איש ואיש גם כיון שנעתק למלכות אחרת פקע שיעבודיה ואם לקח גזלנותא הוא וכמ"ש הוא עצמו לעיל וגם לטענתא דשותפים יש לפוטרו מהאי טעמא כיון דגזלנותא הוא

שותף חולק שלא לדעת וכו' וכמ"ש מהר"ם בעלילה ומטעם שותפים ליכא דכיון דעדיין לא נכנסה השנה ולא נתחייבו שותף חולק שלא לדעת וכו':

ובר מן דין מדברי מהרי"ט בסי' הנז' יש להוכיח דס"ל דאפי' במס הקצוב כל שלא נכנסה השנה היוצא פטור שאחר שהביא מחלוקת ר"י ור"ת כת' ונראה בעיני דהא דר"ת לא פליגא אדינא דהרמב"ן ז"ל ור"י וכו' שהני רבוותא מפרשים מילתיה במילי דהוא דינא דמלכותא לא שהועילה בריחתן אלא שר' לא רצה לכופן ור"ת מפרש דמן הדין לא היה יכיל לכופם דלאו במידי דהוא דינא דמ' וכו' אלא השר עשה ולאו דינא הוא אלא גזלניתא הוא ולכך אותם שברחו פטורים ואפי' הי תובעים חלקם מהנשארים דאין לך נתפס וכו' אכן בד"ד שהוא משפט חרוץ לכ"ע חל שיעבודיה על כולם ודינו לגבות מן הנשארים דמלכא לא טרח וכו' וכיון שמשתעבד על חבירו חוזר וגובה מממונו בכ"מ שהוא ולדברי הכל היכא שעדיין לא הוטלו המסים כשיצא מן העיר אין לחייבו במה שעלה אח"כ וכו' אבל יש לברר אם זה שיצא מעירו וכו' והיה בפנקס בני העיר וכו' ה"ז מתחייב עמהם ופורע מנתו וכו' וכונתו מבוארת דבדבר שהוא דינא דמלכותא בין לר"ת בין לר"י היוצאים חייבים ומ"מ בנ"ד ליכא לחיובי מהאי טעמא היכא שעדיין לא הוטלו דהיינו שיצא קודם תחי' השנה לכ"ע פטור והכא בנ"ד עקר דירתי זה עשר שנים וא"כ אפי' בדבר שהוא ד"ד כגון כרגא וכו' אפ"ה פטור כיון שיצא קודם שהוטלו אבל עכ"פ עדיין יש למצוא לו מקום חיוב והוא שאם כתוב בפנקס דאע"ג דאין לחייבי מטעם שהם שותפים כיון שעדיין לא הוטל המס מ"מ יש לחייבו מטעם נתפס כיון שהוא כתיב בפנקס המלך והם פורעים בשבילו ונתפסים עליו דאלת"ה אלא דס"ל למהרי"ט דבמס הקצוב אפי' שיצא קודם תחי' השנה חייב היוצא וא"כ ל"ל לאהדורי מטעם שהם כתובים בפנקס הי"ל לחייבו מטעם שכתבנו דבנ"ד לכ"ע חל שיעובדייהו על כולם ודינו לגבות מן הנשארים וכיון שמשתעבד על חבירו חוזר וגובה ממנו אלא ודאי כדכתיבנא וכת' הוא עצמו דהיינו היכא שעדיין לא הוטלו (בין דהיו כתובים בפנקס דשייך טעמא דנתפס מ"מ הואיל ויש אנשים או קטנים שיכולים להשלים הפנקס א"כ אזדא לה טעמא דנתפס ואח"כ חזר וכתב אלא שהדבר בנ"ד אמרו שהוא דבר קצוב מימי עולם בלא פרחים וכו' לפיכך חיובם תלוי על הכל וכו') דהיינו שעדיין לא נכנסה השנה יצאו לכ"ע פטורים אפי' במס קצוב דבמס שאינו קצוב אעפ"י שהוטל לכ"ע פטור דלאו דינא דמלכותא הוא אלא ודאי כדכת' אח"ז רצה לפטור אותו האיש אעפ"י שכתוב שמו בפנקס מטעם שיש בעיר אנשים שבאו וכו' או קטנים שגדלו וכת' בין שהיה הדבר קצוב עליהם דהיינו שאינו כתוב שמו בפנקס המלך דפשי' דפטור דלא שייך ביה טעמא דנתפס וגם לא מטעם שותפים דמלאי לא

טרח כיון שעדיין לא הוטלו ובין שהיו כתובים בפנקס דשייך טעמא דנהכם מ"מ כיון שיש אנשים או קטנים שיכולין להשלים הפנקס אזדא לה טעמא דנתפס אח"ז חזר וכת' אלא שהדבר בנ"ד אמרו שהוא דבר קצוב מימי עילם בכ"כ פרחים וכו' לפיכך חיובם תלוי על הכל וכו' וליכא טעמא דנתפס ולכ"ע פטור עוד חזר ואמר והיה אפשר לומר עוד שראובן נעתק למלכות אחרת וא"כ אפי' שהיה כתוב בפנקס פטור מטעם נתפס דפקע שעבודיה מיניה ואם לקח גזלנותא הוי ולאו דינא ומזלייהו גרם אח"כ אמרו לו שכן מנהג המלכיות הללו שיש שלום ביניהם וא"כ אף שיש בעיר כדי להשלים הקטנים אפ"ה חייב היוצא דלאו מטעם נתפס דוקא הוא דחייב אלא מטעם שעבוד ואדרבא אם ילך לעיר אחרת באותו מלכות פקע שעבודיה אבל למלכות אחרת לא פקע שעבודיה וע"ז כתב וכ"ש בנ"ד שמתחילה היה דבר קצוב וכו' ומאותה שעה שהוקבע עליהם נתחייבו כולם בה וכיון שכן מנהג המלכיות וכו' לא פקע שעבודיה אם הלך למלכות אחרת אבל ההולכים לעיר אחרת באותו מלכות פקע שעבודייהו ומדברים אלו שכתב ודוקא אם הלכו לעיר אחרת מעירות שלו אינו מפסיד לפי ששם יפרע ונוסף פרעונם על פרעון המס ההוא וכו' עכ"ל נראה ג"כ דס"ל דאפי' מס הקצוב כגון הכרגא וכו' כל שהלך לעיר אחרת קודם שהוטל המס דהיינו קודם שנכנסה תחי' השנה פטור ודוק:

וכ"ת דעדיין יש לחלק ולומר דכל מש"ל דבמס הקצוב כל שלא נכנסה תחי' השנה היוצאי' מן העיר פטורים זהו דוקא במס שהוא קצוב משנים קדמוניות דהיוצאים לא הוסיפו במס זה אבל אם מס זה הקצוב נתהוה בזמן שהיו אלו היוצאים בעיר והיו הם מפורעי המס דודאי הם מרבים עין המושל ובעבורם נקצב המס יותר שכן דרך השרים שנותנים עיניהם בבעלי ממון ומטילין עליהם מס וכ"ש אם חקרו השרים אחר כל אחד ואחד מן העיר ולפי ערך כל אחד ואחד הנמצאים באותו זמן הטילו עליהם מס קצוב על כללותם דודאי לכאורה נראה דהיוצאים חייבים כיון שבסבתם ובעבורם נתרבה קצב של המס ואינו בדין שהם יצאו מן העיר והנשארים ימקו כיון שהם היו גרמא בנזקין לרבוי קצב המס אשר נקצב על העיר. לזה אומר דאעפ"י שהמס מתחילה נקצב על מספר בעלי בתים כיון דהשתא מיהא בין אם יתרבו בין אם יתמעטו לא משגיחין בזה אלא תובעים מהם מס הקצוב בשנה הראשונה היוצאים פטורים דדעת המושל כשקצב המס על מי שימצא באותה שנה שעת הגבייה רבים או מעטים עשירים או עניים. וכ"כ מרן ז"ל סי' ר"ה בתחי' התשובה וז"ל שאם היו מועטים ונתרבו לא יוסיף על סך הקצוב וכן אם היו רבים ונתמעטו לא יפחות מסך הקצוב וא"כ אותם שעקרו דירתם מאמציא פטורים משמע דהא בהא תליא כיון שאין מקפידים ע"ז היוצאים פטורים:

והטעם דאם היו מרבים אם נתרבו וממעטין אם יתמעטו א"כ כיון שלא מיעטו בשבילם הוי כאילו נתפסים בעדם כיון שהוא מוטל על מספר הבתים והוי כההיא דכ' הרמב"ם אין לך מי שנתפס על חבירו וכו' אבל כיון שאינו משגיח על מספר הבתים אעפ"י שהיא קצוב כיון שיצאו קודם שהוטל המס דהיינו שנכנסה השנה פטורים דפקע שיעבודייהו ואעפ"י שמתחילה הוקבע עפ"י מספר הבתים או מספר הנפשות כיון שאח"כ השר אינו משגיח על מספר הבתים או הנפשות שבין אם יתרבו או ימעטו גובה מהם סך זה אין לחייב את היוצאים משום נתפס דלא שייך טעם נתפס אלא במס הקבוע ע"כ איש ואיש בפ"ע וכמ"ש מהראנ"ח ח"ב סי' צ"ו ומכ"ש היכא שניתחי' דבשעה שהוקבע המס לא הוקבע לפי מסם הגולגולת או לפי מספר הבתים אלא עפ"י ערך ממון שישבו אנשים והעריכו אנשי כל שכונה ושכונה בפ"ע וכללו אנשי השכונה יחד ותבעו מהם סך מה שעלה עליהם ביחד בין אם יתרבו או ימעטו דודאי בזה ליכא לחיובינהו מטעם נתפס דמ"ל אם ישאל מהם סך קצוב לפי אומד דעתו והם יערים אותו הסך עליהם ומ"ל אם מעריך אותם עפ"י אנשים ושואל מהם אותו הסך שנערכו בין אם יתרבי או יתמעטו ואח"כ הם מה שירצו יעשו בעריכתו דבשניהם יחד לא שייך לו' חייבים מטעם נתפס כיון שאין שואל מכל א' מס קצוב אלא בין יתרבו או יתמעטו שואל מהם סך זה

גם הרב תה"ד סי' שמ"א כ' וז"ל ודאי מנהג השרים כך היא כשיש להם עירות שנותנים להם בצירוף מס קצוב לכל שנה אם לעתיד יענו או יעשירו יתרבו או יתמעטו אין משנים המס הקצוב שלהם משום שא"א שלא נשתנו הציבור בממון וגם בנפשות וכו' אבל דרכם כן הוא שאם מרגישים שנתעשרו הציבור מרבים להטיל מסים שאינם קצובים ואם להיפך פוחתים להם וכו' עכ"ל. וכיון שכן הוא דרכם אין כונתם במס שלוקחים בעבור היוצאים וכמ"ש מרן ז"ל בסי' ר"ד וא"כ היוצאים פטורים וכ"ת אכתי ליחייבו מטעם שהם גרמו הוספת הסך הנקצב בתחי' כבר כ' הרשב"א בח"ג סי' תכ"ו וז"ל שאם בגרמתם ובחמתם הפסידו ממון זה הרי אמרו גרמא בנזיקין פטור וכו' עכ"ל אם לא שאני לן בין אם היו היוצאים בשנה הא' כשנקצב המס על בני העיר ונתרבה המס בשבילן או לא היו אלא המס הוא קצוב עליהם משנים קדמוניות ודוק ולקמן בע"ה בפן הששי יתרחב הדיבור בזה ביותר:

ואם יאמר האומר אכתי יש לבע"ד לחלק ולומר דעד כאן לא פטירי היוצאים מן העיר קודם שנכנסה השנה במס הקצוב אלא דוקא במס שהוא קבוע וקצוב מימי עולם דכל חיוב היוצאים כשהיו בעיר מחמת שהיו משועבדים עם בני העיר והיו שותפים וכיון שיצאו קודם שנכנסה השנה ועדין לא הוטל מם זה פקע שיעבודייהו מהדדי דעדין לא

נעשו שותפים במס זה אבל אם כבר נכנסה השנה כבר נשתעבדו להדדי דמלכא לא טרח ואם פרע האחד בעד חבירו נתחייב חבירו לפרוע לו אבל אם מס הקצוב נתהווה מחדש בזמן שהיו אלו היוצאים בעיר מכלל אנשים פורעי המם ונתרבה עין המושל בעבורם ומחמת כל א' וא' נתרבה ונקצב המם יותר וכ"ש אם בתחי' כשקצבו השרים המס זה על בני העיר חקרו ודרשו אחר כל אחד ואחד מבני העיר והעריכו אותו לפי ראות עיניהם ולפי אותו ערך שעלה על כל או"א מבני העיר קצבו עליהם מם קצוב בכל שנה שיפרעו אותי בני העיר בכללות מידי שנה בשנה וכ"ש ג"כ אם בתחי' כשקצבו השרים המם על בני העיר הטילו אותו על מספר אקרקפתא דגברי שראו כמה אנשים בעיר והטילו עליהם לפי חשבון מניינם סך ידוע דהיינו ד"מ לכל נפש עשרה גרוש ולפי מספר נפשותם הטילו עליהם סך קצוב שיפרעו אותו בכללות והם יעריכו איתו ביניהם על אנשים פורעי המס כל א' לפי ערכו לפי עושרו כאשר יוכלון שאת דודאי אינו בדין שיהיו יוצאים אנשים מן העיר שהיו הם שעת הטלת המס ונתרבה המס בשבילם ויהיו פטורים והנשארים בעיר ילקו בכפליים וימקו בעוונם לזה אומר כיון דלכל אפייא משנה שניה ואילך אין תובעין מכל א' סך קצוב בפני עצמו אלא תובעין מכללותם ביחד המס הקצוב והם יחלקו אותו ביניהם לפי ערך ממונם ובין אם יתרבו או ימעטו תובעים מהם אותו סך של שנה א' וכמו שהוא כן מנהג השרים כמ"ש התה"ד סי' שמ"א וז"ל דודאי מנהג השרים כך הוא כשיש להם עיירות שנותנים להם מם בצירוף מס קצוב בכל שנה אם לעתיד יענו אי יעשירו יתרבו או ימעטו ובשביל כך אין משנים מס הקציב שלהם משום דא"א שלא ישתנה הציבור בממון וגם בנפשות וכו' עכ"ל יעש"ב:

וכיון שכן הוא האנשים האלו שיצאו קודם שהתחי' השנה ליכנס והוטל המס דא"א לחייבם משום דהנשארים נתפכו בעבורם והנתפס בעד חבירו במס חייב חבירו לשלם לו דטעם זה לא שייך אלא דוקא במס הקצוב על כל איש ואיש וכמ"ש הרמב"ם בפ"ח מה' חובל ופסקו מרן בסי' קכ"ח וז"ל אין לך מי שנתפס על חבירו ויהיה חבירו חייב לשלם לו חוץ מן הנתפס מפני המס הקצוב ע"כ איש ואיש בכל שנה וכו' ה"ז חייב לשלם לו והוא שיקחו ממנו בפירוש בגלל פלוני בפני עדים ע"כ וכיון שכן בנ"ד לא שייך האי טעמא לחיובי כיון שקצבת המס תובעים אותו מכולם יחד ולעולם לא ישתנה בין אם יתרבו או יתמעטו וכ"ש דאם היוצאים הלכו למלכות אחרת דודאי ליכא לחיובינהו מטעמא דנתפס כיון דיצאו למלכות אחרת קודם שנכנסה השנה פקע שיעבודייהו דמלכא מינייהו מדינא דמלכותא שלא לקחת ממנו כלום והו"ל כמאן דליתא ואפי' אם יפרעו בני העיר עליו לא מתחייב ליתן כלום שלא כדין הם גוזלין מהם ואם לקח מהם

גזלנותא הוי ומזלייהו גרם וכ"כ מהרי"ט בח"ב סי' ז"ן ואעפ"י שכ' הרב המגיד בפ"ח דחובל וז"ל ואפשר לו' כיון שהם חוקי המלך וזה פרעם חייב לשלם אפי' לקחם המלך מזה שלא כדין וכו' עכ"ל דהיינו לומר דמחבירו לקחם בעבורו שלא כדין אבל חבירו היה בדין חייב בהם וכמ"ש בתחי' לשונו כיון דהם חוקי המלך אבל אם גם חבירו אינו חייב בהם מן הדין כגון שהלך למלכות אחרת עד שלא התחילה השנה פשיטא ופשיטא דהוי גזלנותא ומזלו גרם וזה מוסכם ופשוט מכל הפוס' ועיין למהראנ"ח סי' צ"ו וא"כ מטעם נתפס עבור המס ליכא לחיוביה ומטעם שותפים נמי ליכא לחיובינהו לפי דעת הסוברים דס"ל דכל שלא נכנסה השנה ולא הוטל המס עדיין לא חל השיעבוד ולא נעשו שותפים ומשתעבדי זע"ז עד שהיו היוצאים מתחייבים אם פרעו הנשארים עבורם וכ"כ מרן ז"ל ב אבקת רוכל סי' ר"ד הבאתי לשונו לעיל וז"ל מפני שהמס הזה אינו קצוב ומוטל על מספר הבעלי בתים אלא על כללות העיר שאם היו מועטים ונתרבו לא יוסיפו על הסך הקצוב וכן אם היו מרובים ונתמעטו לא יפחתו מהסך ההיא וא"כ אותם שעקרו דירתם מאמציא פטורים מלישא עמהם בעול המס ההוא וכו' וכ' דליחייבו מטעם שהיו הם גרמא בנזיקין לתוספת המס גרמא בנזיקין פטור וכ"כ הרשב"א ז"ל בח"ג סי' תכ"ו וז"ל שאם בחמתם ובגרמתם הפסידו ממון זה הרי אמרו גרמא בנזיקין פטור וכו' עכ"ל יעש"ב והגם שבתחי' לשונו כתב וז"ל מפני שהמם הזה אינו מוטל על מספר בעלי הבתים אין הכונה לו' שעיקר הטלתו לא היתה על מספר בעלי בתים דלא היא אלא הכונה דעכשיו אינו מוטל על מספר בעלי הבתים וכמו שסיים בלשונו שאם היו מועטים וכו' לא יוסיפו על סך הקצוב אלמא דכונתו היא על אחר ההטלה דאינם גורעין ומוסיפין בשביל ריבוי ומיעוט וזה פשוט וברור:

ואפשר עוד לומר דאפי' היה המס בעיר שיצאו ממנה מוטל על הבעלי בתים וגורעין ומוסיפין בשביל ריבוי ומיעוטם אם המס הזה אינו נוהג בכל מדינות מלכותו כמו מס הכרגא וכמו מס הן' פרחים של קהל אמציא שהם בעבור הרב חאגי שהוא מס קבוע בכל מדינות המלך וכמ"ש מהרשד"ם סי' שס"ג אלא מס זה היה מוטל על מספר בעלי בתים באיזה עיירות נוהג ובעיירות אחרים אינו נוהג וזה עיקר דירתו מאותה עיר שמס זה נוהג בה לעיר אחרת שמסים אחרים נוהגים בה ולקחו באותה העיר שיצא הימנה בעבורו באותו מס שהוא מוטל על מספר הבעלי בתים אפ"ה פטור הוא מלשלם להם דכיון שיצא מאותה העיר מפטר מאותו מם המוטל על בני העיר שיצא ממנה ואינו חייב מן הדין לפרוע אותו מם והו"ל גזלנותא דמלכא ולא דינא ומזלו של הנתפס גרם לו וזהו שדייק הרמב"ם ז"ל בפ"ח מהלכות חובל בלשונו וכת' אין לך נתפס על חבירו ויהיה

חבירו חייב לשלם לו חוץ מן הנתפס מפני מס הקצוב ע"כ איש ואיש בכל שנה וכו' דמשמע דוקא במס שהוא קצוב ע"כ איש ואיש בכל שנה שא' לא נעדר מלפרוע מם זה וזה חייב בו מדלא וכ' חוץ מן הנתפס על חבירו מפני מס הקצוב עליו וכ"ן מדכ' עוד או הנתפס על חבירו על התשורה שנותן כל איש ואיש למלך בעוברו עליהם. דמשמע דוקא שנתפס עליו בעבור התשורה שנותן כל איש ואיש למלך בעוברו עליהם דהיינו שעבר עליהם המלך ונתחייב אותו האיש באותה תשורה ונתפס זה בעבורו וזהו שדייק בדבריו שנותן כל איש וכו' בעוברו עליהם ואם יצא מן העיר קודם שיעבור המלך עליהם אעפ"י שאנשי אותה העיר פרעו בשבילו פטור כיון דלא היה בעוברו עליהם:

סימן ג

כתב הטור באו"ח סי' רס"ד וז"ל אם כרך דבר שמדליקין בו ע"ג דבר שאין מדליקין בו אם כיוין להדליק אסור. להקפות שרי. ופירש"י שלא כרכו סביבו אלא נתן דבר הפסול תחת הפתילה שתהא צפה שלא תטבע בשמן. ורב אלפס פי' אפי' כרכו סביבו שרי וכו' ומטעם זה מותר לתת גמי בפתילה כדי שתהא זקופה וכ"כ הרמב"ם ז"ל עכ"ל ומפשט דבריו נראה דרש"י והרי"ף ז"ל לא פליגי בפי' להקפות דהיינו שלא תטבע הפתילה אלא שניהם שוים בפי' זה אלא שהחילוק שיש ביניהם היא דלרש"י בעינן שיהא כונתו להקפות ומעשיו יהיו מוכיחין ג"כ שיתן אותה למטה במקום שאינו ראוי להדליק ולהרי"ף בכונתו לחוד סגייא שיהא עיקר כונתו להקפות ואפי' שיתן את הפסול במקום שדולקת הפתילה ל"ל בה רק שלא יהיה כונתו להדליק וכ"כ ג"כ הרא"ש ז"ל בפ' ב"מ יע"ש:

ולכאורה צ"ע דהא בהרי"ף שלנו גרסינן להקפות מותר פי' להקפות להעבות ראש הפתילה ולהרבות אורה אלמא אע"ג דכיוין די להרבות האור ע"י פתילה הפסולה שרי וזה לדעת הטור קרוי להדליק ואסור וכמ"ש הרמב"ם בפ"א ה"ו וז"ל הכירך וכו' אם לעבות הפתילה כדי להוסיף אורה אסור וכו' ע"כ וכן ג"כ ק' קושיא זו על אביו הרא"ש ז"ל בפסקיו שפי' כן בדברי הרי"ף ז"ל ולהטור לחודיה י"ל דנוסחא אחרת הי"ל בדברי הרי"ף ז"ל וכנוסחת ה"ה ז"ל שכתב וז"ל הכירך וכו' ופי' רבינו להדליק להעבות הפתילה כדי להוסיף אורה וכ"כ בה' זה הלשין וכו' עכ"ל אבל לדברי הרא"ש ז"ל לא שייך לומר כן דהביא דברי הרי"ף אלהקפות יע"ש. והטור על פי' בדברי הרי"ף כתב וכ"כ א"א הרא"ש ז"ל. גם ק"ל בדברי הטור ז"ל שכתב על דברי הרי"ף ז"ל ומטעם זה מותר לתת גמי בפתילה כדי שתהא זקיפה דהיינו הא דלהקפות שכ' הרי"ף לדעת ה"ה והטור ז"ל ומה בא ללמדנו. ועוד ק' שהר"ן ז"ל באותה שמעתא כתב על דברי הרי"ף ז"ל וז"ל וכ' הרשב"א שתימא הוא על מה סמכו בדורות הללו לכרוך צמר גפן ע"ג גמי ולהדליק וכו'

עכ"ל ולפי דברי העור ז"ל ה"ה בדברי הרי"ף מאי קא מתמה הרשב"א ז"ל הם הם דברי הרי"ף ז"ל שמותר שאין כונתו להדליק אלא להקשות ומרן ז"ל בפי' הביא שתי נוסחאות בהרי"ף ז"ל נוסחא שלפנינו ונוסחת ה"ה ז"ל ולא פי' לנו בדברי הטור מה היא שלפניו בדברי נוסחא שהרי"ף ז"ל נוסחא של ה"ה א"א שהיתה לפניו יען שכ' וכן פי' א"א הרא"ש ונוסחת הרא"ש כנוסחי דידן וכמ"ש דלא כנוסחת ה"ה ואם נימא דס"ל להב"י דנוסחת הטור כנוסחא שלפנינו א"כ מאי ק"ל דקאמר ולפ"ז צ"ל דלהדליק היינו להדליק בדבר הפסול בפ"ע דהטור אינו מפרש כן בדברי הרי"ף ז"ל דאפי' סמכו] להדליק בשניהם אית ליה דאסיר כדכתב וז"ל אבל כשאין מתכוין רק להעבות ליכא למגזר משו' דאפי' מתכוין להדליק בשניהם אסור. ואם דעתו לומר דהרא"ש והטור ז"ל נוסחא אחרת הי"ל בהרי"ף ז"ל כה"ג הו"ל לאודועי. ואם נימא דנוסחא שלפנינו שכ' הרי"ף להרבות אירה קא ק"ל דא"כ מאי להדליק והיכרח לפ' כן לפי דברי הרי"ף תירוצי ז"ל אינו מובן כלל לא בפשט הלשין ולא למעיין בסוגייא לא בפשע הלשון דקאמר כרך דבר שמדליקין בו ע"ג דבר שאין מדליקין בי להדליק וכו' היאך אפשר לו' דלהדליק דבר האסור לחודיה הוא דאסור דהא שניהם כרוכים יחד ועוד דלהדליק בדבר האסור לחודיה פשי' דאסור ועוד אם להקפות הוא להדליק משניהם ואפ"ה מותר א"כ עדיין הקו' מהברייתא במקומה עומדת על רבא שהשיב לו לאביי דאם הדליק משניהם ביחד אסור ומהברייתא משמע דשרי. באופן שדברי מרן ז"ל לא זכינו להבינם וכל דבריו צ"ע רב יבזה הלשון:

באופן דדברי הרי"ף ז"ל לפי נוסחא שלפנינו לא ראיתי לשום א' מהמפרשים ראשונים וגם אחרונים שישבו דבריו ואם נאמר שהוא ט"ס והנוסחא האמיתית כדברי ה"ה ז"ל וכמ"ש מהר"ם אלשיך ז"ל בסי' ק"ז והנוסחא שלפנינו מוטעת היא מזויפת היא דבר זה לא ניתן ליאמר דהרי נוסחא זו הביאה הערוך בערך קו"ף אות באית מלה במלה יע"ש. ובכלבו דל"ח ובאו"ח דס"ב. ואיך אפשר שכל גדולי עולם הללו עבר עליהם טעות זו. אח"ז מצאתי להרב המאירי ז"ל בחי' למס' שבת שכתב וז"ל כרך וכו' אסור ומ"מ דוקא בשכונתו להדליק על דבר שאינו ראוי אבל אם לא נתכוון אלא להעברת ראש הפתילה להפליג באורה וזהו שקראו כאן להקפות מותר וכיצד אתה מכיר דבר זה אם נתנו ע"פ כילו להדליק הוא ואם לא נתנו אלא בראשו אינו אלא להקפות וכו' עכ"ל. ולכאורה דבריו סתומים ואינם מובנים וה' האיר עין שכלי בפי' כונתו והוא שאם נתנו בראש הפתילה אפי' שנתן שם דבר שאינו דולק כלל מ"מ הפתילה בעצמה שהיא כשרה להדלקה ע"י דבר זה היא מפלגת באירה ע"י שמתעבית ונעשית נפוחה ודולקת הרבה אף שאינו דולק דבר שבתוכה וא"כ אם נתן בה דבר הפסול להדלקה אין כונתו להדליק בו אלא

לעשות נפח בכשרה אבל כשנותן דבר הפסול על פני כילה בודאי שכינתו להדליק בה עם הפתילה וכשישרף הכשר נשאר הפסול דולק בפ"ע ופסול. ותמה אני מה"ה והרא"ש ז"ל והטור ושאר המחברים שלא הרגישו במילת ראש הפתילה שכ' הרי"ף והשוו דברי הרי"ף לדברי הרמב"ם ז"ל שכתב אם לעבות הפתילה וכו' והרי"ף כ' ראש הפתילה ולא הרגישו החילוק שיש ביניהם ועל הבנה זו בדברי הרי"ף ז"ל תמה הרשב"א ז"ל שהביאו הר"ן על מנהג העולם שנותנים דבר הפסול לאורך הפתילה שזה לדעת הרי"ף פסולה היא וא"כ איכו השתא אע"ג דלדברי הרי"ף ז"ל צריך שיהיו מעשיו מורים על כונתו דלא כדברי הטור שכ' ומטעם זה מותר לתת צמר בפתילה כדי שתהא זקופה דליתא וכדכתיבנא:

שם סי' רס"ו וז"ל מי שהחשיך לו בדרך בע"ש ועמי כיס וכו' אבל אם מצא מציאה אינו יכול ליתנה לנכרי וכו' אא"כ באה לידו מבע"י דהשתא הוי ככיסו וכו' עכ"ל וכת' הרב"י וז"ל כתב הרמב"ם בפ"ך וז"ל לא היתה עמו לא בהמה לא נכרי וכו' מהלך בה פחות מד"א ואפי' מציאה הבאה לידו וכו' אבל קודם שבאה לידו אם יכול להחשיך עליו מחשיך ואם לאו מוליכה פחות פחות מד"א וכו' עכ"ל וכ' ה"ה שחלקו עליו כל המפר' ואמרו שכשם שאסור לתתה לגוי כך אסור להוליכה וכו' עכ"ל יעש"ב והנראה לישב פי' הסוגייא לדעת הרמב"ם ז"ל והוא דס"ל דמציאה שלא באה עדיין לידו ליכא למימר בה שיתן אותה לגוי דודאי לוקחה לעצמו כיון שעדין לא באה ליד הישראל דאפי' ישראל עם ישראל אם לקחה לעצמו ואמר אני זכיתי בה זכה בה וכדתנן בפ"ק דמציעא ד"י היה רכוב וכו' נטלה ואמר אני זכיתי בה וכו' ע"כ וראיה ברורה ע"ז הוא מדאמרינן בפ"ב דע"ז ד"ע וז"ל האמר רבא אמ"ל איסור גיורא כי הוינן בארמיותן אמרינן יהודאי לא מנטרי שבתא דאי מנטרי שבתא כמה כיסי קא משתכחי בשוקא דלא ידענא דס"ל כר"י דאר"י המוצא כיס בשבת מוליכה פחות פחות מד"א עכ"ל. הרי להדייא דמציאה מותר להוליכה פחות פחות מד"א היא בעצמו וא"כ לפ"ז מוכרחים אנו לו' דסוגיא דפ' מי שהחשיך ה"פ אמר רבא דוקא כיסו גזרו רבנן שיתן אותו לנכרי ולא יוליכו הוא בעצמו פחות פחות מד"א אבל מציאה לא גזרו בה רבנן שיתן אותה לנכרי ואוקמוה אדינא שהיתה בתחילה דמתני' דקתני נותן כיסו לנכרי ולא יוליכנו היא בעצמו פחות פחות מד"א והיא מגזירת י"ח דברים שגזרו עליהם וכדאמרינן בפ"ק דשבת די"ז וז"ל ואידך אר"ח בר אמי משמיה דעולא אף מי שהחשיך לו בדרך נותן כיסו לנכרי בו ביום גזרו ופירש"י ולא יטלטלנו פחות פחות מד"א וע"ז קאמר הש"ס פשיטא כיסו תנן משמע דוקא בכיסו הוא דגזרו רבנן ועז"א ולא אמרן אלא דלא אתאי לידיה וכו' כיון דלא אתא

לידיה עדין ליכא למימר בה שיתן אותה לנכרי ואוקמוה אדינא שהיתה בתחילה אבל אתאי לידיה ככיסיה דמי וגזרו בה איכא דאמרי וכו' היינו לומר דמציאה שלא באה לידו פשי' דאוקמיה אדינא שהיתה בתחילה דודאי אי לא שרית ליה להוליכה פחות פחות מד"א מוליכה הוא בעצמו דאם יחשיך עליה עד לערב יבואו ויטלוה אבל הבאה לידו כבר מי אמרינן ככיסיה דמי ושרי ליתן אותה לנכרי או דילמא כיון דלא טרח בה אפי' לא שרינן ליה ליתן אותה לנכרי אלא שיחשיך עליה עד לערב ויוליכה לא אתי לאתויי ד"א בר"ה כיון דלא טרח בה לאו ככיסיה דמי תיקו. זהו מה שנ"ל ליישב הסוגיא דפ' מי שהחשיך לדעת הרמב"ם ז"ל ודבר ה' בפיהו אמת אפי' שהוא עצמו בתשו' שהשיב לח' לוניל לא השיב להם כן מ"מ כן הוא האמת הברור בדעתי כשכ' חיבורו ודוק כי הוא כפתור ופרח:

סי' רע"ז נר שמונח אחרי הדלת וכו' עיקרא דהאי מילתא בשבת דק"ך תנא נר שאחורי הדלת פותח ונועל כדרכו ואם כבתה כבתה לייט עלה רב וכו' ע"כ. סוגיא זו רבו בה הפירושים וכולם מקשה. עיין לשם בתו' בד"ה פותח ונועל כדרכו וז"ל אעפ"י שעי"כ מתנדנד הנר ומתרחק השמן מן השלהבת או מתקרב והוי מכבה או מבעיר אבל אין לפ' משום כיבוי דרוח דאחורי הדלת ליכא רוח ועוד דא"כ הול"ל פותח אדם דלת כנגד הנר כדקאמר בסמוך וכו' ועוד דתינח פותח אבל נועל מאי איסורא איכא אלא כדפרי' וכו' ע"כ. ולדידי ק"ל קו' אחריתי דאי משום כיבוי דרוח דמילת כדרכו מאי אתא לאשמועינן ולפי' שפי' הם ג"כ ק"ט דהו"ל להש"ס לומר ג"כ ואם הבעירה הבעירה ולמה נקט כבתה לחוד כיון דתרוויהו איתנהו. ועוד בלישנא דאם כבתה משמע לגמרי והרא"ש ז"ל הביא פי' ג' משם ר"ח וז"ל ור"ח פי' שהנר קבוע בכותל שאחורי הדלת וכשפותח הדלת נוקש בכותל ואיכא למיחש שמא יכבה הנר ולפי' זה של ר"ח נמי קשה דהתינח נועל פותח מא"ל. ועו"ק לפי"ז כיון שהנר קבוע בכותל שאחורי הדלת בודאי דרכו היא אפי' בחול לפתוח הדלת בנחת כדי שלא ינקש בכותל ויפול הנר ויכבה וא"כ אם פותח כדרכו בחול ליכא חששא כלל ואמאי לייט עלה רב וקא חשיב לה פסיק רישיה. ועו"ק עפ"י כיבוי דרוח שדחו אותו התוס' דאמאי לא הוק' להש"ס כדמקשה לקמן במאי עסקינן אילימא ברוח מצויה מ"ט דמאן דאסר. והרמב"ם בפ"ה מה"ש הי"ז כתב וז"ל נר שאחורי הדלת אסור לפתוח הדלת ולנעול כדרכו מפני שהוא מכבהו אלא יזהר בשעה שפותח ובשעה שנועל עכ"ל וכך הם דברי הרי"ף ז"ל וא"א לישבם עפ"י א' מג' פירושים שכתבנו. עכנ"מ:

מה שנסתפקת כיון שהאיש הזה יש בו ריח תו' אין לנדותו בפרהסייא ואולי אף בצניעה:

הנה מרן ז"ל ביו"ד סי' של"ד סמ"ב כת' וז"ל חכם זקן בחכמה וכו' אין מנדין אותו בפרהסייא וכו' וכן כל ת"ח שנתחייב נידוי אסור לב"ד לקפוץ ולנדותו במהרה וכו' ואי סנו שומעניה וכו' משמתינן ליה ע"כ והנה מזה נראה בפי' שכל ת"ח שנתחייב נידוי אין לקפוץ ולנדותו במהרה אבל אחר המיתון בדינו מנדין אותו ואפי' בפרהסייא ודוקא באב"ד וחכם זקן בחכמה אין מנדין אותו בפרהסייא אבל שאר ת"ח מנדין אפי' בפרהסייא אחר המיתון ודברי מרן הם מועתקים מלשון הרמב"ם ז"ל וכן פירשם הב"י דההיא דר"ל דאמר ת"ח שסרח אין מנדין אותו בפרהסיא הוא דוקא בח' מופלג ואב"ד אבל שאר ת"ח לא אלא שאין לקפוץ ולנדותו וכן פי' הכ"מ ז"ל. ואעפ"י שמלשון הטור נראה דכל ת"ח אין מנדין אותו בפהרסיא שכ' וז"ל ת"ח שסרח אין מנדין אותו בפרהסיא וכו' אנן בתריה דמרן ז"ל גרירן דס"ל כדעת הרמב"ם ז"ל כמש"ל:

וראיתי להרב שער אפרים סי' ס"ד דכ"ט ע"ב הגה מבן המחבר ז"ל שכתב וז"ל. עוד איכא למידק בדברי הרמב"ם שכ' כל ת"ח שנתחייב נידוי אסור וכו' ואינו אומר כל ת"ח שחייב נידוי אין קופצים לנדותו וכו' ונלע"ד אפשר שנפקותא לדינא אם קפץ ונידהו שיכול המנודה לו' אדרבה וכו' שדבריו צל"ת גדול כיון שדברי הרמב"ם מוכחים להדייא שמנדין אותו אלא האיסור הוא דוקא במהרה וכמ"ש הרב"י בדעת הרמב"ם וז"ל וההיא דמר זוטרא בח' שאינו מופלג בחכמה דההוא מנדין אותו אלא שאין לקפוץ ולנדותו מהרה כדאשכחן במר זוטרא וכו' ולא כתב הרמב"ם שינדה עצמו תחילה כי ההיא מידת חסידות וכו' ע"כ וכיון שסו"ס בר נידוי הוא ומנדין אותו מן הדין איך אפ"ל שיכול לו' אדרבה ועוד תמוה לי על דבריו ז"ל כיון דהרמב"ם ז"ל נקיט בדבריו ואסור לב"ד לקפוץ וכו' שאין ב"ד פחות מג' א"כ אם נידוהו הב"ד שהם שלשה או יותר יכול הוא לחזור ולנדותם ועוד תמיה לי טובא בדבריו דלמעלה מזה פי' הוא עצמו בדעת הרמב"ם ז"ל שלא אסר הרמב"ם אלא דוקא לב"ד שכ' וז"ל אכן נלע"ד דוקא לב"ד הוא דאסור אבל רב יחידי מותר לקפוץ ולנדות וכו' דלפ"ז יציבא בארעא וגיורא בשמי שמיא דיחידי שנידה אותו אין עליו איסור ואין יכול לו' לו אדרבה ושלשה שנידו אותו עשו איסור ויכול לומר אדרבה ודבריו דלעיל בפי' דברי הרמב"ם ז"ל צל"ת שכ' וז"ל אלא כונתו הוא לב"ד הוא דאסור וכו' וכל מעשה ב"ד יש להם קול וכו' אבל רב יחידי מותר וכו' דדברי הרמב"ם אינן סובלים פי' זה כלל דלפי דבריו הול"ל אסור לנדותו בב"ד דמשמע מינה דאין איסורם בשביל הב"ד אלא האיסור לנדותו מהרה אבל אח"כ מנדין אותו אף שהם ב"ד. גם מ"ש אח"ז ופי' זה יש לו הוכחה וכו' ולפ"ד הרמב"ם ק' שהרי אסור לנדות ואיך שבק מר זוטרא לחסידותיה וכו' ולפמ"ש לא ק"מ ולא סיימו קמיה לשון הרמב"ם שכ'

לנדות במהרה דמשמע מינה דאח"כ מנדין וכמ"ש הב"י ז"ל וא"כ ליכא הוכחה מעובדא דמר זוטרא דאחר המיתון היה מנדהו וצ"ע:

נמצינו למדין דת"ח שסרח אין מנדין אותו בפרהסייא וזהו דוקא בשאר עבירות אבל בעובדא דל"ד דסנו שומעניה וש"ש מתחלל ע"י אפי' לדעת הטור מנדין אותו בפרהסייא ואפי' אם הוא אב"ד או מופלג בחכמה והילך לשון הטור שכ' וז"ל ת"ח שסרח אין מנדין בפרהסייא וכו' ואי סנו שומעניה וכו' וש"ש מתחלל ע"י עד שאומרי' שרי ליה מאריה לפלוני משמתינן ליה ע"כ והוא מעובדא דהש"ס דההוא צורבא וכו' וכ"כ הרב"י והרב"ח ז"ל בפי' דברי הטור ז"ל וז"ל הב"ח ומ"ש ואי סנו שומעניה וכו' כך פי' הרא"ש אעובדא דצורבא מרבנן דהוו סנו שומעניה דשמתיה רב יהודה בפרהסייא כדמוכח התם דלא תיקשי אהך דר"ל דת"ח שסרח אין מנדין בפרהסייא דסנו שומעניה חמיר טפי וכו' דה"ל כמעשה ירבעם בן נבט וחביריו וכן פסק הרמב"ם ריש פ"ז מה' ת"ת עכ"ל הרי מוכח להדיא מדבריו דסנו שומעניה אפי' אם יהיה אב"ד ומופלג בחכמה מנדין אותו בפרהסייא דהו"ל כמעשה דירבעם ן' נבט שחטא והחטיא את הרבים דכיון דש"ש מתחלל ע"י בפרהסיא למדין שאר העם ממעשיו הרעים ואומרים התירו פרושים את הדבר ודלא כדברי הכנה"ג הגה"ט אות פ"ו והא דלא כתבה הרמב"ם מפני שהיא בכלל מעשה דירבעם ן' נבט וחביריו וכמ"ש הרב"ח כנז':

וכ"כ הר"ן ז"ל בפ' א"מ וז"ל ההוא צורבא מרבנן דהוו סנו שומעניה שהיו אומרים עליו שלא היה מתנהג כשורה צריכי ליה רבנן ללמוד הימינו מכאן נר' מבואר דשמתא חמירא מנידוי דאילו מנודה שונה ושונין לו וא"ת ינדוהו י"ל דעל עבירה כזאת לאו בר נידוי הוא שיש לו זמן ל"י אלא בר שמתא הוא שהוא עד יום מותו שאז ודאי שב מחטאו קא מתחיל חילול ה' הוא לישא עליו פנים בדבר זה יש לנו לחוש לכבוד שמים שלא ילמדו אחרים ממנו עכ"ל גם מדבריו אלו נר' דבסנו שומעניה לא די לו בנידוי אלא צריך שמתא עד יום מותו שאז ודאי שב מחטאו. וכן מוכח מדברי רש"י ביומא דע"ו דמי שיש בידו ח"ה חוטא ומחטיא אחרים שכ' וז"ל חילול ה' חוטא ומחטיא אחרים באוזני אמר ה' צבאות אמר הנביא באוזני אמר הקב"ה אם יכופר העון עד תמותון למדנו שיש עבירה שאין לה כפרה אלא במיתה. ולא יהיבנא דמי לאלתר וכשהוא מאחר לפרוע הוא או' שאני גזלן ולמד ממני להיות מזלזל בגזל ע"כ יעו"ש בסוגייא באורך השייכא לענייננו:

יצא לנו מדברי רש"י כדברי הר"ן דמאן דסנו שומעניה חוטא ומחטיא ואין לו כפרה עד יום מותו כמ"ש בבני עלי אם יכופר וכו' ומינה הח' דסנו שומעניה כיון שחוטא ומחטיא כירבעם בן נבט אפי' אם יהיה אב"ד ומופלג בחכמה מנדין בפרהסייא וכמ"ש

הרמב"ם ז"ל בפ"ז מה' ת"ת יעו"ש גם הטור הביא משם אביו הרא"ש ז"ל בחו"מ סי' תכ"א דאם ת"ה סנו שומעניה יותר גרוע הוא מעם הארץ והיא בסוף כלל ט"ו וז"ל הרא"ש וכן ת"ח וכו' אבל ת"ח שאין עוסקין בתו' תדיר לפי כוחם ולא דיין לעשות במלאכתם כדי למצוא פרנסתם אלא שהם יגעים להעשיר ומבטלין התורה כדי לקבץ ממון הרבה הרי אלו חייבים בכל חיובי הצבור ובתשו' שאח"ז כתב וז"ל ובלבד דלא סנו שומעניה שאם אין מעשיו מתוקנים יותר גרוע הוא מע"ה וכו' עכ"ל:

וכתב הרב משפטי שמואל סי' קי"ט וז"ל ואין לחלק ולומר דנהי דכבר פשע בכמה עונות וחטאות מ"מ אחרי שיש לו ריח תורה אין לדונו בדיני נידוי דהא קאמר ר"ל וכו' אלא ה"פ שאם לא ניסרהו ונגדה אותו בפעם הזאת יש חילול ה' בדבר שאנו נושאים פנים לתורה דרבנן משלחי גלימא דאינשי נינהו ואין לך חילול ה' גדול מזה ואדרבא איפכא מסתברא וחילוף הן הדברים שכשחוטא אדם שיש לו ידיעה אז ראוי לגדור יותר ולהגדיל עונשו דלא לימרו קא מחנפי רבנן אהדדי כדקאמר ר' יאודה התם וכו' וחילוק זה לפי דעתי אין בו ספק וברור הוא כשמש דאין לומר שאין מנדין אותו מפני שהוא צורבא מרבנן אחרי שחילל ה' ותדע דכן הוא דהרי ר"ל קאמר אין מנדין אותו בפרהסייא ומביא ראיה מפסוק כסהו כלילה ואם חטא בפרהסייא מה כיסוי מועיל וכו' וסו"ס נתבאר שבמקום שיש ח"ה אין חולקים כבוד לרב ולא לתלמיד ואין לנו גדול כעקביא וכו' ע"כ עוד כת' וז"ל וכל הקופץ לנדותו ה"ז משובח כי קינא קנאת ה' צבאות וכדפי' לה הרי"ף ז"ל להא דבמערבא ממנו אנגידא ולא ממנו אשמתא פי' ז"ל בפ' מקום שנהגו דנמנין היו להלקותו בהסכמת כולם אבל לא היו נמנים על השמתא דבא על דבר חמור דבמקום שיש ח"ה אין חולקים כבוד לרב עכ"ל יעוש"ב:

ולכאורה ק' ממ"ש הרי"ף סוף פ' הקורא את המגילה וז"ל מאן דסנו שומעניה שריה לבזויי בנ' וש' וכו' וכתב עלה הר"ן וכ"ז באיניש דעלמא אבל בת"ח כסהו כלילה ע"כ וזה סותר מש"ל דמאן דסנו שומעניה מותר לבזויה בת"ח עצמו אבל אחר העיון נר' דע"כ ל"ק הר"ן ז"ל דת"ח כסהו אלא לענין נדון דידיה לבזויי בנ' וש' לבזות יולדיו דלת"ח אין מבזין יולדיו אבל לבזותו עצמו מותר ומצוה איכא כנ"ל. והנה בנ"ד שמוכח בשאלה הגם שהיה עד א' שהעיד על הח' שראהו שבא על הערוה אם יש להתחייב נידוי עפ"י עד א' ונראה דפשיטא דבכגון דא מנדין עפ"י עד א' והוא ממ"ש מהריק"א ופסקו מורם ז"ל בהג"ה וא"צ עדות וראיה ברורה אלא אומד הדעת שהנתבע טוען בריא ואז אפי' אשה אפי' קטן אם הדעת נותן שאמת הדבר ע"כ. הרי דעפ"י העד מנדין אם יש אומד הדעת וא"צ שני עדים כשרים:

אכן כשנדקדק שבנ"ד אין הנדון דומה לראיה דשאני התם שהתובע טוען בריא אבל בנ"ד שלא יש שום תובע אלא עדות ע"א והבע"ד מכחישו ואומר ששקר ענה אפ"ל דע"א אינו נאמן. ואחר העיון נר' דבנ"ד אפי' ע"א מהני ומנדין איתי דשאני נדון מהריק"ו דאותו האיש היה מוחזק בכשרות ואז צריך ב' עדים כשרים לא כן נ"ד שאינו מוחזק בכשרות ושמועותיו רעות יש לנדותו עפ"י ע"א ואפי' עפ"י אשה אם הדעת נותן שאמת הדבר וכמש"ל וראיה לזה דהא מור"ם כתב דין זה משם מהריק"ו ז"ל דא"צ ראיה ברורה וכו' על דין שכ' מרן על כ"ד דברים שמנדים עליהם וא' מהם ששמועתו רעה ואם איתא דלסברת מהריק"ו אין מנדין עפ"י עד א' עד שיהיו ב' עדים כשרים מאי מייתי מור"ם ראיה דא"צ לזה ב' כשרים אדרבה מל' מהריק"ו ז"ל נראה דעפ"י ע"א אין מנדין אלא ודאי דהחילוק כמ"ש דדוקא במי שמעשיו סתומים צריך שני עדים אבל מי ששמועתו רעה מנדין אפי' באומד וכ"ש בע"א. וכן סיים הרב שם וכ' וז"ל ואשר כתבת דקלא דלא פסיק הוא דמרגלא בפי כ"ע דהכי נעשה המעשה ומלקין על לא טובה השמועה וכו' יתכנו דבריך אם הוחזק הקול אצלינו ומשמועה באה אלינו אבל אם לא הוחזק לנו כ"א עפ"י העדות ההוא ועל פיך שכתבת דלא פסיק הוא עכ"ל. הרי נר' בהדיא דהתם שהקול היה מהעד עצמו לכך אין מנדין עפ"י ע"א לא כן בנ"ד דשמועותיו רעות מקודם שיבא העד ויעיד בודאי הגמור דמנדין אותו אפי' בלא ע"א וכ"ש כשיש ע"א:

וחילוק זה ג"כ מוכרח מעצמו והוא ממ"ש מור"ם בחו"מ סי' כ"ח ס"א וז"ל ועד א' לא יעיד אלא בדבר ממון שמביא האדם לידי שבועה או בדבר איסור לאפרושי מאיסורא אבל אם כבר נעשה האיסור לא יעיד דאינו אלא כמוציא ש"ר וכו' ע"כ ולכאורה ק' ממ"ש הוא עצמו ביו"ד סי' של"ד על ח' ששמועתו רעה דא"צ לזה עדות וראיה ברורה וכו' ע"כ והרי העד המעיד הוי כמוציא ש"ר והיאך נאמינהו להעד אלא בודאי דחילוק הניכר הוא ואין כאן שום קו' דבח' ששמועתו רעה דבלאו עדות העד מתחייב נידוי אפי' אם יהיה העד יחידי מותר להעיד כיון דאין לחייבו בהעדאת העד לבד אלא עפ"י הצטרפות השמועות רעות ודוק. ואל תשיבני ממ"ש מהרשד"ם בתשו' ביו"ד סי' דאם היה העד יחידי אינו יכול להעיד לבדו דהחילוק מבואר דשם בנדון שלו שכתוב בשאלה על אדם שהיה מוחזק שרות בפני כל אדם וע"ז אמרינן דאסור להעיד עליו בע"א להוציאו מחזקתו. ברם נ"ד דראובן זה מוחזק בעושי רשעה בודאי דאפילו על פי עד אחד מנדין אותו ולא חיישינן ליה ולתורתו וכאמור. וכ"כ הרב בית דוד חו"מ סי' ו' דמלקין על לא טובה השמועה בקול שהרבים מסכימים עליו יעש"ב.

וכ"כ הריב"ש סי' רכ"א הביאו הרב ב"ד שם דאפי' לאותו שאין בו עדים רק ראיות חזקות ואמתלאות אמיתיות וכו' יע"ש וכ"כ בסי' רס"ה וז"ל אם הוא מוחזק בעיניכם וחשוד על העריות ראוי לגעור בו בנזיפה וכו' וכמ"ש מלקין על לא טובה השמועה עכ"ל גם מצאתי לרש"י ז"ל בס' הפרדס דנ"ה ע"ב וז"ל וששאלתם מי שנחשד בעבירה ויצא עליו קול בכל המדינה ועד א' מעיד בו והוא כפר וכו' אבל משום החשד המצוי מלקין אותו י"ג שהיא מכת מרדות יע"ש. באופן שלענין נ"ד יצא לנו לענין דינא דהגם שהוא ת"ח וע"א מעידו מנדין אותו שאין חילוק לענין דינא בין ת"ח לשאר אדם אלא לענין שאין ראוי לקפוץ ולנדותו במהרה אבל לענין חיובא שניהם שוים בדבר שהקול יוצא קודם העדאת העד וכמש"ל ולית דין צריך בושש זהו מה שנלע"ד:

הצעיר **שאול עזרא דוויך הכהן** ס"ט

סימן ד

שאלה מעשה שהיה כך היה בעיר אנטוכיא יע"א היה להם ת"ח אחד שוחט ומנהיג את הק"ק בכל הנהגות הצריכות לישוב העיר וגם מלמד את בניהם דברי רז"ל וכתבו לו שטר חיוב עליהם שלא ימרו את פיו בשום דבר שעפ"י יחנו ועל פיו יסעו וכו' והשטר היה לזמן וע"י סיבה שנתקוטט עם א' בחור והתריס כנגדו והח' חבשו בבית האסורים כדי ליסרו וכל העם ישמעו ויראו וכשראו קצת מהמון העם שיש להם שנאה קדומה עם הח' הנז' מצא ב"ח וכו' אז ניצבו כמו נד שאין רצונם עוד בשירותו ונתוועדו יחד י"ב אנשים וכתבו הסכמה וזה נוסחה מהודעין אנחנו אלה פה צעירי הצאן קהל עדת אנטוכיא שאיך הסכמנו בהסכמה חמורה בכל תוקף וחוזק בצירוף קובה"ו ואסרנו על עצמינו שלא לאכול משחיטתו בגזרת נח"ש ובכל אלות הברית ונשבענו כולנו החו"מ בשבו"ה בפה מלא ובביטוי שפתיים ע"ד המב"ה וע"ד כהנ"ב ועל דעת רבים וכל א' ע"ד חבירו שאין לו הפרה והתרה עולמית והאיש אשר יעשה בזדון לעבור על ההסכמה הזאת הרי הוא עובר על שבועת האלקי'ים ונח"ש כרוך על עקבו וחטאו ישא האיש ההוא וכו' והאיש הירא את דבר ה' עליו תב"ט ע"כ נוסח ההסכמה וחתמו בה תיכף ומיד י"ב אנשים ואח"כ החזירוה ע"י שליח בשווקים וברחובות ויש מהם שחתמו מחמת פחד יען שהשונאים לח' הם תקיפי אנטוכיא וגביריה ויש מהם שלא חתמו ויש מהם שמיחו בדבר שאפי' שיגיע להם נזק לא יחתמו בשום אופן כי איך ישלמו רעה תחת טיבה שכמעט רוב אנשי העיר למדו תורה אצל הח' הנז' הם ובניהם אבל עכ"פ מה שחתמו בהסכמה בין מה שחתמו מחמת שנאה בין שחתמו מחמת פחד בין שחתמו מחמת בושה היו רוב העיר אבל לא היו במעמד א' לבד כ"א י"ב אנשים ואחר עבור זמן

מה נתחרטו רוב החותמים בהסכמה ורצונם להתיר ההסכמה יען שראו שהמיעוט שלא חתמו קיבלו לח' הנז' עליהם ומלמד לבניהם תורה ככל הצורך יען שיש לו אימה יתירה וכת השונאים נשארו בניהם בטלים מת"ת. וע"י האיסור שאסרו על עצמם שחיטת הח' הוכרחו להביא שוחט אחר ומרוב המחלוקת שביניהם נחלקו לשתי כתות וגם בתפי' ביום שב"ק נחלקה כל כת לעצמה ונתרבה המחלוקת מזה ורצונם לחזיר כבראשונה שהיו באחדות אחד ואם ישארו איזה שונאים יהיו בטלים במיעוטם ועוד בה שהכריזו עליהם ב"ד שבאר"ץ יע"א שלא לשחוט ולבדוק כ"א אם לא שיהיו שנים א' שוחט וא' בודק כאשר נהגו פה אר"ץ יע"א משנים רבים ואם ישארו לשתי כיתות צריכים לכל כת שוחט ובודק ואין יכולת בידם ליתן שכירות שני שוחטים ושני בודקים שצריך לזה בכל שבוע לפחות שלוש מאות גרוש לכן שואין התרה על הסכמתם ושבועתם ושלחו כתב לאר"ץ יע"א וחתומים בו רוב הק"ק שחזרו בהם וגם אומרי' שמעולם לא הוציאו שבועה מפיהם אלא דוקא קראו ההסכמה וחתמו ויש מהם שקרי חדא ופארי תלת ויחתום באופן שלא יש שום א' מהם שהוציא שבועה מפיו כלל ועיקר ועתה לשאול הגיעו אם יש היתר להסכמתם הנז' שהיא נעשית כשבו"ח ע"ד רבים וע"ד המב"ה שלא יהיה להם התרה יורינו המורה ושכמ"ה:

תשובה הנה בתחילה רציתי לדון להאי די להתיר שבועה זו מטעם דהוי לדבר מצוה שאין לך דבר מצוה גדולה מזו מהשבתת המחלוקת ועוד בה מטעם שצריכים עוד להיות להם שני שוחטים ושני בודקים לכל כת מהם שו"ב כנז"ל בשאלה וזה דבר דלא אפשר להו והשכל ישכיל שא"א להם ליתן הוצאה רבה כזו בכל שבוע והדבר ברור דלא יש לך מצוה כזו. ובמקום דאיכא דבר מצוה יכולים להתיר אפי' בנודר עד"ר. ואח"כ משכתי את ידי להתיר מטעם זה שיתכן מי שרוצה להתעקש אומר שאין זה לדבר מצוה ולזה לא נכנסתי בטעם זה כי למה לי ליכנס במקום צר אם יש דרך רחבה וסלולה

והוא שראיתי להרא"ם ז"ל ח"א סי' ע"ב שאחר דשקיל וטרי בדברי הפוס' כתב וז"ל ועוד אפי' אם היה שמעון מגזים והיה זה השטר כשאר שערות דעלמא אכתי א"ל מאחר שהשטרות של המדינה הזאת קצתן וכמעט רובן אינם נעשים בפועל מה שהם כתובים בשטר שנשבע או שקבל גזירת נח"ש אלא שחותם בו הוא והעדים וחושבים שדי בזה כאילו עשו בפועל כל הכתוב בו וקצתם עושים בפועל מ"ש בו וכיון שיש מהם ויש מהם אין שום ראיה מעתה מחתי' שום שטר אם נעשה בפועל מ"ש בו או לא נעשה בפועל וכיון שכן יכול החותם לטעון חתמתי אבל לא קיימתי וכו' עכ"ל וא"כ בנ"ד נמי יוכלו החתומים בהסכמה לו' חתמנו אבל לא נשבענו ובמכ"ש משאר שערות שהרי בהסכמה

דרך הוא מתחי' לסדר הדברים בכתיבה ואח"כ מביאים הקהל לחתום על מה שכתוב בשטר ההסכמה משא"כ בשאר שטרות דמקודם עושים ומקנים מה שירצו להקנות ואח"כ כותבים שטר ואפ"ה קאמר הרב ז"ל שיש כותבים שבועה ואין נשבעים בפועל וכ"כ הרב מהריב"ל ז"ל ח"א סי' מ"א וז"ל מילתא דפשיטא ואינה צריכה לפנים דמשום שחתם ראובן באיתי שטר ההודאה מנזירות אין בחתימתו כלום שהרי לא הוציא שום נזירות בפיו ולא עוד אלא אפי' כתב בכת"י הריני מקבל נזירות שמשון וכו' וחתם שמו ע"ז אין בכתיבתו וחתימתו ממש וכו' ועל מה ששאל השואל אם אותם החתומים בשטר ההודאה מנזירות אם נאמנים על אלו לומר שהוציאו הנזירות בפיהם או דילמא נוגעים בעדות הוו לכאו' יראה לע"ד דודאי הוו נוגעים בעדות וכמו שנראה מתשו' הרשב"א ז"ל בתשו' שאלה כשהסכימו ב' או ג' על ענין א' ונשבעו איש אל אחיו נעשה כ"א כאילו עושה טובה לחבירו ואין מתירין אלא מדעת כולם וכו' ע"כ וכיון דכן הוא דחשיב טובת הנאה מה שא' מתקשר עם חבירו במה שעושים נח"ר זל"ז להיות לאגודה א' ע"ז הענין שהם חפצים א"כ כשא' יוצא מן הכלל ואו' שלא נשבע עמהם והאחרים מעידין עליו פשיטא דהוו נוגעים בעדות וכו' וכ"ש בענין כזה שקיבלו עליהם נז"ש וכו' שאם פ' הח' יכנס להרביץ תו' בקהל או לראש ישיבה שהם לא יתפללו באותו הקהל וכו' ופשיטא דהוו נוגעים בעדות:

ובר מן דין כפי מה שנזכר בשאלה אלו העדים שניהם כא' היו שונאים מלפנים את הח' מרביץ תורה ביניהם ובפומבי ובפרהסייא נתקוטטו עמו וכו' ומזה היו נוגעים בעדות במה שמעידים על ראובן וקרוביו שקיבלו עליהם מ"ש שהם יודעים נאמנה שאלו הם גדולי וחשובי הק"ק ואם אלו לא יביאו להתפלל בקהל שעכ"פ יגרשו את הח' הנז' והם רוצים למלאת רצון יצרם להנקם מהח' הנז' וכמ"ש הרב בעל תה"ד וכו' ובודאי שאין לאדם דבר יותר קשה מלקבל עליו לאדון ולדיין ולמנהיג לאדם שהוא שונאי או שאין לו חפץ בו וכו' עכ"ל הרי זכינו לדין מתורתו של מהריב"ל ז"ל שנאמן אדם על עצמי לי' שלא נשבע במבטא אפי' חתם בחת"י וגם שאין הכת שכנגדו נאמנים להכחישו דהוו נוגעים בעדותם וכדכתב הרב מהריב"ל ז"ל וא"כ בנ"ד אפי' אם השונאים להח' אומרים שנשבעו בביטוי שפתים כמ"ש בנוסח ההסכמה אינם נאמנים על כת שכנגדם להכחישם. וגם הרב מהרש"ח ז"ל סי' י"א כ' וז"ל אם באנו לכתוב הדין בקיצור היה די להראות את יופי דברי הרבנים הקדושים אשר בארץ המה זלה"ה אשר הפליאו עצה הגדילו תושיה ועלתה הסכמתם להתיר כאשר ראינו בדברי הרב הרא"ם ז"ל סי' ע"ב ואחריו קם כמוהו מורה להתיר הרב הגדול מהריב"ל ז"ל ח"א כלל ו' סי' מ"א ואע"ג שהרב מרן זקני מהרשד"ם

בתשו' דשייכי לטיו"ד סי' פ' כתב להחמיר מ"מ כבר כתב שם סי' קי"א וז"ל ועכ"ז רבו עלי חברי ועשו מעשה וגם מורי הנז' הסכים על ההיתר והתירו לאותם שאמרו שחתמו ולא הוציאו בפיהם כיון שנותנים אמתלא טובא כמו שנותן ראובן ע"כ גם בנ"ד נתנו אמתלא גדולה שלא חתמו אלא מחמת פחד גדול מהגביר הידוע ומעט אנשים אשר עמו שהם תקיפי ארעא והגביר הנז' ידוע הוא שמחרף ומגדף ומטעם זה חתמו מרוב פחדם שאיך אפשר לאסור עליהם שחיטתו והוא יש לו כמה שנים שהוא דר באנטוכיא לדבר ומנהיג וכמעט רוב הק"ק הם תלמידיו והוא עומד בפרץ לפניהם עם אוה"ע לא ינוח ולא ישקוט אם אחד יהיה נחבש בבית האסורים אם על דבר ממון או מחמת איזה עלילה עד שיוציאהו מבית האסורים כפי עדות רוב הק"ק ע"ז ואיך אפשר שיוציאו בפיהם שבועה עליו אלא דוקא כ"א חתם מבלתי הוציא מפיו שום דיבור ורובם אומרים שאינם יודעים מ"ש בה א"כ הדבר ברור דליכא שום חשש שבועה ואפי' החתימה אומרים בפה מלא שהיתה מחמת פחד כידוע ומפורסם:

והשתא דאתינן להכי שאומרים מחמת פחד חתמו ואנוסים הם בחתימתם א"כ אפי' נימא שהוציאו שבועה מפיהם אפ"ה פטורים הם מן השבועה וכדכתב מרן ז"ל בפי' משם הרשב"א ז"ל ולא עוד אלא אפי' לא הכרנו באונסו כלל אלא שהוא אומר עכשיו שהוא אנוס באותה שעה אונס גמור נאמן ומוחלין לו ולא שצריך להיתר ח' מן הדין דא"צ להכיר באונסו אלא במכר אבל לא בגיטא ומתנתא וכ"ש באיסורין שכ"א נאמן על עצמו שאל"כ לא נפתח לאדם אלא בפתחים שיש להם עדים ושאנו מכירין בהם שהוא כן כמו שהוא אומר וכו' אבל אם הוא אינו מודה מה שכתבו העדים שהם ידעו והכירו שמרצון נדר דברים בטלים כתבו דאין אדם יודע מה שבלבו של חבירו עכ"ל הרי שאפי' עדים אחרים שאינם נוגעים בעדות ובדבר אם העידו על החותמים שחתמו מרצון נפשם אין בעדותם ממש שאין אדם יודע מה שבלבו של חבירו א"כ מכ"ש אם העדים הם נוגעים בדבר שהם שונאים לח' כידוע וכל חפצם ורצונם לקיים השבועה וההסכמה שאינם נאמנים על כת שכנגדם ועוד נ"ל שאפי' נימא שנשבעו בביטוי שפתים על ההסכמה הנז' מבלי שום אונס כלל אפ"ה אין באותה שבועה ממש ואפי' התרה א"צ להם והטעם כפי מה שבא בשאלה שלא היו כל החתומים במעמד א' אלא מקצת מהם ומקצתם חזרו השלוחים עליהם והחתימום כל א' במקומו וא"כ אפי' דהוו רוב העיר חותמים אינה הסכמה וכדכתב הרב תורת חסד ז"ל סי' ל"א וז"ל עוד שאל השואל על ענין הסכמות בחומרו' נח"ש שעשו בני העיר וחתמו עליה טובי העיר אך לא היתה במעמד כולם כל א' איש איש בביתו הלך השמש עם הכתב וחתמו עליה ולא במעמד

כולם כ"א ב' או ג' אנשים אשר סידרו אותה וכו' ועתה טוענים שכיון שלא חתמו כולם במעמד א' שההסכמה בטלה. נראה גם בזה אני אומר שהדין עמהם כמבואר בתשו' הרב החסיד מהרלב"ח ז"ל דרע"ח שאם לא נמצאו כולם במעמד א' היה נראה לו' שאפי' נשאו ונתנו בדבר ביניהם על אותו דבר על ידי כתי' והסכימו כולם על אותו דבר שאין בזה ממש ו אע"ג שאח"כ כתב בדרצ"ח שאם נשאו ונתנו בדבר ע"י כתב והסכימו על דעת א' שהיא קיימת הנה בנד"ז שלא נשאו ונתנו בדבר לא בע"פ ולא בכתב הדבר ברור שאין בה ממש עכ"ל:

הרי שכתב להדייא שאם לא היו במעמד א' כולם לא הוי הסכמה כלל וא"כ בנ"ד שלא היו במעמד א' כל העיר אלא מעט מזער שהיו מקובצים ושאר הק"ק שהם הרוב מהם חתמו כל אחד במקומו ומהם לא חתמו כלל הדבר ברור שאין הסכמתם הסכמה והרי היא כחרס הנשבר. וגדולה מזאת ראיתי לתשו' הרשב"א ז"ל הביאה הב"י בסי' רכ"ח וז"ל ובתשו' אחרת ח"ג סי' ש"ד כ' בנדון שלפנינו אני או' כי מדעתי יש להתיר כדרך שנהגו להתיר נדרים ושבועות שנדרו ע"ד רבים לבד לפי שדעת רוב הקהילות הרחוקות שהוסיף ש"ץ בחרם לא היו מדעת הברורים והציבור לא קיבלו ושתקו אלא מתוך שגגה שחשבו שכך הסכימו הברורים ומקצת הברורים שהיו שם ושתקו שתיקתם זו לא מעלה ולא מוריד לפי שאפי' הסכימו בכך לא היה מועיל כלום שאין ההסכמה הולכת אלא אחר מה שהסכימו כולם לא מה שיסכימו מקצתם ואפי' היתה הולכת אחר הרוב אין הסכמת הרוב אלא כשהיתה במעמד כולם כענין דינין דעלמא עכ"ל הרי שאפי' היו הרוב כולם במעמד א' לא הוי רוב אלא עד שיהיה רוב מתוך כל אז הוי הסכמה וא"כ הגם דנימא בנ"ד שהיו במעמד א' כל מה שחתמו בהסכמה אפ"ה לא הוי הסכמה דרוב מתוך כל בעינן א"כ כ"ש הכא שאפי' מה שחתמו בהסכמה לא היו כולם במעמד א' א"כ הדבר ברור שההסכמה מעיקרא ליתא בטילה היא ומבוטלת ואפי' מהרשד"ם ז"ל ח"ד סי' קי"א כתב שאם ההסכמה ההיא היתה אפי' ברוב העיר אם לא הכריזו אותה בבכהנ"ס לפני הכל לא הויא הסכמה יע"ש:

וליכא למימר שאע"ג שהסכמה זו בטילה אפ"ה חייבים לקבלה מטעם שבועה כדקי"ל בדין בדבר שלב"ל ומידי דהוי אסמכתא דקי"ל דאינו נקנה בקנין ואפ"ה אם נשבע עליו חייב לקיים שבועתו דזה אינו שכבר עמדו על פרט זה הרבה מן הא' והקשו מזה על מאי דאמרינן בכמה מקומות קנין אין כאן שבועה אין כאן וא' מהם מהרי"ט ז"ל חיו"ד סי' כ"א שכתב וז"ל וכל זה אני אומר לפי הדרך שדרכתי זה כמה שנים בישוב שתי תשו' מהרשב"א והרא"ש ז"ל ושוב ראיתי לה' המו' כמהר"י ן' לב ז"ל בח"א מתשובותיו ס"ו

כלל י"ב שמחלק בין כשהפיטור ידוע לכשאינו ידוע שאעפ"י שכ' הרא"ש והריב"ש ז"ל דאע"ג דמן הדין לא מתחייב מטעם אסמכתא או דבר שלב"ל חייב לקיים מכח שבועתו התם משום שהם ברורים וידועים לכל דודאי כשמתחייב היינו לחייב עצמו מחמת השבועה אבל באותו נדון דדבר שא"ל קצבה אפש"ל שטעה בדין זה והשתא דאיגלאי מילתא גם השבועה היתה בטעות ולדבריו ז"ל בנ"ד שהדין נעלם יותר דאפי' צורבא מרבנן עביד דטעי בהכי וכו' וכיון שהופקעה ההקנאה הופקעה גם הנזירות עכ"ל וא"כ לפי דברי הרבנים ז"ל בנ"ד יוצא במכ"ש שהמון העם אינם יודעים בטיב ההסכמות כיצד קיומם הדבר ברור דלכ"ע הסכמה אין כאן שביעה אין כאן:

ועוד נ"ל שבנ"ד עדיפא מכולהו מנדון מהריב"ל ז"ל ודעימיה והוא דהכא השונאים לח' הנז' נתיעצו לעשות הסכמה שלא לאכול משחיטתו ב' שנים ומיראתם שמא לאחר זמן מה יתחרטו הרוב מן הקהל ויתירו ההסכמה כפי הדין שיכולים להתיר ההסכמה עפ"י הרוב אזי נתייעצו לעשותה בשבועה עד"ר ולבלתי היות לה התרה עולמית וכתבו נוסח ההסכמה להחתים בה לפי דעתם לכל הקהל וגם יתכן שיכריזו אותה בקהל ולעשותה בכל חיזוקי ההסכמות ואח"כ לא עלתה בידם להשלים ההסכמה הנז' ולהביא אותה לידי גמר אם מפני שיש מן הקהל שלא קיבלו בזה ואדרבא לאידך גיסא שנאספו ועשו לו הספקה הם לבדם לשחוט להם וללמד את בניהם תורה וקצבו לו שכר ע"ז ואם מפני שאף מה שחתמו בהסכמה הנז' כמה מהם שנתחרטו על מה שחתמו וא"כ לפי"ז כיון שעיקר השבועה היא להחזיק ההסכמה הנז' ולפי דעתם להשלים ולגמור ההסכמה כדין ההסכמות ואחר זה עשו תקנה שלא יוכלו להתחרט ולהתיר ההסכמה עפ"י הרוב כדינה והחזיקו אותה בשביעה עד"ר:

וא"כ כיון שלא באה ההסכמה לידי גמר מסיבות הנז"ל א"כ מהיכן השבועה יש לה מקום לחול כיון שהשבועה היא לקיים ולחזק ההסכמה וההסכמה גופה לא באה לידי גמר וחלילה לשום פוסק ראשון או אחרון שיאמר שיש לה לשבועה על מה לחול וא"כ הדבר ברור שאין שום חשש שבועה על א' מן הקהל לא על מה שחתמו ולא על מה שלא חתמו ואפי' התרה לפו"ד אינם צריכים ומכ"ש אם על צד היותר טוב התירו להם שהתרת התרה וליכלו וליחדו ולית דין צריך בושש הכ"ד הצעיר **שאול עזרא דויך הכהן** ס"ט

סימן ה

שאלה מי שנתחייב לחבירו שבועת התורה בב"ד בנקיטת חפץ וקפץ ואחז תפילין ונשבע בהם אם חייב לחזור ולישבע פעם שנית כדינו בס"ת או נימא כיון שכבר נשבע בנקיטת חפץ א"צ לחזור ולישבע פ"ב:

תשובה הנה מרן ז"ל בח"מ סי' פ"ז סט"ו פסק וז"ל חפץ זה צריך שיהא ס"ת וכו' ואם לא אחז בידו אלא תפילין א"צ לחזור ולהשביעו גם מורם ז"ל כתב וז"ל די"א דס"ת ל"ד אלא ה"ה שאר ספרים שיש בהם שמות וא"כ היה נראה לכאורה שאין מקום לשאלה זו כלל דזיל קרי בי רב הוא מיהו מה שנפל בזה בית הספק הוא כיון שקפץ הוא ונשבע מעצמו דאיכא למימר דאין דברי מרן ז"ל אמורים אלא כשהדיין הוא בעצמו נתן לו תפילין והשביעו בהם שכן הוא ל' הטור בסימן זה ס' כ"ד וז"ל ומיהו אם לא נתן בידו אלא תפילין והשביעו בהם א"צ להשביעו וכן הוא לשון הש"ס שממנו דין זה האי דיינא דאשבע בתפילין וכו' אבל אם הבע"ד בעצמו נטל תפילין ונשבע בהם אימא לך דלא מהנייא שבועתו והיא ממ"ש השה"ג בפ' שבועת הדיינים וז"ל נשבע לו חוץ לב"ד או שקפץ ונשבע בב"ד בין שקרן ונשבע הוא בין שקפץ והשביעו חבירו שלא עפ"י ב"ד לא נפטר בשבועה זו עד שישבע בפני ב"ד ועפ"י ב"ד כמבואר בקונטריס הראיות ע"כ ומסתמיות דבריו נשמע דאפי' נשבע באנקוטי חפצא בס"ת כדינו עכ"ז צריך לחזור ולהשבע וכן כ' בתשובת מהר"מ סי' תשי"ב וז"ל פסק ריב"א אדם התובע לחבירו בב"ד ונתחייב לו שבועה וקפץ ונשבע מעצמו אפי' בפני ב"ד או אם השביעוהו אחרים שאינם דיינים שאינו מועיל וצריך להשבע שנית ע"פ הדיינים אם שקבל עליו התובע ול"ד להא דאמר בפ' השולח וכו' ומודה רב בקופצת אלמא דלא ע"ד ב"ד נשבעה ופטרה י"ל התם לא היו צריכים להשביעה כלל אבל בדוכתא אחריתי במקום שאדם חייב שבועה וקפץ ונשבע צריך לישבע פ"ב עכ"ל וכן נמי נראה לכאו' מדברי המ"ך שהביא הב"י בסי' פ"ז מחודש כ"ח וז"ל מ"כ כשטוען שמעון שקפץ ונשבע קודם שנתחייב אילו היה חייב שבועה לא היה נפטר בכך שצריך להשבע לאחר מעשה ב"ד ע"כ וכ"כ ב"י ג"כ משם ר"י אחר שהביא המצאתי כתוב וז"ל וכ"כ רבי"א בשם ר"ת בהגוזל קמא שהמחו' שבועה שקפץ ונשבע יחזור וישבע ע"ד ב"ד ועיין בהר"ן ומרדכי פ' השולח גבי הא דאמר רב הונא מודה רב בקופצת ע"כ וכ' הכנה"ג בהגהות ב"י אות נ"ג וז"ל אמר המאסף נראה אפילו אם נשבע שבועה כשבועה זו שאנו מצריכים אותו עתה לישבע ואפי' שבשעה שנשבע שבועה הא' כבר עבר על שבועתו חוזר ונשבע והטעם משום שצריך לישבע אחר מעשה ב"ד כמו שנת' לעיל בסמוך ולפ"ז תשובת הרשב"א שהביא הב"י מחודש כ"ג חולק ע"ז דהתם לא חייבו הרשב"א אלא מפני שאין השבועות שוות ונמצאת שבשבועה הא' לא יצא דבר שקר מפיו משא"כ בשבועה ב' וכו' וכ"ש להרא"ש שחולק על הרשב"א אפילו בשעה שנשבע לא יצא דבר שקר מפיו ועי' בס' בנימין זאב סי' רע"ה ואולי יש חילוק בין קפץ ונשבע לנשבע מדעת ב"ד או מדעת חבירו ע"כ הרי דאפילו שנשבע שבועה שהוא

חייב בה הואיל וקפץ ונשבע לא מהנייא שבועתו וכדכתיבנא לעיל. איברא מצאתי להרב ד"מ סק"ז שכ' וז"ל ובמרדכי שם ד' תר"י ע"א דה"ה אם קפץ ונשבע בלא נקיטת חפץ צריך לחזור ולהשבע אבל רשב"ם חולק בזו יעו"ש ותשובת הרשב"א סי' תתקפ"ד מש' קפיצה לא מהנייא עכ"ל מדבריו אלו נראה דקפיצה שקפץ התובע ונשבע עדיפא ממה שהשביעוהו ב"ד וטעו דאילו השביעוהו בלא נקיטת חפץ היה צריך לחזור ולהשבע ב"פ וכדאפסיקא הלכתא בש"ס דהאי דיינא דאשבע בה' אלוד"י וכו' בלא נטילת חפץ נעשה כמי שטעה בדבר משנה וחוזר וליכא בה שום פלוגתא ובקפץ איכא פלוגתא דלמר מהנייא אפילו היה צריך בנקיטת חפץ ונשבע בלא נקיטת ופן ולמר לא מהנייא קפיצה ונראה לי הטעם משים דבמעשה שעשה הדיין עצמו איכא למיחש שמא יאמרו הרואין מעשה רב ויקבעו הלכה לדורות ומשו"ה חוזר הדין לא כן אם קפץ הבע"ד מעצמו ונשבע ליכא למיחש כולי האי וכן מצאתי למרדכי בפ' השולח שכ' וז"ל מודה רב בקופצת ול"ד להאי דאמר רבא האי דיינא דאשבע בה' אלוד"י וכו' נעשה כמי שטעה בדבר משנה וחוזר דילמא שאני התם כיון שבא לב"ד יש לעשות מדאורייתא ע"כ וטעם החולקין דס"ל דאפילו כשקפץ ונשבע שבועה שהיה חייב לישבע בה דאפילו הכי לא מהנייא שבועתו הוא משום דבעינן לישבע ע"ד ב"ד וזה כשקפץ ונשבע לא נשבע ע"ד ב"ד ומ"ש הד"מ ז"ל דהרשב"א בסי' תתקפ"ד משמע דס"ל דקפיצה לא מהנייא לכאורה ק' דהרב הכנה"ג דיליף מאותה תשובה עצמה שהביא הב"י מחודש כ"ג דס"ל דקפיצה מהנייא ולפי ענ"ד נראה דמאותה תשובה ליכא למילף מינה מידי דהמעיין באותה תשובה יראה דהרשב"א זכה לתובע מב' טעמים חדא דהאי דאמרינן מודה רב בקופצת פי' רבינו חננאל שמשביעין אותה פעם אחרת ועוד דאפילו לס' רש"י דס"ל דכיון דכבר נשבעה נשבעה ומגבין אותה וכן מקצת רבותי' אפ"ה בכאן הדין עם התובע דהתם השבועות שוות אבל הכא אין הב' שבועות שוות דשבועה א' שנשבע בה עדיין לא יצא דבר שקר מפיו ושבועה אחרונה שצריך לישבע שפרע ולא פרע הרי היא שבועת שקר וחמירא טפי טובא ומהתימא מהרב הכנה"ג שלא עיין באותה תשובה עצמה גם מ"ש הכנה"ג לחלק בין קפץ ונשבע לנשבע מדעת חבירו לפי ענ"ד ליתא דמאן דאית ליה דקפץ לא מהנייא שבועתו אפי' נשבע ע"ד חבירו לא מהנייא וכמש"ל משם השה"ג בפ' שבועת הדיינים וכמ"ש לקמן בעז"ה והוא דכל חיליה דמאן דאית ליה קפץ לא מהנייא שבועתי מהא דמשני תלמודא בפ' הגוזל בד' ק"ו עליה דרב דמותיב ליה מהא דתנן היכן פקדוני א"ל וכו' משביעך אני ואמר אמן וכו' ומוקי לה בקפץ הרי דאפילו בהשביעו חבירו מוקי לה בקפץ והשביעו חבירו ולא מהני כיון שלא ע"י ב"ד השביעו ועיין שם בתו' בד"ה

קפץ לא מצית אמרת וכו' יעו"ש ודוק א"כ לכאורה נראה דדבר זה הוא במחלוקת שנוי אם אחר שחייבוהו ב"ד קפץ ונשבע מעצמו אפילו בנקיטת חפץ כדינו דהרש"ג בע' שבועת הדיינים ולריב"א שהובאו דבריו בשו"ת מהר"ם סי' תשי"ב לא מהנייא שבועתו וכן נמי להמצאתי כ' שהביא הב"י ולר"י שהביא הב"י משם ר"ת כפי מה שפי' דבריו הרב הכנה"ג אמנם לפי דברי המרדכי שהביא הד"מ שכ' לעיל דוקא בקפץ ונשבע בלא נקיטת חפץ אזי חוזר ונשבע בנקיטת חפץ ולרשב"ם שהביא הד"מ שאפילו שחייב שבועה בנקיטת חפץ וקפץ ונשבע בלא נקיטת חפץ דא"צ לחזור ולהשבע וכן לפי דברי המרדכי בפ' השולח שכ' לעיל שכ' דל"ד להא דאמר רבא האי דיינא וכו' שנת' לעיל אמנם אחד העיון נראה דע"כ לא פליגי הפוסקים וס"ל דקפץ לא מהנייא שבועה דידיה אפי' נשבע באנקוטי חפצא כדינו אלא כשקפץ ונשבע קודם שחייבוהו ב"ד שבועה אבל אם אחר שחייבוהו ב"ד קפץ ונשבע אם נשבע בנקיעת חפץ כדינו ליכא פלוגתא כלל ולכ"ע מהנייא שבועתו אבל כשקפץ אחר שחייבוהו ב"ד בנק"ח וקפץ הוא ונשבע בלי נק"ח בהא איכא פלוגתא דלמר מהנייא שבועתו ועדיף מאילו השביעוהו הדיינים בלי נק"ח דקי"ל דחוזר ונשבע בנק"ח בקפץ הוא עצמו א"צ לחזור ולומר לא עדיף קפץ מאילו השביעוהו הדיינים דקי"ל דהוי טועה בדבר משנה וחוזר הכא נמי חוזר ונשבע בנק"ח והרי דעיקרן של דברים אלו הובאו בחידושי הרמב"ן ז"ל על גיטין ד' ל"ה וז"ל הא דאמרן מודה רב בקופצת פי' רש"י הואיל וקפצה ונשבעה נשבעה וגובה וכן מ"ש בירושלמי דגרסינן עברה ונשבעה רב הונא אמר הואיל ונשבעה נשבעה אבל ר"ח ז"ל כ' מודה בקופצת מעצמה ונשבעה שכיון שעברה ונשבעה משביעין אותה שבועה כתקנה ע"ד ב"ד ומגבין אותה כתובתה ובפ' הגוזל קמא גרסינן כאן בקפץ כאן בשלא קפץ דהיכא דקפץ ונשבע ובאו עדים משלם אבל לא קפץ אינו משלם וכ' ר"ח ז"ל ש"מ מאן דקפץ ונשבע אינה שבועה והא דגרסינן בגיטין מודה רב בקופצת לאו שנחשבת כשבועה אלא רב דלא הוה מגבי כתובה לאו מילתא בקופצת מידה דמשביעה ומגבי' לה כתיבתה אלי דברי הרב ז"ל ומיהו מינה ראיה דהא אעפ"י ששבועתו בקפיצה שבועה ופטור ביה משבועת הפקדון מיהו לא קרינן ביה ולקח עליו ולא ישלם שהרי לא קבלו בעלים שביעה אלא הוא מעצמו היה שקפץ ובירושלמי בפ' ד' שומרין מצאתי הטוען טענת גנב בפקדון אינו חייב עד שיכפור בב"ד מה אנן קיימין אם בהא דקאים וחייב לחבריה שבועה אפי' נשבע חוץ לב"ד אלא דאנן קיימין בהא דחזי לן אזלין בעון משבעיניה והוא קפץ ונשבע ודברים הללו נוטים לדברי ר"ח שכל זמן שלא חייבוהו עדיין ב"ד לישבע וקפץ ונשבע אינו מיפטר משבועת הפקדון וחוזר ונשבע אבל כשחייבוהו ב"ד לישבע

כשנשבע ע"ד ב"ד הוא נשבע ואינו חוזר ונשבע פעם אחרת עכ"ל הרי להדיא דאפילו לר"ח ז"ל דפליג על רש"י ז"ל וס"ל דקפיצה שקפץ הנתבע ונשבע דלא מהנייא היינו דוקא כשקפץ ונשבע קודם שחייבוהו ב"ד לישבע אבל אחר שחייבוהו ב"ד לישבע קפץ ונשבע אפילו ר"ח ז"ל מידה דמהניא שבועתו לש"ס דילן דוקא נשבע בב"ד ולהירושלמי שהביא הרמב"ן אפי' שנשבע חוץ לב"ד כיון כבר חייבוהו ב"ד הוי כמי שנשבע בב"ד וכ"ן מלשון רש"י ז"ל שכתב בד"ה כאן בשקפץ רישא דקתני משלם כשקפץ זה והשביעו קודם שחייבוהו ב"ד וכו' עכ"ל אמנם יש לדקדק בדברי הרמב"ן ז"ל דמאי מייתי ראיה מהא דירושלמי טפי מש"ס דילן דמגמרא דילן נמי מוכח דקפץ לא מהניא שבועה דידיה לחייבו כפל דקתני מתיב רבא וכו' והכא חוץ לב"ד וקפץ לא מצית אמרת כפל קתני וכו' משום דאיכא למידחי דדוקא לענין לחייבו כפל הוא דלא הויא שבועה אבל לפוטרו משבועת הפקדון אעפ"י שקפץ פטור א"כ השתא נמי בההיא דירושלמי נימא הכי דדוקא לחייבו כפל בטוען טענת גנב לא מהניא שבועה בקפיצה קודם שחייבוהו ב"ד אבל לפוטרו משבועת הפקדון אימא לך דאפי' קפץ ונשבע פטור משבועת הפקדון וכן מוכרח לומר בדעת רש"י דפי' מודה רב בקופצת הואיל וכבר קפצה ונשבעה נשבעה וגובה וס"ל דכפל לא איתיה אלא בשבועת הדיינים דיש לחלק בין לפוטרו משבועה שחייב בה ובין לחייבו כפל וראיתי להרב מרכבת המשנה שהביא תמיהת רב המגיד שתמה על הרמב"ם דלמה השמיט דין קפץ ונשבע ותירץ הוא ז"ל וז"ל ואני אומר דכיון דרבינו לא פסק כרב כמבואר וכו' א"כ אין צריך לחלק בין קפץ אי לא והרי קי"ל בפ"י מה' שבועות ה"א וה"ה דאפילו קפץ ונשבע חוץ לב"ד חייב עכ"ל ואני אומר דבמחילה מעצמותיו הקדושים דלא דק דודאי לענין להתחייב קרבן משים שבועת הפקדון חייב אפילו נשבע חוץ לב"ד דמשנה ערוכה היא בפרק שבועת הפקדון השביע עליו אפילו ד' וה' פעמים בין בפני ב"ד בין שלא בפני ב"ד וכפר חייב על כל אחת ואחת וכו' וכן דאפי' קפץ ונשבע חוץ לב"ד ג"כ בריתא מתנייא בפרק שבועת העדות דף ל"ב וז"ל תניא כוותיה דשמואל ראוהו שבא אחריהם אמרו לו מה אתה רץ אחרינו שבועה שאין אנו יודעים לך עדות פטורין ואם בפקדון חייבין לא כן לגבי כפל דלא מחייב אלא בב"ד כדמוקי הש"ס כד משני אליבא דרב בשנשבע חוץ לב"ד ואי ס"ד חוץ לב"ד כפל מי איכא ואי כסברת המרכבת ז"ל דאפילו לענין כפל לא שני לן בין קפץ ובין נשבע חוץ לב"ד דעכ"ז חייב כמו שחייב להדיא קרבן שביעה לענין שביעת הפקדון א"כ מאי קשה לה אליבא דרב ואדרבה אליבא דרב הוה אתי יותר בפשיטות מ"ש הרב המרכבת הנז' בדעת הרמב"ם אילו היה הדין כן דאפילו חוץ לב"ד וקפץ איכא כפל והא דקא קשיא ליה להמקשה הוא מעלמא

קא קשיא ליה אליבא דרב דמוקי לה חוץ ב"ד דבחוץ לב"ד ליכא כפל ואע"ג דחייב אשם משום שבועת הפקדון וכמ"ש רש"י ז"ל בפרק הגוזל דק"ז ע"א בד"ה או דילמא שבועה המחייבתו כפל וכי דלענין חומש ואשם לא שני לן בין שבועת עצמו לשבועת הדיינים ובלבד שיכפור ממון ע"כ ולא ידענא מאי קאמר הרב דתלי דין זה בסברת רב ואדרבה אי הוי הדין כמו שכתב הרב בדעת הרמב"ם הוה אתי יותר בפשיטות לדעת רב וצ"ע גם ראיתי להרב המחבר ס' פני משה ומראה הפנים על הירושלמי שכתב בפרק ד' שומרים כמו שכתב הרב המרכבת ז"ל ודבריו צל"ע. נחזור למ"ש למעלה דאם נשבע בפני ב"ד לא מיקרי קפץ ונשבע אלא קודם שחייבוהו ב"ד שבועה אבל אחר שחייבוהו ב"ד שבועה לא מיקרי קפץ ונשבע וכמ"ש רש"י והרמב"ן ז"ל וכן כתוב ג"כ בשי' מקובצת בפ' הנז' דק"ו בשם הרמ"ה וז"ל והרמ"ה כתב בפרטיו קפץ ונשבע מעצמו וכו' וש"מ דמאן דמיתבע ליה לחבריה וכו' א"נ בב"ד ואישתבע ליה מקמי דלחייבוהו ב"ד שבועה לא מיפטר בההיא שבועה אלא מחוייב לאשתבועי ליה זימנא אחריתי אפומא דבי דינא וכן הלכה עכ"ל הרי נראה להדיא דדוקא דאישתבע בב"ד מקמי דלחייבוהו שבועה הוא דצריך לחזור וישבע משום דשבועה הא' שלא עפ"י ב"ד היתה דין לא חייבוהו וזהו שכתב אפומא דבי דינא וכן מ"ש השה"ג בפרק שבועת הדיינים שכתב לעיל מיירי בהכי שכתב בלשונו שלא עפ"י ב"ד וכו' ועד שישבע בפני ב"ד ועל פי ב"ד דהיינו שיחייבוהו ב"ד כמ"ש הרמ"ה ז"ל וכן נמי המצאתי כתוב שהבי' הב"י שכתב לעיל הכי דייק לישניה שכתב שקפץ ונשבע קודם שנתחייב וכו' שצריך לישבע אחר מעשה ב"ד וכן כתב טעמו הרב כנסת הגדולה וז"ל וטעמא משום שצריך לישבע אתר מעשה ב"ד לא נשאר עומד לנגדינו כי אם מ"ש בתשובת מהר"ם בסי' תשי"ב וז"ל ונתחייב לו שבועה וקפץ ונשבע מעצמו וכו' שאינו מועיל וצריך לחזור לישבע שנית ע"פ ב"ד דמש' מלשונו דאפילו אם נשבע אחר שנתחייב עכ"ז צריך לחזור ולישבע נראה לעניות דעתי לישבו דמ"ש וקפץ ונשבע פירושו שכבר קפץ ונשבע קודם שיחייבוהו ב"ד וזהו מה שכתב שצריך לחזור ולישבע שנית עפ"י ב"ד דהיינו כמ"ש הרמ"ה דהיינו אחר שחייבוהו ב"ד שבועה וזה נשבע קודם שחייבוהו גם מה שהביא הב"י בשם רבינו ירוחם דהב"י מיירי שקודם שחייבוהו ב"ד שבועה קפץ ונשבע מאיליו שכן כתוב בר"י תיבת מאיליו ומוכרח דבר זה מן הירושלמי שכתב בהדיא דאם חייבוהו ב"ד לישבע אפילו קפץ ונשבע חוץ לב"ד מהנייא שבועתו לחייבו כפל די לנו שנאמר דפליג' תלמודא דידן עליה בנשבע חוץ לב"ד דלא מהניא שבועתו לחייבו כפל דקתני בהדיא בתלמודא דידן דאי ס"ד חוץ לב"ד מי איכא כפל אבל בנשבע בב"ד אחר שחייבוהו ב"ד אפי' שקפץ ונשבע מאיליו דלא מצינו בתלמודא

דידן דלא מהנייא שבועתו ובש"ס דירושלמי מצינו בהדייא דמהנייא מנ"ל לומר דלא מהנייא היפך הש"ס דירושלמי ודוקא קפץ ונשבע בפני ב"ד קודם שחייבוהו ב"ד לישבע בהא איכא פלוגתא בין רש"י ז"ל לר' חננאל כמש"ל בשם הרמב"ן ז"ל בשיטה על מס' גיטין ותלמודא דירושלמי דייקא כרש"י כמ"ש הרמב"ן ז"ל גם הר"ן בפ' השולח הביא מחלוקת זה בשם רש"י ור"ח ולדעת רש"י דמהנייא קפיצה אפילו אם היתה חייבת שבועה בנק"ח וקפצה ונשבעה בלא נק"ח מהנייא שבועתה וכמש"ל בשם המרדכי בפ' השולח והרשב"א בחידושיו על מס' גיטין בפ' השולח הכריע כס' ר"ח גם הרמ"ה הובאו דבריו בשי' מקובצת קמא פסק כר' חננאל גם כל הפוסקים שהבאנו למעלה הכריעו כר' חננאל וכן הלכה וכ"ש היכא דקפץ ונשבע קודם שבא לב"ד דלא מהנייא שבועתו אליבא דכ"ע ודו"ק:

נמצינו למדין מכל האמור דאם אחר שחייבוהו ב"ד קפץ ונשבע לפניהם כדינו בנק"ח אפילו בתפילין דבר פשוט הוא ומוסכם אליבא דכ"ע שא"צ לחזור ולישבע עוד וכבר נפטר מיד הבעלים בשבועתו ואפילו להתחייב בכפל אם טען טענת נב בפקדון ונמצא שקרן דיש מקום לומר דאפילו נשבע בלא נק"ח הדין כן ואינו חוזר ונשבע ולא אמרו דחוזר ונשבע אלא דוקא בקפץ קידם שחייבוהו ב"ד ונשבע בלא אנקוטי חפצא דדברי הד"מ שהביא משם המרדכי שכתבנו לעיל מיירי בקפץ קודם שחייבוהו ב"ד גם דברי הרשב"א בחידושיו לגיטין ד' ל"ה שהסכים לדברי ר"ח וכ' שחוזרת ונשבעת בנק"ח כתקנה ג"כ מיירי בהכי וצ"ע דין זה דאם אחר שחייבוהו ב"ד להשבע נשבע חוץ לב"ד כדינו באנקוטי חפצא לפי' הירושלמי דכתבתי לעיל בפ' ד' שומרין נראה דס"ל דהוי כמי שנשבע בב"ד אפילו לחייבו כפל ולפשט ש"ס דידן על פי' רש"י בהגוזל ד' ק"ו נראה דאינה שבועה לחייבו כפל אבל לפוטרו מן הבעלים נראה דלכל הפוסקים פטור הוא בשבועה זו דלא כתבו דחוץ לב"ד מהנייא שבועתו אלא דוקא היכא דקודם שחייבוהו ב"ד נשבע אבל אם אחר שחייבוהו נשבע מהנייא ואעפ"י שלא השביעוהו ב"ד לדעתם ל"ל בה דהא דבעינן על דעת ב"ד הוא משום קנייא דרבא כדמוכח בשבועות ד' כ"ט ונדרים ד' כ"ה דקנייא דרבא לא שכיחא ולכתחילה חיישינן לה אבל בדיעבד אם לא נשבע על דעת ב"ד ל"ל בה ועוד שמצינו לרבא אפילו לכתחילה אשבעיה להוא גברא ולא א"ל ע"ד ב"ד משביעו דאי א"ל בפירוש דע"ד ב"ד הוא משביעו א"כ מאי אהנייא רמאותיה דאייתי קנייא ויהיב זוזי בגויה ואפי' לפי התו' בשבועות דכתבו דההוא עובדא דרבא בקפץ ונשבע איירי בלבד שאין הפשט כך מט' לא מצינו שא"ל רבא דשבועתו לא מהנייא מאחר שלא נשבע ע"ד ב"ד קמיה דרגז עליה ותברה להאי קנייא ומאחר דלא

א"ל רבא ולא מידי משמע דדוקא לכתחילה הוא דבעינן ע"ד ב"ד אבל בדיעבד אם לא א"ל כן אינו חוזר ונשבע ואעפ"י שמצאתי להמרדכי בפ' י"א דכתובות שנראה שחולק ע"ז מ"מ מסתמות כל הפוסקים נראה שחלוקים ע"ז ודלא כהרב מרדכי שכ' הגהותיו על ס' הנקרא ערך לחם בסי' פ"ז ס' כ"ג בסתם קפץ ונשבע אבל לא נשבע ע"ד ב"ד חוזר התובע ומשביעו ע"כ דליתא כמ"ש ואעפ"י שכ' הרשב"א בתשובה הביאה הב"י בסי' פ"ז מחודש כ"ה וז"ל מי שנתחייב וכו' אם נשבע כתקנו וע"ד ב"ד מסתברא דנפטר דלא תידוק מינה דאם לא נשבע ע"ד ב"ד אינו נפטר אלא אם לא נשבע כתקנו דהיינו אם שבועתו באנקוטי חפצא נשבע כדינו בנק"ח כ"נ מדבריו על חידושיו במס' גיטין כשדחה דברי רש"י והסכים לס' ר' חננאל שכ' חוזרת ונשבעת מטעם שנשבעה בלא נק"ח ולא מטעם שלא נשבעה ע"ד ב"ד יעו"ש ודוק גם מתשובת הרשב"א סי' תתקמ"ד נראה דאם קפץ ונשבע אחר שחייבוהו ב"ד דמהנייא שבועתו והב"ד ב"י בסי' צ"ד יעי"ש וא"כ אם אנחנו מחייבין אותו לחזור ולישבע פעם שנית הוייא שבועה שא"צ ויש בה איסור לא תשא הנלע"ד כתבתי:

הצעיר **שאול עזרא דוויך** הכהן ס"ט

סימן ו

שאלה כותל שבין ראובן ושמעון שראובן סומך עליו תקראות ומעזיבות של ביתו וגם המדרגות של גג ביתו נעוצים בכותל ההוא וגם יש לו חלונות בכותל ההוא מבפנים לצד חצירו ושמעון אין לו בכותל ההוא שום תשמיש ולא חלונות והתקרה של ביתו שהיא אחורי הכותל ההוא נתונה לרוח אחרת גם מדריגות שעולים בהם לאותו גג אינם נעוצים בכותל ההוא ועשוי להם כיפה ונתונים עליה שקורין אותה בלשון ערבי עץ דאיכיה ולא יש לו באותו כותל כי אם אחר הכותל ההוא נעוץ שתי קורות לרוחב התקרה שלו אחר שעשו התקרה ונתקלקלה עשו לה סמוכות אותם קורות ונעצו ראשם האחד בכותל ההוא ועתה מחדש רוצה שמעון לבנות עליה על ביתו ולהכביד על הכותל ההוא וראובן מעכב עליו באומרו שהכותל הוא שלו ואין לו להשתמש בו בשום דבר ולהכביד עליו ושמעון משיב שגם הוא יש לו חזקה בכותל יען שנעוץ לו באותו כותל השתי קורות אשר הם תחת התקרה שלו וראובן השיב שהוא אינו יודע באותם קורות עד עכשיו ועוד למאי דמחל ושתק מחל ולמאי דלא מחל לא מחל:

תשובה מה שטוען ראובן על שמעון שכותל זה הוא שלו ואין לשמעון להשתמש באותו כותל שום תשמיש נראה דהדין עמו והוא ממה שפסק מרן ז"ל בש"ע סי' קנ"ז סעיף ז' וז"ל אם אין בו ד"ח ולא נתרצה הוא לחלוק אלא ע"מ שיעשה חבירו כל הכותל אין לו

תקנה אלא בשטר או שיבנה הא' עליו תקרה ומעזיבה או שיש בו חלונות מצדו וניכר שנעשו משעת הבנין וכו' עכ"ל הרי נראה דתקרה ומעזיבה לחודם או חלונות לחודם הוי סימן להחזיק בכותל למי שעשאם בכותל שיהיה שלו וכ"ש הכא דאיכא שניהם מצד ראובן דבודאי הכותל ההוא שלו ולא של שמעון וכיון דנתברר דכותל זה הוא שלו בודאי אין יכול לשמעון להשתמש בו וכיון שפסק מרן ז"ל בס"ס קנ"ג סעיף ט"ו וז"ל היה הכותל של ראובן לבדו אין שמעון יכול להשתמש בו עכ"ל וכ"ש הכא בנ"ד שמצד של שמעון נזדמן להם תשמיש באותו כותל ולא נגעה בו יד וכמ"ש בשאלה וא"כ בודאי אין הכותל לשמעון:

אמנם מה שבא בשאלה ששמעון משיב שגם הוא יש לו חזקה באותו כותל יען שנעוץ מצדו שתי קורות בכותל ההוא לא נתברר בשאלה טענתו יפה של שמעון בנעיצת קורות הללו שאם כונתו שהוא נעץ אותם ושתק לו ראובן ולא מיחה בו א"כ בודאי מחל לו על תשמיש בכותל ההוא או ריצה אותו ברצי כספי' עד שהניחו ליתן אותם קורות באותו כותל או נתן לו מתנה נתינת אותם קורות בכותל ההוא שאם בא מטעם שתיקה ומחילה שמחל לו על נעיצת קירות האלו הנה כבר פסק מרן ז"ל בסי' קנ"ג סעיף י"ח מי שהחזיק בכותל זה בקורה אחת אינו יכול להחזיק בקורה שניה שהרי לא מחל לו אלא על אחת וכו' ואם כונתו שבא בטענת מכירה או מתנה הי"ל לברר דבריו בפירוש אם המכירה והמתנה היתה על כל חצי הכותל בפירוש או על נתינת קורות אלו סתם ומן הנראה ששמעון זה קנה אותה חצר וראה שאותם קורות הם נעיצות בכותל ובא טעון דהוי לוקח ואנן טענינן ללוקח כל מאי דמצו למיטען בעלים הראשונים

וא"כ ניחזי אנן בכותל ההוא שהוא. ידוע לראובן ושמעון טען שקנה ממנו נעיצת קורות בכותל זה מה דינו:

הנה איתא בבב"ת ד"ו אמר רב נחמן איחזיק להורדי איחזיק לכשורי וכו' ופירש רשב"ם וז"ל כל חזקות הללו דשמעינן אינן חזקות שלש שנים דלא שייך ג' שנים אלא גבי חזקת קרקע וכו' ובשעה אחת משתמש בפניו ושותק הויא חזקה וכו' והנ"מ דהויא חזקה כגון שטוען הוא מכר לו או נתן לו במתנה וכו' ע"כ והרמב"ן בחי' המיוחסות להרשב"א הקשה על פי' זה מהא דאמרינן בפרק הבית והעליה עליון שבא לשנות בגויל וכו' אין שומעין לו ותירץ דהכי פירושה שאם החזיק לעשרה הורדי יכול ליתן שם חמשה כשורי ובלבד שלא יוסיף על כובד הא' גם הר"ן ז"ל הקשה ותירץ תירוצו של הרמב"ן גם הביא תירוץ אחר משם הראב"ד דהתם איירי במקום שמקפידים והכא איירי במקום שאין מקפידין יעו"ש ולכאורה לא קשה כלל דנימא הכא דקא טעין בפירוש שמכר לו זכות

בכותל זה לכשורי וקמ"ל דאע"ג דאינו מחזיק אלא בהורדי מהניא ליה אותה חזקה אף לכשורי כיון שהוא מוחזק בכותל ולכאורה נראה דס"ל דאע"ג דקא טעין בפירוש שמכר לו ליתן לשם כשורי כיון דלא החזיק לכשורי לא מהניא ליה חזקת הורדי לאכשורי ומשום הכי הוצרכו לומר שלא יוסיף על כובד הא':

אבל הרא"ש ז"ל תירץ וז"ל לפיכך שהקונה מחבירו ליתן לו רשות לבנות בכותל לא שייך שיקנה לחצאין ולפי שעה לא הוצרך אלא להורדי וכו' ונאמן לטעון שלקחו כדי לבנות עליו ויכול לטעון כשלקחתיו מתחילה הייתי יכול לסמוך עלי כשורי ולא הפסדתי דיני לפי שלא הייתי צריך לאותה שעה אלא להורידו ונראה שחזקה זו לא מועילה אף לאבני החומה אם נפלו דמסתמא כשקנו ממנו רשות לסמוך על כותלו קנה ממנו כל הכותל להיות חצי שלו ולא אמרינן שהקנה לו רשות תשמיש בעלמא בלא בנין הכותל אבל אין לו בקרקע של מקום הכותל דאותו לא אמרינן שהקנה לו כל זמן שלא פירש עכ"ל גם הרמב"ן ז"ל מסיים וז"ל והוי יוד שלא נאמרו דברים לפי' זה אלא לומר שכל זמן שהכותל קיים לא יסלק ניעוצו אבל נפל אין לו במקום כלום אלא א"כ החזיק בכך שלש שנים ובא מחמת טענה ויש אומרים אפילו בחזקת שלשה שנים ומחמת טענה שאין סמיכת קורות חזקה למקום הכותל מאחר שהוא ידוע לאחר וכו' וכיון דנפל אזדא ליה וכן כתב הרי"ב בשם גאון ואני מיתחזר בדינם שאין לך אכילת פירות גדולה מזו אלא מעתה כותל במקומו במה יקנה עכ"ל יעו"ש באורך אבל זה אינו דהא הרמב"ן ז"ל מסיים ואזיל דחזקת הורדי מהנייא גם לגבי המקום אם טען בפירוש וכן להרא"ש שהבאנו לשונו לקמן בסיעתא דשמיא וא"כ כ"ש דמהנייא לכשורי והנראה לתרץ דס"ל דאי בדטעין בפירוש לכשורי מאי רבותא הא אי טעין מכרת לי המקום עצמו מהניא טענתו דאפילו להסוברים דחזקת הורדו לא מהניא לענין מקומן משמע להו דהחזיק להורדי החזיק לכשורי היינו דקא טעין מעין חזקה שהחזיק בו גם הרשב"א הביאו נמוקי יוסף בפרק הבית והעליה כתב תירוץ אחר וז"ל וכתב הרשב"א דודאי אמת הוא ובמקום שנהגו אין ממחין מיהו ההיא דאיחזיק להורדי בכ"מ הוא דההיא בשהחור רחב לקבל כשורי היא וכו' איחזיק דכל מילי דממקבל החור הא להרחיב חור קטן של הורדי ע"ד שיקבל כשורי לא:

דא"כ כיון דכל הני רבוואתא הראב"ד והרמב"ן והרשב"א ס"ל דאין לו להוסיף על כובד הראשון בודאי דהכי נקטינן אבל הרא"ש וכו' עכ"ל ונראה דגם להרא"ש ז"ל דוקא מהורדי לכשורי יכול לשנות דמסתמא משקנה ממנו רשות ליתן קורות לא קנה לחצאין דוקא קורות דקות ולא כשורי שהם רחבות אבל להוסיף עליהם אינו יכול דאפושי

פלוגתא כולי האי נגד כל הני רבוואתא לא מפישינן אבל ממה שנתבאר ונראה שחזקה זו מועילה אפילו לאבני החומה וכו' קנה ממנו כל הכותל להיות חצי שלו משמע דקנה ממנו חצי כל הכותל שתחת התקרה ההיא ואפילו האבנים וא"כ בודאי יכול לסמוך תחת התקרה ההיא כל קורות שירצה כיון שקנה כל חצי בנין הכותל ואיני יודע מנא ליה הא ודין הבית והעליה של שנים שנפלו מכחיש לדין זה דהתם כל אבני הבית הם של בעל הבית אפע"ם שבעל העליה סיכך בקורות על כותל ביתו לא קנה חצי האבנים של כותלי הבית ואעפ"י שיש לו זכות בכותלים אחר שנפלו דיש ליישב בדוחק דהכא כיון שמגין עליו הכותל שנעשה לו אחד מכותלי ביתו משום הכי אמרינן דודאי כיון שקנה מראובן נתינת קורות אלו בודאי קנה ממנו גם חצי הכותל שתחת הקורות ההם ש הוא יושב באהלו ועשו לו בית אבל גבי הבית והעליה שבעל העליה אינו קונה מהכותל ההוא כי אם נתינת אותם קורות ההם בודאי לא אמרינן שקנה ממנו חצי הכותל של הבית וגם חצי האבנים להיות שלו ובלא דברי הרא"ש מוכרחים לומר כן דהגם דהבית והעליה שתקרה ומעזיבה ובתקרה ומעזיבה כתב הר"י בפירוש שזכה בחצי האבנים כמ"ש הטור חצי הכותל של הבית וגם חצי האבנים להיות שלו והראיה לזה שהרא"ש עצמו בפרק הבית והעליה לא כתב מזה כלום וגם דברי הר"י לא הביאם לשם והביא תירוץ הראב"ד שתירץ דההיא דהחזיק להורדי החזיק לכשורי הוא במקום שנהגו ולא מדינא כנראה שהסכים לתי' הראב"ד ז"ל דמדינא אינו יכול להכביד יותר וכסבר הראב"ד והרמב"ן והרשב"א ז"ל:

ומה מאד נפלאתי על הריב"ש ז"ל בסי' רי"א ומהרשד"ם בסי' רצ"א שדימו לדין הבית והעליה להאי דאיחזיק להורדי דשמעתין לענין להחזיק הכותל ולא מצינו לשום אחד מן הראשונים שכתב כן ומתוך דוחקו של מוהרשד"ם נדחק לומר דשמעתין דקתני החזיק להורדי איחזיק בחצי לכשורי היינו לומר אליבא דהרא"ש והר"י דוקא במחזיק עצמו אבל לא ללוקח הבא מכחו ולא ליורש ודבריו תמוהים בדין זה דהרא"ש והרי לא מכח טענתו זיכו אותו בכשורי אלא סתמא דמילתא אמרינן הכי ואעפ"י שכתב בדבריו יכול לטעון אינה כשאר טענות דעלמא שחבירו מכחישו אלא טענתו לעצמו הייתי יכול לסמוך עליו וא"כ בודאי לא שני לן בין מחזיק עצמו ובין הבא מכחו דמה מכר ראשון לשני כל זכות שתבא ובהבית והעליה אעג"ב דקא טעין בפירוש המחזיק קניתי חצי הכותל לא צייתינן ליה ואין לו בחצי האבנים של הבית כלום ולא שום חזקה ואבני הבית כולם בחזקת חבירו כסתמא דמתניתין בפרק הבית והעליה דקתני שניהם חולקין בעצים ובאבנים ולא אשתמיט שום אמורא ושום פוסק להשמיענו דיכול בעל העליה לטעון על

חצי אבני הבית כלום וצ"ע ועוד כיון דדין זה דאם החזיק התקרה על הכותל שיכול לטעון שחצי הכותל והמקום שלו הוא חידוש מהרמב"ן ז"ל די ואינו מכח ראיה ולהר"י ברצלוני משם גאון סבירא ליה דאינו יכול לטעון אפילו החזיק בתקרה ומעזיבה והר' יונה שכתב דאם החזיק בתקרה ומעזיבה יכיל לטעון כתב להדיא דנעשה לו הכותל כאחד מכותלי ביתו משמע דוקא כהאי גוונא הוא דהחזיק בכותל משום דנעשה לו כאחד מכותלי ביתו א"כ בודאי כה"ג הבו דלא לוסיף עלה לומר דאפילו בהבית והעליה בעל העליה החזיק בכותלי הבית הא ודאי לא וכן משמע בהרשב"א סימן תתקל"א יעו"ש ודו"ק:

נמצינו למדין לדעת הני רבוואתא בכותל הידוע שהוא לראובן לבדו ונעץ שמעין בו הורדי שהם קורות דקים וטוען טענת מכר או מחילה ולא החזיק בנתינת קורות אלו ג"ש כדי שתועיל טענת מכר על גוף הקרקע מהנייא ליה חזקת קורות אלו והראב"ד שהביא הר"ן ז"ל ולהרמב"ן דוקא על כובד קורות אלו שאם נעץ עשרה הורדי יכול ליתן חמשה כשורי ובלבד שלא יוסיף על כובד הראשון ואם נפל אותו כותל אזד ליה חזקתו ואין לו במקום כלום אלא כל זמן שהכותל קיים לא יסלק ניעוצו ומכ"ש שלא יכול לנעוץ במקום אחר לא ברוחב הכותל ולא למעלה ולא למטה באותם קורות דלאותו מקום קורות מהניא ליה חזקתו והרא"ש ז"ל דבעי חזקת שלש שנים אפילו בחזקת תשמישים כל שלא החזיק שלש שנים לא מהנייא ליה חזקתו אפילו לאותם קורות שנעץ דאם החזיק ג' שנים ובא בטענת מכר או מתנה להרמב"ן ולהראב"ד כל שלא טען בפירוש טענת מכר על הכותל לא מהנייא ליה חזקת שנעץ אלא לאותם קירות ואינו יכיל להוסיף על כובד הראשון אבל להרא"ש ז"ל אפי' שלא טען טענת מכר על מקום הכותל מהנייא ליה חזקת אותם קורות להחזיק בחצי הכותל שתחת איתם קורות ויכול להכביד על מקום אותם קורות וליתן כשורי שזכה בחצי הכותל כולו שמתחת אותם קורות ולמטה ואם נפל חצי האבנים והעפר שלי אבל לא המקום שתחת אותם קורות כל זמן שלא פירש שקנה ממנו אף המקום ואם פירש בפירוש שקנה ממנו גם חצי המקום שתחת הקורות ההם בזה דעת הרמב"ן והרא"ש שוים דמהנייא ליה חזקת אותם קורות אפי' לחצי הכותל ומקומו שתחת הקורות ההם דסמיכת קורות על הכותל ההוא ומקומו אין לך אכילת פירות גדולה מזו אבל להלן ברוחב מאותם קורות ולמעלה מהם לא מהנייא ליה חזקת אותם קורות דלא נהנה שום הנאה מאותו מקום ולא נשתמש בו שום שמוש כדי שיהא אותו שמוש במקום אכילת פירות וכן כתב הריב"ש בסי' רי"א וז"ל והרמב"ן ז"ל כתב שאם החזיק ג' שנים ובא בטענה הוי חזקה אפי' לגוף של כותל ומקומו שאם אי אתה אומר כן גופו של כותל ומקומו במה יקנה ובמה יחזיק ואין לך אכילת פירות

גדולה מנעיצת קורות ולדבריו וכו' כיון שהחזיק בכותל ונעיצת קורות של ג' שנים ובא בטענה אין לך חזקה גדולה מזו ומועלת לכל הכותל ומקומו כנגד התקרה ההיא עכ"ל ודברים של טעם הן ופשוטים דאם החזיק ג' שנים באמה אחת היאך יעלה על הדעת שתועיל לו אותה חזקה לאלף אמות ולדעת הר"י ברצלוני בשם גאון שהביא הרמב"ן והביאו הטור בסי' קנ"ג אפילו החזיק ג' שנים בנעיצת קורות אלו לא מהנייא ליה אותה חזקה למקומו של כותל ואפילו בטוען בפירוש ודעת הר"י הביאו הר"ן והטור ז"ל נעיצת קורות לחודייהו לא מהני אלא לאותו תשמיש דוקא אבל אם נתן על אותם קורות תקרה ומעזיבה ובא בטענת מכירה החזיק אפילו בגוף הכותל וז"ל הטור והר' יונה כתבו שאם נתן על הקורה תקרה ומעזיבה ונעשה לו הכותל כאחד מכותלי ביתו הרי זה החזיק בכל הכותל לנעוץ בו באיזה מקום שירצה ואפילו לא הוי חזקה אלא לחלוק באבני הכותל ולא במקומן אבל אם לא נתן עליו תקרה אפי' לאבנים אין לו חזקה ואין לו בהם כלום אם יפול וכן לנעוץ במקומן אחרים או להרחיב אינו רשאי אעפ"י שאינו מכביד עכ"ל ומ"ש הרי זה החזיק בכל הכותל לנעוץ בו באיזה מקום שירצה היינו בכותל שהיא מכותלי ביתו שעליו התקרה והמעזיבה אבל חוץ לתקרה ולמעזיבה לא החזיק כלל ומ"ש אבל אם לא נתן עליו תקרה וכו' או להרחיב אינו רשאי אעפ"י שאינו מכביד ע"כ לא תימא דאם נתן עליו תקרה ומעזיבה רשאי להרחיב אלא רבותא קמ"ל דלא מבעיא בנתן עליו תקרה דאינו רשאי להרחיב כיון דקונה בגוף הכותל מה שתחת התקרה אלא אפילו דלא נתן תקרה דאינו קונה בגוף הכותל כלום כי אם לתשמיש אותם קורות והו"א כיון דאינו מכביד יותר רשאי להרחיב קמ"ל דלא ודוק:

נמצא לפי זה דכותל הידוע לראובן ובא שמעון ונעץ בו קורות וידע בהם ראובן ושתק דאם לא יש עדים שידע בהם ראובן ושתק מצי למימר לשמעון שנעץ אותם בשעה שלא היה בבית ולא הרגיש בדבר וכדכתב הר"ן ז"ל משם הר' יונה בד"ה וכן בגיגה וכו' יעו"ש ואם החזיק בנעיצת קורות אלו ג' שנים וידע בהם ראובן ושתק להרא"ש ולהרמ"בן ז"ל מהנייא אותה חזקה אפילו למקומו של כותל אם יטעון שקנה ממנו הכותל ומקומו שתחת אותם קורות ולהר"י ברצלוני ולהר' יונה לא מהני חזקת נעיצת הקורות אלא לתשמיש שלה אבל אם נתן עליהם קורות ומעזיבה שהיה ראובן בעיר בשעה שנתן התקרה והמעזיבה מהני חזקת התקרה והמעזיבה אם יטעון לגופו של כותל ולא בעינן עדים שיעידו שראה התקרה והמעזיבה כמו בנעיצת הקורות וכדכתב ר' יונה ז"ל במקום הנז"ל דמסתמא כיון שהיה בעיר ידע בזה:

וא"כ זכינו לידון בנ"ד מאחר דהר"י ברצלוני בשם גאון אית ליה דנעיצת קורות לא מהני להחזיק בגוף הכותל ומקומו כי אם לתשמיש אותם קורות בלבד אין ראובן יכול להשתמש באותו כותל בתשמיש אחר ואפילו אם יטעון בפירוש על חצי הכותל ומקומו לס' הר' יונה שהכריע הריב"ש בסי' רי"א כוותיה שאם נתן תקרה ומעזיבה על הכותל יכול לטעון על גוף הכותל והכא איכא תקרה ומעזיבה על אותם קורות דבר פשוט כיון דאותם קורות נתן אותם אחר שנתן תקרה ומעזיבה על אותם כותלים ואותם קורות אינם כי אם לסמך בלבד עם אותם כותלים לא דיינין להו דין תקרה ומעזיבה עליהם דיכול בעל הכותל לו' קי"ל כפלוני הגאון אפילו שכל חכמי ישראל חלוקים עליו וכ"ש לפי מה שפירש דאפילו לסברת הרמב"ן והרא"ש דוקא כנגד הקורות ולמטה מהם הוא שיכול לטעון טענת מכר אבל לא למעלה מהם ולא להלן מהם דין כי אם דוקא תחת אותם קורות בלבד דודאי אינו יכול להשתמש במקום אחר וכ"ש אם יטעון ראובן שלא ידע ולא הרגיש באותם קורות כשנעצם שמעון:

ומה שכתב הרמב"ם בפ"ח מהלכות שכנים וז"ל אבל אם טען שכותל זה אני שותף בה הואיל ונשתמש בקורה אחת נאמן ומשתמש בכולו אחר שישבע שבועת היסת שהוא שותף בכל הכותל עכ"ל דע שלשון של הרמב"ם ז"ל נתקשו בו כל המפרשים ראשונה הרב המגיד כתב וז"ל וראיתי המפרשים ז"ל חולקים בדין חזקת קורה אם מועילה לכל הכותל ואין בהם מי שסובר שתועיל נעיצת הקורה אלא אם כן החזיק בכך ג"ש ובא בטענת מכר או מתנה ואפילו בזה נחלקו ז"ל ויראה לי שאין דברי המחבר אלא בשטוען לעולם היינו שותפים וכו' ואין כאן עדים הכותל של מי והדין אמת אלא שאני תמיה למה צריך נעיצה כל זמן שאין לאחר ראיה כלל עכ"ל גם הריב"ש בסי' רי"א כתב כדברי הרב המגיד והניח דברי הרמב"ם בצ"ע ובסימן רנ"ח הביא דברי הרמב"ם אלו והקשה קושיא זו וכתב וז"ל ויש לישב דבריו דמיירי בכותל הידוע לאחר כמו שנראה מראש הבבא מי שהחזיק בכותל זה דמשמע דקאי על כותל שבין ראובן ושמעון והוא של ראובן לבדו וכו' אבל אם טוען שפרע לו חלקו המגיעו וכו' נאמן כיון שנשתמש בקורה אחת דהשתא ליתיה לטעמא דמי יימר דמחייבי ליה רבנן וכו' עכ"ל ודבריו צריכים ביאור דבתחילה כתב דמיירי בכותל הידוע לאחר וכו' והוא של ראובן לבדו וכו' אבל אם טוען שפרע לו חלקו המגיעו וכו' דאם הוא של ראובן לבדו הוא ומקומו א"כ מאי שייך גבי שמעון שיפרע לו חלקו הוא אינו חייב לפרוע וחבירו אינו חייב לקבל כיון שהכותל הוא של ראובן וטענת מכר שייך ביה שיטעון שחבירו מכר לו חציו ולא טענת פרעון והדרא קושיא דה"ה לדוכתה דבעינן חזקת שלש שנים בטענת מכר או מתנה כמ"ש הוא עצמו

בסי' רי"א ואם כונתו במ"ש בכותל הידוע לאחר וכו' והוא שראובן לבדו דהיינו שידוע שבנאו אחד מהם א"כ היינו מתניתין דכותל חצר שנפל וכו' דמיירי דשנודע שהאחד בנאו מתחילה וקתני בה עד ארבע אמות בחזקת שנתן והדרא קושיא לדוכתה למה לי נעיצת קורה בלא נעיצת קורה נאמן שפרע לו חלקו דאי איירי למעלה מארבע אמות א"כ כל כהאי גוונא הוה להו להריב"ש ולהרמב"ם לפרש ולחלק בין למטה מארבע אמות ובין למעלה מארבע אמות:

והנראה לישב דברי הרמב"ם עפ"י מה שראיתי להרמ"ה בספר יד רמה דף א' ע"ד שכתב וז"ל והני מילי דלא איתברר מאן מנייהו בנייה אבל היכא דאיתברר דבנייה חד מינייהו מיהו לא איתברר אי באמצע בנייה ואי כונס לתוך שלו הוה חזינן וכו' ואי לית בכוליה ד"ח ולא איתברר דפליג בסתמא כיון דאיתברר דחד מינייהו בנייה מעיקרא מוקמינן ליה לכותל ולמקום בחזקתיה דההוא דבנייה וכו' ולא דמי לכותל חצר שנפל דאע"ג דאיתברר דבנייה חד מינייהו בתר דנפל לא מוקמינן ליה בחזקתיה ושאני התם בכותל קמא לא איתבר מאן בנייה וכו' עכ"ל יעו"ש וא"כ בלא נעיצת קורה הכותל בחזקת ראובן זה שבנאו אבל היכא דנעץ שמעון קורה בכותל אזדא ליה אותה חזקה ומצי שמעון למטען שותף אני עמך בכותל זה ופרעתי לך חצי ההוצאה:

א"נ מיירי דראובן קורותיו נעוצות בתוך הכותל וכמ"ש בהלכה שאחרי זו וס"ל להרמב"ם ז"ל כסברת רבו מהר"י הלוי ז"ל דנעיצת קורות ותקרה ומעזיבה הוי סימן למי שהכותל שלו כמ"ש הטור בשמו בסי' קנ"ז והיינו דוקא היכא שאין לחבירו שום תשמיש בכותל אבל היכא שיש לחבירו שום תשמיש בכותל אפילו נעיצת קורה אזדא ליה חזקתו ומצי למטען חבירו שותף אני עמך בכותל זה א"נ יש לפרש דברי הרמב"ם דשותף אני בה דקאמר היינו שקניתי ממך חציה ומה שהקשה הרב המגיד שאין מן המפרשים שסובר שחזקת קורה מועילה לכל הכותל אלא א"כ החזיק בכך ג' שני נ"ל דלא קשה מידי כלל דהא דמצריכים המפרשים חזקת ג' שנים היינו דוקא היכא שהכותל ומקומו ידוע הוא לראובן בעדים והרמב"ם מיירי דאין הכותל ידוע לראובן אלא עפ"י הודאתו של שמעון וכדמשמע מלשונו שכתב בד"א כשהודה שאין הכותל זה שלו וכיון דאין ידוע שהכותל של ראובן אלא עפ"י הודאתו של שמעון לא בעינן חזקת שלש שנים וכמו שפסק הרמב"ם בהלכות טוען פרק י"א הלכה א' והטור והש"ע בסי' ק"מ יע"ש אבל אי קשיא לפי זה הא קשיא דאפילו בחזקת ג"ש לא מהנייא החזקה אלא למה שהחזיק דהיינו לקורה זו ומה שתחתיה ומקומה לא לכל הכותל וכמ"ש למעלה לדעת המפרשים אבל אי טוען שותף אני עמך בכל הכותל הואיל והניחו לנעוץ קורה זו ניחא דהשותף אינו למחצית

הכותל אלא או כל המקום של שניהם או כולו משל חבירו דכנס לתוך שלו ובנה אותו וכיון דהניחו לנעוץ קורה זו א"כ מכח שותפות בודאי דשותפים הם בכל הכותל וכתב ניהמניה בטענת מכר שמכר לו חצי כל הכותל במגו דאי בעי אמר שותף אני בכל הכותל הא לא קשה כלל דהני מיגו להוציא ומגו להוציא לא אמרינן דכיון שהודה לו שהוא שלו הו"ל הכותל בחזקת ראובן ועוד דטענת שותף גריעא מטענת לקוח דטענת לקוח ליכא מאן דמכחיש ליה אבל טענת שותף יביא עדים שכנס לתוך שלו ובנה ומש"ה לא הויא מגו דלא אמרינן מגו אלא היכא שהטענות שוים ודוק והרב ט"ז כתב וז"ל ודברי הרמ"א קשיא עלי וכו' ע"כ וכמדומה שלא ראה דברי הר' המגיד ז"ל ובמ"ש א"ש הכל על נכון ודוק:

סימן ז

שאלה יעקב שמת והניח שלשה בנות שרה ורבקה ולאה והניח אחריו חצר ובתים שבתוכה הידועים לו וראובן בן שרה תובע משמעון בן לאה שליש החצר והבתים הנז' שנתנה לו אמו אותם במתנה בהיותה בחיים ושמעון מוחזק בו ושמעון הנז' מוציא שטרות שעיקר קניית החצר ובתים הנז' זקנו יעקב קנה שליש החצר והבתים הנז' ולוי אחיו של שמעון מאמו קנה שני שלישים וכשמת לוי אחיו היה לה לאמו סך מסכי כתובתה והגבוהה ב"ד חלק לוי בחצר ובתים הנז' בעד סך הנשאר לה מסך כתובתה של בעלה הראשון אביו של לוי ומתה אמו לאה והוא ירשה ואותו שטר שהגבוהה ב"ד שני שלישי החצר והבתים הנז' אבד. והוא ואמו דרו בחצר הנז' שנים רבות מיום שמת לוי עד עכשיו וראובן משיב לו שכשמת לוי אחיו וכשקנה לוי אחיו החצר והבתים הנז' כבר אמו לאה היתה נשואה לאביו של שמעון שהוא בעלה השני ואיך אפשר שתנשא לבעלה הב' ולא תגבה כתובתה שהיה לה על בעלה הראשון כמנהג שאר האלמנות ועוד ששני שלישים והחצר והבתים לוי בנה קנה אותם אחרי שנשאת לבעלה הב' שהוא אביו של שמעון ומה לה לגבות כתובתה מנכסים שקנה בנה אחרי מות אביו ואם תאמר שהחצר והבתים הנז' קנה אותם לוי מדמי קרקע שהניח לו אביו מה נפשך אם סילקה שיעבודה לאה ללוקח מעל אותו קרקע א"כ אזדא לה שעבוד כתובתה מעל אותו קרקע ומדמיה ואם לא סילקה שיעבודה תלך ותגבה כתובה מלוקח שקנה קרקע שהניח בעלה ומה לה בקרקע זו שהניח בנה שהיא מקנת קניינו ולא נכסים שהניח לו אביו ועוד תיכף שמכר אותו קרקע שהניח לו אביו היה לה לגבות דמיה ולא להניחו שיקנה באותם דמים קרקע ותמתין עד שימות ותגבה אותה וחלילה לשום ב"ד לעשות כדבר הזה ועוד מאי שנא שטר זה שאבד מכל השטרות שנמצאו אתך ושמעון משיב לו שאיך בשטר של המתנה

שנתנה רבקה אחות אמי ללאה אמי חלק ירושתה מאביה מחצר ובתים כתוב בסדר הזה שיעקב היה לו בחצר ובתים הנז' שליש ונתנה רבקה חלקה מהשליש הנז' ללאה אמי ושרה אמך היתה באותו מעמד והודית לדבריה טען ראובן שכל הסדר שעשיתם בשטר המתנה הוא בערמה כדי להפקיע ירושת אמי משני שלישים של החצר והבתים הנז' ושרה אמי לא חששה להשיב על דבריכם והעדים שהעידו בשטר המתנה זו הם בעצמם העידו בשטר המתנה שנתנה לי אמי וסידרו הדברים היפך מזה שכל החצר הוא ליעקב אבל אמת הוא שמתחילה היה לו ליעקב שליש החצר דוקא אבל אחר שמת לוי גבה חלקו שהוא שני שלישי החצר בעבור מזונות וכסות שזן אותו מיום שמת אביו עד יום שמת הוא ושטר אביו הנז' היה בין שטרותיו שהיו הכל תחת ידי אמך והטמינה אותם שכל עזבונו תחת ידה היה כדי לטעון שקרים ושמעון משיב לו כיון שאני מוחזק בהבתים הנז' המוציא מחבירו עליו להביא ראיה ע"כ לשון השאלה:

תשובה לכאורה נראה דהדין עם שמעון ואין להוציא קרקע זו מידו דהיינו השני שלישים אלא בראיה ברורה וכן כתב הרמב"ם בפרק י"ד מטוען הלכה י"ב וז"ל כל חזקה שאין עמה טענה אינה חזקה וכו' ואעפ"י שלא טען אין מוציאים אותה מידו עד שיביא המערער עדים שהיא שלו עכ"ל ופסקו מרן ז"ל בשולחנו הטהור סי' קנ"ו סעיף ט' וכן ג"כ כתב הרשב"א בתשו' הביאה הב"י סי' ק"מ וז"ל והשיב דבר ברור שאין נתבע נזקק להשיב לתובע עד שיתברר שהוא בע"ד שכל הטוען שדה זו של אבי היה הודיעני מה אתה עושה בתוכו אין נזקקין לו אלא הנתבע משיב לו ברר דבריך שהיתה של אביך ועד שתברר איני נזקק להשיב דלאו בעל דברים דידי את וכו' ע"כ ומפשט דבריהם אלו נראה דהמחזיק אפילו שבועה לא בעי ואפילו חרם סתם לא בעי דהא לא קטעין מידי אלא שלא אמר לי אדם דבר מעולם ואינו טוען שהיא שלי ואילו בפרק י"א מטוען הלכה א' פסק הרמב"ם דאם לא הביא עדים שמעין שהיתה ידועה לו נשבע ראובן היסת ויעמוד במקומו וכן פסק הטור והש"ע ס' א' ונראה שאני התם כיון שהוא טוען שלך היתה ולקחתיה ממך דאיכא דררא דממונא דשלו היא משום הכי משביעינן ליה אבל כשאינו יודע שהוא שלו והחזיק בו מפני שלא אמר אדם מעולם לא שייך ביה שבועה ולא ח"ס והב"ח כתב בסי' הנז' סעיף י"א וז"ל אבל אם טען המחזיק לא היה שלך מעולם וכו' אין על המחזיק אלא חרם וכו' וצ"ע וא"כ בנדון זה שראובן זה אין לו עדים שהשני שלישים הם של אבי אמו אין לו שום טענה עם שמעון בן אחות אמו כלל ויכול לומר לו לאו בע"ד דידי את ואיני נזקק להשיב על תביעותיך אבל כד דייקת שפיר חזינן דמה שכ' הפוסקים דצריך המערער שיביא עדים שהיתה קרקע זו של אבותיו או שלו לא שיביא

עדים ויעידו מהיכן קנו אבותיו או הוא קרקע זו או שידע מי נתן להם אותה במתנה אלא ששה פנים יש בעדות העדים שיעידו שהיתה מקודם שדה זו של אבותיו או שלו וכל פן מהם בפ"ע שיעידו העדים עליו מצריך להמחזיק לברר מהיכן באה שדה זו לידו ואם לא בירר מפקינן השדה מידו ונותנים אותה להמערער:

הפן הא' שיביא עדים שיעידו שידעו בקרקע זו שהיא של אבותיו של המערער או שלו שקנה אותה או ניתנה לו במתנה מבעלים הראשונים:

הפן הב' שיעידו שאבותיו של המערער או הוא דרו בתוכה שני חזקה דהיינו ג' שנים קודם שבאה ליד זה המחזיק:

הפן הג' שיבואו עדים ויעידו שקודם שבאה ליד זה המחזיק היה פירסום בעיר שקרקע זו היתה של אבותיו של המערער או שלו ומנא אמינא לה מהא דכתב הרא"ש בתשובה כלל צ"ט בסופו וז"ל שאלה ראובן שהוציא שטר חוב על שמעון ואיך מוציא לי נכסי שיפרע מהם אלא בתים שלי מוחזק בהם וראובן טוען שאותם בתים מכרם שמעון הלוה ללוי אחר שנתחייב לו בזה השטר ולוי טוען לא היו דברים מעולם וראובן הביא עדים שאחר זמן זה החוב היה פירסום בעיר שהיו אומרים העולם שאותם בתים היו של שמעון שהיו קוראים איתם על שם שמעון זה הלוה. תשובה הדין עם ראובן כיון שיש לו עדים שאחר שנתחייב שמעון זה החוב היה פירסום בעיר שהיו אומרים העולם שאותם בתים היו של שמעון שאם לא תאמר כן נמצאת פוסל כמה שטרות ותדע שהרי בכל מקום הפירסום מועיל שהרי אמרו סוקלים על החזקות גם בנדון זה החזקה מועלת כיון שהיו מוחזקים בחזקת שמעון ע"כ הרי אעפ"י שלוי מוחזק בבתים וטוען שאינם של שמעון אלא קנאם מאיש אחר או משמעון קודם שלוה כיון שיש פירסום בעיר שהבתים של שמעון אחר שלוה מראובן מוציאים אותם מיד לוי ואפילו שלוי החזיק בבתים ג"ש אינו נאמן שלקחם הוא מבעלים הראשונים שהם אינם מעולם של שמעון או משמעון קודם שלוה מראובן שטענת לוי שטוען לא היו דברים מעולם שכתב הרא"ש אינה מפורשת מה היא ותתפרש על שני פנים שכתבתי או שלא קניתים משמעון אלא מאדם אחר או שקניתים משמעון קודם שליח ואפ"ה כיון שיש פירסום בעיר שהיו בתים אלו ידועים לשמעון אחר שלוה מראובן אינה מועלת לו ללוי החזקה שהחזקה היא מועלת שאותה קרקע שהחזיק בה ג' שנים בלי מחאה מורה שקנאה אבל אינה מועלת לו להאמין אותו באיזה זמן קנאה או ממי קנאה ובנדון הרא"ש אפילו את"ל שקנאה בעל חוב גובה הימנו ואין החזקה של ג"ש סותרת את הקול. וראיתי להב"י בסי' ק"מ מחו' ח' שכתב וז"ל וכתב עוד שאלת ראובן ירש מקום ישיבה של ב"ה מאבותיו ומחזיק בו היום ושמעון

בא ומערער לומר שהיה למורישו חלק בו והביא עדים ששמעו שהיה למורישו חלק בו. תשובה איני רואה ממש בעדות זו דבקול בעלמא אין מוציאים קרקע ממי שמוחזק בו וכ"כ הדרכי משה בסי' ק"מ וז"ל וכתב הרשב"א בתשו' דאם אין עדים רק קול בעלמא לא צריך חזקה דאין קול מוציא מידי חזקה אבל הרא"ש כתב וכו' עכ"ל ולענ"ד נראה דלא פליגי דהרשב"א מיירי כשהחזיקו הוא או אבותיו ג"ש דחזקת ג' שנים במקום עדים ושטר קיימא וסהדי מבטלין לקלא גם בחי' בתרא בשבע שי' המיוחסות דף ל"ז כתב וז"ל אמר לו לקוחה היא בידי לא מצית אמרת וכו' וכאן נמי כיון דאיכא קלא שהקרקע של יתמי היא כלומר שהכל יודעים שהיא של אביהם וכו' רבא בר שרשים צריך עדים וכו' עכ"ל עי"ש דבלא עידי חזקה אעפ"י שמוחזק בקרקע כיון דאיכא קלא דארעא ליתמי היא מוציאין אותה מידו מפני הקול גם הרמ"ה בספרו הנקרא יד רמה בפרק ח"ה דף מ"ו עמוד ג' בדיבור המתחיל רבא בר שרשום כתב וז"ל ושמעינן מהני וכו' דמאן דאכיל ארעא ואתי ונפק עליה קלא ארעא דפלגייא הוא דקא אכיל מחייבינן ליה לנתבע לאתויי ראיה דדידיה היא בעידי חזקה וכו' ואי לא אייתי ראיה מפקינן ליה מיניה וכו' יעש"ב וכן נראה ג"כ מדברי הרמב"ם בפרק י"א מטוען ובפרק ט"ו דנקט בלשונו הידועות לבעליהן וכו' והביא עדים שהיתה ידועה לו וכו' משמע דבידועה בפי הבריות שהיתה שלו סגי:

הפן הד' שיבואו עדים ויעידו דהוה מקריא האי ארעא בפי כ"ע בשמא דמערער או בשמא דאבוהי קודם שירד זה המחזיק לתוכה וכן כתב הרמ"ה בספר הנקרא יד רמה בפרק ח"ה דמ"ו ע"ג וז"ל והאי דינא דמאי דאייתי סהדי דאבהתיה היא הואיל ואתא לידן נימא ביה מילתא דמאן דמערער אארעא מחמת אבותיו ואיצטריך לאתויי ראיה דאבותיו היא לא צריך לאתויי עידי זביניה או דמתנה מחמת בעלים הא' ולא נמי חזקת שנים אלא כיון דאייתי סהדי דהוה מקריא האי ה על שם אבותיו בפי כ"ע בשמא דאבוה דכל מאי דהוה בעי למיקרי לה בשמא דמרא לא הוה קרי לה אלא בשמא דאבוה דהאי ואע"ג דלא מת מתוכה א"נ דאייתי סהדי דמת אבוה מתוכה וכו' ראיה היא לחיובי לנתבע דנחית לה בתר הכי לאתויי ראיה דהיינו עדים במאי נחית לה בתר הכי וכו' עכ"ל גם הרמב"ם כתב בפרק כ"א מהלכות מכירה הכ"א וז"ל ואם לא הביא ראיה זוכה הלוקח בזה שכל העם קוראים של ראובן וכו' וכן כל כיוצא בזה הלך אחר השם שהוא פשיט בפי הכל עכ"ל ופסקה מרן סי' רי"ח סעי' כ"ה יעו"ש:

הפן החמישי בדר בה המערער הוא או אבותיו יום א' מחייבין למחזיק לאתויי ראיה או עידי חזקת ג' שנים וכן פסק הש"ע בסי' ק"מ סעיף א' וז"ל קרקע בחזקת בעליו עומדת שקרקע הידוע לראובן בעדים היודעים שהיה בחזקתו אפי' יום א' והוא עתה בחזקת

שמעון וכו' וטוען שלקחו וראובן מערער לומר שהיא גזולה מידו נאמן וישבע שבועת היסת וניטל את שלו וכו' ע"כ גם הסמ"ע סק"א כתב וז"ל שקרקע הידוע לראובן בעדים שיודעים וכו' וכ"כ בתשובת הרשב"א דאפילו דאין העדים יודעים בודאי שהיתה של ראובן אלא שראו לראובן או לאביו דר בו מחזיקינן לו בשלו ומוציאין אותה מיד השני עד שיהיה לו חזקת ג' שנים או עידי קנין וכו' עכ"ל ותשובת הרשב"א הלזו הביאה הב"י בסי' קמ"ו מחו' ב' וכ"כ הריטב"א בתשו' הביאה הב"י בסי' זה סכ"ו והרב"ח הוסיף לומר שכן ג"כ דעת הרמב"ם בסיף פרק י"ד מטוען ע"כ אבל בלשון הרמ"ה שהבאתי בפן הד' סיים וכתב וכ"ז היכא דאייתי תובע עידי חזקת שלש שנים דחזקה במקום שטר קיימא בין לתובע בין לנתבע וכו' מ"ש דלא סגי בדירת יום א' אלא בעי חזקת שלש שנים ולא ידענא מנא להו להפוסקים הנזכרים דין זה דנימא מה שדר בה יום אחד הוא בשכירות ולא שהיא שלו וה' באר הגולה ציין על זה עובדא דאתא לקמיה רבי חייא שם דף מ"א ולדידי ליכא ראיה כלל דהתם אע"ג דאמרינן בדר בה קמא יום א' סגי מכל מקים שני הבא מכוחו דר בה שלש שנים ואילו הוה טעין בתרא מינך זבינתה ודרתי בה שני חזקה היה נאמן א"נ אי הוה טעין קמי דידי זבנה מינך נאמן אע"ג דלא דר קמא יום אחד אי נמי אי הוה קמא קמן וטעין זבינתה מינך נאמן אע"ג דלא דר בה יום כיון דהבא מכחו אכלה שלש שנים השתא נמי דליתיה לקמא קמן אנן טענינן ליה דטוענין ליורש וללוקח מאי דמצי מוכר למיטען והא דבעינן דר בה קמא יום אחד משום דלא טענינן ללוקח אלא היכא שיש רגלים לדבר ולאו מילתא דמיחזי כשיקרא ובדר יום א' איכא רגלים לדבר ולא מיחזי כשיקרא אבל שנאמר דדירת יום אחד מהני להוציא קרקע מיד מי שמוחזק בו לא מוכח משם מידי ועיין בשבע שיטות המיוחסות להרשב"א שפירש כן על ההיא עובדא גם הרמ"ה ז"ל כתב בההוא עובדא וז"ל הילכך אי אית ליה סהדי דדר בה ההוא דלקמיה חד יומא וכו' ואי לא לא טענינן ליה דלאו כלוקח דמי אלא כמאן דזבן מיניה מידי דידע דלאו דידיה הוא וכו' עכ"ל יעו"ש באורך וצ"ע וא"כ מה שכתב הרב"ח דכן הוא דעת הרמב"ם ממה שפסק בספי"ד מטוען להיא עובדא ליתא ודוק:

הפן הששי היכא דהביא עדים המערער שמת אביו מתוכה מחייבינן למחזיק לאתויי עידי חזקת ג' שנים או ראיה במאי נחית להאי ארעא וכן כתבו הרשב"א והריטב"א הביאם רב"י בסי' קמ"ו יעו"ש גם הרמ"ה שהבאנו לשונו לעיל בפן הד' כתב כן והביא סמך לדין זה מן הירושלמי יע"ש ולכאורה קשה כיון דבדירת יום א' לחודיה סגי א"כ למה לי מת מתוכה דבלא מיתה כיון דדר בה יום א' סגי ול"ל דמת מתוכה אע"ג דלא דר בה יום א' אלא שעה אחת מהני דהא דר בה יום א' נמי לאו דוקא אלא אפילו שעה א'

נמי מהני דהא עיקר ראייתם דבדירת יום מהני הוא מההיא עובדא דב"ב דף מ"ג דאתא לקמיה דרבי חייא ואמר ליה אי אית לך סהדי דדר וכו' ואפילו חד יומא אוקימנא ליה בידך כדכתב הרב בא"ה וההיא עובדא לאו דוקא חד יומא אלא אפי' שעה אחת נמי מהני כדכתב מור"ם בהגה"ה סי' קמ"ו סעיף י"ד והיינו משום דלא מספקא ליה לתלמודא אלא בנראה בו למוד אותו כמה אורכו וכמה רוחבו ומסיק רבא עביד איניש דסייר ארעא לא זבין אבל בנכנס שם לדירה אפי' שעה אחת הני וכמ"ש הרמ"ה להדייא וא"כ למה לי מת מתוכה ועוד הוא חוץ מן הסברא דמה מעלה ומורדת המיתה שיהא נראה ממנה שקרקע זו שלו ולא בשכירות והראיה שהביא הרמ"ה מן הירושלמי לדידי לאו ראיה היא והוא דגרס בירושלמי בכתובות בפרק האשה שנתארמלה אהא דקתני מתניתין ומודה רבי יאושוע וכו' ואם יש עדים שהיתה של אביו וכו' אינו נאמן בשלא אכלה שני חזקה אבל אם אכלה שני חזקה נאמן בשלא מת אביו מתוכה וכו' דאם מת אביו מתוכה היאך יכול לומר לקחתיה הימינו דהיינו מאביו הא מת מתוכה והוא דר בה ואם כן מה שסיים בירושלמי אבל אם מת אביו מתוכה אפילו לא אכלה שני חזקה נאמן טעות סופר הוא וצריך להגיה אפילו אכלה שני חזקה אינו נאמן ולא כנוסחאות שלפנינו דודאי מוטעים דאין לה קשר עם מה שלמעלה ומאי אבל דקאמר וכן כתב הגירסא הרב שדה יאושוע על הירושלמי יע"ש וכן מאי דמסיים בירושלמי כהדא ראובן אוכל וכו' והביא עדים שמעון שמת אביו מתוכה וכו' היינו שהביא עדים שהיתה של אבותיו ומתי מתוכה כדי לבטל טענת לקחתיה הימינו כדכתב הרמב"ן בתשובה סי' ה' יעו"ש:

ונראה דהא דדירת יום א' או מת אביו מתוכה מהני היינו דוקא דקיימא אותו יום ואותה שעת מיתה בחזקת שהיא שלו ומש"ה הטור והש"ע לא כתבו לשון דירת יום אלא כתבו שהיה בחזקתו יום אחד והיינו בחזקת שהיא שלו וכן במת מתוכה כתב הרמ"ה וז"ל א"נ דמת אביו מתוכה כגון דהוה קיימא ברשותא דאבוה בשעת מיתה בחזקת שהיא שלו עכ"ל וכ"ת א"כ למה לי דירת יום א' הא ביצא הקול שהיא שלו סגי ונראה דבקול לחודיה בלא דירת יום א' בעינן קלא דלא פסיק ובדר בה יום א' אפילו שפסק אח"כ מהני ושאר פוסקים דכתבו סתמא דר בה יום א' נראה דס"ל דכל שיש קצת ראיה לדבר לטענת המערער מחייבינן למחזיק לברר היאך בא לידו:

ובנדון דידן מלבד פן הא' כולהו איתנהו בנ"ד שיעקב אביהם דר בה כמה שנים יותר משני חזקה בחצר הנז' וזהו פן הב' וגם ידוע ומפורסם בעיר שקודם שמת יעקב היה ידוע ומפורסם בעיר שחצר זו היא שלו ואינם ידועים לחצר הנז' בעלים אחרים וזהו הפן הג' וגם שם החצר בפי כל העיר חצר יעקב וכשרוצים לקרותו קורין לה חצר יעקב הזקן

וזהו הפן הרביעי וגם פן הה' איתיה בכלל פן הב' שלא יום אחד דר בה כי אם שנים רבות ומת מתוכה יעקב וזהו הפן הו' וכתב דהא דמהני הנהו אנפי כל חד מהם לחודיה דאית ליה למערער לחייב למחזיק במאי נחית בהאי ארעא דוקא בשלא היה המערער שותף בהאי ארעא אבל בנדון דידן שיש לו להמערער חלק באותו חצר לא מהני ליה חד מהנהו ה' אנפי דאי משום שמת מתוכה שהוא הפן הו' נימא דמת בחלקו שהיה לו חלק באותו חצר וגם בפן הה' שדר בה יום א' נמי נימא הכי ומה שקורין לה בשמו שהוא פן הד' נימא הכי דמה שקורין לה בשמו הוא משום שהיה לו חלק בה וידוע הוא אצל הבריות יותר מהשותף השני וגם בפן הג' נימא הכי וגם בפן הב' דדר בה יותר משני חזקה לא מהנייא ליה דהואיל ויש עמו שותף בחצר שותף אין לו חזקה ונראה פשוט דודאי אם היו יורשי ן' דינה באים ותובעים חלק ן' דינה לא מהני ליה ליעקב הנהו ה' אנפי להפקיע חלק ירושתם בטענת שהגבו לו חלק ב"ד חלק ן' דינה בעבור שזן ופרנס אותו מיום שמת אביו עד יום שמת הוא ואפילו דר בחצר לבדו יעקב אחר שמת בן דינה יותר משני חזקה דשותף אין לו חזקה ומכ"ש שאר אנפי דודאי לא מהני ליה ליעקב לומר דשלו היא וכדכתב הרמ"ה ז"ל בספרו הנקרא יד רמה בפרק ח"ה פיסקא ל"ח המתחלת והאי דינא וכו' דע"ו ע"ד וז"ל ואמטו להכי מייתי מוכר סהדי דלאו דבי סיסין היא אע"ג דכ"ע קרו לה דבי סיסין תרי כמאה ומאה כתרי ואוקי ארעא בחזקת מוכר דהאי דידיה מעיקרא וכ"ש ראיה דמתקריא בשמא דפלניא לגבי סהדותא דסהדי דידעי דלאו דההוא דמתקריא בשמיה היא אלא דאיניש אחרינא היא וידעי היכי זכה בה ההוא אחרינא בקלא בעלמא לגבי סהדותא דסהדי דמי וסוגיין בכולא תלמודא דסהדי מבטלי קלא עכ"ל וזה אפילו באיניש דעלמא ומכ"ש לשותף לגבי השותף או יורשיו דלא מהני ליה כולהו ה' אנפי הנז"ל כיון שידוע שהיה שותף עמו אבל לגבי איניש אחרינא דלא איתברר דדידיה היא ובעלים הא' לא קמערערי מידי בפן אחד מה' פנים הנז"ל דאית ליה למערער מחייבין ליה למחזיק לברורי דדידיה היא דלא אית לך ארעא דלית לה בעלים קמאי והארבעה פנים הנז' כולהו לא מהנו לגבי בעלים הראשונים ואפ"ה לגבי המחזיק כל חד וחד מהנהו מחייב ליה למחזיק לברר דשלו היא דאע"ג דגבי בעלים הראשונים לא מהנו לגבי המחזיק מהנו לחייבו לברר באיזה אופן זכייה זכה בה או מחמתיה דהאי תובע או מחמת בעלים הראשונים ולא סגי שיאמר לו דלאו שלך היא אלא של בעלים הראשונים ואנת לאו בע"ד וכן כתב הרמ"ה בלשונו הנז"ל וז"ל הילכך אי מייתי נתבע עדים או ראיה וכו' או מחמת איניש אחרינא דאיתברר דהואי דידיה מעיקרא עכ"ל נמצא אע"ג דאיתברר דהית לאיניש אחרינא מעיקרא וזה אין לו אלא שמת אביו מתוכה או

דהוה שתקריא בשמיה דאבוה דמערער ולגבי בעלים הא' לא מהני מה שמת אביו מתוכה או דהוות מתקריא בשמא דאבוה עכ"ז לגבי המחזיק מהני לחיובי לברורי וכו' ודוק:

ועוד בר מן דין אע"ג דליכא חד מהנהו אנפי כיון דיעקב שותף בחצר והחצר אין בו דין חלוקה יכול לתבוע על הכל על חלקו ועל חלק חבירו וכפסק הרמב"ם בפרק שלישי מהלכות שלוחין הלכה ג' וז"ל אחד מן האחין שלא חלקו או מן השותפים שבא לתבוע תובע על הכל הואיל ויש לו חלק בזה הממון וכו' עכ"ל ופסקו מרן בסי' קכ"ב ס"ט וכ"ש בחצר דאין בו ד"ח דבכל מקום אשר תדרוך כף רגלה יש ליעקב חלק בו ואין ללוי בן לאה חלק מבואר בחצר הנז' דיכול יעקב או יורשיו לטעון על המחזיק באיזה אופן זכה בחצר הנז' ומה שטוען שמעון דאמו גבתה חלקו של לוי בנה בעבור חיב שהיה לה עליו מכתובתה ושטר היה לה ואבד ודרו הוא ואמו בחצר הנז' שנים רבות מיום שמת לוי עד עכשיו נראה דטענה מעלייתא היא וכמ"ש הרא"ש בסוף כלל צ"ח וז"ל ראובן תבע לשמעון אחיו חלקו מבתים שהניח אביהם וכו' ושמעון טוען וכו' והראה שט"ח על אמו בת"ש זהובים וכו' תשובה וכו' ושמעון אינו טוען שאביו מכרם לו וכו' או שקנאם מראובן אלא שטוען המחזיק בהם זו היא חזקה שאין עמה טענה וכו' וכן אם האם קיימת אין חזקתו חזקה אבל אם מתה האם ויש לשמעון עדים שאמו החזיקה בבתים חזקתה חזקה דכיון שמתה טוענין לכל הבא מכחה או יורש או לוקח כל מה שהיתה היא טוענת אם היתה קיימת והיא יכולה לטעון קניתי הבתים מבני והחזקתי בהם שני חזקה או ב"ד הגבו לי בנדונייתי או בכתובתי וכו' הילכך שמעון שיש לו שטר על אמו וכו' טוענין לו כל מה שהיתה יכולה אמו לטעון ויגבה ת"ש זהובים מנכסיה דכמו שטוענין ליורש וללוקח כך טוענין לב"ח שנשתעבדו לו הנכסים בחייה וכו' עכ"ל וכ"ש הכא דבחיים של אם טענה דב"ד הגבו לי כתובתי והחזיקה שני חזקה דנאמנת ותשובת הרא"ש הלזו יש לדקדק בה דנראה מדבריו דאם טען שמעון שקנאה מראובן והחזיק בהם שני חזקה היה נאמן ואמאי נאמן הא שותפים נינהו ושותף אין לו חזקה וכן נמי קשה במ"ש בסוף דבריו דכמו שטוענים ליורש וללוקח כך טוענים לב"ח ולקמן בכלל צ"ט כתב וז"ל תשובה מילתא דפשיטא היא וכו' דדוקא ליורש טוענין דיורש כרעא דאבוה והוא מוחזק בנכסים וטענינן ליה אבל ב"ח קיימא לן כרבא דמכאן ולהבא הוא גובה והוא בא להוציא ואינו יכול להוציא אלא בטענה ברורה וראיה ולא טענינן ליה וכו' יע"ש ול"ל דהכא הב"ח הוא יורש דלאו מכח ירושה קאתי ונראה דשאני הכא שהוא מוחזק בנכסים כמ"ש בשאלה יעו"ש ולקושיא א' נמי י"ל דהבתים הנז' היה בהם ד"ח ואפילו השותף יש לו חזקה ודוק:

אבל הצריך לדעת דאיזה זמן החזקה מועלת אם נאמר במה שהחזיקה אמו אחרי מות אביה יעקב דישבה לבדה בחצר היא ובנה כמה שנים הא כיון דהיא יורשת את יעקב עם אחותיה הויא שותף בחצר ושותף אין לו חזקה ואי קודם שמת יעקב דעדין לא היה לה חלק בחצר הרי כיון דיעקב היה דר בה עמה בחצר שהוא שותף לא עלתה לה חזקה וכמ"ש מהרש"ך בח"ב סי' קל"א וז"ל תשובה וכו' דאם אם לוי עמדה ודרה בבתים אחרי מות דן יותר משני חזקה טענינן ללוי שקנתה אמו משמעון אחרי מות דן וכו' איברא דכל אותם השנים שהיה דר דן הנז' ביחד עם לוי לא עלתה לה חזקה וכו' וא"כ יכול לומר שמעון כיון שבחלק דן אחי לא עלתה לו לא חששתי למחות ואעפ"י שכתב הרא"ש וכו' דנראה דאיתא לפלוגי מההיא דהרא"ש לנ"ד דבההיא כיון שהיה לוי לבד דר בכל הבית כאדם המחזיק בשלו היה לו לראובן הרואהו למחות וכיון שלא מיחה הפסיד וכו' אמנם בנ"ד שהיה דן דר עמה בבית אין לה מקום חזקה בשום חלק מהבית שדירת דן מעכבה שלא תחזיק בשום מקום אשר תדרוך כף רגלה בבית הנז' עכ"ל ונראה דלאו דוקא כשדר השותף עם המחזיק בבית הוא שאין לו חזקה אלא אפילו שלא דר עמו בבית כל שלא החזיק בכל הבית אלא בחציו לבד דר והחצי שדר בו כיון שאין בו ד"ח או אפילו שיש בו ד"ח ולא חלקו כיון שחלק השותף השני מעורב בו ואינו טוען שלקח משניהם אלא משותף האחד לא הויא חזקה דבכל מקום אשר תדרוך כף רגלו אמרינן זהו חלק שותף השני ואין ברירה. ואל תשיבני מתשובת הרא"ש שכתב לעיל דהיה שמעון דר עם אמו בחצר ואפ"ה יש לאמו חזקה דהתם שאני ששמעון אימר שכל הבית הוא לאמו והוא דר מחמתה בבתים הנז' וזה פשוט וברור דמשו"ה נתחכם שמעון לומר שהבית כולו לאמו ולא אמר שחלקו שירש מאביו הוא לעצמו וחלק ראובן הוא דוקא לאמו ויגבה הת"ש זהובים מחלק ראובן לבד משום דאי הוה שותף שמעון בנה עמה בחצר לא עלתה לה חזקה בחלק ראובן כיון שדר עמה שמעון בבית וכדעת מהרש"ך ז"ל ודוק ותירוץ זה מוכרחים אנו לומר אותו ג"כ בדברי מהרש"ך ז"ל שכתב באותה תשובה וז"ל אמנם אחרי מות דן וכו' אם עמדה רחל שני חזקה אין לספק דטענינן ליה ללוי היות שקנתה אמו הבתים הנז' אחרי מות דן וכו' ע"כ ולכאורה קשה דאפילו אחר מות דן הא לוי עצמו שהוא שותף עם שמעון חי הוא ודר עם אמו בחצר וא"כ אין לה לאמו חזקה בח' שמעון ומוכרחים אנו לתרץ ולומר כיון דלוי בא לירש את אמו ניחא ליה לומר שגם חלקו הוא לאמו וכנדון הרא"ש א"נ י"ל דאח"כ יצא לוי מן הבית וכמ"ש מהראד"ב סי' ה' והיא אמו לבדה יותר מש"ח ודוק:

וראיתי להכנה"ג חלק שני בשניות סי' קמ"ט בהגה"ט אות ג' שכתב וז"ל אבל הנכון לפע"ד לענין דינא שאפילו שאחד מן השותפים דר עם המחזיק בבית עלתה לו חזקה בח' השותפים האחרים ומנא אמינא לה מהיא דכתב הרא"ש וכו' ע"כ ולפי מה שכתבתי ליכא ראיה כלל וכנדנ"ק גם על מהראד"ב שכתב בסי' ס' וז"ל ואף על גב דלוי היה דר עם אמו ביחד בבתים אין טעם לומר דאגב לוי שדר שם שהיה לו חלק בבתים דרה אמו דבנדון הרא"ש שהבאתי למעלה היה דר שמעון ואמו וכו' ולא אמרינן אגב שדר שמעון שיש לו חלק בבתים מכח ירושת אביו דרה אמו וכו' עכ"ל יש לתמוה תמיהא זו דבנדון הרא"ש שמעון טוען שאין לו חלק בבתים וכדכתיבנא ודוק:

וראיתי להכנה"ג באות הנז' שכתב וז"ל בתשובת הרשב"א שהביא ב"י בסימן זה מחודשים ח' שהוא קרוב ממש לנדון הרא"ש לכאורה נראה דא"א לחלק כן דאותה תשובה מוכחא מילתא שהיתה אם לאה דרה בבתים עם בתה שכתב שאפילו לאה עצמה יש לה חזקה אם ירדה שני חזקה משמע דמעשה שהיה כך היה שגם לאה ירדה עם אמה שני חזקה ואעפ"כ כתב הרב ואעפ"י שאין לה חזקה על חלק לאה מפני שהיא אפוטרופא מ"מ על השותף יש לה חזקה אם לא מיחה מבואר מדבריו דאע"ג דאחר מן השותפים היה דר עם המחזיק בבית עלתה חזקה למחזיק בח' השותף האחד עכ"ל ואיני מבין דבריו דאיך אפשר לומר דלאה ואמה היו דרים ביחד דא"כ לאה דרה בחלקה ואמה דרה בחלק השותף וא"כ לאה על איזה חלק מהניא לה חזקתה דהא בחלקה דרה ואמה דר בח' השותף וכן אם לאה היאך אפשר לומר דיש לה חזקה בחלק ביתה אם לא היתה אפוטרופסא והא לא דרה בחלק ביתה אלא בחלק השותף כיון שהיא ובתה דרים יחד אבל הנראה לפרש דברי הרשב"א כשנדקדק בתחילת דבריו דלכאורה אינם מובנים דאיך קאמר דאפילו לאה עצמה יש לה חזקה כיון שירדה שני חזקה והשותף לא מיחה והא השותפים אין להם חזקה זה על זה כשידוע שהם שותפים והכא שותפותם ידועה בשטר וכמ"ש בשאלה דליכא למימר דהכא ביש בה ד"ח מיירי חדא דאפילו שיש בה דין חלוקה אי החזיק בחלקה במחלוקת היא שנויה וכמ"ש הטור בתחילת סי' זה ועוד דהוה ליה לפרושי:

אבל הנראה דהכא אם הם בתים שאין דרים בהם אלא לאה משכירתם לאחרים ואמה היא אפוטרופוס שלה שהיא הנושאת ונותנת בהם בנכסיה וא"כ היא ואמה חשיבי מוחזקים שניהם כל אחד מהם בכל הבתים הנז' יען שהיא משכרת אותם והאם ג"כ יען שהיא גובה כל השכירות וכל כה"ג אפילו בדבר שאין בו ד"ח חשיב כדבר שיש בו ד"ח ואפילו שותף יש לו חזקה כיון דדמי השכירות ראוים ליחלק וליקח אותם השותף לבדו

וכמ"ש הפוסקים וזהו שדקדק הרשב"א בלשונו שכתב והקרקעות נשארו ברשות לאה והשתא אתי כדברי מהרש"ך ז"ל וכל אחד מהם בין האם ובין הבת חשיבי מוחזקים בכל הקרקעות ודוק. ומ"ש עוד הכנה"ג וז"ל וצריך לומר וכו' לאה ואמה היו חלוקים בעיסתם וכו' דבריו אינם מובנים דמהרש"ך לאו מהאי טעמא קאתי עלה דאפילו דחלוקים בעיסתם קאמר לה מטעם דאין ברירה ומ"ש עוד הכנה"ג וז"ל ושוב אחר החיפוש וכו' מ"מ מתוך התשובה מוכח דאפילו היו בתים וכו' דעת שפתיו ברור מללו דאפילו היה אוכל השותף האחד עם המחזיק יש לו חזקה להחזיק כנגד השותף האחר ע"כ לא ידענא מאי קאמר דמהיכן ק מוכח לה דאפילו היו בתים וכו' גם מ"ש איברא שמדברי הרא"ש וכו' יש מקום לומר דסבירא ליה דאם לא היה המחזיק אוכל אלא החצי והשותף האחד החצי האחר לא עלתה לו חזקה ע"כ לא ידענא מאי קאמר דכיון דשכרו מן השותף הוי כאילו אוכל המחזיק החצי והשותף החצי והא דלא נקט אלא חלוקה הראשונה משום דנדון הרא"ש הוא בתים ואם היו דרים שניה ל"ל חזקה דמחזיק משום אין ברירה משא"כ נדון הרשב"א דהוא שדה ואכילת פירותיו יש להם בריר ומה שהקשה עוד הכנה"ג וז"ל ועוד יש לתמוה שא' מן הטענות אשר טען לוי בנדון מהרש"ך הוא שהדברים מוכיחים שהרי אמו ודן והוא השכירו הבתים לאברהם ולהם היה אברהם פורע השכירות ושמעון ידע בכל זאת ולא מיחה וכבר עברו שני חזקה דכיון שכן למה לא השיב הרב דממה שדרה בבית עם דן לא עלתה לה חזקה לחלק שמעון אבל ממה שהיתה לוקחת שכירות עלתה לה חזקה וכו' ע"כ נראה דלא קשיא הא דמיירי שלא לקחו השכירות ג' שנים ומה שכתב וכבר עברו שני חזקה על כל הזמן קאמר על הדירה ועל השכירות ומ"ש אבל נכון לע"ד שאף שאחד מן השותפים דר עם המחזיק בבית עלתה לו חזקה בחלק השותפים האחרים אף על פי שלא עלתה לו חזקה בחלק השותף הדר עמו כדמוכח מההיא דשכוני גוואי לכ"ע ומנא אמינא לה מההיא דכתב הרא"ש וכו' עכ"ל כבר לעיל דחיתי ראייתו זאת מהא דתשובת הרא"ש ז"ל יעו"ש גם מ"ש הכנה"ג וז"ל אכתי פש גבן תמיהא אחת בדברי מהרש"ך וכו' והוצרך להביא ראיה מההיא דשכוני גוואי ת"ל דלא עלתה לה חזקה לגבי בנה לוי וכו' לוי קטן היה וצריך לאמו ולא היו חלוקים בעיסתם וכיון דלא עלתה לה חזקה לגבי לוי לא עלתה לה חזקה ג"כ לגבי דן ושמעון ואולי בנדון מהרש"ך אחר שגדל לוי ויצא אל אחיו לדור בבית אחרת נשארה אמו בבתים והחזיקה שני חזקה אך קשה דאחר שתחילת דירתה שם בבתי בעלה היתה על לוי כשהיה קטן אעפ"י שהחזיקה שני חזקה אחר שהגדיל לא הוי חזקה עכ"ל ודברים אלו שגבו ממני דאי הוה קאמר מהרש"ך מטעם שהיה השותף שדר עמה קטן א"כ הוי משמע דאי הוה

גדול יש לה חזקה בחלקו ובחלק חבירו ואיהו בעי לאתויי ראיה דאפילו הוי השותף גדול כיון שדר עמה אין לה חזקה מטעם שדר עמה בבית וכיון שאין לה חזקה בחלק השותף שדר עמה גם בחלק השותף שאינו דר עמה אינה חזקה מטעם כיון שאינם חלוקים בדירה בכל מקום שדרה אמרינן זהו חלק השותף השני כיון דאין ברירה ואין לה חזקה בחלקו כיון דאין ברירה ואי אתי לה מטעם קטן או מטעם שאין חלוקים בעיסתם אעפ"י שאינו דר עמה אין לה חזקה בחלקו כיון שהוא קטן או אינם חלוקים בעיסתם והוה משמע דאפילו שאינו דר עמה אין לה חזקה בחלק השותף השני כיון שאין לה חזקה בחלקו מטעם שהוא קטן או מטעם שאינם חלוקים בעיסתם הכא נמי אין לה חזקה בחלק השותף השני אעפ"י שהוא גדול וחלוקה עמו בעיסתה וזה אינו דסברא זו כבר דחו לה הרא"ש והרשב"א בתשובה שתשובת הרא"ש שהביא הטור בסימן קמ"ט סעיף ג' כתב וז"ל שאלה לאדוני אבי הרא"ש ז"ל ראובן ושמעון יש להם בית בשותפות ולוי החזיק בו בפני ראובן ולא מיחה ושמעון לא היה בעיר אם תועיל חזקתו לגבי ראובן בחצי שלו שיאמר לא חששתי למחות הואיל ואין מועיל חזקה לגבי שמעון והבית עדיין בשותפות ואין ברירה תשובה לא ידעתי טעם למה לא תועיל חזקת לוי בחלקו של ראובן וכו' יעו"ש גם הרשב"א בתשובה שהביא הב"י בסוף סימן הנז' כתב וז"ל דאעפ"י שאין לה חזקה בחלק ביתה מפני שהיא אפוטרופא מ"מ על חלק השותף יש לה חזקה ולא קאמר מהרש"ך דאין לו חזקה בנכסי השותף האחר אלא כשהשותף דר עם המחזיק אבל אם השותף אינו דר עם המחזיק אעפ"י שהיה השותף קטן או אינו בעיר או שהיה המחזיק אפוטרופוס שלו כיון שדר בכל הבית המחזיק יש לו חזקה בחלק השותף השני שהוא גדול והיה בעיר דאינו אפוטרופוס שלו כיון שהחזיק בכל הבית לא שייך לומר אין ברירה דהחזיק בכל הבית גם מ"ש ואולי אחר שגדל לוי יצא מן הבית לא ידענא למה הוצרך לו' אחר שגדל דאפילו היה קטן ויצא מן הבית כיון שרחוק המחזיק בכל הבית אע"ג דלגבי הקטן לא מהניא חזקה לגבי השותף האחר מהני חזקת המחזיק אבל אי קשיא מדברי מוהרש"ך קשה מה שהק' לעיל דאפילו אחרי מות דן לא מהני לה חזקתה שדירת לוי מעכתה וכמש"ל:

סימן ח

שאלה יעקב שהיה לו בית ומערה תחתיו ונכנסים מר"ה להבית והמערה הנז' דרך פתח שהיה לו להבית הנז' מר"ה ומהבית הנז' יורדים למערה שתחתיו ומת יעקב וירשו נחלתו ראובן ושמעון ולוי בניו וראובן בנו קנה חצר סמוך להבית הנז' שהניח להם אביהם ועמד וסתם את הבית הנז' וסתם את הפתח שהיה לו דרך ר"ה והכניסו לתוך חצירו ובנה אותו

והוסיף בו דיורים ועשה את פתחו מהחצר שקנה אותה וגם עשה לו פתחים וחלונות על חצירו וגם סתם את הפתח שהיה מן הבית להמערה הנז' ועשה לו פתח מחצירו ועשאה בית תבשיל לחצירו ואחר זה בשנת הרעש לתפ"ק נחרבה חצירו ונחרב הבית הנז' ועמד ובנאם כבתחילה וגם בית מחצר אחרת הסמוכה לו וסתם את פתחו והכניסו לתוך הבית שירש אותו מאביו ועשהו כמו קוביה לפנים מן הבית והיה ראובן דר בחצירו ובבית הנז' ומשכירו לאחרים קרוב למ' שנה ואחר זה מת ראובן וחלי"ש וירשו בניו אחוזתו ועמד בן הגדול ומכר את חלקו לאחיו חתנו של שמעון וכל זה שמעון לא תבע את חלקו לא מאחיו ראובן ולא מבניו ויהי היום עמדו האחים בני ראובן וטענו זה על זה טענת גוד או איגוד וקם החצר הנז' ובתים שבתוכו לאחד מהם ובא שמעון אחיו של ראובן וטען שרוצה חלקו מהבית והמערה הנז' שהכניסם ראובן אחיו לתוך חצירו ואעפ"י שדר אחיו ראובן בבית הנז' ומשכירם לאחרים קרוב למ' שנה לא מפני זה הפסיד נחלתו ונחלת אבותיו יען שהשותפים אין להם חזקה זה על זה אפילו החזיקו כמה שנים:

תשובה לכאורה נראה שהדין עם שמעון יען שכבר מר"ן ז"ל פסק בחושן משפט סי' קמ"ט סעיף ב' וז"ל שדה של שני שותפים שאין בו דין חלוקה אף על פי שאכל אחד מהם בחזקתו כמה שנים הרי היא בחזקת שניהם וכו' עכ"ל ודין זה הוא פשוט ומוסכם לכל הפוסקים ובנ"ד נמי מסתמא לית ביה הבית הנז' דין חלוקה דרוב הבתים לית בהו דין חלוקה אבל מה שיש להסתפק בנ"ד הוא מה שבא בשאלה שסתר את הבית ובנאו והוסיף בו דיורים והכניס לתוכו דיורים מחצר אחרת וגם סתם את מוצאיו ומובאיו שהיו לו מקודם דרך ר"ה והכניסו הוא ומערה שתחתיו לתוך חצירו דכל כי האי גוונא מעכבי שותפים אהדדי דכיון ששתקו השותפים הנז' ולא מיחו מסתמא שמכר לו הבית והמערה הנז' דאי לא לא הוו שתקי ואפ' דכל כי האי גוונא אפילו שותפים מחזקי אהדדי בחזקת ג' שנים ואפשר עוד דכי האי גוונא אפי' לאלתר הוי חזקה והנה לענין סתירה והבנין כבר כתב הריב"ש בסי' רנ"ב וז"ל ועוד דהתם בעושי היזק אבל בנדון זה לא עשה היזק אדרבה היתה חורבה ובנאה ואם לצורך הבנין סתר על מנת לבנות אין זה מקלקל אלא מתקן ואדרבה מה שהוציא בבנין גורם לו שאין אכילת הפירות ראיה לחזקה כיון שלא עלה שכירות הבתים ליותר מהוצאת הבנין דקי"ל אפיק כורא ועייל כורא לא הוי חזקה עכ"ל הרי נראה להדיא מדבריו דאין הסתירה והבנין ראיה וחזקה לשותפים ומלבד דלא הוי חזקה לשותפים אלא גם לאיניש דעלמא אינם עולים ימי הבנין לתשלום שלש שנים של החזקה לסברת הרמב"ן הביאו הטור בחושן משפט סי' קמ"א ופסקו מרן ז"ל בסי' הנז' סעיף ח' וז"ל אם בנה אדם חורבתו של חבירו ג' שנים או שנה אחת משלש שנים לא

עלתה לו חזקה עכ"ל יעו"ש כן כתב הרדב"ז בסי' קי"א בחדשות וז"ל תשובה הדין עם שמעון דמצי למימר להכי לא מחיתי לפי שראיתי אותך בונה ומתקן את ביתי ואמרתי טוב לי שאשתוק ואוציאנה בנויה ומתוקנת והא ראיה מדאמרינן בגמרא מימר אמר כל שיבא ושיבא דכרבא ליעול בה וכתב עלה הר"ן ז"ל וז"ל מיהו שמעינן שהבונה חורבתו של חבירו אין שני בנין עולים לחזקה וכו' עכ"ל יעו"ש:

אבל מה שנראה מדברי הריב"ש ז"ל דגם לאחר ימי הבנין אם דר בה שלש שנים לא עלתה לו חזקה כיון שלא עלה שכירות הבתים ליותר מהוצאת הבנין דהוה ליה אפיק כורא ועייל כורא בזה לא נראו דבריו דהוא היפך סברת הרמב"ן ז"ל והר"ן ז"ל שהביאו הרדב"ז דמשמע מינה דדוקא ימי הבנין אינם עולים לחזקה אבל אכלה ג' שנים לאחר ימי הבנין אעפ"י שהוציא עליה כמה הוצאות ולא עלתה השכירות של ג"ש להוצאת הבנין הוי חזקה עיין לקמן ומה שהביא ראיה ממה דאמרינן בגמרא אפיק כורא ועייל כורא לא הוי חזקה לאו ראיה היא דכבר כתב הרשב"א בתשובה הביאה הב"י בסי' קמ"א וז"ל כתב הרשב"א בתשובה מסתברא לי שאם הוציא הקרקע כוחו אעפ"י שהוציא זה מצד אחר הוצאות עליו אין זה מנשמות הארץ ואם אי אתה אומר כן בטלת בזמן הזה כל החזקות עכ"ל יעו"ש והנראה לישב דברי הריב"ש דכוונתו לומר דההוצאה בבנין הוא מגרע כח חזקת ג"ש דטעמא דלא מיחה משום דיש לו להמחזיק עליו הוצאות ודמיא זאת לאפיק כורא ועייל כורא ונהי דבאיניש דעלמא שאינו שותף אינו מועיל האי טעמא לבטל חזקתי מ"מ בשותף דלא מהניא ליה חזקת ג"ש לחודה הבנין אינו גורם שתהיה חזקת ג"ש עם הבנין מועילה לו דאדרבה הבנין הוא מגרע החזקה ואינו מיפה אותה ודוק. אבל מטעמא אחרינא שהובא בשאלה יש לזכות ליורשי ראובן והוא מה שהובא בשאלה שראובן קנה בית מחצר אחרת וסתם את הפתח שהיה לו מאותו חצר ועשאו חדר לפנים מן הבית שירש אותו מאביו דכל כה"ג שותפי מעכבי אהדדי וכמ"ש מר"ן ז"ל בסי' קנ"ד וז"ל אחד מהשותפים בחצר שלקח בית בחצר אחרת אם יכיל לפתוח פתח לחצר השותפים שלו וכו' עכ"ל יע"ש וכיון שאפילו לחצר השותפים אינו יכול להכניס בית מחצר אחרת כ"ש לבית השותפים וכיון ששתקו ולא מיחו בודאי שמכרו לו אותי הבית הנז' עד שעשה לו כחפצו ורצונו דבכל מידי דקפדי שותפי אהדדי יש להם חזקה זה על זה וכדמוכח בתוס' דב"ב ד"ב בד"ה לפיכך אם נפל הכותל וכו' יע"ש איברא ראיתי למוהראד"ב בסי' קט"ו שנשאל על דין כיוצא בזה וז"ל שאלה ראובן ושמעון אחים שירשו בתים מיעקב אביהם וכו' גם ראובן הוציא הוצאות הרבה בחלקו וקנה קרקע מחצר אחר סמוך לחצירו וחיברו עם הבתים שירש מאביו והוסיף דיורים ובנה

בתים עליו וכו' והשיב וז"ל גם מה שטוען שבנה בתים והוסיף דיורים גם זו אינה טענה וכו' ולפי ההוא טעמא בנ"ד ג"כ אין חזקה לראובן דהוא הוסיף דיורים ולא עשה היזק אלא תועלת הרבה שהוסיף דיורים בחלקו ואע"ג דאיכא בנ"ד טעמא טפי שקנה קרקע אחר וחיברו עם אלו הבתים שירש מאביו ואפשר לומר דאם לא חלקו הבתים כל כי האי לא הוה שתיק השותף והיה מוחה מ"מ אין זה מספיק להעמיד חזקתו עכ"ל יע"ש הרי דכתב היפך מ"ש דאע"ג דהוסיף דיורים בחלקו וקנה קרקע וחיברו עם אלו הבתים שירש מאביו ועכ"ז כתב דאין זה מספיק להעמיד חזקתו וכ"ז נראה לכאורה דהוא היפך מ"ש אבל אחר מעט עיון נר' דאין שום סתירה מדבריו לדברינו דנדון מוהראד"ב הקרקע שקנה מחצר אחרת וחיברו עם אלו הבתים לא עשה בו שום בנין דיורים אלא הניחו קרקע כמות שהוא ובהאי גוונא שותפי לא מצו מעכבי אהדדי כיון שאין בה דיורים ומה שהוסיף דיורים ובנה בתים הוא בחלקו שירש מאביו ולא הכניסם ממקום אחר לבתים שירש מאביו וזה פשוט למדקדק בלשונו היטב ודוק. ואפי' אם תמצא לומר שהקרקע שקנה מחצר אחרת היה בי בתים או בנה בה בתים מ"מ גם מטעמא אחרינא יש לזכות ליורשי ראובן והוא מה שבא בשאלה שראובן סתר את מוצאי הבית והמערה הנז' ואת מובאיהם סתמם והכניסם לתוך שלו דכל שעשה כה"ג לא שתקי השותפים מלמחות ולולי שמכרו אותם לו וכן כתב מהרי"ט בחלק ח"מ סי' ס"ג וז"ל אע"ג דאמרינן בפרק חזקת גדר לא הוי חזקה דמימר אמר כל מידי דכרכא ליעול בה כלומר מאחר שמתקן ואינו אוכל מה איכפת וכתב הנ"י מהא שמעינן שהבונה חורבתו של חבירו אין שני בנין עולים לחזקה דמימר אמר הלואי כל מעותיו יוציא בבנין דהתם אותו הבנין שבונה בחורבה ראוי לבעל החורבה ויאמר הלואי כל מעותיו יוציא לצורכי אבל זה שבונה את החדר בתוך ביתו מידע ידיע שהוא מכניסה לתוך שלו והו"ל למחויי וכו' עכ"ל יע"ש והוא ממש כנ"ד:

גם מטעמא אחרינא יש לזכות ליורשי ראובן והוא מה שבא בשאלה שראובן הנז' היה משכירה לאחרים ולוקח השכר לעצמו והאחים הנז' טענו ותבעו הב"ד השכירות ביניהם דאעפ"י שהחצר אין בה דין חלוקה מעות השכירות רשאים הם לחלק וכיון שלקחם ראובן לעצמו קנה והויא חזקה וכן כתב מוהרי"ט בח"מ סי' כ"ו וז"ל אבל ממה שהיו פורעים השכירות לראובן ולא לשמעון בהא ודאי מוכחא מילתא ששלו היתה ועלתה לו חזקה דלא עביד איניש שיקח חבירו כל השכירות ושותק ואע"ג דאחר ששמע שמעון טעם זה חזר וטען שכ"ז שאמם קיימת היה משכירו לאחרים ולוקח השכר ואחרי מות אמם דר הוא בו ולא היה משכירו לאחרים אלא הוא עצמו ראובן דר בו מלבד כיון שהגיד

שוב אינו חוזר ומגיד ועורכי הדיינים למדוהו לחזור ולטעון כן אלא אפילו מקודם אמר לפני הב"ד דבר זה לא צייתינן ליה כיון שיש עדים שראובן הוא משכירו לאחרים בשמו ולוקח השכירות אינו נאמן שמעון לומר מחמת שהיה חייב לו לראובן היה מניחו ליקח השכירות לבדו דא"כ כל חזקות שבעולם בטלות בהכי והבונה חורבתו של חבירו והוציא עליה כמה הוצאות ואחר שבנאה דר בה או השכירה לאחרים ג"ש למה עלתה לו חזקה והלא יכול לומר המערער דהיינו טעמא שלא מחיתי בו תוך ג"ש מחמת שאני חייב לו הוצאות הבנין שהוציא עליה אלא ודאי דטעמא זו לאו כלום היא וכמ"ש מוהראד"ב בסי' קל"ה וז"ל וכתב אין עדות הבא בשאלה מספיק לעדי חזקה דאין עדים מעידים וכו' והשכירו מקצתם ומי יודע אם היו פורעים שכר לאחיהם וכו' זה ודאי אינו כלום דא"כ לעולם לא תמצא עידי חזקה וכו' אלא ודאי דכיון דיש עדים על הדירה די בזה ועל התובע להביא ראיה שהיה פורע לו שכר וכן מבואר בדברי הרמב"ם בפרק י"א מטוען וז"ל מפני שאומר לשמעון אם אתה טוען שלא מכרת ולא נתת למה הוא זה משתמש בקרקעך ואין לך עליו לא שער שכירות ולא שטר משכונא ולא מחיתי בו ע"כ ומ"ש דעליו להביא ראיה או שטר שכירות דבעדים שדר בו בלי שום ערעור מהני עכ"ל ואע"ג דהיה חייב שמעון לראובן ממקום אחר בשטר או מצד הוצאה בעדים שהוציא על הבתים היה לו למחות או לכתוב עליו שטר שכירות או שטר משכונא וכדכתב הרמב"ם ז"ל ודוק. ואינו יכול המערער לומר לפירות הורדתיו מפני ההוצאה שהוציא על הבתים וכדכתב הטור והש"ע בסי' קמ"ב וז"ל והני מילי בתוך שלשה אבל אם יטעון לאחר שלשה לפירות הורדתיו אין שומעין לו והיא גמרא ערוכה בפרק חזקת דל"ה משום דהוה ליה למחויי וכן כתב הרמב"ם בפרק י"א מהלכות טוען ה"ב וז"ל אבל אם הביא עדים שאכל פירות קרקע שלש שנים וכו' מפני שאומרים לו לשמעון אם אמת אתה טוען שלא מכרת ולא נתת למה היה זה משתמש שנה אחר שנה בקרקעך ואין לך עליו לא שטר שכירות ולא שטר שכונא ולא מחית בו עכ"ל וכמו שנכתוב בס"ד משם מוהראד"ב סי' קל"ה:

גם מטעמא אחרינא יש לזכות ליורשי ראובן והוא מה שבא בשאלה דכשמת ראובן באו מעלת הב"ד ושמו כל נכסיו כדי להוציא מהם עישור נכסי לבתו ומכללם שמו החצר ובתים שבתוכה כולם הם והבית הנז' והמערה הנז' שהיא עשויה ב"ה להחצר הנז' ואילו לא היו הב"ד יודעים שהבית הנז' והמערה הנז' הם לראובן לא היו שמים אותם בכלל נכסיו יען שהב"ד יודעים שמעיקרא הבית הנז' הם ליעקב אבי ראובן ומנא אמינא לה מהא דאיתא בב"ב בפרק א"ה אחד מן האחים שהיה נושא ונותן בתוך הבית והיו אונות ושטרות יוצאים על שמו וכו' אמר רב עליו להביא ראיה וכו' ראיה במאי רבא אמר ראיה

בעדים רב ששת אמר ראיה בקיום השטר ע"כ וכתב רש"י וז"ל בקיום השטר שכתבו לו ב"ד הנפק על שטר זה וכיון דקיימוהו ב"ד בדקו השטר וחקרו העדים ועמדו על אמתת הדבר ואע"ג דלא קיימא לן כרב שעת אלא כרבא דאמר ראיה בעדים היינו משום דדייני הקיום אין צריכים לידע מה כתיב בשטר אבל הכא ששמים את נכסיו בנים כדי ליתן מהם עישור נכסי לבת אילו לא ידעו שהם נכסיו לא היו שמים אותם. ועוד דכל מעשה ב"ד קלא איתי ליה והוי כמי שמכרו אותו הבית והמערה לבנים בפרהסיא ומלבד זה כיון ששמעון ולוי הם אחי אביהם והם תדיר מפקחים זה על זה לגבי דידהו הוי פרהסיא ואילו לא מכרו אותה לראובן אחיהם לא הוו שתקי ולאלתר הוי חזקה כמו שנכתוב לקמן משם הרשב"א ז"ל:

עוד נראה לי טעמא אחרינא לזכות ליורשי ראובן והוא מה שבא בשאלה שיהודה חתנו של שמעון קנה חלק זבולון אחיו בחצר והבתים הנז' ואילו לא מכר שמעון לראובן אחיו אביו של יהודה היאך היה מניחו לחתנו לקנות דבר שיש עליו ערעור ועוד היאך היה רואה שמוכרים את שלו והוא שותק וראיה לזה ממ"ש הרשב"א הביאו הב"י בסי' קמ"ו מחודשים ו' על אלמנה שהיו לה שני בנים וכו' אלא שיש לומר דכל שהיה שמעון במקום שידע שמכרה האם לראובן אחיו וכו' זו ראיה ופסקו מורם סי' הנז' סעיף יו"ד וכתב עליו הסמ"ע ס"ק כ"ג וז"ל מוקמינן הקרקע בחזקת הלוקח מלשון הנז' זו וסדרה וטעמו מש' אפילו לא החזיק בה הלוקח שלש שנים מחזיקנן בידו עכ"ל ואפילו לסברת החולקים על הרשב"א היינו מטעמא דיכול לומר הראשון נוח והשני קשה הימינו ולגבי חתנו ובני אחיו לא שייך האי טעמא ועוד דחתנו הרי הוא כבנו ולא היה מניחו לקנות ולירד עמו אח"כ בדינא ודיינא:

עוד נראה לי טעמא אחרינא לזכות ליורשי ראובן והוא כיון שהחזיק ראובן ובניו בבתים הנז' קרוב לחמשים שנה והוציא עליהם כמה הוצאות ונהרסו בשנת הרעש וחזר ובנאם עד שכמעט בדור הזה נשתכח שם הדבר מעל הבית הנז' שהוא של יעקב ואחד מעיר ושנים ממשפחה מי שיודע דבר זה ובכ"ז הנז' לא נשמע מפיהם שום מחאה ולא באו חשבון על ההוצאות לא עם ראובן ולא עם בניו בודאי הגמור שמכרו את חלקם לראובן אחיהם וכדאי הוא בעל העיטור ז"ל לסמוך עליו בנדון כזה שהביאו הטור בסי' קמ"ט וז"ל האחים אינם כשותפים ומחזיקים זה על זה עכ"ל ואעפ"י שכל הפוסקים כתבו שהיא סברא יחידאה ואין לנו לסמוך עליו מ"מ מצינו ראינו להרב מוהרשד"ם ז"ל בחתימתו למוהראד"ב סי' קל"ה דימה אותו סעיף לנ"ד וא"כ בנדון דידן דהסברא מכרעת ונותנת מדשתקי האחים כולי האי בודאי שמכרו את חלקם כדאי הוא בעל העיטור והטור

שהביאו מבלי שום חולק לסמוך עליו בנדון כזה וצור ישראל יצילנו משגיאות ויראנו מתורתו נפלאות:
הצעיר **שאול עזרא דויך הכהן** ס"ט

סימן ט

א) **יש** לחקור אם הלך אחד למדינת הים ועמד אחד ופירנס את אשתו אם חייב הבעל לפרוע לו דמי מזונותיה או לא. ב) וכן יש לחקור אם יש חילוק בין אם כשפירנסה קודם שפסקו לה הב"ד דמי מזונותיה או אחר שפסקו לה הב"ד שיעור מזונותיה. ג) וכן יש לחקור אם יש חילוק בין אם כשפירנסה פי' לה בפי' שמחמת מזונות שחייב לה הבעל הוא מפרנסה ובין אם פירנסה בסתם. ד) וכן יש לחקור אם יש חילוק בין אם פירנסה בסתם ובין ששלח והודיע לבעל שהוא אדעתא לאשתלומי הוא מפרנסה ולאו בתו' מתנה. ה) וכן יש לחקור אם יש חילוק בין אם היה המפרנס איש נכרי או היו אביה ואמה. ו) וכן יש לחקור אם יש חילוק בין המפרנס אשת חבירו למפרנס אלמנת חבירו. ז) וכן יש לחקור אם אחר שפירנסה משלו אם תפס מנכסי צ"ב שלה מהני תפיסתו או לא. ח) וכן יש לחקור אם תפס אחר שפירנסה מנכסי בעלה אם מהני תפיסתו או לא. ט) וכן יש לחקור אם אחר שפירנסה זה עמדה ולותה ממקום אחר ופרעה לו דמי מזונותיה אם מחויב הבעל לשלם הלואה זו או לא. י) וכן יש לחקור אם הוא לא תפס מעצמו מנכסיה אלא שהיא נתנה לו מנכסיה שיעור מה שזן אותה או נתנה לו מנכסי בעלה שיעור דמי מזונותיה אחר שזן ופירנס אותה אם יכול הבעל להוציא מידו או לא. יא) וכן יש לחקור אם מכרו מנכסי צ"ב שלו או מנכסי בעלה או משכנה אותם אצל אחרים ולקחה המעות ונתנתם לזה שפירנסה אם יכול הבעל להוציא מיד הלקחות או לא. יב) וכן יש לחקור ג"כ אם היה זה המפרנס חייב חוב לאשה או היה בידו פקדון ממנה בשעה שפירנסה אם איבד את מעותיו או לא. יג) וכן יש לחקור ג"כ אם היה חייב זה המפרנס חוב לבעל או היה בידו פקדון לבעל בשעה שפירנסה אם איבד את מעותיו או לא ואם יש חילוק בין אם נתן לידו הפקדון בעצמו שהיה בידו משל הבעל או אם נתן לו מעות ממנו על סמך אותו פקדון וכן אם יש חילוק בין אם אית ליה נכסי לבעל בעיר הזאת או לית ליה נכסי. יד) וכן יש לחקור אם לותה מאחר לצורך פרנסתה אם מחייב הבעל לשלם או לא ואם צריך עדים על הלואתה וכמה היתה צריכה ללות לצורך מזונותיה או לא וכן יש לחקור אם מכרה ומישכנה למזונותיה שלא בעדים אי מהני או לא ואם לא לותה בפי' אלא בקשה ממנו שיפרנסנה אי חשיב כאילו לותה או לא. טו) וכן יש לחקור אם הבעל ציוה עליו לפרנסה אי מהני או לא וכן אם הב"ד אמרו לו עמוד ופרנס וכשיבא הבעל

נחייבנו לשלם אם מהני או לא וכן אם אחר שפירנסה אמר לו הבעל שישלם לו אם מהני או לא או אם פרעו הבעל כסבור שחייב לפרוע ואח"כ נתברר לו שהוא פטור אם יכול לחזור עליו או לא:

תשובה לחקירה א' דאם הלך א' למדינת הים ועמד אחר מדעתו בלי ציוי הבעל ופירנסה לאשתו בעבור מזונות שחייב לה הבעל דבר פשוט דאיבד את מעותיו ואינו יכול לחזור ולתבוע מהבעל מה שהוציא עליו והוא מדאיתא בכתובות בפ' שני דייני גזירות במשנה דק"ז מי שהלך למ"ה ועמד א' ופירנס את אשתו חנן אומר איבד את מעותיו וכו' אמ"ר יוחנן ן' זכאי יפה אמר חנן הניח מעותיו על קרן הצבי ע"כ ואפסיקא הלכתא שם בש"ס דק"ט א"ר זירא שני דברים שאמר חנן הלכה כמותו וכיוצא בו ופסקוה כל הפוסקים ז"ל יעוין עליהם:

וגם לחקירה ב' דאם הלכה האשה לב"ד ופסקו לה דבר שיעור מזונותיה ועמד זה ופירנסה ג"כ מדעתו בלי בקשת האשה ובלי ציוי הבעל אם מחויב הבעל לשלם לו או לא לכאורה היה נראה דחייב הבעל לשלם דטעמא מאי אמור רבנן דמי שהלך למ"ה ועמד א' ופירנס את אשתו דאיבד את מעותיו משום דיאמר לו הבעל דמה לך לפרנסה אם לא היית מפרנסה היתה מצמצמת אבל בכאן שבאת לב"ד ופסקו לה מזונות גילתה דעתה שאינה רוצה לצמצם אבל כד דייקת שפיר נראה דהא לאו טענה היא והוא מדאיתא שם בתו' בד"ה הא מני חנן וכו' אע"ג דבפסקו לה הב"ד מזונות איירי דאי לאו לא הוה מחייב לכ"ע שאף לאשה עצמה לא הוה מחייב בלא פסק ב"ד עצמו מכל מקום היתה מצמצמת דלא ליקרו לה רעבתנותא עכ"ל הרי מוכח מדבריהם להדיא דאע"ג דפסקו לה הב"ד מזונות קאמר חנן דאיבד את מעותיו ובלא פ"ד אפי' כהנים גדולים מודו לחנן דאיבד את מעותיו והביא דבריהם אלו הרא"ש ז"ל בפסקיו יע"ש גם יש להביא ראיה מדבריהם שכתבו לשם דק"ז בד"ה ואם בא ואמר צאי מעשה ידיך במזונתיך וכו' התם נראה שפסקו לה הב"ד מזונות קודם שלותה ע"כ הרי נראה דאע"ג דפסקו לה הב"ד מזונות לא מחייב הבעל לשלם אלא א"כ לותה הא לא"ה לא מחייב הבעל לשלם אע"ג דפסקו לה הב"ד מזונות ואע"ג הרא"ש ז"ל פליג עלייהו במאי דקאמרי דלא מחייב הבעל בלותה אלא א"כ פסקו לה הב"ד וס"ל דאם לותה אע"ג דלא פסקו לה הב"ד מחויב הבעל לשלם מ"מ במאי דקאמרי דאינו חייב הבעל לשלם אם פסקו לה הב"ד ולא לותה לא פליג עלייהו דאפושי פלוגתא לא מפשינן כולי האי ועוד דדבריו מוכיחין שכתב וז"ל והתו' כתבו דוקא אם לותה אחר שפסקו לה הב"ד וכו' ומפרשי דמתני' דחנן וכו' מיירי כשפסקו לה הב"ד תחילה ופשטא דמתני' לא מש' כי דאיירי דוקא כשפסקו לה הב"ד

וכו' נראה לה הדיא דלדידיה מיתוקמא מתני' בכל גוונא בין בפסקו לה בין בשלא פסקו לה ואפ"ה לחנן איבד את מעותיו כשלא לותה ועוד ג"כ כשסתר דבריהם וכת' הילכך נראה דאם לותה בעדים אף בלא הפ"ד חייב לפרוע לה כתב ואם פסקו לה הב"ד אע"ג דלא לותה חייב לשלם דנראה דבהא מודו להו להתו' ז"ל ולא פליג עלייהו אלא בחדא דהיינו באם ליתה בלא פסיקת הב"ד וכן מצאתי ג"כ להרב התשב"ץ ח"ג סי' פ"א וז"ל נראה שהוא פטור מתביעתה לפי שאפי' פסקו לה הב"ד מזונות אינו חייב לתת לה כלום אלא כשפסקו לה הב"ד ואח"כ לותה בעדים והעדים יודעין כמה היא צריכה ללוות ע"כ הרי מבואר כמ"ש ואעפ"י שכת' מר"ן ז"ל בתשו' א"ה סי' י"ו וז"ל גם מה שהשיבה על מה שטען לפטור עצמו מדקי"ל כחנן שאמר איבד את מעותיו מפני שבנדון דידן שעל פי ב"ד הוציאו מה שהוציאו מודה חנן דטענה טובה היא דהו"ל כאילו ב"ד לוו ממנו והוציאו עליו דהא שליחותא דב"ד קא עביד וכו' עכ"ל לא דמי לנ"ד דשאני התם דלאו דוקא ב"ד פסקו לה מזונות אלא דגם ציוו לו לפרנסה כדמוכח לשון השאלה דאמרו ב"ד לאביה ואחיה לכו והוציאו עליו ואנו נחייבנו לפרוע דהוי ממש כשלוחי ב"ד משא"כ אם לא ציוו לו לפרנסה אלא דוקא פסקו לה הב"ד כמה היא צריכה דפשיטא דפסיקת הב"ד לא מעלה ולא מורדת דלא עדיף פסיקת הב"ד מחוב דעלמא דקי"ל הפורע חובו של חבירו דפטור משום דהוי כמבריח ארי מנכסי חבירו והוצרכתי לכל זה מפני שראיתי להרב דבר משה ח"א חא"ה סי' מ' שהביא דברי הרב משפטי שמואל סי' ל"א וז"ל ומסייע להו הרב מ"ש שנשאל על אלמנה וכו' עוד טוענת האלמנה שהיא חייבת למזונות ק' פרחים ויותר שתובע אביה ממנה וכו' וע"ז השיב הרב ז"ל שם ועל ענין שאלת המזונות אשיב כי לא פירשת בשאלה איך הלכה בבית אביה לעמוד שם אם טענה האלמנה שאינה רוצה לעמוד עם היתומים ויתנו לה מזונות בבית אביה וכן לא פי' אם עמדה ג' שנים ולא שאלה מזונות שאז י"ל שויתרה לשעבר וגם לא פי' אם אביה תובע המזונות שפיזר בעדה ואם מהיתומים תובעת כבר כתבתי שיש כמה טענות שבילה שאם הלכה בבית אביה ברשות א"כ למה לא תקח מזונות כפי מה שישערו ב"ד ואם היא עניה ולא תבעה או עשירה כבר ויתרה לעבר הנה למדנו מדברי הרב ז"ל תרתי חדא דדוקא אם הלכה האלמנה ברשות אביה ברשות וכגון שאמרו שאינה רוצה לעמוד שם עם היתומים וטענה שיתנו לה מזונות שם בבית אביה אזי תקח מזונות כפי מה שישערו ב"ד אמנם אם הלכה שלא ברשות לבית אביה ולא אמרה כלום ליורשים ואביה פירנסה בסתמא לא גרע מדין הלך בעלה למ"ה ועמד אחד ופירנסה דהניח מעותיו על ק"ה וה"ה אם עמד אביה ופירנסה וכו' זאת שנית דאף אם לא פירנסה אביה בסתמא אלא שפירנסה היא

את עצמה ממציאתה וכו' כיון דעברו ג' שנים ולא תבעה מזונות מהיורשים אף שהיה עשירה איבדה מזונותיה עכ"ד ונראה מדבריו ז"ל דכל שנתנו לה הב"ד רשות ופסקו לה מזונות לא הוי דינא כמי שהלך למ"ה דאיבד את מעותיו אלא חוזר וגובה מן היתומים או מן הבעל ואיני מבין טעם בדבריו כלל דאם יהבו ב"ד רשות לאשה שתלך ופסקו לה דמי מזונותיה מאי מעלה ומוריד לגבי האב כלל כיון דלדידיה ליכא מאן דקאמר ליה שיזון אותה אלא הוא מעצמו עמד וזנה ובודאי דלא עדיף מפורע חובו וכמו שהוכחנו לעיל ועוד דאין דברי הרב מ"ש סובלים זה דהרי כת' לשואל דאין שאלותיך מבוררות דלא פי' בשאלה אם הלכה ברשות ב"ד או לא וכן לא פי' אם עמדה ג"ש וגם לא פי' בשאלה אם אביה תובע דמי מזונות וכו' וע"ז קא משיב ואם מהיתומים תובעת נראה דהיינו לא נחית עכשיו לתביעת האב כלל ואם כן אם האב אינו תובע [מה לה היא לתבוע מהיתומים כיון שכבר נתפרנסה והלכה לה ולא לותה מאדם שום דבר] וטענת דהניח מעותיו על ק"ה לא שייכא לגבי דידיה כלל ואם כונתו לומר ואם מהיתומים תובעת דהיינו בעד אביה שהם מחויבים לאביה ותובעת היא בעדו וע"ז קאמר שאם ברשות ב"ד וכו' דהיינו שלא הפסיד אביה את מעותיו א"כ מאי קאמר אח"ז ואם היא עניה או עשירה ויתרה הרי דמי המזונות אינם שלה אלא לאביה ולגבי אביה מה שייך ויתור והוא עצמו נזהר מזה וא"ת דקאי אנתפרנסה ממציאתה וזה אין במשמעות דברי המ"ש כלל ואם נפשך לומר דכונת הרב מ"ש ג"כ דהלכה ברשות ב"ד לבית אביה ואמרו לו לאביה הב"ד שיפרנסנה ומ"ה פקעה לה טענה דהניח מעותיו על קרן הצבי דשליחותא דב"ד קא עביד וכמ"ש מר"ן ז"ל בתשו' א"ה שהבאתי לעיל זו א"א חדא דמלשון השאלה לא מש' הכי אלא ועוד אמאי קא פטר להו הרב מ"ש לקמן להאלמנה והיתומים מתביעת האב משום דמחל הרי כיון דבציווי הב"ד פירנסם לאו בתו' מחי' קא יהיב להו ועוד דעדין קו' אחרונות במקומם עומדות אבל הנראה מ"ש הרב מ"ש שאם הלכה ברשות הכונה היא דאם שלא ברשות צריכה שומא דמי מזונותיה ויתרו לה שיעור ברכת הבית אבל אם הלכה ברשות ב"ד ודאי שפסקו לה הב"ד כמה היא צריכה ואינה צריכה עכשיו שומא כלל וזה פשוט אבל אי קשיא בדברי הרב מ"ש הא גופא קשיא והוא דאמאי לא פטר להיתומים מתביעת האשה מטעם דמי שזן אשת חבירו הניח מעותיו על קרן הצבי דהוי מבריח ארי מנכסי חבירו ואפי' האשה עצמה אינה יכולה לחזור ולתבוע מהבעל כיון שכבר נמחל שיעבודא שיש לו על בעלה וכמו שאוכיח כ"ז בס"ד לקמן בראיות ברורות ודוקא אם לותה כתוב בפוסקים שחייב לשלם הבעל דהמלוה תובע לאשה והיא תובעת לבעל אבל בלא לותה לית לה לאשה חיובא על הבעל כלל כיון שכבר נתפרנסה והלכה וה"נ באלמנה דכוותה

דלכאורה ליכא חילוק ביניהם כלל ואם נפשך לומר דס"ל להרב מ"ש כס' הרשב"א ז"ל הובאה בהר"ן ז"ל בפ' שני דייני גזירות דדוקא במפרש שמחמת מזונות שחייב לה הבעל הוא נותן לה הוא דאמרינן איבד את מעותיו אבל אם זן אותה סתם חוזר וגובה לפי שכל המפרנס סתם אינו מפרנס בתו' מתנה אלא בתו' הלואה ונמצא שהיא חייבת לו ומי שפירנס אותה גובה ממנה והיא גובה מבעלה וכו' יע"ש דמלבד ודאי שאין זה כונתו שכל כה"ג איבעי ליה לפרושי ועוד שס' הרשב"א הלזו היא דחויה מכל הפוסקים ואיך סמך עליה בסתם ועוד שהיה לו להוכיח מקודם אם האשה חייבת היא לאב או לא כמו שנסתפק הוא עצמו אח"ז וז"ל אמנם ראוי לחקור חקירה אחת לזכות היתומים והאלמנה וכו' ואחר שיוכיח שהיא חייבת יחייב ליורשים מטעמא דהרשב"א ז"ל דאם היא פטורה גם היורשים פטורים כיון דבתו' מתנה קא יהיב לה ונסתלק שיעבוד מזונותיה שיש לה על היורשים עוד יש להקשות על דבריו ג"כ שכתב וז"ל אמנם ראוי לחקור חקירה א' לזכות היתומים והאלמנה אם האב שפירנס לה ביקש שום דבר משום אדם וכו' ואולי מחל וכו' א"כ אם ראובן זה אמיד וגם רגילות אז פטורים מלשלם עכ"ל דמש' מדבריו אלו דאם אינו אמיד האשה חייבת ליתן לאביה דמי פרנסתה והרי מפו' יוצא מדברי ה"ה בפ' י"ב מה' אישות שאפי' למאן דאמר דהמפרנס את חבירו סתם חייב המפרנס אח האשה פטורה שכתב וז"ל וכן אין לומר בזה שישתלם לפי שההנה את האשה וזן אותה לפי שהיא כבר היה לה מי שהיה מחויב לזונה והוא הבעל ואילו לא זן אותה זה היתה מתפרנסת מן הבעל או היתה לוה ואוכלת והוא פורע נמצא שאינו מביא לה שום תועלת מחודש וכו' ואפשר שדינו של הרב ז"ל קיים במי שזן ופירנס איניש דעלמא שחוזר ומשתלם ממנו אבל בא"א וכיוצא בו לא עכ"ל הרי מבואר להדיא דהזן לא"א כיון דהיה לה מי שיפרנסנה והוא עמד ופירנסה פטורה וכן באלמנה דמאי שנא דאלמנה נמי מזונותיה על היורשים וגם הרשב"א בעצמו לקמן בע"ה אוכיח מדבריו דמודה דהאשה ליכא עלה שום חיובא כלל וראיתי להרב דבר משה ח"א סי' מ' שו"ת א"ה שנתעורר ע"ז ע"ש וביותר קשה קושיא ס' זאת על הרב מוהרש"ך ח"א סי' קל"ב שנשאל על נדון זה דהרב מ"ש ז"ל וכתב וז"ל ומה שטוענת האלמנה שהיא חייבת יותר ממאה פרחים שתובע ממנה אביה בעד מזונותיה מילתא דפשיטא היא שאם פירנסה שלא איבד את מעותיו והרוצה לעמוד בעיקרן של דברים יעיין בהמ"מ בפי"ב מה' אישית שם האריך בכל הפרטים דשייכי לדין זה וכל מה שכת' שם הוי דוקא במפרנסה בחיי הבעל אבל במפרנסה אחר מיתת הבעל על סמך שיפרע לא הזכיר הרב בזה כלל ע"כ ולכאורה קשה דממקום שהביא הרב ראיה לחייב משם הוי תיובתיה דאלמנה וא"א שניהם שוים

הם דבשניהם אינו אלא כמסלק נזק חיוב היורשים או הבעל ומהתימה מה דיבר משה דאשתמיטתיה דברי מהרש"ך אלו והנראה שדעת הרב מוהרש"ך ז"ל והרב מ"ש ז"ל דס"ל דיש חילוק בין זן א"א ובין זן אלמנה והוא דאם כשזנו אותם פי' להם דמחמת מזונות שחייבים להם הבעל או היורשים הם זנים ומפרנסים אותם פשי' שאין בהם חילוק כלל ובשניהם פטורים הבעל והיורשי' מטעם דהוי פורע חובו של חבירו ולא על האשה והאלמנה מטעם דפי' להם דבעד הבעלים הם מפרנסים אותם אבל החילוק שיש ביניהם הוא כשזנו אותם בסתם ואם באים לתבוע מהיורשים או הבעל דמי מזוניתיהם שזנו אותם בעדם שניהם ג"כ פטורים דיאמרו לו מה לך בדבר זה אין זה אלא כמבריח ארי מנכסי חבירו והחילוק הוא כשבאים לתבוע מהאשה או האלמנה עצמה דבא"א אין יכול לחייבו דבר דאומרת לו כיון שלא לויתי ממך בפי' ואם לא היית אתה מפרנסני היה לי מי שיפרנסני א"כ לא נהנתי בפרנסתך שום דבר ואדרבא אם אני מתחייבת לך דמי מזונות אני מפסדת לבעלי דיאמר לי בעלי יתכן בתו' מתנה פירנסך ואין לי עליו שום חיוב כיון שלא לויתי בפי' דמתנתי היא לבעל וא"כ אינו מביא לה שום תועלת מחודש ועוד ג"כ האשה פטורה מטעמא דאומרת לו כיון שיודע אתה שאין לי נכסים ודאי לאו אדעתא ליפרע ממני קא סמכת אלא אדעתא ליפרע מן הבעל ואין לך עלי שום תביעה אבל באלמנה אם בא לתבוע ממנה שתתן לו היא דמי מזונותיה היא חייבת חדא כיון דיכולה היא לגבות כתובתה מהיורשי' יש לה נכסים מיקרי ואדעתא דידיה קא נחית ואינה יכולה לומר לי מה הניחני שהייתי אני ניזונית מן היורשים דיאמר לה עדיין לכי ותבעי מזונותיך מן היורשין דאין יכולים לומר ליך דשמא מציאה אשכחת או מתנה ניתן ליך דמה בכך מציאתה ומתנתה הם לעצמה ואינם יכולים לומר לה כבר נמחל שיעבודיך שיש לך עלינו דזה אינו כיון דלא פי' דבעדם הוא מפרנסה וא"כ אפי' נימא דבתו' מתנה קא יהיב לה חייבים הם לשלם לה דמציאתה ומתנתה הם לעצמה וכן מפו' חילוק זה בהריב"ש סי' שי"ד וז"ל אבל אם אינה מודה בכך אימא מציאה אשכחת ואין להיורשים כלום במציאתה משא"כ בא"א שמציאתה ג"כ לבעל ואם לא לותה אין לה כלום ומעתה יבואו על נכון דברי הרב מ"ש והרב מוהרש"ך ז"ל ומש"ה קאמר הרב מ"ש שאם הלכה ברשות לבית אביה א"כ למה לא תקח מזונות כפי מה שישערו לה הב"ד דאין להם עליה שום טענה דאפי' אם פירנסה אביה בתו' מתנה יכולה היא לחזור ולתבוע מהם דמי מזונותיה כיון שלא פי' דבעבור היורשים הוא מפרנסה דהיעלה על הדעת דאם נתן לו שום אדם מאה פרחים הנאמר שזכו בהם היורשים זה לא יעלה על הדעת וע"ז קאמר דאם שהתה ג"ש ולא תבעה דמי מזונות ויתרה אמנם בינה ובין אביה תביעתה עדיין

קיימת אם בתו' מתנה יהיב לה וע"ז הביא ראיה לפוטרה מדין ה' ת"ה וזה חילוק נכון וברור לדעת הרבנים הנז' לה בידינו לדעת הרבנים הנז' דמי שזן אלמנה לא איבד את מעותיו אלא א"כ אינש אמיד הוא דמסתמא על דעת מתנה קא יהיב לה ודלא כהרב דבר משה ז"ל והרב זכור לאברהם בח"מ ח"ב אות מזונות שהביא שאלה על ראובן שיש לו ג' אחים וכו' יע"ש שנראה מדבריו שהסכים לדברי הד"מ לא זוכה להמפרנס אלא מטעם שהוא יורש ואין דבריהם מוכרחים לע"ד:

ולחקירה הג' אם זה שעמד ופירנסה לא פי' לה שמחמת מזונות שחייב לה הבעל הוא מפרנסה אלא שזן אותה סתם אם נאמר דחייב הבעל לשלם או לא ואין ואומר דהנה מצאנו ראינו להרשב"א ז"ל בחי' על נדרים דל"ג שכתב וז"ל ומסתברא לי דוקא בפורע ומפ' שמחמת מזונות שחייב לה הבעל הוא נותן לה דבכה"ג הוא דאינו חייב לשלם כיון דלא אמר לו שיפרע בשבילו והיא נמי אינה חייבת לשלם שהרי לא לותה ממנו ולא אכלה אלא בתו' פרעון חוב אבל כשזן אותה סתם חוזר הוא וגובה וא"כ לפי דברי הרשב"א אם זן אותה סתם חייב הבעל לשלם אבל האמת הוא דס' הרשב"א הלזו היא דחויה מכל הפו' והוא דהר"ן ז"ל הביאה בנדרים וכתובות בפ' שני דייני גזרות ודחאה. גם ה"ה ז"ל בפ' י"ד מה"א הי"ט הביאה וכת' שאין כן דעת הראשונים ומרן הקדוש ז"ל הביא דבריהם בסי' ע' נראה שהסכים לדעתם הפך דברי הרשב"א וגם הרשב"א ז"ל גופיה מצאנו ראינו בתשו' הנדפסות מחדש ח"ג סי' פ"ב הביא סברא הלזו וכתב עליה אבל מה אעשה ואיני רשאי לעשות מעשה עד שימנה עמי אחד מרבותי ובקשתי ולא מצאתי עכ"ד הרי דהרשב"א גופיה ז"ל לא סמך על סברתו ולא עשה מעשה עפ"י סברתו וא"כ מי יכול לומר קי"ל כס' הלזו ודלא כהרשד"ם חא"ה סי' קנ"ג והרב מעיל שמואל סי' כ"ד שכתבו דיכול המוחזק לומר קי"ל כהרשב"א דליתא וכדכת' ודו"ק וכן ראיתי להרב עדות ביהוסף סי' ל"ח שכת' דאין יכול לומר המוחזק קי"ל כהרשב"א דאין לומר קי"ל במקום שכל חכמי ישראל חלוקים עליו וכת' הרב הנז' הגם שמהרשד"ם כת' דכשהזן מוחזק יכול לומר קי"ל והביא ראיה מהמרדכי שאני התם שטוען הפרנס שממה שהוא חייב לבעל פירנסה אבל בכל כה"ג דנ"ד המעיין כל הצורך יראה שגם הרשד"ם ז"ל יודה כיון שלא כיונה אמה לפרנסה מהנכסים של בתה עכ"ל ודבריו ז"ל מרפסן איגרי כיון דמטעם קי"ל כהרשב"א זיכה אותה מהרשד"ם ז"ל א"כ מה לי אם היתה מוחזקת מקודם או אח"כ דלענין קי"ל לא שאני לן בהכי ועוד דאדרבא נדונו של מהרשד"ם גריע מנדונו ז"ל דנדון מוהרשד"ם מה שתפסה אמה בחפצים הוא אחר שזנה אותה ונדונו הוא שקודם שזנה אותה היתה מוחזקת בנכסים כמבואר בשתי השאלות ואפי' שנדחוק ונאמר שגם נדון

מוהרשד"ם היתה האם מוחזקת בנכסים בשעה שזנה אותה מ"מ הנכסים בעצמם הם קיימים אלא שהוציאה ממונה עליה ושתי הנדונות שוים והתימה ממנו איך לא השגיח בתשו' מהרשד"ם ז"ל לידע היאך נדונו ועוד ק' על דבריו דאם הבין נדון מוהרשד"ם ז"ל כנדון רבי' שמחה שממה שהיא חייבת פירנסה אותה א"כ למה הוצרך לזכותה מטעם קי"ל והלא בס' רבי' שמחה ליכא פלוגתא כלל ומקצת תמיהא זו נופלת על מוהרשד"ם ז"ל דמאי קא מייתי ראיה מרבינו לנדונו ז"ל דשאני נדון של רבי' שמחה שממה שהוא חייב לבעל פירנסה ובהא ליכא פלוגתא כלל ואע"ג שהוא בעצמו הרגיש בזה וכת' אע"ג דאכתי יש לחלק מ"מ הדבר תמוה ודקארי לה מאי קארי לה גם יש לתמוה על הרב עדות ביהוסף ז"ל דהיאך היה יכול לזכות את אם האשה מטעם קי"ל והרי מה שהיתה מוחזקת האם הוא בנכסי האשה לא בנכסי הבעל והאשה עצמה ומוסכם מכל הפוסקים שאינה חייבת כלום (עיין מה שנכתוב לקמן אם מהני אם היה תפוס מנכסי האשה או לא) וגם הרשד"ם ז"ל יודה בזה כמו שאוכיח לקמן בע"ה ומה שזיכה הרב מוהרשד"ם ז"ל לאם שהיתה מוחזקת בנכסי בתה וגם הרב מעיל שמואל שאני התם כיון דמתה הבת נפלו נכסי קמי דידיה והו"ל שלו משא"כ הכא שהיתה האשה קיימת ודו"ק גם מה שכת' כיון שלא כיונה. ואגב אורחין חזי הוית להרב המבי"ט בח"ב סי' כ' שנשאל על נדון כחקירה זו והביא תשו' הרשב"א הנז"ל דבסתם חוזר וגובה וכת' ואפי' לדעת הראשונים וכו' הכא חייב דמשעה שכת' לבעל שיראה לפקח על עסקי אשתו או לפוטרה שלא היה יכול לזון אותה משלו הרי פי' שלא היה מפרנס אלא לשם הלואה ע"מ שיפרעו לו ואינו יכול לומר למה פירנסת אותה כיון שלא היתה בת מלאכה כדאמרן ולא היה ראוי לאביה ואחיה שיתעלמו מבשרם ויניחוה שתמות ברעב עכ"ל ודבריו ז"ל אינם מובנים דמ"ש הכא חייב דמשעה שכת' לבעל וכו' הרי פי' שלא היה מפרנסה אלא ע"מ שישלם לה איני מבין טעם בזה לפי דעת החולקים על הרשב"א ז"ל דהרי הם מודים לו להרשב"א ז"ל דלאו אדעתא דמתנה קא יהיב ואפ"ה כיון דהבעל לא אמר לה שילוונו והאשה ג"כ לא לותה ממנו שיוכל לתבוע ממנה מש"ה איבד את מעותיו כדכת' הר"ן להדיא וז"ל ומש"ה נהי דלאו בתורת מתנה קעביד כדמוכחי הני ראיות שהביא הרשב"א ז"ל אפ"ה לחנן איבד את מעותיו ובעיקר דין המפרנס את אשת חבירו דקי"ל דאיבד את מעותיו לאו משום תורת מתנה נגעו בה אלא מטעמא דלאו מידי ההנהו אלא דהוי כמבריח ארי מנכסיו כדכת' רש"י בכתובות דק"ח בד"ה הא מני חנן היא וכו' זה שפירנס את אשת חבירו ונתכוון לשם הלואה שישלם לו בעלה איבד את מעותיו וכו' יע"ש ומה שנתן טעם הרשב"א בזן סתם לאו בתו' מתנה יהיב ליה והביא ראיות ע"ז לא תימא דבמפרש

שמחמת מזונות שחייב לו הבעל היא מפרנסה הוי טעמא משום דבתו' מתנה קא יהיב אלא משום דבמפ' פשי' לן דלאו בתו' מתנה דהא קא מפ' דבשביל פרעון היה נותן ואפ"ה פטור משום דהוי כמבריח ארי אבל בסתם לא נימא אע"ג דלא הוי מבריח ארי כיון דלא פי' דלפרעון חוב הוא נותן מ"מ נפטור ליה מטעמא אחרינא כיון דזן סתם אימא בתו' מתנה קא יהיב וע"ז קאמר דאפי' בסתם לא הוי מתנה ודו"ק:

וכעין קושיא זאת קשה על הרב עדות ביעקב ח"ב סי' ל"ו שכתב וז"ל אם תבעיון בעיו היכא דעמד האב מעצמו וזן וכו' על סמך סחורה שיש בידו מחתנו וכו' ונלע"ד דנאמן לומר דלאו לשם מתנה וכו' כי אם לשם הלואה בעד אותה סחורה ומנא אמינא לה מהא דכת' וכו' ומ"ש שאין דברי הרי"ף אמורים אלא כשלא היה בידו משל היתום כנגד מה שתובעו אבל אם היה בידו משל היתום פשיטא שינכה ממנו מה שהוציא עליו דלא אמרינן בכי הא דלשם ג"ח פירנסו ע"כ דכוותה ה"נ בנ"ד וכו' עכ"ל דנראה גם הוא מדבריו ז"ל דטעמא דתנן משום דאמרינן דלשם מתנה קא מכוין ואם היה בידו משכון נאמן לומר דלשם הלואה והא ליתא כדכת' דדוקא ביתום הכי הוא טעמא דהרי"ף מטעם מתנה אבל בזן את אשת חבירו לאו מטעם מתנה נגעו בו אלא אפי' פי' שהוא מלוה לה ע"מ שישתלם מן הבעל ולא ממנה אפ"ה איבד את מעותיו ועל תשו' הרי"ף שהביא ראיה ליתום מזן אשת חבירו כבר צווחו בה קמאי עיין בב"ד ח"מ סי' רכ"ב. גם מה שכתב עוד הרב המבי"ט וז"ל ואינו יכול לומר למה פירנסת אותה כיון שאינה בת מלאכה ולא וכו' נ"ב אינו מובן דלא ראינו שום פוסק שחילק בזה במפרנסה מדעתו ולא לותה היא ממנו בין אם היתה בת מלאכה או לא ומ"ש ולא היה ראוי לאביה שיניחנה שתמות ברעב וכו' לא ידענא מאי קאמר דכ"ד שלא חשו בו קמאי וקמאי דקמאי אנן מה נעביד ליה ואדרבה מצאנו ראינו להתוספות ז"ל במס' כתובות דק"ח בד"ה הא מני חנן וכו' משם הירושלמי וז"ל רבא בר ממל בעי הפורע ש"ח וכו' אמר רב אסי טעמא דבני כהנים גדולים תמן לא עלה על דעתו שתמות ברעב וכו' ע"כ הרי דלחנן אע"ג דאם לא היה מפרנסה היתה מתה ברעב אפ"ה איבד את מעותיו וליכא לדחות ולומר דשאני התם שפירנסה איש נכרי אבל אחיה ואביה שאני דאין יכולים לסבול צער בתם שתהיה מועלת ברעב דהרב ז"ל לא נחית לחילוק זה כדכת' ואין בזה חילוק בין אם אביה ואחיה פירנסו לאיש נכרי ואדרבה משמע מלשונו זה דאביה ואחיה ס"ל דגריעי מאיש נכרי ואעפ"י שאין האמת כן דהרי בירושלמי מוכח להדיא היפך מזה דאיכא מאן דס"ל דאפי' לחנן דאית ליה דאיבד את מעותיו דוקא איש נכרי אבל אם אביה זן אותה לא הפסיד והובא בהג"א בפ' ב' דייני גזירות גם יש לתמוה תמיהה זו על הרב עדות ביהוסף סי' ל"ח שכת' בסוף השאלה

לזכות לבעל וז"ל ותו יש לחלק בין כשפירנסה האב או האם לכשמפרנסה אחר דעלמא ככתוב במרדכי בשם הירושלמי והגם שכת' הוא דלא שנא מ"מ בנ"ד וכו' ופטור הבעל לכ"ע וכו' עכ"ל ואשתומם על המראה הלזו איך לא השגיח הרב בפי' דברי הירושלמי דאדרבא לפי דברי הירושלמי אם האב זן חייב הבעל לשלם וא"כ בנ"ד הבעל חייב לפי דברי הירושלמי ואדרבא לפי דברי המרדכי דאית ליה דלא שנא פטור באופן שדבריו צ"ע **גם** מה שהביא ה' המבי"ט ראיה לדבריו לחייב הבעל מתשו' הרי"ף ליכא ראיה דשאני תשו' הרי"ף שקיבלה מהם לשם הלואה וכמו שהביאה הב"י בא"ה סי' ע' יע"ש באופן שכל הטעמים שהביא לחייב לבעל לא נהירין ואילו היה מחייב לבעל מטעמא דאביה ואחיה פירנסו אותה בצווי הב"ד הוה מסתייה האי טעמא לחודיה כמו שחייבו מרן הקדוש בנדון הלזה בתשו' א"ה סי' י"ו מהאי טעמא וכל דברי הרב המבי"ט צ"ע לפק"ד ודו"ק:

ולחקירה חמשית אם יש חילוק בין אב שפירנס את בתו לאחר הנה גרסינן בירושלמי בפ' שני דייני גזירות אמר רב חגי לא אמרו אלא אחר אבל אב גובה ור"י אומר בין אב בין אחר אינו גובה וכת' המרדכי משם מוהר"ם כיון דלא איתמר הילכתא לא כמר ולא כמר אנן מספיקא לא מפקינן ממונא מבעל לאב עכ"ל והובא לשון זה בהג"א בפ' שני דייני גזירות יע"ש וא"כ כיון דמכח ספקא אנו מפסידים לאב אם תפס מנכסי הבעל לא מפקינן מיניה אבל ודאי דאם תפס מנכסי האשה לא מהני תפיסתו דהאשה אינה חייבת כלום וכמו שנוכיח לקמן בע"ה גם הרב מעיל שמואל סי' כ"ד כתב דיכול המוחזק דהיינו האב לומר קי"ל ואעפ"י דנ"ד דהתם היה תפוס מנכסי האשה שאני התם דכבר מתה האשה ונפלו נכסי קמי דידיה וכמש"ל איברא ראיתי להרב גידולי תרומה שער ס"ה ח"א שכת' וז"ל ירושלמי וכו' ולפי זה אפי' תפס האב לא מפקינן מיניה אמנם המרדכי ז"ל בשם מהר"ם וכו' נראה דלא פסק שאין האב גובה אלא מספק ונ"מ דאם תפסם האב לא מפקינן מיניה ולכאורה כיון דמפסק רבי' לפסק מהר"ם נ"מ הך פלוגתא היכא דתפס האב אי מפקינן מיניה או לא נראה מסתמא דאין להוציא מידו מספק אך אחרי התבוננות יראה להכריח כס' רבי' ז"ל מדמייתי בהגהת מרדכי מעשה בא' שפירנס את בתו ולבסוף תבע מחתנו מה שהוציא עליה והיה החתן מסיק זוזי בי חמיו וכו' דאם איתא דס"ל כמהר"ם ל"ל לטעמא דר"ן וכו' ת"ל דכיון שהוא תפוס משל בעל אין מוציאין מידו אלא ודאי דעתו נראה לפסוק דהלכה כר"י לחלוטין דלעולם אין האב גובה ולא תועיל לו תפיסתו ונמצא רבי' שמחה מסכים עם רבי' ונשאר מהר"ם ז"ל יחידאה וכ"ש דהרי"ף ז"ל נלוה עמם וכו' עכ"ל נראה מדבריו ז"ל דאין האב יכול לומר קי"ל כמוהר"ם שהוא

יחיד בדבר זה ואעפ"י שדבריו תמוהים במה שהוצרך להביא חבר לדעת בעל התרומות מדקדוק דברי רבי' שמחה דהרי מצאנו ראינו דגם הרמב"ם ז"ל בפ' י"ח מאישות הכי ס"ל וגם הטור ז"ל הכי ס"ל והוא ממה שפסקו דלענין קבורה בין אב בי אחר מוציאין מן הבעל וכתב ה"ה לשם וז"ל לא רצה וכו' ופסק רבינו כר"י מפני שנראים דבריו וכו' ועוד דמש' בגמ' שהלכה כר"י בענין המזונות ודלא כר' חגי שהרי לא חילקו בין אב לאחר וכיון שכן אפי' בדין הקבורה מש' שהלכה כר"י ואין לנו לפסוק במזונות כר"י ובקבורה כר' חגי ודלא כחד מנייהו לגמרי זה נראה לדעת רבי' ע"כ הרי דמי שפוסק בקבורה כר"י א"כ מוכרח דאפי' במזונות ס"ל כר"י דאפי' האב איבד את מעותיו וגם הטור ז"ל פסק כדברי הרמב"ם בא"ה סי' פ"ט מ"מ במה שכת' שמוהר"ם יחיד בדבר זה ואין יכול לומר המוחזק קי"ל כוותיה נראה דהכי הוא האמת ואעפ"י שמצאנו ראינו להר' ז"ל שם שהביא דברי הרשב"א שחולק על הרמב"ם ז"ל בזה שכת' וז"ל והרשב"א ז"ל פסק בדין הקבורה כרבי חגי וכת' שלא נתבררו לו דברי רבי' דכיון דר' חגי פליג עליה דר"י המוציא מחבירו עליו הראיה ועוד דבגמ' מש' דוקא ב"ד יורדים לנכסיו הא אחר הניח מעותיו על קרן הצבי עכ"ל ואני אומר אם מן הטעם השני אפי' אב לא יגבה דהא בגמ' לא הזכירו לא אב ולא אחר וא"כ למה פסק הוא ז"ל כר' חגי שהאב גובה אלא אעפ"י שבגמ' לא הזכירו כן מי שהוציא בקבורה אנו למדים מן הירושלמי כיון דבגמרין לא פליגי עליה ולטעם הא' כבר כתבתי טעם לדברי רבי' עכ"ל ה"ה ז"ל דנראה מדבריו ז"ל שדעת הרשב"א ז"ל כמהר"ם ז"ל דכיון דלא איתמר הלכתא לא כמר ולא כמר מספיקא לא מפקינן ממונא אם קברו איש נכרי ולא פסקינן כר"י לגמרי וא"כ לענין מזונות נמי אם תפס האב לא מפקינן דיתכן דהלכתא כר' חגי מ"מ אני לא כן אתי והוא שדברי הר' ז"ל תמוהים דמאי קא מקשה להרשב"א ז"ל דאם מן הטעם השני אפי' אב דאנה"נ דהרשב"א ס"ל דאפי' האב אינו גובה כטעם הב' דדוקא ב"ד אבל אחר לא דהרי כת' בתשובותיו בח"א סי' תתפ"ד ובח"ב סי' קמ"ב על ראובן שהפקיד מעות ביד אחי אשתו והשיב הנפקד אני הוצאתי כך במזונות וצורך הקבורה וכו' ומצרכי הקבורה נמי פטור וכו' ואע"ג דבירושלמי אר"י בין אב בין אחר שקבר חייב הבעל כבר פליג ר' חגי ואמר דוקא אב ועוד דבגמ' מש' ב"ד יורדים דוקא ולא אחר אפי' אב. ואם דעת הר"ם ז"ל כירושלמי לא כן דעתי ע"כ ומלבד שכתב להדיא דלפי גמרא שלנו אפי' אב איבד את מעותיו דלא כירושלמי והוא ז"ל לא ס"ל כירושלמי אלא כמו שנראה מגמ' דידן דאפי' אב איבד את מעותיו אלא אפי' אם תאמר שלא היה כתוב בנוסח שמצא ה"ה אפי' אב מ"מ הדבר מוכרח מצד עצמו שאינו פוסק כירושלמי ואפי' אב איבד את מעותיו דכיון דבנדון שלו היה האח מוחזק

ומוכרחין אנו לומר שמ"ש ה"ה שהרשב"א פסק כר' חגי הוא מטעם המע"ה דאי לאו הכי אמאי פשיטא ליה דהלכה כר' חגי יותר מר"י ועוד ראה מה שהקשה על הרמב"ם תיקשי ליה לדידיה דאם היה האחר מוחזק היאך נוכל להוציא ממנו דכיון דר"י פליג עליה דר' חגי המע"ה וא"כ מוכרחין אנו לומר שמה שפסק כר' חגי הוא מטעם ספיקא וא"כ בנ"ד דהיה האח מוחזק היאך ניחא ליה במה שהשיב כבר פליג ר' חגי וכו' והרי אפי' דפליג ר' חגי כיון שהאח מוחזק יכול לומר קי"ל דמהיכא פשיטא לן דהלכתא כר' חגי יותר מר"י אלא מוכרחין אנו לומר דזה לרווחא דמילתא נקטה דאם לא היה מוחזק איבד את מטותיו וקשי ליה עלה הא בנ"ד היה האח מוחזק ואמר דבגמ' מש' דלית הלכתא כירושלמי כלל לא כר"י ולא כר' חגי וא"כ אפי' היה מוחזק מוציאין ידו ואפי' היה אב וז"ש ואם דעת הר"ם לפסוק כירושלמי לא כן דעתי מש' שאין דעתו לפסוק כירושל' כלל הרי הוכחנו מדבריו דלא כמו שהבין ה"ה ז"ל דעתו אלא אדרבא ס"ל דבענין הקבורה לית הלכתא לא כר"י ולא כר' חגי וא"כ בענין המזונות ג"כ נוכל לומר דדעתו ז"ל דבין אב בין אחר הפסיד ודלא כמהר"ם ז"ל ומוכרחין אנו לומר כן דכמו שהוכחנו לענין קבורה דלית הלכתא כירושלמי מדתני בגמרין ב"ד יורדין לנכסיו מש' דוקא ב"ד אבל איניש אחרינא לא ה"נ לענין מזונות ממה שאמרו בגמ' ב"ד יורדין לנכסיו ופוסקים לה מזונות מש' דוקא ב"ד אבל איניש אחרינא ואפי' אב איבד את מעותיו כדדייקינן לגבי קבורה וא"כ זכינו לדין בדברי הרב גידולי תרומה שאין המוחזק יכול לומר קי"ל כמהר"ם ז"ל כיון שהוא יחידאה בדבר זה אבל אחר החיפוש ראיתי להרב בעל נתיבות משפט דקמ"ו ע"ג וז"ל ודע שמחלוקת זה יובא ג"כ לענין מזונות וכו' ואף לפי דברי הרשב"א שנחלק עליהם וכת' דלקבורה דוקא אב גובה אבל אחר אינו גובה מ"מ מודו דלענין מזונות אפי' אב אינו גובה דהוא לא פסיקא להו הלכתא כמאן ולכך תופס כאן וכאן לחומרא וכן כתב הר"ן בפ' נערה יע"ש וזה דעת מהר"ם שהביא המרדכי בפרקין וז"ל וכו' ומ"מ יש הפרש ביניהם ובין הרמב"ם והטור לענין דינא דלפי דברי הרשב"א וסיעתו דוקא להוציא וכו' הא אם תפס האב לא מפקינן מיניה אבל לפי דברי הרמב"ם והטור דפסקו כר"י לגמרי אפי' תפס האב מוציאין מידו כר"י וכו' והתימא על בעל גד"ת שכת' וכו' דמהר"ם יחיד בסברא זו ואין לסמוך על דבריו דרבים חולקים עליו וכו' יעוין שם ולא זכר שס' מוהר"ם היא סברת הרשב"א והר"ן ובודאי שאם תפס האב שיכול לומר קי"ל כהני רבוותא וכו' ע"ש ואפי' שמדברי הרשב"א ליכא הוכחה וכמו שכת"ל מ"מ דברי הר"ן מוכרחים כמהר"ם וא"כ הו"ל הר"ן והרשב"א רבים ויכול המוחזק לומר קי"ל כוותייהו אבל לדידן דקבלנו הוראת מרן ז"ל ומרן ז"ל פסק בסי' פ"ט לענין הקבורה כהרמב"ם

והטור דבין אב בין אחר גובה והוכחנו לעיל דמאן דס"ל הכי אית ליה דבמזונות בין אב בין אחר אינו גובה א"כ פשיטא דאפי' תפס האב מנכסי הבעל מוציאין מידו ודוק. ועוד יש להביא ראיה דדעת מרן ז"ל דאין חילוק בין אב ובין אחר מדהביא בתשובותיו לא"ה סי' ח' שאלה באב שפירנס והיה האב מוחזק ולא חילק כלל בזה:
עד כאן נמצא מסודר והשאר חסר וחע"ד

סימן י - ש"ע חו"מ סימן רה ס"א

מי שאנסוהו וכו' אפילו תליוהו וכו' כתב הסמ"ע סעיף קטן א' וז"ל מי שאנסוהו וכו' בפרישה כתבתי והוכחתי מלשון הרי"ף והרמב"ם והמחבר שס"ל דאפילו לא ראינו וידענו מאונסיה דהמוכר כלל וגם ראינו דעת המוכר שאינו מוכרו ברצון אמרינן כיון שמכרו וקבל הדמים גמר והקנהו ומכרו מכר ושמלשון הטור והרא"ש לא משמע הכי אלא כל שנראה מהמוכר שאינו מוכרו ברצון אפילו שקיבל דמי המקח אין מכרו מכר אם לא שהמכירה היתה באונס דאז אמרינן אגב אונסא דזוזי גמר ומקני ללוקח עכ"ל ודבריו תמוהים דהיאך יעלה על הדעת לומר דאם לא היה אונס כלל להמוכר אלא שראינו שאינו מוכרו ברצון אפילו שמכרו וקיבל דמי המקח שאין מכרו מכר שנוכל לתלות סברא זו להטור והרא"ש ז"ל דא"כ ביטלת כל מכירות שבעולם דכל מוכר יעשה זאת כדי שאם ירצה יחזור ויבטל המכר והרי קאמר הש"ס בפרק ח"ה כל דמזבין אינישׁ אי לאו דאניס לא הוה מזבין ואפ"ה זביניה זביני ופירש רשב"ם רוב חפציו שאדם מוכר אי לאו דאניס ודחוק למעות לא היה מוכר ואפי"ה זביניה זביני ביסורין גדולים אלא אפילו בלא יסורין כגון אונס ממון וכו' חשיבי אונס וזביניה זביני אי לא מסר מודעה ואי מסר מודעה בכולהו לאו זביניה דמדכתב חשיב אונס דמשמע דוקא מכח אונס אע"ג דאינו כל כך יסורין גדולים אמרינן וכו' הרי שאעפ"י שנראה מהמוכר שאינו מוכרו ברצון אפ"ה המכר מכר ואפי' שיש לחלק ולומר דמ"ש הסמ"ע שנראה מהמוכר שאינו מוכרו ברצון היינו מחמת שהפציר בו הלוקח וכדדחי בש"ס ודילמא שאני אונסא דנפשיה וכו' מ"מ כל שלא היה אונס בדבר אין סברא לומר שאין המכר מכר ומה שהביא ראיה בפרישה מלשון רשב"ם שכתב בד"ה רב הונא מסברא דידיה קאמר דמתוך יסורין גמר בלבו ומקנה הואיל ואיכא תרתי יסורין ומתן מעות דלא מפסיד מידי ע"כ דמש' דהיסורין גורמין שמקנהו ללוקח טפי מאילו לא יסרוהו ונראה ממנו שאינו מוכרו ברצון טוב ליכא ראיה כלל דרשב"ם ז"ל העתיק לשון הש"ס דקאמר אלא סברא הוא אגב אונסיה גמר ומקני דמש' מינה דהיסורים גורמין להקנות לו ללוקח והוסיף רשב"ם ז"ל על לשון הש"ס דלאו היסורין לחודייהו גורמים אלא גם המתן מעות דרב הונא תליוה וזבין קאמר ולא תליוה

ויהיב וכן לקמן דפריך הש"ס עליה דרב הונא מהא דתנן לקח מסקריקון וכו' קאמר ואמאי התם נמי נימא אגב אונסיה גמר ומקני גם בהניזקין דנ"ה קאמר הש"ס הילכך קמייתא ומציעתא כיון דקטליה אגב אונסיה גמר ומקני ולשון זה דהש"ס כל הפוסקים ראשונים גם אחרונים העתיקוהו הרי"ף ז"ל בפ' ח"ה ז"ל דק"ל כרב הונא וכו' דאגב אונסיה גמר ומקני הרמב"ם בפ"י מה"מ מי שאנסוהו וכו' שמפני אונסיה גמר ומקני מר"ן ז"ל העתיק לשון הרמב"ם הרי שגם הרי"ף והרמב"ם והש"ע כת' שמפני האונס גמר ומקני וא"כ מה יתרון יש בלשון רשב"ם מלשונם וכונתם רצויה שהאונס עצמו שהוא הגורם לביטול המקח הוא עצמו גורם לקיום המקח ואנה"נ דכ"ש הוא דאם לא היה אונס כלל דודאי דהמקח קיים גם מה שהביא בפרישה מלשון הרא"ש שכתב בפסקיו אהא דאמרינן תליוה וזבין וכו' דל"ד תליוהו דאונסיה ביסורין גמורים אמרינן דמקנה אבל בלא אונס כלל אעג"ב דקיבל הדמים לא אמרינן דגמר ומקני ואחריו נמשך ג"כ רבי' בעה"ט ומש"ה כתב ל"ש אנסוהו אונס הגוף וכו' לא שנא אנסוהו אונס ממון אהאי דינא דזביניה זביני ולא כתבו אדין דמסר מודעא לעניות דעתי נראה דלאו ראיה כלל לא מדברי הטור ולא מדברי הרא"ש ולאו להכי מתכוין הרא"ש לומר דאי לא חשיב אונס כלל דלא הוו זביניה זביני אלא כונת הרא"ש ז"ל הוא משום דחזינן בהניזקין במתניתין דסיקריקון דמחלק הש"ס בסיקריקון בין אונס לאונס דבאונס גדול דקמייתא ומציעתא דקטלי אמרינן דגמר ומקני בתרייתא דלא קטלי לא גמר ומקני לא תימא דה"נ באנסוהו למכור דקאמר רב הונא תליוה וזבין דזביניה זביני דסברא הוא דאגב אונסיה גמר ומקני היינו דוקא באונס הגוף דתליוה הוא דגמר ומקני אבל באונס ממון אע"ג דחשיב אונס ובטל המקח לא אמרינן אגב אונסיה גמר ומקני ע"ז קאמר הרא"ש דל"ד תליוה וכו' אלא אפילו אונס ממון חשיב אונס לומר עליו אגב אונסיה גמר ומקני גם הטור ז"ל מתכוין לכך גם התוס' בפח"ה דמ"ח בד"ה אמר רבא נתכונו לכך:

איברא מצאנו לרשב"ם ז"ל שכתב בפרק ח"ה דמ"ט בד"ה תימא נחת רוח וכו' דלא דמי לתליוה וזבין וכו' דאגב אונסא גמר ומקני אבל הכא דליכא אונס כל כך לא גמרא ומקניא עכ"ל נראה מדבריו אלו דלאו בכל אונס אמרינן גמר ומקני דאעפ"י שהוא אונס לבטל המקח לא יחשב אונס דליהוי גמר ומקני עבורו וזה החילוק לא נמצא בשום אחד מהפוסקים וכבר השיגו הרשב"א בשי' למס' בתרא וכתב עליו ואינו מחוור לי שאם אין כאן אונס גמור מקחו קיים אלא משום דלא יהיב להו זוזי הוא וכו' יע"ש מ"מ נראה דאפילו לסברת רשב"ם דוקא באונס קטן אמרינן דהמכר בטל אבל בדליכא אונס כלל

ודאי דליכא מאן דאמר דהמכר בטל ואפילו באונס קטן פליג עליו הרשב"א וס"ל שהמכר קיים אם לא היה אונס גמור ודו"ק:

והרב"י בסעיף ד' כתב וז"ל ומ"ש ל"ש אנסוהו אונס הגוף וכו' כלומר אנסוהו איזה אונס שיהיה שמצדו מכר אם מסר מודעה המכר בטל ואונס הגוף וכו' ומ"ש ל"ש אנסוהו אונס ממון וכו' וה"פ לא מיבעיא אם פחד ההפחדה היה ע"י גוים אלא אפילו היה ע"י ישראל וכו' ומאחר דלא אניס כולי האי ס"ד דלא גמר ומקני קמ"ל וכן כתב הרא"ש וכו' עכ"ל ולכאורה דבריו סותרים אהדדי בתכ"ד דבתחי' קאמר דהחידוש הוא דאם מסר מודעא בכל אונס שיהיה המכר בטל ובתכ"ד חזר בו ופי' דהחידוש הוא דבכל אונס אמרינן גמר ומקני והמכר קיים וכמ"ש הרא"ש ז"ל והרב"ח ז"ל פי' לשון הטור כמ"ש הב"י באחרונה דהחידוש הוא דכל אונס חשיב אונס גמור לענין דאמרינן בו דאגב אונסיה גמר ומקני והביא תחילת דברי הרב"י ז"ל דכתב דהוא מקושר עם מה שכתב לבסוף ואם מסר מודעה וכו' וכתב עליו נראה דהוה קשיא ליה למה הוצרך להביא ראיה מדאסיקנא דחשיב אונס דליהוי זביניה זביני הא ודאי דכ"ש הוא אי לא חשיב אונס דהמקח קיים והא לא הויא קושיא כלל דאיכא למימר דדוקא בתליוה וזבין דאיכא יסורין התם הוא דאגב אונסיה גמר ומקני אבל בשאר אונס לא אמרינן גמר ומקני כיון דליכא יסורין ואעג"ב דאיכא אונס קמ"ל דלא שנא וכן כתבו התוס' להדיא וכו' עכ"ל ולא סיימוהא קמיה סוף דברי הרב"י ז"ל שהוא נמי פירש דברי הטור כמ"ש הוא עצמו משם הרא"ש והביא ראיה מדברי הרא"ש ז"ל ולא קשיא ליה מ"ש הב"ח ז"ל דהוה קשיא ליה דראה דברי הרא"ש ז"ל בפסקיו וג"כ דברי הטור ז"ל כדברי הרא"ש וגם הרב הדרישה ז"ל הביא תחי' דברי הרב"י בפי' דברי הטור ז"ל וכנראה שלא ראה סיום דבריו שגם הרב"י פירש תחילת דברי העור כמ"ש הוא בפרישה ומה שדחקו להרב"י ז"ל לפ' תחילת דברי הטור שהם מקושרים עם מ"ש לבסוף ואם מסר מודעה וכו' הוא מדשינה הטור ז"ל בלשונו מלשון אביו הרא"ש ז"ל שהרא"ש כתב ול"ד תלאוהו וכו' והטור נקט לישנא אחרינא ל"ש אנסוהו אונס הגוף וכו' ל"ש אנסוהו אונס ממון וכו' של' הרא"ש שכתב ל"ד מש' בפשיטות שהחידוש הוא אונס ממון אבל לשון הטור ז"ל שכתב ל"ש אנסוהו אונס הגוף וכו' מש' דבכל חדא וחדא מינייהו איכא חידושא דגם באונס הגוף עצמו איכא חידושא דאם מסר מודעה המכר בטל דל"ת כיון דהוא יסורין גדולים גמר ומקני אעפ"י שמסר מודעה קודם לכן וסברא זו הביאה העיטור באות מודעה וז"ל ופסק הילכתא הלא כתבינן מודעה אאונסא דגופא ודחאה העיטור ז"ל בעצמו ע"ש:

העולה מכל האמור דאי ליכא אונס כלל לא שנראה מדעת המוכר שאינו מוכרו ברצון טוב אליבא דכ"ע זביניה זביני כיון שמכר ואפי' בשעת המכירה לא קיבל הדמים ודינו כשאר מכירות דעלמא הנעשות ברצון טוב ולא מצי המוחזק לומר קי"ל:

ב מי שאנסוהו עד שמכר כתב הרב"י מחו' ג' בשם בעל העיטור דוקא אנסוהו למכור גמר ומקני אבל אנסוהו לקנות לא אמרינן אגב אונסיה גמר וקני וכו' וצ"ע דאיך הביא הרב ז"ל דין זה משם בעל העיטור בסתם כאילו הוא מוסכם אליבא דכ"ע וליכא מאן דפליג והרי הרב עצמו בטור א"ה סי' מ"ב פסק בסתם כס' הרמב"ם שהאיש שאנסוהו עד שקידש קידושיו קידושין והביא סברת בע"ה בשם יש מי שאומר ולס' הרב המגיד כ"ש הוא שאם אנסוהו עד שקנה שקנינו קנין שכתב וז"ל ובהשגות וכו' ואני אומר שהרי זה כמי שמוכר באונס שהמכר קיים וכ"ש כאן שהוא קונה שאעפ"י שהוא באונס שקנינו קנין עכ"ל יעו"ש:

ג עד שמכר ולקח דמי המקח וכו' כתב הרב"י ומ"ש בהכונס דכי אמרינן תליוה וזבין זביניה זביני היינו דוקא כשאומר רוצה אני וכו' ואפשר דלא בעינן עד שיאמר רוצה אני בפי' אלא כל ששתק וקיבל הדמים אומר רוצה אני קרינן ביה עכ"ל לכאורה מדבריו משמע דקבלת הדמים בשתיקה הוא במקום רוצה אני ולכאורה קשה דמלשון הרמב"ם שכתב מי שאנסוהו עד שמכר ולקח דמי המקח משמע דגם לקיחת דמי המקח היתה מכלל האונס דמילת מי שאנסוהו קאי גם על ולקח דמי המקח דאי לאו הכי היה לו לומר אם לקח דמי המקח גם מלשון הטור שכתב בסעיף ג' ולא מנה המעות כשקיבלם דהשתא איכא הוכחה שבעל כורחו קיבלם וכו' הרי משמע דאפי' שקבלת המעות היתה באונס אפ"ה זביניה זביני גם קשה מי לא עסיקינן שהיו המעות ביד המוכר קודם שאנסוהו על המכירה ואפ"ה זביניה זביני כמ"ש הרדב"ז בח"ב סי' כ"ט וז"ל ואין טעם לחלק בין היכא שנותנים המעות עתה להיכא שכבר היו המעות בידו וכו' עכ"ל יע"ש ומוכרחים אנו לומר דמ"ש הב"י אלא כל ששתק וקיבל הדמים פי' כן כל ששתק כיון שקיבל הדמים אומר רוצה אני קרינן וכמ"ש רב האי בס' המקח וז"ל מ"מ כיון שנתן את שוויו אין עלינו מאותו אונס כלל לפי שנאמד את דעתו כיון שנתן את שוויו שמא נתרצה עכ"ל יע"ש וכן מלשון הסמ"ע ס"ק ב' למעיין בו ולפי דעת הרב"י זה דתליוה וזבין זביני' זביני אע"ג דלא אמר רוצה אני וחמסן שהוא פסול לעדות אע"ג דיהיב דמי היינו בדלא שתיק אלא שעומד וצווח שאינו מוכר לו מדעתו אבל בדשתיק זביני' זביני ולכאורה קשה דשתיקה זו מה זאת עושה דאם דלא אנסוהו שימכור לו חפץ זה והלה שותק הוא מחמת האונס שהלה אונסו במאי קני ליה אנס להאי ארעא דהרי כתב הטור

בסי' קפ"ט ס"ג וז"ל ואין המקח מתקיים לקונה אלא א"כ יקנהו לה המקנה אבל אם היה לו פקדון בידו וכיוין לקנותו בסך ידוע שאמר ליתן לו למפקיד לא קנה ע"כ ופי' כשהיה לו פקדון בידו ואמר לו למוכרו בסך ידוע אם יזדמן לו וכיוין הנפקד לקנותו באותו סך שאמר לו המפקיד לא קנה הרי דאעפ"י שדעת המוכר ורצונו למוכרו באותו סך והרשהו למוכרו לאחרים באותו סך כיון שלא הרשהו בפי' לקנותו לעצמו ודברים אלו של הטור המה לקוחים מתשובת הרא"ש כלל ק"ה סי' ב' והביאם הטור בסי' קפ"ה וז"ל ראובן נתן חפץ לשמעון למוכרו בארבעה וכו' ומה הדין אמר הסרסור כשבא חפץ לידו הא לך ארבעה בשבילו וכו' ושוב מצאתי שכתב הרשב"א וכו' מאן שם לך כאומר מי מכרו לך לפי שהוא שלוחם למכור אבל לדידך מי מכרו לך ומכאן נראה שאין שליח יכול לקנות לעצמו אפי' באותם דמים שהרשו הבעלים למוכרו וכו' עכ"ל יע"ש ובחנם טרח הרב הב"י בב"ה שלו והגיה בדברי העור בסי' קפ"ט במקום בידו ביד אחרים דמפורש יוצא דברי הטור הללו מתשובת הרא"ש הנז"ל ואעפ"י שכתב הרב"י בסי' קפ"ה על תשובת הרא"ש הנז' ואפי' בשתק ראובן לדברי הסירסור משמע דהוי דינא הכי דקנה דשתיקה כהודאה דמי וכו' שאני התם שמתחילה גילה בדעתו שרצונו למוכרו לאחרים באותו סך אבל היכא שמעולם לא נתרצה למוכרו אע"ג דלא הוי אנוס שתיקה לאו כהודאה דמיא וכדעת הב"ח בסי' קפ"ט בפי' דברי הטור הנ"ל וז"ל אבל אם לא אמר לו המפקיד לקונה כלום אלא הוא הקונה שא"ל להמפקיד סכום כך וכך אתן לך בעד הפקדון שבידי וכיוין לקנותו והמפקיד שתק לא אמרינן דשתיקה כהודאה דמיא והיינו משום שמעולם לא הרשהו למוכרו וכ"ש בכאן שהוא אנוס שבודאי איכא מ"ד דשתיקה כהודאה דמיא ועוד קשה לפי דברי הב"י הו"ל להש"ס בהכונס לשנויי הא בדשתיק הא בדצווח ועוד קשה שהרי"ף והרא"ש ז"ל הביאו סוגיא דהכונס ופסקוה להלכה ואי אפי' בדשתיק לחוד מהני לא הוו שתקי רבנן מלאשמועינן האי חידושא כי היכי דלא תיקשי דבריהם אהדדי שפסקו הא דרב הונא דאמר תליוה וזבין וכו' ולא כתב שצריך לומר רוצה אני והכא פסקו שצריך שיאמר רוצה אני. עוד קשה לי על מ"ש הראב"ד בפרק א' מהלכות גזילה הלכה ע' על מ"ש הרמב"ם כל החומד עבדו וכו' והפציר בו עד שלקחו ממנו אעפ"י שנתן לו דמים ה"ז עובר בל"ת וכו' וכתב עליו הראב"ד א"א ולא אמר רוצה אני עכ"ל ולכאורה קשה דגם הרמב"ם לא הזכיר בלשונו שאמר רוצה אני עד שיושג גם קשה במ"ש ה"ה ע"ז וז"ל דעת הראב"ד מפני שאם אמר רוצה אני מקחו קיים ולא גרע מתליוה וזבין דזביני' זביני וכדאיתא בפ"י מה"מ עכ"ל דמש' דס"ל להה"ה בדעת הראב"ד והרמב"ם דבתליוה וזבין בעינן שיאמר רוצה אני וכן משמע ג"כ ממ"ש בדיבור שאח"ז ה"ה וז"ל ולכן לא נתן

טעם וכו' שכיון שברצון המוכר נעשה אין כאן חיוב השבה ע"כ וזה סותר למ"ש הרב המגיד עצמו בפ"ד מהלכות אישות וז"ל ובתשובת א"א והוא שיאמר רוצה אני ע"כ ואני אומר שהרי זה כמי שמוכר באונס שהמכר קיים וכו' ולא הצריך הר"א לומר שם רוצה אני אלא כל זמן שהוא עושה הדבר המכר קיים הוא ע"כ הרי דס"ל לה"ה דבין להרמב"ם ובין להראב"ד במכר אין צריך שיאמר רוצה אני וראיתי להרב מוהרח"ש ז"ל במודעה ולהרב עצמות יוסף בשי' לקידושין שנתעוררו בזה והניחו בצ"ע והרב ע"י הקשה מסוגיא דהכונס על דברי ה"ה שכתב דלא בעינן במכר רוצה אני ותירץ ז"ל לאו למימרא דאי לא אמר רוצה אני דאינה מכירה אלא הכונה היא דאי אמר רוצה אני לא קרינן ליה שם חמסן אבל אי לא אמר רוצה אני קרינן לה שם חמסן ודבריו תמוהים דא"כ קושיתו מעיקרא ליתא דהו"ל להש"ס לומר דאע"ג דזביני' זבילי מ"מ נקרא חמסן והוא שלא אמר רוצה אני ולא לומר הא דאמר רוצה אני דמשמע דדברי רב הונא שאמר דזביני' זביני כשאמר רוצה אני הוא ודבריו צ"ע:

והנ"ל לישב דברי הפוסקים שלא הצריכו לומר במכר רוצה אני דלא תיקשי להו מסוגיא דהכונס גם לישב דברי ה"ה ז"ל דלא ליהוו סתרן אהדדי בפשיטות והוא דגרסי' בערכין פרק שום היתומים אמתניתין דקתני וכן אתה אומר בגיטי נשים כופין אותו עד שיאמר רוצה אני אמר רב ששת האי מאן דמסר מודעה אגיטא מודעיה מודעא פשיטא לא צריכא דעשיוה וארצי מהו דתימא בטולי בטליה קמ"ל דא"כ וליתני עד שיתן מאי עד שיאמר עד שיבטל ליה למודעי וכו' ופי' רש"י דעשיוה וארצי לתת הגט ע"כ דמסוגיא זו מוכח בהדיא והוא שדוקא אם מסר מודעא בעינן שיאמר רוצה אני אבל אם לא מסר מודעה בעשיוה וארצי לתת הגט מהני ומתניתין דקתני כופין אותו עד שיאמר רוצה אני היינו משום דחיישינן שמא מסר מודעא ולכך בעינן שיבטל המודעא בפי' שיאמר רוצה אני וכן כתב להדיא הרב התי"ט אההיא מתניתין וז"ל עד שיאמר רוצה אני ולא קתני עד שיתן דייק מינה רב ששת דלא סגי בנתינה בעלמא דדילמא מסר מודעה ובנתינה בעלמא אין זה ביטול הילכך צריך שיאמר ע"כ הרי דוקא משום שמא מסר מודעא הוא דבעינן שיאמר רוצה אני ולא סגי בנתינה בעלמא אבל בלא מודעה כיון שנתן לה הגט ואמר לה הרי את מגורשת בו סגי ומכח סוגיא זו הוכרחו הפוסקים לומר דבמכר נמי אם אנסוהו עד שמכר דהיינו שא"ל אני מוכר לך ומכר לו אפי' שלא אמר רוצה אני סגי גם מסוגיא דידן נמי מוכח דלא בעינן רוצה אני מדפריך עליה דרב הונא ממתני' דלקח מסקריקון וכו' ומאי קושיא אימא דמתני' בדלא אמר רוצה אני ורב הונא בדאמר רוצה אני ומאי דוחקיה דהש"ס לומר דרב ביבי מימרא היא ומימרא לא ס"ל מכל הני מוכח דלרב הונא נמי לא

בעינן עד שיאמר רוצה אני אלא שימכור לו ויקנה לו כשאר מכירות דעלמא הנעשות בלא אונס וזהו שדייק רב הונא בלשונו שאמר תליוה וזבין דהיינו שמכר לו זביני זביני וכל מידי שאנסוהו עליו בעינן דליקני ליה המוכר ללוקח כדרך הקנאתו בשאר מכירות דעלמא הנעשות בלא אונס ואין הפרש ביניהם אלא שבכאן מכר לו והקנה לו מחמת האונס ובשאר מכירות מכר והקנה לו מדעתו ומש"ה הפוסקים ז"ל פסקו דברי רב הונא שאמר תליוה וזבין זביני זביני בסתם וס"ל דסוגיא דהכונס דקאמר הא דאמר רוצה אני לאו דוקא דבעינן שיאמר רוצה אני אלא כל שמכר לו והקנה לו כשאר מכירות דעלמא רוצה אני קרינן ביה וזביניה זביני הא דלא אמר רוצה אני היינו אעפ"י שנתן לו דמי המקח לא הקנהו לו כשאר מכירות דעלמא אלא החזיק בו האנס מעצמו אעפ"י שלא אמר לו המוכר לך חזק וקנה ומש"ה נקרא תמסן ופסול לעדות וחייב להחזיר החפץ לבעליו מש"ה בה' גזילה פרק א' שכתב הרמב"ם כל החומד עבדו וכו' והפציר בו עד שלקחו ממנו וכו' דמש' אעפ"י שקנהו מאתו אפ"ה עובר בלא תחמוד וע"ז השיגו הראב"ד ולא אמר רוצה אני דהיינו שלא נתרצה למוכרו לו ולא כדמשמע מדברי הרמב"ם דאעפ"י שקנהו מאתו עכ"ז עובר בלא תחמוד אבל בודאי דלא בעינן שיאמר בפירוש מלת רוצה אני בין להרמב"ם בין להראב"ד ומש"ה בפרק ד' מהלכות אישות שכתב הרמב"ם ז"ל האיש שאנסוהו עד שקידש קידושיו קידושין והשיגו הראב"ד ז"ל וז"ל א"א והוא שיאמר רוצה אני ע"ז תירץ לו ה"ה וז"ל ואני אומר שהרי זה כמי שמכר באונס שהמכר קיים וכו' ולא ראיתי שהצריך שם הר"א ז"ל שיאמר רוצה אני אלא כל זמן שהוא עושה הדבר המכר קיים הוא עכ"ל הכונה כ"ז שהוא עושה הדבר דהיינו שמכר או קנה כדרך שאר מכירות המכר והקנין קיים הוא וה"נ כיון שקידשה כשאר קידושין דעלמא קיים הוא ואין צריך שיאמר רוצה אני בפי' אחרי כותבי ראיתי להלח"ם בפרק ד' מהלכות אישות שנכנס בדרך זה וכתב וז"ל ודומה קצת לפי' זה נתברר בדברי הרב"י בחו"מ סי' ר"ה ע"כ והכונה כמ"ש הב"י ז"ל כל ששתק וקיבל הדמים אומר רוצה אני קרינן ביה שתיקה לאו דוקא אלא הכונה היא כל שמכר לו וקנה כשאר הקנאות דעלמא אומר רוצה אני קרינן ביה דאל"ה העדים שמעידים על המכירה על מה הם מעידים אם לא שמעו מפיו שמכר דשתיקה מגן שויא וכ"ש לסברת הרמב"ם ז"ל דאפילו קבלת המעות לא ראו אלא שהודה בפניהם שקיבל המעות ואם לא שמעו מפיו שמכר לו על מה הם מעידים גם מלשון הטור והרמב"ם והש"ע שכתבו ומכר משמע שמכר כשאר מכירות דעלמא ר"ל כל מידי בדרך הקנאתו גם בהניזקין אהך מתני' דקתני לקח מסקריקון וכו' קאמר רב ל"ש אלא דאמר ליה לך חזק וקנה משמע דפי' לקח היינו שקנה ממנו כדרך הקנאתו:

ומהתימה מהכנה"ג בהגב"י ס"ק א' שכתב וז"ל אבל ראיתי להריב"ש בסי' ר"ץ כתב דצריך לומר בפירוש טול קרקע והניחני אבל בשתיקה בעלמא אינה ניקנית וכו' עכ"ל דאיך עלה בדעתו לומר דבשתיקה לחוד קנה הגוזל דבר מחבירו וצ"ע וישוב סוגיא זו דערכין לדעת הסוברים דבעינן שיאמר בפירוש רוצה אני יתבאר לקמן בעזרת השם:

וראיתי להרב מוהרח"ש ז"ל שכתב וז"ל אמנם מאי דקשיא לי טובא הוא בדברי הרמב"ם גופיה במ"ש בהל' מכירה בד"א באנס שהרי הוא חמסן וכו' אבל הגוזל וכו' אין המוכר צריך למסור מודעה מש' דבחמסן צריך למסור מודעה ואי לא מסר מודעא זביני זביני וקשה מההיא דהכונס שכתב לעיל דפריך אי יהיב דמי חמסן קרית ליה והא אמר רב הונא תליוה וזבין זביני זביני ל"ק הא דאמר רוצה אני הא דלא אמר רוצה אני מש' דבחמסן לא הוי זביני זביני והתימה מה"ה שכתב על דברי הרמב"ם אלו וז"ל הלוקח באונס נקרא חמסן וכו' כדאיתא סוף הכונס ע"כ והנה הביא מסוף הכונס ולא הביט כי משם סתירה לדברי הרמב"ם עכ"ל גם הלח"מ בפ"ד מהל' אישות הביא דברי ה"ה אלו וכתב עליהם וז"ל ודבר תימא הוא זה דאי חמסן דבפרק הכונס בלא אמר רוצה אני מיירי ואין צריך מודעא וכו' ואי איירי הב"י כשאמר רוצה אני דהוי זביני זביני לאו היינו חמסן והניחו בצ"ע:

והנראה לתרץ והוא דמסוגיא דהכונס מוכח דכל דהוי זביני זביני ואינו חייב להחזיר המקח לא מיקרי חמסן וכל שחייב להחזיר המקח מיקרי חמסן ואנס זה שאנסו עד שמכר לו אם לא מסר המוכר מודעא אינו נקרא חמסן לפי שנאמר דעת המוכר כיון שנתן לו שוויו שמא נתרצה כמ"ש רב האיי ז"ל בשל"א אבל אם מסר המוכר מודעא וגילה דעתו שלא נתרצה במכר זה נקרא חמסן זה האנס וזהו שדקדק הרמב"ם ז"ל בלשונו וכתב שהרי הוא חמסן ולא קאמר באנס שהוא חמסן אלא הכונה דלאו כל אנס הוא חמסן דאם נתרצה ומכר לו לא הוי חמסן דאימור גמר והקנה אלא בזה האונס דגילה דעתו המוכר שלא נתרצה למכור לו וזהו שדייק ה"ה בלשונו הזהב וכתב וז"ל הלוקח באונס נקרא חמסן כ"ז שלא נתרצה המוכר וכו' והכונה בזה שאמר כל שלא נתרצה המוכר דהיינו שמסר מודעא דאי לא מסר מודעא אדרבא אמדינן דעתו כיון שנתן לו את שוויו שמא נתרצה ואינו נקרא חמסן כמ"ש לעיל בשם רב האיי ז"ל ודוק:

ד) **ולקח** דמי המקח וכו' הוא לשון הרמב"ם בפ"י מה' מכירה וכונתו לומר דאין המכר קיים אלא א"כ לקח הדמים בשעה שמכר לו ואי לאו לא קנה אעפ"י שהקנהו לו בשאר הקנאות כשאר מכירות דעלמא אבל לדעת הרמב"ם אינו צריך שיראו העדים בשעת המכר קבלת הדמים אלא כל שהודה בפניהם בשעת המכר שכבר קיבל הדמים ומוכרו

לו מכירתו הויא מכירה כמ"ש אח"ז אעפ"י שלא לקח הדמים בפני עדים ולדעתם אפי' אם אח"כ כופר המוכר ואומר שמעולם לא קיבל הדמים ומפני היראה הודה שקיבל הדמים אינו נאמן כיון שלא ראינו שאנסו כי אם על המכר דוקא ולא על הדמים ולא הוחזק לוקח זה גזלן מעולם כמ"ש הרמב"ם בפ"ט מה' גזילה וז"ל שזה האנס אינו רוצה לגזול ולא גזל עדיין כלום עכ"ל:

והב"ח ז"ל כתב דלדעת הרמב"ם בעינן שעכשיו ג"כ בפני ב"ד יודה שקיבל המעות ואל"ה אע"ג שכבר הודה בפני עדי המכירה שקיבל הדמים לא מהני ולא קני כיון דאיכא ספק אם קיבל הדמים אם לאו עכ"ל גם הרב הדרישה ז"ל כתב וז"ל ובאמת יש לתמוה על כולם איך מלאם לבם לפרש דברי הרמב"ם דמיירי בהודה שקיבלם ולבסוף מכחיש וכו' הא מתחיל הרמב"ם וכתב מי שאנסוהו עד שמכר ולקח דמי המקח וכו' ולשון זה מש' דידוע הוא בעדים או שמודה הוא עדיין שקיבל וכ' עכ"ל יעוש"ב ודבריהם תמוהים דהא בהדייא קאמר הרמב"ם ז"ל בהלכה ז' וז"ל וכן אם הודה בפניהם שלקח דמים אחר שמסר מודעה על כך אינו חייב להחזיר כלום וכו' ע"כ הרי דאפילו בהודה בפני העדים בלחוד שקיבל המעות ועכשיו כופר דוקא אם מסר מודעה על המכר וגם על הדמים הוא דהמכר בטל ואינו חייב להחזיר הדמים אבל אם לא מסר מודעה המכר קיים אע"ג שעכשיו כופר ואומר שמעולם לא קיבל הדמים וצ"ע:

וכ"ת אכתי קשה דדברי הרמב"ם סתראי נינהו דבהלכה א' כתב אעפ"י שלא לקח הדמים בפני העדים לפיכך אם מסר מודעה וכו' ומחזיר את הדמים דמש' דאע"ג דלא לקח הדמים בפני העדים ומסר מודעה עכ"ז המכר בטל ומחזיר הדמים ובהלכה ז' כתב דאם הודה בפניהם שלקח הדמים אחר שמסר מודעא דגם הדמים אינו חייב להחזיר ונראה דל"ק כלל דמ"ש בה"ז דאינו חייב להחזיר הדמים היינו שמסר מודעה גם על הודאתו שהוא מודה על הדמים שהוא מודה מחמת האונס וזהו שדייק הרמב"ם ז"ל בלשונו הל"ז וכתב אחר שמסר מודעה על כך דהיינו גם על הדמים וכן פירש הרב"י ז"ל דברי ה"ה בסעיף ב' וז"ל ביאור דבריו כ"ז שלא מסר מודעה שלא קיבל המעות ושהוא מודה שקיבלם מחמת יראה עכ"ל וכ"ת אי מיירי הרמב"ם ז"ל בה"ז שמסר מודעה גם על הודאתו שהוא מודה שקיבל המעות א"כ מה הוא זה שכתב ה"ה לשם וז"ל וכן אם הודה עשה הרב ז"ל כל היכא דמסר מודעה וידעינן באונסיה כדין הגזלן דאמרינן דאפילו הודה אינו חייב להחזיר לו כלום וכו' עכ"ל וכן כתב הרב הכ"מ ז"ל ואם איתא דמסר מודעה בפי' על הודאתו שקיבל המעות מאי למימרא פשיטא הוא כיון שמסר מודעה ע"ז אי מהא ל"ק כלל דאעפ"י שמסר מודעה על הודאתו שקיבל המעות ה"א דלא מהנייא מודעה ע"ז כלל

כיון שלא ראינו שאנסו כי אם על המכירה דוקא ולא ראינו שאנסו שיודה לו שקיבל ממנו המעות לזה תירץ ה"ה עשה הרב וכו' והסמ"ע בס"ק כ"ה בד"ה וכן אם הודה חילק בין אם מסר מודעה ללא מסר מודעה ולפי מ"ש ליתא דאפילו אם מסר מודעה כתב בס"א דמחזיר הדמים ודוק אם לא מסר מודעה על הודאתו בפי' שהודה על הדמים כמ"ש:

אבל דעת הטור ז"ל בעינן שיראו העדים בשעת המכר קבלת המעות ולא סגי בהודאה שהמוכר מודה בפניהם ומש"ה שינה מלשון הרמב"ם שכתב ולקח דמי המקח ונקט בלשונו וקיבל הדמים ואם לא ראו העדים קבלת המעות יכול לומר מפני היראה הוא שהודיתי ולא קנה הלוקח ואם אינו כופר המוכר ומודה שקיבל המעות נראה דגם להטור קנה הלוקח והב"ח ז"ל הפריז על המדה ואמר דלא קנה הלוקח ולא ידענא מנין לו דאי הכי לא הוה משתמיט הטור מלאשמועינן האי חידושא:

והנה הטור בסי' רל"ו ס"ב כתב וז"ל אבל אם קנאה מהגוי תחילה ואח"כ מהבעלים מקחו בטל וכו' אלא א"כ וכו' או שהודה או יש עדים שראו שקיבל ממנו המעות ע"כ ולכאורה דברי הטור סותרין זה את זה דבכאן בסי' ר"ה פסק הטור דבהודאה שמודה לפני העדים שקיבל ממנו המעות לא מהני ולשם בסי' רל"ו פסק דאם הודה מהני וקנה והנה הרב הפרישה הגיה בס"י או שמודה ור"ל שמודה עכשיו בפני ב"ד שקיבל המעות ולפי דברי הב"ח שכתב בכאן דאם לא ראו העדים קבלת המעות אפי' מודה המוכר שקיבל הדמים מ"מ מאחר שקיבלם שלא בפני עדים לא אמרינן אגב אונסיה גמר ומקני וכו' א"כ אפי' לפי הגהה זו עדיין קשה דברי הטור אהדדי ומ"ש הב"ח לשם פירוש שהודה בפני ב"ד או בפני עדים בתורת הודאה גמורה שלא בפני הלוקח והסקריקון וכו' עכ"ל לא נהירא דלא נמצא חילוק זה לשום אחד מן המפרשים דכל שיש לתלות שמפני האונס הודה לא סגי אלא א"כ ראו עדים קבלת המעות ולא הוה משתמיט שום אחד מהפוסקים דמצריך שיראו העדים קבלת המעות מלאשמועינן האי חידושא גם בש"ס במילתיה דרב ביבי קאמר במה דברים אמורים שאמרו עדים בפנינו מנה לו משמע דלא סגי בלאו הכי ודוק והנראה דס"ל להטור דשאני בלוקח מן הגוי דאפי' בהודאה שמודה בפני עדים המוכר שקיבל מעות מן הלוקח מהני משום דלוקח זה לא הוחזק לא גזלן ולא אנס ואי לאו שלקח ממנו מעות לא היה מודה לו וגם הגוי אינו מקפיד עליו שיודה לו שקיבל מן הלוקח המעות ואין צריך להגיה בדברי הטור כמו שהגיה הרב הפרישה או שמודה ור"ל שגם עכשיו הוא מודה לו אלא כל שהודה בפני עדים בשעת מכירה שקיבל ממנו הדמים סגי אבל ראיתי בקיצור פסקי הרא"ש בפרק הניזקין שכתב וז"ל לקח מסיקריקון ואח"כ לקח מבע"ה מקחו בטל וכו' אא"כ קיבל עליו אחריות או שמנה לו המעות בפנינו

משמע דס"ל דגם בזה צריך שימנה לו המעות בפנינו ולא סגי בהודאה וכדברי הפרישה ז"ל. וראיתי להסמ"ע בסי' רל"ו שהגיה גם בדברי הש"ע כמו שהגיה בדברי הטור וז"ל בסעיף קטן או שהודה בפרישה כתבתי דצ"ל שהוא מודה וכו' וכמ"ש הטור והמחבר בסי' ר"ה וצ"ע דהש"ע בסי' ר"ה פסק כדברי הרמ"בם דאע"פי שלא לקח המעות בפני עדים אלא שהודה בפני העדים שקיבל המעות סגי וא"כ בדברי הש"ע אין צריך לשום הג"ה דלטעמיה אזיל דבהודה שקיבל המעות בפני עדים סגי דלא כסברת הטור ודו"ק והיאך מצא בדברי המחבר כן:

אמנם דעת הרי"ף ז"ל בפ' הניזקין אע"ג דלא יהיב ליה זוזי בשעת המכר קנה שכתב וז"ל ואסיקנא והילכתא בכולהו תליוה וזבין זביני זביני וכו' בין ארצי ליה זוזי בין לא ארצי ליה זוזי אילו בשטר בלבד קנה וכי א"ל בתר הכי תא שקול זוזך לא מצי למיהדר ביה וכו' והיא ל"ק מידי דהא אמרינן מודה שמואל היכא דיהיב זוזי ואע"ג דפסק הילכתא בין ארצי ליה בין לא ארצי ליה התם גבי תליוה וזבין דעתיה למיתב ליה זוזי ודעתיה דמוכר למישקל מיניה זוזי וכו' עכ"ל והביאו הרא"ש ז"ל בפ' הניזקין בסתם ולכאורה קשה דהיאך הטור ז"ל לא זכר דעת הרי"ף ואביו הרא"ש ז"ל כלל גם קשה לי על הרב"י ז"ל שהביא דברי הרי"ף והרא"ש הנז' בס"ב וכתב וז"ל ומפשט דבריהם שכתבו וכי א"ל בתר הכי תא שקול זוזך לא מצי למיהדר ביה משמע שהם מפרשים דמאי דאמרינן מודה שמואל היכא דיהיב זוזי לאו דיהיב זוזי ממש אלא הכי קאמר מודה שמואל היכא דהמוכר והלוקח נחתי אדעתא דמעות וכו' אעפ"י שעדין לא נתן המעות אינו יכול לחזור בו כיון שאין הלה מעכב מעותיו אלא אומר לו תא שקול זוזך וכו' עכ"ל היאך לא פסק כוותייהו כפי הכלל שמסר בידינו גם על הראב"ד ז"ל שהשיג על דברי הרמב"ם ז"ל וכתב וז"ל טעה בזה בדברי הרב ז"ל שהוא לא אמר אלא אע"ג דבשעת תליה והמכירה לא ארצי ליה זוזי אלא לבסוף מכירה היא ולעולם צריך שיתן בפני עדים וכו' עכ"ל למה לא השיג עליו ג"כ מדברי הרב ז"ל שלדברי הרב אינו צריך שיתן הדמים בשעת התליה והמכירה ולפי דברי הרמב"ם צריך שתהיה לקיחת הדמים בשעת התליה והמכירה ולפחות ע"י עדי הודאה שיודה בפניהם שלקח הדמים ועוד ג"כ מי הגיד לו להראב"ד ז"ל שדברי הרמב"ם ז"ל הם לקוחים מדברי הרי"ף ז"ל עד שיאמר לו טעה בדברי הרב ז"ל שהוא לא אמר וכו':

והנראה לישב כ"ז והוא שס"ל להראב"ד ז"ל בדעת הרי"ף דאע"ג דגריס בגמרא ארצי ליה זוזי ומסיק בגמרא והילכתא בכולהו וכו' בין ארצי ליה בין לא ארצי ליה זוזי לאו למימרא דלא ארצי ליה בפני עדים כלל אלא שהודה בפניהם כמ"ש ה"ה ז"ל בדעת הרמב"ם ז"ל

דפי' זה לא יתכן כלל כמו שכתבו התוספות ז"ל בד"ה ואפי' בשדה זו לא אמרן וכו' ע"ש ומהתימא מה"ה ז"ל שכתב בדעת הרמב"ם שהוא מפ' כן ולא הרגיש במ"ש התוספו' ז"ל בדיבור הנז' ודחו פי' זה ועוד דהרי"ף סיים וכתב וכי אמר ליה בתר הכי תא שקול זוזך אלמא דלאו בהודה לפני עדים מפרש לה הרי"ף ז"ל לא הרי"ף ז"ל מפרש דלא ארצי ליה זוזי היינו דבשעת המכירה לא נתן לו מעות אלא שאמר לו שנותן לו אח"כ ועכ"ז קנה מעכשיו כשיתן לו אח"כ אבל אם לא נתן לו המעות אח"כ לא קנה דכל זמן שלא קיבל המעות לא סמכא דעתיה שיתן לו האנס מעותיו ולא דמי למוכר ברצון שקנה מעכשיו והמעות נעשו הלואה, והוי כמי שמכר לו על תנאי שיתן לו המעות דקנה ונותן לו המעות ואם לא נתן לו המעות לא קנה למפרע וזהו שכתב הרי"ף וכי א"ל בתר הכי תא שקול זוזך לא מצי למיהדר ביה אלמא דוקא כשאמ"ל תא שקול זוזך לא מצי למיהדר ביה הא לאו הכי לא קנה ולא נימא דקנה והמעות נעשו עליו חוב בעלמא וזהו שמדויק בלשון הש"ס מודה שמואל היכא דיהיב זוזי דאלמא לא קנה אלא עד דיהיב זוזי דאעפ"י שהתחיל הקנין מקודם לא נגמר עד דיהיב ליה זוזי ודלא כמו שכתב הב"י לדעתם שהם מפרשים דמאי דאמרינן מודה שמואל היכא דיהיב זוזי לאו דיהיב זוזי ממש דליתא וכמו שכתבתי אלא כל שבדעת המוכר והלוקח נחתי אדעתא דזוזי קנה מעכשיו והמעות נעשו חוב ודחו פי' הראב"ד שכתב אלא לבסוף, גם לא הוי דינו כדין עייל ונפיק אזוזי דכל זמן שלא נתן מעות שניהם יכולים לחזור אלא כדין מוכר על תנאי דכל זמן שמזומן הלוקח לקיים תנאו המכר קיים וה"נ כיון דא"ל לוקח תא שקול זוזך לא מצי למהדר ביה מוכר וס"ל להראב"ד ז"ל דמדכתב הרמב"ם אעפ"י שלא לקח המעות בפני עדים וכתב בתחילת לשונו ולקח הדמים גם הרמב"ם ז"ל אזיל בשי' זו דכל זמן שלא לקח הדמים לא קנה לגמרי וכונתו במ"ש אעפ"י שלא לקח הדמים בפני עדים בה"א הידיעה דאעפ"י שלא לקחם בשעת המכר לפני עדי המכירה עד לבסוף הואיל ואח"כ הגיעו לידו קנה וכמ"ש הרי"ף ז"ל אבל מדכתב אעפ"י שלא לקח הדמים בפני העדים ולא כתב אעפ"י שלא לקח הדמים בשעת המכר משמע דס"ל דלא בעינן שיראו עדים נתינת המעות וכן מש' בהדיא מדבריו בהלכה ז' שכתב וכן אם הודה בפניהם וכו' אינו חייב להחזיר הדמים דמש' דוקא משום שמסר מודעה אינו חייב להחזיר הלא"ה אם הודה חייב להחזיר הדמים ותלה דבריו הראב"ד ז"ל בכאן משום שמכאן משמע דאזיל הרמב"ם ז"ל בשי' הרי"ף ז"ל וגם הטור ז"ל אזיל בשי' זו דאע"ג דלא מסר הדמים בשעת המכר אלא לבסוף קנה ומ"מ בעינן שיראו עדים בסוף נתינת המעות וכשי' הראב"ד ז"ל בפי' דברי הרי"ף שכתב אע"ג שבשעת התליה והמכירה לא ארצי ליה זוזי אלא לבסוף מכירה היא ולעולם צריך שיתן

בפני עדים דאי לא מצי אמ"ל לא יהבת לי מידי וזו היא דעת אביו הרא"ש ז"ל שהביא דברי הרי"ף ז"ל בהניזקין וכן דייק לישניה דהטור בסי' רל"ו שכתב אלא א"כ קיבל עליו אחריות או שהודה או יש עדים שראו שקבל ממנו מעות ע"כ דמש' אע"ג שלא בשעת המכר מדלא כתב בשעת המכר ודלא כמ"ש הרב מש"ל דמ"ש הרמב"ם ולקח דמי המקח הוא לאפוקי מס' הרי"ף ז"ל דלא בעינן שיתן הדמים בשעת המכירה וכו' יע"ש דליתא וכמ"ש דגם הרמב"ם ז"ל אזיל בשי' זו של הרי"ף וכדמשמע מדברי הראב"ד ז"ל וכמ"ש ודוק. גם הרב"י כתב בס"א ומעתה מ"ש רבינו מי שאנסוהו למכור וכו' והאי אגב אונסיה היינו כשיש עמו נתינת דמים אבל כשלא נתן דמים לא קנה וכמו שית' לקמן וכו' נראה מדבריו דס"ל דבעינן דבשעת המכירה והאונס יתן דמים וכמ"ש המש"ל ז"ל מדקאמר כשיש עמו נתינת דמים וליתא וכמ"ש. ומעתה מ"ש הרב בני משה בליקוטיו ד"ו ע"ג הובאו דבריו בס' מטה שמעון הגב"י אות א' על דברי הרב"י הנז"ל לא ידעתי למה הוצרך לומר זה ומה הכרע דאם לא לא קנה ת"ל מדברי בעל הטור שאמר בפי' וקיבל הדמים וכו' עכ"ל ולפי מ"ש ליכא תמיהא כלל וטובא אתא לאשמועינן:

כתב הרב מוהרח"ש בקונט' המודעא ד"ד ע"א וז"ל אמנם בדברי הרי"ף והרא"ש לא נתבאר כשהודה שקיבל הדמים וכו' או אי אמרינן דאגב אונסיה הודה וכו' עכ"ל ואנכי לא ידעתי מאי מספקא ליה בדעת הרי"ף והרא"ש דהרי"ף והרא"ש ז"ל פסקו להדיא להא דרב כהנא ולהא דרב ביבי ומוקי להא דרב ביבי כוותיה דרב הונא ובדמסר מודעה יע"ש בדבריהם שכתבו והנ"מ בדמסר מודעה אזביני דהינו לומר אע"ג דלא מסר מודעה אהודאה אין הודאתו הודאה גם מ"ש הרב הנז"ל וז"ל ואע"ג דלהרמב"ם אשכחן בהדיא כשהודה שקיבל הדמים המכר קיים היינו משום שמפרש מאי דאסיקנא והלכתא בכולהו הוו זביניה זביני ואפי' לא ארצי דהיינו שלא מנה המעות אלא שהודה לבד אבל להרי"ף וכו' ממילא הלכה כרב ביבי ורב כהנא כיון דלא אשכחן חולק עלייהו עכ"ל משמע מדבריו דלהרמב"ם אין הלכה כרב ביבי מדקאמר בש"ס והלכתא וכו' אע"ג דלא ארצי זוזי וליתא דלהרמב"ם הלכה כרב ביבי ודוקא בגזלן דמיירי ביה רב ביבי אבל לא באונס שעדין לא הוחזק לגזול מעולם וגם הרמב"ם ז"ל יתכן שמפרש לא ארצי זוזי כפי' הרי"ף ז"ל או כפי' רשב"ם ז"ל דפי' ה"ה כבר דחוי הוא מדברי התוס' ז"ל וכמש"ל:

ודע דמ"ש הרי"ף והרא"ש בהניזקין ואסיקנא והלכתא בכולהו תליוה וזבין זביניה זביני בין ארצי ליה זוזי בין לא ארצי ליה זוזי אלא בשטר בלבד קנה וכי א"ל בתר הכי תא שקול לא מצי למיהדר ביה וכו' עכ"ל לאו למימרא דבתליוה וזבין דדעתיה למיתב ליה זוזי לא קנה אלא א"כ כתב ליה שטר אבל אם קנה ממנו בעדים ואמר לו לך חזק וקנה

אע"ג דדעתיה למיתב ליה זוזי לא קנה דהא ודאי ליתא דבפ' חזקת כשפסקו להא דרב הונא דאמר תליוה וזבין ולהא דמסיק תלמודא והלכתא בכולהו זביניה זביני בין ארצי ליה זוזי בין לא ארצי ליה זוזי הדיינו אע"ג דלא נתן לו המעות בשעת המכר אלא לבסוף לא הזכירו שצריך שטר כלל אבל הנראה דמ"ש בהניזקין אלא בשטר בלבד קנה הוא לפי הס"ד שרצו להקשות על דבריהם שכתבו והלכתא כשמואל דאמר אף בשטר לא קנה עד שיכתוב אחריות מהאי סוגיא דקאמר מודה שמואל היכא דיהיב זוזי דהיינו מודה ליה לרב דבשטר בלא אחריות קנה היכא דיהיב זוזי ומסיק והלכתא אע"ג דלא ארצי ליה זוזי קנה דמש' ליה לפי הס"ד אע"ג דלא יהיב זוזי קנה והיינו כרב ובשטר לבד קנה דאי בלא שטר לא אתיא לה לא כרב ולא כשמואל מש"ה נקטו בלשונם אלא בשטר בלבד קנה דהיינו להוכיח דהלכתא כוותיה דרב דאמר בשטר לחוד קנה אבל לפי תירוצם שיישבו הך סוגיא דחזקת הבתים עם ההיא דשמואל לא נצטרך עוד לומר דמיירי בדאיכא שטרא אלא אפי' בלא שטר קנה כיון דיהיב ליה זוזי לבסוף. גם נ"ל להוכיח בדעת הרי"ף והרא"ש דאפי' בלא שטר קנה הוא ממה שפסקו להא דרב ביבי דאמר קרקע אין לו אבל מעות יש לו בד"א שאמרו עדים בפנינו מנה לו וכו' הוא בדמסר מודעה אבל אי לא מסר מודעה אע"ג דאניס זביניה זביני והא הכא דליכא שטר מדקאמר שאמרו עדים ועכ"ז זביניה זביני ואין לחלק ולומר דשאני הא דרב ביבי דמיירי היכא שמנה לו המעות בשעת המכר ומש"ה לא בעינן שטר אלא בשאמרו עדים בפנינו מנה לו סגי אבל בהא דמסיק הש"ס והלכתא בין ארצי ליה זוזי בין לא ארצי ליה זוזי בשעת המכר בעינן שטר דהא ודאי ליתא דכל כה"ג הו"ל לפרושי ועוד דעל דברי רב ביבי מסיק דקי"ל כרב הונא וכו' והלכתא בכולהו וכו' זביניה זביני אלמא דכלהו בחדא מחתא נינהו ועוד ראיה מדמסיק הש"ס והלכתא וכו' דהא אשה וכו' ואמר אמימר תליוה וקדיש קידושיו קידושין ובאשה לא שייך בה שטרא למכתב ליה לבעל כמ"ש הרמ"ה בפח"ה סי' קפ"ד ואי תיקשי לך מלשון הש"ס דקאמר מודה שמואל היכא דיהיב זוזי דמש' מודה ליה לרב דקנה בשטר דשמעת מינה דאפי' יהיב זוזי נמי שטרא בעי כבר הקשו קושי זו הרמ"א ז"ל בסי' הנז' ותירץ וז"ל התם במקום שכותבים את השטר וכו' יע"ש ולכאורה דבריו אינם מובנים דמחלוקת רב ושמואל לאו במקום שכותבים היא דקאמר ל"ש אלו דא"ל לך חזק וקנה ואי במקום שכותבים מאי איריא סקריקון דלא קני הא אפי' בלוקח ברצון לא קני:

והנראה דכונתו דודאי רב ושמואל איירי במקום שאין כותבים אבל הש"ס דנקט האי לישנא מודה שמואל וכו' ולא קאמר שאני הכא דיהיב זוזי איירי במקום שכותבים:

ומעתה מה שנראה מדברי הרב"י ז"ל דלדעת הרי"ף והרא"ש דלא בעו שיתן הדמים בשעת המכר לא קנה בלא כתיבת שטר אפי' לפי מסקנתם ליתא וכמ"ש גם מ"ש בפי' דברי הרי"ף והרא"ש לדעת הראב"ד דלא קנה עד שיקבל הדמים ויתרצו וכל שלא לקחם עדיין לא קנה אפי' שכתב לו השטר עליהם קשה דא"כ כתיבת השטר מאי מהני ועוד היכי קאמר הש"ס והלכתא אע"ג דלא ארצי ליה זוזי קנה והלא לא קנה עד שיקח המעות ומהיכא מוכיח הרי"ף לפי פי' הרב"י בדבריו למימרא דהלכתא כוותיה דרב והלא לא קנה עד שיקח המעות ובהא קאמר הש"ס בפי' מודה שמואל היכא דיהיב זוזי וצ"ע:

ומעתה מ"ש מהרח"ש בקונטריס מודעא ד"ד ע"א ובענין אם מכר בשטר נראה שנופל חילוק בין הרי"ף והרא"ש לדברי תוס' דלהרי"ף והרא"ש אם מכר בשטר כיון דדעתו למיתן ליה זוזי כמו גבי מוכר באונס קנה אע"ג דלא יהיב ליה זוזי בשעת המכירה וכו' ע"כ והביא סברא זו מור"ם בהג"ה בשם ויש חולקין וציין הרב המרשים שהוא מהב"י לדעת הרי"ף והרא"ש ליתא דבמוכר באונס דדעתיה למיתן ליה זוזי לדעת הרי"ף והרא"ש אין חילוק בין במוכר לו בשטר בין במוכר לו בלך חזק וקנה דבתרוויהו קנה לדעת הרי"ף והרא"ש כיון דדעתייהו למיתב ליה זוזי וכמש"ל. גם מה שתמה הרב מוהרח"ש וז"ל והתימה מהטור ז"ל שהשמיט דין זה שהביא הרי"ף והרא"ש כשמכר בשטר ליכא תמיהא וכמ"ש דאין חילוק לדעת הרי"ף והרא"ש בין מוכר בשטר בין מוכר בע"פ גם מ"ש מהרח"ש לדעת התוס' לדידן דקי"ל בעלמא אחריות ט"ס אף בשטרי מקח בשטר קנה אף בלוקח מסקריקון וגזלן ליתא דאע"ג דקי"ל אחריות ט"ס אף בשטרי מקח דוקא בדיהיב זוזי וכמ"ש הרא"ש בפ' הניזקין דא"ן וז"ל ומהאי טעמא נמי לא אמרינן הכא אחריות ט"ס הוא דדוקא היכא דיהיב מוכר זוזי ללוקח אמר לא שדי איניש בכדי וכו' יעו"ש. ובחמש שיטות להרשב"א בפ' הניזקין והתוס' ז"ל לא כתבו אלא רב ס"ל הכי ואנן לא קי"ל כוותיה ודו"ק ומה שהכריחם להתוס' ז"ל לפ' כן בדברי רב הוא משום דבהניזקין הביא בריתא דקתני עד שיכתוב לו אחריות וקאמר נימא תיהוי תיובתיה דרב ומשני אמר לך רב מאי אחריות נמי שטרי עכ"ל הש"ס ומפרשי לה התוס' אליבא דרב דאחריות ט"ס אבל האמת הוא דרב דס"ל הכי אבל אנן לא קי"ל כוותיה:

וראיתי להרב מוהרח"ש שהביא משם מוהרש"ך שהקשה לסברת רב האי והגהות אשר"י שכתב משם ה"ה אליעזר דאפי' בהך מילתא דסקריקון אמרינן אחריות ט"ס מאי מקשה הש"ס בפ' חזקת הבתים ולשמואל דאמר אף בשטר לא קנה עד שיכתוב אחריות מאי איכא למימר הא לדידהן דאית לן דקי"ל אחריות ט"ס אפי' בסקריקון א"כ ליכא קושיא משמואל כלל דלא קי"ל כוותיה דשמואל בהך וכתב עליו מוהרח"ש כי אגב ריהטא לא

ראה דברי התוס' בד"ה אבל בשטר קנה וז"ל אבל ק"ק דלקמן פריך לרב הונא וכו' ואי תלוי הדבר באחריות מאי קשה משמואל טפי מרב וכו' ויראה מדבריהם דלאו קושיא גמורה היא וכו' ודחיקא ליה לאוקומי דמיירי בשכתב לו אחריות בהדיא וזה יראה פשוט עכ"ל והרואה יראה דלא ראה קושית התוס' הנז' כקושי' הרב מוהרש"ך דקו' התו' היא כיון דבין לרב בין לשמואל הדבר תלוי באחריות א"כ מאי מקשה משמואל טפי מרב ועל קושיא זו איכא לתרץ בפשיטות דלשמואל בעי שיכתוב האחריות בפי' ודוחק לאוקומי מילתיה דרב הונא בהכי כיון דלא הוזכר במילתיה דבר זה אבל קושית הרב מוהרש"ך אליבא דרב האי והרא"ה כיון דקי"ל אחריות ט"ס הוא א"כ באוקמתא דאוקמינן מילתיה דרב דהיינו בשכתב לו שטר מתרצא נמי מילתיה דרב הונא אליבא דרב דאית ליה עד שיכתוב לו אחריות לדידן דקי"ל אחריות ט"ס דשמואל לטעמיה דאית ליה אחריות לאו ט"ס בשטרי מקח מש"ה בעי שיכתוב לו אחריות בפי' אבל רב הונא ס"ל כדקי"ל לפו"ד דאחריות ט"ס אף בשטרי מקח ולא כוותיה דשמואל דס"ל בשטרי מקח אחריות לאו טעות סופר וא"כ קושית הש"ס אינה קושיא על רב הונא כלל וצ"ע על הרב מוהרח"ש שלא השגיח בזה:

סימן יא

נשאלנו על ראובן שהיה שותפו של שמעון וכל אחד מהם בעיר אחת ונלב"ע שמעון בעירו והניח אחריו יתומים קטנים ובעבור שכמעט רוב ממון השותפות היה תחת ידו של שמעון וחייבים סך רב לאחרים בעבור זה הוצרך ראובן ללכת לעירו של שמעון כדי למכור הסחורות ולגבות החובות שיש להם עם אחרים כדי לפרוע החובות שעליהם וליקח כל אחד מהם הקרן שלו שהניח לאמצע השותפות הנז' וכשבא ראובן לעירו של שמעון עמדה אלמנתו של שמעון ודיין העיר ונתנו לראובן המפתח של האוצר של שמעון ונכנס ראובן במקומו ומסרו לידו כל הסחורות הנמצאים בחנותו של שמעון וגם כל המטלטלין שנמצאו שם וכל השערי חובות שיש להם אצל אחרים כדי להביא הענין לידי גמר שלא יאבדו החובות שיש להם על אחרים וליקח כל אחד מהם מה שיעלה לו עפ"י החשבון עפ"י הפנקס של אבי היתומים הנז' וכתבו כל החובות והסחורות והמטלטלין שמסרו ליד ראובן השותף הנז' במזכרת כל אחד בשמו ועמד ראובן הנז' והביא הדבר לידי גמר ועמדו מתווכי השלום ופישרו ביניהם כיצד יתנהג ראובן בשותפות הנז' עם היתומים הנז' ומסר ליד האלמנה כל המטלטלין הנמצאים בחנות אשר הם של בעלה הר"ש הנז' ומכלל המטלטלין אשר היה בחנות שמעון היו קנה מאזנים עם הכפות של המשקלות שלו וטוען ראובן שהם שלו לו לבדו שנתן אותם לשמעון שותפו בתורת

שאלה כדי להתעסק בהם כ"ז השותפות הנז' ויש לו עדים בדבר זה ואינו מחזירו להם עד שיעמדו בדין וכתורה יעשו ועל דבר זה לא דיברו הפשרנים כלל ולא נכנס בכלל הפשר שעשו ביניהם והאפוטרופוס של היתומים טוען חדא דאין נזקקים לנכסי יתומים ועוד אין מקבלין עדים שלא בפני בע"ד וקטן כשלא בפניו דמי:

תשובה לכאורה נראה דהדין עם האפוטרופוס אבל כד דייקת שפיר נראה דהדין עם ראובן השותף ולא מיבעיא עתה שהמאזנים בידו דדבר פשוט יותר מביעתא בכותחא שאין להוציא ממנו אלא אפי' אם היה בידם של היתומים מוציאין אותו מידם ונותנים אותו לראובן הנז' כיון שיש עדים שהוא שלו ובתורת שאלה בא לידו של שמעון אביהם והוא ממה שפסק מרן ז"ל בש"ע בח"מ ס' ק"י ס"ז וז"ל קטנים שהודה מורישם בכת"י על המטלטלין שבידו וכו' או שהוא פקדון משל פלוני מוציאין מהם עכ"ל וכתב הסמ"ע ס"ק ח"י וז"ל כבר נתבאר דכל עסק הפקדון ברשותייהו דמרייהו קיימי וכאילו היה בידם ואין טוענים עליו שמא לקחם אביהם והכת"י מקיימין להרמב"ם והמחבר אפי' אחר מותו וכו' וכמ"ש המחבר בס"ס ט' וכו' עכ"ל:

ועיין שכתב דלרבותא נקט מרן ז"ל הכת"י דאפי' בכה"ג מוציאין מן היתומים אעפ"י שהם קטנים ומכ"ש היכא דאיכא עדים והיינו טעמא דס"ל להרמב"ם והמחבר ז"ל דלא אמרו בש"ס דאין נזקקים לנכסי קטנים ואין מקבלין עדות עליהם אלא בדבר שהוא בחזקתם ואנו באים להוציא אותו מידם אבל בדבר שלפי האמת אינו של אביהם אלא שהוא תחת ידו בגזל או בפקדון או בשאלה דכל היכא דאיתיה ברשותא דמריה איתיה בכה"ג נזקקים ומקבלין עדות על הקטנים ומוציאין מידם ועיין בסי' הנז' ס"ה בדברי המחבר והסמ"ע ס"ק י"ב ובסי' ק"ח ס"ד בדברי המחבר ז"ל שכתב וז"ל ואם יש מהעסק בעין ויש עדים שהוא שלו מאותו עסק וכו' נוטל בלא שבועה וכו' ע"כ. ואעפ"י שהרב כהנא סיים וכתב וכבר נתבאר בסמוך שאין מקבלין העדות לפני יתומים קטנים אם לא נתקבל העדות בחיי אביהם מרן ז"ל והרמב"ם ז"ל ס"ל דבעסקא ופקדון דהם בחזקת הבעלים וכל היכא דאיתנהו ברשותא דמרייהו קיימי מקבלין בהם עדות אפי' על הקטן דמה שאמרו אין מקבלין עדות על הקטן הוא דוקא להוציא וכמ"ש הש"ע בסי' ר"ו אבל להחזיק ביד המחזיק מקבלים אפי' על הקטן והנה אפי' להוציא מיד הקטן חשיב כמו להחזיק דכל היכא דאיתיה ברשות הבעלים איתיה וכמ"ש וזה דבר פשוט וכ"ש בנ"ד שהבעלים מוחזקים ועומדים שאין להוציא מידם מטעם שטען האפוטרפוס דאין נזקקים ואין מקבלים עדות על הקטן דליתא ואפי' דליכא עדים שהוא שלו אעפ"י שיש עדים כשמסרוהו לידו האפוטרפוס והאלמנה הנז' כיון דליכא עדי ראיה נאמן בשבועת היסת

לומר שהוא שלו ואינו צריך נק"ח כיון דבא להחזיק בגוף החפץ לומר שהוא שלו לא מיקרי נשבע ונוטל כמ"ש בסי' ע"ב ס"ק י"ז יעש"ב כ"ש הכא דאיכא עדים ודבר זה פשוט הוא:

סימן יב

שאלה מעשה שהיה כך היה בראובן שמעון ולוי תושבי אר"ץ שעשו שותפות עם יאודה תושב עט"י ע"ז האופן והוא שראובן שמעון ולוי נתנו בתורת קרן לשותפות הנז' סך עשרים אלף גרוש ויאודה נתן בתו' קרן לשותפות הנז' סך ט"ו אלף גרוש וחייבו עצמם ראובן שמעון ולוי תושבי אר"ץ לשלוח סחורות ליאודה הנז לעט"י למכור אותם ולקנות מעט"י חליפיהם או לשלוח דמיהם לארץ וחייבו עצמם ראובן שמעון ולוי שמלבד הסך של השותפות הנז' שהוא ל"ה אלפים גרוש אם מצאה ידם סחורות באשראי מאר"ץ לקנות אותם ולשלוח אותם לעט"י והריוח שיעלה מהם ומהסך השותפות הנז' הכל ינתן לאמצע ויתחלק לשני חלקים שוים החלק הא' ליאודה והח' הב' לראובן ושמעון ולוי וכל מה שירויח יאודה הנז' אפי' מציאה בדרך ממש הכ"ל ינתן לאמצע השותפות ויתחלק ביניהם על אופן הנז"ל אבל ראובן שמעון ולוי מלבד השותפות הנז' היה להם שותפות זע"ז וקרן אחר סך עצום ונושאים ונותנים בו במו"מ אחד והריוח שירויחו באותו שותפות הוא להם לבדם ואין ליאודה בו עסק כלל כידוע כ"ז בשער עירם ועל השותפות שבינם ובין יאודה שותפם כתבו שטר ע"ז והעד עדים ובעבור שיאודה הוא יושב בעט"י ומוכרח הוא למכור בהקפה והשותפים הנז' אינם מצויים אצלו ואינם יודעים אם ילוה לבני אדם אמודים או שבורים עשו תנאים על יאודה כדי שלא יבזבז ממונם וממון אחרים שאחריות החובות של עט"י הם עליו לבדו כדי שתמיד יהיו עיניו פתוחות על החובות ובעבור שהם רוצים ללוות לו מאחרים סחורות הרבה מלבד הסך של השותפות הנז' הוצרכו לכתוב עליו נאמנות על כל הסחורות ששולחים לו ועל כל הסחורות ששולח הוא להם כי הוא נאמן עפ"י דיבורו הקל מבלי שום שבועה וכו' וקנו מידו קגו"ש וש"ח ע"כ הנז"ל וגם על הנאמנות מפו' ואחר התחלת השותפות הנז' כמשלש חודשים עברו בין ראובן ושמעון ולוי דברי ריבות ונתפרד ראובן משמעון ולוי מכל הב' עסקים הנז' מהשותפות שהיה לשלשתם ביחד ומהשותפות שבינם ובין יאודה שותפם ונתנו לו הקרן שלו ונסתלק מעליהם ונשארו שמעון ולוי שותפים ביחד כמקדם בשותפות הידועה להם וג"כ נשארו שותפים עם יאודה שותפם כאשר בראשונה כאשר היו עם ראובן ונתרצה יאודה בהם לבדם כאשר היה ראובן עמהם ואחר עבור עוד שנה ג"כ עברו ד"ר בין שמעון ולוי ונתפרד שמעון מעם לוי שותפו ונשאר לוי לבדו מתעסק לעצמו וגם נשארה השותפות

של יאודה לו לבדו והיה נושא ונותן לעצמו וגם מתעסק בשותפות שבינו ובין יאודה והיו הוא ויאודה מתעסקים בשותפות הנז' כמקדם וחולקים הוא ויאודה בריוח שיעלה משותפות יאודה כאילו היו עם לוי השני השותפים הראשונים שחצי הריוח שיעלה משותפות יאודה ללוי וחצי האחר ליאודה לעצמו ועשו חשבון ביניהם על ריוח של שותפות יאודה שני פעמים בכל שנה פעם אחת כמנהגם וחלקו הריוח של יאודה שנה בשנה ולא חידשו ביניהם שטר הא' שעשו ביניהם כשהיו ארבעתם ביחד ויהי לתקופת השנה כשהגיע עת לעשות חשבונם זע"ז הלך לוי אצל יאודה שותפו לעט"י כמנהגו מדי שנה בשנה וביררו חשבונותיהם זע"ז כמה נשאר לו לוי אצל יאודה שותפו וכמה עלה לו ריוח באותה שנה ולוי אינו יודע בטוב לכתוב וכתב לו יאודה שותפו בכתב ידו שכו"ך יש לו לוי אצל יאודה שותפו מין הסחורות ששלח לו מאר"ץ וכו"ך עלה לו ריוח סך הכל כו"ך הגיע לידו מיאודה שותפו במעות ופוולי"ץ כו"ך נשאר לו ללוי אצל יאודה מאה ואחד ושבעים אלף וכ"ז כתוב בחשבון מסודר ביריעה שביד לוי מכת"י של יאודה ובאותו זמן שישב לוי אצל יאודה אסף יאודה וגבה מחובותיו סך מה ולקח מערל אחד ידוע אצלם שכשהם רוצים לשלוח יאודה ללוי צורה לאר"ץ הולך אצל הערל הנז' והערל הנז' מלאכתו איש צורף קונה זהב וכסף ומעות ישנות מע"ה ומוסרם ליאודה כדי לשלוח אותם ללוי שותפו שימכור אותם באר"ץ על כיסו של הערל שהתוספת והפחת שלו ולוי משתדל לו באר"ץ במכירתם בלא פאטוריה ובעבור זה החסד שעושים עמו לפעמים מוסר להם צורה שלו אעפ"י שלא יתנו לו מעות כלל תיכף אלא אח"ך יגבו מן השוק ויפרעו לו ולפעמים נותנים לו מקצת ואח"ך פורעים לו השאר ולקחו מהערל הנז' צורה בכסף וזהב ומעות ישנות ומסר אותם יאודה ללוי שותפו וגם נתן לו מה שאסף הוא מן השוק במעות חדשות וכסף וזהב ומעות ישנות וגם מקודם זה ביו"ד ימים כשבא לוי אצל יאודה שותפו שלחו צורה מעט"י לוי ויאודה לאר"ץ בכסף וזהב ומעות ולא הספיק לבא לידם הצאפי שלה כמה עלה דמיה באר"ץ וגם הצאפי הצורה של הערל עדין אינם יודעים כמה עולה וגם שלח עמו שעוה ואינם יודעים בכמה תימכר באר"ץ ובעבור שכל אלו עדין לא נתברר כמה עולה דמיהם בדקדוק לא נכתבו לא בפנקסו של יאודה ולא ביריעה שביד לוי וכתבו אותם בשתי יריעות מספר חתיכות שלהם ומספר המטבעות שלהם אחת נשארה ביד לוי ואחת ביד יאודה ועמד לוי ופנה לדרכו יום ג' בשבת וכמעט שעדין לא הגיע לוי לאר"ץ שאורך הדרך הוא ג' ימים מעט"י לאר"ץ ויאודה שותפו חלה יום ו' בחולי הרוח ב"מ וליל ש"ק נלב"ע וחלי"ש וגם אח"ך בא חולי זה אחר יו"ד ימים לאר"ץ והמתין לוי עד שכלה החולי הזה מעט"י ועמד והלך לעט"י ומאי דביני ביני בעבור

שיאודה הנז' הניח יתומים קטנים עמד מע' רב העיר נר"ו והשופט של העיר וחתמו על החנות שלו שבתוכה הסחורות ועל הפנקסאות שלו כנהוג מי שיש עליו חובות או שותף ויש לו יתומים קטנים וכשבא לוי מאר"ץ לעיר שותפו נ"ע עמד מע' רב העיר ונתמנה אפוטרפוס על היתומים אצל השופט כי כן הוא המנהג בדיניהם שמעמידים אפוטרופוס על יתומים קטנים ומע' רב העיר נר"ו מסר ללוי החובות שחייבים ליאודה שותפו ומסר שמותם ביריעה אחת ביד לוי ויריעה אחת העתק אותה יריעה ביד הרב נר"ו אות באות מלה במלה ועמד הרב ג"כ על הסחורות שבאודה ושקל אותם ומסר אותם ביד לוי שותפו של יאודה ועמד לוי והיה נוגש להבע"ח וגובה מהם ושולח לאר"ץ לפרוע החובות שיש עליהם לאחרים ובעבור שצריך לוי להתעכב פה עט"י הוא וביתו וצריך הוצאה מרובה עמד וכתב למע' אביו נר"ו לשלוח לו איזה סחורות כדי שאגב שהוא מתעכב בעט"י בשביל החובות ימכור אותם ויעלה לו ריוח בשביל יציאותיו ומ"א נר"ו מרוב רחמנותו על בנו עמד וקנה לו סחורות ולוי מכר אותם מהם בהקפה ומהם במזומנים ויהי כמו ששה חודשים ולוי יושב בעט"י וגובה חובותיו חדשים גם ישנים באו אנשים ואכלו קורצא בי מלכא אצל מע' הרב נר"ו באמור לו מה עשית בזה הענין שמסרת הכל ביד לוי שותפו של יאודה ובדבר הזה אתה מקעקע ביצתן של יתומים שלוי גבה כל הבע"ח הטובים ונשארו מעט ורעים שלא יבאו לידי גיבוי ורוצה לגבות אלו הבע"ח הרעים ליתומים בקרן שלהם וכמעט שבדבר זה הורדת את היתומים לטמיון ויהי היום כשמוע הרב את הדבר הזה חרה אפו ושלח אחר לוי שיבא לפניו ויבא לוי ויעמוד לפניו ויאמר לו מע' הרב הנז' הראני החשבון כמה נשאר מבע"ח אשר הם נוגעים ליתומים וכמה גבית מהם ובעבור שלוי אינו יודע בטיב החשבון אמר לו לוי להרב המתן לי יום או יומים עד שאשב ואסדר חשבנותי ומע' הרב נר"ו בעבור הלה"ר שסיפרו לו על לוי לא אבה לשמוע לו ומאי דביני ביני יצאה אש המחלוקת ועמד מע' הרב נר"ו והכריח ע"כ הבע"ח חדשים גם ישנים הוא והאלמנה הנז' שלא יפרעו עוד ללוי כלום כי כל מה שעושה הוא עושה חסד עם היתומים כיון שאחריות החובות של היתומים הוא אין לו להיטפל בבע"ח כלל והם משלמים לו רעה תחת טובה ועמד לוי והלך לו לארצו יורינו כיצד הדין האם יכול לגבות לוי מן היתומים כל מה שחייבים לו שהוא סך מאה וע"א אלף ואם יכול לגבות כמה יכול לגבות שאם נאמר עד סך זה יכול מאן פלג לן ונתת דבריך לשיעורין ואם אחריות החובות הם על היתומים דוקא כמו שכתוב בשטר הא' שבידו או הוא על שניהם או על לוי לבדו דוקא ושכמ"ה גם יודיענו שאם מה שמסר מע' הרב נר"ו ביד לוי כל החובות והסחורות הוא כדין או לא:

תשובה הנה לכאורה נראה דהכל הוא בחזקת היתומים והוא ממה שפסק מר"ן בח"מ סי' ס"ב וז"ל וכן אחד מן האחים שנושא ונותן בתוך הבית ושטרות עשויין על שמו וכו' ואם מת והניח יתומים אז צריכין האחים להביא ראיה בעדים עכ"ל ומינה דכ"ש בנדון דידן דהשתא ומה אחים שאינם חלוקים בעיסתן ואפ"ה על האחים להביא ראיה כ"ש בנדון דידן דהם שותפין וחלוקין בשאר דברים וכמ"ש הש"ך בסי' הנז' ס"ק י"ד דעל השותף להביא ראיה אבל כד דייקינן שפיר חזינן דלאו מילתא היא מכמה טעמי חדא דשטרות אלו הכתובין על שם השותף המת הם דמי הסחורות ששלחם לו שותפו וכמו שמתברר כ"ז מתוך פנקסו של שותפו המת והו"ל כדבר הידוע שהוא של אחין דאז על היתומים להביא ראיה וכמ"ש מורם בסי' הנז' וז"ל ודוקא בדבר שאינו ידוע שהוא של אחין אבל בדבר הידוע שהוא של אחין על היתומים להביא ראיה ע"כ ולא יש מי שחולק ע"ז ואפי' בדבר שאינו ידוע משל השותפות כיון דהשטרות הם עכשיו תחת ידו וטוען בריא דמשל השותפות הם בודאי דעל היתומים להביא ראיה דהתם שאני שעל האחים להביא ראיה דאינם טוענים בריא אבל הכא דהשותף טוען בריא דשטרות אלו הם מממון השותפות וגם הם עכשיו תחת ידו ודאי דעל היתומים להביא ראיה וכמ"ש הב"י בא"ה סי' פ"ו משם תשו' הרשב"א וז"ל שאלת ראובן מתה אשתו בלא בנים ויש בידו ש"ח יוצאים על שמה וקרוביה תובעים אותם מהבעל והבעל טוען שמנכסיו נעשו וכו' תשו' כל מה שיש לאשה בחזקת הבעל הוא עד שתביא ראיה לדבריה וכו' ואל תשיבני לכשמתה אין יורשיה צריכים להביא ראיה וטוענים להם וכדאמר שמואל מודה לי אבא שאם מת על האחים להביא ראיה וכו' דהתם שאני שאין האחים והיתומים טוענים ברי אבל כאן הבעל טוען ברי וכו' הרי היכא דהשטרות הם תחת ידו והוא טוען ברי על היתומים להביא ראיה ואע"ג דהש"ך ס"ק י"ח כתב היפך זה זהו לפי שיטתו דחלק ע"ד מר"ן בסי' ס"ד אבל לפי דעת מר"ן ז"ל בסי' ס"ד דאפי' בשטרות מהני בהו תפיסה היכא דטוען בריא ויש לו מגו דהחזרתי ודאי דנאמן ועיין בכנה"ג סי' ס"ד הגה"ט אות ט' דאפי' ביתומים קטנים דלאו בני דעת נינהו להחזיר להם נאמן לומר החזרתי יעו"ש ואע"ג דיש חולקים יכול המוחזק לומר קי"ל ואע"ג דחזרו היתומים ותפסו ממונו אין תפיסתן מועלת דתפיסה אינה מועלת אלא דוקא היכא שהתופס טוען בריא וזה פשוט אבל כ"ז שכתבנו אינו מועיל אלא שלא נאמר דהכל הוא בחזקת היתומים אבל עכ"פ בודאי דבר הידוע שהוא משל שותפות הרי הוא בחזקת שניהם בשוה וכמ"ש מר"ן ז"ל בסי' קע"ט דבר הידוע שהוא משל שותפות אין לא' חזקה בו על חבירו וכו' ול"מ במילתא דידוע לתרווייהו שוה בשוה אלא אפי' חזו דהאי אייתי זוזי והאי אייתי זוזי דזבני בהו עסקא ולא ידיע כמה אייתי האי וכמה אייתי

האי ובתר הכי נפיק האי עסקא מידא דחד ואמר תרי תילתא דידי ותילתא לחברי לא מהימן אלא פלגי לה בשוה והוא דלא מצי למיטען להד"מ או החזרתי וכו' ובודאי דלטעם ב' דזכה השותף החי מכח תפיסה וכמ"ש. א"כ אפי' בדבר הידוע לשותפות יכול להחזיק ולומר שלי כיון דיכול לטעון החזרתי אפי' בקטנים וכמ"ש אבל לפי טעם א' עדיין י"ל דהכל הוא בחזקת השות' ופלגי' ליה בשוה והחצי הוא בחזקת היתומים והחצי הוא בחזקת השותף החי הא ליתא דמדברי מר"ן בעצמו יש תברא בזה דע"כ לא כתב מר"ן ז"ל דפלגי' ליה בשוה אלא היכא דלא ידיע כמה אייתי האי וכו' וכו' אבל הכא דאביהם של יתומים ידוע כמה נתן קרן בשו' הנז' והשו' החי היה לוה סחורות מאחרים מלבד הקרן שישנו באמצע השו' הנז' ושולח דאביהם של יתומים בודאי בכגון דא אין להיתומים חזקה בשו' הנז' אלא דוקא הקרן שהניח אביהם והשאר הוא בחזקת השו' החי וכל מה שכתבנו הוא לרווחא דמילתא היכא שלא ביררו חשבונותיהם זע"ז אבל בנ"ד דקודם שנלב"ע אביהם של היתומים בג' ימים ביירר חשבונו עם השותף החי על הקרן והריוח וכמה חייב לשותפו מן הסחורות ששלח לו בהא ודאי ל"ל שיהא הכל בחזקת היתומים ואין בחזקתן אלא מה שהניח אביהם בשו' הנז' והשאר הוא בחזקת השו' החי ודנים בזה עפ"י הכ"י של אביהם של היתומים שעשה חשבונו עם שותפו ומסר לידו פתקא כמה נשאר חייב לו מהשו' הנז' וכמ"ש מר"ן ז"ל בח"מ סי' ס"ט ס"א וז"ל לפי הפתקאות שמוציאין השותפים זע"ז הואיל והוא כת"י אפי' אין בו חתי' כלל גובין בו מב"ח ואין יכול לומר להד"מ ע"כ וכתב דזה אינו אלא דוקא לגבות מהשותף כשהוא חי דאינו יכול לומר להד"מ אבל עכ"פ לא עדיפא האי מכת"י שיש בו חתימה דאינו גובה בו מהיורשים אפי' אם הם גדולים כ"ש בנ"ד דהם יתומים קטנים להא נמי י"ל כיון דהפתקא שביד השותף היא נעתקת מן הפנקס של השותפות ופנקס פסק מר"ן ז"ל בסי' צ"א ס"ה וז"ל יש לדון עפ"י פנקסו של אדם שרגיל לכתוב בו כל עניניו ואפי' להוציא בו מיתומים קטנים היכא שיש רגלים לדבר שמ"ש בפנקס הוא אמת עכ"ל וא"כ ודאי דגובין מיתומים עפ"י הפנקס אפי' שהם קטנים ואע"ג דבסי' ק"ז סעיף י"ב פסק מר"ן ז"ל וז"ל ראובן שמת ונמצא בפנקסו כתוב בכת"י שהוא חייב לשמעון מנה היורשין פטורים דמלוה ע"פ אפי' בעדים אינו גובה מהיורשים אלא א"כ תוך זמנה וא"כ מר"ן ז"ל סתר דידיה אדידיה כבר הקשה הסמ"ע ז"ל קושיא זו ותי' דשאני התם דמיירי שיש רגלים לדבר שמ"ש הוא אמת עכ"ל ובאמת הש"ך ז"ל שדא ביה נרגא בתי' הסמ"ע דאע"ג דאיכא רגלים לדבר שהוא אמת מ"מ איכא למיחש שמא פרע ותי' הוא ז"ל דבסי' צ"א מיירי בענין דליכא למיחש שמא פרע כגון תוך זמנו ע"ש נמצא לפי דברי הש"ך דאפי' עפ"י פנקסו אין גובה בו

מהיורשים אלא א"כ הוא תוך זמנו וא"כ בנדון דידן נמי כיון דאינו מפורש בפנקס שהוא תוך זמנו אין גובין בו מהיורשים אפי' הם גדולים ומ"מ בהא אמינא לה דהרב ב"י ז"ל לא ס"ל כתי' של הש"ך ז"ל שכתב בסי' ס"ט בספר בדק הבית ז"ל כתב הרשב"א ז"ל וכו' או נמצא כתוב בפנקסו שהוא חייב לו וכו' נראה שכתוב בפנקסו הוי כחייב מודה או כמת בנדויו שגובין בו מן היורשים אפי' לאח"ז משא"כ בכת"י שהוא חייב לו דדוקא תו"ז גובה ונראה דטעמא דכשהוא חייב בכת"י שביד המלוה ופרע לו אין בידו לקרוע או למחוק הכת"י שביד המלוה ואינו חושש כיון דנאמן לומר פרעתי אבל במה שכתוב תחת ידו בפנקסו אם הוא אמת שכבר פרע היה מוחק או מעביר עליו הקולמוס או כותב כנגדו שפרע וכיון שלא עשה כן מוכחא מילתא שלא פרע וגובין בו מן היורשים אעפ"י שהוא אח"ז עכ"ל וכן הביא הכנה"ג בסי' ע"ח בהגה"ט אות כ"ד וז"ל נמצא כתוב בפנקסו שהוא חייב לו וכו' ואם מת אח"ז הקבוע לפריעת המלוה דעת רבינו ב"י בספר בד"ה בסי' ס"ט והרדב"ז חלק א' סי' קמ"ח והמבי"ט בחלק א' סי' ע"ד דגובין מן היורשים אפי' שהוא לאח"ז וכו' עכ"ל הרי דדעת מר"ן ז"ל הפך דעת הש"ך ז"ל ואנן בתריה דמר"ן גרירי וכן הוא המנהג פשוט פה אר"ץ דגובין עפ"י הפנקס אפי' מיתומים קטנים ועיקר קושית הכנה"ג בסי' ס"ט אות מ"ד בהגהת ב"י שהקשה על מר"ן ז"ל והרדב"ז והמבי"ט ז"ל שכתבו וז"ל ואחר המחילה מכבוד רבנותם אין זה מחוור בעיני שיהיה פנקסו של אדם יותר טוב משטר חתום בעדים דבשטר בעדים צריך שבועה ופנקס יגבה שלא בשבועה מדהשוה אותו לתו"ז או הודה בחוליו או נדוהו ומת בנדויו אפי' תימא דגם בפנקס יגבה בשבועה קשה מאד בעיני הדבר ומה גם במ"ש הרדב"ז ז"ל דבשטר אינו גובה מיתומים קטנים ופנקס גובה מיתומים קטנים וכו' עכ"ל לכאורה נראה שהיא קושיא אלימתא ומה גם דמר"ן ז"ל בדבריו בבד"ה לא אשכח פתריה להעדיף הפנקס אלא מכת"י אבל לא משטר בעדים שכ' וז"ל נראה שכתוב בפנקסו הוי כחייב מודה וכו' משא"כ בכת"י וכו' ונראה דטעמא הוי דכשהוא חייב בכת"י שביד המלוה ופרע אין בידו לקרוע או למחוק כת"י ואיננו חושש כיון דנאמן לומר פרעתי אבל מ"ש בפנקסו שתחת ידו אם היה אמת שפרעו היה מוחק או מעביר עליו הקולמוס או כותב כנגדו וכיון שלא עשה כן מוכחא מילתא שלא פרע וכו' ע"כ הרי שלא שייך דברים הללו אלא לגבי הכת"י אבל לא לגבי שטר החתום בעדים דלגבי שטר בעדים לא שייך לומר ואינו חושש כיון דנאמן לומר פרעתי דבשטר אינו נאמן לומר פרעתי ונראה לתרץ בפשיטות דטעמא דעדיף הפנקס יותר מהשטר דבשטר אין גובין בו מיתומים קטנים ובפנקס גובין הוא משום דבשטר אע"ג דליכא למיחש לפרעון משום דאי פרעיה שטרא בידיה מאי בעי מ"מ איכא למיחש

שמא התפיסו צררי כדי להיות בטוח במעותיו ובענין זה אין דרך ליקח השטר מידו עד שיפרענו וא"כ אעפ"י שהשטר יוצא מתחת יד המלוה אין גובה בו מיתומים קטנים וכדמשמע טעם זה דאין גובין מיתומים קטנים מטעם צררי מהש"ס והפוסקים ז"ל עיין עליהם אבל בפנקסו של אדם אם איתא דהתפיסו צררי היה כותב אותם בפנקסו דזה הוא הדרך שכותב בו כל ענייניו ומדלא כתב בו שו"ד ודאי דלא התפיסו מידי ועיין בכנה"ג סי' ע"ח הגב"י אות י"ו שכתב היכא דליכא למיחש לצררי גובין מיתומים קטנים אפי' לדעת התוס' והר' יינה דס"ל דתו"ז אינו גובה מיתומים קטנים יע"ש ועוד אפי' לדעת הש"ך והכנה"ג דס"ל דבפנקס אמרינן שמא פרע בעסקא מודה שאם מטלטלין של העסקא הם בעין נוטלם אפי' מיתומים קטנים ול"ד הם אלא אפי' דמיהם דכן פסק מר"ן בסי' ק"י וז"ל קטנים שהודו מורישם בכת"י על המטלטלים שבידו שהם מעסק שיש לו מפלוני מוציאין מהם ובסי' ק"ח סעיף ה' ביאר יותר ואם יש עדים שהוא מאותו עסק או חליפיו נוטל בלא שבועה הרי דבעסקא אם היא בעין או חליפיה נוטלה בלא שבועה וכתב הכנה"ג בסי' ק"ח הגה"ט אות נ"ג ל"ד מאותו עסק אלא כל שהוא מחמת אותו העסק נוטל בלא שבועה רבינו ב"י בספרו הקצר ורבינו הטור ביו"ד סי' קע"ז ומוהר"א ששון סי' מ"ח משפט צדק חלק א' סי' נ"ג ב"ח ועיין עוד בב"ח מדינים אלו עכ"ל וכתב עוד באות נ"ד אם הוא אומדנא דמוכח לפני הדיינים שמעות אלו הם מחמת אותו העסק נוטל בלא שבועה מבי"ט ח"א סי' קי"ט ועיין בכנה"ג סי' ק"ח הגהות ב"י אות י"ח שכתב וז"ל הא דחיישינן שמא פרע היינו דוקא במלוה שניתנה ליפרע אבל בשותפות לא טענינן שמא הרשד"ם ח"מ סי' ל"ז ודוקא כשידוע שממון זה משותף ביניהם וכו' ועיין ג"כ באות י"ט ועיין באה"ט סי' ק"ח ס"ק ג' ועיין בסי' צ"א בכנה"ג הגהת ב"י אות ט' באורך ועוד בנדון דידן לכ"ע לא חיישינן לפרעון כיון שעד שלא הגיע שותפו לאר"ץ חלה בחולי הרוח ומת באותו יום והשותף היה בעט"י ומלבד שגבה לעיני כל הבע"ח שהיה להם אצלם ולקח הכל עמו כמ"ש ביריעה שבידו מה שלקח עמו כשהלך לארצו מכת"י של המת ולא יספיק לו כ"ז אלא שלוה שותפו מאחרים מעות עד שנתנם לו ועדיין לא פרע אותם א"כ בודאי הגמור שלא הספיק לגבות שו"ד ושלחו לשותפו חדא דאין דרך לשלוח לו אלא כשיגיע לעירו ועדיין לא הגיע והוא מת ועוד עדיין לא פרע מה שלוה מאחרים עד שישלח היתרון לשותפו ועוד לא נמצא בפנקסו שהספיק לגבות דבר מן השוק עד שנאמר ששלחו לשותפו ועוד שבעת הליכת שותפו השותף החי הוצרך להוצאה ולא לוה מאחרים אפי' דבר מועט כמו שידוע כל זה א"כ בודאי כל הני חששות לא חיישינן ועוד בר מין דין ביתומים קטנים טעמא דאין נזקקין להם הוא משום חששת צררי ובנדון

דידן לא שייך התפסת צררי חדא דכיון דמת פתאום לכ"ע לא חיישינן לצררי וכמ"ש הכנה"ג בסי' ע"ח הגהב"י אות י"א וז"ל דהיכא דמת פתאום דכ"ע לא חיישינן לצררי וגובין אפי' מיתומים קטנים מ"ץ ח"ב סי' ל' ועוד ג"כ כתב הב"י בסי' ע"ח וז"ל בענין תו"ז אבל הרא"ש העלה דאפי' מיתומים קטנים גבי בלא שביוה דלצררי ליכא למיחש שאין דרך לתת משכון אלא כשהמלוה נוגשו ומרויח לו זמן ע"מ שיתן לו משכון כדי שיהיה בטוח במעותיו וכו' ע"ש והכא נמי כיון דאינו יכול לנוגשו חדא שהיא שותפות ואינה הלואה ועוד דאפי' אם ירצה להפרד ממנו אין לו עליו תביעה אלא אחר ד' חדשים והו"ל כתו"ז ולא שייך בה התפסת צררי ועוד הרי גבה מה שגבה וכיון דגבה אפי' בעדים אין מוציאין ממנו וכמ"ש הש"ך בסי' ק"י ס"ק ה' דהיכא דתפס מעות אפי' בעדים מה שגבה גבה שכתב וז"ל מיהו אם תפס מעות כתב ר"י דאפי' תפס בעדים אם יש לו שטר אין מוציאין ממנו אלא משביעין ונראה דגם הטור מודה לזה דכיון דתפס הו"ל כנפרע כבר ולא אמרינן אלא אין נזקקין לנכסי יתומים קטנים עד שיפרע אבל זה שנפרע כבר אפי' בעדים לא מפקינן מיניה וכו' ואפי' חזרו היתומים אח"ך ועכבו מעות שלו או גבו אותם לא מהני מידי כיון דאינם טוענין בריא כמש"ל ועוד בר מן דין כיון שיש נאמנות בשטר ועדיין השטר קיים ונראה דאין לשון הנאמנות דוקא על דבר שידוע לשלשת השותפין ביד אלא לכל א' וא' בעצמו נאמינו בדבר הברי לא בדבר דמהני הנאמנות לסניף בעלמא עכ"פ שישבע ויטול זהו הנלע"ד:

סימן יג

על טענה שטוען הר' נסים הי"ו שהשט"ח שהוציא עליו חר"ש הי"ו בסך מה שנעשה על תנאי שיראה לה חשבון העפאיים מכתב יד של הסוחרים עצמם והוציא שטר חתום בשני עדים עד האחד הוא עד המעיד על שטר חוב שהוציא עליו חר"ש הנז' ועד השני אינו מעדי הש"ח אלא הוא עד אחר אכן לא נתקיימה חתימתו לזה נאמר דלגבי עד האחד החתום בשני המקומות הא תליא בפלוגתא שהביא הרב ב"י חו"מ סי' כ"ט משם הר"ן וז"ל וכתב הר"ן והא דתנאי היו דברינו וכו' נחלקו בו אבות העולם שרבינו האי וכת א' של ראשונים פירשוה אפי' כשכת"י יוצא ממקום אחר וכת מן האחרונים פירשוה בשאין כתב ידם יוצא ממקום אחר דוקא והרמב"ן הכריע כדברי האחרונים וכו' והרמב"ם בפ"ה דעדות כתב כדברי האחרונים ע"כ ומר"ן ז"ל בשולחנו הטהור בסי' כ"ט סעיף א' פסק דאינו יכול להוסיף בעדותו תנאי גם בסי' מ"ו סעיף ל"ז כתב דבשאין כת"י יוצא וכו' נאמנים לומר תנאי הי"ד ולא ראינו שנתקיים התנאי וכו' ואם כת"י יוצא ממקום אחר אין נאמנים בשום דבר שיאמרו לבטל השטר חוץ מלומר בפנינו מסר מודעה ע"כ הרי דבשני

המקומות הללו פסק מרן ז"ל דאם כת"י יוצא ממקום אחר אינם נאמנים לומר תנאי היו דברינו דהו"ל חוזרים ומגידים וא"כ לגבי העד האחד שחתום בשני המקומות ודאי דאינו נאמן לומר דהיה שם תנאי דהו"ל חוזר ומגיד וא"כ כיון דנדחה דברי עד האחד החתום בשטר הו"ל עד הב' חד ואין דבריו של אחד במקום שנים ואעפ"י שיש לחלק ולומר דהא דאמרינן העדים שאמרו תנאי היו דברינו אינם נאמנים דוקא כשאמרו לפני הב"ד תנאי היו דברינו בע"פ משום דכיון דהעידו בסתם בשטר הו"ל כמי שנחקרה עדותם בב"ד בלא תנאי וכי אמרי עכשיו תנאי היו דברינו הוו להו חוזרים ומגידים משא"כ בנ"ד דשני העדיות הם בשטר ובהאי גוונא לא אמרינן דאינם נאמנים וכמ"ש הרב מוהרש"ך בח"ב בנוספות סי' א' והביאו הרב המש"ל בה"ע פ"ג. אי מהא לא איריא מכמה טעמי דאפי' הרב ז"ל כתב שם להדיא דדוקא היכא שהשטר השני נכתב ונעשה מרצון שמעון הקונה אך אמנם אם השטר וכו' לא נעשה מרצון שמעון הלוקח בכה"ג לא חשיב שטר דלא הוי אלא כפנקס בעלמא כל שאינו כתוב שנעשה ברצון הלוקח וחשוב כאילו הם מעידים ע"פ וסותרים עדותם הכתוב בשטר המכירה ולאו כל כמיניהו דכיון שהגיד שוב אינו חוזר עכ"ל יע"ש ובנדון דידן ליכא האי מידי כלל אלא אדרבא כתבו השטר בלתי ידיעתו והדברים מוכיחים כן דכשרצו לכתוב המחילה והתנאי שהיה בתוכה מדעת שניהם כתבו אותו וחתמו הם עצמם בו וזה השטר שמעידים בי לא חתמו בו הם עצמם ואינו כתוב בו שנעשה מדעת שניהם ובר מן דין ע"כ לא קאמר מוהרש"ך אלא דוקא כששני השטרות זמנם שוה אבל אם השטר של החיוב והמחילה זמנו קודם והשטר שמעידין בו שנעשה על תנאי הוא מאוחר אעפ"י שכתוב בו שנעשה התנאי בשעת המחילה והחיוב כיון שחתמו הם עצמם בשטר החיוב קודם שחתמו בשטר התנאי הו"ל כמי שנחקרה עדותם בב"ד משעה שחתמו ואפי' יחתמו אח"כ בשטר ויעשו שטר שנעשה דבר זה על תנאי אינם נאמנים דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד וכן פי' דברי מהרש"ך ז"ל שהביאו הרב משנה למלך. ודין זה הוא מוכרח מהש"ס בפ' חזקת הבתים דמ"ט דמק' על עובדא דחתם רבה בר בר חנה אמודעה ואאשקלתא ואמר רב הונא עלה מאן דחתים אמודעה שפיר חתים ומאן דחתים אאשקלתא שפיר חתים מהא דאמר ר"ן העדים שאמרו מודעה היו דברינו אין נאמנים ומשני ה"מ ע"פ דלא אתי ע"פ ומרע לשטרא אבל בשטרא אתי שטרא ומרע לשטרא ופי' רשב"ם וז"ל אבל בשטרא שנכתב המודעה בשטר וחתמי עלה עדים כי הך דרבב"ח שקדמה לאשקלתא אתי שטרא דמודעה דקדים ומרע לשטרא דאשקלתא דבתריה הרי מוכח להדיא דאם לא כתבו שטר המודעה קודם אלא כתבו שטר המכירה קודם ואח"כ כתבו שטר המודעה אעפ"י שכתבו זמנו שנעשית המודעה

מקודם זמן המכירה שכן צריך להיות דהאונס היא קודם זמן המכירה אפ"ה כיון דנכתב אח"כ הו"ל חוזרים ומגידים וכקושית הרב המש"ל על הרב מהרש"ך לפי מה שהבין אותו ששטר שמעידין בו שנעשה על תנאי היה אחר כתיבת שטר המכירה ואפי' קאמר הרב מהרש"ך דמהני בשביל שנכתב עדותם בשטר מה לי שטר מה לי ע"פ כיון שכתוב קודם שטר המכירה כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד וכ"כ הרמ"ה בפ' חזקת בחי' יד רמ"ה והרשב"א בחי' שם וזה ברור אך מה שקשה לי על הרב משנה למלך הוא זה דמנ"ל להבין בדברי מהרש"ך כן ולהקשות עליו מי הגיד לו שנדון מהרש"ך אין זמנם שוה אדרבא מסתמות דבריו משמע שזמנם שוה ועוד כיון שהוא עצמו הביא תשו' הריטב"א שהביאה הב"י סי' מ"ו כדי להוכיח ממנה דכשאין זמנם שוה אין חילוק בין בשטר בין בע"פ אמרינן כיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד למה לא סיים אותה תשובה עצמה שכתב שם הריטב"א להדיא דכשזמנם שוה ואין מוכיח איזה מהם נחתם תחי' לא אמרינן בזה כיון שהגיד ויפרש דברי מהרש"ך כן ומה מאד יגדל התימא עליו שאחר שהרוב מחכמי הישיבה פי' דברי מהרש"ך כן כתב עליו שצ"ע לדינא והרי מתשו' הריטב"א הנז' ומן הסוגיא דפ' חזקת מוכח דהדין ברור וישר דכשזמנם שוה לא שייך בזה אינו חוזר ומגיד וכדברי הרוב מחכמי הישיבה במוהרש"ך ז"ל וצ"ע

חזרנו לנ"ד ששט"ח זמנו בשני לניסן ושטר של התנא בששה לניסן לכ"ע הו"ל חוזרים ומגידים הן אמת דמר"ן ז"ל בסי' פ"ב סעיף י"ב פסק דהעדים עצמם נאמנים לומר תנאי היו דברינו אפי' בשכת"י יוצא ממקום אחר וזה לכאורה סותר למ"ש הוא בסי' מ"ו ובסי' כ"ט וכבר עמדו על זה הסמ"ע והש"ך ז"ל וסהדי במרומים שכתבתי ישובו בפשיטות קודם שראיתיו בספרים והוא פשוט לכל מעיין והוא דבסי' מ"ו מיירי שאומרים תנאי היו דברינו ולא ראינו שנתקיים התנאי הוא שהתנאי על המלוה לעשותו וכל זמן שלא עשאו לא נתחייב הלוה א"כ שטר זה שנכתב בסתם הוי כמו שטר אמנה ועוקרים אותו והו"ל חוזרים ומגידים וההיא דסי' פ"ב מיירי דעל הלוה אם יעשה דבר זה יפטר דתנאי זה הוי כמו פרעון ובפרעון השטר אפי' העדים עצמם נאמנים לומר שפרעו כיון שאינם עוקרים גוף שהשטר נכתב כהוגן ונתחייב לו בהחלט ואם אח"כ יעשה תנאי פלוני יפטר והוי כמו פרעון וכן כתב הטור להדיא בסי' פ"ב יע"ש א"כ בנדון דידן דהתנאי לפי דברי העדים הוא על המלוה וכ"ז שלא נתקיים לא נתחייב כלל וא"כ כיון שכתוב בשטר חוב סתם אזי ודאי דהוי כמו אמנה היה השטר דודאי בזה אין נאמנים שוב ראיתי פי' זה בהרב בני משה סי' ה' שפי' כן ושמחתי שכיונתי לדעת גדולים והוא ברור ומפורש בדברי מר"ן ז"ל בשני המקומות ודו"ק שוב מצאתי שגם הרב אורים ותומים פי' כן בדברי מר"ן ז"ל:

ובר מן דין בנ"ד שכתוב בשטר המחילה מבלי שום תנאי ומבלי שום שיור כלל וחתום הבע"ד עצמו בשט"ח ובשטר המחילה אפי' לדעת החולקים דס"ל דתנאי היו דברינו נאמנים ואפי' אם לא היה כתב ידם יוצא ממקום אחר אלא הם עצמם מקיימין השטר ואומרים בתוך כדי דיבור תנאי היו דברינו לכ"ע אין נאמני כיון שהבע"ד בעצמו הודה שלא נשאר לו שום תנאי ולא שום שבועה הודאת בע"ד כמאה עדים דמי ונאמן על עצמו יותר ממאה עדים וזה ברור ופשוט שאפי' אם לא היה חתום הבע"ד אלא הם עצמם כתבו בלא שום תנאי אינם נאמנים אפי' אם אין כת"י יוצא ממקום אחר ואפי' לדעת החולקים וס"ל דתנאי היו דברינו נאמנים אם כתוב בשטר בלא שום תנאי אינם נאמנים כ"ש דהבע"ד בעצמו חתום על דבר זה דודאי נאמן אדם על עצמו יותר ממאה עדים הנלע"ד כתבתי:

הצעיר **שאול עזרא דויך הכהן** ס"ט

סימן יד

חידושים על הטור חו"מ סי' כ"ט וסי' מ"ו ונושאי כליו:

כתב הרב ד"מ בסי' מ"ו הגה י"ב וז"ל והרמב"ם בפ"ג מהלכות עדות וכו' אמנם בתשו' הרשב"א סי' אלף וי"ב מש' כדברי רב האי ועיין מ"ש על הב"י בסי' כ"ט דמכאן אין ראיה ודו"ק:

עוד כתב וכ"כ במישרים בשם הרא"ש זו וכו' היא תשו' שהביא אותה הב"י משם המישרים ולכאורה אין מזה ראיה שהרא"ש ס"ל אפי' בשכת"י יוצא ממ"א נאמנים דשאני הכא שהתנאי כתוב בשטר ואינו מחוסר אלא פי' וכדכת' משם הנימק"י ומשם תשו' הר"ן ומשם הריב"ש וכן נמי מוכח מדברי ר"י שכת' והסכימו הגדולים כי דוקא בשאין כת"י וכו' ולא הזכיר ההיא דתשו' הרא"ש מש' דס"ל דדינא הכי בכל מקום ומדסתם ואמר שואלים לעדים מש' אפי' בשכת"י וכו' ומה שלא הביא הרב"י בסי' כ"ט ראיה מהכא דס"ל להרא"ש אפי' בשכת"י הוא משום דמהכא לא משמע אלא ב' עדים נאמנים אבל ע"א יתכן שאינו נאמן משום כיון דנאמנים אפי' בשכת"י א"כ מילתא אחריתי היא וא"כ ע"א אינו נאמן בעדות ממון ואינו נאמן אלא דוקא בשאין כת"י וכו' ולפ"ז מ"ש הש"ך בסי' כ"ט ס"ק ב' וז"ל וי"א וכו' ומ"ש הב"י דהיינו משום שהרא"ש כתב בסתם דברי הש"ס ולא חילק לפע"ד אין מזה הכרח דלא יפרש כפי' רש"י שאני אומר דמזה יש ראיה גמורה כיון דמצינו להרא"ש בתשו' דב' עדים נאמנים אפי' בשכת"י א"כ ודאי דאינו מפ' כפי' רש"י וא"כ הו"ל לגלויי דעתו בההיא דע"א דוקא בשאין כת"י כיון שחלוקים הם אלא ודאי דס"ל דמיירי בכל ענין. עוד נמי כתב הש"ך וא"כ גם על הרב

קשה במ"ש וי"א דיכול להוסיף בתנאי ונראה שכיוין ג"כ להר"ן וכו' לכאורה קשה דמאי מקשה על הרב הרי בהדיא כתב בד"מ משם המישרים שהרא"ש כתב בתשובה כרב האי ואם כונתו דמזה אין ראיה היה לו להביא אותה ולהקשות עליו ועוד איך כתב ונראה שכיוין ג"כ להר"ן בשם רב האי דעדין תיקשי עליו משם בד"מ שכתב הרא"ש דעתו כרב האי ונראה שכונת הש"ך היא משום שמהכא מש' דאפי' ע"א יכול להוסיף כדמשמע לישנא אחר שהעיד העד וכו' ומתשובה שהביא בד"מ אין ראיה לע"א כמ"ש ודו"ק:

ראיתי להרב גידולי תרומה שער כ"א ח"ג דף ק"ז ע"ב שכתב וז"ל ומה שרצה עוד הרב הנז' ז"ל לתרץ משום דבעיא זו דתנאי לא היתה צריכה. למר בר רב אשי גם בזה י"ל דהר"ן ז"ל כתב ותמה אני למה נאמנים יותר בתנאי מבאמנה דהא תנאי גופיה אמנה הוא והוצרך לומר דכל כה"ג חל שעבודא מהשתא בע"כ של לוה מעתה וכו' ולכאורה קשה עליו דאמאי לא אייתי ממילתא דהר"ן שכתב בפי' דבעיא דין אי דמי לאמנה דהוי כאילו פירש מתחילה שנתקיים הענין בלי שום תנאי וכו' דמשוו נפשייהו רשעים ומה שהצריכו להר"ן דברים אלה לומר דהוי כאילו מתחילה פ' וכו' ולא פי' שהבעיא בתנאי היינו לומר דאפי' למאי דכתב לעיל דתנאי לא דמי לאמנה כיון דשיעבודא וכו' וא"כ לאו עולה הוא אפ"ה קא מבעיא ליה דהוי כאילו פי' שנתקיים וא"כ חתמו שקר בודאי ואע"ג דבאמנה נמי פי' ולא קרינן להו משוו נפשייהו רשעים מטעם שחתמו שקר משום דמרצון הלוה נעשו אבל הכא ודאי דלא ניחא ליה והא דקאמר אי דמי לאמנה היינו דהוי כאילו פי' דאמנה וא"כ אפי' אחר מסקנא דלעיל יש לדמותה לאמנה ודו"ק:

כתב הט"ז בסי' כ"ט וז"ל אע"ג דבסי' מ"ו סעיף ל"ו פסק בעדות בשטר יכול לומר תנאי היו דברינו שאני התם צ"ע מאי מקשה מסי' מ"ו דבסי' מ"ו מיירי בשאין כת"י יוצא ממ"א והו"ל חד עדות אבל הכא מיירי לאחר כ"ד. והיה לו להקשות מסי' פ"ב דמוכח מיניה בפי' אפי' בשכת"י יוצא ממ"א נאמנים וצ"ל דטעות סופר נפל בדבריו ודו"ק:

כתב הש"ך בסי' כ"ט בד"ה וי"א דיכול לחזור בו וז"ל וכן נראה להדיא מדברי ר"י שהבאתי לעיל שכתב סתם והסכימו הגדולים וכו' ולא הזכיר דעת הרא"ש כלל וצ"ע על הד"מ שכתב וכן כתב ר"י בשם הרא"ש ודו"ק:

כתב הש"ך בסי' מ"ו ס"ק ק"י וז"ל ואם כתוב בשטרא וכו' זאת הוציא הרב מהטור וכן בש"ע ובסמ"ע נרשם כאן טור ובאמת אינו מוכרח די"ל דהטור קאי דוקא בשכת"י וכו' לכאורה קשה גם על הרב"י שכת' וז"ל ואם כתוב וכו' כ"כ במישרים נ"ב ח"ב דאינו מוכרח דהרב בעל הטו' יסבור כר"י דר"י אפי' אין כת"י יוצא כמ"ש הרב לקמן ודו"ק:

בא"**ד** כתב עוד ולכאורה היה נראה כסברת בעהט"ו דהא שפיר נאמנים במגו ואין לומר דכיון דמפו' וכו' וכמ"ש הר"ן לכאורה קשה דהני עושים עצמם רשעים מטעם שחתמו שקר ועושים עצמם רשעים יותר מבאמנה ומאי קס"ד ואפי' לאחר האמת מאי קאמר דמי לאמנה דהא עדיפא מאמנה וכן ראיתי למהריב"ל בח"ג סי' ס"ג ועיין להרב ג"ת ח"ג שער כ"ה וכן מוכח מדברי הר"ן בביאורו דאלת"ה קשיא ליה להר"ן מדידיה אדידיה שכתב וז"ל והא דתנאי היו דברינו נחלקו בה אבות העולם וכו' ולדידי לא מחוורא מילתא דאי בשכת"י יוצא ממקום אחר לא מהמניה משום דהוו להו חוזרים ומגידים אלמא חשבינן לסהדותא קמא כאילו כתו' בפי' שנעשה אותו מעשה בלא שום תנאי וכו' דהא משוו נפשייהו וכו' ומאי קאמר הרי כתב לעיל דלא דמי לאמנה כיון דשיעבודא חייל במקצת אלא ודאי דאיכא לחלק בין אם כתוב בפי' לכתוב בסתם דבכתו' בפי' ודאי דעושים עצמם רשעים וכ"ש הכא בנדון הש"ך דכתוב בפי' בלי שום תנאי ודו"ק:

עוד כתב הש"ך בזה הדיבור וז"ל ויש הוכחה לזה דהא מיד בתר הכי מביא בעה"ת דברי מחלוקת הפוסקים בתנאי היו דברינו נאמנים וכו' ואיך יסתום כאן והוא דהוי כת"י יוצא ממקום אחר לכאורה קשה דמאי קא מקשה ליה דשאני הכא בשכת"י יוצא ממ"א אין נאמנים ולא יש שום מחלוקת משום שכתוב בלי שום שיור ומאי קא מכריח וי"ל דהכרחו כן היא דמדקאמר והוא בשכת"י יוצא ממ"א משמע אבל אם אין כתוב בשטר בלי שום שיור אפי' בשכת"י יוצא ממ"א נאמנים ואיך יסתום והא לקמן הביא מחלוקת ובשלמא אי אמרינן דכונתו לענין שבועה בפשיטות לא קשה מידי דעדיין הדבר בספק דיתכן איכא למידק הא בסתמא מחייבין אותו שבועה וכדברי י"א דבכת"י יוצא ממ"א אין נאמנים ויתכן דאיכא למידק מינה הא בסתמא נאמנים לגמרי ודו"ק:

עוד כתב הש"ך סי' מ"ו אות קט"ז וז"ל בשום דבר משמע דקאי וכו' גם א"א לומר כן בדעת הטור וכו' הא הרא"ש מיירי בעדות בשטר נ"ב ולפי' הב"י דכת' מהיכן הוציא הטור דעת אביו כן וכן לפי' הסמ"ע בדרישה שלו לא קשה כלל ולפי דעתו של הש"ך אפי' בשכת"י יוצא לא מיירי הרא"ש כדכת' בסי' כ"ט ודו"ק:

הרב שלטי הגבורים הביא לשון של סימן מ"ו כדמותו כצלמו וצ"ע איך לא הרגיש שטעות סופר נפל בו וצ"ל או הרמב"ן או וכן כת' הרמב"ם ועיין בחי' אנשי שם אשר סביבות הרי"ף שכתב שזה שהביא הטור משם הרא"ש היא בתשו' ועיין בבני משה סי' ה' שכתב שהביא ר"י משם הרא"ש ודו"ק:

כתב הר"ן וז"ל ולדידי לא מחוורא דאי בשכת"י יוצא ממ"א לא מהמניה אפי' אם אין כת"י יוצא ממ"א לית לן למהמנינהו דהא משוו נפשייהו רשעים ואע"ג דבאמנה קאמר

תלמודא לעיל אם כת"י יוצא ממ"א פשיטא דאין נאמנים ואם אין כת"י יוצא ממ"א אמאי לא מהמניה התם קודם דאסיק אדעתיה טעמא דעולא אין עושין עצמן רשעים דאע"ג דכתבו פלוני לוה מפלוני והשתא אמרי דשקר כתבו אין עושים עצמן רשעים כיון דברצון הלוה עשו כך אבל הכא המוכר לא ניחא ליה שיכתבו בלא תנאי ומאי דחתמו שקר הוא דודאי הא דתנאי נאמנים אפי' לא אמרו שהאמינו מוכר ללוקח ומדעתו השמיטו אותו כיון דלא חילקו בזה והא דכתב הר"ן לעיל האמינו בקיום התנאי הוא לרבותא דאפי' האמינו עדיין עולה ועיין להרב בני יעקב בדף מ"ה שהק' קו' זאת על הר"ן ולדידי לא קשה מידי ודו"ק:

עיין להרב חשק שלמה בהגהותיו על הטור אות ז' ואות ט' שכתב וז"ל מרן החבי"ב וכו' ולא הבנתי כונתו ז"ל בזה וכו' וקשה טובא דאין בדברי מהריב"ל רמז לזה אלא נראה דהמחלוקת לא זזה ממקומה ולא כתב הרב שהוא מוסכם אלא בגט אשה וכו' וכנראה מס' הרמב"ם דכתב דאינו יכול להוסיף תנאי גם מה שהביא משם הרדב"ז אינו אלא לסברת המרדכי אמנם לס' הרמב"ם אפי' באין מעקר סהדותייהו אינו נאמן וכמו שנראה מדהוצרך וכו' ואחרי המחילה מכבוד רבנותו לא ידענא מי הכניסו בדוחק בכונת הכנה"ג דמי לא ידע בכל אלה שזו מחלוקת גדולה בין הפוסקים ואיך יתכן שיאמר הכנה"ג בדעת מהריב"ל דליכא מאן דפליג ואיהו מהריב"ל בעצמו מביא פלוגתא וכונת הכנה"ג פשוטה ואינה צריכה לפנים דקאמר דס"ל למהריב"ל כמאן דס"ל אפי' בכת"י נאמנים ודייק לה הכי מדבריו שכתב וז"ל חדא משום דאיכא מרבוותא דס"ל וכו' ואפי' למאן דאמר וכו' מהא מוכח דס"ל כאותו מ"ד והוצרך להביא אותה אפי' כמ"ד האחד דאלת"ה היה לו לומר מתחילה שאפי' וכו' משמע כונתו כדכתבתי וי"ל כונתו ככונת הרדב"ז ודו"ק ופשוט:

כתב הרא"ש בסי' כ"ט הגה וכו' וז"ל אבל מ"מ איכא למידק על דברי הטור דכת' וא"א הרא"ש וכו' ולי הצעיר נראה דאדרבא מדברי הרא"ש וכו' א"כ האי מימרא דר"ן באין כתב וכו' ועל מימרא זו הביא בגמ' האי מימרא בעו מיניה מר"ן וכו' לפיכך נ"ל דאפשר דודאי דכשאמר תנאי היו דברינו ואין כת"י יוצא ממ"א בהא ודאי דנאמנין וע"ז ודאי דלא בעו מיניה כי בעו היינו בשכת"י יוצא וכו' ודוחק וצ"ע. ולי אנא זעירא לא ידענא מי הכניסו בדוחק זה דאימא דהבעיא אירי בהאמנה דאי מהמניה אפי' בשכת"י יוצא ממ"א נאמנים ואי אין נאמנים אפי' בשאין כת"י אין נאמנים והוי דומיא דאמנה ועיין בפי' ר"ן על שמועה זו ודו"ק:

כתב הטור בסי' כ"ט וז"ל ואפי' ע"א וכו' האי אפי' מפורש הלא כיון שאפי' בכת"י יוצא ממ"א נאמנים א"כ לאו מילתא אחריתי לגמרי וא"כ אין ע"א נאמן בה ולא יהיה ע"א אלא כאומר פרוע וע"ז אמר ואפי' עיין טעמא מאי בר"ן אבל בסי' מ"ו שכתב העדים שאין כתב וכו' ואפי' ע"א וכו' לא ידענא מאי רבותייהו דב' עדים טעמא דנאמ' משום מגו וא"כ אפי' בע"א יהיה נאמן לעקור עדותו במגו ומאי רבותיה דע"א מב' עדים ויתכן משום דרב פפא בגמ' ס"ל דאיכא חילוק אפי' שמוק' הוא שייך ביה רבותא אבל ליכא למימר דאיצטריך אעפ"י שע"א מכחישו דהא ליתא דמיירי שאין מכחישין זה את זה אחרי כותבי זה ראיתי להפרישה שכתב כמ"ש ודו"ק:

עוד כתב הב"י בסי' כ"ט ואין זה חולק על דברי התשובה דשאני הכא שעדים אחרים וכו' וצ"ע דהרשב"א כתב בתשו' הובאה במהריב"ל ח"ב סי' ה' דאפי' עדים אחרים אין נאמנים איברא דבשי' מקובצת די"ח ע"א כת' דעדים אחרים נאמנים ודו"ק:

עוד כתב הב"י ועיין בתשובת הרשב"א סי' אלף וי"ב לכאורה קשה דהתשובה הזאת נראה ממנה היפך דאפי' בשכת"י יח"א נאמנים עדי השטר לומר תנאי היו דברינו וי"ל דשאני הכא שהתנאי מפו' בשטר וצריך פי' הוא ודאי דנאמנים וכן פי' הנימוק"י הביאו הב"י לקמן בזה הסי' וז"ל כתב הנימוק"י בפ' מי שמת גבי רעיא וכו' מכאן נ"ל דעדים שלא העידו כל עדותם אלא כתבו סתם לאו שיקרא הוא וכו' וכן נמי כתב הריב"ש בסי' תצ"ו הביאו הב"י בסי' כ"ט וז"ל וכתב עוד שם שנשאל היכא שאין סותר עיקר דבריו הראשונים כגון שהדברים סתומים וסובלים ביאור וכו' והשיב כל שאנו יכולים לכוין דברי העד כדי שלא תהא עדותו מוכחשת וכו' וזה ממש דומה לנ"ד וראיתי שכתב הב"י בצידו ועיין בתשו' הרשב"א סי' אלף וי"ד ושמחתי שודאי כונתו כמ"ש:

כתב הר"ן וז"ל עדים שאמרו אמנה היו דברינו וכו' וס"ל לר"ן נמי דמודעה היו דברינו אין נאמנים משום דסבירא ליה כיון דאיכא מודעה אין רשאים לכתוב אותו שטר שנמסרה עליו ור"ן גופיה הוא דאמר בת"ה אי לאו מודעה וכו' ולדידי קשיא לי דלפי דבריו עדיין קשה מר"ן ארב"ח שחתם עולה ונראה דהא נמי מתרצא כיון דכת' מקודם שטר המודעה לא הוי עולה ועיין בריא"ז אשר סביבות הרי"ף ולפי אותם המפרשים דמר בר רב אשי איירי בשאין כת"י וכו' אבל בשכת"י מודה ניחא דפריך התם ממר בר רב אשי דרבנן בדקי בשמייהו כמ"ש הרב פני יאושע בשיטתו על כתובות ויתכן דלא ס"ל לרבה בר בר חנה כר"ן עוד ק"ל דלא הוזכר ר"ן התם, עוד כתב הר"ן וז"ל תנאי היו דברינו וכו' ותמה אני למה נאמנים בתנאי יותר מבאמנה דהא תנאי גופיה אמנה ומה בין האמינו וכו' וראיתי כתוב בחי' אנשי שם סביבות הרי"ף משם מהר"ם וז"ל לטעמו שכת' דטעמא דר"ן דאמנה

ומודעה משום עולה ואנכי אומר דקושיתו על הלכות אפי' אם נפרש דטעמא דר"ן משום דעקירת השטר כיון שפסק ההיא דעולה א"כ למה פסק דבתנאי נאמנים כיון דעולה היא. עוד כתב תרוייהו וכו' אי הכי דכיון שהעיד על כת"י וכו' יש להעיר הרי איהו הסכים למטה דנאמנים אפי' בשכת"י וכו' וא"כ איך כתב כאן כיון שהעיד על כת"י דמשמע בשאין כת"י עוד כתב הר"ן והרמב"ם הכריע כדברי האחרונים מהא דאמרינן עלה עד אומר תנאי וכו' הרב השמיט הכרעה אחת מדברי הרמב"ן וז"ל וזה קשה עליהם שאם הם מפרשים בשכח"י וכו' א"כ היכי אמרינן אלא תרוייהו בשטרא מעליא קא מסהדי הו"ל למימר שטרא מעליא הוא והיא הכרעה גמורה ול"ק מידי כיון שהבעיא היא בכל גוונא וקא פשיט ליה דאפי' באין כת"י יוצא אין נאמנים מש"ה הכי קאמר וכן נמי מה שהכריע הרמב"ן ממה שאמרו אלא אמרינן הוי למעקר סהדותייהו וכו' לא ידענא איך ישב אותה הר"ן, עוד כתב הר"ן וכן פירש"י וראיתי בחי' אנשי שם שכת' ונ"ל לדקדק מפי' רש"י שר"ל ההיא דתנאי בשאין כת"י יוצא ממ"א שהרי פי' כאן דתכ"ד מסקי דיבוריהו ואמרי דתנאי היו דברינו פי' ואי כת"י יוצא ממ"א כיון שאין אנחנו צריכים להגדתו מה לנו תכ"ד עכ"ל ואני אומר דלא ראיה זו דוקא מוכח ממנו כן אלא כל לשונותיו מורות על זאת הכונה שכת' וז"ל תרוייהו בשטרא מעליא קא מסהדי שהשנים מעידים שהשטר אמת וכו' ואעפ"י שזה משמעות הגמרא הוא מ"מ כיון שהניחו כפשטה מש' כשאין כו' עוד נמי בד"ה אלא ע"כ לאו חתימה וכו' אמרינן הני למעקר סהדותייהו שאמרו כתב ידינו קאתו עוד נמי בד"ה האי נמי כי סיים ואמר וכו' דלשון כי סיים מורה כן עוד כתב הר"ן ולדידי לא מחוורא הך סברא דאי בשכת"י וכו' דהא משוו נפשייהו רשיעי זה סותר מה שכתב הרב בעצמו למעלה דתנאי לאו עולה כיון דשיעבודא חייל במקצת וכו' דהינו דוקא אם נחשוב אותו כאילו כתוב בסתמא אבל אם נחשוב אותו כאילו כתוב בפי' שלא היה בו תנאי ודאי דשקר הוא ועושים עצמן רשעים דודאי למוכר לא ניחא ליה בכך ולא דמי לאמנה דניחא ליה ללוה כן דמרצונו עשי ועיין מ"ש על הש"ך בסי' מ"ו ס"ק ק"י:

כתב מהר"י אדרבי בספרו דברי ריבות בסי' שע"ד תוספי' ד"ה וכו' עד אפי' תרוייהו עכ"ל וק"ק לפי דבריו למה לא הכריחו התו' מכאן והא לא קשה דבכאן מתו' יותר דהכי ס"ל להש"ס וסיום דבריו דחוקים ונ"ל לפרש דבריו דאי אמרינן מילתא אחריתי לגמרי ואין נוגעין בשטר א"כ בודאי שאם קיים תנאו שלא יעלה על דעתו עוד לעכב המכירה אבל אי אמרינן דנוגעין בשטר יש לו לתלות הררים בשערה ולומר דאפי' שקיים תנאו אינו נותן לו הקרקע כיון שנגעו בשטר פסלו אותו ודוחק:

כתב הרשב"ש בתשו' סי' ר"ה וז"ל והא דאמרינן דתנאי היו דברינו בשאין כת"י וכו' לכאורה סותר פי' שכת' למעלה וז"ל וכיון דתנאי וכו' ולא הזכירו בתכ"ד וכו' אבל אלו שאמרו כן לאחר כ"ד עדות אחרת היא וזה הו"ל בכת"י יוצא ממ"א וכן נראה מפי' רש"י וכן כתבו התוס' וכן כתב הטור בסי' מ"ו בשם הר"ן וכן כתב מהר"י ן' מיגאש בשי' מקובצת בדי"ח ע"ד וכן כתב הריטב"א ועיין בסמ"ע ובש"ך ס"ק ב' סי' כ"ט עוד כתב הרב הנז' אבל הרא"ש כתב ע"א אומר אינו תנאי שומעין לזה שאומר תנאי ט"ס נפל בו דמאי קאמר אבל הרא"ש כ' דזה לישנא דהש"ס הוא ועיקר חסר מן הספר ויתכן שכונתו כן אבל הרא"ש כתב בסתם והעתיק לשון הש"ס כמו שהוא משמע דס"ל בכל גוונא מיירי כדכתב הב"י בסי' כ"ט ודו"ק:

כתב ר' שמואל טיאצק הובאו דבריו בתשו' מהרש"ך ח"א סי' י"ב וז"ל אבל למר בר רב אשי דס"ל וכו' לא נפקא מינה מהאי בעיא מידי דאפי' אם נדמה תנאי למודעה נאמנים ולכאורה דבריו אינם מובנים דדילמא הש"ס מספקא ליה אי דמיא לאמנה ואפי' מאן דמאמין במודעה מודה הכא או דילמא אפי' למודעה לא דמיא וי"ל בדוחק דהאי סברא רחוקה היא דמספקא ליה לתלמודא אי עדיפא ממודעה או גריעא מצד זה לצד זה אבל אחר החיפוש ראיתי שדבריו הם דעת רב האי גאון ובעל העיטור שכן כתוב בשי' מקובצת וז"ל והלכתא כדרב נחמן דבעיא דבסמוך אדידיה אזלא כאילו למר כיון דמודעה מהימני כ"ש בתנאי ולפי קו' מאי קאמר דילמא גריעי ממודעה ודו"ק:

כתב מהר"ם אל אשקר בתשו' בסי' ל"ב אות ל"ד וז"ל וגדולה מזו אני אומר דאפי' לאותם המפרשים שסוברים דלא מיירי אלא בשאין כת"י דנראה דבהא ודאי מודו דהגם דגבי תנאי היו דברינו השטר נעקר לגמרי מחמת התנאי ואע"ג דלאו להכי אתו סוף סוף השטר מתבטל מאליו וכאילו לא היה ואילו האי אין השטר מתבטל כלל ולא נעקר המכר אלא אם יגבה או במקום פ' או במקום פ' הלא תראה דהרמב"ם אע"ג דגבי תנאי היו דברינו כ' בה' עדות פ"ג דאם כת"י יוצא אין נאמנים גבי מודעה כתב דנאמנים אפי' כת"י יוצא וטעמא דמילתא הואיל וניתן ליכתב ואין בדבר שקרות וכו' א"נ לאהדורי זוזי אפומא דהאי שטרא וכ"ש הכא דליכא שום ביטול ואני תמה על דבריו דהרמב"ם כתב בפי' דאפי' שלא יבא מכללו ביטול אין שומעין לו ושמא י"ל דיש לחלק בין ע"פ לבשטר ועיין ב"ח בסי' מ"ו ד"ה ומ"ש הר"ן ועיין מה שכתבתי בעניותי על הד"מ ודו"ק:

כתב הב"י בסי' כ"ט וז"ל ומ"ש וא"א הרא"ש ומדהביא הרא"ש דברי הגמ' סתם ולא חילק בין כתב וכו' ק"ל אדרבא איפכא מסתברא מדהוצרך הרא"ש לכתוב באמנה דמיירי בכ"ע אין נאמנים דהיינו אפי' בשאין כת"י יוצא ממ"א ולא כתב סתם משמע דאם כתב סתם

היינו תופסים היותר קרוב ולפיכך הוצרך לכתוב דמיירי בכ"ע וי"ל דהא דהוצרך הרא"ש לכתוב כן לעיל לאו משום דאם כתב סתם לא משמע הכי אלא להכריח לך טעמא מאי עיין בדבריו אבל בתנאי לא הוצרך להכריח כן משום דס"ל דמשמעות מילתא אחריתי משמע דאיירי בכ"ע אבל אי קשיא הא קשיא א"כ במודעה דלא דיבר מידי מניין לו להטור בסי' מ"ו דדעתו בשאין כתב דוקא אדרבא מדסתם משמע דאיירי בכל ענין וי"ל מדכתב באמנה בפסקי וז"ל ומיירי וכו' הא ניתן ליכתב מהימני כלומר ואם בכת"י אפי' ניתן ליכתב אין נאמנים נמצא מזה מפו' דס"ל להרא"ש דאם כת"י יוצא ממ"א אפי' ניתן ליכתב דהני דמודעה לא מהימני ועיין מוהרי"ם שי"ף בחי' לכתובות די"ט בד"ה אמר ר"ן ודו"ק ודלא כאור יקרות שכתב בד"ה אמר ר"ן וכו':

כתב הרב כנה"ג סי' כ"ט וז"ל ולי נראה דמה שכת' וכו' אינו אלא ע"פ דאפי' שנחקרה עדותם יכולים לומר תנאי היו דברינו וק"ק דמהיכא הוציא רבי' סברא זו מהרא"ש דאם ס"ל מדסתם אימא דאיירי אפי' בשכת"י ואי מדנקט סתם נקטינן צד היותר קרוב אימא דוקא בשאין כתב וכו' ודו"ק:

עוד כתב הכנה"ג על הרב"י שי' י"ח ואם כתב ידם יוצא וכו' נ"ב אמר המאסף וכו' ומכאן תשובה וכו' ומתוך דבריו נראה דהריטב"א וכו' שהביא רבי' ורבינו בעהט"ו בשיטה אחת קיימי וזה אינו וכו':

ותימהני פה קדוש יאמר כזה דהרב ב"ח כתב בפי' הפך זה שכתב וז"ל גם פה כתב הב"י ע"ש הריטב"א דבאומרים שטעו ולא ידעו בדבר שהיא אמנה נאמנים לעולם ושכן כתב הר"י נ"ב ח"ב והיינו מכח הירושלמי דפרק אחרון דשבועות וכבר נתבאר בסי' מ"ה ס"ד דהיינו דמוכח מיניה אפי' בשכת' כדכתב הב"ח בסי' מ"ג דההיא דהירושלמי איירי אפי' בשכת' וכו' שכן כתב הב"י והביא ראיה מההיא דירושלמי ודברי הב"י מוכרחים מעצמם דאיירי אפי' בשכת' מדהביא ראיה מן הירושלמי והירושלמי מוכח אפי' בשכת' כדכת' הר"ש. עוד כתב הב"ח בסי' מ"ה וז"ל י"א כגון וכו' וכדאיתא התם בירושלמי וכו' הרי מכל הני מוכח דס"ל להב"ח דההיא דירושלמי מוכרח אפי' בשכת' והא דכתב הב"ח בכאן גם פה היינו כונתו דמלבד י"א שהביא הטור גם בכאן הביא הב"י י"א ודו"ק:

עוד כת' הכנה"ג בסי' וז"ל בהגהותיו על הטור וכן משמע ממ"א שכתב הב"י משם הריטב"א ז"ל דכל שמעידין וכו' נאמנים הם לעולם דמילת לעולם וכו' לכאורה קשה דאמאי הוצרך לאתויי ממלת לעולם הא בהדיא כת' הריטב"א הרי דמעידים על השטר שהוא פרוע או מחול ובודאי אם מעידים שהוא פרוע או מחול אפי' בשכת' נאמנים ודו"ק:

עוד כתב הכנה"ג וז"ל איברא שלשון רבי' כן הוא כו' מפני סדר לשונו גם לרבינו ירוחם ז"ל לא היה וכו' ולי נראה דגם דרבינו ירוחם הביא האי דינא בשאין כת' לאו מוכרח הוא הא בכת' אין נאמנים דהוא הדין אפי' בכת' נאמנים כדחזינן להרב הדרישה בזה הסי' שרצה לומר דתנאי אינו נכלל במילת ואם כת"י מפני שהטור פסק אפי' בכת"י נאמנים ואיך יסתום פה דבכת' אין נאמנים ואם איתא עדיין קשה להדרישה דאיך הביא הטור הא דתנאי בשאין אלא ודאי דזה לאו מוכרח הוא אבל לרבי' שהביא אח"כ ואם כת' בכל דבר אין נאמנים בתכ"ד מש' דס"ל דהאומרים שאח"כ נתברר דינא הכי ודו"ק:

עוד כתב הכנה"ג בהגהותיו על הטור באות פ"ה וז"ל כתוב בתשובות הגאונים על שוכר שהעדים החתומים וכו' מודים שנכתב השטר על מנת וכו' ונראה מדבריהם וכו' והמה אם כת' וכו' לכאורה קשה דהיה לו להקשות עליהם אפי' בשאין כת' אין נאמנים דזו כמעט לא ראינו בשטר אמנה נאמנים ונ"ל לישב תשו' הגאונים דזה אינו שטר אמנה אלא זה בשטר שכתב רבי' בסי' פ"ב בתחילתו וז"ל מלוה שהוציא וכו' כגון אמנה או כתבי ללות ולא לוה ופי' הב"י וז"ל ומ"ש וה"ה וכו' וכתב הרמב"ם בפ' י"ד מהלכות מלוה וכו' כלומר לא מסרתיו לו אלא נפל וכת' התוס' בכתובות די"ט ע"א בד"ה אעולה לא חתמי והא דכותבים שטר ללוה אעפ"י שאין מלוה היינו למוסרו ללוה ולא למלוה וא"כ האי נמי בנדון זה איירי תשו' הגאונים ואין עושים עצמם רשעים ועיין בסמ"ע ס"ק א' דאפי' למאן דמפרשי ההיא דר"ן דאמר אמנה ה דברינו אין נאמנים מיירי בכת"י יוצא ממ"א מודה דלהלכה אפי' אין כת"י אין נאמנים דהא רב אשי דבתראה הוא קאמר בכתובות די"ט לעולם דקאמרי עדים ובאין כת"י יוצא ממ"א וכו' הרי דס"ל אפי' אין כת"י יוצא ממ"א אין נאמנים:

עוד כתב כנה"ג בהגהותיו על הרב"י אות ס"ד וז"ל שאצל מה שכתוב שאם כתבו שנעשה בלי שום תנאי ובלי שום שיור כתוב שם ואפי' אם אין כתוב בשטר אלא שנעשה בלי שום שיור אפי' בזה כתבו חכמי נרבונא דאיתיה לתנאי בלי שום שיור ותו לא מצו למימר תנאי היו דברינו ואפי' ל"א עדי השטר דאינהו גופיהו מריעי לסהדותייהו וכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד והוא כהוי כת"י יוצא ממ"א הרי שנתבאר שדעת בעל התרומות או אם לא יהיה כן דעת חכמי נרבונא שכל שכת"י יוצא ממ"א עדי השטר אינם נאמנים לומר תנאי היו דברינו משום דאינהו גופייהו מריעי לסהדותייהו וכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד הא בעדים אחרים וכו' ומה מאד נפלאתי על מר"ן הכנה"ג דלפי' למה לא כתב הרב ב"י וכתבו רבינו בזה הסימן שדברי רבינו בעל הטורים בזה הסי' הן הם דברי חכמי נרבונא אלא שהוסיף קצת וז"ל ואם כתוב בשטרא ואנן סהדי מסהידינן דלא הוי

שום שיור בשטרא וכו' ואינהו גופייהו מרעי לסהדותייהו וכו' מלה במלה עיין בשי' מקובצת בשם הריטב"א די"ח ע"ג שצריך לענין זה עוד קל"י במה שכתב הרי שנתבאר וכו' שכל שכת' וכו' עדי השטר אינם נאמני וכו' דמדברי בע"ה מוכח בהפך דאם ס"ל כן אמאי קאמר ואפי' אם לא יהיה כתוב אלא בלי שום תנאי וכו' והוא דהוי כתב וכו' אפי' בסתמות אם כת"י יוצא אין נאמנים אלא ודאי דס"ל דאם כת"י בסתמא אפי' כת"י יוצא ממ"א נאמנים ורציתי לדון בדעתו דמה שכתב שכל שכת"י יוצא ממ"א היינו וכתוב בלי שום שיור ואפ"ה קא מייתי מיניה דבכתוב בלי שום שיור לפי דעת האומרים בסתמא נאמנים אפי' כמ' וכו' הוי כמו בסתמא לפי דעת האומרים בשכת' אין נאמנים דבשאין נאמנים ובשכת' אין נאמנים אבל עדים אחרים נאמנים אבל ע"ז הפי' ק"ל דאמאי לא כתב הב"י וכן דעת רבינו דאפי' דס"ל לרבינו אפי' עדים עצמם נאמנים מ"מ אם כתוב בלי שום שיור מודה כדכתב בזה הסי' כמו שדקדק מבעל התרומות דלשון בעל התרומות ורבי' שוים הם ועוד דמאי קאמר אח"ך ואם רבינו בע"ה סו' וכו' דמאי קא קשיא ליה וסיום לשונו כולו נגד הכונה הזאת ודו"ק:

ומ"ש וכמ"ש אח"כ בעל התרומות לא ידענא היכן כתב כן גם מ"ש גם מהריב"ל דהרי בפי' כת' מהריב"ל וז"ל ובע"ה נמי כת' דהכא דאם יש ללוה וכו' ומאי קא מייתי הב"י בע"ה לאו מוכרח לאתויי מיניה ראיה ומאי ראיה קא מייתי מיניה כתב הרב ב"ה בסי' וז"ל וזה שכתב ואם אומרים שבשעה שחתמו לא ידעו שהוא אמנה וזה בכלל מ"ש הרמב"ם שנאמנים לומר מוטעים היינו אח"כ בא לידי שיטת הריטב"א וכתוב בו כל שאומרים שלא ידעו בשום דבר וכו' הרי הם נאמנים אפי' כת"י יוצא ופי' דבריו שבתחילה קס"ד דהא נכלל במלת מוטעים היינו ובשאין כתב דוקא נאמנים דההיא דמוטעים כשאין כתב הוא כדכתב הרמב"ם בפ"ה מהלכות עדות הלכה ז' שוב ראה כפי ההיא דהריטב"א דמשמע מינה אפי' בשכת' וצ"ע שמלשון הריטב"א שהביא הב"י מש' אפי' בשכתב דהא קאמר והוי כמעידין על השטר שהוא פרוע וכו' ובודאי אם מעידין שהוא פרוע וכו' אפי' בשכת"י נאמנים ודו"ק:

כתב הרמב"ם בפ"ה מה' עדות הלכה ט' וז"ל אמרו על תנאי היה שטר זה אם כת"י יוצא ממ"א אין נאמנים וכו' וכתב עליו הראב"ד וז"ל א"א לדעת רבינו הוא זה אבל הגאון לא אמר כן אלא נאמנים בכל ענין ולא ידעתי היכן גילה הרי"ף דעתו דאיירי בשאין כת' דהרי"ף העתיק לשון הגמרא סתם ואדרבא מדסתם משמע דאיירי בכל ענין וכ"כ הב"י לדעת הרא"ש בסי' כ"ט ולולי דמסתפינא הוה אמינא דט"ס נפל וצ"ל לדעת רבו הוא זה דמצינו להר"י ן' מיגאש רבו של הרמב"ם בשיטה מקובצת לכתובות די"ח ע"ב שכתב

וז"ל וכד מעיינינן בגמרא אשכחן להני שמעתתא כולהו בין במודעי בין תנאי בין אנוס היכא דאין כת"י יוצא ממ"א ואעפ"י שבמודעה לא הסכים לדעת רבו מ"מ בההיא דתנאי הסכים עמו ויתכן שקורא הראב"ד לרבו של הרמב"ם רבי' ואין כאן ט"ס ויש קצת ראיה לזה ממהר"ם אל אשקר בסי' ל"ד שכתב דדעת הרי"ף אפי' בשכת' ולא הזכיר הראב"ד: **וראיתי** אגב אורחין להרב תנא בספרו מש"ל שכת' וז"ל אמרו על תנאי היו דברינו עיין בתשו' הריב"ש בסי' תע"ו שכת' וכן נמי אמרינן בכתובות דעדים החתומים על השטר נאמנים לומר תנאי היו דברינו ועוקרין את השטר ע"כ ואין דין זה מוסכם דיש מן הראשונים דאית להו דאין נאמנים אלא בשאין כת"י יוצא ממ"א ואנכי אחרי ני"ק אענה דאין ראיתו של הריב"ש להביא אם נאמנים העדים בשכת' אלא ראיתו של הריב"ש היכא דמתברר לנו שהוא ע"פ תנאי לא נאמר כיון שלא הזכירו אותו בשטר בטל אותו תנאי וע"ז הביא ראיה דלא אמרינן שאעפ"י שנאמנים שהיה בו תנאי כיון שאין כת"י יוצא ממ"א אינם מחוייבים לקיימו כיון שלא כתבו אותו בשטר אלא אמרינן להו קיימו תנאייכו וכן מוכח לשונו עיין עליו לאפוקי מהשואלין שכת' לו כיון שלא נכתב התנאי בשטר אין מחוייבים לקיימו והביא דבריהם אח"ז וז"ל כי הם חשבו שלא היה זה תנאי כיון שלא חשו לכותבו ולחותמו עם שאר תנאים כמ"ש הם בטענותיהם עכ"ל וכן נמי כתב בתחילת סי' תע"ו ויש בזה עדים או שהם מודים שהוא פטור מן הדין מאחר שהבטיחוהו כן ע"פ ואפ' שאין זה בשטר השכירות ע"כ ומ"ש וכן נמי אמרינן בכתובות וכו' אין צ"ל בנדון זה שאין עוקרים את השטר אלא שמוסיפין וכו' כונתו לומר דאפי' התם בעדותם זו שאומרים תנאי עוקרים את מקצת השטר וא"כ ודאי היה לנו לומר כיון שלא נכתב התנאי בשטר ודאי שביטלו ואעפ"י כן לא אמרינן כ"ש הכא ואם יש לבע"ד לחלו' ולומר שכונתו של המש"ל על מ"ש הריב"ש ויש בזה עדים דמשמע דאם יש עדים נאמנים ולא חילק כמ"ש אפי' כת"י של עדי השטר ודאי דהא ליתא חדא דלא הביא המש"ל אלא ראיתו ועוד דבשלמא אם בא לדחות ראיתו ודאי יכול דא"ל הא לא מוסכמת היא אבל אם אעיקר דינו קאי ודאי דאין יכול לדחות דינו של הריב"ש דמצינו ראינו לכמה גאוני עולם שס"ל כן ועוד דאימא דהריב"ש איירי בעדים אחרים דמודו כ"ע דנאמנים אפי' בשכח' כמ"ש מר"ן בסי' כ"ט לדעת הרשב"א וכן נמי כתב הרמב"ם הלכה ה' וז"ל וכן נמי אינו יכול להוסיף בעדותו תנאי והובאו דבריו בטור ח"מ סי' כ"ט וכתב עליהם הרב כסף משנה וז"ל ומ"ש וכן אינו יכול להוסיף בעדותו תנאי וכו' הוא ממאי דאמרינן בפ"ב דכתובות וכיון שאין דברים אחרונים סותרים לגמרי לראשונים נאמנים וכתב עליו הרב מחנה אפרים בהגהותיו על הרמב"ם במש"ל ומ"ש וכן אינו יכול להוסיף וכו' וכיון

שאין דבריו האחרונים סותרים לראשונים וכו' נ"ב צ"ע ל"ל להאי דלו יהיה סותר לגמרי לראשונים מצי הדרי בהו כיון דמפיהם מתקיים ותוך כדי דיבור כדיבור דמי ואיבר דרש"י כ"כ אבל לדעת רש"י י"ל דאיצטריך לזה דאלת"ה לא אתי ע"פ ומרע לשטרא אבל רבי' דס"ל דאפי' בע"פ לא מהימני עכ"ל ולי נראה לתרץ כונת הכ"מ דכונתו הוא במה שכתב כיון שאין דבריו האחרונים וכו' דלא חשבינן ליה כאילו כתוב בפי' שלא היה בו תנאי ועושה עצמו רשע כצד הבעיא לפי' הר"ן שכת' וז"ל אלא כך נ"ל בהצעת וכו' והכי מיבעיא ליה אי לאמנה דמי ועקרי ליה לשטרא דהוי כאילו פי' מתחילה שנתקיים הענין בלי שום תנאי וכו' דמשוי נפשייהו רשעים ומה שכתב אבל רבינו דס"ל וכו' לא ידענא דמאי מוכח מהכא דלא ס"ל לרבינו כרש"י אבל נ"ל להכריח דרבי' לא ס"ל הא דעקירת השטר מהא שכתב בפ"ה מה' עדות דטעמא דאמנה משום עולה ולא מטעם עקירת השטר וכן נמי פסק בפרק י"ד מה' מלוה ולוה דלוה נאמן לומר אמנה שטר זה בשאין כת' ואי ס"ל טעמא דעקירת השטר אפי' הלוה אינו נאמן כיון דעוקר השטר אבל אי אמרינן טעמא משום עולה ניחא דבלוה לא שייך האי טעמא אבל מהא דפסק ההיא דמודעה דנאמנים אפי' בשכת' ליכא ראיה ועיין ודו"ק:

והרב ב"י סי' כ"ט כתב על לשון הרמב"ם אלו דעת הרמב"ם כיון שנחקרה עדותם וכו' ובתנאי זה שאומרים מתבטל עדותם וכו' לכאורה קשה דהרמב"ם תרתי קאמר שיבוא מכללו ביטול העדות או תוספת תנאי הרי משמע דאע"ג שלא יבוא מכללו ביטול העדות אין שומעין לו ואדברי הרמב"ם אלו ראיתי להלחם משנה ז"ל ה"ח שהביא משם מהרש"ט שהק' בדברי רבינו כאן דאיך כתב דבמודעה אפי' שכת"י וכו' ובתנאי דוקא בשאין וכו' הא בפ"ב דכתובות משמע דטפי אית לן וכו' וקודם כל דבר צריכין אנחנו לידע למה ס"ל לרבינו דבמודעה אעפ"י שכת' וכו' נאמנים להרב כ"מ שכתב וז"ל ופי' ניתן ליכתב לדעת רבי' דשטרא מיהא מהני דכי מבטלי השטר מחמת מודעה צריך המוכר להחזיר הדמים שקבל וכו' א"נ דהאי ניתן ליכתב קאי אמודעה שבידם לכותבה ולכתוב זמנו קודם שטר וכו' וטעמים אלו אינם מספיקים לתרץ קושית מהרש"ט דטעמים אלו אף בתנאי הם דטעם הא' בפשיטות שייך דמהני שטר שנעשה בתנאי בשביל המעות וטעם הב' נמי בפשיטות שייך כדמשמע מכל הפוסקים שאם יש שטר כתוב בתנאי קודם לשטר המכר דנאמנים והשטר הב' אינו כלום וכן נמי משמע מתשובת הריטב"א הביאה הב"י בסי' מ"ו ומה נפלאתי על הלח"מ שתירץ לקושית מהרש"ט וז"ל ול"נ לתרץ דהיינו דוקא אליבא דר"ן וכו' אבל לדידן דקי"ל כמר בר רב אשי דמודעה נאמנים משום דניתן ליכתב כפי' הר"ן וכו' כיון דבידם לעשות עכ"ל וברח מפי' הר"ן הא' משום דס"ל דזה

שייך אפי' בתנאי ולא עלה בדעתו דאפי' פי' ב' של הר"ן שייך אפי' בתנאי ואם לחשך אדם דאיך נאמין אותם במגו דאי בעו כתבי שטר בתנאי וחותמין זמנו קודם שטר זה הא בשני עדים לא אמרינן מגו כדכתבו התוס' בכתובות די"ח ע"ב בד"ה מחמת נפשות הא לאו קושיא עליה אלא על הר"ן ז"ל עם שאינו קושיא דביטול השטר מתקיים אפי' באחד והו"ל כשטר ע"א ועיין מקובצת כתובות די"ט ע"א מ"ש משם הריטב"א:

ומלשון הכ"מ שכתב כאן וא"כ אפי' בשכת' וכו' דלא עקרי סהדותייהו לגמרי דאכתי מהני לאהדורי זוזי אפומא דהאי שטרא משמע מדבריו דהיכא דלא עקרי סהדותייהו לגמרי נאמנים אפי' בשכת' ולעיל כתב בהפך דאפי' היכא שאין כתב בעינן דלא עקרי לגמרי ואפי' בשכת' אין נאמנים וכן נמי ק"ל בדברי הב"י שהעתיק לשון זה של הכסף משנה ואח"כ כתב בהפך וז"ל ונ"ל שאגם מר לעדותו וקודם שיזכור התנאי ערערו עליו וכו' אבל לומר דבר שסותר עדותו לגמרי לא מהימן כיון שעבר יותר מכדי דיבור משמע אבל אם הוא תכ"ד אעפ"י שסותר דבריו לגמרי נאמן ובודאי דהא לא קשיא דכאן מיירי ע"פ וא"כ אפי' סותר נאמן דלא חייש לעקירת השטר דליכא שטרא ונשאר לנו דוקא קושית הרב מחנה אפרים ועם שתירצנו קו' הרב מחנה אפרים יתורץ הכל דהכא בדעת הרמב"ם שכת' מר"ן ז"ל וכיון שאין דבריהם האחרונים סותרים לגמרי לראשונים לאו למימרא שאינם עוקרים את השטר לגמרי כגון שעבר זמן התנאי דודאי אפי' נעקר לגמרי כיון שאין כת' וכו' אלא כונתו במ"ש וכיון שאין דבריהם האחרונים סותרים כלומר דלא חשבינן ליה כאילו פי' בשטר שלא היה בו תנאי והיו דבריו סותרים לראשונים קצת והוי הבעיא לפי' הר"ן ועושים עצמן רשעים דחתמו שקר ואפי' בשאין וכו' אין נאמנים ולמטה כונתו שאין עוקרין ודו"ק. ועל לשון הב"י זה כתב הרה"ג אבי"ע נר"ו בכתיבותיו לסי' כ"ט וז"ל וכתב הרמב"ם וכן אינו יכול להוסיף וכו' וכתב מר"ן בסי' כ"ט ומשמע לי דבין דאומרים דבר שסותר עדותם או תנאי היו דברינו אם בתוך כד' דיבור לגמר עדותם דבפ' שבועות העדות וכו' ומשמע לי דחוזר ומגיד ושבועת העדות דינם שוה אעפ"י שכת' הר"ן עכ"ל ואין צורך לדבריו דבהדיא כתב רש"י על מתני' דאנוסים היינו נאמנים בתכ"ד וכן פי' בההיא דתנאי היו דברינו וכן כתב שם הר"ן להדיא דאחר כ"ד אין נאמנים וכן נראה מדברי התוס' וכן כתב הטור לקמן בסי' מ"ו עכ"ל ולי נראה דאין כונתו של הרב"י לאתויי ראיה דתכ"ד כדיבור דמי וכו' דלהא אין צורך לידחק בכל זה אבל כונתו לאתויי ראיה אפי' חזר הא' תוך כדי דיבור הב' נאמנים וזהו שדקדק בלשונו אם בתוך כדי דיבור לגמר עדותם כונתו לומר עדות שניהם וע"ז הביא ראיה משבועת העדות ומהרי"ף ופשוט הוא. אחר זה מצאתי להרב ראש יוסף שהרגיש כן על הב"י ולדעתי לא קשה מידי כמ"ש אבל

אי קשיא הא קשיא דאמאי הוצרך הב"י לאתויי מהרי"ף גמרא ערוכה היא במכות ד"ו אמר רבא והוא שהעידו בתוך כ"ד אלמא דעדות האחרון חשיב תוך כדי דיבור של ראשון אפי' הם מאה ולא הויא הפסק וכן הביאו התוס' בפ"ג דכתובות דל"ג מינה ראיה בד"ה וניתרי בהו וכו' וא"ת והיכי מצו תו הדרי בהו והא בהתראה איכא טפי מכדי דיבור וי"ל דכל זמן שעסוקים באותו ענין חשיב הכל תוך כדי דיבור כדאמרינן במכות וראיתי להרב ראש יוסף שכת' עוד אבל לא אמרינן כן אלא קודם שנחקרה עדותן בב"ד כמו ההיא וכו' דמיירי באין כת' וכו' ומש"ה תכ"ד יכולים לחזור וכו' אבל לאחר וכו' כיון שכבר חקרו ושאלו בכ"ד וכו' אינם נאמנים עכ"ל ואנא זעירא אומר כיון דאית לן שעדים החתומים כמי שנחקרה עדותם א"כ הו"ל כמעידים ע"פ ואעפ"י שכת' הרמב"ם בפ"ג מה' עדות ה"ו בד"א בשאפשר לקיים וכו' אבל אם א"א לקיים וכו' הרי אלו נאמנים טעמא מאי משום דהוי כאילו חזרו בתכ"ד ואינו משתנה השטר אם כת' ידם וכו' לאין כת' וכו' וא"כ ה"ה ע"פ דתכ"ד נאמנים לדעת הרמב"ם וכן נמי יש להביא ראיה מפ' שבועת העדות דקאמר ר"י אמר אפי' תימא רבנן וכו' א"ל כל או"א בתכ"ד של חבירו וכתבו התוס' בד"ה בתוך כ"ד של חבירו וכו' וא"ת אמאי שני חייב וכו' ואומר ר"י דכיון שהעיד זה בתכ"ד של חבירו חשיב כאילו שניהם העידו בבת אחת בצימצום ויכול אפי' הא' לחזור ולהודות תוך כ"ד של עדות שני ואין לשני כח יותר מן הא' אלא שניהם שוים א"כ מוכרח הוא מן הגמרא ודו"ק:

סימן טו

כתב הטור באו"ח סי' תע"א ויין מותר לשתות הן רב או מעט כי הוא גורר תאות המאכל עכ"ל ותמה עליו הרב"י וז"ל דברי רבינו מתמיהין דהא איתא בר"פ כיצד מברכין וחמרא מי סעיד והא רבא הוה שתי חמרא בכל מעלי יומא דפסחא כי היכי דניגריר לליביה וניכול מצה טפי טובא גריר פורתא סעיד וכתבו התוס' מכאן משמע שאסור לשתות יין בע"פ מן המנחה ולמעלה ואם רוצה לשתות צריך לשתות יין הרבה וכו' וא"כ היאך כתב רבינו דבין רב או מעט מותר ואפשר ששום מפ' חולק על ס' התוס' והוא סובר דפורתא נמי שרי דאע"ג דסעיד קצת אינו סועד כ"כ שיאסר מחמת כן לשתותו וכו' והא דאמרינן והא רבא הוה שתי חמרא וכו' לאו למימרא דאם איתא דסעיד קצת הוה אסור למשתי אלא ה"ק היכי אפשר לומר דחמרא סעיד כלל והא רבא שתי ליה כי היכי דניגריריה לליביה אלמא לא סעיד כלל אדרבא מגרר גריר וכו', ואע"ג דאיתא בר"פ ערבי פסחים אמר רבא מנא אמינא לה דחמרא מגרר גריר דתנן בין הכוסות הללו אם רצה לשתות ישתה ואי אמרת מסעד סעיד אמאי ישתה הא קא אכיל למצה אכילה גסה אלא ש"מ

מגרר גריר אלמא דאם איתא דמסעד סעיד הוה מיתסר לשתותו י"ל דשאני התם שהוא שותה בין הכוסות. ותכף אוכל מצה דכיון דסעיד אפי' פורתא כשאוכל המצה בסמוך אינו אוכלה לתיאבון אבל כששותה קודם שתחשך מה שהיין סועד הלב כבר בשעה שהוא אוכל מצה וכו' עכ"ל ודבריו תמוהים במה שתירץ דשאני התם שהוא שותה בין הכוסות ותכף אוכל מצה דכיון דסעיד אפי' פורתא כשאוכל המצה בסמוך אינו אוכלה לתיאבון וכו' דמשמע דאסור לאכול אפי' דבר הסועד קצת סמוך לאכילת מצה דכיון דסעיד אפי' פורתא כשאוכל המצה בסמוך אינו אוכלה לתיאבון דזה הפך סוגיית הש"ס בשני מקומות חדא בפ' כל שעה ד"מ דאמר רב הונא בציקות של נכרים אדם ממלא כריסו מהם ובלבד שיאכל כזית מצה באחרונה ואידך בפ' ע"פ ד' ק"ך הסופגנין והדובשנין והאיסקריטין אדם ממלא כריסו מהם ובלבד שיאכל כזית מצה באחרונה וכו' אלמא אפי' הלחם דסעיד הרבה מותר לאכלו קודם כילת כזית מצה בסמוך לא תיכף באותה סעודה הפך מ"ש הרב"י דכיון דסעיד אפי' פורתא כשאוכל המצה בסמוך אינו אוכלה לתיאבון וזה אסור דליתא דאינו אסור אלא דוקא כשאוכל המצה אכילה גסה אבל אם אינו אוכלה לתיאבון בהא ליכא איסורא כלל וכדמשמע מהש"ס בפר' ערבי פסחים דק"ז או דילמא סמוך למנחה קטנה תנן ומשום מצה דילמא אתי למיכל אכילה גסה וכן בדף ק"ך אבל באחרונה דילמא אתי למיכל אכילה גסה אימא לא קמ"ל יע"ש ואדרבא מוכרחים אנו לומר כמ"ש התוס' בריש פרק ע"פ בד"ה סמוך למנחה וכו' וז"ל וא"ת והא אמרינן בפ' כ"ש בציקות של נכרים וכו' וי"ל דבאותה סעודה אדם נזהר ואינו אוכל כל שובעו כדי שיאכל מצה לתיאבון אבל מבעוד יום אין אדם נזהר ואוכל כל שובעו וסבר שעד הלילה יתאוה ואדרבא יהיה שבע יותר כי יתברך המאכל במיעיו וקשיא להו מהא דדייק רבא לקמן דחמרא מגרר גריר וכו' אע"ג דבאותה סעודה אדם נזהר מלאכול כל שובעו ותי' כיון דאיכא אגדתא והלל דמי לסעודה אחרת וזה הפך מ"ש הב"י דבאותה סעודה חמיר מסעודה אחרת וצ"ע:

וראיתי למרדכי בפ' ע"פ שהקשה קו' התוס' וז"ל וא"ת הא אמרינן לקמן הסופגנין וכו' אדם ממלא כריסו מהם ובלבד שיאכל כזית מצה באחרונה אלמא לא חיישינן כדי שיאכל מצה לתיאבון וי"ל דבאותה סעודה עצמה ליכא אכילה גסה לפי שבני מעיים פתוחים אבל הכא בסעודה אחרת אסור וכו' עכ"ל יע"ש ודבריו צל"ת במה שכתב דבאותה סעודה ליכא אכילה גסה לפי שבני מעיים פתוחים דאדרבא לפי שבני מעיים פתוחים יותר קרוב לבוא לידי אכילה גסה ועוד דאיתא בהדיא בגמ' דף ק"ך אבל באחרונה דילמא אתי למיכל אכילה גסה הרי בהדיא דאפי' באותה אכילה עצמה אתי

לידי אכילה גסה אבל העיקר כתירוץ התוס' דבאותה סעודה עצמה נזהר מלאכול המצה על אכילה גסה אבל בסעודה אחרת אתי למיטעי למיכל אכילה גסה שסובר דעד הלילה ירעב ואדרבא יהיה שבע כי יתברך המזון במיעיו:

סימן טז

יורו המורים לאר"ץ ולדרים על ענין המתנות שקורים כולי"ע ששולח אבי הכלה לחתן בזמן השדוכין עפ"י התנאים שהתנו ביניהם בשטר השדוכין שישלח אבי הכלה לחתן כולי"ע בסך מה ויוציא נדוניא לבתו בסך מה והמנהג פה אר"ץ שאין שמין הכול"ע הנז' בכתובה עם שאר חפצי הנדוניא ודינם חלוק מדין נכסי נדוניתה לכל דברים השייכים בנדוניא וחשיבי כנכסי הבעל לגמרי הן לענין מורדת או זינתה תחתיו או ליטול אותם בלא שבועה אם נתאלמנה או למוכרם הבעל שלא מדעתה או לגבות הבע"ח מהם או אם מתה בלי זש"ק שאין חולקים אותם עם שאר נכסי נדוניתה יען שתקנת חצי ההשבון לא היתה כי אם בנדוניא דוקא כמפורש בפוסקים דמנהג דמסקו לא היה כ"א בנדוניא דוקא ולשאול הגיעו אם המצא תמצא בעת ששמו חפצי הנדוניא שמו גם כן הכולי"ע הנז' עם שאר חפצי הנדוניא וכללו אותם בכתובה עם סך של הנדוניא אם ישתנה דינם לכל הני מילי דכתיבנא ויחשבו כנכסי נדוניתה אעפ"י שכבר שלחו אותם לחתן בזמן השידוכין כמו שהתנו ביניהם בשטר השידוכין:

תשובה נראה כיון דפה אר"ץ נהגו כסברת הגאון הרא"ם סי' ט"ו והביאו מוהרשד"ם בתשובה א"ה סי' קכ"ו וז"ל וששאלתם על דבר המתנות שנותנים אבי הכלה ואמה לחתן וכו' אבל מתנות דליכא מנהגא ידועה לכולי בני מתא וכו' וכיון דלא התנו בפי' בשעת מתנה זכה בהם החתן במתנה מוחלטת ואינו מחזיר כלום ליורשי האשה והאריך הרבה והוכיח שאפי' נמצאו דיינים שהחזירו המתנות וכו' אין מחזיר החתן כלום מן המתנות וכו' סוף דבר כי המפקפק בזה ראוי לנזיפה וכו' כי לא ראינו ולא שמענו מעולם מקום שיהיו נוהגים להחזיר המתנות ליורשי הכלה ואם נהגו קצת או אפי' רוב המדינה וכו' החתן מוחזק ויכול לומר אני מן המיעוט כיון שאינו מנהג ידוע ופשוט לכל בני מתא עכ"ל וכיון דפה אר"ץ המנהג ידוע ופשוט לכל בני מתא שאלו המתנות דינם חלוק מדין הנדוניא לכל הני מילי דכתיבנא לעיל ובפרט שבשטרי השידוכין עצמם חולקים אותם מן הנדוניא בפי' שהכול"ע ישלח אותם לחתנו והנדוניא יוציא אותה לבתו כמש"ל וכל הנישא אשה סתם על דעת אנשי מקומו הוא נושא כדכתב הרמב"ם בפרק כ"ג מאישות הביאו הטור סי' ס"ו א"כ מאין הרגלים לומר שבשביל ששמו אותם עם הנדוניא ישתנה דינם ויהיו כדין הנדוניא עצמה דלא כמנהג אנשי מקומו ודלא כמו שהתנה בשטר

שידוכין והוא שלא על דעת כן נשאה ואע"ג דכתב מור"ם ז"ל בסי' ס"ו ס' י"א וז"ל מיהו אם רוצה להתנות ולפחות לאשתו מן המנהג הרשות בידו וכו' הא כבר סיים וכתב ונראה לי דוקא שהתנו כן בשעה שעשו השידוכין אבל אם עשו השידוכין סתם ושעבדו עצמם בקנסות צריך לכתוב כפי המנהג ולא יוכל לשנות וכו' ע"כ כ"ש הכא שעשו תנאי מפורש בשעת השידוכין שישלח כולי"ע. לחתנו ויוציא נדוניא לבתו דהיינו שהכולי"ע הם מתנה לחתנו והנדוניא היא לבתו ואעיקרא דדינא מה שכותבים הכולי"ע של החתן ע"פ סכי הנדוניא הוא חוץ משורת הדין. והמנהג שנהגו פה אר"ץ שמעולם אין שמים כולי"ע של החתן עם סכי הנדוניא או מטעם שהם מתנה לחתן או מטעם שגם החתן שולח כולי"ע דהיינו מתנות לכלה תמורתם ושמין אותם עם נכסי הנדוניא ואינו מן הדין שילקה בכפלים א"כ דיינו לומר למי שיצא חוץ משורת הדין והמנהג ושם הכולי"ע של החתן עם סך הנדוניא הוא דוקא להוסיף על סך כתובתה כדי שלא תהא קלה בעיניו להוציאה ולא שכונתו לחזור בו ממתנתו שנתן לחתן מתנה גמורה כמו שהתנה עליו בשטר של השידוכין והקים את דברו ושלח אותם לחתן ונעשו ברשותו וזכה בהם זכייה גמורה מה שלא יוכל לעשות כן עפ"י הדין ושארית ישראל לא יעשו עולה וצריך החתן לחזור ולהקנותם לה כיון שכבר קנאם בדרכי הקניה וכן משמע מדברי הגאון הרא"ם ז"ל שכתב שצריך להתנות בשעת המתנה בפי' ולא סגי שיתנה אח"ך ולא תשיבני מן הגויא'ש דהיינו המוקדם והוא שקורים אותו נק"ד וכן הסבלונות דהיינו המתנות ששולח החתן לכלתו שכתבו הפוסקים דאם נכללו עם סכי הנדוניא שלה בכתובה דינם ככתובה וחולקים אותם יורשי האשה עם הבעל ואם לא נכללו עם סכי הנדוניא כולם לבעל דאדרבא משם ראיה דאין עליה תשובה דמדחילקו במתנות ששולח החתן לכלתו בין נכתבו עם סך חפצי הנדוניא בכתובה בין לא נכתבו דאם נכתבו חולקים אותם ואם לא נכתבו כולם לבעל ובמתנות ששולח אבי הכלה לחתן לא מצינו לשום פוסק שחילק בכך משמע דס"ל דבמתנות ששולחים לחתן לא שייך לחלק בכך וכמ"ש גם הרב מהריק"ש בספרו הנקרא ערך לחם בא"ה סי' צ"א עשה וסידר סדר חלוקת ההשבון למ"ש והירושה כמנהג דמשק ובמתנות ששולחים לחתן פסיק ותני שהם של חתן ולא חילק בין כותבין אותם בכתובה לאין כותבין ובג'ויאש ובסבלונות ששולח החתן חילק בין כותבין אותם בכתובה לאין כותבין ואדרבא הרב מוהרשד"ם העיד בתורת עדות שמעולם לא ראינו ולא שמענו מקום שיהיו נוהגים להחזיר המתנות ליורשי הכלה והבאנו לשונו לעיל. ואם ישאל השואל מה טעם יש לחלק ביניהם ואדרבא למדין זה מזה במה מצינו. התשובה לזה דבמתנות ששולח החתן לכלתו אם נהגו לכתוב אותם עם שאר חפצי הנדוניא ליכא

בהא חזרו אהא אדרבא מחזק מתנתו שנתן לה אותם ומקבלם עליו כשאר חפצי הנדוניא ועושה אותם נכסי צאן ברזל כשאר חפצי הנדוניא וא"כ הוו נכסי הנדוניא ממש כיון שהם שלה והם ברשותה עומדת ומכנסת אותם עמה בשעת הנשואין עם שאר חפצי הנדוניא וקבלם עליו בשומא עם שאר חפצי הנדוניא משא"כ במתנות שנותנים לחתן דהם שלו והם ברשותו בשעת השומא וכבר זכה בהם זכייה גמורה א"כ מאין הרגלים לומר שבשביל שכתב דמיהם עם דמי חפצי הנדוניא שלא כדין תזכה בהם הכלה וזה דבר פשוט וברור לכל מי שרוצה לעמוד על האמת. ועוד שכתב הרב מהר"י בי רב בתשובה סי' מ"א משם הרא"ש והריב"ש ז"ל שבעניני התקנות אין ראוי ללמוד מהם אלא מה שהוא מפורסם ומבואר ומה שאינו מפורסם ישאר לדין תורה וכו':

ועוד שאפי' במוקדם והסבלונות דהיינו המתנות ששולח החתן לכלתו לא מצא ידיו ורגליו הרב מהריק"ש בסי' צ"א לומר שאם נכללו בכתובה עם שאר סכי הנדוניא שדינם כנדוניא אלא משום שכותבין בכתובה והירושה כמנהג דמשק ובדמשק כך הוא מנהגם כמ"ש מהר"י בי רב בתשובה הנז' וי"א ח"ב יע"ש אבל בלא"ה לא מצינן אנן לומר מדעתינו דבר זה כיון שאין הבעל מבין דקדוק זה כמ"ש הרב מהריק"ש עצמו אלא כיין שמנהג זה הוא פשוט בדמשק קרי חייב עצמו כמנהג דמשק אעפ"י שלא ידע מה הוא:

ועוד כתב הרדב"ז סי' שי"ו וז"ל אבל אם כתוב כמנהג דמשק אין חולקין יורשי האשה עם הבעל עד שיבררו מנהג דמשק מה הוא:

וראיתי להרב פרי הארץ ח"ב בתשו' לאה"ע סי' ה' שרצה לומר בתחילת התשובה שהמוקדם והסבלונות ששולח החתן לכלה אעפ"י שלא נכתבו בכתובה חולקים בהם יורשי האשה עם הבעל וכתב וז"ל ומדברי מהריק"ש בסי' צ"א יש סעד לזה בהעתק הכתב אשר שלח למצרים ולנא אמון יע"א להודיע איך יתנהגו בירושה וכו' הרי שכתב שחולקים גם ויאש שהם התכשיטין שעושה החתן לכלתו קודם הנשואין וכו' עכ"ל. ואנכי הרואה שאגב שיטפיה לא דק בדברי הרב ז"ל שהכתב אשר שלח הוא ממצרים מקום מושבו לנא אמון והודיעם שבמצרים כך נוהגים ומשם אין ראיה יען שבמצרים כותבין בפירוש בכתובה כל פרטי הג'ויאש ששולח החתן לכלתו וגם כל פרטי הנדוניא שמכנסת הכלה וגם כותבין בפי' והירושה וכו' יחלוקו יורשיה עם החתן הנז' כל מה שישאר מפרטי הג'ויאש והנדוניא הנז"ל וכו' ובמקום שכותבין סתם והירושה כמנהג דמשק ביאר דינו הרב לקמן עד סוף ד' ס"ו ע"ב בפרטי פרטות וגם דין המוקדם שקורין ג'ויאש וכו' יעש"ב. כ"ז נראה ברור ופשוט והאריכות בזה אך למותר יען שכתבו הפוסקים ז"ל דכל ספק שיפול בתקנה יד בעל התקנה על התחתונה ויד בעל היורש

מן התורה על העליונה וכ"ש כשהוא עצמו מוחזק בנכסים. והוצרכנו לכל זה היכא שמבררים יורשי האשה עפ"י השמאים או עפ"י עדים אחרים ששמו מתנות אלו בסכום של הכתובה אבל אי ליכא עדים אלא עפ"י הרו"ל אין צורך לכל מ"ש שהרו"ל ליכא סהדי דחתימי עליה וכמ"ש בתשו' מר"ן ז"ל אה"ע סי' ג' ובנדון דידן שנשאנו עליו ליכא מידי לא עדים ולא רו"ל ולא טענת בריא:

סימן יז

שאלה ראובן שהיה לו חזקת חצר ובתים שבתוכה והיה נשוי עם לאה ומתה לאה ונשא את רחל ונלב"ע ראובן וחלי"ש והניח אחריו ברכה ג' בנים שנים מאשתו ראשונה לאה ואחד מאשתו שניה רחל ואחר שמת ראובן הנז' הוציאו ב' בניו שהם מלאה שטר שאיך אביהם קבל מיד אשתו לאה סך מה מנכסי צ"ב שהכניסה לו מבית אביה ובעד הסך הנז' הקנה לה סך ארבעה עשר קרריט מחצרו הנז' לה ולב"ך ולהב"מ במכירה גמורה וכו' וסילק ראובן כל כח וזכות שהיה לו וכו' והעבירו לאשתו הנז' ולב"ך ולהב"מ ונתן לה כח וזכות ורשות מספיק למכור ולמשכן ולהוריש ולהנחיל ולתת במתנה ולעשות בהם כחפצה ורצונה וחפץ ורצון ב"ך והב"מ וקנו מידו ע"כ הנז"ל גם הוציאו שטר אחר שכתוב בו בהיות שה"ר ראובן הנז' קבל מאשתו לאה נכסי צ"ב שלה סך מה ובעד הסך הנז' הקנה לה ארבעה עשר קרריט ככתוב בשטר המכר אשר ביד ב"ך והנה אחר המכירה הנז' עמד ראובן והוציא הוצאות מרובות על כללות החצר ועל דבר שבעתה באנו בפ"ע חו"מ הודה ה"ר ראובן הנז' שויתר ומחל לבניו בני לאה כל ההוצאות שהוציא בעד הי"ד קרריט מזמן מכר הנז' עד היום הזה אלא הי"ד קרריט הם מנוקים ומשופים לבני לאה הנז' מבלי שום תביעה ואחריות וכו' שטר מחילה ומכר זה כאחריות וכו' כל שטרי מכירה ומחילה וקנו מידו על מכר ומחילה וכו' ע"כ לשון השטרות שהוציאו בני לאה ורוצים ליקח הי"ד קרריט מחצר הנז' יתר על חולקהון דעם אחוהון בן רחל בחצר הנז' ובנימין בן רחל הוא יתום קטן והקרובים טוענים בעבורו דשטר מכר הא' שעשאו ראובן לאשתו לאה הוא שטר אמנה יען שהיה חייב ראובן לבעלי זרוע סך עצום ומשכן בידם את חצר הנז' ונתן להם החוג'יט שלו להיות משכון בידם מש"ה עשה שטר מכר לאשתו לאה מוקדם לזמן משכון הנז' כדי להצילו מידם והעשרה קרריט הנשארים מהחצר הנז' כתבם על שם הפיראנקוס ג"כ מוקדם למשכון הנז' כדי להציל את כל החצר מידם ויש ראיה על זה שאחד מעידי השטר יען שידע שהמכר הנז' אינו אמת דילג משמו תיבת חיים שהיה נוהג לחתום שמו מרדכי חיים וחתם מרדכי לבד כדי לידע ולהודיע ששטר זה אינו אמת:

ועוד ג"כ טוענים הקרובים בעד היתום והוא שכיון שמתה לאה בחיי בעלה ראובן אפילו נימא שהמכירה שמכר לה בעלה אינה להבריח אלא היא אמת כיון שמתה בחיי בעלה בעלה יורשה ובניה לא זכו בחיי אביהם מכח אמם כלום יען שד"ת הבעל יורש את אשתו. ושטר השני שכתב להם שויתר ומחל לבניו בני לאה כל ההוצאות שהוציא בעד הי"ד קרריט וכו' אינו כלום כיון שאין להם שום זכות בגוף הקרקע אלא הקרקע הוא שלו שירשה אותו מאשתו ומחילה זו מחילה בכדי הוא שמה שהוציא הוצאות על שלו הוציא ואין להם עמהם כלום עד שימחול להם ומחדש לא עשה להם שום זיכוי בחצר הנז' לא בלשון מכר ולא בלשון מתנה ואף על פי שכתב בשטר המחילה ואחריות שטר מחילה ומכר זה וכו' וקנו מידו על מכר ומחילה הנז' וכו' כ"ז מילי דכדי נינהו דבשטר זה לא נזכר מכר כלל כי אם מחילה דוקא ואם נאמר שמכר להם מחדש ואפילו שאינו כתובה בשטר לא שייך לומר שטר מכר זה ולא לומר ג"כ מכר ומחי' הנז' ועוד דמחילה ומכר תרתי דסתרן נינהו דאם מכר להם מחדש ל"ל מחילה שמחל להם הוצאות הקודמים באופן שדברי שטר השני לא מעלה ולא מוריד ובני לאה טוענים כיון דבשטר המכר הראשון כתוב לאמר הקנה לה סך ארבעה עשר קרריט לה ולב"ך ולהב"מ וכו' וסילק ראובן כל כח וכו' והעבירו לאשתו ולב"ך וכו' ונתן לה רשות למכור ולמשכן ולהוריש ולהנחיל ולתת במתנה ולעשות בהם כחפצה ורצונה וחפץ ורצון ב"ך והב"מ ג"כ וקנו מידו קנו"ש במדל"ב ע"כ הנז' א"כ סילק את עצמו מירושתה ונתן לה כח להוריש ולהנחיל לאחרים והם בניו יורשים אותה:

תשובה גרסינן בפרק ח"ה דף נ"א אמר רבא הילכתא המוכר שדה לאשתו לא קנתה והבעל אוכל פירות. במתנה קנתה ואין הבעל אוכל פירות תרתי? בתמיה. ל"ק כאן במעות טמונים כאן במעות שאינם טמונים דאמר רב יאודה מעות טמונים לא קנתה מעות שאינם טמונים קנתה ע"כ לשון הש"ס. וקרקע זו שקנתה האשה מהבעל מנכסי צאן ברזל שלה בודאי דאינה כדין נצ"ב שבין היא ובין הבעל אינם יכולים למוכרה ולא ליתנה לאחרים ואם מכרו או הוא או היא מכרן בטל ואפילו נימא דדינה כדין נכסי מלוג אפילו בנכסי מלוג הוא מכרו בטל והיא ג"כ אם מכרה הפירות הבעל מוציא אותם בחייה והגוף לאחר מיתתה וכמפורש כ"ז בש"ע א"ה סי' צ' יעוש"ב בנ"ד שנתן לה הבעל לה ולב"ך למכור ולמשכן להוריש לילו ולתת במתנה ולעשות בקרקע זו כחפצה ורצונה וקנו מיד הבעל ע"ז בודאי שיכולה למכור ולמשכן ולתת אותה במתנה לאחרים ומכרה ומתנתה קיימת אבל כ"ז שלא מכרה ולא נתנה הבעל אוכל פירות ואם מתה יורשה וכדפסק הש"ע בסי' צ"ב סעיף א' יע"ש ודין זה הוא מוסכם מכל הפוסקים ומה שנפל

לנו הספק בנ"ד הוא מה שפירש לה הבעל במכירה זו נוסף על המכירה ועל הנתינה שנתן לה רשות להוריש ולהנחיל היא וב"ך והב"מ אם מהני תנאי זה לומר אע"ג שלא מכרה ולא נתנה ומתה אין הבעל יורשה משום דהוי כמתנה שלא ירשנה הוא או נימא כיון שלא התנה בפירוש שלא ירשנה אע"ג דכתב לה להוריש ולהנחיל כונתו שיוריש למי שראוי לירש אותה ועל מי שהוא קודם בירושתה:

והנה מצאנו ראינו להרב המבי"ט בח"א סי' קמ"ח שנשאל על כיוצא בזה וז"ל ילמדנו רבינו איש שנתן לאשתו בית א' בקנין ושטר ומתה בחיי בעלה ויש לו בת נשואה וטוענת שהיא יורשת את אמה כיון שהוא נתנה לאמה מתנה גמורה וסילק עצמו ממנה והוא טוען שהוא יורש אותה. תשו' הרמב"ם ז"ל בפכ"ב מה' אישות הכ"ז כתב הנותן מתנה לאשתו בין וכו' אין לבעל פירות במתנה זו והביא המ"מ שכתב הרשב"א שאם מתה הבעל יורשה וכו' ואפילו מכרה היא או נתנה היא לאחר ומתה הבעל מוציא מיד הלקוחות אלא אם פי' לה שתוכל למכור וליתן לאחר ואפשר שעוד צריך שיכתוב לה בפי' שלא יהא הוא מוציא מיד הלקוחות הא לא"ה לא שלא אמר לה שתוכל למכור וליתן אלא שלא יוציא הוא מיד הלקוחות בחייה אבל לאחר מיתה לא עד שיפרש וכן דעת גאון ז"ל ואין דעתי נוחה בכך עכ"ל של המ"מ. והכא בשטר זה כתוב שתהא רשאית למכור ולמשכן וליתן למי שתרצה ולהוריש ולעשות ממתנה זו כחפצה ורצונה כל ימי עולם כמו שעושה האדם בדבר שהוא שלו וכו' ונראה שלדעת הגאון שכתב שהוא מוציא מיד הלקוחות עד שיפרש וכו' א"כ אין בכל הלשונות אלו ספק להעמיד ביד הלקוחות וכ"ש כשלא נתנה או מכרה שהוא יורשה וכל לשונות השטר מורים כן שתוכל לעשות כל מה שתרצה ומה שלא עשתה שלא נתנה או לא מכרה ומתה הבעל יורשה ואפילו מלת ולהוריש הכתוב בשטר לא נתקיים שלא הורישה את הקרקע לבתה ולא דיברה דבר וממילא בעלה יורשה ולא בתה ואם היתה אומרת שתירשנה בתה היה אפשר שיהיו דבריה קיימים כיון שכתוב ולהוריש אכל כ"ז שלא עשתה דבר בעלה יורשה וכן מה שכתב הריב"ש סי' ק"ו שאם יש בפי' במתנה ההיא שמזכה לה הבעל לגמרי למכור ולתת ולהוריש ו' שהולכים אחרי התנאים ההם נראה שהולכים אחר התנאים הכתובים בפי' למכור ולתת ולהוריש וכל שלא עשתה כך הבעל יורשה אם לא שיפרשו ג"כ שתירש אותה בתה דאע"ג דכתב הרמב"ם בפי"ב התנה עמה אחר שנישאת שלא ירשנה תנאו בטל היינו בנכסיו אבל במה שנתן לה הוא יכול להתנות וכן נר' מתשובת הריב"ש סי' תפ"ג שאם לא כתב בפי' שלא ירשנה כשתמות שיורשה עכ"ל. וקודם שנבא לעיקר הדין יש לדקדק בדעת הגאון שהביא המ"מ משם הרשב"א דמ"ש מתנה משאר נכסי מלוג

דאם נתן לה רשות שתמכור מכרה קיים לעולם. ובמתנה אע"ג שנתן לה רשות שתמכור אם מכרה ומתה הבעל מוציא מיד הלקוחות? ואין לומר דס"ל להגאון דה"ה בגמרא דידן הכין דזה לא שמענו ומתני' קאמר בפי' בריש פרק הכותב אם מכרה ונתנה קיים והנראה לישב דעת הגאון ז"ל דס"ל דבגמרא כיון שיש לו מהם אכילת פירות והגוף שלה כיון שנסתלק מהפירות בחייה על ידי מכירתה שנתן לה רשות למכור וזכה הלוקח שוב אינו חוזר כחו לחזור ולזכות אחרי מיתתה ולהוציא מיד הלקוחות משא"כ במתנה דאין לו בה אכילת פירות בחייה א"כ ע"י מכירתה שמכרה בחייה לא הורע כח הבעל בחייה משום זכות שהיה לו בה ומאימתי מתחיל להורע כחו וזכות שהיה לו במתנה זו אחרי מיתתה וא"כ יכול לומר מה שנתתי לה רשות למכור הוא דוקא בחייה שאין לי שום זכות במתנה זו אבל אחרי מותה לא סילקתי את עצמי מזכות שהיה לי בה אחרי מותה ויכול להוציא מיד הלקוחות עד שיפרש זה נ"ל לישב דעת הגאון. אבל לענין הדין לא מצינו לשום אחד מהפוסקים שס"ל כוותיה וגם הרשב"א ז"ל שהביאו אין דעתו נוחה הימנו. ומעתה מה מאד נפלאתי על הכנה"ג סי' פ"ה בהגב"י אות ה' אחר שהביא דברי המבי"ט שכתב שלדעת הגאון אין ספק שלא להוציא מיד הלקוחות בכל לשונות אלו כתב אבל מהר"א גאליקו ז"ל בתשובה כ"י כתב שכל שכתב לה לעשות בנכסים כמו שעושה אדם בשלו וכו' הוי כאילו פי' שלא יוציא מיד הלקוחות וכו' עכ"ל. ושותיה דמר לא ידענא דהמבי"ט לא קאמר לה אלא לדעת הגאון אבל לא לדין ומה שהביא דעת הגאון הוא לרווחא דמילתא ולא נ"מ מידי לענין דינא דאפילו יש ספק בכל אלו הלשונות שלא להוציא מיד הלקוחות היינו דוקא כשתמכור ותתן וזו לא עשתה שום דבר ואפילו מהר"א גאליקו מודה דבעלה יורשה. וא"ת דכונת הכנה"ג אפילו לדעת הגאון קאמר לה מהר"א גאליקו שיש ספק בלשון הזה שלא להוציא מיד הלקוחות זה אין הסברא נותנת שלא הוזכר דבר זה במהר"א גאליקו ומאי נ"מ בזה:

ועוד מדבריו שהביא הכנה"ג באות ו' נראה שבא להשמיענו שאם אמר לה דבר זה שתוכל לעשות במתנה זו כאדם העושה בשלו הוי כאילו פי' לה בהדייא שתוכל לתת ולמכור יע"ש ולא בא להשמיענו דעדיף לשון זה מאילו פי' בפי' שתוכל ליתן ולמכור וצ"ע. ולעיקר דינו של המבי"ט ז"ל שכתב דבמתנה שנתן לה הבעל יכול להתנות שלא ירשנה או שתירש אותה בתה ושאני מתנה מנכסיה שאם התנה עמה אחר שנישאת שלא ירשנה שתנאו בטל כדכתב הרמב"ם ז"ל לא כן אנכי כי עמדי וכמ"ש הטור ז"ל בסי' פ"ה משם הרמ"ה וז"ל ואם מתה עד שלא מכרה יורשה אפילו אקני לה ע"מ שלא ליורשה הרי דכתב להדייא דאפילו במתנה אינו יכול להתנות שלא ירשנה ולא הביא

הטור והביא שם חולק בזה ואפילו לדעתו ז"ל דמהני במתנה תנאי שלא ירשנה שאינו יורשה אם לא כתב תנאי זה בפי' אע"ג שכתב לה שיש בידה להוריש ולהנחיל וכו' היינו להוריש למי שראוי לירש וכיון שלא התנה עמה שלא ירשנה הוא ראוי ליורשה ולא אחר ואינה יכולה להוריש אותה לבתה דמי שהוריש לאינו ראוי לירש לא אמר כלום וזה פשוט ואפי' הרב ז"ל בדרך אפשר קאמר לה ומ"מ בעיקר הדין שכתב דבמתנה מהני תנאי שלא ירשנה והביא כן משם הריב"ש בסי' תפ"ג שלא כן נראה מדברי הריב"ש והוא תמוה כמ"ש לעיל משם הרמ"ה וכן נמי כתבו הרא"ש ורשב"ם בפרק ח"ה דנ"א אהא בריתא דתני אין מקבלים פקדונות לא מן הנשים וכו' ואם מתה יחזיר לבעלה וכו' ואפילו אם נותן לה ממון זה ע"מ שאין לבעלה רשות מכיון שמתה יורשה בעלה שהבעל יורש את אשתו יע"ש עיין בבה"ט סי' פ"ה ס"ק ט"ו הרי דאפילו במתנה שנתנו לה אחרים אין יכולים להתנות שלא ירשנה בעלה וכ"ש במתנת הבעל:

והנראה לישב דברי הריב"ש דהא דקאמר דמהני תנאי שלא ירשנה בעלה הוא דוקא כשמכרה אותה מתנה או נ"מ לאחרים דמעיקר הדין אע"ג שהבעל יורש את אשתו אם מכרה או נתנה נ"מ שלה או מתנתה לאחרים ומתה זכו בהם הלוקחים או המקבלי מתנה אבל באושא התקינו שאם מכרה ומתה הבעל מוציא מיד הלקוחות וכן משמע להדיא בפרק האשה שנפלו דע"ח וז"ל לימא תנינא לתקנת אושא וכו' מתניתין בחייה ולפירות תקנת אושא בגופא של קרקע ולאחר מיתה ע"כ יע"ש ברש"י וכיון דמן הדין הוא שאין הבעל יורשה כשמכרה או נתנה מנ"מ שלה לאחרים ואין יכול הבעל להוציא מיד הלוקח והמקבל מתנה אלא מכח תקנת אושא דכלוקח אחד שוינהו רבנן ועדיף מיורש דאורייתא דאילו יורש דאורייתא אילו מכר או נתן מורישו לאחרים אין היורש יכול להוציא מידם והבעל יפו כחו בתקנת אושא שאפילו מכרה או נתנה בחייה שיכול להוציא לאחר מותה מיד הלוקח או המקבל מתנה ע"ז מהני תנאו שלא ירשנה שאינו יכול להוציא מיד הלוקח או המקבל מתנה וזה הדין הוא דוקא במתנה או בנכסי מלוג שלה אבל לא בנכסי צאן ברזל דבנצ"ב בלא תקנת אושא הבעל מוציא מיד הלקוחות ולא מהני תנאו שהתנה שלא ירשנה אפילו אם מכרה או נתנה קודם שמתה כן נ"ל לישב דברי הריב"ש אבל דברי המבי"ט דלא איירי אמכרה או נתנה וקאמר דמהני תנאו שלא ירשנה אמתנה עדין צ"ע. תבנא לדינא לנדון דידן דאיירי בקרקע שקנתה מנצ"ב דלא נתנו לה במתנה והרי הוא בכלל נכסיה לא מהני תנאי שלא ירשנה ואינה יכולה להורישו לשום אדם ליבא דכ"ע דבנשואה אפילו בקנין אינו יכול לסלק עצמו מירושתה וכמו

שפסקו כל הפוסקים ראשונים גם אחרו נים אשר מימיהם אנו שותים וכמו שמפורש בטור א"ה סי' ס"ט וסי' צ"ב יעוש"ב:

איברא זה ראיתי להרב מהר"מ מפדוואה סי' י"ז שדקדק מדברי רש"י ותוספות שבלשון טוב מהני תנאי שלא ירשנה אפילו בנשואה וזהו נגד כל הפוסקים ואין לסמוך עליו אפילו במקום שתופסים דגם הקי"ל וכ"ש שבנדון דידן אפילו מהר"ם מפדוואה מודה דהבעל יורשה כיון שלא התנה בפי' שלא ירשנה אלא למכור ולהוריש ולא מכרה ולא נתנה ולא הורישה ואפי' אם תורישׁ לבתה או לבנה לא מהני בלשון ירושה כיון שראוי ליורשה הוא הבעל והוא קודם לכל אדם היעלה על הדעת אב שמכר או נתן קרקע לבנו וכתב לו בזה הלשון ואין לבן בן שיורשו אלא אביו היועיל אם יורישׁ אותו קרקע לאחיו בלשון ירושה ויסלק הירושה מאביו או אם יועיל אם אביו התנה על אותו קרקע שלא ירשנו ומת הבן בלא בנים היועיל תנאו וה"ה באשה עם בעלה והיא נשואה שלא יועילו תנאים הללו כלום (א"ה עכ"מ):

סימן יח

כתב מר"ן בא"ה סי' צ' סעיף א' אבל אם הלותה מנכסי מלוג ומתה קודם שגבתה יורש אותה בעלה וכו' הגה כל הנכסים שהיו וכו' הנה דין זה שכתב מר"ן הוא דעת הרא"ש דס"ל דמנכסי מלוג שהלוית אחר שנישאת יורשה דלא עדיף הלואתה ממכירתה דמוציא מיד הלקוחות מתקנת אושא וכן מבואר ג"כ בדברי הרשב"א שהביא הב"י בסעיף ג' שכתב דלא עדיף הלואתה ממכירתה וכו' עש"ב זולתי שאם היו נכסים לאשה נכסים שאין לבעל רשות בהם דאז יכולה להלוות ואז אינו יורשה דהוי ראוי וכמו שמפורש בדברי הרשב"א ז"ל וזהו שסיים מור"ם ז"ל על דברי מר"ן נכסים שהיו לאשה וכו' והוא מדברי הרשב"א הנ"ל כמ"ש הרשב"א ז"ל בתשובה הנ"ל וז"ל וא"נ ממלוה שנעשית ממעות ששיירה היא לעצמה וכתב לה דין ודברים וכו' הייינו שהלוית מן המעות שהיה בידה אחר שנישאת דאי לאו שכתב כן לה לא היתה יכולה להלוות ואפילו לא הלותה היה יורשה הבעל אבל אם הלוית קודם שנישאת ונישאת אז ודאי אפי' לא כתב לה דין ודברים אינו יורשה וכמפורש בדברי הרשב"א בשורשם שם וז"ל בתשובה המיוחסת שם להרמב"ן סי' ס"ג וז"ל ומיהו מסתברא דוקא במלוה שנפלה לה בירושה וא"נ במלוה שהיתה לה קודם שנישאת וכו' הרי מפורש בדבריו להדיא דבמלוה שהלוית קודם שנישאת אפילו לא כתב לה דין ודברים אינו יורש אותה מלוה דהוי ראוי ולא הוצרך לזה אלא למעות שהלוית אחר שנישאת דהוי בידה מעות דאינה יכולה להפקיע זכותה וזהו שדקדק הרשב"א ז"ל שהלוית ממעות וכו' וזהו ברור בכונת הרשב"א והוצרכתי

לזה לפי שראיתי להרב ב"ד ז"ל בתשובה סי' מ"ו שכתב על דברי הרשב"א הנז"ל וז"ל והרא"ש חולק ע"ז שכתב ואם היו לה מלוה ביד אחרים כשנשאה ומתה קודם שגבתה אינו יורש אותה הרי שלא סילק וכו' עכ"ל והוא תמוה מאד בודאי הרשב"א והרא"ש ז"ל ליכא ביניהם שום פלוגתא וכדכתיבנא לעיל וצ"ע:

וכן יש לתמוה על המבי"ט בח"ג סי' רי"ט שהבין בדברי הרשב"א ז"ל כמו שהבין הרב בית דוד ז"ל ואחרי המחי"ר לא עיין יפה בדברי הרשב"א ז"ל וכדכתיבנא:

ובהיותי בזה ראיתי להרב משל"ל ז"ל בפ"א מה' נחלות הלי"א שכתב על דברי הרשב"א הנ"ל וז"ל וכ"ת ס"ס קשיא על הרב כיון שכבר הכריע לעיל איך חזר וכתב דמלוה שעל הבעל פליג ואמאי פליג. כזה נראה לישב דאעפ"י שהכריע הרב ביניהם היינו כשאין הבעל מוחזק בהם דהיינו מלוה שעמו לא רצה לסמוך על דעתו להוציא מידו ולכך פליגי וכו' עכ"ל. ואנכי העבד לא ידעתי מאי מקשה דאפי' לפי הכרעתו של הרמב"ן ז"ל דס"ל דמלוה שהלוית קודם שנישאת כדעת הרי"ף דאינו יורש הבעל אפי' הכי במלוה שעמו זוכה החצי שהרי גבי בכור דברור לן דאינו נוטל במלוה לכ"ע ואפ"ה במלוה שעמה נוטל החצי וא"כ הה"נ לגבי בעל אפי' נימא דדמי לבכור לגמרי אפ"ה מלוה שעמו פליג וא"כ מאי קא מקשה הרב משל"ל ז"ל והוצרך לתרץ משום מוחזק וכעת צ"ע ודו"ק. ואיך שיהיה לדעת הרשב"א ז"ל דבמלוה שעמו נוטל החצי ומעתה אני תמיה על הרב המאסף ז"ל בסי' זה בהגהתו לטור אות כ"ד שכתב וז"ל אמר המאסף וכן נראה לי שאם היה מלוה לאשה על הבעל הבעל יורש החצי כמו אב וכו' שהבכור נוטל החצי אחרי כותבי מצאתי דברי אלה בהרדב"ז וכו' עכ"ל והוא תמוה מאד שאיך לא שלטו מאורי עיניו בדברי הרשב"א ז"ל הנ"ל והביאו הב"י בסעיף זה שכתב להדיא דין זה וצ"ע ודו"ק:

סימן יט

איתא בקידושין בפ' האומר דנ"ט רב גידל הוה מהפך בההיא ארעא וכו' א"ל עני המהפך בחררה ובא אחר ונטלה מאי א"ל נקרא רשע וכו' ע"כ וכתבו התוס' ו"ה עני המהפך וכו' פי' בקונטריס דמיירי בחררה של הפקר וקשה מהא דתנן וכו' ואומר ר"ת דאיסור דמהפך דנקט הכא לא שייך אלא דוקא כשרוצה העני להרויח בשכירות או כשרוצה לקנות דבר א' וחבירו מקדים וקונה והוי דומיא דרב גידל ומש"ה קאמר דנקרא רשע כי למה מחזר על זאת שטרח בה חבירו ילך וישתכר במקום אחר אבל אם היתה החררה דהפקר ליכא איסור שאם לא זכה בזאת לא ימצא אחרת ומיהו קשה מההיא דפ' לא יחפור דקאמר התם מרחיקין מן הדג כמלא ריצת דג אעפ"י שהוא של הפקר ונראה דהתם היינו טעמא מפני שהוא יורד לאומנות כי ההיא דקאמר התם האי בר מבואה

וכו' דקאמר ליה דקא פסקת לחיותאי וכו' ומכאן נראה למהר"י שאסור למלמד להשכיר עצמו לבע"ה שיש לו מלמד א' בביתו כ"ז שהמלמד בביתו שמאחר שהוא שכור שם ילך המלמד במקום אחר וישתכר שם אם לא שיאמר בע"ה דאין רצונו לעכב המלמד שלו אבל אם שכר בע"ה מלמד אחר יכול בע"ה אחר לשכור אותו המלמד עצמו וכו' עכ"ל ולכאורה דבריהם אינם מובנים ראשונה במה שתי' דההיא דמרחיקין מן הדג היינו טעמא מפני שהוא יורד לאומנות כי ההיא דקאמר התם האי בר מבואה וכו' דקאמר ליה דקא פסקת לחיותאי דזה רב הינא הוא דקא"ל התם בגמרא ולית הלכתא כוותיה אלא כרב הונא בריה דרב יהושע דאית ליה דלא מצי מעכב אחבריה וכן כתבו התוס' בפ' לא יחפור בד"ה פשיטא לי דבר מתא אבר מתא מעכב רב הונא בריה דרב יהושע כרבנן ס"ל וכו' וכוותיה קי"ל לגבי רב הונא דבתראה הוא עכ"ל וכן פסקו כל הפוסקים כרב הונא בריה דרב יהושע ואעפ"י שראיתי בחידושי הרמב"ן לפ' לא יחפור שכתב שפי' בשם ר"ת דרב הונא בריה דרב יהושע לאו אאומנות קאי אלא אמיני סחורה וכו' אבל באומנות קבועה מצי מעכב כבר דחה סברא זו הרמב"ן ז"ל וכתב ולאו מילתא היא וכו' יע"ש ואם נפשך לומר דאע"ג דלית הלכתא כרב הונא שאני דגים דיהבי סיירא כדאיתא בגמרא א"כ בפשיטות הו"ל להתוס' לתרוצי הכי כדמתרץ הש"ס ועוד ק"ל מאי האי דמסיימי התוס' ומכאן נראה למהר"י שאסור למלמד להשכיר עצמו לבע"ה וכו' דזה הוא דברי ר"ת שכתבו התוס' בתחילת דבריהם וז"ל ואומר ר"ת דאיסור דמהפך דנקט הכא לא שייך אלא דוקא כשרוצה העני להרויח בשכירות וכו' ומזה קאמר דנקרא רשע וכו' ילך וישתכר במקום אחר א"כ למה תלה דבריו ר"י אחר תירוץ התוס' כאילו עכשיו שעלה להם דין זה ועוד דאפילו לא נשתכרו עדין אלא שרוצה להשתכר נקרא מהפך ואסור כ"ש בנשתכר כבר ועוד ק"ל דהא איתא בש"ס בפרק לא יחפור אמר רב יוסף ומודה רב יוסף במקרי דרדקי דלא מצי מעכב דאמר מר עזרא תיקן להם וכו' אלמא דאפילו לרב הונא דאית ליה דבר מבואה מעכב אחבריה במלמד תינוקות לא מצי מעכב:

והנראה לישב כ"ז והוא דלא מצו התוס' לתרוצי שאני דגים דיהבי סיירא וכתי' הש"ס דהכא נמי דהפך בחררה זו הוי כמו דגים דיהבי סיירא ועכ"ז קאמר ר"ת דאם היא חררה של הפקר מותר ומאי שנא מדגים דקתני בריתא דמרחיקין וע"ז תי' דשאני דגים משום שיורד לאומנות וכההיא דבר מבואה וכו' דקאמר ליה פסקת לחיותאי ואע"ג דההיא מימרא דרב הונא היא ולא קי"ל כוותיה היינו דוקא התם שאינו רוצה ליקח ריחים של חבירו אלא להושיב בצדו ובהא לא קי"ל כוותיה אבל אם הוא בענין שאינו יכול להושיב אחרת בצדו אלא בא ליקח של חבירו בהא ודאי אע"ג דלא הושיב עדין חבירו אלא

שמהפך להושיב ובא זה והושיב נקרא רשע מפני שהיא אומנותו וא"ל פסקת לחיותאי וכ"ש אם הושיב כבר ואע"ג שהוא דבר של הפקר אסור הואיל והוא יורד לאומנות ואפי' דהאחר ג"כ יורד לאומנות מ"מ כיון שזה קדמו אומר לו פסקת לחיותאי:

והשתא יתיישב מאי דהוה קשה לן אליבא דרש"י רב הונא בריה דרב יהושע דלית ליה הא דאמר רב הונא בר מבואה דאייתי ריחייא ואתא בר מבואה חבריה וקא מוקי גביה דמעכב עליו דא"ל קא פסקת לחיותאי לית ליה עני וכו' אלא ודאי אית ליה ושאני הכא שהושיב בצדו ולא זה שהפך בה חבירו אלא אחרת היא וא"כ נוכל לומר גבי מלמד נמי שהשכיר עצמו לזמן ובא חבירו קודם כלות זמנו להשכיר עצמו לבע"ה אחר כלות זמנו של הא' דמותר לעשות כן כיון דבזמן המותר עדין לא הפך בו מלמד הא' ע"ז קאמרי התוס' דאסור כיון שאומנותו בכך קא פסקיה לחיותיה משא"כ אם בע"ה אחד שכר מלמד אחר יכול בע"ה אחר לשוכרו אחר כלות זמנו של הראשון כיון דאין אומנותו של הבע"ה בכך ומאי דק"ל מהא דאמר רב יוסף ומודה רב הונא במקרי דרדקי וכו' ל"ק דהתם להושיב בצדו ולא לישב במקומו ודו"ק:

וראיתי להרב מוהרי"ק בשורש קל"ב שנשאל על ראובן שפיזר מעותיו לעשות תנאים עם הציבור ועם אדוני העיר להחזיק שם חנות ולהלוות ולא הלך לדור ונתעכב כמו ארבעה שנים ויהי היום וילך שמעון אל הצבור ולקח גם הוא תנאים מאת הצבור ומאת האדון להלוות שם ולהחזיק חנות וכשמוע ראובן קבל עליו בכה באומרו שהוא משיג גבולו וכו' כבר שכר שם בית והוא בדעתו ללכת לדור ולגמור את אשר החל לעשות זה ד' שנים וכו' ואומר כי נראה לע"ד שאפי' אם איחר ראובן ללכת אל המקום אשר הכין לו וכו' שמשום כן לא איבד את זכותו מן המקום ההוא דמאחר שהוחזק הישוב להיות שלו פשיטא שאין לנו להוציאו מתחת ידו וכו' ושמעון הבא לדור שם בלי רשותו יש לדמותו לההיא דעני המהפך בחררה דנקרא רשע ולא מיבעיא לדברי רש"י וכו' דמיירי בחררה של הפקר וכו' אלא אפילו לדברי ר"ת שפי' דוקא בחררה של בע"ה וכו' הוא דנקרא רשע משום שיכול למצוא במקו"א אבל לא במציאה והפקר פשיטא דהכא מודה דהא לא היה לא מציאה ולא הפקר ויכול שמעון לפזר מעותיו בישוב אחר כמו בזה וכו'. ועוד בר מן דין כיון דראובן טרח והוציא מעותיו באותו ישוב נראה לע"ד הלכה אין לשמעון ליכנס שם בלתי רשותו וכו' ועוד פשיטא דגרע הא מעני המהפך משום דהוי כמו יורד לאומנות ושייך למימר ליה קא פסקת לחיותאי והתוס' בפ"ב דב"ב וכו' וכ"ש לדברי האומר דרב הונא בריה דרב יהושע לא פליג ארב הונא וכו' והא דאמר רב הונא בריה דר"י פשיטא לי בר מבואה אבר מבואה דלא מצי מעכב דוקא במידי

דלאו קביעות כגון בסחורה וכו' אלא אפילו לדברי רוב המפרשים דאית להו דפליג אדרב הונא הכא מודה כדפי' וכו' עכ"ל. ולכאורה דבריו אינם מובנים דממה שכתב בתחילת דבריו דמאחר שהוחזק הישוב להיות שלו פשיטא שאין לנו להוציאה מתחת ידו וכו' כ"א בראיה ברורה נראה שכבר ראובן גמר קנייתו בדרכי הקניה ואינה מחוסרת כלום א"כ למאי צריך כל האי שקלא וטריא דכיון דכבר קנה ראובן בודאי שמעון הבא להוציא ממנו גזל הוא בידו ומוציאין מידו מצי קאמר ושמעון הבא לדור בלי רשותו יש לדמותו לעני המהפך וכו' דעני המהפך הוא דוקא בדלא עשה דרכי הקניה משא"כ הכא דכבר קנה וא"כ עדיף מעני והנראה לישב דבריו בדוחק דאעפ"י שכבר קנה חזקת הישוב מ"מ שמעון זה לא בא לעכב עליו שלא ילוה ראובן כי אם הוא דוקא אלא שרוצה שמעון להלוות גם הוא עם ראובן וא"כ אעפ"י שקנה ראובן ועשה תנאים שהוא ילוה ברבית לא מקריא קניתו לגביה לעכב על שמעון שלא ידור שם בלי רשותו בהא ל"ל קנייה כי אם יש לו דמיון מה לעני המהפך אבל לגבי שיוציא מיד ראובן ולעכב הוא על ראובן פשיטא דלא מצי לעכב כיון שכבר קנה ראובן מאת הציבור ומאת האדון ולכ"ז קשה מנ"ל להרב דאפי' לרב הונא בריה דרב יהושוע מצי לעכוביה עליה דהא רב הונא בריה דרב יהושוע אית ליה דאם בא להושיב ריחיים בצדו אינו יכול לעכב עליו ואע"ג שיורד לתוך אומנותו ונראה דהכא כיון שהראשון נטל רשות מן השר והציבור קודם הוי כמו בר מתא אבר מתא אחריתי דמצי לעכב אפילו לרב הונא בריה דרב יהושוע או יתכן ששמעון הוא ממתא אחריתי וכו' ע"כ ודו"ק:

סימן כ

שאלה ראובן ושמעון שהיו שותפים בחצר אחת שירשו אותה מאביהם ולימים הלך שמעון לעיר אחרת למ"ה והניח החצר והבתים הנז' ביד ראובן ולתפ"ץ נעשה בעיר רעש גדול ונחרבו רוב בתי העיר ומכללם החצר הנז' של ראובן ושמעון הנז' יש בה מקומות שנתרועעו ויש בה מקומות שנפלו לגמרי ויש בה מקומות שנשארו עומדות על תילם כבראשונה ועמד ראובן הנז' והוציא הוצאות על החצר והבתים הנז' ואחרי שנלב"ע ראובן ג"כ עמד בנו חנוך והוציא על החצר והבתים הנז' הוצאות מרובות בבנין וטיחה ונג'ארא ורצפת אבנים בחצר וחלונות של זכוכית והגביה הבתים בצביונם ובקומתם ובפתחים סגר את הפתוח ופתח את הסתום כי כך הוא יפה להם וכך היא חובתם לפי הנהגת אנשי העיר ומחמת דוחקו הוכרח במעשיו למשכן לזה מקומות בהחצר והבתים הנז' במשכנתא דסורא לאחרים ושאר הבתים שבחצר הנז' יש מקומות שהשכירם לאחרים ויש מקומות שדר בהם הוא ואנשי ביתו ומזה ימים שיש בהם ירחים שלח

שמעון מהעיר שהוא יושב בה לחנוך בן ראובן אגרת שלומים ובה כתוב לאמר שמחלה פניו שיתן לדינה אחות שמעון מחלקו דירה בחצר הנז' יען כי היא שארם ובשרם גם יודיעהו כמה הוציא על החצר והבתים כדי שישלם לו יציאותיו וחנוך הנז' השיב לו שאינו מקבל דבריו במה שחילה פניו שיתן דירה לדינה בחלקו מחצר והבתים הנז' יען שהוא ואביו הוציאו הוצאות מרובות על החצר והבתים הנז' שלוח ישלח בידם מה שעולה על חלקו מההוצאות הנז' והם ימסרו חלקו מהחצר והבתים הנז' לאיש אשר יחפוץ ובני דינה אחות שמעון באו לפני הב"ד י"ב וטענו שהם מוכנים ומזומנים ליתן לו את יציאותיו אך יבא עמהם בחשבון ההוצאות כמה הוציא וכמה אכל משכירות הבתים הנז' יען שלפי דעתם יש הרבה הוצאות שאינם הכרחיים ואעפ"י שלפי האמת והיושר השביח החצר והבתים הנז' בהוצאות הנז' מ"מ כיון שאינם מוכרחים אומרים לו הם טול עציך ואבניך ועוד נפשם לשאול הגיעה מה שגבה משכירות הבתים גבה יגבה להם מההוצאות הנז' יען שלפי דעתם כל השכירות שהשכיר בחצר הנז' שאינה יותר על חלקם היא להם דוקא יען שהם אינם דרים בחצר הנז' ומקום המשכנתות הם לחלקו יהיו נחשבים יען שהוא משכן אותם להם ומה שהשכיר בחצר הנז' הם יש להם ליטול השכירות ואם לא השכיר בחצר הנז' כדי שיעור חלקם שהיא חצי החצר הנז' ישלם להם מכיסו יען שהוא דר בשאר המקומות ומקומו מישכן אותו לאחרים ושכמ"ה:

תשובה לענין ההוצאות שאינם הכרחיים להבתים שלא יפלו אינו מחויב שמעון ליתן לו יציאותיו וכן הביא הטור ז"ל בסי' שע"ה וז"ל שאלה לא"א הרא"ש ז"ל ראובן היו לו בתים והלך מעירו וכו' אבל מה שבנה שלא לצורך כגון חדרים וכו' וכשנותן ראובן לשמעון זה אזי יצא שמעון מביתו וכו' מה שאל השואל ילמדינו רבינו למה לא נחשוב בנין המועיל אעפ"י שאין בו סכנה. ועוד כי הסיד היה בבתים מקודם וכו' ותיקן שערים וחלונות וגגות הדולפים ומנעולים תשובה כל בנין שאין בו סכנה שהבית ה יכול להתקיים ולעמוד וכו' למה נחייב בע"ה לפרוע יכול לומר איני רוצה להוציא בו מעותי וכו' טול עציך ואבניך ע"כ הרי מוכח להדיא כל בנין שאינו סכנה אין חייב בע"ה ליתן לו יציאותיו ואין לסלק דשאני הכא שאינו שותף אבל בשותף שיש לו חלק בחצר דהוי כיורד ברשות נוטל אפי' בהוצאות שהוציא על הבית שאין בהם סכנה דהא ודאי ליתא דאחר דהחצירות הרי הם ראוים לבנין וכו' הרי אעפ"י שאינו שותף בחצירות הוי יורד ברשות ואפ"ה כתב הרא"ש דבנין שאינו של סכנה אינו מחויב בו ואל יקשה עליך דהטור כתב בשם הרמב"ם דהחצירות ראויות להוסיף בהם בתים ולמעלה כתב בשם תשו' מה שבנה חדרים אינו מחויב ליתן לו כי כבר הרגיש בזה הרב ב"ה והביאו הכנה"ג הגב"י אות י"ט וז"ל נ"ב

מה שכתב ו' כגון שבנה חדרים וכו' יש לגמגם כי מ"ש רבינו בסמוך בשם הרמב"ם שהחצירות ראויות להוסיף בהם בתים ועליות ויש לדחות דשאני בתים ועליות שראוים להשכירם למי שידור בהם בפני עצמם משא"כ בחדרים עכ"ל וכן כתב מור"ם ז"ל בסי' קע"ח בהג"ה ס"ג וז"ל ואם מיחה השותף הב' שלא לעשות כגון שבנה בנין והיא מוחה בו אם הוא דבר שא"א מלבנות צריך חבירו ליתן לו חלקו ואם א"צ לבנות יכול לומר לו טול עציך ואבניך בשם הג"מ הל' גזילה יע"ש ועיין בכנה"ג סי' קע"ח הגהט"ו אות יו"ד שהביא מחלוקת בשותף יע"ש ויכול לומר קי"ל:

סימן כא

כתב הכנה"ג חו"מ בסי' כ"ה בכללי הקי"ל אות י"ב וז"ל עוד אני מדבר דלפי מ"ש דכיון דהוי שמא ושמא לא מחייב לצאת י"ש ה"ד כשהמחלוקת וכו' אי חייב מעיקרא חיוב כזה או אינו חייב אבל כשהמחלוקת הוא פרעון אי לא חייב לשלם אפילו בדיני אדם דהו"ל כאומר לחבירו הלויתני ואיני יודע אם פרעתיך דחייב לשלם וכו' ע"כ ולכאורה דבריו אינם מובנים דבהלויתני ואיני יודע אם פרעתיך דחייב לשלם היינו דוקא כשהתובע טוען ברי שלא פרעו אבל אם גם התובע בעצמו מסופק אי פרעו או לא ודאי פטור מלשלם וכמ"ש הרב ז"ל בסי' נ"ט בשם מהרשד"ם ומהר"י מטלון בהגהות הטור אות ב' וטענת קי"ל שניהם הוי שמא וליכא למימר דלשם איירי במלוה ע"פ אבל בשטר ושניהם טוענים שמא גובה המלוה כדכתב ש"ע סי' פ"ב ס"ב ובכאן איירי שהחוב מבורר בשטר דליתא חדא דסתמא קתני ועוד מדכתב הרב דהוי באומר לחברו הלו תני ואי איירי בשטר לא הול"ל אלא הכי הול"ל כמוציא עליו שטר והלה טוען שאינו יודע אם פרעו ועוד דלא אמרינן המוציא שטר והלה טוען איני יודע אם פרעתיך והמלוה ג"כ טוען איני יודע אם פרעתני דגובה אלא דוקא בטענת פרעתיך כיון שהשטר ביד המלוה חזקה דלא פרעיה דאי איתא דפרעיה אומר לו שטרא בידי מאי בעי אבל בטענה אחריתי כמו טענת קיל"י וכיוצא דהפרעון הוא מאליו בא ואין ראיה משהשטר בידו היינו במלוה ע"פ אף אם הוא בשטר דלא מצי טעין שטרך בידי מאי בעי אילו פרעתני וקושיא זו לאו על הכנה"ג היא אלא על הרב לחם רב שדברי הכנה"ג אלו כתבם הרב בסי' ס' הגב"י אות ט"ל משם מהראד"ב ול"ל שמוהראד"ב חולק על מהרשד"ם בהא וס"ל דאפילו במלוה ע"פ ושמא ושמא בפירעון כיון שבריא בחיובא חייב דלא אשכחן מאן דפליג בהא ולא אמרו אלא דוקא במלוה בשטר ומ"ש עוד הכנה"ג אח"ז משם מהראנ"ח שאינו יכול לומר קי"ל כה"ג נראה דלא סיימוה מזה תשובת מהראנ"ח דבסי' א' ובסי' י"ט כתב בתחילה בדרך אפשר ואח"ך חזר בו מסברא הלזו ופסק דאפילו בכה"ג אמרינן קי"ל וחיזק סברא זו ועשה לו

סמוכות וצ"ע דאפילו נימא דטענת קי"ל הוי שמא ושמא מ"מ לא דמי להלויתני ואיני יודע אם פרעתיך דחייב דהתם שאני דשמא שלו גרוע דהו"ל לידע אבל היכא שהשמא הוא טוב אפי' כשהחיוב ברור והס' הוא בפיטור או בפירעון מהני והיינו טעמא דערב דמצי טעין שמא פרע הלוה ולפי מש"ל ג"כ ניחא דלא דמי להלויתני דהתם ברי ושמא והכא שמא ושמא ומ"מ למדנו מדבריו דהיכא דהשמא הוא טוב אפי' היכא שהחוב מבורר והמלוה טוען ברי כיון דשמא הלוה הוא טוב לא מפקינן מיניה ואפי' במלוה בשטר דכן כת' כגון שהוא חייב לו מנה בשטר ע"כ:

סימן כב

שאלה אשה שהודית שנטמאה אם נאסרה עפ"י דיבורה או לא:

הנה מר"ן ז"ל באה"ע סי' קט"ו סעיף ו' פסק וז"ל אין עדים שזינתה אלא שהיא אומרת שזינתה אין חוששים לדבר זה לאוסרה דשמא עיניה נתנה באחר וכתב מור"ם ז"ל ודוקא שאין רגלים לדבר אבל אם יש רגלים לדבר נאמנת ע"כ אבל איבדה עיקר כתובתה ותוספת וכו' ואם היה מאמינה ודעתו סומכת על דבריה ה"ז חייב להוציאה אבל אין כופין אותו להוציא וכו' עכ"ל הטהור מלשון זה שכתב אין חוששין לדבר זה לאוסרה נראה פשוט דדוקא להב"ד קאמר דאין לנו לחוש לדבר זה ולאוסרה עליו אבל איהו אי חש לדבר זה ורוצה לגרשה משום דנמאסה עליו ודאי דלית דין צריך בושש ועליו תבא ברכת טוב ומצוה קא עביד דאפי' נימא דלא נטמאה ועיניה נתנה באחר כיון שהיא פרוצה כ"כ ביותר עד שאומרת בפני עדים שזינתה ברצון אין לך פריצות גדולה מזו ויצתה מכלל בנות ישראל הצנועות ולא גריעא מעוברת על דת משה שמצוה עליו לגרשה וכמו שפסק מר"ן לעיל בסעיף ה' ובסי' קי"ט ס"ד וכ"ש בכאן שראוי לו לחוש שמא אמת ונכון הדבר שנטמאה ופוגע באיסור תורה שבודאי אם רצה לחוש לעצמו שרשאי וכן איתא בהדיא בירושלמי דנדרים על ההיא משנה אחרונה האומרת טמאה אני לך דאינה נאמנת וז"ל א"ר הילא לא מסתברא אם היה חבר יחיש? והביאו הסמ"ג בעשין מ"ח וכיון דהאיש הלזה מוחזק בחברות ויראת שמים בודאי שראוי לו לחוש לעצמו בדבר זה ומצוה קא עביד דבעוברת על דת אעפ"י שאין חייב להוציא וכ"ש מצוה להוציא זו ואפי' חרם ר"ג לא שייך בזה כדכתב הב"ש ס"ק י"ט וכ"ש במקום שבועה דודאי אדעתא דהכי לא נשבע ויכול להתיר שבועתו על צד היותר טוב אבל אי איכא לאסתפוקי בנ"ד אם הבעל עצמו אינו רוצה לגרשה אי אמרינן ליה חייב אתה להוציאה ואסור לקיימה או לא אי חשבינן בנ"ד רגלים לדבר ונאמנת או לא והנה הגה זו שכתב מורם ז"ל דאם יש רגלים לדבר נאמנת היא מהרב תרומת הדשן בפסקים שלו סי' רכ"ב והרב ז"ל הוציא

חילוק מכח קושיא שכתב באותה תשובה וז"ל ומאי ק' לך מאי שנא ממשנה אחרונה דלא חיישינן התם למאי דשויתיה אנפשיה חתיכה דאיסורא פשיטא דמתורץ יפה כמ"ש דהיכא דאיכא רגלים לדבר נמי בלאו הכי ואומרת טמאה אני לך כה"ג אין להתיר ותדע דהכי הוא דהא התוס' דיבמות הוצרכו לישב אליבא דר"י אמאי שרינן ההוא עובדא הא שויתיה לנפשיה חתיכא דאיסורא וכן אשר"י התם כתב לישב דברי ר"י ומאי קשה להו משנה שלימה היא בנדרים דלא חיישינן לה אלא ע"כ דלא קשה להו אלא היכא דאיכא נמי רגלים לדבר וק"ל וכו' ע"כ הרי דהוציא דין זה מדהקשו התוס' על הנהו עובדי דהיכי קאמרי רבנן איתתא שריא והא שויתא לנפשיה חתיכה דאיסורא ומאי קו' הא משנה שלימה היא דאע"ג דאמרה טמאה אני ושויתה לנפשיה חתיכה דאיסורא אינה נאמנת דשמא עיניה נתנה באחר אלא ודאי דס"ל להתוס' דלא אמרינן הכי דאינה נאמנת וחיישינן שמא עיניה נתנה באחר אלא דוקא היכא דאין רגלים לדבר שזינתה בלא דבריה ואפילו חשש מקודם לא היה בה ובאה ואמרה טמאה אני חיישינן שמא וכו' אבל אם בלא דבריה שקודם שאמרה טמאה אני חששנו שמא הוא דבר של זנות ובאה היא ואמרה טמאה היא בודאי שהיא אסורה ולא אמרינן שמא עיניה נתנה באחר דהבו דלא לוסיף עלה דדוקא בבאה מעצמה ואומרת טמאה אני אזי חיישינן שמא עיניה נתנה באחר אבל אם אנחנו בלא דבריה היינו חוששין בה ושאלנו אותה ואמרה טמאה בודאי דאסורה אבל עדין מתורתו של מהרא"י ז"ל לא נודע לנו אחרי כותבי זה ראיתי להרב הגדול מהרש"ל בס' ים של שלמה על יבמות בפ"ב סי' י"ח שכתב כן וז"ל ועוד אפילו היכא שהיא אומרת טמאה אני לך נראה שיכולה לומר טמאה אני לך לאוסרה עליו כי לא אמרו חכמים שמא עיניה נתנה באחר אלא לטובתו ולתקנת הבעל אבל אם הוא אומר שאי אפשי בתקנה זו בודאי שומעין לו וחרם דר"ג לא עבר כי לא כתב על הניחצות שמעזין ואומרים נטמאתי ועיניהם נתנו באחר פשיטא שזו היא רשעה ויוציאה מביתו ואפי' הפסידה כתובתה ועיין באותה תשובה באורך שפסק להלכה ולמעשה שיוכל לגרשה בע"כ אפילו במקודם דאיכא חרם ר"ג ודבר זה מצאתי אותו בירושלמי דמס' סוטה בפ"ק במשנה ג' וז"ל אלו אסורות לאכול בתרומה וכו' מתניתין לייא כמשנה ראשונה אמר רבי אבין ואפילו תאמר כמשנה אחרונה מ"מ יש רגלים לדבר הרי היכא דיש רגלים לדבר נאמנת אפי' למשנה אחרונה דמאי דקאמרה טמאה אני מה הם הרגלים אשר מהם נידון דקושטא קאמרה אם הם דוקא בהנהו עובדי דסוף נדרים שהיו שם עידי יחוד וכו' אשר עליהם מקשים התוס' ז"ל דהיכי קאמרי רבנן בהו דאיתתא שריא אבל אם לא היה שם עידי יחוד רק שיש קצת רגלים ואמרה טמאה אני אינה נאמנת או דילמא ברגלים כל

דהו נאמנת ודוקא היכא שאין רגלים כלל הוא דאמרינן עיניה נתנה באחר אבל כל היכא דאיכא קצת הוכחה שיש שום פריצות ביניהם ובאה ואמרה טמאה אני אסורה אבל כי מעינינן בתשובה של מהרא"י הנז' נראה שדעתו כל היכא דאיכא קצת רגלים אמרינן בה דשויתה לנפשיה חתיכא דאיסורא דהא נ"ד לא היה שם עידי יחוד כלל אלא שהבתולה ראתה שהבחור נכנס באותו חדר שהמשרתת ישינה בו והיא כמו שהגידה ע"פ החרם שהיתה ישינה ונפל הבחור על מטתה של הבתולה מצד מרגלותיה ועמדה המשרתת ויצאה הרי דליכא עידי יחוד כלל והחשיב אותם רגלים להאמינם שהיא טמאה דאי לא חשיבי רגלים א"כ ל"ל למיהדר אחילוקים להתיר בנדון דידן מנדון התוס' בפשי' הי"ל דע"כ לא קאמרי התוס' אלא היכא דיש רגלים והכא ליכא רגלים אלא ודאי דחשיב ליה לנדון דידן רגלים והוצרך למצוא טעם להיתרא ודו"ק (א"ה עכ"מ וחע"ד):

סימן כג

כתב הר"ן בתשובה שאלה יו"ד ראובן היה חייב בחובות הקהל וכו' אפ"ה כבר נתנו כל הקהלות בגבית המסים שמי שמעותיו מחויבים בחובות הקהל ונתנם לאחר נכנס הזוכה תחת הבעלים ראשונים וכו' כ"ש שזה המנהג הוא מסכים לדין הגמרא והטעם בזה שחיוב המסים מוטל על הממון וכל שזכה הב' בממון מחויב נכנס תחת הא' וכו' יעש"ב והנראה דלא חייב הר"ן ז"ל אלא דוקא בשכבר היו חובות על הקהל אבל אם עדיין לא יצא עליהם מס ודאי דלית חשש כלל כמו שכתב בפי' מחויבים בחובות הקהל עוד נראה דלא חייב הר"ן ז"ל אלא דוקא בדלית נכסי עוד לבעל הממון אבל אם עדיין נשאר אצלו ב"ח ודאי דאין גובין אפילו ממעות המחויבים דאין נפרעים מנכסים משועבדים במקום שיש ב"ח וזה נראה ממה שכתב וז"ל לפיכך אני אומר שאעפ"י שלדין הגמרא מי שנושה בחבירו מנה והלוה אין לו אלא מנה ונתנו לראובן ואותם מעות ליתנהו בעיניהו אין למלוה על ראובן כלום אבל להנהגת הקהלות אינו כן וכו' ואי הנהגת הקהלות אפי' איכא ב"ח הו"ל לאשמועינן רבותא ביש לו ללוה מאתים דזה במכ"ש שלדין הגמרא אין על ראובן כיון שנשאר אצלו מנה וגם ליתנהו בעיניהו אפ"ה למנהג הקהלות אינו כן דאעפ"י שנשאר אצלו מנה וגם המנה שלקח ראובן ליתנהו בעיניהו אפ"ה גובה מראובן ממנהג הקהלות וגם יש ראיה על זה ג"כ ממ"ש אח"ז אבל זה שלקח ממון פטור אין לחייבו מטעם שיעבוד כמו שהיינו מחייבים אותו אם לקח קרקע וכו' מה שכתב דאם לקח זה קרקע אפי' ממון הפטור חייב מטעם שיעבוד וזה אינו דאם יש לו נכסים ב"ח אפי' אם לקח קרקע אינו יכול לגבות ממנו כיון דמתורת שיעבוד הוא אין נפרעים מנכסים משועבדים במקום שיש ב"ח. ועוד יש ראיה ע"ז ג"כ דודאי אם נשאר אצל ראובן

נכסים אי אמרינן דאפ"ה חייב חתנו לפרוע אין עליו חיוב לפרוע הוא הכל אלא לפי הממון דמה אם היה חייב עשרה זהובים והיו אצלו עשרה מנים ונתן מהם מנה אחת לראובן במתנה יפרע ראובן זהוב א' דוקא וכל כה"ג היה לו להר"ן לפרש זה ועוד נראה לי דאפי' מה שנשאר אצלו מן הממון פטור אפ"ה כיון שהוא אצלו חל עליו השיעבוד ומחשבין. ועוד נראה לי ראיה והוא דאי אמרינן אפילו נשאר אצלו ממון אפ"ה גובין מחתנו א"כ ליכא חיובא אגברא כלל אלא אממון בכל מקום שהוא פורעים בעדו כיון שהוא המחויב וא"כ נכסים הפטורים מי שיעבדן בחיוב זה דאם הם אצלו אפילו הם מטלטלים גובין מהם אעפ"י שכבר נאבד ממון החיוב ואם הם קרקעות גובים מהם אפי' הם אצל הלוקח אלא ודאי דגם אגברא איכא חיובא ומש"ה אם נאבדו נכסים החייבים עדין החיוב מוטל על נכסיו ודוקא לענין דאם נתן נכסים החייבים לראובן והם מעות וליתנהו בענייהו ולא נשאר אצלו כלום בזה אמרינן דגובים מהם כיון דמוטל החיוב בהם מחמת עצמן על בעל הנכסים. וא"כ כיון דהחיוב הוא אגברא ועדין יש לו נכסים ב"ח א"כ ודאי דאין נפרעים ממשועבדים בודאי דנדונו של הר"ן איירי בשכבר קצבו עם ראובן עריכתו ונתחייב בסך ידוע אבל איכא לספוקי במנהג הקהלות אם אעפ"י שלא נקצב על האיש שום קצב אפ"ה חייבים בעלי מתנה כיון שהממון הו"א כבר זכו הקהל והיותר נראה דוקא בשכבר עשו ערך הוא דחייב ממנהג הקהלות האל"ה ליכא עדין חיובא כלל דשמא יעני ולא יהיה בעל ערך קודם שיעשו העריכה והקהלות לא תיקנו שלו דוקא בשכבר הוא חייב מן הדין בסך זה והמקבל מתנה אינו חייב משום דליתנהו בעיניהו ע"ז תיקנו הקהלות דחשבינן להאי ממון כאילו איתיה בעיניה אבל אה"נ במקום דאפילו איתיה בעיניה מדינא לא היה חייב ע"ז לא תיקנו הקהלות וה"נ אם עדין לא עשו הערך לא נתחייב עדין האי גברא כלום עיין בד"מ סי' קמ"ג ס"ק ו' שהביא משם הרשב"א דמן הדין אם נתחייבו הקהל מזמן ארוך בסך מה מדינא כשפורעין החוב חייב כל אחד לפרוע חלקו כפי מה שהגיע עליו בזמן שנתחייבו בחוב ההוא ואפילו היה עשיר והעני וכו' וכן כתב משם הריב"ש ע"ש:

גם תשובת הרא"ש כלל י"ג סי' כ' שכתב באמצע התשובה וז"ל ואחרי דברים הללו וכו' אזי יפרע ראובן מס מהנכסים שהכניסה לו אשתו נכסי אביה ואמר שהיו פורעין מס בעיר לפי תקנת הקהלות שבארץ הזאת וכו' ע"כ שנראה מדבריו בפי' שאפי' אין על ביה שום חוב מהמם לשעבד אפ"ה חייב הבעל לפרוע מס מאותם נכסים משום דהיו אותם נכסים פורעי מס יש לומר דהכא דוקא הוא שכן נהגו אותם קהלות שכך כתב בפי' לפי תקנת הקהלות שבארץ הזאת אבל מדינא לא היה חייב הבעל והראיה המוכחת ע"ז

דתשו' זאת הובאה בכלל ו' סי' י"ו וז"ל ומה שטענו מורשי הקהל שר' מנחם נשא אשה יתומה בת אלמנה פורעת מס עמהם ולפי הסכמת הקהלות חייב לפרוע מס על אותם נכסים והשיב שהסכמת הקהלות לא היתה אלא ביתומה פורעת מס ולא בבת פורעת מס ולא פרעה אשתו מס מעולם וכו' הנה חקרתיה כן היא וכו' והסכמת הקהלות היתה כמו שהוא אומר וכו' ע"כ הנה שכתב בפי' ג"כ מכח הסכמה ועוד אי מדינא מעות שהיו חייבים עומדים בחיובם אפי' שהיא לא פרעה כיון שאביה ואמה היו פורעים הו"ל ממון דמחויב וזה פשוט:

ומתשובת הרב רבי יצחק דלטאש שהובא בתשובת הר"ן סי' ב' נראה שהביא בדברי הר"ן בסי' ב' הרב מ"מ דאפילו אם נשאר אצל המקדיש ממון שהקדיש מקצת ונשאר מקצת ואפי' כבר נתחייב במס ועבר זמן ולא פרע ואח"כ הקדיש אפ"ה פטור בעל הממון בשיעבוד המס רמי אממונא וכיון שיצא הממון מרשותו פטור לפרוע בעדו דלא כמ"ש בשם הר"ן לעיל דאפילו שהמס רמי אממונא אפ"ה אם נשאר אצל הנותן ב"ח נפרעים מהם וגם כתב הרב הנז' דאם כבר לוו הקהל וכו' הוי כזקפן עליו במלוה ונשתעבד והשיעבוד רמי אקרקפתא ומשום האי שיעבודא מתחייב גברא וגבינן מיניה ואפילו מגלימא דעל כתפיה ושאר נכסים משועבדים וחייב לפרוע מהם וכו' ע"כ ולא משמע כן מדברי הר"ן ז"ל דאיירי בחובות ואפ"ה כתב דעדין אנכסי רמו והרב מ"מ ז"ל שא' מ"ח כת' מי שהיו לו מעות שפורע מהם מס ונכנסו לרשות אחד כגון שנתנם במתנה או השיא את בתו ונתנם לחתנו בנדוניא או שמת ונפלו ליד יורשיו האם נכנסים במקום זה או לא ומדבריו אלה נראה שהס' הוא אעפ"י שעדיין לא נתחייב הנותן שום חיב מן הקהל ואפילו עדיין לא הוטל המס ואפ"ה נשארו נכסים אצל הנותן ב"ח אפ"ה כיון דהוי מפורעי המס ושאם יעלה איזה מס הוא נותן עמהם ופורע מהמעות הנז' ונכנסו המעות לרשות אחר אעפ"י שהוא פטיר אפ"ה צריך לשלם בעד המעות הנז' דאל"ה היה לו להרב ז"ל לפרש דוקא בשכבר הוטל המס ויש עליו סך ידוע ולא הספיקו לגבותו עד שזה הוציא ממינו מתחת ידו ולא נשאר אצלו כלום ועוד דהראיה שהביא משם הרא"ש ז"ל מוכחת כן דהרא"ש ז"ל מיירי בשכבר יש על אבי היתומה הנז' סך ידוע מן המס שעדין לא פרעו אלא טענת הקהל שהממון הנז' היו פורעין אבי היתומה הנז' ואמה ממנו מס בקהלינו ועכשיו נכנס תחת ידך חייב אתה לפרוע ממנו גם כמקדם אם יש ראיה ע"ז מה שהביא הרב מהרשד"ם ז"ל הפך סברתו ז"ל והרב מהרשד"ם ז"ל לא מיירי בשכבר יצא אלא עשה עריכה דוקא שאם יצא איזה מס יפרעו אותו על אופן העריכה הנז' וכל שלא יצא המס עדיין לא נתחייב האי גברא מחיים בשום חיוב כלל ומש"ה פטר אותו האחר

מהרד"ם ז"ל לפרוע מהממון של אחיו כיון שאחיו עדיין לא נתחייב מחיים כלל והמס שיצא אחר מותו במתים חפשי וכ"ת דהממון היה כבר מחויב למס והיו פורעים ממנו מס עכשיו הוא בידה ואני זכיתי בו ואני פטור מלפרוע יותר על עריכתי אפי' אהיה עשיר הרבה והרב מ"מ ז"ל חולק עליו כיון שהממון הוא פורע מס עדין נעשה ברי בחיובא קאי אפי' שנכנס ברשותו הפטור גם תשובת מהרשד"ם ז"ל ואחרת סי' שס"ח שהביא הרב מ"מ ז"ל הפך סברתו ג"כ מיירי בכה"ג וז"ל ועל מה שבא בשאלה שבמות האדם אשר היה נושא בעול הקהלות ובנו מהפטורים אם יש לחייב לבן הפטור מצד הממון הנכנס ברשותו מ"ש דאין עליו סך ידוע שלא פרע אותו עדין לקהל ומת אלא דוקא חיובו שהוא נושא בעול הקהלות כשהיה עליהם איזה מס גם הראיה שהביא מהרשד"ם ז"ל מדין השותפים מוכחת על זה דלא יש שום חוב ברור על איש המת דאלת"ה בשותפים נמי אעפ"י שנתבטלה השותפות מ"מ חייבים לפרוע מה שהיו חייבים ביחד אלא ודאי כדכתב דליכא עדין שום מס והספק הוא כהלכה כשיעלה ואפ"ה דעת המ"מ ז"ל דחייב כיון שהממון כבר הוא מחויב ומ"מ בודאי דאפי' נתחייב כבר הנותן קודם שנתן בסך ידוע לא פקע החיוב מעל הנכסים והוטל אקרקפתא דגברי אלא אפילו בשכבר היה מחויב אפ"ה עדין החיוב הוא על הנכסים אבל החיוב שיש ביניהם הוא דאם לא נתחייב עדין ונתן מקצת נכסיו לאחר והמקצת אבדו ולא נשאר אצלו כלום אין חיוב על המקבל מתנה או היורש לפרוע לא דוקא מה שיעלה ערך הנכסים שיש בידם אבל אם היה כבר מחוייב קודם שנתן או הוריש או אפילו אם עדין לא נתחייב אלא שנתן תוך זמן העריכה והסכמת הקהל שאם מת בתוך הזמן יפרעו יורשיו אזי אפילו לא לקחו בעלי המתנות או היורשים אלא דבר מועט שחייב לקהל נגד אותו הסך אפ"ה מחויבים לפרוע אותו בעדו ואם יורשים ומקבלי מתנות כאחד נפרעים משניהם ביחד ואפילו ממקבלי מתנות ולא אמרינן אין נפרעים מנכסים משועבדים במקום שיש בני חורין כיון דהממון בעצמו ההוא הוא המחויב וכן כתב בפי' במשפט התשיעי שאחר זה:

סימן כד

שאלה ראובן שלוה משמעון סחורה בסך מה והגיע זמנו ולא פרעו ואח"כ לוה ג"כ מלוי סחורה ויהי היום ויוגד ללוי שראובן הנז' אינו בטוח וילך לוי לקחת לו סחורות הנמצאים איתו בחנותו כנגד חובו ויוגד לשמעון הדבר הזה ולא הניחו וסגרו שניהם את חנותו ונתנו כל הסחורות הנמצאים איתו בתוכה ולקחו להם כל אחד מפתח אחד כדי שלא יבא אחד מהם ליפרע חובו קודם חבירו אלא יחדיו למשפט יקרבו כתורה יעשו והלכו שניהם לפני מע' הב"ד וצוו עליהם לקחת הסחורות לב"ד ויחלקו אותם לפי ממון שחייב להם

ראובן הלוה עפ"י שלשה שמאים ומאי דביני ביני ירד דלף על הסחורות הנז' בב"ד הנז' וישלח אחד מהב"ד אחרי לוי לקחת לו הסחורות הנז' יען שהדלף יורד עליהם ויבא לוי הנז' ויקח כל הסחורות הנז' מבלי ידיעת ראובן וכשמוע ראובן את הדבר הזה ויבא לפני הב"ד ויזעק זעקה גדולה ומרה על הדבר הזה וישלחו הב"ד ויביאו הסחורות מלוי לפני הב"ד ויצא טעון לוי שיש לו דין ודברים על שמעון יען שאחרי שסגרו חנותו של ראובן גבה שמעון מקצת חובו מראובן וצריך להניח שמעון מה שגבה מראובן עם הסחורות הנמצאות ויחלקו את הכל ביניהם לפי ממון שחייב להם לוי יען שאחרי שנשבר וסגרו חנותו שניהם גבה שמעון מה שגבה ואין במעשיו כלום כי כן הוא משפט הסוחרים פה אר"ץ ועמדו הב"ד וחייבו לשמעון ליתן ללוי כשיעור מעותיו ממעות שגבה מראובן אחרי שסגרו שניהם את חנותו דאין בגביתו כלום כמ"ש הרב מהר"א ענתיבי בספרו הנקרא פני הבית בח"מ סי' ק"ד בהגהותיו על הש"ע סעיף ג' מטלטלין אין בהם דין קדימה וכו' ג"כ אם הלוה נשבר ונגלה שברונו מנהג פשיט בין הסוחרים שנסתלק כחו מנכסיו ולא קיימי ברשותיה ונשארו כל נכסיו כאילו כל הב"ח מוחזקים בהם ואם איזה אדם קדם וגבה מוציאין מידו כ"כ בתשובת דברי יוסף למהר"י אירגז סי' כ"א עיש"ב עכ"ל ואח"כ יחלקו ג"כ את הסחורות הנז' לפי ממון ושמעון הנז' עמד ושאל את סוחרי אר"ץ הלזו אם יש מנהג זה ביניהם יען שלפי דין תורה אפי' אם היה הב"ח מאוחר אם קדם וגבה אין מוציאים מידו וכמו שפסק מר"ן בשה"ט בח"מ סי' ק"ד סעיף ג' והשיבו לו שמשפט הסוחרים אמת שהוא כן שכל שנשבר אין יכול לפרוע למקצת הב"ח ולהניח שאר הב"ח הנשארים אבל אם עבר ופרע מקצת בעלי חובותיו או מקצת בעלי חובותיו השיגה ידם ותפסו מנכסי הלוה ל"מ שלא ראינו שהוציא מהם אלא אפילו לקבול עליהם במשפט על דבר אשר קדמו ותפסו שלא כדין לא סלקא דעתיה לשום אדם לקבול עליהם יען שמעותם הצילו והרי הם זריז ונשכר ועי"ז סירב שמעון לדברי הב"ד ועמדו הב"ד ומסרו כל הסחורות אשר היו לראובן ביד הב"ד ביד לוי לגבות מהם חובו ואעפ"י שהם יתר מחלק העולה לו אפילו אם יקח חלק ממה שגבה שמעון לבדו מראובן קודם בואו לפני הב"ד ועתה שמעון הנז' מתרעם על הב"ד כמה דברים חדא דאין מנהג זה פשוט פה אר"ץ דב"ח שקדם וגבה אחרי שנתגלה שברונו של הלוה שמוציאין מידו מה שגבה הפך דין תורה דסי' ק"ד סעיף ג' עד שנלך אחר מנהג זה ומדברי הרב כמהר"א ענתיבי ז"ל אין ראיה שכך נהגו פה אר"ץ אחרי שהיה הוא מארי דאתרא פה אר"ץ והיה יודע במנהגה מדהביא דבר זה מדברי הרב דברי יוסף שכת' וז"ל כן כתוב בתשובה דברי יוסף וכו' משמע דלאו מדעת דנפשיה קא מעיד על מנהג זה אלא מדעת בית רבו הרב דברי

יוסף ז"ל ידע דבר זה ובמחילה מכת"ר דהרב דברי יוסף ז"ל לאו על כל העולם כולו מעיד שנהגו דבר זה הסוחרים ומנהג פשוט הוא ביניהם אלא על מדינות מלכותו הוא מעיד שכך הוא פשוט מנהג זה ביניהם דאעפ"י שכתב וז"ל ומעתה בנ"ד נמי הרי הוא מנהג פשוט בין הסוחרים וכו' עכ"ל לאו על כל סוחרי האר"ץ קאמר אלא על סוחרי מדינות מלכותו שכך כתב בדף הקודם לזה וז"ל אשיבך דבמדינות אלו שכבר נהגו וכו' ומ"ש דוקא על אותם המדינות הוא מעיד ולא על כל העולם כולו הוא מעיד (עכ"ן וחע"ד):

סימן כה

שאלה אשה שעמדה על בעלה ואינה רוצה לישב עמו ולשמשו הן משאר מלאכות שאשה עושה לבעלה הן מתשמיש המטה מה דינה:

תשובה גרסינן בפ' אעפ"י המורדת על בעלה פוחתין לה מכתובתה ז' דינרין בשבת וכו' עד מתי הוא פוחת עד כנגד כתובתה ר"י אומר לעולם הוא פוחת והולך עד שאם תפול לה ירושה ממקום אחר גובה הימנה גופא המורדת על בעלה פוחתין לה מכתובתה ז"ד בשבת רבותינו חזרו ונמנו שיהיו מכריזין עליה ד"ש זו אחר זו ושולחין לה ב"ד הוי יודעת שאפי' כתובתיך מאה מנה הפסדת אחת לי ארוסה ונשואה אפי' נידה ואפי' חולה ואפי' ש"י א"ל ר"ח וכו' נידה בת תשמיש היא א"ל אינו דומה מי שיש לו פת בסלו לזה שאין לו אמר רמי בר חמא אין מכריזין עליה אלא בבתי כנסיות ובבתי מדרשות אמר רמי בר חמא פעמים שולחין לה מב"ד אחת קודם הכרזה וא' לאחר הכרזה דרש ר"ן הלכה כרבותינו אמר רבה האי בורכא א"ל ר"ן ב"י מאי בורכתיה אנא אמריתה ניהליה ומשמיה דר"י בר חנינא אמריתה ניהליה ואיהו כמאן סבר כי הא דאמר רבא אמר רב ששח הלכה נימלכין בה רב הונא אמר רב ששת הלכה אין נימלכין בה היכי דמי מורדת דאמרה בעינא ליה ומצערנא ליה אבל אמרה מאיס עלי לא כפינן לה כלתיה דר"ז אימרדה הוה תפיסה חד שיראה יתיב אמימר ומר זוטרא ורב אשי ויתיב רב גמדא ויתבי וקאמרי מרדה הפסידה בלאותיה קיימים א"ל רב גמדא וכו' והאמר רב כהנא מיבעא בעי רבא ולא פשיט א"ד וכו' השתא דלא איתמר לא הכי ולא הכי תפסה לא מפקינן מינה לא תפסה לא יהבינן לה ומשהינן לה תריסר ירחי שתא אגיטא ובהנך תריסר ירחי שתא לית לה מזוני מבעל עכ"ל הגמרא והנה בסוגיא זאת רבו הפירושים ואציע לך תחילה פי' רש"י ז"ל הצריך לעניננו עד כדי כתובתה ואח"כ נותן לה גט ויוצאה בלא כתובה אבל אינו משהא לפסוק על הנכסים שנפלו לה מבית אביה ולהפסידם ממנה עכ"ל משמע מלשונו ז"ל דבתרתי פליג ת"ק עם ר"י חדא דלא מיבעיא דאם לא נפל עדין לה נכסים דאינו יכול לחשוב עליה ז"ד בשבת לשמא יפול לה ויגבה אותם הימנה כדקאמר ר"י אלא אפי' שכבר נפלו לה

קודם שכלה הפחת של ז"ד או קודם שמרדה אפ"ה אינו פוחת מהם אלא דוקא פוחת לה מנה מאתים ות"כ ונדוניא ואח"ך נותן לה גט ויוצאה בלא כתובה ואפי' תפסה מנצ"ב שלה מוציאין מידה ונותנים לבעל דאיהי דומיא דידיה מה איהו כשמוסיף לה מוציאין ממנו ונותנים לה אף איהי כן שמוציאין ממנה ונותנין לו:

והר"ן ז"ל הביא ס' אחרת בשם יש מי שפי' דעד כדי כתובתה דקאמר ת"ק לאו דוקא דאנה"נ דמודה לר"י שהוא פוחת והולך אפי' מנ"מ שנפלו לה כבר ולא פליג עליה דר"י אלא אחר כלות כל נכסיה שפיחת עליהם ז"ד בשבת ולא נשאר לה כלים שלר"י מחשב עליה בתורת חוב וכשיפול לה גובה אותם הימנה ולת"ק כיון דכלו כל נכסיה ולא נשאר לה נכסים שיפחות עליהם שוב אינו פוחת לכשמא יפול אבל אנה"נ שאם יש לה עכשיו נכסים אפי' נ"מ מודה ת"ק דפוחת עליהם והרשב"א ז"ל כתב על סברא זו אחרונה הובאו דבריו בשי' מקובצת כתובות וז"ל ואיני מכיר בטעמן וכו' עיין בדבריו ותמצא שאינם מובנים דטעמא רבה איכא הכא ודו"ק. וסברא זו כתב הר"ן שהיא סברת הרמב"ן והרא"ה ז"ל ולסברא זו ג"כ כתב הר"ן משם הרא"ה ז"ל דה"ה אם אחד נתן לה מתנה ע"מ שאין לבעלה רשות בהם שפוחתין ממנה וכל זה הוא דוקא בנשואה אבל בארוסה כ"ע מודים שאין פוחתין מנ"מ שלה נמצא דאם פוחתין מנ"מ שכבר נפלו לה לדעת ת"ק דמתניתין במחלוקת היא שנויה דלדעת רש"י והרשב"א ז"ל שהבאנו לעיל לשונו אית להו דאין פוחתין לה מנ"מ שלה אעפ"י שכבר נפלו לה וכן אם נתנו לה מתנה שאין לבעלה רשות בה ג"כ אין פוחתין לה ממנה ולדעת הרא"ה והרמב"ן ז"ל אית להו דאם כבר נפלו לה פוחתין מהם גם הריטב"א בשי"מ נראה דהכי ס"ל יעו"ש:

והר"ן ז"ל רצה להוכיח שדעת הרמב"ם ז"ל כדעת רש"י שכתב הר"ן וז"ל אבל אחרים פי' וכו' אבל מנ"מ אינו פוחת כלל וכן דעת הרמב"ם ז"ל בפי"ד מה"א עכ"ל ודבריו תמוהים דמהיכן נראה מדברי הרמב"ם כן אדרבה נראה להיפך שכתב וז"ל המורדת הזאת וכו' אבל נכסים שהכניסה לו ובלאותיהן קיימים אם תפסה אין מוציאין מידה וכו' מ"ש דוקא אם תפסה הא אם לא תפסה הוי דבעל ואפילו תימא דהא דמצריך הרמב"ם תפיסה היינו דוקא בנצ"ב אבל בנכסי מלוג נוטלתם בלא תפיסה מלבד שזה דוחק בדבריו דסתם קא פסיק ותני לה מ"מ לא מוכח מדבריו מידי דהא לא איירי בהו כלל ועוד דאפילו היה אומר הרמב"ם בפי' דנ"מ נוטלתם בלא תפיסה ליכא ראיה כלל דהרמב"ם ס"ל לדעת ת"ק דאין פוחתין לה מנ"מ שלה משום דהרמב"ם פסיק כרבותינו דאחר ד"ש מפסדת כל כתובתה משום הכי אית ליה דאין פוחתין מנ"מ ונוטלתם בלא תפיסה משום דאפי' מאן דאית ליה כדעת ת"ק דמתניתין דפוחתין מנ"מ שלה מודה דלדעת רבותינו אינה

מפסדת אותם כדכתב הר"ן עצמו לקמן וז"ל דר"ש ב"ן וכו' דלרבותינו כיון שהיא יוצאה בב' שבתות וכו' אבל נ"מ דידה נינהי ולא יהבינן להו לבעל אבל למתניתין וכו' הוא פוסק והולך אפילו על נ"מ שלה יע"ש וכן כתב הריב"ש בסי' שס"ב יע"ש וכן כתב ג"כ הריטב"א בשיטה מקובצת דל"ד בד"ה כלתיה דרב זביד ובד"ה דר"ש בר"ן ורב חסדא יע"ש וצ"ע:

עוד כתב רש"י וז"ל חזרו ונמנו שלא ישהו אותה לפחות מעט מעט אלא יפסידוה כל כתובתה לאחר ב"ש של הכרזה בורכא דבר שאינו הגון ואיהו כמאן סבר רבא דאמר בורכא כמאן סבר נמלכין בה ומשהין את גיטה ומחזירין עליה שתחזור בה ובתוך כך פוחתין מכתובתה ז' דינרין בשבת ה"ה מורדת דכופין אותה דמשהין את גיטה ופוחתין מכתובתה דאמרה בעינא ליה שיש לכופה ע"י פחיתת כתובתה אבל אמרה מאיס עלי ולא הוא ולא כתובתו לא כפינן לה להשהותה אלא נותן לה גט ויוצאה בלא כתובה כלתיה דרב זביד אימרדה ואמרה מאיס עלי הוה תפיסה חד שירא מעיל אחד שהכניסה לו בכתובתה הפסידה בלאותיה קיימין אפילו בגדים שהכניסה לו בנדוניתה ושמאום עליו בכתובה ועדין הבלאות קיימין תפסיד אותם מיבעיא בעי אם. הפסידה בלאותיה אם לאו ושהינן לה אולי תחזור בה תריסר ירחי ותו לא עכ"ל רש"י ומדבריו נראה דהוא ז"ל פוסק כרבא דאית ליה נמלכין בה ופוחתין לה ז"ד בשבת כמתניתין מדפי' כולה סוגיא אליבא דמתניתין בד"ה ה"ה מורדת וכו' ובד"ה דאמרה בעינא ליה וכו' שנקט בכולם לשון פחיתה דאליבא דרבותינו לא שייך פחיתה וכן מדברי הר"ן שכתב וז"ל והזקיקו לפרש דכלתיה דרב זביד לאו מורדת ממש הויא וכו' משום דס"ל דאי מורדת ממש הויא לא הואי מסתפקי בה וכו' דהא מילתא פסיקא תנן דפוחת והולך עד כדי כתובתה ומ"ש אפילו בלאות הקיימים עכ"ל היוצא לנו מזה מדברי הר"ן ז"ל דדעת רש"י במורדת דבעינא ליה ומצערינא ליה משהין אותה ופוחתין מכתובתה ז"ד בשבת ואפי' אם תפסה שום דבר מנצ"ב מציאין מידה אבל נ"מ שלה ומתנה שנתנו לה ע"מ שאין לבעלה רשות בא אין פוחתין כמ"ש הוא עצמו בפי' המשנה זהו הנראה לכאורה בדעת רש"י והיא סברת הר"ן ז"ל בדעת רש"י וכמ"ש אבל הריטב"א ז"ל הובאו דבריו בשיטה מקובצת דל"ג ע"ב כתב וז"ל ולהני פירושי דר"ת והראב"ד ז"ל הלכה כרבותינו דכולהו מגבו בה וכו' וגם לפי' רש"י יש לפסוק הלכה כרבותינו עכ"ל מש' דס"ל דדעת רש"י ז"ל כרבותינו ואפ"ה פי' עובדא דכלתיה דרב זביד במאיס עלי משום דס"ל דאפי' לדעת רבותינו מורדת דאמרה בעינא ליה ומצערינא ליה הפסידה גם בלאותיה הקיימין ומאי קא מספקא להו וכן כתב הריטב"א ז"ל הובאו דבריו בשיטה מקובצת דל"ד יע"ש ולפי

סברא זו אינו מוכרח דיתכן דס"ל כהרשב"א ז"ל צ"ל דמסקנא זו דמשהינן לה י"ב ירחי קאי נמי אמורדת דאמרה בעינא ליה ומצערינא ליה דאיהי נמי אינה יוצאה בד"ש דוקא אלא משהין אותה י"ב חודש וכ"ש הוא ממאיס עלי כמ"ש הרא"ש ז"ל בפסקיו יע"ש נמצינו למדים דדעת רש"י במורדת דאמרה בעינא ליה ומצערינא ליה במחלוקת היא שנויה דדעת הריטב"א ז"ל מכריזין עליה ב' שבאות כדעת רבותינו ואם לא חזרה בה מפסדת כל כתובתה מ"מ ות"כ ונצ"ב אפילו בלאותיה הקיימים כן דעת הריטב"א ורש"י והר"ן ז"ל ואפ"ה משהין את גיטה י"ב חודש שמא יתפשרו ביניהם ויעשו כתובה מחדש ואם חזרה בה תוך ב"ש הר"ן ז"ל הביא מחלוקת בזה דיש אומרים דאינה מפסדת כלום וכשתחזור עוד פ"ב איבדה כתובתה לאלתר וכן הוא דעת הריטב"א ז"ל ויש מי שכתב כל שלא עברו עליה ב"ש רצופים אינה מפסדת כתובתה וכתב אתיא לאערומי פוחתין ז"ד בשבת ודעת הטור והרא"ש דאינה מפסדת עד אחד י"ב חודש ע"ש וכ"ב בשי"מ דל"ה ע"ג יע"ש ולדעת הר"ן ז"ל ופשט רש"י ז"ל דאינה מפסדת אחר ד"ש ואין מכריזין עליה אלא דיינין לה בדינא דמתניתין דפוחתין לה ז"ד בשבת עד כלות כל כתובתה עיקר ותוס' ונצ"ב אפי' הקיימים זהו דין המורדת דאמרה בעינא ליה ומצערינא ליה אבל האומרת מאיס עלי ולא בעינא ליה לא הוא ולא כתובתו מפסדת מ"מ ותוס' ונצ"ב שאבדו לגמרי אבל נצ"ב הקיימים אם תפסה אותם לא מפקינן מינה ומשהינן לה י"ב ירחי אגיטא ואם חזרה תוך י"ב חודש במחלוקת היא שנויה בהר"ן שיש מי שאומר כל זמן שלא שהתה י"ב חדש אם חזרה בה לא הפסידה כלום וכן היא דעת הרא"ש עמ"ש. וכן דעת הרשב"א הובא בב"י ע"ש וכן היא דעת הריטב"א ז"ל הובא בש"מ דל"ה ע"ג ודעת הר"ן שמפסדת מיד ואגיטא בלבד הוא דמשהינן לה ואחר י"ב חודש לא גילה רש"י ז"ל דעתו אם כופין אותו להוציא או אם רצה להוציא מדעת מוציא זו דעת רש"י ז"ל בפי' סוגיא זו:

דעת הרשב"א ז"ל בתשובה הובא בב"י א"ה סי' ע"ז במורדת דאמרה בעינא ליה ומצערינא ליה כופין אותה בהכרזת ד"ש ואם לא חזרה בה הפסידה כתובתה מ"מ ותוס' ונצ"ב ולא מהני בה תפיסה ואין משהין אותה י"ב חודש דלא כהרא"ש ז"ל דס"ל דאפילו בזו צריכה י"ב חודש ונ"מ לא הפסידה ואפי' תפס הבעל מפקינן מיניה אבל במאיס עלי אין כופין אותה בהכרזת ד' שבתות אבל משהינן לה י"ב חודש ואם גירשה תוך י"ב חודש גובה כל כתובתה ואחר י"ב חודש הפסידה כל כתובתה ותוס' ונצ"ב אם לא תפסה אותן הקיימים ואם תפסה מנצ"ב הקיימים לא הפסידה ונ"מ נוטלתן אפי' תפסן הבעל וכן המורדת דבעינא ליה וכו' אם רצה לגרשה תוך ד' שבתות דינה כמו שכתבתי במאיס עלי מלבד המתנה שנתן להם הבעל בין במורדת בין במאיס עלי שניהן מפסידין מיד ואפילו

תפסו מפקינן מינייהו ודעת התוס' ז"ל דלא אפליגו ר"ן ב"י ורבא אי הלכה כרבותינו או כמתניתין אלא דכ"ע אית להו דהלכה כרבותינו דמכריזין עליה ד"ש ואם לא חזרה בה מפסדת מיד כתובתה אלא דפלוגתייהו אם שולחין לה ב"ד ג"כ קודם הכרזה או דוקא אחר הכרזה והלכה כרבא דאית ליה נמלכין בה דהיינו דאפי' קודם הכרזה ג"כ שולחין לה ופי' הסוגיא כך הוא ה"ה מורדת דכופין אותה ע"י הכרזה ומשהין אותה ד"ש דאמרה בעינא ליה ומצערינא ליה אבל האומרת מאיס עלי מפסדת מיד ואין צריכין להשהותה כיון ששניהם חפצים בגירושין ומשמעות דבריהם נראה דכלתיה דרב זביד איירי ע"כ במורדת דאמרה בעינא ליה וכו' ואפ"ה אם תפסה בלאותיה הקיימים אין מוציאין מידה ואע"ג דלדינא דמתניתין דפוחתין לה ז"ד בשבת פוחתין אפי' מבלאותיה הקיימים לדינא דרבותינו דמפסדת אחר ד"ש אם תפסה בלאותיה הקיימים אין מוציאין מידה כפי פי' של הריטב"א הובא בשיטה מקובצת היוצא לנו מדברי התוס' ז"ל דבמורדת דאמרה בעינא ליה ומצערינא ליה שולחין מב"ד קודם הכרזה הוי יודעת שאפי' כתובתך מאה מנה הפסדת ומכריזין עליה ד"ש ושולחין לה ב"ד פ"ב אחר הכרזה ומשהין אותה י"ב חודש וזהו כדעת רש"י לפי' הריטב"א ואח"כ אם רצה להוציא מוציא ואין לה לא כתובה ולא תוס' ולא נצ"ב ואם תפסה בלאותיה הקיימין אין מוציאין מידה וזהו דלא כדעת רש"י ובאומרת לא בעינא ליה ומאיס עלי אין משהין אותה כלל ומפסדת כל כתובתה מיד ואינה צריכה לא הכרזה ולא י"ב חודש דלא כדעת רש"י שס"ל דמשהינן לה י"ב ירחי ואם תפסה בלאותיה הקיימים אין מוציאין אותם מידה ויתכן שס"ל להתוס' ז"ל דאפילו לא תפסה נוטלת אותם דלא כדעת רש"י ז"ל:

דעת רב שרירא גאון ז"ל הובא בספר מגילת ספר על הסמ"ג דדינא דתלמודא דמשהינן לה י"ב ירחי ואי תפסה לא מפקינן מינה כולה הוא במורדת דמתניתין דהיינו דאמרה מעיקרא בעינא ליה ואח"כ באה ותובעת גירושין וכך דינא דבנכסים שכתב לה משלו בכתובתה ואינם מצויים בעין או נצ"ב שהכניסה לו ואינם מצויים בעין הפסידה אותם לאחר ד"ש לדינא דרבותינו אבל המצויים בעין אם תפסה אותם לא מפקינן מינה ומשהינן לה י"ב חדש בשביל הגט שמא יתפייסו וזהו דינא דגמרא ואח"כ תיקנו בה הגאונים דאין משהין אותה י"ב חודש אלא מגרשה לאלתר וכן הביאו התוספות בשמעתין דעת רב שרירא דתקנת הגאונים היא במורדת ונכסים שכתב לה אינו מדיליה אפילו מצויים בעין ותפסה אותם מפקינן מינה אבל נכסים שהכניסה לה מבית אביה אפילו אינם מצויים משלם דמים ויש לה תק' וכופין איתו ונותן לה גיטה לאלתר ונראה מדבריו ז"ל דלתקנת הגאונים ז"ל הורע כחה בחדא דהיינו בנכסים שכתב לה משלו

דלדינא דגמר אם הם בעין מהני תפיסתה בהם ולדינא דמתיבתא אפילו תפסה אותם מוציאים אותם מידה וכן יש לפרש ג"כ דברי הרי"ף ז"ל שכתב ואי תפסה מידי מכתובתה מפקינן ליה מינה ויהבינן ליה לבעל והני מילי במאי דכתב לה בעל מדיליה דהיינו שכתב לה נכסים משלו בכתובתה וכן מדברי ריא"ז הובא בשה"ג וז"ל אעפ"י שכך הוא דין התלמוד וכו' אבל אינו גובה וכו' וכן מה שכתב לה הוא משלו אפילו הוא בעין אינה גובה אותו ואפילו אם תפסה מוציאין מידה וכן נראה ג"כ מדברי הרא"ש ז"ל בתשובה הובא בטור סי' ע"ז וז"ל ולענין הממון אם הכניס לה ממון והוא בעין יקח כל מה שהכניס לה ויפה כחה דנצ"ב שאבדו לדינא דגמרא אינו משלם לה דמיהן וכן נצ"ב שהם בעין אם לא תפסה אותם אין מוציאין מידה ולדינא דמתיבתא יהבינן לה כולהי וכן נר' מדבריו ז"ל דלדינא דגמרא המורדת מפסדת מיד אחר ד"ש ואגיטא בלבד הוא דמשהינן לה י"ב חודש ואחר י"ב חודש כופין אותו לגרש מדינא דגמרא וא"כ תימא מ"ש לעיל דמדינא אין כופין אלא דיקא מאי דתנן במתניתין ואלו שכופין אותם ואפשר לדחוק ולומר כיון דהוי מתקנתא דגמרא לאו מדינא חשיב לה ויתכן שדעת הרי"ף ז"ל בפי' הסוגיא כוותיה כרב שרירא גאון והתקנה ג"כ היתה במורדת דמתניתין כוותיה דרב שרירא שרוב דברי הרי"ף מועתקים מדבריו ז"ל וג"כ כתב הרי"ף ז"ל וחזינן לגאון ז"ל והוא רב שרירא ז"ל כמו שהעיד ע"ז ר"י במישרים ובשו"ת הגאונים שער ד' שאלה ט"ו וכן נר' ג"כ דעת הרמב"ם ז"ל דלאחר שכתב דין המורדת דבעינא ליה כתב זהו דין הגמרא במורדת ואמרו הגאונים שיש להם בבבל מנהגות אחרות וכו' משמע דאמורדת דבעינא ליה קאי ודו"ק. ובודאי דלדעתם ז"ל הוי הדין כן במאיס עלי לאחר תקנת הגאונים דלא גרעא ממורדת דבעינא ליה ולפי פי' זה בדברי הרי"ף ז"ל קשיא לי על הר"ן ז"ל שכתב והוי יודע בין במורדת בין באומרת מאיס עלי לא כפינן הבעל לגרש שלא כדברי הרמב"ם שכתב בפי"ד מהלכות אישות דבאומרת מאיס עלי כופין אותו להוציא וכו' וכן דעת הרי"ף ז"ל שכתב ולד"ה כל מאי דכפינן ליה לאפוקי בין מעיקר דינא כדתנן ואלו שכופין אותם להוציא ומאי דרמי להו ובין מעיקר תקנתא דהיינו מורדת דאמרה מאיס עלי והגאונים הוא שהתקינו לכוף כמו שכתוב בהלכות וכו' ואף הרמב"ם ז"ל בפרק הנזכר כתב שכדין התלמוד ראוי לתפוס ולדון ע"כ דאימא דס"ל להרמב"ם ז"ל שתקנת הגאונים שכתב הרי"ף היא במורדת דאמרה בעינא ליה מתחילה כמ"ש לעיל אבל באומרת מאיס עלי מדינא דש"ס כופין אותו כדעת הרמב"ם ז"ל וביותר ק"ל קושיא זאת על הרב ב"י ז"ל שהביא דברי הר"ן אלו וכתב עליהם וז"ל כלומר לענין מורדת כתב כן הרמב"ם וכמבואר בדבריו ז"ל ולאפוקי מתקנת הגאונים שכתב הרי"ף וכו' כופין אותו להוציא אלא ראוי לתפוס כדין

התלמוד שאין כופין אותו להוציא במורדת דאילו באומרת מאיס עלי כבר מתבאר דהוא ז"ל סובר שכדין התלמוד כופין אותו להוציא ע"כ ולכאורה דבריו אלו אין להם הבנה כלל דמ"ש שדעת הר"ן ז"ל כדברי הרמב"ם ז"ל שתקנת הגאונים היא במורדת דבעינא ליה וא"כ ראית הר"ן ז"ל מדברי הרי"ף דס"ל דלא כהרמב"ם אזדא לה כמ"ש לעיל ועוד הר"ן בעצמו סתר דידיה אדידיה דלעיל בפי' כתב ובין מעיקר תקנתא דהיינו מורדת דאמרה מאיס עלי דמש' דהתקנה היתה במאיס עלי הפך מה שפי' הרב ב"י בפי' סיום דבריו ז"ל והנראה לישב דברי הר"ן ודברי הב"י ז"ל בב' פנים הפן הא' והוא דס"ל להר"ן ז"ל דאע"ג דמשטחיות דברי הרמב"ם ז"ל מש' דתקנת הגאונים ז"ל היא באומרת בעינא ליה וכמ"ש הב"י מ"מ דברי הלכות ז"ל שאמרו בה אתיא ואמרה לא בעינא ליה מש' דהיינו מאיס עלי וכמ"ש המאור ז"ל וא"כ משמע מדברי הרי"ף ז"ל דבמאיס עלי מדינא אין כופין ואם נפשך לומר עכ"פ מתקנת הגאונים נכוף לבעל ליתן גט במאיס עלי ע"ז כתב הר"ן ז"ל דהרי כתב הרמב"ם שכדין התלמוד ראוי לתפוס דהיינו במורדת דבעינא ליה לפי הבנתו של הרמב"ם דתקנת הגאונים שהביא אותה הרי"ף היא באומרת בעינא ליה וא"כ דון מינה ואוקי באתרין דלפי האמת שמורה דעת הרי"ף שתקנת הגאונים היא באומרת מאיס עלי ומדינא דש"ס אין כופין לבעל א"כ יש לנו לתפוס דין הגמרא ודעת הרי"ף ז"ל שבמאיס עלי אין כופין הבעל ליתן גט מאחר שכתב הרז"ה והרמב"ם שבדין התלמוד ראוי לדון והפן הב' דלעולם דס"ל להר"ן דתקנת הגאונים ז"ל היא באומרת בעינא אבל מ"מ אף במאיס עלי:

כתב הרב המאור ז"ל כתב הרי"ף ז"ל וכו' ותימא הוא שאין המורדת המפורש דינא בגמרא בזו דהא אמרינן ה"ה מורדת כגון דאמרה בעינא ליה והיכא דאמרה לא בעינא ליה היינו מאיס עלי ולא כייפינן לה ומפסדא לכתובתה כולה לאלתר ונפקא ומדעתו של בעל ומסתברא לי שהתקנה שתיקנו בישיבה לתת גט במורדת זו לאלתר הוראת שעה היתה וכו' עש"ב ונראה לי פי' דבריו שהבין כונת הרי"ף ז"ל שתקנת הגאונים ז"ל היא באומרת מאיס עלי מכח דבריו שכתב כד אתיא ואמרה לא בעינא להאי גברא וע"ז הקשה לי א"כ איך כתב הרי"ף ז"ל בתחילת דבריו הדין הוא דינא דגמרא במורדת אחר שסיים ומשהינן לה וכו' דזה הדין של הגמרא הוא באומרת בעינא ליה כדמש' מהש"ס ה"ה מורדת וכו' והיכא דאמרה לא בעינא ליה היינו מאיס עלי וכו' ומפסדה לכתובתה לאלתר ונפקא וא"כ הוא דין הגמרא שהוזכר לעיל הוא דבעינא ליה ועלה קא מסיק הש"ס כלתיה דר"ז וכו' תפסה ליה מפקינן וכו' ומשהינן לה י"ב חודש וכו' וכדעת הרמב"ם ז"ל בפי' הסוגיא

ודינא דמתיבתא והוא דכופין לגרשה לאלתר ולענין ממון כדמסיק הרי"ף ז"ל והיא היתה הוראת שעה אבל בדורות הבאים כדינא דגמרא דיינינן לה ודו"ק:

ולא רצה לפרש המאור ז"ל דמ"ש הרי"ף ז"ל הדין הוא דינא דגמרא במורדת קאי אדלעיל אמאיס עלי דלא כפינן ליה לבעלה ליתן גט ותיקנו הגאונים ז"ל שכופין דמדקאמר הרי"ף ז"ל הדין הוא וכו' מש' שהגאונים ז"ל שינו מה שמפורש בה בגמרא וזה דלא כפינן ליה לא נזכר בפי' בגמרא ועוד דהעיקר חסר בדברי הרי"ף ז"ל דהו"ל לומר אבל האידנא וכו' כופין הבעל ויהבינן לה גיטא לאלתר כיון דהוא העיקר אבל אם קאי על ומשהינן לה י"ב חידש א"ש ולפי מ"ש לעיל שדעת הרי"ף ז"ל שתקנת הגאונים היא באומרת מתחילה בעינא ליה כדעת רב שרירא ז"ל א"כ מעיקרא קושית המאור ז"ל אזדא לה ואין צורך לתירוץ הרמב"ן ז"ל:

ודעת הרא"ש ז"ל במורדת דאמרה בעינא ליה ומצערינא ליה כדעת התוס' ז"ל דשולחין לה בפי' ומכריזין עליה ד"ש ומשהין אותה י"ב חודש ואם תפסה בלאותיה קיימין יש פנים לומר דאית ליה דמועילה תפיסתה מדהכריח דכלתיה דר"ז איירי במאיס עלי מדמשמע דהפסידה לאלתר ואי אית ליה דבמורדת דאמרה בעינא ליה אינה מועלת תפיסתה היה לו להכריח כן דאי מורדת דבעינא ליה הפסידה אפילו בלאותיה קיימים ויש פנים לומר דאדרבה אית ליה דהפסידה בלאותיה הקיימים דאל"ה מאי נ"מ אי איירי במאיס או במורדת כיון דדיניהם שוה ומה שלא הכריח כן משום דאינו מפורש בה' שהפסידה דיש לדחות דאפי' זאת לא הפסידה משא"כ הכרח שלו דמה דאינה מפסדת מיד ודו"ק אבל מדברי הטור נראה דאם תפסה בלאותיה הקיימין אין מוציאין מידה דקאי אמורדת שמכריזין עליה ד"ש דהיינו בעינא ליה וכו' ושוב הוסיפו לתקן וכתב וכשיוצאת אחר השנה וכו' ואם הם מטלטלין מה שתפסה תפסה וכו' והאי תקנתא איתא בין באומרת בעינא ליה וכו' ובין וכו' עכ"ל ע"ש הרי מוכת להדיא דאפילו המורדת דבעינא ליה וכו' אם תפסה מטלטלין מה שתפסה תפסה ואם בא לגרשה בתוך י"ב חודש אינה מפסדת כלום כ"ן משטחיות דבריו דאפי' במורדת דבעינא ליה דינא הכי וכ"ן מדברי הטור דקאי אמורדת דבעינא ליה כדכתב ובתוך השנה אם בא לגרשה צריך ליתן לה כתובה יע"ש דלא כדעת הריטב"א דמחלק ביניהם ואית ליה דמורדת דבעינא ליה מיד אחר ד"ש מפסדת ובמאיס עלי אחר י"ב חודש ודלא כדעת הר"ן דאית ליה דתרוייהו מפסידין מיד עיין עליהם והא דצריכה לתפוס דוקא מטלטלין של נצ"ב אבל קרקע של נצ"ב בחזקתה קאי וכן מטלטלין של נ"מ ברשותה קיימי ואפי' לא תפסה יהבינן לה והריטב"א ז"ל בשי"מ ס"ל דחולקין בקרקע של נצ"ב ע"ש ודעת הריב"ש ז"ל

בסי' כ"ב דקרקע של נצ"ב היא בחזקת הבעל יע"ש מילתא בטעמא בגדים שקנה לה יפשיט מעליה דאדעתא דמישקל ומיפק לא יהיב לה ויתכן דאלו אפילו גירשה מיד מפסדת אותם וכן מדברי הר"ן ז"ל ע"ש במ"ש והקשה הרמב"ן וכו' ע"ש ואינה ניזונת אותה שנה אבל הוא אוכל פירות וחייב בפרקונה ואם היתה חפצה שלא יאכל הבעל פירות נכסיה ולא יתחייב בפרקונה אין שומעין לה וג"כ חייב בקבורתה כיון דאינו יכול לגרשה בלא כתובה זהו דין המורדת דאמרה בעינא ליה ומצערינא ליה אבל האומרת מאיס עלי לדעת הרא"ש ז"ל לדינא דגמרא היא והמורדת דאמרה בעינא ליה שוים ולענין אי מהני תפיסה בלאות של נצ"ב ודאי דמהני תפיסתה וליכא לספוקי בה כמו המורדת ולדינא דמתיבתא דינא אחרינא אית לה מהמורדת וכך דינא כד אתיא ואמרה לא בעינא ליה להוא גברא יהבינן לה גיטה לאלתר ואין משהין אותה כמו המורדת ונ"מ שלה אם ישנן בעין או דבר הבא מכחם יהבינן לה אבל בלו לגמרי לא מחייב הבעל לשלומי ונצ"ב כל שישנן בעין אפי' בלו הרבה אם עושים מעין מלאכתם הראשונה שקלת להו ואינו משלם הפחת אבל כלו לגמרי וכ"ש אם נאבדו או נגנבו חייב לשלם דמיהן כדמעיקרא ואפי' לא תפסה ואם תפסה מידי מכתובתה שכתב לה משלו בכתובתה מנכסיו מפקינן מינה ויהבינן ליה לבעל כן ביאר בתשובה בטור משם הרא"ש וכ"ז אם רצה לגרשה הוא מדעתו אבל אין כופין אותו לגרשה ונוראות נפלאתי על דבריו שכתב דדינא דמתיבתא אם רצה הבעל לגרש אבל לא שיכפנו וא"כ מאי קא מסיים וכתב והדין תקנתא וכו' אבל אם חלתה ליתא להאי תקנתא ולא עבדינן בה עובדא וכו' ע"כ דאם הוא רוצה לגרש פשיטא שיכול ומאי קאמר ולא עבדינן בה עובדא ואי אינו רוצה לגרש פשיטא שיורש הכל אם אינו מגרשה דמ"ש הוא בסיום דבריו ול"ס וכו' אי מיתא ההיא איתתא מקמי דתיפוק מיניה דבעל:

בגט בעלה ירית לה וכו' וא"כ איך בכאן כתב ואעג"ב דחזינן בהאי מילתא פלוגתא דרבוותא ולקמן כתב ולד"ה ועוד איך הוא ז"ל כ' אח"כ ולד"ה כל מאי דכפינן ליה בין מעיקר דינא וכו' ובין מעיקר תקנתא וכו' ועיקר תקנתא הינו תקנתא דדינא דמתיבתא ולקושיא קמייתא יש לומר בשנקשה אחרת על הרא"ש ז"ל שכתב וז"ל וכן היה דן ר"מ ז"ל בדינא דמתיבתא וז"ל וששאלת על ענין המורדת וכו' סוף דבר נדוניא דהנעלת ליה דתפסה לא מפקינן מינה הרי נראה דעת הר"מ ז"ל דצריכה תפיסה ולדעת הרא"ש ז"ל אפי' מה שבלו מפקינן מיניה דבעל ויהבינן לה ועוד קשה דמדברי מהר"ם בעצמו סתרי אהדרי דמסוף דבריו נראה דאפי' לא תפסה יהבינן לה שכתב וז"ל ופעמים רבות בא מעשה כזה וכו' דיהבינן לדידה מה דעיילה ליה אי איתיה בעיניה עכ"ל והנראה לישב

כל זה דס"ל להר"ם ז"ל דאם לא רצה לגרשה דמפקינן מיניה מנדוניתה מאי דאיתיה בעיניה אבל מה שבלה לא מפקינן מיניה דלא ניתנה כתובה לגבות מחיים אלא עד שירצה לגרשה דאז חייב ליתן לה נ"מ אפי' מה שכלו ואם אינו רוצה לגרשה ותפסה כנגד נ"מ מה שבלה מנכסיה ממנו אז לא מפקינן מינה והרא"ש ג"כ הכי ס"ל דאפילו שאין כופין אותו לגרשה מ"מ כופין אותו ליתן לה נכסי נדוניתה הקיימים וע"ז קאמר אבל אם חלתה ליתא להאי תקנתא ואין כופין אותו ליתן לה נכסיה כדי שלא תפקיע אותם ותבריח אותם מבעלה אבל לקושיא בתריתא צ"ע:

וכתב הב"ח וז"ל אכן מדברי הרא"ש בפסקיו יראה דס"ל לר"ת דרבותינו דחזרו ונמנו לא באו לעקור דין משנתינו אלא הוסיפו להחמיר עליו להכלימה בהכרזת ד"ס אבל עכ"פ פוחתין לה מכתובתה ז"ד בכל שבת עד כלות כל כתובתה שהרי כתב ור"ת כתב וכו' כלתיה דר"ז אמרידא פי' דאמרה מאיס עלי וכו' דאילו במרדה דאמרה בעינא ליה וכו' דהא אית לה כתובה כ"ז שלא כלתה והכריזו עליה וכו' עכ"ל ודבריו ז"ל אינם ברורים כלל דמעולם לא נשמע פי' זה לשום א' מהפוסקים ז"ל וכונת הרא"ש ז"ל לצדדין קתני למר כדאית ליה ולמר כדאית ליה דהיינו לתנא דמתניתין כ"ז שלא כלתה ולרבותינו כ"ז שלא הכריזו עליה וכאילו אמר או הכריזו עליה ובתוס' הרא"ש ז"ל כתוב לשון זה של הרא"ש וכתוב בו בפי' או וכלשונו דלעיל קאמר לה בסי' וז"ל היה מורדת וכו' כי הבעל לא יגרשנה עד כלות כתובתה ולרבותינו להכלימה בהכרזת ד"ש ע"כ וכן כתב בקיצור פסקי הרא"ש וז"ל הא דאמרינן במורדת דמשהינן לה עד כלות כתובתה או ר"ש היינו כשאומרת בעינא ליה ע"כ וכן כחוב בספר הישר לר"ת ס' תקצ"ט וז"ל ובגופה דשמעתא דמורדת על בעלה וכו' פוחתין לה וכו' ורבותינו נמנו וגמרו שמכריזין עליה ד"ש וכו' ומפסידין כל כתובתה כאחת וכו' הרי דס"ל דלרבותינו מפסדת כל כתובתה כאחת. עוד כ' וז"ל ה"ד דאמרה בעינא ליה וכו' כדי לצערו ולעגנו עד כלות כתובתי ע"י פתיחה וכו' לפי משנתינו ולפי רבותינו כדאית להו דזימנין דהוי לפי משנתינו כעשר שנים או יותר וכו' עכ"ד יע"ש הרי נראה מדבריו בפי' דפליגי רבותינו עם משנתינו בענין הפחיתה ונקט דבריו לצדדין לכל מר כדאית ליה וכו' ודו"ק:

עוד כתב הב"ח וז"ל לפי זה א"ש וכו' ולזה הביא ראיה מדלא תנן הפסידה בלאותיה וכו' ע"כ קל"ו על דבריו דראיה זו של ר"ת הביא אותה הסמ"ג והסמ"ג בעצמו לא הזכיר בסברת ה"ה במורדת אלא דוקא הכרזה ד"ש דהיינו כרבותינו דוקא וא"כ כתב ראיה ר"ת מההיא דהפסד בלאותיה לא תנן וק' דס"ל דאפילו שאינם קיימים ומכ"ש הקיימים ואמר לומר כיון דקי"ל כרבותינו א"ל דלרבותינו הפסידה הבלאות לאלתר דלא כמתניתין

כתב הב"ח וז"ל ומש"ה פירש כלתיה דרב זביד אימרדה ואמרה מאיס עלי מדמייתי עלה הפסידה בלאותיה הקיימים דמש' לאלתר ואילו במרדה דבעינא ליה תנן דפוחת והולך עד כדי כתובתה ומש' אפי' הקיימים עכ"ל לכאורה עירוב פרשיות כתוב כאן דלאו סיפיה רישיה דבתחילה עשה הכרע מדמש' לאלתר ומתניתין אינו לאלתר ובסוף כתב ומש' אפי' הקיימים דכונתו דמתניתין קתני הפסידה ואפי' קיימים וכלתיה דרב זביד קאמר לחד לישנא דלא הפסידה הקיימים הפך משנתינו קשה דהא עיקר חסר ונראה דט"ס נפל בדבריו ודו"ק ול"ל ב' דמש' ואפי' קיימים ט"ס הוא וצ"ל ואפי' אינם קיימים ובזה את"ש דבריו דאפי' שאינם קיימין אינה מפסדת לאלתר וג"כ נמי ל"ל דהב"ח אפ' ס"ל דהקיימים גריעי וא"ל בהו שמפסדת אותם לאלתר יותר ממה שאינם קיימין הא ליתא דיציבא בארעא וכיו. מורדת כ' הב"ח וז"ל וכ"כ גם הסמ"ג וכו' וז"ל ור"י וכו' ואעג"ב דלפי' ר"ת לא קי"ל כמשנתינו אלא כרבותינו שתפסיד מיד אחר ד"ש מ"מ מביא ראיה ממשנתינו לענין שלא תפסיד בלאותיה לאלתר דבהא לא פליגי רבותינו אמשנתינו אלא לענין שלא לפחות כתובה מעט מעט וכו' עכ"ל דבריו ז"ל אינם מובנים דאם כונתו במאי דקאמר ואע"ג להקשות כיון דקי"ל כרבותינו שפיר א"ל דכלתיה דר"ז במורדת דאמרה בעינא ליה כיון דמפסדת מיד לרבותינו אחר ד"ש א"כ נוכל לומר דהפסידה בלאותיה דקאמר אינו אחר ד"ש א"כ לא תירץ כלום ואם כונתו במאי דקאמר ואעג"ב לומר כרבותינו ולהקשות דה"ל לר"ת להכריח דאיירי במאיס עלי סברת רבותינו דאינה מפסדת מיד אלא אחר ד"ש וככלתיה דר"ז מ"מ דמפסדת מיד א"כ דבריו אינם מובנים דקאמר מ"מ מביא ר"ת ראיה ממשנתינו לענין שלא תפסיד בלאותיה לאלתר דהיכי ס"ד למימר בדברי התוס' דהבלאות הפסידה לאלתר והכתובה לאחר ד"ש דיציבא בארעא וגיורא בשמי שמיא ועוד הא קאמרי אפילו כתובתה מאה מנה הפסדת ובודאי דאבלאות קאי ואת"ל לומר דלאו אבלאות קאי גם במתניתין נוכל לומר כן וצ"ע דיתכן דעפ"י שיטתו זאת כתב לעיל ואפי' הקיימים דלגבי דידיה הקיימים גריעי עיין למעלה שכתב לעיל אח"כ ול"ל דלרבותינו וכו' צ"ל דלא הפסידה אפילו בלאות הקיימין וע"ז קאמר ול"ל וכו' וא"כ בהכרח לומר דט"ס נפל בדבריו וכן ממה שכתב לעיל וכן פי' הריב"ש וכן כתב הר"ן שזהו דעת רש"י הרואה יראה שמה שהכריחו לרש"י לפ' כלתיה דר"ז במאיס עלי משום דההיא הפסידה אפילו בלאותיה קיימים:

עוד כתב הב"ח וז"ל ודע דמ"ש הרא"ש וכו' ד"ש למורדת זהו מדברי עצמו ואינו מדברי ר"ת וכו' אבל באומרת בעינא ליה וכו' ולא בשהיה י"ב חודש וכו' עכ"ל ק"ל דהא ר"ת

כתב בהיפך מינה וז"ל ולא משהינן י"ב ירחי כמו מורדת דבעיא ליה דמשהינן לה וכו' ע"כ הרי בפי' דהמורדת משהין אותה י"ב חודש ודו"ק:

עוד כתב הב"ח וז"ל שיטה ג' היא שיטת הרשב"א שהיא ג"כ כשיטת ר"ת דהלכה כרבותינו דאמרה בעינא ליה וכו' לא הפסידה בלאותיה אפי' לא תפסה ולדעת הרשב"א אפי' תפסה הפסידה וכו' עכ"ל לכאורה קשה דהיכן מצינו לר"ת כן דבאומרת בעינא ליה אפי' לא תפסה לא הפסידה דזה לא נשמע מעולם והרי אפילו מאיס עלי אם לא תפסה הפסידה ול"ל דכונתו הוא למ"ש לעיל בשם הרא"ש דס"ל בדעת ר"ת דהלכה כמתניתין דפוחתין ז"ד בשבת וע"ז קאמר דלא הפסידה בלאותיה אפי' לא תפסה אלא על ידי פחיתת ז"ד בשבת דז"א דא"כ לאו דוקא בבלאות פליגי אלא בעיקר כתובה דלר"ת אינה מפסדת כלום אלא בפחיתת ז"ד ואפילו מ"מ ותוס' ועוד דא"כ מאי קא מקשה לקמן אליבא דר"ת וז"ל ותימא בעיני לפי' ר"ת דהא מר זוטרא ס"ל באומרת מאיס עלי כפינן לה כדין בעינא ליה ואין חילוק ביניהם וכו' וא"כ היאך הסכים מר זוטרא וכו' דהפסידה בלאותיה וכו' ע"כ ומאי קושיא דאימא דהא דהסכים שהפסידה בלאותיה היינו ע"י פחיתת ז"ד וכתב דקושיתו היא דמ"ש לאלתר הפסידה א"כ גם להרשב"א קשה האי קושיא דאיהו נמי ס"ל דאינה מפסדת כ"א אחר ד"ש וא"כ היאך הסכים עמהם דהפסידה לאלתר וכמו שהכריח הוא עצמו לסברת ר"ת לעיל קודם שהביא סברת הרא"ש בסברת ר"ת דכלתיה דר"ז לא איירי במורדת דבעינא ליה משום דקאמר הפסידה וכו' משמע לאלתר ולרבותינו אינה מפסדת המורדת דבעינא ליה עד אחר ד"ש ודו"ק:

עוד כתב הב"ח שיטה ד' היא שיטת הרמב"ם שפסק ג"כ כרבותינו דמכריזין עליה ד"ש אלא שפסק ג"כ דנמלכין בה גם הרי"ף פסק כן וא"א לומר שהם תופסים פי' ר"ת דלדידיה א"א לפסוק כשתיהן וכו' ע"כ צ"ע בדבריו דהרי התוס' והרא"ש ז"ל הביאו פי' בפי' הסוגיא דהלכה כרבותינו ופסקו הלכה כרבותינו והלכה כרבא כיון דהוא בתראה כיון דלכ"ע הלכה כרבותינו בהא דמכריזין ד"ש ולא פליגי אלא בשליחות דקודם הכרזה וכמ"ש הוא עצמו לעיל בשי' שניה ובשלמא לרב אלפס שהביא דרש דר"ן בר יצחק הלכה כרבותינו והביא הא דרבא דנמלכין בה ודאי ליכא למימר שמפרש כפי' התוס' כיון דלפי' התוס' רבא ור"ן פליגי דלר"ן דוקא אחר הכרזה שולחין אבל לא קודם ורבא פליג עליה דאפי' קודם הכרזה שולחין לה א"כ היאך הביא דברי שניהם כאילו פוסק כשניהם כיין דלשי' התוס' פליגי אהדדי אבל הרמב"ם ז"ל שלא הביא דברי ר"ן אלא כתב דמכריזין עליה ד"ש ובהא אפי' רבא מודה בה ודו"ק:

עוד כתב הב"ח אמנם בדין מאיס עלי חולק הרמב"ם וכו' ע"כ לכאורה קשה דמש' מדבריו דבדין מורדת דבעינא ליה שוים הם הרמב"ם ז"ל ור"ת ז"ל והרשב"א ז"ל והא ליתא דלהרשב"א אפי' תפסה בלאותיה מפקינן מינה ולהרמב"ם ז"ל אם תפסה לא מפקינן מינה וכן לר"ת ז"ל חלוקים הם ודו"ק וג"כ חלוקים הם בה דלהרמב"ם משהינן לה י"ב חו' ולהרשב"א ולר"ת דמפ' כלתיה דר"ז במאיס עלי אבל מורדת דאמרה בעינא ליה לא משהינן לה:

עוד כתב הב"ח שיטה ה' היא שיטת הר"ן גם הוא הסכים וכו' ול"נ דלפי שיטה זו דברי הרמב"ם יותר נכונים דמאחר דמאי דקאמר במסקנא השתא דלא אתמר וכו' קאי על דאיירי באומרת בעינא ליה וכו' דוקא א"כ מאי דקאמר נמי ומשהינן לה וכו' באומרת בעינא ליה ואין לחתוך חתיכות המדובקות ולעשותן פרודות בכדי ולכאורה נראה לומר דלדעת הר"ן ז"ל דמאי דקאמר בגמ' ומשהינן לה קאי אמאיס עלי דלפי שיטתו דלא קנסינן לה בשום קנס א"כ למאי נפקא מינה בשהייתה כיון דבכל שעה שרוצה לגרשה צריך ליתן לה כתובתה מישלם א"כ אם ירצה לגרשה קודם מה לנו בו וכי עדיפא מאתתא דעלמא ומאי דקאמר ומשהינן לה קאי בין וכו' הוא עפ"י שיטת הרי"ף ז"ל ודו"ק:

עוד כתב הב"ח עוד כתב הר"ן וכו' מבואר מדבריו שאפי' בלאותיה שאינם קיימין נמי אית לה וכו' דלא כדעת הרשב"א שהפסידה לכל הפחות מה שאינו קיים ומכ"ש שהוא חולק בזה אשאר גאונים שסוברים שהפסידה אפי' מה שהוא קיים כי מי גאון זה דס"ל דהמאיס עלי דאפי' תפסה בלאותיה קיימין הפסידה דבר זה לא נשמע לשום אדם וצ"ל שט"ס נפל בדבריו וצ"ל במקום הרשב"א הרמב"ם ודו"ק:

עוד כתב הב"ח ומעתה אשוב לבאר דברי רבינו וכו' אבל באומרת מאיס עלי הרי היא מבטלת תנאי האישות מיד והפסידה כל מה שיש לה על הבעל ויוצאת אבל כל מה שהוא שלה וכו' לא הפסידה וכו':

והרא"ש ז"ל כתב טעם אחר זכו' ע"כ האי טעמא:

שכתב הוא כבר כתבו הר"ן ז"ל שסביבות הרי"ף ומ"ש והרא"ש ז"ל כתב טעם אחר זה אינו דהרא"ש טעמא דכפיה קאמר אבל לטעמא דהפסד נכסי גם הרא"ש ז"ל צריך לאותו טעם שכתב הוא ולטעמא דכפיה גם הוא ז"ל צריך לטעמא דהרא"ש ז"ל כמ"ש הוא עצמו לקמן וז"ל ומ"ש ושוב תקנו וכו' ותקנו זה דוקא באומרת בעינא ליה וכו' אפשר שתתביש ע"י הכרזה ותחזור למוטב אבל אמרה מאיס עלי וכו' אפי' בכמה הכרזות לא תחזור בה דלמאיסותא לית סברא ודו"ק (עכ"מ וחע"ו):

סימן כו

שאלתני להודיעך איזהו מקרי נפל ואיזהו מקרי בר קימא צריך להודיעך מאי דגרסי' ביבמות ד' פ' ע"ב וז"ל דתניא איזהו ן' ח' כל שלא כלו לו חדשיו רבי אומר סימנים מוכיחים עליו שערו וצפרניו שלא גמרו וכו' רשב"ג אומר כל ששהה שלשים יום באדם אינו נפל עכ"ל הבריתא ומדברי התו' דשם בד"ה כיון דאיכא רשב"ג וכו' נראה דפליגי בתרתי דהינו בסתם ולדות שאינו ידוע לנו אם הם בני ט' או בני ח' ובודאי ן' ח' דהיינו כגון שהיה בעלה פורש ממנה קודם לכן או שהיתה בתולה ונתעברה ופירש ממנה בעלה וילדה לשמנה דזה ודאי ן' ח' בודאי אית להו לרבנן דזה הוי ודאי נפל ולר' ולרשב"ג אית להו דאם נגמרו שערו וצפרניו ושהה שלשים הוי ודאי ן' קימא אבל אם נגמרו שערו וצפרניו ולא שהה ל' הוי ספק נפל ספק ן' קימא ואם לא נגמרו שערו וצפורניו בודאי לא חיי עיין בשבת דקל"ו בתו' בד"ה מימהל וכו' ובסתם ילדות דהיינו שאין ידוע לנוי לכמה נולדו נמי פליגי דלרבנן לא בעו שהית שלשים יום דמקמי הכי נפקי מתורא נפל ולרשב"ג לא נפקי מתורת נפל אלא עד דהוי להו ל' יום ואיפסקא הלכתא בשבת ד' קל"ו כרשב"ג יע"ש ויש להסתפק לדעת התו' ז"ל בסתם ולדות לדעת רשב"ג אי בעינן תרתי גמר סימנים ושהית ל' או נימא דכל חדא לחודא סגי או נימא דגמר סימנים לחוד לא מהני אבל שיהוי ל' יום לחודיה מהני ויש להביא ראיה דגמר סימנים לחודיה לא מהני אליבא דרשב"ג מדפריך בגמרא פ' יוצא דופן ד' מ"ד ע"ב כמאן דלא כרשב"ג וכו' הכא במאי עסקינן דקי"ל דכלי לו חדשיו וא"א דגמר סימנים לחודיה מהני אליבא דרשב"ג לישני הב"ע בשנגמרו סימניו אלא ודאי דלא מהני וכן יש להביא ראיה משבת ד' קל"ו דקאמר התם בריה דרב דימי וכו' אמ"ל קי"ל בגויה שכלו לו חדשיו רב אשי איקלע לבי רב כהנא וכו' אמ"ל ל"ס לה מר להא דאמר רב יאודה אמר שמואל הלכה כרשב"ג אמ"ל קי"ל בגויה דכלו לו חדשיו ע"כ ואם איתא דג"ס לחודיה מהני אמאי לא מוקי להו בנגמרו סימניו אלא ודאי נראה דג"ס לחודיה לא מהני ומצאתי להרשב"א ז"ל בחי' על מסכת שבת ד' קל"ו שכתב וז"ל הא דאמר רשב"ג כל ששהא וכו' כללא כייל לכל הנולדים בין שנולד לח' בין שנולד סתם וכו' ואפי' גמרו סימניו עכ"ל נראה להדיא מדבריו ז"ל דאפי' בודאי בין ח' מהני ל' אבל נגמרו סימניו לא מהני אפי' בסתם ולדות וראיתי להרב הנימוק"י ביבמות פ' הערל שכתב וז"ל ונראה מלשון רשב"ג דבשהיה לחודא מכשיר בלא נגמרו סימניו ונראה נמי דמודה לרבי דבנגמרו סימניו דעדיפא משהיה לחודא וכו' אבל יש מפרשים דרשב"ג תרתי בעי ופליג אדרבי דסגי ליה בג"ס לחודיה וכבר איפסיקא הלכתא כרשב"ג וה"מ דבעינן תרתי בס' בין ט' או בין ח' אבל בבן ח' ודאי כגון שבעל

ופירש סגי ליה בשהיה או בנגמרו סימניו כדאמרן הילכך כל דקי"ל ביה שכלו לו חדשיו ולד מעליא הוא אפי' שלא נגמרו סימניו וכו' ע"כ ודבריו ז"ל נעלמו ממני ראשונה במ"ש בסברא קמייתא דלרשב"ג האי לחודא דהיינו נ"ס סגי ודאי לחודא דהיינו שהיית ל' יום סגי והיינו אפי' בודאי בן ח' ומכל הנך סוגיות שהבאנו לעיל נראה דאפי' בסתם ולדות לא מהני בג"ס לחודיה גם מ"ש בסברא בתרייתא וה"מ דבעינן תרתי וכו' אבל בבן ח' ודאי וכו' סגי ליה בשהייה או בגמר סימנים ע"כ מריה דאברהם לא ידענא מאי קאמר דיציבא בארעא וגיורא בשמי שמיא כיון דאפי' בספק בן ט' או בן ח' בעי תרתי כ"ש בודאי בן ח' ול"ל דט"ס נפל בדבריו ובמקום בן ח' צ"ל בן ט' ודאי דזה אינו דבבן ט' ודאי דהיינו דקי"ל שכלו לו חדשיו לכ"ע לא בעינן לא שיהוי ולא גמר סימנים באופן שדבריו ז"ל צריכין לי תלמוד:

חזרנו לענין הראשון דנגמרו סימניו לחודיה נראה דלא מהני מכל הני סוגיות שהבאנו לעיל נשאר לנו הספק בשיהוי ל' יום אי מהני לחודיה בסתם ולדות או בעינן נ"ס ג"כ ולסברא קמייתא של הנימוק"י בודאי מהני דאפי' בודאי בן ח' אית ליה דמהני כ"ש בסתם ולדות ולסברא בתרייתא של הנימוק"י בעינן תרתי והא לחודא לא מהני והא לחודא לא מהני ואפילו בסתם ולדות אבל מדברי הריטב"א שממנו הועתק לשון הנימוק"י אינו מוכרח והרשב"א ז"ל בחידושיו על מסכת יבמות בפרק הערל ד' פ' הכריע בין שני הסברות וז"ל ואיכא למימר דת"ק ורשב"ג בתרתי פליגי בסתם תנוקות ובשגמרו סימניהם דבהא ת"ק לקולא ורשב"ג לחומרא וכו' לעולם אינו יוצא מידי נפל ואף בסימניו עד שנדע שהוא בן ט' ודאי או שישהא ל' יום וכו' ואפשר נמי דלרשב"ג אף בלא נגמרו סימניו נמי מחזיקינן ליה בבר קיימא אילו שהה ל' יום דאיהו עיקר טעמא לא תלי אלא בשהייה וכן נראה לי עיקר דהא רשב"ג לא הזכיר כלל נגמרו סימניו אלא שיהוי ל' יום וכו' והילכך לענין פסק הלכה קי"ל לפי שיטה זו דאפי' בן ח' ידוע שנגמרו שערו וצפורניו אם שהה ל' יום נפק ליה מתורת נפל וכו' ואם לא שהה ל' יום אין עושין בו מעשה כרשב"ג ואפי' בדיעבד נמי דהא בן ח' ליכא מאן דמחזיק ליה בבן קיימא אלא רבי בלבד ולא קי"ל כוותיה וכו' הילכך אם יבמה היא ועמדה ונשאת לשוק בלא חליצה וכו' בין נשאת לכהן הרי זו חולצת וכו' ומיהו אפשר דלרשב"ג אם נשתהה ל' יום נפק ליה מתורת נפל וכ"ש אם אינו ידוע כמה הוא כסתם תנוקות שאין ידוע בברור אם הם בני ט' או לא שאעפ"י שלא גמרו סימניו אם שהה ל' יום לרשב"ג נפק ליה מתורת נפל וכו' עכ"ל היוצא מדבריו אלו דס"ל דלרשב"ג שיהוי ל' יום לחוד מהני אפי' בודאי בן ח' דלא כדעת התוס' ז"ל וכ"ש דבסתם ולדות דמהני לחודיה אבל נגמרו סימניו לחוד לא מהני אפי' בסתם ולדות

וכ"ש בבן ח' ודאי דלא מהני גמר סימנים לחודיה וכו' ודבריו אלו עם דבריו שבפ' החולץ ד' ל"ו סתרן אהדדיה דכתב וז"ל אמר רבא וכו' והרי קי"ל ודוקא בבן ח' ודאי שגמר שערו וכו' וא"נ בסתם תנוקות שאינו ידוע אם הוא בן ח' או בן ט' ולא נגמר שערו וצפורניו וכו' אבל וכו' נגמרו שערו וצפורניו ולד מעלייא ואפי' לכתחילה תנשא אבל בן ח' ודאי ולא נגמרו סימניו נפל גמור הוא ואפי' נשאת לכהן תצא וכו' הרי שדבריו אלו סותרים לשם בכמה גווני אחת במ"ש ודוקא בן ח' ודאי שנגמרו שערו וכו' דהיכי מצינן לאוקומי הרי הא כתב שם דבהא לא קי"ל כרבי ואפי' נשאת תצא עוד נמי במ"ש ואי נמי בסתם תנוקות וכו' ולא נגמרו וכו' אבל נגמרו שערו וצפורניו ולד מעליא הוא ע"כ סותר לשם דלשם אית ליה דבלא נגמרו אפי' רבנן מודו דלא מחזיקינן ליה בולד מעליא עוד נמי במ"ש דבסתם ולדות ונגמרו שערו וצפורניו דאפי' לכתחילה תנשא בלא חליצה דבהא ליכא מאן דפליג סותר מ"ש לשם דבהא פלוגתא דרבנן ורשב"ג דלרשב"ג לא מהני אלא א"כ שהה ל' יום ולרבנן מהני בנגמרו סימניו דכן כתב וז"ל משום דקסבר ת"ק כיון דנגמרו סימניו מסתמא כלו לו חדשיו וכו' ורשב"ג סבר לעולם אינו יוצא מידי נפל ואפי' בסימניו וכו' וצ"ע גם הנימוק"י בפ' החולץ כתב וז"ל אם אשת ישראל היא וכו' ומיהו אם בן ח' ודאי שלא נגמרו סימניו אפי' לרבנן נפל הוא ותצא מבעלה כהן וחולצת ואם הוא ן' ט' ודאי אפי' לכתחילה תנשא דודאי ולד מעליא הוא וכן הדין כשהוא ספק בן ט' או בן ח' אם נ"ס ולד מעליא ותנשא אפי' לכתחילה לא אתיא הא אלא כשהוא ודאי בן ח' שנגמרו סימניו שהם שערו וצפורניו א"נ ספק בן ט' או בן ח' אלא שלא נגמרו סימניו דבהא הוא דעבדינן כרשב"ג לחומרא ובאשת כהן סמכינן ארבנן דרבים נינהו דשורת הדין דהלכתא כוותיהו אלא דמחמירינן כרשב"ג עכ"ד ודבריו אלו הם דברי הריטב"א בפ' החולץ ולכאורה אינם מובנים דאי ס"ל בכאן כסברא קמייתא שהביא בפ' הערל דלרשב"ג בחדא סגי אפי' בודאי ן' ח' א"כ אדרבא הוי איפכא דלרשב"ג בבן ח' ונ"ס אינה צריכה חליצה ולקולא ולרבנן צריכה והוי לחומרא ואי ס"ל כסברא בתרייתא שהביא בפ' הערל דרשב"ג תרתי בעי ג"ס ושיהוי ל' יום א"כ איך כתב ואם הוא ספק וכו' אם נגמרו סימניו תנשא אפי' לכתחילה הא רשב"ג תרתי בעי:

והנראה לישר דברי הנימוק"י בדוחק דהא דקאמר כשהיה בן ח' ודאי ונ"ס דאשת ישראל חולצת ואשת כהן אינה חולצת הוא משום דס"ל דלרשב"ג בבן ח' נמי אם נ"ס מהני כסברא קמייתא שהביא בפ' הערל וס"ל אע"ג דפסקינן הלכה כרשב"ג ונ"מ לחומרא דסתם ולדות דלא נ"ס בעי חליצה ודלא כרבנן אבל בודאי בן ח' ונגמרו סימניו אע"ג דאית ליה לרשב"ג דולד מעליא הוא עבדינן כרבנן ואם אשת ישראל היא צריכה חליצה

ואם אשת כהן אינה צריכה חליצה כרשב"ג ומאי דקאמר דבהא הוא דעבדינן כרשב"ג לחומרא לא קאי אלא אחלוקה ב' דהיינו סתם ולדות וא"ת א"כ אפי' אם מת אחר ל' יום ניחוש לסברת רבנן ונצריך אותה חליצה אי מהא לא איריא כיון דנ"ס וגם שהה ל' יום דאליבא דרבי ורשב"ג מהני הו"ל רבים ואינה צריכה חליצה א"נ י"ל דס"ל להנימוק"י כסברא אמצעית שהביאה הריטב"א ז"ל פ' הערל דרשב"ג בבן ח' בעי תרתי אבל בספק בן ט' או בן ח' סגי ליה בחדא וא"כ שפיר קאמר הנימוק"י דבסתם ולדות אפי' לכתחילה תנשא אם נגמרו סימניהם דמודה רשב"ג דסגי בחדא דהיינו אפי' גמר סימנים וא"כ תנשא אפי' לכתחילה ומאי דקאמר בסו"ד דאיירי בודאי בן ח' ונגמרו סימניו דבהא רבנן לקולא היינו רבי דאית ליה דסגי בגמר סימנים לחודייהו אפי' בודאי בן ח':

אבל הרמב"ם ז"ל בפ' א' מהלכות מילה כתב מי שנולד בחדש השמיני אם היה שלם בשערו וכו' הרי זה ולד שלם ובן ז' הוא אלא שנשתהה ומותר לטלטלו וכו' ע"כ נראה דפוסק כרבי דאפי' בודאי בן ח' כל שנגמרו שערו וצפורניו הרי זה ולד שלם וכ"ש אם הוא מסתם ולדות דלא ידעינן בהו אם הם בן ט' או בן ח' דאם נגמרו סימניו דודאי ולד מעליא חשבינן ליה ופוסק ג"כ כרשב"ג דשיהוי ל' יום מהני והריטב"א ז"ל בחדושיו על יבמות כתב שדעת הרמב"ם ז"ל שרשב"ג מודה בהא לרב והקשה עלה מסוגיא דשבת ד' קל"ו דקא מקשי הש"ס וז"ל הא לא שהה ספיקא הוי ממהל היכי מהלינן וכו' ואם איתא דמודה רשב"ג דאם נגמרו סימניו ולד מעליא הוא לישני דהא דמהלינן היינו דוקא בנגמרו סימניו אלא ודאי ס"ל לרשב"ג דלא מהני גמר סימנים לחודייהו הפך סברת הרמב"ם עיין שם מה שתירץ ולא הרגיש עליו מהנך קושיות שהבאנו לעיל עוד כתב הריטב"א ז"ל שהרמב"ם ז"ל סובר דאפי' נימא דרשב"ג פליג בהא אדרבי הלכתא כרבי בהא שכל שנגמרו סימניו ולד מעליא הוא וכן כתב הרשב"א בחדושיו פ' הערל שדעת הרמב"ם לפסוק הלכתא כרבי וז"ל שם נראה מדבריו דרשב"ג אעפ"י שלא נגמרו סימניו קאמר וכמש"ל והוא ז"ל פסק כרבי בנגמרו סימניו וכרשב"ג בשלא נגמרו סימניו עכ"ל:

העולה מכל האמור למעלה דבודאי בן ח' ולא נגמרו סימניו ולא שהה ל' יום דהיינו שהיה פורש ממנה מקודם לכן ליכא מ"ד דלא הוי נפל אלא הוי ודאי נפל ואפ"ה אם אירע שחיה ל' יום אליבא דהרמב"ם ז"ל והרשב"א ז"ל וסברא קמייתא שהביא הריטב"א בפ' הערל והביאה הנימוק"י לשם יצא מכלל נפל אבל לסברת התי' ולסברא בתרייתא של הריטב"א ז"ל והביאה הנימוק"י לא מהני ואינו יוצא מכלל ספק נפל ואם נגמרו סימניו ולא שהה ל' יום אליבא דהרמב"ם ז"ל וסברא קמייתא שהביא הריטב"א והביאה הנימוק"י יצא מכלל נפל ואפילו הוא ודאי בן ח' אבל אליבא דהתו' ז"ל והרשב"א וסברא

בתרייתא של הנימוק"י אינו יוצא בגמר סימנים מתורת ספק נפל ואם נגמרו סימניו ושהה ל' יום מהני אליבא דכ"ע והוי ודאי בר קיימא ואם הוא מסתם ולדות שאין אנחנו יודעים אם הוא בן ט' או בן ח' ולא נגמרו סימניו ולא שהה ל' יום אליבא דכ"ע הוי ספק נפל ואם אירע שחייה ל' יום אליבא דהרמב"ם והרשב"א וסברא קמייתא של הנ"י הוי ודאי בר קיימא וגם התוס' ז"ל קרובים דבריהם דמודו הא וגם סברא בתרייתא של הריטב"א כפי הלשון היא כתובה בהריטב"א מודה דסגי והוי בר קיימא בל בדברי הנימוק"י שהביאה לא משמע כן (א"ה עכ"מ ותע"ד):

סימן כז

כתב הריב"ש סי' קכ"ט שנשאל בראובן שהיה במדינת הים והיה שולח תכשיטין לביתו לצורך בתי ומת קודם שנישאת אם זכתה הבת בתכשיטי אלו אם לא והשיב וז"ל ובנדון זה כל שלא קנה הבעל באמירה גם הבת לא קנתה החפצים ההם אעפ"י שהיה דעת האב לתתם לה כשתנשא כיון שעדין לא נתנם לה ועובדא דפרק מי שמת וכו' ההיא כבר פירש"י וכו' ולא היה לו אשה וכו' נראה שאין זה אלא כשפירש לשם מתנה הא לא"ה לביתיה שהם שיעמדו בעדו עכ"ל ולכאורה דבריו מחוסרי ההבנה דבתחילה רצה לתרץ דשאני הכא דלא זכתה הבת משום דאית ליה איתתא וסוף דבריו נראה דהיינו טעמא דלא זכתה משום דהתם שאני שפירש לשם מתנה ונראה דהכא אע"ג דלא היה לו אשה לא זכתה הבת והנראה דהוקשה לו על תי' קמא דהכא אע"ג דאית ליה איתתא כיון שפירש בפי' ששולחם לצורך בתו כמו שהובא בשאלה אם ודאי דלביתו שדר כמו התם וע"ז תירץ עוד כיון דלא פי' לה לשם מתנה כמו התם אמרינן דלדידיה שדר שיעמדו בעדו וא"כ הוא בודאי אע"ג דנתנם ליד הבת כיון דלא פי' בפי' לשם מתנה אמרינן דדעתו הוא דאם יצטרכו לו יחזור ויקח אותם מידו כמו שכתב בתשובה הקודמת לזה וא"כ מוכרחים לומר דמה שכתב הרב ז"ל דאעפ"י שהוא דעת האב לתתם לה כשתנשא לא קנתה אותם כיון שעדין לא נתנם לה פי' לא נתנם לה בתו' מתנה כמו בנישואין ואפי' שבאו לידם לא קנתה אותם וקל"י דבבגדי שבת ויו"ט הביא הרב ז"ל בתשובה הקודמת לזה מחלוקת לעיל דהחולקים על הרמב"ם ז"ל ס"ל דאפי' בגדי שבת וי"ט קנו אותם הבנים וכאן לא הזכיר מזה כלום והנראה לתרץ דבריו ז"ל דדילמא דהכא פסיקא ליה דאיירי האי עובדא בתכשיטין של זהב וכסף דבהו כ"ע מודו דלא זכו וכמו שמזכיר בלשונו ז"ל כמה פעמים לשון תכשיטין א"נ דאיירי הכא שלא באו עדין לידה דאפי' מאן דאית להו דקנו הבנים בגדי שבת ויו"ט היינו דוקא כשבאו לידם אבל אם לא באו לידם לא קנו ולא הוי כמו בגדי חול לגמרי דבקנה לשמם סגי א"נ דהכא בנדוניא כיון שאין

ראוי ללובשה עתה אעפ"י שבאה לידה גריעא מבגדי שבת ולא קנתה אותה דאין בדעת האב שתקנה עד שעת נישואין ודו"ק בלשונו שכתב דעת האב לתתם כשתנשא נמצינו למדים מדעת הרב ז"ל דכל שלא נישאת לא קנתה החפצים ההם ולא מיבעיא דאם לא באו לידה אלא שהכינם דוקא דזה פשוט מלשונו שכתב בפי' כיון שעדין לא נתנם לה ואפי' לדעת החולקים על הרמב"ם כדכתב או מטעם קי"ל ואפי' הם בגדים ס"ל להרב ז"ל דלא קנתה דאלת"ה ל"ל להרב ז"ל לתרוצה על ההיא דמ"ש דשאני התם שפי' לשם מתנה נימא דאפילו אי איירי התם בסתם הכא שאני דהם תכשיטי כסף והתם הם בגדים אלא ודאי דס"ל להרב דאפי' בבגדים לא קנתה ואם נתן אותם בידו בסתם ולא פי' לשם מתנה אליבא דמאן דס"ל דבגדי שבת ויו"ט בעל חוב גובה מהם ודאי לא תיבעי לך דס"ל להריב"ש דלא קנתה דבגדי נדוניא גריעי וכמ"ש ואפי' מאן דס"ל דאין ב"ח גובה מהם לשון הרב ז"ל דס"ל דאפילו לדעת החולקים על הרמב"ם וס"ל דבגדי שבת ויו"ט אין ב"ח גובה מהם בבגדי נדוניא מודה דכל זמן שלא נישאת לא קנתה אותם כדדייקנו מלשונו לעיל ולדידן דקי"ל כפסק מר"ן ז"ל דפסק כהרמב"ם דב"ח גובה מבגדי שבת ויו"ט א"כ ודאי דליכא שום ספק דכ"ז שלא נישאת אעפ"י שנתנם לה אביה בידה לא קנתה אותם כיון שלא פי' לה בפי' לשם מתנה וזה ברור ואעפ"י שמדברי המבי"ט ח"ג סי' ג' נראה שאם נתן אביה הנכסים לידה קנתה אותם הבת התם שאני דכתב לה שטר חיוב בסך ידוע לצורך נדוניתה דכיון דחייב עצמו בסך זה ונתן לה אח"ך אותם הנכסים ודאי דכונתו לשם מתנה בעבור החיוב שנתחייב לה וכמו שכתב הרב כמה פעמים שטר מתנתה אבל אפי' המבי"ט ז"ל בנדונו שכתב לה שטר מתנה אם הזמין אותם החפצים ולא באו עדין לידה לא זכתה בהם שכתב וז"ל ואפי' קדמה שטר מתנתה להב"ח קודם שתזכה היא בהם וכו' הרי מוכח להדיא מדבריו דלא קנתה עד שיבואו החפצים לידה והזמנה לאו מילתא היא ודו"ק ואפי' היכא דנתחייב לה בשטר מתנה בסך ידוע כנדון דידיה:

וראיתי להרב ב"ד שכתב בח"מ סי' כ"ז שהביא דברי הריב"ש הללו וז"ל והשיב שלא קנתה הבת החפצים ההם אעפ"י שהיה דעת האב לתתם לה לכשתנשא כיון שעדין לא נתנם לה ע"כ יעוין בהמבי"ט ח"ג סי' ג' בתשובה למה לא קנתה בשביל שעדין לא נתנם לה הרי שנינו בערכין וכו' אפי' הם חדשים שלא לבשום מעולם כיון שקנתם לשמם אין ב"ח גובה מהם וכו' וכ"ז מוכרח דאפי' שלא נתנם להם עדין דאי נתנם מה צ"ל שקנתם לשמם אפי' קנתם לעצמו כין שנתנם בפועל ודאי זכו וכו' ואיך כתב הריב"ש ז"ל דלא קנתה הבת בשביל שעדין לא נתנם לה עכ"ל ודבריו ז"ל נעלמו ממני דמה מקשה להריב"ש ז"ל מבגדי חיל לבגדי נדוניא וכ"ש אי איירי הריב"ש בתכשיטי זהב וכסף

דלכ"ע לא קנתה הבת אעפ"י שכבר באו לידה וכמפורש כ"ז בדברי הב"י ז"ל דיש חילוק בין בגדי חיל לבגדי שבת תכשיטין וכסף וא"ל דהרב ז"ל נישמט ממנו כ"ז דהרי בסוף התשובה הנ"ל הביא דברי מהר"י אדרבי ז"ל שכתב חילוק זה בשם הפוסקים וא"ל דידע הרב ב"ד ז"ל בחילוק זה ואפ"ה ס"ל דבגדי נדוניא הוי כמו בגדי חיל וכמו שגמגם בזה על דברי מהרי"א ז"ל בסוף התשובה דזה אינו דא"כ לא הוה ליה לסתום ולהקשות על דברי הריב"ש מסוגיא ערוכה אלא קושיתי ז"ל היא נשארת מכח גמגום וסברא בלחוד והרי הריב"ש ז"ל לא חש לגמגומו וסברתו:

וראיתי להרב החק"ל בח"מ ח"א סי' ס' שכתב והנראה שלא ראה הב"ד דברי תשובת הריב"ש דסי' קכ"ח שכתב הריב"ש מחלוקת הראשונים בזה ותמיה לי על דבריו בזה דאפי' דנאמר שלא ראה תשובת הריב"ש דסי' קכ"ח מ"מ הרי ראה תשובת מהר"י אדרבי דסי' ת"ט שהביא דברי הרמב"ם דחילק בין בגדי חול לבגדי שבת ולא הביא הרב הנז' החולקים על הרמב"ם בזה והב"ד ז"ל הביא דברי הרב מהרי"א בסוף התשובה הנז' וא"כ מה יועיל לנו אם לא ראה דברי הריב"ש והנראה לישב דברי הרב ב"ד ז"ל דאעפ"י שידע שיש חילוק בין בגדי ול לבגדי שבת מ"מ מלשון הריב"ש שכתב דלא קנתה הבת כיון שעדין לא נתנם לה נראה דפשיטא ליה שאם נתנם לה דקנתה אותם ואי איירי בתכשיטי כסף אפי' שנתנם לה לא היה לה לקנות אותם דבזה כ"ע מודו אלא ודאי דאיירי בבגדים ואי לדעת הרמב"ם דאית ליה דבגדי שבת ויו"ט ב"ח גובה מהם א"כ אפי' נתנם להם אינם קונים אותם אלא ודאי או דס"ל להריב"ש כדעת החולקים על הרמב"ם ז"ל דס"ל דבגדי שבת ויו"ט שוים הם לבגדי חיל או דס"ל דאפי' לדעת הרמב"ם ז"ל דאית ליה דבגדי שבת ויו"ט ב"ח גובה מהם בבגדי נדוניא מודה דהויא כמו בגדי חול כיון שהיא מוכרחת וא"א להנשא בלא"ה ועפ"י מונח זה הוקשה לו דא"כ אפילו לא הגיעה לידה עדין היה לה לקנות אותם כיון שקנאם לשמה דכך הגיעה לידה או לא ולפי מה שפירשתי דברי הריב"ש ז"ל שכונתו במ"ש שעדין לא נתנם לה הוא פי' בשעת הנשואין או בפי' בתורת מתנה ל"ק כלל ואפי' לפי הבנתו ז"ל בדברי הריב"ש דמיירי בבגדים היינו טעמא דאם הגיעו לידה שזכתה בהם משום דאיכא פלוגתא דרבוותא בבגדי שבת יכולה לומר קי"ל כמ"ד דבגדי שבת דינם שוה לבגדי חיל אבל אם לא הגיעו לידה היורשים היו כמוחזקים ויכולים לומר קי"ל כהרמב"ם ודו"ק:

וראיתי להחק"ל בסי' הנז' שהביא סברת הריב"ש הנז' דלא זכתה הבת עד שעת נשואין והקשה על הרב ב"ד ז"ל שהביא תשובת הריב"ש ז"ל על תשובת המבי"ט דסי' ג' ולא נרגש שהוא הפך דברי הריב"ש ואחרי ניו"ק לא ידענא מאי אי קשיא ליה להרב ז"ל

דלפי הבנת הרב ב"ד בדברי הריב"ש ז"ל הם כפשטם דקודם שבאו ליד הבת לא קנתה ואחר שבאו לידה קנתה אותם א"כ שוים הם המבי"ט והריב"ש בזה דאפילו המבי"ט מודה בזה דקודם שבאי הנכסים לידה אינם אלא דוקא ולפי מה שכבר פי' אנחנו שטעם המבי"ט ז"ל דס"ל דקנתה הבת אפי' קודם שנישאת משום שכבר נתחייב אביה סך מה בשטר א"כ כל שנתן לידה פרעון המתנה הנז' זכתה בו אעפ"י שעדין לא נישאת תו לק"מ ולכאורה נראה שאם הרב הנז' תריץ יתיב להאי קושיא כמ"ש שכתב וז"ל וה"ל לישב דברי הריב"ש ז"ל והב"ד הוא שלקח הנדוניא והתכשיטין קודם שידוכי הבת וכו' שנמצא בעת לקיחת הנדוניא לא זכתה הבת אבל בנדון המבי"ט שלקח הנדוניא אחר שידוכי הבת ונדר לתת לה הנדוניא דהוי הנדוניא כשאר חוב כה"ג ודאי דבשעת לקיחת הנדוניא זכתה הבת כיון שקנאם לשמה ונתחייב בכך עכ"ל וכד דייקת שפיר חילוקו של הרב ז"ל אינו מטעם החיוב שכבר נתחייב אלא טעמו בין קודם השידוכין ובין אחר השידוכין דאי טעמו של הרב כמ"ש והוא מטעם חיוב שנתחייב דא"כ מאי מקשה מדברי מהרי"א דסי' ק"ט והא בנדונו של מהרי"א ז"ל לא היה בנדוני שום חיוב שכך הובא באנתו בסתם ושידכה עם בחור אחד בסתם ועוד ק"ל לעל דבריו ז"ל דנראה מדבריו דבלקחי הנדוניא אחר השידוכין אפי' שעדין לא הגיעו ליד הבת אלא שהומינה האב לה אפ"ה קנתה אותם ובהכי איירי נדונו של הרב המבי"ט ז"ל ולפי הצעתי זאת הקשה שדברי מהר"י אדרבי הם הפך דברי המבי"ט דס"ל להמבי"ט ז"ל דבהזמנה לחוד אחר השידוכין קניא ולמהר"י אדרבי אית ליה דאפי' אחר השידוכין לא קניא הבת ודבריו תמוהים בזה דכבר הוכחנו לעיל מדברי המבי"ט שכל שלא באו ליד הבת לא קנתה אותם הבת וא"כ אפי' לפי חילוקו שמחלק בין קודם השידוכין לאחר השידוכין אפי' ליכא חיוב ליכא קו' מדברי מהר"י אדרבי שנדונו לא היה אלא הזמנה בלחוד ובהא אפי' הרב המבי"ט מודה דלא קניא הבת אמנם ראיתי להמבי"ט ח"ב סי' רי"ט שכתב בתוך התשובה וז"ל אח"כ ענה הבת כשמת אביה עדין לא נישאת אחותה וא"כ שתיהם ירשו בשוה כל מה שהכניסה לאה לבעל ומה שנשאר לה ובעל לאה טוען כי קודם שמת אביה כל מה שהכניסה לו ולכן אם יתברר כי מה שהכניסה לאה לבעלה הכל נתן וייחד לה אביה לנדוניתה בחייו אין לאחותה שום זכות במה שהכניסה אדרבה וכו' עכ"ל והנראה דט"ס נפל בדבריו בטענת הבעל דאינו מובן טענתו מ"מ הנראה מלשונו דביחוד לחודא קנתה הבת וזה הפך מ"ש ויש לדחוק בדבריו ז"ל דמ"ש נתן וייחד היינו שנתן לידה בפועל לא על ידי יחוד לחודיה אבל מ"מ משמע מדבריו דבנתינה לידה קנתה אפי' בלא שטר מתנה קודם לכן דאל"ה מה צריך לנתינה ויחוד ועדין הדבר צ"ע:

סימן כח

שאלה לאה אשת יעקב הניח בעלה חצר ויתום קטן ורצתה לעקור דירתה מעירה לשוב אל ארץ מולדתה ועמדה ומכרה החצר הנז' לגוי אחד ואחר כמה שנים עמד הגוי הנז' ומכר את החצר הנז' לראובן ועמד ראובן בה כמה שנים והנה עתה הגדיל היתום הנז' ועמד ותבע את החצר הנז' מיד ראובן יען שטוען כשמכרה אמו את החצר הנז' לגוי הוא היה קטן יורינו הדין עם מי:

תשובה כיון שיש לאלמנה הנ"ל רשות למכור בשביל מזונותיה אפי' בינה לבין עצמה ואפי' בלא הכרזה כמו שפסק סתם מר"ן באבן העזר סי' צ"ג סעיף כ"ה ויתמה לו דטענינן ללוקח א"כ הכא נמי טענינן ללוקח זה שמכירת האלמנה בשביל מזונותיה ואע"ג דיש חולקים וס"ל דאפי' בשביל מזונות צריכה ב"ד והכרזה ואם מכרה בינה לבין עצמה מכרה בטל מ"מ אנן כבר קבלנו עלינו הוראת מר"ן ז"ל שפסק דמכרה קיים וכ"ש שבעיר שמכרה שם לא יש ב"ד ואפי' איכא כמה ספקי דבמחלוקת היא שנויה הקונה נקרא מוחזק והיכא דקיימא ארעא תיקום ועין רואה בהגהותיו על הטור סי' ס"ח ועיין בספר פני משה ח"א בתשובות אבן העזר סי' מ"ה ועיין ג"כ במהרי"א בחה"מ סי' ס"ד שכתב וז"ל אעפ"י שטוענת שקנתה מיד האלמנה שאפשר לה למכור למזונות או לכתובה מ"מ הואיל ואין שטר מכר וכו' לא מהימנא אלא במיגו יעו"ש משמע שאם שטר מכר יוצא מתחת ידה לא מפקינן מינה שיכולה לטעון שאלמנה הנז' מכרה בשביל מזונות יע"ש וראיתי להרב גבעות עילם בסי' ט"ו שנשאל על עובדא כנדון דידן והשיב שדבר זה במחלוקת הוא שנוי בין הרמ"ה והרא"ש והביאם הטור בחה"מ סי' ר"ץ בדין יתומים ששמכו אצל בע"ה שדינו כאפוטרופוס דלהרמ"ה אינו יכול למכור אלא במטלטלין ודוקא שהקטן בן ט' שנים ולהרא"ש אין חילוק אלא דיני כאפוטרופוס לכל דבר נמצא דלהרא"ש מכירתה קיימת כמו אפוטרופוס ולהרמ"ה מכרה בעל כיון שהדר ספק היתומים מוחזקים ובטל המקח ואנן דבתריה דמר"ן גרירן ומר"ן ז"ל פסק כדעת הרא"ש שכתב בסי' הנז' וז"ל יתומים שסמכו אצל בע"ה וכו' יש לו דין אפוטרופוס לכל דבר משמע שלא יש חילוק בינו לבין אפוטרופוס כלל וכדעת הרא"ש א"כ קם דינא שזכה ראובן הקונה ועיין בכנה"ג חו"מ ס' ר"ד בהגהת הטור אות קס"ג וכתב הרב גבעות עולם וז"ל בתשובה והגם שבסי' ס"ד מזה החילוק הנז' נראה משם שלאה יכולה למכור למזונות שכ' וז"ל שאעפ"י שטוענת שקנתה מיד האלמנה שאפשר לה למכור למזונות וכו' זה טענינן בנ"ד שמכרה למזונות אם בשביל זה תברא ג"כ אפשר וכו' עד סוף דבריו לא ידענא מאי קאמר דהא דאית ליה להרמ"ה דיתומים שסמכו אצל בע"ה אינו יכול

למכור למזונות היינו דוקא למזונות יתומים אבל אם היא אלמנה ורוצה למכיר בשביל מזונותיה לא מטעם אפוטרופוסות ע"ז קאמר מהרי"ע דיכולה לטעון שמכרה בשביל מזונות ועיין בכנה"ג חו"מ סי' ר"ץ בהגה"ט אות ס"ו שהביא משם מהר"ם גלאנטי שאם הערכאות שמו לאשה אפוטרופוסא דינא דמלכותא דינא וכו' ועיין במהריב"ל ח"א סי' ע"ה:

סימן כט

שאלה ראובן שמעון ולוי שהיו שותפים ביחד וראובן שם בקרן השותפות מאתים ושמעון ג"כ מאתים ולוי מאה וסדר חלוקתם בריוח ובהפסד שוים דהיינו שכל או"א מהם יגיע לו לחלקו שליש בין בריוח בין בהפסד ומלבד קרן שלהם לקחי ג"כ באשראי מן השוק יש מה שלקחוהו שלשתם ביחד ויש מהחו' הנז' שכאו"א לבדו לוה לצורך השותפות וכשבאו לחשבון מצאו שמלבד הקרן שלהם דהיינו הת"ק גרוש הפסידו ג"כ מאה ובאים ראובן ושמעון ותובעים את לוי שיתן להם מנה המגיע עליו מההפסד מלבד הקרן שלו שהוא המנה כיון שהפסידו ת"ר מגיע לכל אחד ואחד מהקרן מאתים ולוי טוען כיון דאילו היה ההפסד ת"ק לא היה חייב ליתן להם כלום כמ"ש הטור סי' קע"ו משם הרמ"ה וז"ל וכן ההפסד הוא לאמצע וכת' הרמ"ה ז"ל הנ"מ בגוף הממון שנשתתפו אבל להשתעבד לשלם מביתו לא וכו' וא"כ ההפסד המיותר על הקרן השותפות שהוא מאה גרוש שכולנו חייבים בו בשוה דאי לאו הכי מי ישלם אותו להבע"ח אשלם אותו השליש שהוא ל"ג גרוש ושליש והשותפים טוענים עליו א' שלא כתב הרמ"ה דאינו חייב לשלם השותף מביתו אלא דוקא כשנשת' בסתם אבל אם התנו בפי' על ההפסד כיצד יתחלק ודאי דמודה הרמ"ה דחייב לשלם מביתו. עוד טוענים עליו השותפים ב' דאפי' דנימא דגם בהתנו ס"ל להרמ"ה דאינו חייב לשלם מביתו היינו דוקא אם התנאי הוא לאפוקי מן הדין כשנשתתפו בסתם דהיינו דמן הדין הוא לאמצע כשנשת' בסתם וגם בתנאי שעשו דאז יכולים לומר דתנאם הוא לאפוקי דלא יחלקו כדין אבל אם תנאם הוא מסכים עם הדין ודאי דהתנאי בא לחייבו לשלם מביתו דאל"ה למה התנו ודאי דהתנאי בא לשלם מביתו. עוד טוענים השותפים ג' דאפי' דהתנאי הוא בא לאפוקי מן הדין כשיפרשו סדר חלוקת הריוח סגי למאי איצטריך לפרושי סדר חלוקת ההפסד בודאי לחייבו לשלם מביתו. עוד טוענים עליו השותפים ד' דהא דכתב הרמ"ה היינו דוקא בשלא היו חייבים לאחרים אבל כאן כיון שלקחו באשראי מאחרים ונתחייבו כולם בשוה א"כ הוי כאילו כל או"א מהם חלק המגיע עליו מהחובות של אחרים הוי כאילו שיעבדו לשותפות הנז' וא"כ אפי' לוי כיון שהוא חייב חלק המגיע עליו מהחובות של אחרים והחיב הנז' הוא

עדיין בשותפי' הוי כאילו שעבד לוי אותו חלק המגיע עליו מהחובות בשותפות הנז' והוי כאילו יש לי בשות' הנז' קרן עד כדי חלקו שחייב בחובות הנז'. עוד טוענים השותפים הנז' טענה שקודם כל יסלקו הקרן ומה שיעלה הפסד אח"כ הוא חסרון מהחובות ויד כולם שוה בו לפרוע כולם בשוה ולוי טוען דאדרבא יפרעו החובות תחילה דהחובות לא לוו אותם לשעבדם להפסדות ומה שיחסר מהחובות יפרעו אותו מקרן שלכם ואם יהיה החסרון עד שלש מאות יד כולנו שוה בו ואם יהיה יותר על ת"ק יפרע מהקרן שלכם דוקא ואם לא יספיק אחר הקרן שלכם ונצטרך לשלם מבתינו אזי יד כולנו שוה בזה ההפסד:

תשובה עיקר דין זה בשנים שהטילו לכיס זה מנה וזה מאתים שהדין הוא שהריוח וההפסד ביניהם בשוה כמ"ש מר"ן ז"ל בח"מ סי' קע"ו סעי' ה' יע"ש אם הפסידו שלש מאות אם מחויב בעל המנה לשלם ן' מביתו כסדר חלוקתם או לא היא במחלוקת שנויה שהנה מדברי הרמב"ם בפרק יו"ד מהלכו' שלוחין והביאו הטור ומר"ן ז"ל בשלחנו הטהור בסי' צ"ג ס' ג' נראה שחייב השו' לשלם מביתו שכת' וז"ל ראובן שהטיל לכיס ת' דינרים והטיל שמעון מאתים וכו' וטען ראובן שנפחת מן הקרן ת"ק אין אומרים שישבע ראובן שבועת השותפים שפיחתו כך וישלם שמעון ן' מביתו וכו' ואם טען ראובן ששמעון יודע בודאי בפחת זה ישביע את שמעון וכו' ויגלגל עליו שאינו יודע בודאי סכום הפחת הזה וכו' עכ"ל הרי נראה להדיא שאם פחת זה הוא ברור ויודע בו שמעון או שהוא ידוע ע"י עדים מחוייב לשלם שמעון ן' מביתו ומדברי הרמ"ה ז"ל הביאו הטור והש"ע בסי' קע"ו ס"ו נראה להדיא שאין השותף בעל המנה מחייב לשלם מביתו שכת' וז"ל יש מי שאומר דה"מ בגוף הממון שנשתתפו אבל להשתעבד לשלם מביתו לא כגון אם נשתתפו זה במנה וזה במאתים ונפסד הכל לא אמרינן שישלם בעל המנה לבעל המאתים חמשים מביתו וכבר תמהו על הרב בעה"ע ומר"ן ז"ל שהביאו השתי הסברות הנז' כל אחת ואחת בסתם מבלי שום חולק כאילו שתיהם מוסכמות להלכה וגם חולקות זו על זו והרב"ח ז"ל בסי' קע"ו ישב השתי סברות בלתי שום מחלוקת וז"ל ומ"ש בשם הרמ"ה ה"מ בגוף הממון וכו' נראה דדייק לשון פיחתו או הותירו מש' דהשכר וההפסד בא מכח משאן ומתנן בממון זה וכו' הילכך אנו אומדין דעתם דהסכמתם היא שיטול כל או"א חצי הריוח וחצי ההפסד הבא מכח מו"מ כן דרך כל המשתתפים סתם אם לא שמתנים לחלוק הריוח לפי מעותיהם וכן ההפסד ומדלא התנו אומדנא דמוכח הוא שיחלקו השכר וההפסד בשוה וכו' אבל בנפסד הכל שאין הפסד זה מכח מו"מ אלא כגון שעמדו גויים נטלו הכל ובודאי לא נשתעבד מן הסתם לשלם מביתו כל זמן שלא

התנה בפי' וכ"כ בתשו' להרמב"ן סי' ב' ולפ"ז נראה דגם הרמ"ה מידה בראובן שהטיל לכיס ת' ושמעון מאתים והפסידו ת"ק דישלם שמעון חמשים מביתו שהרי אנו אומדים דעתם שהסכימו שיטול כל אחד חצי הריוח וחצי ההפסד הבא מכח מו"מ וכן פסק הרמב"ם בפרק יו"ד מה' שותפים ומביאו רבי' לעיל בסי' צ"ג ומשמע שאין הרמ"ה חילק עליו מדלא כת' דברי הרמ"ה למעלה דחילק אדברי הרמב"ם וכו' עכ"ל ומלבד דאין זה במשמעות דברי הרמ"ה דפשט דברי הרמ"ה מורים דאפי' בהפסד מו"מ לא אמרינן דישלם מביתו דסתמא קאמר ק"ל על דבריו דאם הרמ"ה ז"ל דייק לישנא דפיחתו או הותירו ומש' ליה דקא הפסד הבא ע"י מו"מ א"כ בהפסד הבא ע"י אונס אפי' לא לקחו לסטים הכל אלא מקצת למה יחלקו ההפסד בשוה היה להם לחלוק לפי מעותיהם דדוקא בהפסד הבא ע"י מו"מ אמרינן מדלא התנו דעתם שיחלקי בשוה אבל בהפסד כזה דעתם כ"א יפסיד לפי ממונו ואם דעתו ז"ל פיחתו או הותירו כולל גם הפסד שעל ידי אונס וקאמר תלמודא שהוא לאמצע ודוקא בנפסד הכל אינו חייב לשלם מביתו דדוקא קרן זה שיעבדו לשותפות ולא לשלם מביתו א"כ אפילו בהפסד הבא ע"י מו"מ לא היה לו לשלם מביתו:

נמצינו למדים דלדעת הרב"ח בהפסד הבא ע"י מו"מ אפי' אם נפסד הכל חייב השותף לשלם מביתו לפי דעת הרמ"ה ז"ל והטור ז"ל וגם דברי מר"ן בש"ע יתפרשו כן לפי דעתו וליכא פלוגתא כלל ואליבא דכ"ע ישלם מביתו אבל הרב הכנה"ג סי' קע"ו הגהת ב"י אות ע"ג כתב להפך זה דהטור והש"ע ז"ל ס"ל דדברי הרמב"ם שכת' דחייב לשלם מביתו מיירי בדהתנו בפי' לשלם מביתו אבל אם נשתתפו בסתם מודה להרמ"ה דאינו חייב לשלם מביתו וזה ממש הפך דברי הב"ח ומדברי המבי"ט בח"א סי' ר"ב נראה דס"ל דהרמב"ם והרמ"ה פליגי בדין זה אם נשתתפו בסתם אם חייב השותף לשלם מביתו דלהרמב"ם חייב לשלם מביתו ולהרמ"ה פטור גם הרב ט"ז כת' וז"ל בסי' צ"ג הביא רבי' דעת הרמב"ם וכו' וכן פסק המחבר שם סי"ג וכאן משמע מדעת הרמ"ה שחולק ע"ז וכ"כ ב"י בשם תשו' להרמב"ן ואפי' שבסי' צ"ג פסק כרמב"ם מ"מ לק"מ עליו דלעיל לא בא רק ללמד דאין כח בשבועה להוציא ממון וכאן דהוא עיקר הדין כת' דעת הרמ"ה לענין החיוב וראיתי מי שמחלק בדבר ואין טעם לחילוקו וכו' עכ"ל וכמדומה שרמז על דברי הב"ח ז"ל ומ"ש שדעת הרמב"ן שהביאו הב"י הוא כדעת הרמ"ה המעיין שם בתשו' הנז' יראה דס"ל דוקא שבא לו ההפסד ע"י נזק דהינו ע"י אונס מש"ה אינו חייב השותף לשלם לו נזקו דהינו המנה המיותר לו בשותפות אבל בהפסד הבא ע"י מו"מ חייב לשלם לו חלקו אפי' בשביל מנה המיותר וישלם מביתו יע"ש באורך וזה דלא כדעת הרמ"ה

נמצינו למדים דדבר זה אם חייב השותף לשלם מביתו בנשתתפו בסתם במחלוקת גדולה הוא שנוי ויכול השותף לומר קי"ל כמ"ד דאינו חייב השותף לשלם מביתי ואפי' לדידן שקבלנו הוראות מר"ן ז"ל ואין יכולים לומר כנגדו קי"ל מ"מ גם דעת מרן ז"ל לא נודע לנו להיכן דעתו נוטה וא"כ יכול המוחזק לומר קי"ל דאין השותף חייב לשלם מביתו:

ועתה הבוא נביא אל הטענה הא' שטוענים השותפים דלא כת' הרמ"ה ז"ל דאין השותף חייב לשלם מביתו אלא דוקא בנשתתפו סתם אבל אם התנו כיצד יחלקו הריוח וההפסד הכל לפי תנאם וחייב השותף לשלם מביתו אפי' לפי דעת הרמ"ה נראה דגם בזה איכא פלוגתא דרבוותא דהנה מצאתי להרב דרכי נועם חו"מ סי' כ"ח שנשאל על ראובן ושמעון שנשתתפו יחד בזה האופן ראובן הטיל לכיס השותפות ט"ו מנה ושמעון הטיל מנה ולוי לא הטיל כלום וכו' והתנו ביניהם שכל מה שירויחו בשותפות הנז' יתחלק ע"ז האופן מכל חמשה שני חלקים לראובן ושני חלקים לשמעון וחלק א' ללוי וכו' תשו' וכו' נמצא דבהתנו הכל לפי תנאם בין בשכר בין בפחת אעפ"י שיצטרך לשלם מביתו וטעמא דמסתבר הוא שהרי יכיל אדם לחייב עצמו דרך חיוב אפי' בדבר שאינו חייב וכו' עכ"ל הרי דלאו מכח לישנא יתירא מפיק לה כדעת המבי"ט אלא דס"ל דמשמעות התנאי כן הוא ואפי' שהתנאי אינו לפי מנינם כנדון דידן והטעם הוא דיכול אדם לחייב עצמו במה שאינו חייב בו מן הדין ואיני מבין דבריו דהיכי משמע מתנאי זה אפי' לשלם מביתו דאימא דתנאי זה הוא דוקא עד כנגד מעותיו ולא לשלם מביתו ובשלמא בנ"ד כיון דלגבי לוי דלא נתן קרן כלל ודאי דהחיוב הוא אפי' לשלם מביתו א"כ גם שמעון דנתן קרן ודאי דנשתעבד לשלם מביתו דבחדא מחתא חייבו עצמם אבל מדבריו מוכח כל היכא דהתנו אפי' אם כולם נתנו מעות ואפילו שתנאם הוא חוץ מן הדין מחויבים לשלם מביתם דכן משמעות התנאי ודבר זה צ"ע ועיין עוד מ"ש הרב ז"ל דהיינו דוקא ביוקרא וזולא אבל באונסין אינו חייב לשלם מביתו אפי' בהתנו בסדר חלוקתם וגניבה ואבידה הוי כיוקרא וזולא ואם נתנו חייב לשלם מביתו והביא ראיה ע"ז מדברי הרמ"ה שכתב וז"ל מסתברא היכא שהטילו לכיס ונגנבו או אבדו כיון דלא אישתני גופא דממונא חולקין לפי המעות וכו' לא אייריי אלא בשותף וכו' מדיהיב טעמא דלא אישתני מכלל דאי אישתני ממונא והתחילו להתעסק בה חייבים בין בריוח בין בהפסד אפילו לשלם מביתו ונראה דהרמ"ה ס"ל כהרמב"ן דאפי' השכר וההפסד לאמצע אפי' לשלם מביתו וזהו הפך מ"ש לעיל עכ"ל ומאוד קשה לי על דבריו דמנ"ל למידק מדברי הרמ"ה דאי אישתני גופא דממונא חייב לשלם מביתו כדעת הרמב"ם עד שתמה עליו דסתר דידיה אדידיה ודברי הרמ"ה מפורשים ואינם צריכים ביאור וה"ק דאי לא אישתני גופא דממונא ונגנבו או אבדו מקצת

מהם אפי' בהפסד דיוקרא וזולא וגניבה ואבידה היכא דאישתני גופא דממונא דחולקין בשוה כיון דאינו צריך השותף לשלם מביתו אפי"ה בנגנבו או אבדו ולא אישתני גופא דממונא חולקין לפי מעות וזה פשוט והרב המבי"ט ז"ל בח"א סי' ר"ב כתב וז"ל תשו' נראה דאפי' לדעת הרמ"ה ז"ל דכתב דבגוף המעות נשתתפו לבד ולא להשתעבד לשלם מביתו ההפסד היינו דוקא כשנשתתפו סתם דההפסד היה שוה בשוה עד שיכלה הקרן ולא ישלם מביתו אבל היכא דהתנו בפי' וכתבו בשטר השותפות שיהיה ההפסד שוה בשוה נראה כמפרש אפי' יצטרך לשלם מן הבית דאע"ג דאיכא למימר דמה שהתנו בפי' הוא לאפוקי ממאן דס"ל דלפי המעות הם חולקים ולא לפי מניינם אפ"ה לא היו צריכים להתנות בפי' על זה שאף כשלא התנו היינו דנים להם כך עפ"י הרמב"ם ז"ל ואנו דנים על דעתו באלו הגלילות וכו' א"כ לא הוצרכו להתנות תנאי זה לא להתחייב לשלם מן הבית כשיהיה ההפסד יותר מן הקרן וכו' יע"ש ולפי דברי הרב ז"ל דוקא אם תנאם הוא כפי הדין שאף אם לא היו מתנים היתה שורת הדין שיחלקו כסדר הנז' דהיינו שחלוקתם היא לפי נפשות לפי מניינם אבל אם תנאם הוא משונה מעפ"י שורת הדין אית ליה להמבי"ט ז"ל דאפי' אם התנו אינו חייב השותף לשלם מביתו. גם הרב בני אהרן הביא דעת המבי"ט בסי' מ"ב והסכים עמו דהיכא דהתנאי הוא כפי שורת הדין אמרינן דאהני התנאי אפי' לשלם מביתו וכנ"ד דהתנאי אינו כפי הדין כתב דיכול המוחזק לומר קי"ל כהרמ"ה יע"ש דהרב דרכי נועם בתשו' לח"מ סי' כ"ח נשאל על ראובן שמעון ולוי וכו' והשיב תשו' וכו' נמצא דבהתנו הכל לפי תנאם בין בשכר בין בפחת אעפ"י שיצטרך לשלם מביתו וטעמא דמסתבר הוא שהרי יכול אדם לחייב עצמו דרך חיוב אפי' בדבר שאינו חייב וכו' א"כ אין ספק דבנ"ד אם התנו בפי' בין בריוח בין בהפסד הכל לפי תנאם וא"כ וכו' עכ"ל הרי דס"ל דאם התנו על סדר ואופן חלוקתם חייבים לשלם אפי' מביתם ומפשט דבריו נראה דלאו דוקא היכא שהתנאי כפי הדין מש"ה אמרינן דפי' אפי' לשלם מביתו דאי לאו הכי לא היה צריך אלא בכל גוונא שיהיה התנאי ואפי' אינו עפ"י שורת הדין אפ"ה אמרינן שישלם מביתו דכן הוא משמעות התנאי דיתחלק ההפסד לפי תנאם ואפי' שיצטרך לשלם מביתו אבל המבי"ט בתשו' ח"א סי' ר"ב כתב וז"ל תשו' נראה דאפי' לדעת הרמ"ה וכו' אבל הכא דהתנו בפי' יכתבו בשטר השותפות שיהיה ההפסד שוה בשוה נראה כמפרש אפי' יצטרך לשלם מן הבית דאע"ג דאיכא למימר דמה שהתנו בפי' הוא לאפוקי ממאן דס"ל לפי המעות הם חולקין ולא לפי מנינם אפ"ה לא היו צריכים להתנות בפי' על זה שאף כשלא התנו היינו דנים להם כך עפ"י הרמב"ם ואנו דנים על דעתו באלו הגלילות וכו' א"כ לא הוצרכו לתנאי זה אלא להתחייב לשלם

מן הבית כשיהיה ההפסד יותר מן הקרן עכ"ל נמצא דס"ל להרב ז"ל דאינו במשמעות תנאי זה לשלם מן הבית אלא לישנא יתירא הוא ולטפויי אתא ודוקא היכא שתנאם הוא כפי הדין דהיינו שוה בשוה אבל אם תנאם הוא בגוונא אחרינא לא אמרינן דחייב לשלם מביתו דאמרינן דלגופיה איצטריך ואפי' אם היה תנאם בשוה לפי מנינם דוקא במקום שדנים כהרמב"ם אבל אם באותו מקום אין דנין כהרמב"ם אפי' שהתנאי היה שיחלקו לפי מנינם אפ"ה אמרינן שתנאם הוא לאפוקי מהסוברים דחולקין לפי המעות גם הרב בני אהרן סי' מ"א אחר שהביא דברי המבי"ט ז"ל כתב וכל זה מסופק עלינו בנדון שלפנינו דאפשר לומר דכיון דתנאם בריוח והפסד אינו לא לפי ממון ולא לאמצע לכך הוצרכו להתנות אבל לא להשתעבד לשלם מביתו ע"כ הרי דהסכים לדברי המבי"ט דדוקא שהתנאי הוא כפי הדין אז אמרינן דאהני תנאי לשלם מביתו ויש להקשות דברי הרב בית אהרן ז"ל דאם במקום שנשאל על דין זה הם דנין כהרמב"ם ז"ל א"כ מאי קאמר וכ"ז מסופק עלינו בנדון שלפנינו וכו' הא אפילו בלא תנאי כלל אית ליה להרמב"ם שחייב השותף לשלם מביתו ואם אין דנין כסברת הרמב"ם ז"ל א"כ אפילו אם יהיה נדונו שהתנאי היה לפי מנינם כיון שבאותו מקום אין דנין כהרמב"ם איצטריך התנאי דלא נימא יחלק לפי מעות ואם באותו מקום דנין כסברת הרמב"ם בחדא ופליגי עליה בחדא כל כהאי גוונא הו"ל להרב לפרושי וא"כ לפי דעת המבי"ט והרב בני אהרן ז"ל במקום שיכולים לומר קי"ל שתופסים דגל הקי"ל בכל גוונא שיהיה תנאם לא אמרינן דחייב השותף לשלם מביתו דאהני תנאם בשביל סדר חלוקתם ובמקום שדנים כסברת הרמב"ם ז"ל אפי' בלא תנאי כלל חייב השותף לשלם מביתו ובמקום שקבלו עליהם הוראת מר"ן ז"ל בארצות הללו ומר"ן ז"ל בסי' קע"ו סעיף ה' פסק כדעת הרמב"ם ז"ל שאם נשתתפו בסתם חולקים בשוה לפי מנינם ולענין אם חייב השותף לשלם מביתו לא נתברר דעתו להיכן הדין נוטה א"כ אם התנו שיהיו חולקים בשוה ודאי דאהני התנאי אפילו לשלם מביתו דאל"ה למה התנו אבל היכא דהתנאי אינו לפי מנינם באנו למחלוקת הרבנים הנז' דלהרב דרכי נועם כל היכא שהתנו חייב השותף לשלם מביתו ואפי' שיהיה התנאי היפך הדין ולפי דעת המבי"ט ז"ל והבני אהרן ז"ל אינו חייב לשלם מביתו וכדכתיב' ובודאי דיכול המוחזק לומר קי"ל כהרבנים הנז' דאינו חייב לשלם מביתו ואפי' אם תפס שכנגדו נראה לומר דמוציאין מידו כיון דהרב דרכי נועם יחיד בסברא זו ואין דבריו של אחד במקום שנים ויכולני לומר דאפי' אם היה התנאי שיחלקו בשוה לפי מנינם אפ"ה אמרינן דאינו חייב לשלם מביתו וכתב א"כ למה התנו כיון שדעת מר"ן ז"ל שקבלנו הוראותיו אפילו אם נשתתפו סתם חולקין בשוה א"כ למה התנו בודאי כדי להתחייב לשלם מביתו

איכא למימר דע"כ לא קאמר הרמב"ם ומר"ן דחולקין בשוה אלא דוקא היכא שנשתתפו בסחורה שאינה ראויה לחלק אבל אם קנו סחורה הראויה לחלק ומכרו אותה יד על יד אפילו לדעת הרמב"ם ומר"ן ז"ל חולקין לפי המעות עיין בב"י ובסמ"ע סי' קע"ו וא"כ סתם המשתתף עם חבירו לוקח איזה סחורה שיזדמן לו ומוכר על פי מה שיזדמן לו משום הכי הוצרכו להתנות שתהיה חלוקתם בשוה לפי מנינם ולא לפי המעות וצ"ע על המבי"ט ז"ל ועל הפוסקים ז"ל שהביאו דבריו ז"ל ולא הרעישו מזה כלום וראיתי להרב נאמן שמואל סו' סי' ק' אחר שהביא דברי המבי"ט ז"ל כתב ז"ל והרב המבי"ט כתב כן לדעת הרמב"ם ולענד"ן דכן הוא הדין לדעת הרמ"ה ז"ל אם התנה בפי' להיות ההפסד שוה בשוה דמאי שנא דכיון דמשועבד בקנין ע"ז הוי כחוב גמור והכי מוכח מדברי הטור שאחר שכתב דין דהשכר וההפסד לאמצע הביא דברי הרמ"ה דה"מ בגוף הממון וכו' וכן הרמ"ה הוא מכת הסוברים דהוי לאמצע וכו' וסיים שם וכ"ז בנשתתפו סתם וכו' וק"ל עכ"ל ודבריו אלו מסופקני בהם אם כוונתו לחלוק על דברי המבי"ט וכו' דס"ל אם מכח יתור התנאי דרשינן ליה לטפויי אתא לשלם מביתו ואיהו ס"ל דאפילו יהיה התנאי באיזה אופן שיהיה אפ"ה אמרינן שחייב לשלם מביתו כדעת הר"ן ז"ל או דילמא דס"ל כדעת המבי"ט ז"ל ודוקא היכא שהתנאי מיותר בלא"ה היו חולקין כן מש"ה אהני התנאי לשלם מביתו וקאמר ליה להמבי"ט ז"ל דלאו דוקא לדעת הרמב"ם הדין כן אלא אפילו להרמ"ה הדין כן כיון דגם הרמ"ה ס"ל כדעת הרמב"ם דחולקים שוה בשוה א"כ אהני תנאם לשלם מביתו ולזה הפירוש נוטים דבריו יותר מדכתב אם התנו בפי' להיות ההפסד שוה בשוה אלמא הוא בכהאי גוונא וכן מדכתב וכן הרמ"ה הוא מכת הסוברים דהוי לאמצע דל"ל הא אלא ודאי דוקא למ"ד לאמצע והתנאי ג"כ הוא כן וכן ג"כ מדכתב לקמן על דברי הרדב"ז וז"ל אבל כד מעיינינן שפיר בדבריו אשכחן דקאי כדעת המבי"ט וכו' אלמא דס"ל איהו ז"ל כדעת המבי"ט אבל ע"פ פי' זה ק' בדבריו הרבה דמאי קא מביא ראיה מהטור ז"ל ומדברי הרמ"ה עצמו לקמן דאם התנו הכל לפי תנאם וישלם מביתו דע"ז דברי הרמ"ה ודברי הטור שהביאם משמע דבכל גווגא שיהיה התנאי בין לאמצע בין לפי המעות בין באופן אחר הכל לפי תנאם וישלם מביתו ולפיכך פי' פי' זה דוקא. אם היה התנאי שוה בשוה ועוד קשה מאי קאמר ג"כ לקמן וא"כ כל אנפין שוים דבנ"ד אם התנו שיתחלק הריוח או ההפסד לפי המעות וכו' הא דוקא אם היה התנאי בשוה הוא דהדין כן ואפי' את"ל דמלת לפי המעות ט"ס היא וצ"ל בשוה אכתי קשה דאם באותו מקום שנשף שאלה זו הם תופסים דגל הקי"ל א"כ אהני תנאם לדעת כיצד יחלוקו ואם ס"ל כהרמב"ם ז"ל א"כ אפילו בלא תנאי חייב לשלם מביתו וע"כ לומר דס"ל כדעת

הר"ן ז"ל דכל שהתנו בכל אופן שיהיה התנאי חייב לשלם מביתו וגם על המבי"ט ז"ל ודבריו שכתב לעיל באו שלא בהשגחה וצ"ע וא"כ כיון דהרב דרכי נועם פשיטא ליה דכל שעשו תנאי באיזה אופן שיהיה חייב לשלם מביתו וגם הרב נאמן שמואל דבריו נוטים כן אם תפס השותף משכנגדו אין מוציאין מידו דיכול לומר דגם דברי הרב נאמן שמואל הכי פי' כדברי הר"ן ומי יכול להוציא מיד המוחזק ואם לא תפס יכול שכנגדו לומר ג"כ קים לי כהמבי"ט ודעמיה דאפי' שעשו תנאי אם לא היה התנאי שיחלקו בשוה אינו משלם מביתו ולפי מ"ש לעיל אפילו אם היה התנאי שיחלקו בשוה אפ"ה אינו משלם מביתו דיכולים לומר דמה שעשו התנאי הוא בשביל סחורות הראויות לחלק דגם לפי דעת מר"ן שפסק כהרמב"ם אם לא התנו היו חולקים לפי המעות כמ"ש הסמ"ע סי' קמ"ו ע"ש וגם הרב בני אהרן ז"ל נסתפק אם עשו תנאי ביניהם אם חייב השותף אמנם מה שאני מסתפק בזה הוא שראיתי להטור בסי' קע"ו אחר שכתב דין זה דשנים שהטילו לכיס וכו' כתב וז"ל וכ"ז לא איירי אלא בנשתתפו סתם אבל אם התנו הכל לפי תנאם בין בריוח בין בהפסד ומסופקני אם דברים אלו חוזרים על דברי הרמ"ה ולומר כיון שהתנו משתעבד לשלם מביתו אם יצטרך או נאמר דאינו חוזר רק על הפרטים האחרים שבה ע"כ וכוונתו מבוארת דנסתפק אם נאמר כדברי הרב דרכי נועם או לא וראיתי להרב ב"ד בחושן משפט סי' ס"ז שהביא דבריו אלו וכתב עליהם ולא יכולתי להולמם ודבריו פשוטים כמו שכתבתי ואדרבא לפי הבנתו שהבין כן דברי הרב בני אהרן ז"ל דמהיתור דקאמר אינו היאך אפשר לומר דכונת הרמ"ה כן הא הרמ"ה ז"ל בכל גווגא שהתנו קאמר יתור לא שייך אלא דוקא היכא שהתנו שיחלקו בשוה דאם התנו בגוונא אחרינא לא הוי גוף התנאי מיותר דאיצטריך לגופיה ואם כוונתו על ההפסד שהוא מפסיד כיון דהתנו לשכר ממילא מש' דכן הוא להפסד דזה אינו במשמעות דבריו ונר' לא כדברי הרמ"ה וגם לא כדברי הרב בני אהרן ודו"ק:

סימן ל

כתב הרא"ש בתשובה כלל ק"ו סי' א' וז"ל שוכן סנה יצליחך בכל אשר תפנה וכו' על פקידו של ראובן שהפקיד ממון ראובן אחר שנפטר לב"ע ביד שמעון מפני אימת מלך שלא יעלוהו ממנו וכו' ויש בהם עוד עד אחד היודע שמסר הממון לידו ושמעון טוען שראובן היה חייב לו מלוה ע"פ כנגד הממון שהוא תופס משל ראובן ונסתפקת וכו' אמנם יש פנים אחרים לדין זה כי הפקיד פשע שמסר ממון ראובן ליד שמעון וכו' וחייב להחזיר הממון ליורשי ראובן נמצא שלא תפס שמעון משל ראובן כלום והיורשים תובעים ממונם מיד הפקיד כי פשע בו והשליכו לאיבוד והפקיד חוזר ותובע משמעון

אם יש לו טענה על הפקיד יכיל לטעון אבל אינו יכול לעכב הממון בעד שום טענה שיש לו על ראובן ועל יורשיו עכ"ל והוא ממש דומה לנ"ד דומה בדומה גם הריב"ש בתשובה סי' שצ"ג כתב וז"ל תשובה לפי מה שנראה מלשון השאלה אין ללאה עידי פקדון וראיה אלא הודאת המורשה שהודה בעד רחל שלאה בשליחותו של ראובן מסרה החפצים לרחל והיא טוענת על החפצים ההם מחמת ראובן הנז' וא"כ נאמנת היא בכך דהא איכא מיגו דלהד"מ או דהחזרתי וא"כ נאמנת לומר שבשליחות ראובן מסרתם לידה ואעפ"י שהיא מודה שבאו לידה מיד השליח ולא מיד ראובן בעל החפצים עצמו ודמיא לההיא עובדי דבפ' הכותב ההוא בקרא וכו' ואעפ"י שהבעל חוב תפסו מן הבקרא והבקרא חייב לשלם ליתומים וכו' אעפ"י כן נאמן הבע"ח לומר מחיים תפיסנא ליה במגו דאי בעי אמר לקוחים הם בידי בנדון זה א"כ נאמנת רחל לומר חפצים אלו בשם פלוני בשליחותו מסרתם לאה לידי ואעפ"י שבודאי לאה חייבת לראובן להחזיר לה החפצים שהרי לפי דבריו לא בשליחותו של ראובן מסרתם לרחל וכיון שאין לרחל ראיה מטענתה על ראובן אלא שהיא נאמנת מדין מגו יכול ראובן לומר ללאה אני לא הייתי חייב דבר לרחל ואת גרמת לי נזק בפשיעותך וכו' וא"כ תאמר לאה לרחל כיון שאני חייבת בנזק זה לראובן הרי את גרמת לי הפסד זה והרי הוא כאילו תופסת משלי לא היא דאמרה לה רחל ללאה את גרמת נזק לנפשך שחייבת עצמך בטענה של שקר שאם היית אומרת דברים כהוויתן שמסרתם לי בשליחות ראובן כמו שהוא אמת היית נאמנת דומיא דההיא בקרא שמתחייב ליתומים בהודאת פיו שאומר שלאחר מיתה תפסיה וכו' אבל אם היתה רחל מודה ללאה שמסרתם לה סתם ולא בשליחות ראובן בפי' אעפ"י שטוענת רחל שהחפצים הם של ראובן ויש כאן מיגו אעפ"י כן חייבת להחזיר ללאה שהרי לאה חייבת להחזירם לראובן וא"כ רחל עתה גוזלת מידה ומשלה תפסתם ואינה יכולה להיפטר ממנה בשום טענה ולומר לה תטעני לראובן שהוא חייב לי כך וכך ומפני זה אין במסירתך לי החפצים פשיעה וכו' דהתם כגון שהוא ודאי חייב לו אבל בנ"ד שאין לרחל שום ראיה מחוב של ראובן וכו' ודאי חייבת לאה להחזירם לראובן וכ"ש אם רחל חייבת להחזירם ללאה שהרי לא מראובן היא תופסת אלא מלאה שאינה חייבת לה כלום וכו' עכ"ל:

ולכאורה דברי הרא"ש אלו סותרים לדבריו בפסקיו בהכותב בעובדא דההוא בקרא שכתב וז"ל והדין הוא דינא דגמרא וכו' אבל האידנא דמשעבדי לב"ח וכו' ואי לית ליה לב"ח ראיה אלא שמחמת תפיסה הוא זוכה מחייב בקרא לשלומי עכ"ל הרי להדיא דס"ל דאעג"ב דחייב הבקרא לשלם ליתומים אפ"ה תפיסת הב"ח הויא תפיסה ואחרי

כותבי ראיתי להמ"ל בפ"ג מהלכות מלוה ונראה לישב דברי הרא"ש אהדדי עפ"י מ"ש תשובה להריטב"א הביאה הב"י ז"ל בח"מ סי' פ"ג וז"ל וכתב עוד והיכא שהשאיל ראובן כליו לשמעון וחזר שמעון והשאילם ללוי ובא לוי לתפוס בהם בשביל ראובן ויש לו מגו יכול שמעון לתובעו מלוי או לא מי אמרינן דהוי כעובדא דאבימי או לא והשיב נראה דלא דמיא דהכא כיון שכתוב שאלו קיבלם משמעון נתחייב להשיב לו השבה גמורה וכו' ומיהו אם לא הפקידו שמעון ללוי אלא שתפס בי מרשות שמעין או מידו שלא מדעתו נראה שתפיסתו תפיסה ואידך חייב לשלם לפי שפשע בשמירתו עכ"ל הרי שיש חילוק בין היכא שבא ליד הב"ח בתורת שאלה או פקדון ובין שתפסו הוא בעצמו בע"כ של הנפקד דאם בא לידו בתורת פקדון לא הוי תפיסתו תפיסה ומחייב לאהדורי ואם תפסו הוא בעצמו מיד הנפקד אע"ג דהנפקד חייב בו אפ"ה הויא תפיסתו תפיסה ומעתה נתיישבו דברי הרא"ש ז"ל דבתשובה איירי שבאו ליד הב"ח בתו' פקדון ומש"ה חייב להחזיר ולא הוי תפיסה ובפסקיו איירי שבאו ליד הב"ח ע"י תפיסה ומש"ה כתב דמחייב הבקרא לשלומי כדברי הריטב"א ז"ל ודו"ק אבל הריב"ש ז"ל לא ס"ל חילוק זה אלא ס"ל דכל היכא דאפי' נתפס מן הנפקד חייב ולא היה יכול לומר לו הבע"ח היה לך לטעון כו"כ אזי מחייב הבע"ח לאהדורי והוי כאילו תפס ממון הנפקד עצמו ומחייב להחזיר עיין היטב בדבריו שכן הוא נמצא שאם תפס הב"ח מיד הנפקד שלא מדעתו במחלוקת היא שנויה דלהרא"ש ז"ל ולהריטב"א ז"ל אע"ג דמחייב הנפקד מפני שלא שמר כראוי אפ"ה תפיסת הב"ח הויא תפיסה ולהריב"ש ז"ל לא הויא תפיסה כיון שהנפקד חייב הוי כאילו תפס ממונו ומחייב לאהדורי ודו"ק:

ולכאורה תשו' הרא"ש הלזו היא נגד סוגית הגמרא דפרק הכותב דף פ"ג בעובדא דההוא בקרא דתפסיה תורא מיניה וכו' א"ל אית לך סהדי דתפסיה א"ל לאו א"ל מיגו דיכול לומר לקוח הוא בידי יכול נמי למימר מחיים תפיסנא וכתב הרא"ש בפסקיו וגם המפרשים ז"ל דההיא בקרא לא הוי בעד אחד שקם לשבועה לפי שבעל דבר הוא שחייב לשלם ליתומים הרי דאעג"ב דחייב לשלם הבקרא אפ"ה הבע"ח שתפס ממנו מהני תפיסתו ולקושיא זו יש לומר דשאני הכא דאע"ג דחייב הבקרא אפ"ה מהני תפיסת הב"ח כמו שכתב הריב"ש דמצי א"ל הב"ח לבקרא את הוא דאפסדת אנפשך דאי הוית טעין כמותי דמחיים תפיסנא ליה כמו שהוא האמת לא הוית מפסיד מידי אבל עדיין קשה ממ"ש התם בפסקיו וז"ל והדין הוא וכו' ועוד קשה מעובדא דאבימי דהכותב ד' פ"ד דא"ל מיגו דיכול לומר לא היו דברים מעולם יכולים לומר סטראי נינהו, ואע"ג דחייב השליח לשלם כדמסיק התם הש"ס ועובדא דאבימי ג"כ גריעא מאילו תפס הבע"ח עצמי

דהשליח בעצמו מסרו לו בתורת פרעון ולא על מנת להחזירו לו עוד כמו פקדון דבעינן דליעביד ליה השבה מעליא:

ומעתה ליכא לאקשויי מה שהקשה מוהר"א ששון ז"ל בתשו' סי' ק"א על תשובת הרא"ש ז"ל מתשובת הרא"ש דכלל ע"ט המתחלת יקבל הח' את תשובתו וז"ל וכו' יש להתיישב במה שאמר בתשובה יקבל הח' וז"ל ומה שכתב אי מצי יהודה למימר קי"ל שהרי בתשו' הפקיד כתב שהיה נאמן במה שטוען חייב לי במגו דהחזרתי הממון וכו' ועכ"ז כתב שיש פנים אחרים בדין זה ותלה הדבר נמצא שלא תפס מנכסי ראובן כלום וכו' וא"כ בתשו' יקבל הח' וכו' קשה דמ"ש דטעמא דלא מצי למימר מוחזק אנא משום דהם טענות סותרות הא לאו הכי מצי למיטען הכי יע"ש ולפי מ"ש לחלק בין היכא דבא ליד הב"ח בתורת פקדון ובין היכא דבא לידו בתו' תפיסה דלא בעי דליעביד ליה השבה דאז מהני תפיסתו וכ"ש היכא שהנפקד בעצמו נתנו לו בתו' פרעון בתשו' דיקבל הח' וכו' שהאחים בעצמם נתנו לו הממון בתו' פרעון ולא על מנת להחזיר ודו"ק:

גם מה שהביא הרב מוהר"א ששון ז"ל משם הבעל התרומות שהביאו הטור בסי' קנ"ה שחילק על דברי הרא"ש של תשו' הפקיד לפי מ"ש לעיל שיש לחלק בין שבא ליד הב"ח מיד הנפקד בתו' פקדון דאז דוקא לא הוי תפיסתו תפיסה משום דבעי דליעביד ליה השבה מעליא משא"כ כשהנפקד עצמו נתנו לו להשיבו לבעליו ולא לחזור אליו עוד דאז ודאי אי הוה ליה מגו כנגדו היה נאמן לומר שהמפקיד חייב לו אעפ"י שהנפקד חייב לשלם למפקיד וכההיא דבקרא וכההיא דאבימי:

ומעתה עפ"י מ"ש דיש לחלק בין כשהנפקד נתנו לו בתו' פקדון דבכה"ג לא מהני תפיסתו לכשנתנו אז בתו' פרעון או להשיבו לבעליו או שלקחו הוא בעצמו ע"י תפיסה א"ש דברי מור"ם ז"ל בסי' ח"ן ס"א דאחר שהביא המחלוקת בין השני יש אומרים הביא וכן מי שהפקיד ביד אחד וכו' וז"ל דאפילו ליש חולקין דס"ל דמהני תפיסתו בכל ענין אפ"ה בהפקיד לידו בתו' פקדון לכ"ע בעינן שיאמר שבשליחות אותו פלוני מסרו לידו וכו' זו אתיא ככ"ע ודברי הסמ"ע שכתב ר"ס זו קאי אדסמיך ליה דוקא ולא אי"א כבר היא תמוהה והשיגו עליו הב"ח והש"ך בזה והש"ך ז"ל כתב דס' זו קאי בשיטת י"א וי"א ודברי מור"ם אינם מסודרים ולפי מ"ש אתי הכל על נכון וכו' מדברי הע"ש ז"ל שהשמיט הב' סברות דבתחילה כתב ובע"כ דהאי טעמא וכן מי שהפקיד קאי בשיטת יש אומרים הא' שכתב הרב נמצא לפי דבריו ז"ל דלא מצינן לאהדורי האי וכן מי שהפקיד איש חולקים וא"כ איך כתב עוד ומ"ש הרב אח"כ וי"א דוקא שבא ליד הנפקד קאי בשיטת היש חולקין וכו' דיש אומרים אלו באו לתת חילוק בדברים הא' דהא דאמרינן בעינן

שיזכור לו אותו בפי' ואם לא הזכירו לו לא יכול לעכבו היינו דוקא כשבאו ליד הנפקד בתו' פקדון אבל אם תפסו מהני וא"כ בבאו לידו בתו' פקדון מודו דבעינן שיזכור לו אותו בפי' וכיון דהם קיימי בשיטת היש חולקין א"כ מ"ש דאם וכו':

סימן לא

כתב הרשד"ם ח"מ סי' קס"ט דכל זמן שעדיין יש בין השותפים איזה סחורה שלא נחלקה עדיין השותפות קיימת ומה שהרויח אחד בפני עצמו מחוייבים להביאו לאמצע ולחלוק אותו ביניהם ואתי עלה מתרי טעמי הטעם הא' כיון דמן הדין אינם יכולים לחלוק כיון שעדין לא הגיע הזמן א"כ אפי' מחלו זה לזה והסכימו שניהם לחלוק כל עוד שלא נגמרה החלוקה ביניהם ונשאר דבר מה שלא חלקו ביניהם יכולים לחזור בהם ולעכב זה על זה מלחלוק ומאי דהרויחו ביני ביני הוא לאמצע. והטעם הב' דאפילו שלא יש זמן ביניהם דיכולים לחלוק כ"ז שירצו כ"ז שלא חלקו או חלקו קצת ועדין לא נגמרה החלוקה ויש עדין איזה סחורה מן השותפות שלא חלקו אותו עדיין השו' קיימת וכיון דעדין השותפות קיימת א"כ חייבים לקיים תנאם מה שהתנו בתחילת השותפות דלא אתי דיבור ומבטל מעשה ונפקא מינה בין טעם הב' לטעם הא' דלטעם הא' הדין הוא דוקא בהסכימו לחלוק תוך זמן השות' אבל אם היתה שותפותם בסתם או שכבר עבר זמן השותפות אין מחויבים לחלוק זה על זה הריוח שהרויח כ"א בפני עצמו אבל לטעם הב' אפילו אם תהיה שותפותם בסתם או שכבר עבר זמן השותפות קיימת וחייבים לקיים תנאם כל מה שהתנו בתחילת שותפותם ולטעם הא' מלבד שחייבים לחלוק הריוח מאי דביני ביני עוד בה דמעכבים זע"ז שלא לחלוק עוד עד כלות הזמן דכן כתב בפי' וז"ל וא"כ אעפ"י שהסכימו לחלוק עדין יש בכל אחד מהם כח לחזור ולעכב מלחלוק והשותפות במקומו עומד אבל לטעם הב' כיון שכבר עבר הזמן אינם יכולים לעכב זה על זה מלחלוק אלא כ"ז שלא גמרו החלוקה עדיין השותפות קיימת ביניהם ולענ"ד נראה כמו דלהטעם הא' אפילו דמחלו זה לזה הזמן שקבעו ביניהם אפ"ה כיון דעדין לא הגיע הזמן יכולים לחזור בהם ולעכב זה על זה מלחלוק כן לטעם הב' אע"ג דעבר הזמן והסכימו לחלוק ומחלו מעכשיו זה לזה התנאים שהיו ביניהם כ"ז שלא נגמרה חלוקתם יכולים לחזור בהם ולהתנהג ומאי דביני ביני עד גמר החלוקה בתנאים שהתנו ביניהם בתחילת שותפותם עד גמר החלוקה דמאי שנא הא מהא כמו שבזמן הקבוע לשותפות אע"ג דמחלו זה לזה יכולים לחזור בהם כיון דעדין לא הגיע הזמן ה"נ בעבר הזמן השות' כיון שעדין יש שום סחורה שלא חלקו והשות' קיימת א"כ אם מחלו ביני וביני איזה תנאי זה לזה יכולים לחזור בהם ולעכב זע"ז שיתנהגו עד גמר החלוקה בתנאים שהתנו ביניהם בתחילת השו'

וזה פשוט וכ"כ להדיא הרב מוהרש"ך בח"א סי' קל"ט יעש"ב וא"כ זכינו לדין דאפילו בדיני של מהרשד"ם אמרו בפי' זה לזה כל אחד נרויח לעצמו ואפ"ה חייב אותם לחלוק זע"ז הריוח שהרויח הא' בפני עצמו כיון דס"ל דיכולים לחזור מדיבורם ולעכב מלחלוק א"כ ה"ה נמי אם אמרו בפי' כל אחד נרויח לעצמו יכולים לחזור בהם ולחלוק הריוח זע"ז פי' דאפי' בעבר הזמן הוכחנו למעלה דאפילו מחלו זה לזה שום תנאי נראה בין הסכמת החלוקה ובין גמר החלוקה יכולים לחזור באותו תנאי וכנראה מדברי מהרש"ך כ"ש וק"ו בנדונו של מהרשד"ם שעדין לא הגיע הזמן שבודאי הגמור כל שלא גמרו החלוקה אעפ"י שלא הסכימו מחלו זה לזה שום תנאי שיכולים לחזור בהם כ"ז שלא הגיע הזמן ה"נ נימא דאם מחלי שום תנאי זה לזה כ"ז שלא הגיע זמן של השותפות דיכולים לחזור בהם וזה פשוט ומה גם בנדונו של מהרשד"ם כתיב להדיא בשאלה שהלך כ"א ונושא ונותן בפני עצמי דהו"ל כאילו פי' בהדיא שכל אחד ירויח לעצמו ועכ"ז פסק הריוח הוא לאמצע והוצרכתי לכל זה הוא מפני שראיתי להרב כנה"ג בסי' קע"ו הגה"ט אות קס"ח שהביא תשו' מהרשד"ם הלזו ותמה עליו ובסוף דבריו כתב וז"ל איברא שראיתי בשאלה שהובאה בהראד"ב ז"ל שינוי משאלה שהובאה במהרשד"ם וכו' וא"כ בהרשד"ם שלא זכר בשאלה שאמרו מכאן ואילך נרויח לעצמנו וכו' אבל אם היה כ"ז כן בשאלה היה פוסק הרב דנמחל שיעבודו וכו' ע"כ ליתא כמו שהוכחתי דודאי מהרשד"ם פליג עם מהראד"ב בהא וס"ל דאפילו אמרו כן בפי' זל"ז יכולין לחזור בהם:

ונראה לישב דברי הכנה"ג וכדי שלא לעשות מהראד"ב חולק עם רבו מהרשד"ם ז"ל דס"ל למהראד"ב דאנה"נ דאפי' שהסכימו לחלוק השותפות בפירוש כל שעדין לא הגיע הזמן ולא נגמרה החלוקה יכולים לחזור ולעכב שלא לחלוק וכ"ת כ"ז שנשאר שום דבר שלא חלקו אפילו שכבר עבר הזמן והסכימו לחלוק השותפות קיימת וחולקים בריוח כבתחילה כ"ז שלא נגמרה כל החלוקה אבל אם אמרו בשעה שהסכימו לחלוק כ"א נרויח לעצמנו ס"ל למהראד"ב דזה אינו עוקר עיקר השותפות אלא זה תנאי בפני עצמו דוכי כל השותפים משעבדים גופם זה לזה לכל מה שירויחו אלא עיקר השותפות היא בממון שמשתתפים עליו ובזה אע"ג דכ"ז שנשאר דבר מן השותפות עדין הם משותפים באותו ממין שנשתתפו עליו וכ"ז שלא הגיע הזמן אפי' שנתרצו לחלוק אותו ממון יכולים לחזור כיון דעוקר עיקר השית' לא כן בזה דכ"א ירויח לעצמו זה הוי תנאי חדש ויכולים השותפים לחדש תנאים ס"ל למהראד"ב היפך דברי מהרש"ך ח"א סי' קל"ט שכת' לעיל וזה הוא אמת בדעת מהראד"ב ולענין חלוקת השותפות תפס במושלם דאם שמעון מוחזק יכול לחזור בו מהחלוקה ואעפ"י שהסכימו בפי' שנתרצו לחלוק אפ"ה

לא אתי דיבור ומבטל מעשה ודוקא לענין הריוח שהרויח כ"א לעצמו ס"ל למהראד"ב דמהני דיבורם שאמרו כל אחד נרויח לעצמו והרב נאמן שמואל סי' ק"א הביא דברי מהראד"ב הללו ודחה ראיותיו ואפילו לענין הריוח שהרויח כל אחד לעצמו לא מהני אלא דוקא אם אמרו כן בפני שנים דודאי לאו פטומי מילי אבל בינם לבין עצמם אעפ"י שמודים זה לזה לא מהני יעש"ב. נמצינו למדים דלדעת מהרשד"ם ז"ל כל שהוא תוך זמן השותפות או אפילו אחר זמן השותפות כ"ז שלא ביררו חשבונותיהם או שנשאר שום סחורה שלא נחלקו עדין ביניהם והלכו והרויחו כל אחד לעצמו הריוח הוא לאמצע ובזה יפה תוך זמן מאחר זמן דתוך זמן יכול לחזור ולבטל החלוקה שהסכימו לחלוק אבל לענין הריוח שוים הם וגם דעת מהראד"ב כן הוא אלא דוקא בהא יצא לידון בדבר חדש דאם אמרו בפי' שכל אחד ירויח לעצמו מהני והרב נאמן שמואל הסכים עמו דאם אמרו כן בפני שנים והרב מהרש"ך בח"א סי' קל"ט חלוק עליהם אף בזו וס"ל דכ"ז שלא ביררו חשבונותיהם ואח"כ עשו מה שרוצים להתנות לא מהני כמ"ש לעיל אכן מדברי הרב"ח בתשו' סי' כ"ח נראה דס"ל דכל שנתרצו לחלוק ומחלו זה לזה שיעבוד השותפים בפני אנשים ובמעמד גמור נסתלק שיעבודם זה מעל זה ואפי' בתוך הזמן יעש"ב דשאילתו סחורה שהיה זמן למכירתה והו"ל בתוך הזמן ומחייבים זה את זה לחלוק מיד ואפילו קודם חלוקה נסתלק שיעבוד שהיה להם זה על זה וא"כ דון מינה לשאר השותפים שאפילו שהיתה שותפותם בכל מה שירויחו כיון דמחלו זה לזה באופן דליכא פטומי מילי לא נשאר להם שיעבוד זע"ז בשותפות והריוח כל אחד לעצמו אעפ"י שעדין לא חלקו ואעפ"י שיש לדחות מ"מ כן הוא האמת וכ"ן מדברי הרדב"ז בח"א החדשות סי' שכ"ו וז"ל דמיד שמחל נמחל השיעבוד יע"ש ועיין בס' בני אברהם סי' ג"ן ועיין במהרי"ט סי' ק' שכתב דלא בעינן מחילה בפי' אלא דברים המוכיחים שהוא מוחל סגי גם הרב הכנה"ג והכותב שהביא הרב נאמן שמואל דחו דברי מהרשד"ם דסי' קס"ט וכל שלא כתב הרמב"ם דאם נשאר שום דבר שלא חלקו דהשותפות קיימת אלא לענין בזה שבועה כיון דעדין יש שום דבר שלא חלקו אותו ומדין שותפים שייכא בהו שבועה אבל אם לא נשאר ביני הם שום דבר שלא חלקו ולא תבעו השבועה בודאי מחלו אותה אבל לענין שנאמר דאם נשאר שום דבר שלא חלקו גם אם הרויח כ"א בפ"ע יחלוקו זה לא יעלה על דעת וא"כ יכול המוחזק לומר קי"ל:

סימן לב

כתב מהריב"ל בתשו' סי' קי"ד ח"ד וז"ל ומה שיש להסתפק בזה הענין שאם כתוב בכתובה שנשבע לקיים התנאים הכתובים שכך הוא היה וכו' אם נאמר דמספיקא לא

מפקינן ממונא הנ"מ היכא דליכא שבועה אבל היכא דאיכא שבועה אית לן למימר דס' שבעה להחמיר והא נמי ליתא דאית לן למימר דלא נשבע זה האיש אלא לקיים מה שיהיה חייב מן הדין וכבר כתבתי בזה פסקים והוכן בראיות ברורות זה הענין והבאתי אותה התשו' מהרשב"א שכתב מוהרי"ק בשורש פ"ד על הנשבע לחבירו שיפרענו לזמן פלוני והגיע זמן השמיטה קודם הפרעון והוא שממון אין כאן שבועה אין כאן ויש בזה חילוקים דזימנין חלה השבועה וזימנין לא חלה ואם ירצה השואל לעמוד בעיקרא דהאי מילתא יעיין בס' הא' ומשם יבין דאית לן למימר שלא חייב עצמו אלא במה שהוא חייב מן הדין הגמור אלא להבא שיקיים מה שיהיה חייב מן הדין ויהיה ציית לדינא ולכאורה דבריו ז"ל תמוהים דהוא בעצמו סתיר דידיה אדידיה ה שהרי כתב בפסק של תביעת הדם וז"ל ואם לחשך אדם לומר דכתב הרשב"א וכו' וכיון דכן הוא ובנ"ד ליכא פלוגתא דרבוותא ולא אפשר למיקם עלה דמילתא ואיכא בהסכמה חרם ושבועה הרי ספיקא דאורייתא לחומרא איברא שכן כבר מעשה בא לידי כיוצא בזה וכתבתי פסק דין עליו והבאתי תשו' להרשב"א על הנשבע לחבירו שיפרענו לזמן פלוני והגיע זמן השמיטה קודם הפרעון וכו' ואותו הגאון שכתב פסק עליו כך היה שראובן אמר לשמעון כל מה שתתן ללוי אני ערב לך ולא פי' דבר קצוב ונשבע ראובן וקיבל על עצמו חרם לפרוע בעד לוי ופסקתי דכיון דכ"ע לאו דינא דהרמב"ם גמירי וכו' וזה האיש טעה וחשב שהיה חייב באותו ערבות ומה שנשבע היה לזרז על הפרעון ולהבטיחו שלא יעבור לו המועד וכיון דאיגלאי מילתא למפרע דלא היה חייב מן הדין ומשום דיכול לומר קי"ל א"כ השבועה היתה בטעות דמאי דנשבע לו לא היה אלא שחשב דהיה חייב לפרוע מן הדין אבל כשאדם נשבע בדברים ידועים לכל שאינו חייב עליו מן הדין כגון הנהו עובדי דתשו' הריב"ש כגון שלא משך את היין ונשבע לפרוע לזמן פלוני וכגון ההיא דאסמכתא שהם דברים ידועים לכל שאינם חייבים בהם מן הדין בוודאי כשנשבע לחייב את עצמו נשבע דאל"כ על מה נשבע זהו הכלל מה שכתב באותו הפסק ואיברא דנ"ד לא דמי להוא נדון ומ"מ יש להסתפק וכו' או אם נאמר כשאנשי הקהל נתחייבו בחרם הזה לא נתחייבו אלא לקיים עליהם מה שיהיו חייבים מן הדין עפ"י התנאי שהתנו ואז לא היה בכאן חרם ושבועה לא היו חייבים מצד הדין וכו' כיון דהוי ספיקא ופלוגתא דירבוותא אי הוי תנאה או לא וזוזי היכא דקיימו לקיימו א"כ אם השבועה והחרם לא חלו עליהם ויש פנים לומר דסוף סוף קיבלו עליהם חרם ושבועה ולדעת קצת הפוסקים התנאי אינו תנאי ולדעתם החרם הוי חרם ואעפ"י שיש חולקים ספיקא מיהא הוי וספק חרם ושבועה להחמיר ואיברא דכיו דיש פנים לכאן ולכאן אין ולאו ורפיא בידי וראו להחמיר

בספיקות מחרמים ושבועות וכו' עכ"ל הרי מתשו' זו מוכח דס"ל דספק חרם ושבועה להחמיר גם בכלל י"ג בתחי' סי' ע"ז נראה ג"כ דס"ל דספק חרם להחמיר ודוקא היכא דאיכא ס"ס הוא דמקלינן יע"ש אבל לתרץ דבריו ז"ל דלא ליהוו כסתרן אהדדי צריך לדקדק בדבריו ז"ל דאותה תשו' דתביעת הדם דאחר שכתב איברא וכו' והביא דבריו של עצמו שפסק דפטור על הערבות אע"ג דאיכא פלוגתא דרבוותא ואיכא שבועה וס' שבועה להחמיר משום דאיכא למימר דיו וכו' א"כ השבועה היתה בטעות דמאי דנשבע לא היה אלא שחשב שהיה חייב לפרוע מן הדין וכו' כתב ואיברא דנ"ד לא דמי לההוא נדון וכו' ולכאורה לא נראה לנו הפרש ביניהם דשניהם הם פלוגתא דרבוותא ובשבועה וא"כ מאי בינייהו והנראה לענ"ד לחלק ביניהם והוא דס"ל להרב ז"ל דיש חילוק בין אם עיקר הדבר שנשבע ונתחייב בו אי הוי פלוגתא דרבוותא וכן אי הוי עיקר הדבר שנתחייב בו מחוייב מן הדין אלא דאיכא ביה תנאה ואותו תנאי הוי פלוגתא דרבוותא דבדבר שעיקר החיוב במחלוקת הוא שנוי אעפ"י שנשבע עליו אמרינן שבועתו בטעות היתה שאילו היה יודע שאינו חייב לא היה נשבע כמו ההיא דערבות אבל כאן דעיקר השבועה והחיוב הוא מוסכם אליבא דכ"ע אלא שיכול לפטור עצמו מטעם תנאי ועיקר השבועה יש לה מקום לחול אליבא דכ"ע אם נתקיים התנאי אלא שהתנאי עצמו איכא פלוגתא אי הוי תנאה או לא וא"כ לא שייך לומר בנדון זה דשבועה בטעות היתה התם בעיקר השבועה לא היה טעות כלל וא"כ לא דמי להההיא דערבות כלל וע"ז נפל הספק אם נאמר כשנתחייבו בחרם לא נתחייבו אלא לקיים עליהם מה שיהיה מן הדין על פי התנאי שהתנו ביניהם ואילו לא היה בכאן חרם ושבועה לא היו חייבים מצד הדין וכו' א"כ גם השבועה והחרם לא חלה עליהם ויש פנים לומר דסוף סוף קיבלו עליהם ויש לה מקום לחול ואינה בטעות ולדעת קצת פוסקים התנאי אינו תנאי וא"כ הם נכשלים בחרם לדעתם ואעפ"י שיש חולקים ספיקא מיהא הוי וס' שבועה להחמיר זה נראה בישוב תשו' זו אבל עדין ההיא דסי' קי"ד ח"ד לכאורה היא דומה ממש לאותה תשובה של תביעת הדם דומה בדומה דמה שנתחייב ונשבע לקיים התנאים הכתובים בכתובה חייב בהם מן הדין הגמור שהרי בעיקר החיוב לא יש מחלוקת כלל הספק הוא בקיום התנאי והוה לן למיזל לחומרא כמו ההיא דתביעת הדם וע"ז נראה לומר דשאני ההיא דתביעת הדם דהיא מחלוקת הפוסקים ולאידך פוסקים הוי חייב מן הדין ועובר על שבועתו מש"ה א"ל דס' לחומרא משא"כ הכא דליכא מ"ד שהוא חייב אלא דלכ"ע כיון שהוא ס' הבעל מוחזק ולא נשבע אלא לקיים מה שהוא חייב מן הדין וכיון דליכא עליו חיובא מן הדין לכ"ע כיון דהוא מוחזק אפי' מן השבועה פטור ולא הוי ס' שבועה משא"כ ההיא

דתביעת הדם דיש פוסקים דס"ל דחייב וע"ד כן נשבע אעפ"י שיש חולקים עליהם ס' שבועה והוא לחומרא ועיין למהרשד"ם חי"ד סי' ע"ו שכתב חילוק זה וז"ל וההיא דריש כלל י"ג דחשש לס' חרם איכא לתרוצא בתרי גווני חדא כיון דהחרם הנז' לא הוה קיבלו מעצמו עד שנאמר דאדעתא דהכי נשבע ואדעתא דהכי לא נשבע אלא שהוא חרם קדום א"נ דהתם י"ל אנה"נ דאם היה האחד מוחזק כמו נ"ד והיה פטור מן הדין משום המע"ה גם מן החרם היה פטור אלא משום דהתם לא ידעינן אם נקרא מוחזק אם לאו דס' אם החזקות הם קרקע או מטלטלים וא"כ ספק אם מחויב אם לאו מש"ה אי"ל ס' שבועה ולחומרא יע"ש:

וראיתי להרב מוהריב"ל ז"ל בח"א כלל י"ב סי' ע"ו שנשאל על ראובן שאמר לשמעון כל מה שתתן ללוי אני ערב לך ולא פי' דבר קצוב ונשבע ראובן וקיבל על עצמו חרם וכו' ושאל השואל דכיון דמן הדין אינו חייב ראובן לשמעון משום דיכול לומר קי"ל כהרמב"ם דאין אדם מתחייב בדבר שאינו קצוב מ"מ יתחייב לפרוע מטעם השבועה או אם נאמר דכיון דפרעון אין כאן שבועה אין כאן והשיב וז"ל תשו' לכאורה יראה ממ"ש הריב"ש סי' שמ"ה בראובן שקנה חבית של יין ולא משך זולתי שטוען שמעון כי ראובן נשבע לפרוע לו כל מה שיעלה שהוא חייב לקיים שבועתו וכן כתב בשאלה סי' של"ה בראובן שמכר סחורה לשמעון וכו' והשיב דאפילו דמן הדין אינו חייב באותו קנס משום דהוי אסמכתא מ"מ ב"ד מנדין אותו עד שיקיים שבועתו וכו' וכד מעיינינן שפיר אשכחן דלאו מילתא היא ואעיקרא דדינא פירכא דשאני התם דכיון דהם דברים ברורים וידועים לכל בודאי דנשבע לחייב את עצמו מחמת השבועה דאם לא כן על מה נשבע אבל כאן אפשר לומר שטעה בדין וחשב דאליבא דכ"ע היה חייב באותו רבות וכו' וכיון דאיגלאי מילתא דלא היה חייב מן הדין משום דיכול לומר קי"ל כהרמב"ם א"כ השבועה היתה בטעות דמאי דנשבע לא היה אלא שחשב דחייב היה לפרוע לו מן הדין באותו ערבות ומוהר"י קולון בשורש פ"א כתב תשובה אחת בשם הרשב"א וזה לשון השאלה הנשבע לחבירו שיפרענו לזמן פלוני והגיע שנת השמיטה קודם הפרעון אם השבועה וכו' תשו' וכו' אבל אם אין לו פרוזבול וכו' השביעית משמטתו אפי' בזמן הזה הפקר ב"ד הפקר ולא נשבע זה לפרוע אלא כ"ז שהוא חייב שאילו מחל לו זה חובו אין חיוב שבועה חל עליו וכו' ולכאורה יש להקשות בזאת התשובה דלא ימנע מחלוקה או דס"ל להרשב"א דשנת השמיטה היא ידועה לכל אף בזמן הזה או דס"ל דלאו כולי עלמא ידעי שנת השמיטה וכו' אי ס"ל דשנת השמיטה אינה ידועה בודאי שזאת השבועה היתה בטעות וכמ"ש ולמאי איצטריך הרשב"א ז"ל לתת טעם לדבריו ולומר שאילו מחל זה

לזה חובו אין חיוב שבועה וכו' ואי הוה ס"ל להרשב"א ז"ל דשנת השמיטה היא ידועה לכל וזה האיש כשנשבע כבר ידע שיגיע זמן השמיטה ויהיה פטור מן הדין לפרוע לו ואפ"ה רצה לחייב עצמו בשבועה א"כ בוודאי שחלה השבועה עליו דאל"כ על מה נשבע וכמ"ש וכו' יעש"ב ולי הפעוט נראה לי דדבריו ז"ל תמוהים דמאי דחשיב לה בטעות משום דסבר דהוא חייב מן הדין ומש"ה נשבע וכו' דבר זה לא ניתן ליאמר אלא דוקא אם חייב עצמו מתחילה בתנאי לחודיה ואח"כ תבעו מחמת אותו תנאי והשיב לו שהוא מוכן לפורעו ונשבע לו על ככה אזי אנו אומרים דאותה שבועה היתה בטעות שאילו היה יודע שהוא פטור מן הדין לפרוע לו ואין מידו מציל אבל אם בתחילה כשעשו הערבות נשבע לו דאזי לא היה יכול שום אדם לומר לחייבו שיעשו הערבות וכו' והוא רצה לחייב עצמו בדבר שאינו חייב וחייב עצמו ונשבע ע"ז אינו יכול לומר אילו הייתי יודע שפטור לא הייתי נשבע דמי הכריחך לעשות הערבות ולישבע יודע בעצמך דאין עליך חיוב לעשות הערבות הנז' וא"כ בודאי אעפ"י שיודע אתה שאין חייב בה אעפ"י כן חייבת עצמך בה ונשבעת ע"ז והדברים פשוטים הם הרבה והסמ"ע בסי' ע"ג ס"ק כ"ח ודברי הש"ך ז"ל אינם מבוררין והדבר פשוט כמ"ש ודברי מוהריב"ל אמתיים כמו בנדון שכתב דהיינו מתחילה עשה הערבות לחודה בלא שבועה וחייב עצמו בה ואח"כ בא זה ותובעו ונשבע לו זה על הפרעון יכיל לומר ששבועתו בטעות היתה שהוא יודע סו"ס שחייב עפ"י הדין בערבות הנז' ומש"ה נשבע והיתה שבועתו בטעות ודו"ק ומה שהקשה על הרשב"א ז"ל נ"ל לתרץ והוא שיש לדקדק בדברי הרשב"א הלזו דלכאורה נראה דזמן הפרעון הוא אחר השמיטה וזה תימא כיון דהזמן הוא אחר השמיטה א"כ אמאי משמטן הא לא קרי ביה לא יגוש וכדפסק מר"ן ז"ל בסי' ס"ח ס"ג המלוה את חבירו וקבע לו זמן יו"ד שנים אין שביעית הבאה בתוך הזמן משמטתו דהשתא לא קרי ביה לא יגוש וא"כ מוכרחים אנו לומר דתשו' הרשב"א הלזו מיירי שהזמן שקבע לו הגיע קודם השמיטה וס"ל להרשב"א ז"ל דאעפ"י שעבר הזמן עדין אריא דשביעית רביעא עליה או מיירי נשבע לו לפורעו כשיבוא ויתבענו ולא בא ותבעו אלא אחר שהגיע זמן השמיטה ודלא כמור"ם ז"ל שהעתיק תשו' זו של הרשב"א בח"מ סי' ע"ג סעיף ז' והגיע השמיטה בינתים דנראה דזמן הפרעון לא הגיע אלא אחר זמן השמיטה דליתא כמ"ש ועיין בסמ"ע שישבו ומעתה באו דברי הריב"ה ז"ל על נכון דבין אם היה יודע השמיטה ובין שלא היה יודע לא שייך לומר שבועה בטעות דכשנשבע לפורעו הוא אפילו קודם השמיטה ולא לומר א"כ כיון שהוא יודע שהוא פטור ונשבע אדעתא דהכי נשבע וכו' דהפרעון קודם שהגיע זמן השמיטה הוא חיובו ודו"ק אחר כותבי כ"ז ראיתי שתשובת הרשב"א הלזו

היא במיוחסות וכתב וז"ל תשובה יש לך לדעת שאם הגיע השמיטה תוך זמן ההלואה אין השביעית משמטת וכו' וכן אם הגיע זמן ההלואה קודם שביעית ונשבע שיפרענו לזמן פלוני וביום פלוני ולא פרעו כבר עבר על שבועתו ושוב אין עליו חיוב שבועה וכו' דמאי דהוה הוה וכו' אבל אם אין לו פרוסבול שביעית משמטתו וכו' ולא נשבע זה לפרוע אלא כ"ז שהוא חייב וכו' ולכאורה דבריו ז"ל סתרי דידיה אדידיה דבתחילה אמר דלא משכחת לה שבועה בכה"ג לגבי שביעית וא"כ מהו דמסיים בדבריו ואפי' נשבע וכו' ומוכרחין אנו לישב דבריו כמ"ש דהיינו כ"ז שיתבענו ועיין בתשובה הנז' סי' רע"ט שכתב הוא עצמו הפך מ"ש כאן וצ"ע יצא לנו מן האמור דדעת מוהריב"ל דבפלוגתא דרבוותא אמרינן דס' שבועה להחמיר ובנ"ד כיון דלכ"ע פטור כיון שהוא מוחזק אמרינן דלא נשבע אלא לקיים מה שהוא חייב מן הדין ואין עליו לתא דשבועה כלל ואעפ"י שמצאנו ראינו להרב הגדול מוהרש"ך בנוספות סי' כ' ובח"ג סי' ל"ד שחלק על דינו של מוהריב"ל שפסק שהמתחייב בדבר שאינו קצוב בשבועה פטור יע"ש מ"מ בנדון דידן יתכן דמודה דשאני ההיא שחייב עצמו בדבר זה ונשבע עליו וא"כ אפי' שאם הוא בלא שבועה פטור מ"מ השבועה עצמה שנשבע על ענין זה עצמו מחייבתו אעפ"י שאינו חייב ולא הוי שבועה בטעות כמ"ש אבל בנ"ד השבועה עצמה לא היתה על זה דהיינו מי שהוא ספק נפל שיתחייב לשלם אלא השבועה היתה שיתחייב לקיים דבר זה דהיינו ההשבון והוא אומר שכבר נתקיים התנאי והשבועה דילד זה הוא בן קיימא והתנאי והשבועה לא היה אלא כשלא הניח זרע כלל או כשהניח ודאי נפל דהיינו בן ח' ולא גמרו סימניו אבל בזה שהוא ספק נפל דמן הדין פטור אני מן ההשבון מכח התנאי אם השבועה לא היתה עליו וכיוצא לזה כתב מהרש"ך ז"ל בח"ג סי' מ"ח בסוף התשו' וז"ל ואומר דנהי דבההוא נדון דהרמב"ם וכו' אמנם בנ"ד שהתנאי שהתנו בשעת הנשואין סובל שתי כוונות מה טעם לומר משום ס' שבועה למה שאמר שמה שנתחייב היה על כינה וכו' כיון שסובל ג"כ וכו' למה לי יכול המוחזק לומר על זאת הכונה שיש לפלוני בלשון נשבעתי וכו' יע"ש ודו"ק היטב דגם נ"ד נאמר כן ואפושי פלוגתא לא מפשינן הלא חזינן דפליג עליה בהא גם מהרשד"ם ז"ל בח"מ סי' צ"ט וקנ"ד אעג"ב דפליג עליה דמהריב"ל דמחייב עצמו בדבר שהוא מחלוקת הפוסקים וס"ל כמהרש"ך מ"מ בנ"ד נוכל לומר דמודי ואפושי פלוגתא לא מפשינן גם מה שפסק בא"ה סי' רל"ד דפלוגתא דרבוותא אמרינן ס' שבועה להחמיר בזה גם מוהריב"ל יודה דההיא דומה לפסק מוהריב"ל בענין תביעת הדם דהמחלוקת אינו בדבר שנשבעו עליו אלא בתנאי הוא המחלוקת יע"ש גם מה שפסק בי"ד סי' ס"ב דבספק איסור ריבית מוציאין מיד המוחזק ג"כ לא דמי לנ"ד דבנ"ד איכא למימר דלא

נשבע מתחילה ע"ד זה וכמ"ש גם מה שכתב שפסק הרא"ם ז"ל בח"ב סי' ס"ז וז"ל ואין לומר שאת"ל מכח תנאו פטור וכו' אף שבועה לא תחול עליו וכו' שהוראה זו לא נתקבלה וכו' דזה כמעט אפי' מוהריב"ל מודה בו דדבר זה אליבא דכ"ע והתנאי אינו חל דמתנה עמ"ש בתורה וכו' ואהני שבועה לקיימו דאל"כ על מה נשבע אבל בנ"ד יתכן שמודה הרב ז"ל גם הרב מוהר"א ששון ז"ל סי' קס"ב כתב להדיא הפך דעת מוהרשד"ם ז"ל דהיכא דאיכא איסורא וממונא לא אמרינן ס' איסורא לחומרא אלא אמרינן אוקי ממונא בחזקתיה יע"ש ודוקא במידי דאיסורא לחודיה אמרינן ס' איסורא לחומרא ובסי' קל"ט איסורא לחודא קרי לה הרב יע"ש ולא נצטרך להביא כל דעות הפוסקים ולהשוותם. לדעת מוהריב"ל אתה הקורא מבין מי שתוכל להשוותו בעיון שכלך עפ"י חי' שכת' למעלה ומי שלא תוכל להשוותו נימא אעג"ב דפליג עליה דמהריב"ל יכול לומר המוחזק קי"ל כוותיה דמהריב"ל ומהר"א ששון ז"ל וכמ"ש גם הרב עדות ביעקב סי' ל' הביא ס' מהריב"ל וכתב שכדבריו הסכים מוהרי"ט ז"ל וכתב אעפ"י שהרשד"ם חולק עליו וסובר דחייב לקיים שבועתו וכו' הנה עכשיו לא נ"ל מידי וכו' והרי קי"ל דבס"ס בדאורייתא נמי אזלינן לקולא וכו' ועוד דק"ל בדבר דשבועות דידן הם ת"כ דהוי מדרבנן וס' לקולא וכ"ש שאין הנשבע נותן ת"כ לכלה בעצמה עש"ב יצא לנו מן האמור דדעת מהריב"ל ז"ל היכא דעיקר החיוב שמתחייב בו ונשבע עליו אם בלא שבועה אינו מתחייב אליבא דכ"ע וזה חייב עצמו בשבועה דבר פשוט שחייב דאל"כ על מה נשבע אבל היכא שאם לא נשבע הוי חיובו פלוגתא דרבוותא ונתחייב בשבועה אמרינן דשבועתו בטעות היתה ואינו חייב אפי' מכח שבועה אבל היכא שהחיוב שנתחייב בו מתחייב בו אליבא דכ"ע בלא שבועה ונשבע עליו אלא שנולד אח"כ איזה טעם או סיבה או תנאי לפוטרו מן החיוב הנז' הוי בהפך מן החילוקין הנז"ל דהיכא שהפטור שפוטרו הוא מוסכם אליבא דכ"ע אז אפילו נתחייב בשבועה אינו חייב לקיים מכח השבועה דלא נשבע אלא לקיים מה שהוא חייב בו מן הדין מכח תנאו דהוי כאילו פרעו וודאי דכבר נפטר מכח השבועה אבל היכא שהפטור שפוטרו הוי פלוגתא דרבוותא אז הו"ל ס' שבועה ואזלינן בה לחומרא וכ"ז הוא מוכרח מכח הני תשו' של הרב הנז' וראיתי להרב פמ"א בח"א סי' קכ"ג כתב וז"ל וא"ת אכתי כיון דמחילה שמחלה האשה לבעלה במחלוקת היא שנויה אי מהניא אי לא נמצא דהוי ס' שבועה וכו' וכיון דהוי ס' שבועה דיינו להחמיר ולומר לבעל שבע"כ לקיים שבועתו וכו' יש לומר דהכא איכא טעמא אחרינא לפוטרו דהבעל לא היה באותה שבועה וכו' הייינו דוקא למה שהוא חייב מן הדין הוא פטור שאין מוציאין מיד המוחזק וכו' לא בא להתחייב ע"ז מכח שבועה וכו' והן הן הדברים שכתב מהריב"ל ח"ג סי' קי"ג

וכו' ופטרו הרב מטעם זה כיון שמן הדין הוא פטור מטעם קי"ל אינו מחויב מכח שבועה ואם תאמר הרי הרב מוהריק"ו וכו' כתב בשורש צ"ב וכו' כלל העולה שהלכה זו רופפת הרבה ואם אין מנהג קבוע אם יש בשטר שבועה או חרם על הלוה לפרוע ראוי לחייב הלוה ולא שיכנס בס' חרם או שבועה וכו' ולפי' זה אזלא לה אותה ראיה דמייתי הרב מוהריב"ל לגבי נפל דכיון דיש חיוב על הס' מעצמו בלי שבועה כשיש שבועה הולכים בספיקא להחמיר וכו' ולפי מ"ש אני הדל דאפי' מוהריב"ל יודה דהיכא דפטורו הוא בפלוגתא דרבוותא כמו ההיא דפסק תביעת הדם דאזלינן לחומרא דמחייבין אותי מכח שבועתו והכא שאני בס' נפל דהוא פטור לדעת מוהריב"ל אליבא דכ"ע מש"ה אמרינן דפטור אפי' מכח שבועה א"כ לא קשה למהריב"ל כלל מדברי מוהריק"ו דשורש צ"ב אבל דידיה ודאי קשה עליו מדברי מוהריק"ו ובודאי שנעלם ממנו דברי מוהריב"ל של ס' תביעת הדם שאילו היה רואה אותו לא היה מדמי נדונו לדברי מוהריב"ל דסי' קי"ד עוד כתב הרב הנז' ומטעם הנז"ל הורה הרב וכו' ולא הודו לו רבנן וכו' וי"ל דאיכא טעמא רבא למימר דבנ"ד כל הני רבוותא בספיקא להקל וכו' אחר שכתבתי זה מצאתיהו בהרב מוהרי"ט ז"ל חי"ד סי' כ"א וכו' ע"כ ולא הבינותי דבריו דמאי שנא נדון דידיה מנדון מוהריק"ו דשורש צ"ב ועוד הרי כתב לעיל דבנ"ד אפי' יודה דאזלינן בה לחומרא כיון דחיובו הוא מוסכם ופיטורו במחלוקת הוא שנוי גם מדברי הרב מוהרשד"ם בא"ה סי' רל"ד שכתב למעלה נראה להדיא הפך דבריו דבדבר שהוא מחלוקת אפילו שחיובו היה ברור מחויב מכח שבועה יע"ש:

גם מה שהביא חילוק אחר משם הסמ"ע ז"ל וז"ל נ"ל דאין כוונת הסמ"ע כמו שהבין ז"ל דבשטר א' כתוב החיוב בתחילה והשבועה בסופו דזה הוי תחילת חיובו בשבועה אלא מדברי הסמ"ע לימד הוא דבתחילה מתחייב לו בלא שבועה ואח"כ כשתבעו על הפרעון נשבע לו שיפרענו דלזה אמרינן דמה שנשבע הוא בטעות שחשב חייב לו מן הדין ומש"ה נשבע שיודע בעצמו שחיוב זה הוא מרצונו בלי הכרח ונשבע עליו פשיטא שחייב ואין הפרש אם תהיה השבועה בתחילת השטר או בסוף ודו"ק ועיין מ"ש למעלה:

סימן לג

שאלה בכתובות שלנו שכותבין התנאים שהתנו ביניהם שלא ישא אשה אחרת עליה אלא א"כ שהתה עמו יו"ד שנים ולא ילדה ושלא יגרשנה כי אם מדעתה וכו' וקנינא מיד החתן וכו' ע"כ הנז"ל גם נשבע ש"ח בת"כ לאשר ולקיים את כל הכתוב ומפורש עליו לעיל ויצאה האשה מדעתה או נולד בה איזה מומין אחר שנשאה אם יכיל לישא אשה אחרת עליה או לגרשה בע"כ אפי' בלא התרה או לא ואת"ל דצריך התרה אם יוכלו

להתירו לכתחילה אעפ"י שהודה הוא לדעת חבירו או דוקא שאם התירוהו בדיעבד הוא מותר:

תשובה ראיתי להרא"ש ז"ל בתשובה כלל ל"ד סי' ג' שנשאל על ראובן ששדך בתו לבן שמעון וכו' והתנו ביניהם שכל מי שיעבור הזמן שיתן לחבירו סכום ידוע לקנס וקודם שהגיע זמן החופה יצאה בת ראובן אחות המשודכת מן הכלל וכו' ובשביל פגם זה לא רצה שמעון וכו' וראובן תובע הקנס ושמעון אומר דאדעתא דאונס גדול כזה וכו' לא אתני והשיב יראה דהדין עם שמעון דאעפ"י שלא יש שום תנאי בשעת עשיית הקנס וכו' אנן סהדי שאם היה יודע שדבר זה עתיד להעשות לא היה משדך בנו לבתו והוי כאילו התנה מעיקרא בשעת מעשה וכו' יע"ש ולכאורה דבריו אינם מובנים דא"כ כל אדם הלוקח חפץ מחבירו ואירעו אח"כ אונס אנן סהדי שלא ע"מ כן לקחו וקי"ל שיחזור המקח וכבר התוס' ז"ל בכתובות פ"ד דמ"ז בד"ה שלא כתב לה אלא ע"מ לכונסה נתעוררו בזה גם הרא"ש ז"ל הובאו דבריו בשי"מ כתובות בפרק הנז' עמד בזה ומה שתירצו בזה דבלוקח חפץ מחבירו כיון שתלוי ג"כ בדעת המקנה שלא היה מקנה לו לדעתו אם לא שפי' לא מתיישב הכא דהכא נמי תלוי בדעת אחרים ועוד ק"ל דאפי' היכא שפי' דבריו קודם המכירה שבשביל כך הוא מוכר כיון שבשעת המכירה לא פי' הוו להו דברים שבלב ואינם דברים כדאיתא בפ' ב' דקידושין וכן פי' הר"ן ז"ל לשם יע"ש וא"כ כ"ש הכא דבשעת התנאים לא פי' שום דבר אלא שנתחייבו בסתם דוקא היכא שהענין מוכיח מתוכו לא הוו דברים שבלב אלא שבפי כל העולם ובלבם והוי כאילו פי' וכמ"ש הר"ן ז"ל אבל הכא דלא מוכח דבשעה שהתנה היה דעתו לכך אע"ג דאי ידע בודאי לא היה מתחייב מ"מ כיון שתלוי בדעת אחרים לא מהני האי טעמא ושאני הנהו עובדי דבשעת מעשה מוכח דלהכי נתכוון והוי כאילו פי' וכדכתב הר"ן ז"ל לשם ומה שהביא ראיה מההיא דאמרינן בגיטין בפרק מי שאחזו מההוא גברא דזבין ארעא לחבריה קביל עליה כל אונסא דמתייליד לסוף אפיקו בה נהרא וכו' אמר ליה רב תחליפא לרבינא האי אונסא דלא שכיח הוא וכו' אלמא חזינן דאע"ג דקביל עליה בפי' לסלקו מכל מיני אונסין אונסא דלא שכיח לא קביל עליה ואדעתא דהכי לא התנה ע"כ אינו ענין לכאן דהתם לאו משום שהיה אנוס בקיום תנאו פטרינן ליה אלא משום דאע"ג דקביל עליה כל אונסא דמתייליד אונס כזה לא נכנס בכלל תנאו וכמ"ש התוס' ז"ל לשם בד"ה איתיביה רבינא לרבא בתי' ב' של ר"י וז"ל ועוד אפילו דהכא אונס שכיח דדוקא גבי אם לא באתי וכו' אמרינן ליה אין טענת אונס בגיטין וכו' אע"ג דלא אסיק אדעתיה אונס דלא שכיח מ"מ הוי בכלל משמעות לשונו וכו' עכ"ל יע"ש הרי דכתב שאפילו יהיה אונס דשכיח דאמרינן ליה

אית אונס בגיטין עכ"ז אית ליה לרבא דאינו גט משום דלא נכנס במשמעות לשונו דבר זה וכן הראיה שהביא אח"ז מהתם מההיא דרב פפא ורב הונא בריה דרב יהושע דזבין שומשמין נמי דכוותה היא וראיה ע"ז דפריך ליה התם רבינא לרבא מבריתא דקתני אם לא אעמוד מחולי זה ונפל עליו בית או הכישו נחש הרי זה גט ולא פריך ליה ממתני' דפ' מי שאחזו דקתני התם הרי זה גיטיך מעכשיו אם לא באתי מכאן וכו' ומת תוך י"ב חודש הרי זה גט כדפריך ליה לרבא מהא מתני' בפ' ג' דנדרים כ"ז על ההוא עובדא דההוא גברא דאתפיס זכותיה ואמר אי לא אתינא עד תלתין יומין וכו' ואמאי לא משני נמי הכא על האי בריתא כדמשני התם בפ"ג דנדרים על ההיא מתני' אמרי דילמא שאני התם דאי הוה ידע דמיית מן לאלתר הוה גמר ויהיב גיטא אלא ודאי שאני ההוא עובדא דפ' מי שאחזו להיא עובדא דנדרים דהכא טעמיה דרבא משום דכיון דהוא בא לחייב עצמו אינו נכלל חיוב זה בכלל תנאו ומש"ה פעור ומש"ה לא שני ליה כדמשני בפ"ג דנדרים דאי הוה ידע דמיית מן לאלתר הוה יהיב גיטא דאעפ"כ כיון דאמרת דלא נכנס זה בכלל תנאו הול"ל דאינו גט וזה פשוט הוא ומה שהביא ראיה מדברי ר"י שכתב אבל דברים דאיכא אומדנא דמוכח בלי גילוי דעתו וכוונתו ידועה לכל לאיזה דעת הוא עושה אפי' לא גילה דעתו בשעת מעשה לא הוו דברים שבלב אלא עבדינן כאילו התנה כגון שטר מברחת וכו' אין הנדון דומה לראיה דהתם בשעת מעשה איכא אומדנא דמוכח וכוונתו ידועה לכל לאיזה דעת הוא עושה וכמ"ש הר"ן בפ' ב' דקידושין לא כן בנ"ד שאין הענין מוכח שהיה רצון שניהם מתחילה שלא יתחייב בקנס אם יארע לו אונס כזה וכמ"ש הריב"ש בסי' שפ"ז יע"ש ואעג"ב דמהראיות שהביא ליכא ראיה לנ"ד מ"מ לא קשה מידי ממה שהקשינו עליו דא"כ כל הלוקח חפץ מחבירו ואירעו אח"כ אונס נימא אנן סהדי דאדעתא דהכי לא לקחו דשאני לוקח חפץ דאם אח"כ אירעו אונס מזל דידיה דלוקח הוא דקגרים וכבר יצא מרשות המוכר וכמ"ש הרב עצמו בסוף דבריו וז"ל ולא אמרינן מזל דידיה גרם ונסתחפה שדהו כדאמרינן אם נולדו מומין באשה דהיינו דוקא כשנתארסה וכו' מ"ש דאם אחר שנתארסה אירע זה המעשה אמרינן דמזל דידיה גרם וחייב לתת הקנס אם אינו כונסה וכן משמע מדברי מוהרי"ק שורש ק"א שכת' וז"ל דפשיטא שאין על החתן שום חיוב קנס מאחר שבשעת השידוכין היתה פיקחת ואח"כ יצאה מדעתה ועדין לא נתארסה לא שתוכל לומר מזלך גרם וכו' מ"ש להדייא אם אירע דבר זה אחר אירוסין אינו נפטר מהקנס ומכ"ש אם אירע אחר הנישואין דודאי מזל דידיה גרם וכ"ז ג"כ בדליכא שבועה על החתן להביא הדבר לידי נישואין בזמן הנז' דאי איכא שבועה לא זו הדרך מוציאתו ופוטרתו מלקיים שבועתו באונס מועט כזה שהמירה אחות המשודכת

וכמ"ש הריב"ש בסי' שפ"ג וז"ל ולענין טענת האונס שטוען בעל דין שהיה אנוס וכו' נשאל לו אם דין זה נוהג אצלו בכל המצות או הוא דין מיוחד בכל שבועות וכו' ואם יאמר שהוא דין מיוחד בשבועה וכו' גם זה אינו כלום שאין הכתוב מדבר אלא על שעת חלות השבועה דהיינו שעת השבועה למי שנשבע לשעבר וכו' או שעת חלות השבועה אעפ"י שאינו שעת השבועה כגון נשבע על תנאי העתיד כאומר שבועה שלא אוכל זו אם אוכל זו ואכל את התנאי קודם בשוגג שהוא שעת חלות השבועה אבל אם חלה עליו השבועה בלא שום אונס הטעות ונתחדש לו אונס בשעת קיום ואינו יכול לקיימה בזה לא דיבר הכתוב כשאמר האדם בשבועה אלא אם האונס הוא שאינו יכול לקיים וכו' ואינו יכול לצאת בשום פנים וכו' אבל אונס ממון וכיוצא בו חלילה מלבטל השבועה וא"כ יביא ראיה בע"ד מדתנן פ"ד דנדרים נדרי אונסין כיצד הדירו חבירו שיאכל אצלו וחלה הוא או שחלה בנו אונס ממון הוא שאם רצה שוכר לא משמשין שלש תשובות בדבר וכו' אבל בנדון זה שנשבע לבקשת קרובה של האשה ולמלא רצונה ואין הענין מוכח שהיה רצון שניהם מתחילה שלא תחיל השבועה אם יקרה לו אונס כזה אינו ענין למשנתינו אפי' יאמר הנשבע אדעתא דהכי לא נדרי הרי זה פתח הנדר התר והוא אינו מוחל לעצמו ואפי' ח' לא יפתח לו בכיוצא בזה שהרי הוא נולד ואינו מצוי וזה מבואר מאד עכ"ל יע"ש איברא שראיתי להרב מוהרי"ק בשורש הנז' שכתב וז"ל ולא מיבעיא אם לא היה שם שבועה אלא שיעבוד ממון הקל בעלמא בתורת קנס וכו' אלא אפי' היה שם שבועה פשיטא שנתבטלה והוחלה עכ"ל ולכאורה נראה דפליג על סברת הריב"ש דחשיב לה נולד ואפי' פתח לא יפתחו לו בהכי ואפשר דס"ל למוהרי"ק דכל דבר שהוא ברור ופשוט לכל העולם דאדעתא דהכי לא נשבע אעפ"י שהוא נולד הו"ל כאילו פי' אותו בשבועתו ותלה את שבועתו בו וכמ"ש הריב"ש בסי' קצ"ה וז"ל אבל מה שנראה ברור הוא שנתלית מתנתם בהיות הסופרים ראוים והגונים דודאי לא עלה על הדעת שיתנו הסופרות לחשודים על העבירות וזו והיא אומדנא דמוכח אף אם לא נכתב:

סימן לד

נשאלתי בראובן ושמעון שהיו תושבי אר"צ ועשו שותפות ביניהם שראובן ישב במקומו ושמעון ילך למדינת הים וישלחו סחורות זל"ז והריוח יתחלק ביניהם ולאח"ז פירדו השות' שהיתה ביניהם ונשאר שמעון במקומו במ"ה והן עתה אשת שמעון רוצה לילך אצל בעלה במ"ה ובא ראובן לפני הב"ד ואומר שיש לו על שמעין טענות ותביעות מצד השות' שהיתה ביניהם ורוצה שהב"ד יעכבו על אשתו של שמעון שלא תלך עד שיבא שמעון לפה אר"ץ ויבררו תביעותיהם זה עם זה ואשת שמעון צווחת ואומרת שמה לו

לראובן עמו שאדרבה היא תובעת חובו מבעלה שמעון מצד שאר כסות והיא לא ערבנית ולא קבלנית ואם יש לו לעכב יעכב על ממונו ולא על גופה והרי יש קרקעות פה אר"ץ וסופו לחזור לארצו כי שם ביתו.

תשובה מלשון השאלה נראה דראובן זה אין בידו שטר על שמעון בחוב ברור וא"כ ניחזי אנן אי על ממונו של שמעון עצמו יכול לעכב כיון שאין חיובו עליו ברור לכאורה נראה מדברי מוהרי"ק שורש ק"ט שעל ממונו יכול לעכב וכ' וז"ל ועל המנהג במי שיש לו תביעת ממון על חבירו וימצא ממינו ביד אחר שמעכבו על ידי שליח הקהל עד שירד עמו לדין וכו' וכתב מר שרש הדבר לא נמצא אלא בספר אגודה אהא דקי"ל כר"ן מנין לנושה וכו' ומכאן נוהגין בקהלות למי שיש פס"ד על חבירו שמעכב ממונו וכו' לענד"ן דאינה המדה ללמוד תביעה גרידתא ואין אנו יודעים אם יש לו עליו כלום כמי שיש לו בידו פס"ד אלא עיקר הדבר ושורשו באשר"י בפרק קמא דבב"ק וכתב וז"ל כתוב שם וכן נמי מי שבא לפני ב"ד ואמר שיש לו תביעה על פלוני ומצאתי מנכסיו במקום ידוע ואני ירא שאם יבואו לידו יבריחם וכו' ומבקש שיעכבו הב"ד הנכסים עד שיתברר הדבר וכן ראובן שיש לו שטר ולא הגיע זמנו עדין וכו' הכל לפי הענין אם רואה הדיין אמתלא בדברי התובע וכו' עד מצווה הדיין לעכב ממון הנתבע וכו' ואע"ג דאפשר שנתפשט המנהג גם בלא ראית אמתלא מ"מ קרוב הוא להיא דרבי' אשר מאשר הוא לדברי האגודה וזה פשוט עכ"ל. הרי להדיא ואפי' מתביעה בעלמא עפ"י התובע שלא בשטר ושלא בעדים עכ"ז נהגו לעכב אע"ג דליכא אמתלא שיבריחם הנתבע וא"ל דמוהרי"ק מיירי שמוציא התובע שטר דהא ליתא כדמסיים לבסוף כ"ש וכ"ש וכדאין לו לא שטר ולא עדים עש"ב גם הרב בת"ה סי' ש"ה וז"ל ראובן יושב וכו' ושמעון יש לו תביעות על ראובן ובא לעירו של לוי וצווח בכח ב"ד וכו' לעכב הפקדון שביד לוי תשו' וכו' מ"מ כמדומה דודאי מנהג פשוט לעכב פקדונות והלוואות וכו' בכח ב"ד בשביל טענות ותביעות שיש לאחד על בעל הממון ונראה דמנהג זה נשרש מתחי' מהא דכתב אשר"י בפ"ק דב"ק דדין גמור הוא כדי להציל העשוק מיד עושקו מי שבא לב"ד ואמר יש לי תביעה על פלוני ומצאתי ממון שלו במקום ידוע וירא אני שאם יבא הממון לידו שיבריח אותו ולא אוכל עוד להיות נפרע ממנו וכו' ואפשר דע"י שהנהיגו ב"ד לעכב בכה"ג נשתרבב המנהג ע"י הכרת פנים עד שנתפשט לעכב ולצוות אע"ג דליכא אמתלא יפה ע"כ. הרי נראה ברור מדברי מוהרי"ק והת"ה ז"ל דשרו לעכב אע"ג דליכא אמתלא אבל אחר העיון נראה דכ"ז דוקא אם הנתבע עמו אבל אם אין הנתבע בעיר בלא אמתלא אין יכולים לעכב וכדסיים הת"ה עצמו וז"ל מהשתא נראה על תחילת שאלתנו דכך הדין אם

עיני הדיינים רואין דראובן איניש דציית דינא הוא כה"ג לא יכול שמעון לעקל הלוואות או הפקדונות שבעירו של לוי משום דנכסי דאיניש אינון ערבאין ליה תחילה ותנן לא יתבע מן הערב תחילה כיון דמ"מ חלה התביעה מקודם על עצמו מעל הנכסים א"כ צריך התובע לתבוע ולצווח תחילה בב"ד אשר הנתבע שם קודם שיצעק בב"ד שהנכסים שם כמו שנוהגין שהתובע הולך אחר הנתבע הרי להדיא מדבריו דאם אין הנתבע בעיר מן הדין אינו יכול לעכב על נכסיו מההיא דתנן לא יפרע ואעג"ב דלעיל קאמר דנהגו לעכב אעפ"י דליכא אמתלא כלל וליכא הוכחה להפך מדברי מהר"ם ומהא דאין נפרעין וכו' היינו משום שהנתבע בעיר אבל אם אינו בעיר בלי שום אמתלא אינו יכול לעכב ודו"ק שדבר זה פשוט בדבריהם וא"כ בנד"ד אי ליכא שום אמתלא אינו יכול לעכב כיון שאינו בעיר ועיין חו"מ סי' ע"ג ומהריב"ל ח"א סי' ק"ב:

סימן לה

כתב מוהר"י קולון ז"ל בשו' ק"א שנשאל על המשודכת שיצאה מדעתה אחר השידוכין שאין על המשודך שום עונש קנס ולא שום דבר אחר אם לא יכניסנה לחופה כי הכל יודעים כלה למה נכנסה לחופה להיות למחר לבן זוגה ואנן סהדי דאדעתא דהכי לא שיעבד נפשיה והביא ראיה על זה ממה שנשאל להרא"ש ז"ל בכלל ל"ד סי' א' על שמעון ששידך את בנו עם בתו של ראובן והתנו ביניהם שכל שיעבור המועד שיתן לחבירו סכום ידוע לקנס וקודם שהגיע זמן החופה בת ראובן אחות המשודכת יצאה מן הכלל וכפר' בעיקר ובשביל פגם בת ראובן לא רצה שמעון שיכנוס בנו המשודכת הנז' לחופה והעביר המועד וראובן תובע הקנס והשיב הרא"ש ז"ל יראה שהדין עם שמעון דאעפ"י שלא פי' שום תנאי בשעת עשיית השידוכין כיון שאירע אונס כזה דאנן סהדי שאם היה יודע שהדבר הזה עתיד להעשות לא היה משיא בנו לבתו הוי כאילו התנה בשעת מעשה וראיה לדבר מהא דאמרינן בגיטין בפ"ב ההוא גברא דזבין ארעא לחבריה קביל עליה כל אונסא לסוף אפיקו בה נהרא וכו' עד הא אונסא דלא שכיח הוא אלמא חזינן דאע"ג דקיבל עליו לסלקו וכו' אונסא דלא שכיח לא קביל עליה וכו' ועוד האריך מאד להביא ראיה מהני אומדני הנזכרים בתלמוד וכו' כ"ש וכ"ש בנדון דידן דכל העולם פורשים מלישא אשה משוגעת ואין לך אומדנא בכל האומדנות גדול מזה דודאי אדעתא דהכי לא משעבד נפשיה ופשיטא דפקע הקנס והשיעבוד ולא מיבעיא אם לא היה שם שבועה אלא שיעבוד ממון הקל וכו' אלא אפילו היה שם שבועה פשיטא שנתבטלה וכו' כדמוכח בסוף הגוזל קמא גבי ההיא דנתן הכסף לאנשי משמר ומת וכו' וקאמר אביי עלה ש"מ דכסף מכפר מחצה דאלת"ה ליהדר כסף ליורשים דאדעתא דהכי לא יהיב

ופריך עלה אלא מעתה חטאת שמתו בעליה תיפוק לחולין דאדעתא דהכי לא איפרשה יבמה שנפלה לפני מוכה שחין תיפוק בלא חליצה דאדעתא דהכי לא איקדשה וכו' ואם איתא דיש לחלק בין היכא דאיכא שבועה בהדי קנס להיכא דליכא שבועה וכו' א"כ פשיטא דלא היה פריך מידי דהתם גבי נתן הכסף לאנשי משמר ממונא ומשום כך יש להקל בו אבל גבי איסורא כגון להוציא קדשים לחולין וכ"ש לאיסור ערוה כגון להתיר יבמה לשוק בלא חליצה אימא דלא שרינן משום טעם דאדעתא דהכי אלא ודאי פשיטא דאין לחלק אפילו בין ממון הקל לאיסור ערוה בכיוצא בזה כ"ש וכ"ש לענין שבועה שאינו אלא לזרז הפרעון וכו' דאם פרעון אין כאן משום טעמא דאדעתא דהכי לא שיעבד נפשיה ה"ה דשיעבוד אין כאן וגם מגופא דהגוזל קמא שהבאתי יש להביא ראיה לעיקר הדין שאנו עומדים עליו דהא אי לא טעמא דטב למיתב טן דו דמינח ניחא לה להתקדש לראשון שלא על ספק זה שאם ימות תזקק לאחיו הא' ותיפוק בלא חליצה והוה סמכינן אההיא סברא דאדעתא דהכי וכו' אפי' להתיר יבמה לשוק וכו' וכ"ש הכא שהוא להחזיק ממון ואיכא למימר אוקי ממונא בחזקת מאריה עכ"ל ולכאורה נראה שהרב התשב"ץ ז"ל בח"א סי' צ"ה חולק ע"ז שכתב וז"ל הוי יודע שאין לילך אחר אומדן דעתא אלא בדברים שאין לפקפק כלל שלא היה כן דעת הנותן או הנשבע ושיהיה הדבר ההוא מפורש מן הסתם כאילו פירשו וכל אותם שהזכרתי לך למעלה כולם הן ע"ד זו וכו' וקי"ל כיון דאין לחלוק כלל בדעתו שלא היה כן אעפ"י שלא פירש הרי הוא כמו שפי' ולא הוו דברים שבלב אלא דברים שבפה ושבלב דכ"ע סהדי שזהו דעתו אבל אם אפשר לחלוק בדעתו הוא כן או אינו כן אעפ"י שיותר נוטה הדעת למה שבלבו כיון שאפשר על דרך רחוקה לומר שלא הי דעתו כן הו"ל דברים שבלב שאינם דברים וכו' וכיון שכן נראה נדון שלפנינו למי דומה ובודאי אשה זו כשנתרצית לינשא לאיש זה בתנאי זה בכל ענין התנית עמו שלא ישא אלא ברצונה דאיהי לא איכפת לה במה שהתנה בעלה ואיהו כי אתני עליה ההוא תנאה להפיס דעת אשתו התנה ודעת אשתו בכל ענין הוא וכו' ומה שאני מוסיף לך עתה הוא שאתה ע"כ תודה בזה שהרי כתבת דאתתא דלא ילדה מילתא דלא שכיחא הוא וכל מילתא דלא שכיחא לא מסקי אינשי אדעתיהו לאתנויי עלה וא"כ אפי' דברים שבלב לא הוו ואפי' אם תימצי לומר דדברים שבלב הוו דברים הכא לאו כלום הוא שהרי הוא התנה לפרוע לאשתו כשישא אשה אחרת ולא עלה בדעתו שאשתו לא תלד דמילתא דלא שכיחא הוא וא"כ בדעתו לא היה שיוכל לישא אחרת ולא יפרענה וא"כ היאך תאמר שנלך אחר אומדן דעתא מה שאינו עולה בלב בני אדם ואין שם הוכחה בשלמא אי אמרת שזה דבר פשוט בפי כל העולם ומצוי תמיד שבני אדם

נושאין נשים הרבה כשאין נשותיהם יולדות הול"ל אומדן דעתא הוא ואנן סהדי דבההיא שעתא דאתני הו"ל כאילו פי' ואמר אא"כ לא תלד אשתי אבל לפי דבריך בשעת התנאי אין לנו לומר זה שהרי במילתא דלא שכיחא לא מסקי אינשי אדעתייהו ועכשיו שנולד דבר זה תרצה לחלק בתנאי אין זו סברא ולא עלה על דעת משכיל עכ"ל המעיין בלשונו היטב יבין לאשורו שאין לילך אחר אומד נא אא"כ אמדינן דעתו שדבר זה עלה על לבו בשעת התנאי ולא פי' וכיון דאנן סהדי דכך דעתו היתה בשעת התנאי אף על פי שלא פי' הוי כמו שפי' דמי ולא הוו ליה דברים שבלב וכל הנהו עובדי שבש"ס דמוכח מינייהו דאזלינן בתר אומדנא הכי הוו לא כן בנדון הרא"ש ז"ל ומהרי"ק ז"ל שהאונס שנולד הוא דבר דלא שכיח וליכא אומדן דעתא שבשעה שהתנו היה בדעתם דבר זה גם הר"ן ז"ל בפ"ב דקידושין כתב וז"ל אמר רבא הו"ל דברים שבלב ודברים שבלב אינם דברים ואע"ג דקיימא לן בדוכתי טובא דאזלינן בתר אומדנא וכו' הני ודכוותייהו לא קשיין דכל כהאי גוונא כיון שהענין מוכיח מתוכו לאו דברים שבלב נינהו וכו' אלא דברים שבפי כל העולם ובלבם עכ"ל יע"ש והראיות שהביא הרא"ש מהנהו עובדי דאיתא בפ' מי שאחזו בההוא גברא דזבין ארעא לחבריה וקביל עליה כל אונסא דמתייליד וכן ברב הונא ורב פפא דזבון שומשמי וקביל עליה כל אונסא דמתייליד ואמר רבא עלייהו אונסא דלא שכיח הוא אלמא דאפי' מידי דלא שכיח אמרינן דאדעתא דהכי לא קביל עליה ואעג"ב שאין הענין מוכח מתוכו אמדינן דעתא דאדעתא דהכי לא התנה ולא תיקשי מינייהו להר ר"ן ז"ל ולהתשב"ץ ז"ל דהתם כיון שמכר הקרקע והשומשמין לא נשאר מן הדין שום אחריות על המוכר כלל דיצאו מרשותו ונכנסו לרשות לוקח אלא המוכר חייב עצמו במה שאינו חייב ע"ז קאמר הכא שאין כוללים באותו תנאי אלא דברים הידועים ומצויים שבכללם היה התנאי והם שהיו בדעת המתנה בשעה שהתנה ולא כן במידי דלא שכיח שלא עלה טל דעתו להתחייב בו לא כן במחייב עצמו או נשבע לעשות איזה דבר או שלא לעשות בסתם ולא פי' שום תנאי ואח"כ נולד לו איזה סבה דמונעתו מלעשות אותו דבר או לעשות הפך תנאו בזה ליכא ראיה מהתם שיהא פטור מאותו תנאי ע"י אותה סבה שנתחדשה לו כיון שחייב עצמו לעשות או שלא לעשות בסתם אפי' היה דעתו כן הו"ל דברים שבלב ואינם דברים והראיה ע"ז החילוק שהוא נכון וברור מהא דפריך התם רבינא לרבא דקאמר אונסא דלא שכיח הוא מבריתא דקתני אם לא אעמוד מחולי זה ונפל עליו בית או הכישו נחש הרי זה גט ומשני ליה דמשבשתא היא ואמאי לא פריך ליה ממתניתין דהתם דקתני הרי זה גיטיך מעכשיו אם לא באתי מכאן ועד י"ב חדש ומת תוך י"ב חדש הרי זה גט כדפריך לרבא גופיה מהא מתניתין בפ"ג דנדרים על ההוא

עובדא דההוא גברא דאתפיס זכותיה ואמר אי לא אתינא מכאן ועד תלתין יומין ליבטלן זכוותי איתנח ולא אתא אמר רבא אונס הוא וכתב דידע ליה לשנויי דהתם דמשני שאני התם דאי הוה ידע דמית מן לאלתר הוה גמר ויהיב גיטא א"כ מהא ברייתא נמי לא תיקשי ליה לרבא דלישני הכי דאי הוה ידע דנפיל עליה ביתא או מכישו נחש מן לאלתר הוה גמיר ויהיב גיטא ואמאי עדיף ליה ברייתא ממתניתין דשביק מתני' ופריך ליה מברייתא אלא ודאי שאני ההיא עובדא דפרק מי שאחזו להההוא עובדא דפרק ארבעה נדרים ואין טעמו של רבא בתרוויהו שוה דפ' מי שאחזו טעמא דרבא משום דלא נכלל אונס זה בתוך חיובו ומש"ה פטור ודכוותה בגט הול"ל בנפל עליו בית או הכישו נחש דאינו גט כיון דלא נכלל דבר זה בתוך הדבר דלא. שכיח לא אסיק אדעתיאה ואינו נכלל בתוך תנאו ושאני ההיא מתני' דהרי זה גיטך מעכשיו אם לא באתי מכאן ועד י"ב חדש דהרי זה גט דאם לא באתי קאמר והרי לא בא ומש"ה הוי גט ולא שייך לשנויי על הברייתא כדמשני התם על ההיא מתני' דאי הוה ידע דנפיל עליה ביתא וכו' מן לאלתר הוה יהיב גיטא דסוף סוף כיון דאמרת דאינו נכלל בתוך תנאו מהיכא תיתי דליהוי גיטא וכמ"ש התוס' שם בד"ה איתיביה וכו' וז"ל דדמי לחוכא ואטלולא דכיון דבכלל מש' לשונו נמי לא הוי נפילת בית או נשיכת נחש וכו' עכ"ל ולאו טעמא משום אומדנא ושאר הראיות שהביא הרא"ש ז"ל כולהו הענין מוכיח מתוכו שלדעת כן נתכוון וכמ"ש הר"ן והתשב"ץ ז"ל ויש להביא ראיה לדברי הר"ן ז"ל והתשב"ץ ז"ל משום דהא דאזלינן בתר אומדנא הוא מדברי ר"ש בן מנסיא כדאיתא בפרק מי שמת דקמ"ה במתני' דשכיב מרע שכתב כל נכסיו לאחרים וכו' לא שייר קרקע כ"ש אין מתנתו מתנה וקא' עלה בגמרא מאן תנא דאזלינן בתר אומדנא אמר ר"ג ר"ש בן מנסיא היא דתניא הרי שהלך בנו למ"ה ושמע שמת בנו ועמד וכתב כל נכסיו לאחר ואח"כ בא בנו מתנתו מתנה ר"ש בן מנסיא אומר אין מתנתו מתנה שאלמלא שהיה יודע שבנו קיים לא היה כותבן והתם בשעת המתנה מוכח מתוכו שבשביל ששמע שמת בנו הוא דכתב כל' נכסיו לאחר ואפ"ה פליגי רבנן עליה וס"ל דלא אזלינן בתר אומדנא וא"כ אעג"ב דקי"ל כר"ש בן מנסיא מדמוקמינן לסתמא דמתניתין כוותיה הבו דלא לוסיף עלה ודווקא במידי דמוכח מתוכו כנדונו של ר"ש בן מנסיא וכסתמא דמתניתין ועוד אפי' במידי דמוכח מתוכו דוקא אם אח"כ בא בנו אבל אם אח"כ נולד לו בן לא שמעינן ליה לר"ש בן מנסיא דאמר אין מתנתי מתנה משום דנולד הוא ועוד אפילו במידי דמוכח מתוכו ולאו נולד דוקא במתנה דבחנם יהיב אמרינן דאמדינן דעתיה דלא ניחא ליה לא קנה אפילו לא אמר בפירוש אבל גבי מכר וקדושין אמרינן דאינם דברים וכמ"ש בהגה בשם ריב"ם ז"ל יעו"ש וה"ה בתנאים שבין

אדם לחבירו דכוותה דלאו בדעתיה לחודיה תליא מילתא אלא בדעתיה דחבריה נמי תליא מילתא וחבריה כי אתני בכל גוונא אתני ודכוותיה אמרינן:

האמנם ראיה שהביא ג"כ לנדון שלו מהש"ס דפ' הגוזל קמא דק"י דקתני מתני' נתן את הכסף לאנשי משמר ומת אין היורשים יכולים להוציא מידם ואמר אביי ש"מ כסף מכפר מחצה דאי לא מכפר הוה מהדר ליורשים מ"ט דאדעתא דהכי לא יהיב ליה אלא מעתה חטאת שמתו בעליה תיפוק לחולין דאדעתא דהכי לא איפרשה יבמה שנפלה לפני מוכה שחין תיפוק בלא חליצה דאדעתא דהכי לא קידשה עצמה התם אנן סהדי דמינח ניחא לה בכל דהוא כדריש לקיש וכו' ומדיהיב טעמא הש"ס דטעמא דצריכה חליצה משום דאתתא בכל דהוא ניחא לה ש"מ דאי לאו האי טעמא ה"א דתיפוק בלא חליצה והוה סמכינן אההיא סברא אפילו להתיר יבמה לשוק וכמ"ש לשונו לעיל לכאורה ראיה אימתא היא דאפילו אין הענין מוכח מתוכו וגם אירע דבר שלו הפך דעת הר"ן והרשב"א אמרינן אומדנא ואם מוכח מינה דאע"ג דאינו ענין מתנה אלא ענין קידושין אמרינן אומדנא הפך מ"ש משם ריב"ם שהובאו דבריו בהגה"א בפ' מי שמת שכתב לעיל ולזה כבר התוס' ז"ל הרגישו בזה לשם בד"ה דאדעתא דהכי לא קדשה וא"ת אדם שקנה מחבירו שום דבר ונתקלקל יבטל המקח דאדעתא דהכי לא קנה וי"ל דהתם לאו בלוקח לחודיה תליא מילתא אלא כמו כן בדעת המוכר אבל הכא דקידושין בדידה קיימא והוא אינו חושש היאך היה דעתה להתקדש וכן גבי מקדיש בדידיה קאי וכן נותן הגזל בדידיה קאי עכ"ל הרי שחילקו כמי שחילק ריב"ם וישבו הא דיבמה וכו' גם בפ' נערה שנתפתתה דף מ"ט ע"ב בד"ה שלא כתב לה אלא ע"מ לכונסה כתבו כן בפי' יעוש"ב האמנם עדין קשה להר"ן ז"ל ולהתשב"ץ ז"ל מהראיה שהביא מוהרי"ק ז"ל דשמע מינה דאע"ג דאין הענין מוכח מתוכו וגם אירע דבר שאינו מאתו אמרינן אומדנא וכההיא דיבמה שנפלה לפני מוכה שחין ונראה דס"ל להר"ן ולהתשב"ץ ז"ל דסוגיא דפ' הגוזל לאו מטעמא דאומדנא הוא אלא הו"ל כמפרש ואפי' רבנן דפליגי על ר"ש בן מנסיא בפרק מי שמת וס"ל דלא אזלינן בתר אומדנא מודו הכא דאל"ה מאי מדקדק מינה אביי ש"מ כסף מכפר מחצה דילמא מתניתין רבנן היא דפליגי אר"ש בן מנסיא ועוד לרבנן דפליגי אר"ש בן מנסיא הלכתא בחטאת שמתי בעליה דלמיתה אזלא למאי איצטריך וכן באשם אלא ודאי דאפי' רבנן דפליגי אר"ש מודו בהא דנתן הכסף בשביל כפרה והפריש חטאת בשביל כפרה וקידשה עצמה להכנס לאיש ולא למוכה שחין שאפילו רצתה לישב עמו אין מניחים אותה מפני שממיקתו כדקתני בפרק המדיר כן דעת התוס' ז"ל לחלק בין מתנה למכר כדעת ריב"ם ז"ל גם הרא"ש ז"ל הובאו דבריו בשי"מ כתובות בפרק נערה

דמ"ז חילק ג"כ בין מכר ומתנה כדברי התוס' ז"ל ולפי חילוק זה נראה דבמכר אפילו איכא אומדנא דמוכח טובא אי לא פי' אמרינן דברים שבלב אינם דברים דלא כמ"ש הר"ן בפרק ב' דקידושין דכל שהענין מוכיח מתוכו לא הוו דברים שבלב ומש' דבכל גוונא הוא בין במכר בין במתנה גם הרא"ש ז"ל בפ' אלמנה ניזונת גבי זבין ולא אצטריכי ליה זוזי כתב כדברי הר"ן ז"ל דהיכא דאיכא אומדנא דמוכח לא אמרינן דברים שבלב אינם דברים ולא חילק בין מכר למתנה גם התשב"ץ ז"ל בסי' הנז' כתב כן:

סימן לו

יש לחקור ולדרוש על ההיא דמר"ן ז"ל קבלנו הוראותיו בכל תפוצות הגולה ואין שום אדם יכול לומר קי"ל כנגד ד"ק אם היינו דוקא בחיבורו ב"י ובש"ע אבל במ"ש בתשובה לא קבלנו הוראותיו או דילמא דכל אפייא שוין דבין מ"ש בב"י ובש"ע ובין בתשובה הכל אחד דמאי שנא ואדרבה יש לומר דבתשובה דקדק יותר הן מצד דבתשובה הוא מאריך הרבה ומביא כמה ראיות ולכן יש לנו לסמוך על דבריו שבתשובה יותר ויותר:

דע כבר בסי' שקודם זה כתבתי מה שנראה לע"ד בזה והן היום אין לך בו אלא חידושו הנה ראיתי להרב המו' כמהר"ר בעל המחבר ספר מ"ל שגם הוא עלה ונסתפק בדבר זה וכתב שחו"ר שלנו נסתפקו בזה והוא ז"ל פשיט לה מדברי הרב החבי"ב שבה"א סי' ע"ג וז"ל הרי נראה להדיא מדברי מרן החבי"ב שאדרבה במ"ש בתשובה יותר נראה עיקר ועליו יש לסמוך שהוא הלכה למעשה יותר ממה שכתב בחיבורו:

והנה כבר כתבתי לעיל שהרב שע"ה בסעיף ט' שכתב וז"ל ואני שמעתי כי לא תפסו לפסוק כדברי מרן אלא במ"ש בש"ע שהביא הסברות בפי' ורבו גדולי המורים שהסכימו על ספרו אמנם בפסקים דיני מר"ן כמו דיני הפוסקים שבזמנינו והנה אין ספק שנעלם ממני דברי הראנ"ח ודברי הרב החבי"ב הנז' כי מדברי מהראנ"ח שכתב וכבר נתקבל עלינו לרב ללכת אחר הוראותיו עי"ש מדברים אלו נראה דמצד קבלה שקבלו את דבריו נגעו בה ולא מצד הסכמה וכיון שכן מה לי בחיבור ומה לי בתשובות כי מי שקבלו עליו דיין אינו יכול לומר לזה קבלתי אותו ולזה לא קבלתי אותו ועוד כי מצינו להרא"ש ז"ל שקבלו הוראותיו בכל תפוצות האשכנזים כמ"ש הרדב"ז ז"ל ולא נמצא מי שחילק בין למ"ש בפסקים למ"ש בתשובה ואדרבה מצינו למהרש"ך ח"א סי' קל"ו שכתב כי בני הרא"ש ז"ל והם הרב רבי יעקב והרב רבי יהודה כי ספר התשובות חיבר תחילה ואח"כ הפסקים ולכן אם מצינו שהרא"ש סותר דידיה אדידיה מהפסקים לחיבור אמרינן דהפסקים עיקר שהם באחרונה ועוד כי נראה מדברי הרב החבי"ב שדבריו שבתשובה יותר נראים ממ"ש בחיבור כי בחיבור היה טרוד בפי' דברי הטור אבל בתשו' שהם

הלכה למעשה ודאי דקדק בהם הרבה ביותר ועליהם יש לסמוך יותר מהחיבור ועוד כי דבר זה נראה כן מדברי רבי יעקב בעה"ט שנתן טעם לשבח בהא דאם מצינו להרא"ש שסתר דידיה אדידיה מהפסקים לתשובות שהפסקים עיקר שהם באחרונה מדבריו אלה משמע שנתקשה לו הדבר דכיון דבתשו' שהם הלכה למעשה כן פסק היה לנו לילך אחר דבריו ולכן נתן סניף משום שהפסקים נעשו באחרונה והם עיקר משמע כאילו נעשה התשו' באחרונה ודאי בפשיטות יש לנו לילך אחר מ"ש בתשובה שהם הלכה למעשה וא"כ לדידן שראינו למר"ן הן מה שהביא בתשובות אה"ע והן מה שהביא בחיבורו כי משמע שהתשובות נעשו באחרונה א"כ יש לנו לילך למ"ש בתשובה שהם באחרונה כמ"ש הרב החבי"ב ונראה דעל כיוצא בזה סיים שם הרב החבי"ב דאפי' דקי"ל דהילכתא כבתראי לא אמרינן הכי אלא כשדברי הראשונים באו על ספר מפורסם וידוע אבל מה שנמצא כתוב בתשו' גאון ז"ל ולא עלה על זכרונו בספר ידוע אפי' שימצא פוסק אחרון שיפסוק הפך הגאון הקודם לו איכא למימר דלא שמיע ליה לפוסק אחרון את דבריו ואי שמיע ליה הוה הדר ביה וכן תפסו כל האחרונים ובנ"ד הדבר פשוט שתשו' מהר"י קארו ומהר"י מיטראני לא נתגלו בימי מהרשד"ם ומהר"א חסון עי"ש וא"כ מינה נלמוד במכ"ש לנ"ד שהרי אפילו מהרשד"ם שהיה בזמן מר"ן שכמה פעמים כותב לו נר"ו ועכ"ז כתב הרב החבי"ב שאילו ראה תשו' מר"ן היה חוזר בו כמ"ש הרב החבי"ב לזמן וש"ה שהיה זמן מרובה וחכמתו נפלאה בודאי שאנו אומרים אילו ראה השע"ה תשו' הרב לא הוה פליג עליה שעדין לא נדפסו וכ"ש שראיות הרב החבי"ב הרבה חזקות:

והנה הרב החבי"ב הוב"ד בברכ"י סי' כ"ה אות כ"ח שבא"י ומצרים נהגו כפסק מרן לא זו בלבד במ"ש בב"י ובש"ע אלא גם מה שפסק בתשובה מוכח ממ"ש הרב משאת משה ח"ב ח"מ סי' י"ב וכן דעת מורי הרב בתשובה ואינו מוכרח:

והבאתי שם דברי השע"ה שכתב ששמע כי אף שמרן קבלנו הוראותיו היינו במ"ש בש"ע שהביא הסברות בפי' ורבו גדולי המורים שהסכימו על ספרו אמנם בפסקים דיני מרן כמו הפסקים שבזמננו ולכאורה דברי תימה הם שהרי מ"ש בב"י ובש"ע כותב בקצר אמיץ אבל מה שכותב בפסקים כותב באורך וכמה ראיות ובחיזוקים והם הלכה למעשה ובודאי שדקדק בהם ככל הצורך ולמה לא נלך אחריהם וכמה חלוקים וחדושי דינים כותב בב"י מדעתו וכולם הסכימו עליהם ופסקו הלכה כמותו בכל מקום ומ"ש בתשובות דמאריך יותר בראיות לא נשמע את דבריו ודבר המנגד הלזה הוא במה שמצינו לפוסקים שכתבו על דברי הרא"ש דאם סותר את עצמו מתשובותיו לפסקים שהפסקים עיקר ולכאורה דבר זה הוא סיוע לדברי השע"ה הנז' שהרי מצינו להרא"ש שתופסין בו

שהפסקים עיקר ולא תשובותיו וא"כ לגבי מר"ן מ"ש בב"י הוא עיקר ולא התשובות אכן נראה שאין זה כלום שהרי מצינו להטור ולמהרש"ך ח"א סי' קל"ו שכתב שקבלנו מבניו של הרא"ש והם הרב רבי יעקב בעה"ע ובנו הרב רבי יהודה שכתבו כי מר אביהם הרא"ש ז"ל חיבר תחילה ס' התשובות ואח"כ הפסקים ולכן אם מצינו להרא"ש דסתיר דידיה אדידיה מהתשובה לפסקים ולא נוכל לתרץ אותם אמרינן דהדר ביה הרא"ש מסברתו וא"כ להכי אמרינן דהפסקים הם עיקר לפי שהם נעשו באחרונה וכן מצאתי להרב החבי"ב בח"א סי' ע"ג דף ע"ז במ"ש ועוד דהטור נתן טעם דהפסקים הם עיקר לפי שהם באחרונה ע"כ ולפי דברי השע"ה אמאי לו לתת טעם משום שהיו באחרונה הפסקים הרי אפילו לא יהיו באחרונה הפסקים הרי גם הרא"ש באתריה משום קבלה נגעו בה באתריה וא"כ כמו דגבי מר"ן אמרינן דלא קבלו אלא בפסקים אבל בתשו' לא קבלו גם גבי סברות הרא"ש נימא דלא קבלו אלא למ"ש בפסקים ולא למ"ש בתשובה ולא נמצא שום פוסק שחילק בזה עוד כתב וז"ל ומ"מ אפילו נימא דפליגי לענין הלכה אין ספק שראוי לפסוק הלכה כמהר"י קארו וכמהר"ם מיטראני שהם היו גדולים ומפורסמים בהוראה ובפרט רבן של ישראל מהר"י קארו שעליו סומכין בכל תפוצות ישראל צאו וראו מ"ש מהראנ"ח ח"א סי' ק"ט על מר"ן ז"ל וכבר נתקבל הרב ז"ל עלינו לרב ללכת אחר הוראותיו עכ"ל ואם על דבריו בחיבור שהיה טרוד בפי' דברי הטור ולאסוף כל הסברות כתב כן כ"ש על דבריו שבתשובה שהם הלכה למעשה דודאי דקדק בהם הרב וכמ"ש מהרי"ל בתשו' סי' מ"ו ואעפ"י שהר"י בן הרא"ש והבאים אחריו כתבו דיש לילך אחר הפסקים של הרא"ש ולא אחר מ"ש בתשובה אינו ענין לזה כלל דהתם כשהרא"ש סותר עצמו מהפסקים לתשו' אבל כשאינו סותר את דבריו ודאי דאין הפרש בין הפסקים לתשובות עי"ש הרי להדיא דאדרבא כמו שכתב יותר מדקדק ויותר ראוי לפסוק כמוהו אבל מ"ש השע"ה דברי מר"ן החבי"ב הוי תיובתיה ואדרבה סבר לה מר כי בחיבור היה טרוד בפי' דברי הטור ולאסוף הסברות אבל בתשובה יותר מדקדק ועוד דהרי כתב מהראנ"ח שכבר נתקבל עלינו לרב וכיון שמצד קבלה נגעו בה א"כ מה לי מה שכתב בתשובה מה לי מה שכתב בחיבור כי למה יקבלו לזה ולא יקבלו לתשובה ומדברי הטור שנתן טעם לשבח במה שאנו הולכים אחר הפסקים ולא אחר התשובות לפי שהם באחרונה מזה למד הרב החבי"ב דלגבי תשו' מר"ן שברור לנו שנעשו אחר החיבור כי פעמים רבות מזכיר חיבורו בתשובה חזרו התשו' להיות באחרונה וראוי לפסיק כתשו' עי"ש מכל דברי מר"ן החבי"ב הנ"ל דחביב ליה דברי מר"ן בתשובה יותר מהחיבור הן מצד שהם הלכה למעשה והן מצד שהחיבור היה טרוד לפרש דברי הטור והן מצד

שהתשו' נעשה באחרונה והן מצד שנתקבל עלינו לרב וכיון דמצד קבלה נגעו בה א"כ מה לי דבריו שבחיבורו ומה לי שבתשובות ובודאי דכל זה נעלם מעיני השע"ה כי עדין לא נתפשטו דברי החבי"ב בספר בעי חיי ונראה דעל כיוצא בזה כתב הרב החבי"ב ודברי השע"ה כהילכתא בלי טעמא גם לא הגיד לנו מי בעל שמועה זו אם הוא שמע או קבל מזקנים כמותו:

והטור בח"מ סוף סי' ע"ב שכתב דאעפ"י שכתב בתשובה שהמלוה על המשכון ש"ש בפסקיו כותב שהוא ש"ח ואחרונה היא גם מצינו למר"ן בב"י סי' ק"י שכתב בשם בנו של הרא"ש ר' יהודה כשרואה אני דבריו סותרין זה את זה מפסקיו אתשו' הריני הולך אחר הפסקים שהם אחרונים ולפי דבריהם נחה ושקטה מה שתמהו עליו משם הפוסקים דהפסקים עיקר לפי' הר"ן אמת דהתשובות שהם הלכה למעשה הם עיקר לפי שהפסקים נעשו באחרונה ואפשר כי אעפ"י שכתב תשו' אפשר בפסקים שהם אחרונים אפשר דחזר בו אבל ודאי אם היה הענין שהפסקים תחילה ואח"כ התשו' כ"ש שיש לנו לילך אחר התשובות שהם באחרונה וגם הלכה למעשה הם ויותר מדקדק בהם וא"כ לגבי דידן שידענו נאמנה שהתשו' א"ה ואב"ר הם היו אחר חיבור ב"י שהרי פעמים רבות מזכיר בתשובה חיבור הב"י ודאי שנעשו באחרונה:

אלא שראיתי למר"ן בי"ד סי' קס"ט שכתב על דברי הטור דמשמע מדבריו שהוא תופס דברי הרא"ש שבתשובה עיקר יותר מדבריו שבפסקים שהביא דבריו שבתשובה לבסוף והוקשה לו מההיא שכ' בתשו' בסי' ע"ב הנז' ותירץ דלאו כללא כייל ובאותה תשובה בלבד הוא דקאמר דהוה קים ליה שדבריו שבפסקים הוו אחר אותה תשובה ואין למדין ממנו למקומות אחרים עי"ש וא"כ אין מקום למ"ש השה"ג והקשה מההיא דסי' ע"ב דההיא דסי' ע"ב שאני דהוה קים ליה באביו ששנאה באחרונה:

והנה מצינו למהרד"ך בית כ"ח גבי משומד שכתב הרא"ש בפסקיו שיורש את אביו שאף על פי שחטא ישראל הוא ואילו בתשובה כתב דמשומד אינו יורש את אביו ומהרד"ך תירץ דבפסקיו לא ראה אותה תשובה דר"י שכתב דמשומד אינו יורש ומש"ה כתב דהמשומד יורש אבל בתשובות שראה תשובה הנזכרת חזר בו כיון שראה שרבי יהודה כתב שאינו יורש והקשה עליו מהרש"ך סי' קל"ו שהרי מצינו להטור ולאחיו רבי יהודה שכתבו בפשיטות שהתשובות חיברם תחילה ואח"כ הפסקים ואיך יאמר שאח"ז בתשובה כשראה תשובת רבי יהודה חזר בו עי"ש ולפי האמור לא קשה ולא מידי שהרי מצינו להטור בי"ד בסי' קס"ט שנראה משם שהתשובות הם אצלו עיקר ומר"ן כתב ז"ל דההיא דסי' ע"ב לא כללא כייל שבכל מקום כן הוא אלא דוקא באותה תשו' הוה קים

ליה שהפסקים המה היו באחרונה אבל אה"נ דאפשר להיות שהתשו' נעשו באחרונה ואם כן לא קשה ולא מידי על מהרד"ך כנז':

ולפקד"ן דיש לתרץ דברי הטור אהדדי גם למה שהקשה מהרימ"ט ח"מ סי' ז' על דברי בני הרא"ש שהקשה עליהם וכי אפשר להיות דבר זה שבעת שכתב החיבור של הפסקים צוה עליהם שלא יכנס שום אדם אצלו שלא ישאל ממנו הלכה אכן נר' כי מי שחיבר ספר כל עוד שלא נדפס יתחדש עם המחבר כמה ענינים ויחברם בספר והנה הטור ור' יהודה בני הרא"ש ראו במר אביהם שהיה כותב שאלות ותשובות במה שהיו שואלים איתי והיה משיב להם והיה כותב כל מה שחידש ואח"ז עלה בדעתו לחבר הפסקים ובאותו זמן מסר הדיינות לאיש אחר אלא שהיו שואלים אותו דינים הקשים ע"ד כל הדבר ה קשה יביאון אל משה והיה מחברם עם ספר שו"ת שלו ובימי הרא"ש עדיין לא יצא חכמת הדפוס בעולם ולא נדפסו תשובותיו והיה מחברם עם ספר שו"ת שלו אותן שהיה נשאל עליהם בעת חיבור הפסקים ולכן בנו רבי יהודה כשהיה רואה דברי מר אביו שהם סותרין מהפסקים לחיבור היה אומר שחזר בו ממ"ש בתשובות שהיו רוב תשובותיו שם ואמר בעת שחיבר הפסקים חזר בו מדברי התשובה גם בנו הטור בההיא דסי' ע"ב בההיא דהמלוה על המשכון ש"ש ובפסקים כתב שהוא ש"ח אזיל בתר רוב תשובותיו שחיברם בתחילה ואח"ז הפסקים ובההיא דסי' קס"ט שנראה לו יותר דבריו שבתשובה הביא דבריו שבתשו' באחרונה לומר שאפשר שתשובה זו חיברה אחר מ"ש בפסקים ולא רצה לקלקל מ"ש בספר בפסקים וסמך טל המעיין:

והנה למה שהקשה וכי הניח שומר על פתח בית המדרש למר"ן דלא נפלאת היא ולא רחוקה וכבר מצינו להרמב"ם שאמרו עליו שכמה שנים עמד בהסגר בעת שחיבר חיבורו הגדול וגם הרא"ש אפשר שעשה כן ולא נודע זה לרבים כי אם לבניו דוקא אי נמי שהיו שואלים ממנו שאלות לא עשה אותם בדרך שאלה ותשובה אלא היה קורא ופושט מתוך הפסקים שהיה מחבר ובמקום שהיה נשאל ועדין לא הגיע לשם היה פושט מתוך הסוגיא ומניחה עם שאר החיבור של הפסקים:

ומר"ן בתשובה סי' ב' הביא דברי העור שבסי' ע"ב שכתב דכל מקום שדברי הרא"ש סתראי נינהו מהתשו' לפסקים שהפסקים עיקר שהם באחרונה וק' שהרי הוא עצמו בנ"ד סי' קס"ט וכו' פי' דברי הטור דלאו כללא כייל לן בכל מקום שכך דעתו אלא דוקא בההיא דסי' ע"ב קים ליה שהיתה באחרונה וא"כ איך פה מביא ממנה סיוע להיפך ולא זכר מ"ש הוא עצמו בסי' קס"ט ועוד דלמה לו להביא דברי הטור לסייעו היה לו להביא דברי ר"י אחיו שכ' כן בפירוש ולולי דמסתפינא הייתי אומר שמר"ן אחר שידוע לנו

שההשובות אחר חיבור הב"י א"כ נוכל לומר דחזר בו מההיא דסי' קס"ט וסבר שהטור ואחיו שניהם שוים לטובה שהפסקים נעשו באחרונה ועליהם יש לסמוך ומה שנראה לו בסי' קס"ט דברי התשובה לפי שידוע לו בבירור שאותה תשובה היתה אחר החיבור שנשאל עליה ומש"ה פסק כמוה ומהרימ"ט שם אסיק דכל פוסק שסותר את דברי עצמו מתשו' לפסקים בין שיהיה החבור בתחילת ימיו ובין שיהיה התשו' בתחילה ימיו ובסוף החיבור. הפסקים עיקר ע"כ וקשה דמאחר שבתחילה כתב הפסקים ואח"כ התשו' עינינו הרואות שבא לו תשובה ופסק להם היפך מ"ש בפסקים היאך נאמר דהפסקים עיקר והלא הוא עצמו נראה לו דבריו מ"ש בפסקים ואי משום דאם איתא דחזר בו היה לו להסירה מן הפסקים א"כ גם זה קשה היאך השיב להם תשובה והוא לא היה דעתו כן ונראה לומר דכונת מהרי"ט ז"ל דאהני לגבי דידן שלומדים בספרי הפוסקים ורואים שיש מי שכתב כמ"ש בפסקים ויש מי שכתב כמ"ש בתשובה שראוי לילך אחר מ"ש בפסקים כי יותר הם מדוקדקים ואפשר עוד לתת טעם כי התשובות רובם היו נשלחים אליו ממקומות אחרים ורואים התשובות בנחיצה רבה משא"כ בפסקים כי הוא מאריך בהם כחפצו ורצונו והנה מהרי"ל בסי' מ"ו ז"ל הביא דבריו מר"ן החבי"ב בסי' ע"ב הגה"ט אות רי"ט כתב שיש לסמוך על מ"ש בתשובה יותר מהפסקים שלא היו בשעת מעשה ע"ש מדבריו אלה נראה שהתשובות שהם הלכה למעשה יותר הם מדוקדקים מהפסקים ומעתה לפי דברי מהרי"ל הנז' יש לפשוט ספק דידן דמאחר דראינו דמר"ן ז"ל קבלנו הוראותיו במ"ש בב"י ובש"ע כ"ש שקבלנו הוראותיו מ"ש בתשובה שהם הלכה למעשה ואפי' שכתבנו לעיל משם מהרי"ט שהוא פליג על זה וסובר שהפסקים עיקר היינו דוקא כשרואים אותם שהם סותרין זה את זה אמרינן דהפסקים עיקר לילך אחריהם אבל אם אינם סותרים זה את זה שניהם כאחד טובים:

עוד יש להביא ראיה לנ"ד ממה שמצינו למר"ן כשכת' בתשובה למור"ם והיא בתשו' מור"ם סי' מ"ז והשיב לו מור"ם דחלילה להמרות פי כת"ר וכל החולק עליו כחולק על השכינה ובכן הסכמנו פה והכרחנו האיש לשלוח מאה זהובים כפי פסק תשובתו דמר וסיים ועליו יש לסמוך באיסור דאורייתא כ"ש בממון הקל עי"ש הרי מצינו דאף למ"ש בתשובה קבלנו את דבריו ואפ' שהרב קמ"ר ח"א סי' ד' שהביא תשובה זו של מר"ן נכתב שם דאפי' את"ל דחולק על דבריו אמינא ולא מסתפינא דלא קי"ל כמר"ן אלא במ"ש בש"ע או אפי' מ"ש בתשו' אבל במה שנמצא בספר אחר על שמו לא קי"ל כוותיה ומה גם שאפשר שחזר בו הנה מלבד דהר"ם מזרחי ז"ל הוא בר פלוגתיה ולא סבר לה מר מ"ש עוד בה דהוא כתב הטעם לפי שנמצא בספר אחר ויש מקום לומר

שחזר בו אבל כל זה לפוסקים שבימיו עדיין לא נדפסו תשו' מר"ן שבס' א"ה אבל אנן לדידן שזכינו לתשו' מר"ן שבס' א"ה ושם בסי' פ"ג הובאה תשובה זו עם חיבור מר"ן בתשו' זו שהוא למעלה מ"מ למדנו מדברי שניהם דגם דברי מר"ן בתשו' קבלנו אותם כמו בש"ע עוד נראה לענ"ד לומר כיון שעמדה בדין והוציאה לפניהם היא וראובן הנז' שטר כתובה שהיה כתוב בתוכו כתו"מ ומסרה אותו בידם וראו הב"ד שהיא נתנה סכי כתובתה לראובן ולא חזרה בה מדברים אלו הנכתבים א"כ הוי כמו נדר וראיתי למר"ן החבי"ב בס' תיקון סופרים סי' ל"ו שתיקן נוסח שטר מחאה למי שבעל דינו גברא אלמא שכתב שבא ה"ר פ' מתרעם על פ' שגזל ממנו בית פ' וכו' והאידנא לא יכילנא מפני אונסו ותוקפו וכשאני תובעו לדין אינו רוצה לדון עמי וכשגוזרים עליו להחזיר לא ציית לדינא אלא בא עלי בכח הזרוע ובכח שלטון וכו' ואני מוחה בפניכם כדי שלא יחזיק ג' שנים וכו' עש"ב הרי אפילו שהוא גברא אלמא צריך לעשות מחאה ואם לא עשה כן עלתה לו חזקה למחזיק כי מחאה אין פחד ממנה אפי' שהוא גברא אלמא וכ"ש בנ"ד שאפילו הוא איש ריב ומדון מ"מ אין לו כח בשלטון והס כי לא להזכיר כדברים אלו ולהוציא ממון מיד בני בנים בטענות אלה עוד נראה להביא ראיה לנ"ד ממ"ש מהריט"ץ ז"ל סי' ער"ב שכתב האשה שנתחייבה לתת לבתה כו"כ ועדיין האשה היתה נשואה לבעל ואח"ז מת בעלה וגבתה כתו' שחייבת לתת מה שנתחייבה דאפי' שבעת חיובה רשות בעלה עליה ולא היתה מתנתה מתנה שאין אדם נותן דבר שלא ברשותו מיהו כיון שאחר מיתה זכתה בנכסים בפרעון כתובתה ושתקה ולא מיחתה הויא מתנה גמורה וזכתה הבת במתנתה ע"כ א"כ גם בנ"ד שחייבה לתת לה נכסי כתובתה כשתבא לידי גיבוי ואח"ז מת בעלה ובאו לידי גביה לפני ב"ד וראו שהיא נתנה נכסי כתו' לראובן הרי זכה בהם ראובן כיון ששתקה ולא מיחתה שאפילו לא היה שם כתיבה אלא שנתחייבה לתת לו כו"ך מסכי כתו' אפילו עדין רשות בעלה עליה ולא באה לידי גביה כיון שזכתה בנכסים מצד פרעון כתובתה זכה בהם ראובן:

סימן לז

שאלה היכא שפטור הוא מצד הדין אם בפשיטות אם מכח ספק אם מכח קי"ל ויש בחיובו שבועה האם נוכל לומר שחיוב אין כאן שבועה אין כאן או אם נאמר שאעפ"י שמצד הדין הוא פטור מ"מ חייב מכח שבועתו ולזה אני אומר דדבר זה כמה דיות נשתפכו ואם אמרו נבא אעי"ר יכלה הזמן אבל נאמר מעט דרך קצרה ואומר דדבר זה מתחלק לכמה גווני דאופן האחד הוא שהחיוב שחייב עצמו בו אם היה בלא שבועה אינו מתחייב בו אליבא דכ"ע וזה חייב עצמו בו ונשבע עליו. האופן השני הדבר שחייב

עצמו בו אם היה בלא שבועה היה שנוי במחלוקת דאיכא מאן דס"ל דחייב ואיכא מאן דס"ל דפטור וזה חייב עצמו בו ונשבע עליו האופן הג' הוא שהחיוב שנתחייב בו מתחייב בו בלי ספק וא"כ נשבע עליו לקיימו אלא שיש בו צד פטור מן החיוב הנז' בשום אופן שיהיה והפיטור ההוא הוא מוסכם אליבא דכ"ע אם היה בלא שבועה וזה נשבע. האופן הרביעי הוא החיוב באופן הג' והפטור הוא בפלוגתא דרבוותא אם היה בלא שבועה וזה נשבע. האופן הה הוא החיוב כאופן הג' והד' אלא שהפיטור הוא מכח ס' חסרון ידיעה ולא משום מחלוקת הפוסקים דיכול המוחזק לומר אילו היה בלא שבועה המע"ה וזה היה בשבועה ולאופן הא' דהיינו הדבר שנשבע עליו אם היה בלא שבועה לא היה חייב אליבא דכ"ע וזה חייב עצמו בשבועה נראה ודאי דדבר זה הוא מוסכם מכל הפוסקים שחייב לקיים שבועתו והראשון אדם הגדול הריב"ש ז"ל בתשובה סי' ע"א השיב על מה שנשאל שעשה שותפות עם ראובן הרופא לה' שנים מכל מה שירויחו במלאכת הרפואה שיכול לחזור בו אמנם זהו לפי הדין אם לא היה בכאן שבועה אבל בנדון זה שיש בו שבועה אין ספק שחייב להשלים מכח שבועתו וב"ד כופין אותו בכך וכן כתב הרשב"א בתשובה וכו' דאע"ג דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם אם נשבע להשלים חייב וחבירו קנה ועיין ג"כ בסי' שכ"ח וסי' של"ה בדין האסמכתא שכתב שאם נשבע חייב לקיים שבועתו וכן עיין ג"כ בסי' שמ"ה בדין מי שקנה ולא משך וכו' יעו"ש גם הרב מהריב"ל דאיהו מארי דשמעתא דקנין אין כאן שבועה אין כאן הסכים בדין זה לדינו של הריב"ש בח"ג כלל י"ב סי' ע"ו וז"ל וכד מעיינינן שפיר אשכחינן דלאו מילתא היא וכו' דשאני התם דכיון דהם דברים ברורים וידועים לכל בודאי דנשבע לחייב את עצמו מחמת השבועה דאם לא כן על מה נשבע וכו' יע"ש גם הרא"ש ז"ל כלל ס"ח סי' י"א כתב וז"ל ועוד דאין צורך לכל זה אלא אפי' מן הדין לא היה גובה בשטר זה כ"ז שנשבע לפרוע לכל מוציא שטר זה כופין אותו לקיים שבועתו ומכין אותו עד שתצא נפשו לקיים שבועתו וראיתי להרב מוהר"י אדרבי שהביא בספרו בסי' שצ"ג תשו' מהרב מוהרשד"ם ז"ל על אחד שחייב עצמו לפרוע עד זמן פ' הסך שחייב בו בכל תקף בשבועה ושתחול השבועה אפי' יתירו לו אלף פעמים תחזור ותחול עד בלתי בעל תכלית והוציא שובר שפטרו מלוה שלו מהשבועה הנז' ונתן לו הבחירה לפורעו אימתי שירצה וכו' ואעפ"י שה"ר יוסף טוען שמה שכתו' בשטר שאפילו אם יתירו לו אלף פעמים תחזור ותחול וכו' היינו אם יתירו לו אחרים אבל אם יתיר הוא בעצמו ההיתר יהיה היתר דאי לאו הכי היה לו לכתוב אעפ"י שיתיר לשון יחיד ואני אומר שאין זו טענה ומ"ש לשון רבים חוזר לו ולבאי כחו וכו' וע"כ אני אומר שעם היות שאם לא היתה השבועה היה הדין

עם ר"י הנזכר מכח שבועה היה חייב לקיימה וכתב עליו מוהר"י אדרבי ז"ל וז"ל ואני אומר במחילה מכת"ר שכיון שמן הדין חיוב פרעון אין כאן גם חיוב שבועה אין כאן שהשבועה אינה אלא לזרז הפרעון וכו' וראיה ממה שנשאל להרשב"א הנשבע לחבירו שיפרע לו וכו' וכן פי' הריב"ש סי' שכ"ח על הא דקיי"ל דאין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם אפי' נשבע על כך לא קנה הקונה וכו' וכיון שכן בנ"ד כיון שה"ר יוסף פטור מן הפרעון מן הדין גם מכח שבועה הוא פטור וכו' ע"כ ואני הפעוט נ"ל דדברי מהרשד"ם ז"ל שרירים וקיימים דכיון דפי' בפי' יתירו לו הוא אפי' הבעל דין ודבר זה בלא שבועה כולי עלמא ידעי דלא מהני ומהני מה שפטרו אח"כ וא"כ בודאי דמהני שבועתו ודבר זה אפי' מהריב"ל מודה בו דדבר פשוט הוא לו שאינו חייב בו מן הדין ונשבע עליו חייב לקיים אותו מכח שבועתו דבהכי ישב דברי הריב"ש וכמש"ל ושאני ההיא דשמיטה ועיין בתשובת מהריב"ל שהבאנו לעיל גם הראיה שהביא מדברי הריב"ש סי' שכ"ח לא ידעתי מאי דעתו להולמה דמתורת קנין לא קנה אבל עכ"פ חייב לקיים מצד שבועתו וכמש"ל בשמו וצ"ע:

ועיין להרב כהונת עולם סי' ז' שהוכיח דלאו דוקא דבר שאינו חייב בו אליבא דכ"ע ונשבע עליו דחייב לקיים שבועתו אלא אפי' דבר שיש בו מחלוקת אם המחלוקת לאו כ"ע ידעי לה שהיה איזה חילוק דין שאינו עולה על דעת הבני אדם אפילו הכי חייב לקיים מכח שבועתו ואינו יכול לומר טעיתי וחשבתי שמן הדין הייתי חייב כיון דצד החיוב אינו פשוט כל כך והביא קצת ראיה ממוהריב"ל גופיה שכתב כן בפשיטות בח"ב סי' ל"ח יעש"ב ואל אופן הב' שהדבר שנשבע עליו אם היה בלא שבועה היה שנוי במחלוקת דאיכא מאן דס"ל דחייב ואיכא מאן דס"ל דפטור וזה חייב עצמו בו ונשבע עליו אומר דדין זה כתבו הרב מוהריב"ל ז"ל בכלל י"ב סי' ע"ו על ראובן שאמר ללוי כל מה שתתן לשמעון אני ערב לך ולא פי' דבר קצוב ונשבע ראובן וקבל על עצמו לפרוע והשיב וכו' אבל בנ"ד אפשר לומר שטעה בדין וחשב דאליבא דכ"ע היה חייב באותו ערבות וכו' וכיון דאיגלאי מילתא דלא היה חייב מן הדין משום דיכול לומר קים לי כהרמב"ם א"כ השבועה היתה בטעות דמאי דנשבע לא היה אלא שחשב שהיה חייב לפרוע מן הדין באותו ערבות וכו' וכיון דחיוב אין כאן משום דיכול לומר קי"ל כהני רבוותא דפליגי על הרמב"ם שבועה נמי אין כאן ותו לא מידי עכ"ל ודו"ק יעו"ש גם בח"ג סי' כ"ח כתב וז"ל והוא דהיכא דהוה מילתא דידעי בה כ"ע דאין אותו קנין מהני כעין אסמכתא או דבר שלא בא לעולם היכא דליכא פלוגתא דרבוותא אז השבועה היא קיימת דודאי אדעתא דהכי נשבע לחייב עצמו מכח השבועה מה שלא היה חייב מכח קנין

והיכא דלא הוי מילתא דברירא ואיכא פלוגתא דרבוותא מצי למימר דטעה שהיה סבור שמחויב מצד הדין והקנין ומתפייס לחייב עצמו ביותר מחמת השבועה והוה ליה כנדרי טעות ודי בזה יע"ש ודבריו ז"ל לי הפעוט תמוהים דמאי דחשיב לה שבועה בטעות משום דסבר שהוא חייב מן הדין ומש"ה נשבע דבר זה לא ניתן ליאמר אלא דוקא אם בשעת החיוב לא היה שבועה ואח"ז תבעו לפרוע לו חיוב הנ"ל ונשבע לו לפורעו אזי שייך לומר שהיא שבועה בטעות שאילו היה יודע שאינו חייב היה מסרב בו לפורעו ולא נשבע אבל אם בשעת החיוב נשבע אזי לא שייך לומר ששבועתו היתה בטעות משום שהיה סבור שהוא חייב שהרי עכשיו הוא בא לחייב עצמו מאיליו ובלתי רצונו לא היה יכול שום אדם לחייבו בערבות הנז' והוא חייב עצמו מרצונו או לטובת חבירו או לאיזה תועלת וא"כ איך יוכל לומר אילו הייתי יודע שפטור לא הייתי נשבע והרי חבירו אינו עושה בקשתו עד שישבע וכבר השיגו בכעין זה הרב הגדול מוהרש"ח בסי' ל' ובסי' יו"ד ופסק דלא כוותיה אלא שחייב לקיים מכח שבועתו והסכים עמו הרב מוהרש"ך ז"ל בסי' יו"ד יע"ש ואני חילקתי כן אם היתה השבועה בשעת החיוב או אח"כ כדאיתא להדיא להרב הסמ"ע ז"ל בסי' ע"ג ס"ק כ"ח והש"ך ז"ל שלא כדין השיגו וחילוק הסמ"ע פשוט ודו"ק גם בנוספות למהרש"ך סי' ב' כתב בח"א הובאו דבריו שמסכים דלא כמהריב"ל ג"כ בח"ג סי' ז' ול"ד ובסי' הנז' דחה דעת מוהריב"ל מההיא דהרשב"א דשמיטה יע"ש ובסי' מ"ח יע"ש גם הרב מ"ץ ח"א סי' ד' דף י"ט כתב דאינו יכול לומר קי"ל כמוהריב"ל יעו"ש וכן בח"ב סי' כ"ב ולי נראה דגם הרב מוהרשד"ם בחא"ה סי' קכ"ה ובח"מ סי' ל"ד ונ"ז פסק דלא כמהריב"ל גם הרב מהראד"ב סי' נ"ט וק' הסכים דלא כמהריב"ל אבל בסי' קכ"א נראה שדעתו לפסוק כמהריב"ל יע"ש ובסוף התשו' כתב וכיון דאינה שבועה בענין ספק שבועה להחמיר דהוי ספיקא דאורייתא ודבריו סותרין זה את זה ולכאורה נראה לישב דבריו דודאי היכא דעיקר החיוב שנתחייב עליו הוי פלוגתא דרבוותא ונוכל לומר דאדעתא דהכי לא נשבע והוי שבועה בטעות אה"נ דאמרינן דלא הוי ספק שבועה כלל כיון דעוקרין השבועה לגמרי אבל היכא דעיקר החיוב חלה עליו השבועה כמו שהסכים לבסוף אלא דמספקא לן אי דבר זה נכלל בשבועה או לא אזי אמרינן דספק שבועה להחמיר כיון דהשבועה ממ"נ חלה ודו"ק גם הרב מוהר"ם אלשיך סי' נ"ו פסק דלא כמהריב"ל יע"ש והרב מוהר"י אדרבי בתשובה סי' רל"ה נשאל על ראובן וכו' תשו' וכו' משום דכלל גדול יש לנו דאוקמינן ממונא בחזקת מריה ופשיטא דמצי למימר המוחזק קי"ל כפלוני לאוקומי ממונא באופן דלא מהימני יתמי מלוה למימר פרוזבול היה לנו כיון דאיכא כמה אשלי רברבי שכתבו דלא מהימני ועוד דהאידנא לא נהיגי

למכתב פרוזבול ו' וא"ת כיון דבנ"ד נשבעו הלוה והערב שבועה חמורה לפרוע נעשה וכו' וי"ל שכתב מהרי"ק שורש פ"ה שהשבועה אינה כי אם לזרז וכו' הא לך בהדיא שכתב ממש כנדון דידן שאין השבועה מוספת שום חיוב ממון ובנדונו כתב מוהריב"ל וכו' יע"ש ודבריו תמוהים דהם היפך מ"ש בסי' ר"ך ועוד כיון דחיוב הוא מוסכם דכיון דאיכא בפיטורו פלוגתא דרבוותא דאיכא מאן דאמר דטענינן ליתמי פרוזבול היה לי ואבד ואמ"ד דלא טענינן ויש שבועה הו"ל ספק שבועה להחמיר ולא דמי להההיא דהרשב"א דשם פיטורו אליבא דכ"ע וכמו שכתב מוהרי"ק עצמו בשורש צ"ב וז"ל ועדין אני עומד במקומי דהיכא דנשבע הלוה לפרוע דאין להכניס ראשו בס' שביעה וראוי הוא לחייב הלוה היכא שטוען המלוה פרוזבול היה לי ואבד מאחר שהרבה פוסקים אומרים שנאמן גם בלא שבועה יע"ש וגם הרב מוהריב"ל עצמו מודה בזה וכמו שנכתוב בס"ד ויש ליישב דבריו ז"ל בדוחק דסמך עצמו אמש"ל ז"ל דהאידנא לא נהיגי לכתוב פרוזבול וא"כ הוי דבר דלא שכיח ולהכי לא טענינן ליתמי דבר דלא שכיח ולא הוי בפלוגתא ומעתה ליכא מכאן ראיה דס"ל דמיירי כמהרי"ק דשאני הכא דהם פטורין אליבא דכ"ע וג"כ לא נשבעו ע"ז והוי דומיא להההיא דהרשב"א ממש דהנשבע לחבירו וכו':

גם מוהר"י אדרבי סי' ר"ך כתב בענין המחייב עצמו בדבר שאין לו קצבה דהוי בפלוגתא דרבוותא ועוד דאיכא שבועה בדבר וחייבים השותפים להשלים כדי לקיים שבועתם הרי דס"ל בפירוש דלא כמהריב"ל יע"ש ולכאורה דהוא עצמו סתר דידיה אדידיה שכת' בסי' רל"ה על ראובן וכו' גם מסי' שצ"ד ליכא ראיה דס"ל כמהריב"ל דשם לפי דעתו הוי פיטורו אליבא דכ"ע וליכא פלוגתא והוי כההיא דהרשב"א דשמיטה וכבר השגנו עליו בדברים אלו בס"ד ומן התימא מהכנה"ג שסמך דעתו עם מוהריב"ל וצ"ע גם בסי' ע"ד נראה דס"ל דלא כמהריב"ל שכתב לשם וז"ל הרי דלסברת כל הני חייב שמעון וכו' כ"ש בנדון דידן שבאו לידו ואיכא שבועה וכו' דחייב לקיים שבועתו הרי דאע"ג דעיקר חיובו במחלוקת היא שנויה אפ"ה מכח שבועה חייב לקיים שבועתו וזה דלא כמהריב"ל ודבריו לשם תמוהים דבתחילת דבריו קודם שהביא דעת החולקים דס"ל דמהני חיובו לא רצה לחייבו מכח שבועה ואחר שהביא דעת החולקים חייבו מכח השבועה וזהו ס' הפוכה דבדבר שאין בו מחלוקת לכ"ע הוא פטור אפי' מוהריב"ל מודה ובדבר שיש בו מחלוקת דווקא הוא דפליג מוהריב"ל ועוד קשה דמאי מייתי ראיה מדברי הריב"ש סי' כ"ח דהתם לענין דאיהו עושה רנין הוא דכתב הריב"ש דלא מהני השבועה אבל על כל פנים מודה דחייב לקיים שבועתו וזה פשוט:

והרב כנה"ג בסי' ח' הגב"י אות מ"ע ציין בכלל החולקים על מוהריב"ל הראנ"ח סי' ס"ז מהר"א ששון סי' ס"א ונדון שלהם הוא בנשבע שלא ישא אשה אחרת עליה שאם היה פטור דהוי מעמש"ב והשבועה חיילא בכולל וכת' לשם הרבנים הנז' וז"ל וכשתמ"ל שמכח תנאו פטור מחיוב אותו דבר אף שבועה לא תחול עליה שלא נשבע זה אלא כשהוא חייב מן הדין וכהוראת מי שהורה מגדולי האחרונים וכו' ואם כונתו ז"ל על מוהריב"ל ז"ל דבריהם תמוהים דבהא אפי' מהריב"ל יודה כיון שדבר פשוט הוא ואין בו מחלוקת דבלא"ה שבועה לא היה חייב ודאי שהשבועה מחייבתו וכמ"ש בסו' כלל י"ב ועוד דנדון זה עצמו הביאו הרב מוהריב"ל בח"ב סי' כ"ב וחייבו מכח שבועתו והביא לשונו מוהר"א ששון בתשו' הנז' ויתכן דכוונתם על זולתו אבל הכנה"ג שהביא דבריהם עם החולקים על מוהריב"ל נראה שמוהריב"ל חולק עליהם בזה וזה ליתא ודו"ק ועיין להרב כהונת עולם סי' ז' שהוכיח דאעפ"י שיש בדבר שנשבע עליו מחלוקת אם העם אינו נראה להם המחלוקת אלא הם סבורים שאינו חייב מן הדין חייב לקיים שבועתו:

סימן לח

כתב הש"ך חו"מ סי' פ"ה סק"א משם הרמב"ן בהשגות על המאור וז"ל זאת הטענה כמה היא חלושה שהרי אעפ"י שלא לוה ממנו היה גובה בינונית שלו ואם לוה ממנו כדי להגבותו זיבורית אין דרכם של בני אדם ללוות כדי למכור נכסיהם לא זיבורית ולא בינונית דאלת"ה מכר לו את השדה באתרא דיהבינן זוזי והדר כתבינן שטרא היאך יכול לומר לו היה לך לפרוע את שלך לימא ליה רצוני למכיר לך אותו שדה זיבורית שהיה לי כשאפרע ממך במעות או בבנונית כשיש לו כולן וכו' ועוד שאפי' מאיש אחר היה לו ללוות להגבותו זיבורית שלו כיון שאין לו עידית ועוד דלרב ששת נמי יכול לומר מתחילה כשלויתי ממך לכך היתה כוונתי שאגבה בנונית ואמכור אותו בדמים מרובים קודם זמן פרעון הלואתך וא"כ אגבה אותך זיבורית שלי ולמה יפסיד ועוד דא"ת דלרב ששת נמי משכחת לה כגון דאית ליה לשני עידית ואית ליה לראשון זיבורית שאומר לו לכך לויתי ממך כדי שאגבה ממך עידית מעתה שהרי הגיע זמני והגבה אותך זיבורית שלי לכשיגיע זמנך והרי זה זריז ונשכר וגובה עכשיו עידית ומגבהו לאחר זמן זיבורית וכו' עכ"ל ואין מכל אלה טענה על הרב המאור ז"ל כלל כשנאמר דלא ניחא ליה לאיניש ללוות כדי למכור קרקעותיו וגם כשנאמר דיש מקום דלא ניחא ליה לאיניש בשני קרקעות כמו שכתב בירושלמי על מתניתין דלעיל והביאו מר"ן ז"ל לעיל

ומעתה מה שהקשה בראשונה אעפ"י שלא לוה ממנו היה גובה בנונית שלו ל"ק משני טעמים האחד טעם שכתבו לעיל דלא ניחא ליה בשני קרקעות דאית ליה איהו חד

זיבורית ויגבה האיך מיניה דהך אבל עכשיו שלוה ממנו מגבהו הזיבורית וישאר בידו הבנונית ועוד שכיון שיש בידו מעות והא ראיה שלוה אותם מעות היאך יכול לגבות ממנו הבנונית בוודאי שהיה מסלקו במעות שבידו אבל עכשיו שלקח ממנו אלו המעות שבידו בתורת הלואה אם יזדמן לו עוד מעות אחרים לא הפסיד מידי דאיהו נמי יהיה ליה מעותיו ואם לא יזדמן לו מעות הריוח שגובה ממנו הבינונית ומגבהו זיבורית ותשאר עכ"פ בידו קרקע טובה יותר מקרקע שהיה לו בודאי מכירה כזו ניחא ליה לאיניש ומעתה הראיה שהביא מהא דמכר לו את השדה לאו ראיה היא דודאי לא ניחא ליה לאיניש למכור קרקעותיו ויניח חובי ביד אחרים אפי' אם יהיה זיבורית ואם תאמר יחזור ויגבה קרקע מנ"ל הא שיתן לו קרקע והוא כבר מכר את שדהו ומה שהקשה עוד ועוד שאפי' מאיש אחר היה לו ללוות כדי להגבותו זיבורית שלו לא קשה כלל דלא ניחא ליה להיות עבד לאיש אחר דבשלמא הכא שניהם עבדים זה לזה ועוד דלא ניחא ליה ללוות כדי למכור קרקעותיו כמ"ש וא"ת יגבה חליפתה בנונית מן הלוה הזה עכ"פ ישארו בידו אלו המעות ומסלק אותו בם ומה שהקשה עוד ועוד דלרב ששת נמי יכול לומר לכך היתה כוונתי שאגבה ממנו הבנונית ואמכור אותה בדמים מרובים קודם זמן פרעון הלואתך ואח"כ אגבה אותך זיבורית שלי ג"כ לא קשה משני טעמים האחד טעם שכתבנו דאין אדם עשוי ללוות כדי למכור קרקעותיו ויניח עצמו בלא כלום ועוד דאפי' איהו בשווייה קא שקיל לה בדמים מרובים ומה שהקשה עוד דא"ה לרב ששת נמי משכחת לה כגון דאית ליה לשני עידית ואית ליה לראשון זיבורית נמי ל"ק דס"ל לבעל המאור דוקא לגבי בינונית יכול למימר הכין אבל לגבי עידית בודאי שאינו יכול לומר כן שבודאי עושה הלוה כל טצדקי שיש לו ולא מגבה אותה לו כיון שאינו מצוי כל שעה משא"כ בבינונית אינו מטריח עצמו כ"כ בשבילה כיון דדינו בבינונית ודו"ק:

ומה שדחה הש"ך לדברי הרמב"ן וז"ל ומ"ש שהרי אעפ"י שלא לוה ממנו היה גובה בינונית שלו וכו' לאו מילתא היא לפי עניות דעתי דאנן הכי קאמרינן דלא תימא דזה יפסיד שטרו משום שלוה ממנו ואילו חייב לו היה לו להפרע הימנו ואהא אמרינן דלכך לא נפרע ממנו משום דעד השתא שיעבודא איתי ליה עלה דבינונית דיליה ואילו היה נפרע ממנו לא היה יכול לגבות ממנו כלום וכו' עכ"ל וכוונתו הוא דלא אמרינן לו היה לך לגבות בינונית עכשיו משום שיאמר עכשיו לא צריכנא לה ואני צריך למעות יותר והא דלא נפרעתי הלואתי משום אחר זמן שאם ארצה אקח הבינונית ואגבהו זיבורית ופשוט הוא ומלבד שאין כונה זאת סובל אותה דברי המאור לא ידענא אמאי לא דחה בפשיטות כמ"ש דאם ארצה עכשיו לגבות הבינונית היה פורע לו שמזומנים בידו ימ"ש

עוד ובזה נדחה ג"כ מ"ש דאלת"ה מכר לו את השדה וכו' לימא ליה רצוני למכור לך אותו שדה זיבורית והא לאו קושיא היא דא"כ מי שיש לו שטר על חבירו וכו' לעולם לא יתבע אותו כדי שיהא שיעבודו קיים על בינונית וכו' והתם נמי במכר לו את השדה היה לו להפרע ממנו דל"ל שהניח מעותיו בידו כדי שיהא שיעבודו קיים על הבינונית וכי לעולם לא יוציא חובו וכו' עכ"ל ולא ידענא מאי קאמר דהראיה שהביא הרמב"ן ז"ל הוא על מ"ש ואם לוה כדי להגבותו זיבורית שכוונתו זה אם נאמר שכונת בעל המאור לא בשביל שיגבה בינונית עשה זה דאם רוצה הוא יכול לגבותה מעכשיו אלא כל כונתו שלוה ממנו הוא כדי לגבותו זיבורית שלו ע"ז קאמר וקא מדחי להרמב"ן ז"ל דאין אדם עשוי ללוות כדי למכור נכסיו ואפילו זיבורית דאלת"ה מכר וכו' לימא רצוני שאמכור שדה שלי שהיא זיבורית ואח"כ אפרע ממנו במעות או בינונית וכו' ואם כדברי הש"ך לא היה לו להרמב"ן לכתוב מעות כיון שכוונתו לגבות הבינונית עוד כתב הש"ך ומ"ש ועוד שאף מאיש אחר היה לו ללוות וכו' אין זה קושיא דמ"ל איש אחר ומ"ל הוא וכו' ועוד דמאיש אחר כשיבוא איש אחר לגבות חובו יצטרך ליתן לו זיבורית שלו בע"כ או לשלם לו אבל כשלוה מזה אם ירצה יחזיר לו שטרו ויצא זה כנגד זה תדע דהא גם להרמב"ן תיקשי לר"ן אי דמטא זמניה מ"ט דרבנן דאע"ג דמיירי באתרא דכתבי והדר יהבי הו"ל ללוות כן מאיש אחר ולמה לוה מזה אלא ודאי צ"ל כמ"ש הרמב"ן גופיה בסוף דבריו וכו' דיכול הא' לומר לכך לויתי ממנו שאוכל למשכנו וכו' אלא שאין טענה זו מספקת וכו' עכ"ל ובמחילה מגודל רבנותו שדוחה דברי הרמב"ן ז"ל בקנה רצוץ דמה שכתב מ"ל איש אחר ומה לי הוא בודאי לא קשה כלל דכשלוה מזה הוא מריע שטרו ומ"ש דמאיש אחר כשיצטרך חובו יצטרך ליתן לו זיבורית שלו במ"כ או לשלם לו וכו' לא ידענא מאי קאמר דהרמב"ן קושיא זו קאי על דבריו שכתב ואם כוונתו של המאור ז"ל הוא דאמרינן אע"ג דיהבי והדר כתבי אפ"ה גובה חובו ולא אמרינן היה לך לעכב המעות בחובך משום שכוונתך להגבותו זיבורית היה לך לעכב מעות של זה בידו וילוה מאחר ויגבהו הזיבורית שלו ומאי קאמר ע"ז הש"ך דמוכרח ליתן לו הזיבורית או לשלם לו שבודאי כן הוא שכל כוונתו שלוה מזה ולא נפרע בחובו משום שיתן לו הזיבורית והשתא נמי ליעביד הכי שבודאי מוכרח הוא דוכי מרויח מזה יותר מזה דמזה ג"כ או יתן לו הזיבורית אם רוצה או יוציא חובו כנגד חובו והראיה שהביא מהרמב"ן אינה ראיה כלל דשאני התם שהוא באתרא דכתבי והדר יהבי שבודאי יכול לומר שאם הייתי תובע חובי לא היה נותן לי והוכרחתי ללוות ממנו כדי שאוכל למשכנו משא"כ אילו לויתי מאיש אחר ואם כונת הש"ך שמא תהפך דעתו ולא ירצה עוד ליתן הזיבורית וא"כ

מוכרח הוא לשלם לו ונעשה לו טירחא בזה שלקח המעות מזה ויצטרך ליתנם לאחר בודאי כ"ז פילפול שלא לצורך הוא:

עוד כתב הש"ך ומ"ש ועוד דלרב ששת וכו' כ"ז לא קשה מידי וכו' כדי שאם יזדמן יהיה לו בשעת הפרעון זיבורית ולחבירו בינונית ירויח בזה ולוה הא' נמי ניחא ליה בהכי דהא אפשר שיהיה ג"כ בהיפך וכו' וללוה הב' יהיה לו בינונית וכו' עכ"ל ומלבד שכל דבריו הם פורחין באויר ואין להם טעם וצ"ע עליו במ"ש שאם יזדמן שיפרעו ביחד ויזדמן שיהיה לו זיבורית ולחבירו בינונית ירזיח בזה ויגבה בינונית ויתן לחבירו זיבורית דהא דלא כהילכתא כמ"ש הטור ומר"ן ז"ל וז"ל ומיהו אם וכו' או יש לאחר עידית או בינונית ולב' זיבורית עומד כל אחד בשלו והוא מהגמרא ופשוט הוא וכן קשה עליה זאת הקושיא בס"ק ח' וי"ב שכ"כ וז"ל ומ"ש ואפי' אם יש לראובן זיבורית ולשמעון עידית כלומר נכסים טובים ממנה והיינו בינונית וכ"כ הב"ח או ט"ס הוא עידית וצ"ל בינונית דמש' מדבריו דאפי' בדאית ליה לזה בינונית לחודא ולזה זיבורית ז"ג וז"ג ודלא כהב"ח שהב"ח כתב בדאית ליה עידית ובינונית ביחד וצ"ע ומ"ש עוד וכבר ביררתי למעלה שהעיקר כדברי בעל המאור וכן הוא דעת הריטב"א ז"ל והבאתי לשונו לעיל שפי' וכו' ט"ס הוא שצ"ל קודם תיבת שפי' וכן הוא דעת רש"י שפי' דהא לישנא הביאו לעיל מדברי רש"י ולא הריטב"א ואדרבה בשיטה מקובצת פי' בהיפך וכוונתו וכן דעת הריטב"א שס"ל לענין דינא כבעל המאור והביא לשונו לעיל ומ"ש וכן מוכח דעת הרמ"ה שהביא הטור וכו' מיהו פשיטא דהרמ"ה לא כ"כ אלא בפי' הסוגיא לר"ש אבל לר"ן לא נ"מ בזה דנהי שאינו יכול לומר עשיתי כדי למשכנו מ"מ יכול לומר עשיתי בשביל ז"ג וז"ג וכמ"ש וא"כ קשה על הטור והמחבר היאך כתבו בשם הרמ"ה ומכל ענין יכול לומר היה לך ליפרע עכ"ל ומה מאד נפלאתי עליו איך עלה על דעתו שהמחבר והטור ז"ל כתבו כדברי הרמ"ה מסברא הכי ודחה דבריהם מכח סברתו והלא מבואר בשיטה מקובצת דברי הרמ"ה שאפילו לר"ן לא מתוקמא אלא בלוה ממנו ביומא דמשלם זמניה אבל לא מטא זמניה אפילו באתרא דכתבי והדר יהבי יכול לומר אילו הייתי ח"ל וכו וצ"ע:

עוד כתב ובאמת נראה כן עיקר ומוכרח בש"ס דאי לאו טעמא דעשיתי בשביל ז"ג וז"ג היה יכול לומר היה לך ליפרע מחובך וכס' הרמ"ה וכו' דהא במתניתא קמייתא קתני טעמא דחכמים שזה היה פקח וכו' מפני שהוא יכול למשכנו דאלמא דאי לאו הכי שהיה פקח שיכול למשכנו היה לו ליפרע מחובו וא"כ היא ליכא האי טעמא וכו' ע"כ ולא ידענא דאמאי לא שייך הכא האי טעמא דה"נ שייך לומר כן דאם הייתי תובעו לא היה נותן לי והוצרכתי ללוות ממנו כדי למשכנו בחובי וכן הוא בר"ן ובהרמב"ן ודו"ק:

עוד כתב וז"ל ומ"ש יש מי שאומר וכו' וכ"כ הטור בשם הרמ"ה תמיה לי על הטור וכו' עיין מ"ש לעיל דל"ק מידי ואדרבה דבריו צ"ע עוד כתב וז"ל ומ"ש ואפילו אם יש לראובן זיבורית ולשמעון עידית וכו', ולא כמ"ש הסמ"ע שדחקו בזה וצ"י ע"כ עיין לעיל מה שהקשה עליו ופי' הסמ"ע הוא אמת וכן הוא בדברי הרמב"ן בס' המלחמות דאפי' בדאית ליה עידית א"ל דלוה ממנו כדי שיגבה ממנו העידית מקודם לפי דעת המאור ולא סבירא ליה להרמב"ן הכי וכוותיה סבירא ליה להטור ודו"ק:

סימן לט

כתב הטור חו"מ בסי' פ"ו וז"ל ואין שמעון יכול למחול ללוי שהרי פקע השעבוד שיש לשמעון על לוי ונשתעבד לראובן וכן אם אמר שטר אמנה וכו' אינו נאמן להפסיד לראובן וכו' ואם אחר שנתחייב לוי לראובן בב"ד הלך ופרע לשמעון חייב לפרוע לראובן פעם אחרת שכבר נתחייב לראובן בב"ד עכ"ל נראה מדברי הטור ז"ל דדוקא אחר שנתחייב לוי לפרוע לראובן בב"ד אם פרעו לשמעון חייב לפרוע פעם אחרת אבל קודם שחייבוהו ב"ד אם פרעו לשמעון אינו חייב לפרוע פ"א דהואיל והוא משועבד ג"כ לב"ח לאו מידי קעביד דיאמר לו אני פרעתי חוב המוטל עלי אם יש לך דין עמו לך ותובעו בב"ד ודוקא אם אמר הלוה פרוע הוא דאינו נאמן אבל אם בירר בעדים שפרעו ודאי דמהני משא"כ אם מחל לו שמעון החוב דלא מהניא מחילתו אפי' קודם שנתחייב בב"ד דיאמר לו לראובן מעות אלו שהם אצלך הם משועבדים לי ואין ביד ראובן להפקיע ממני וראיתי להרב בעל פו"ד שכתב בפרישה וז"ל ואין שמעון יכול למחול ללוי בדרישה הוכחתי דהיינו דוקא כשכבר נתברר בב"ד שחייב שמעון לראובן הא לאו הכי ודאי יכול למחול וכן מוכח מדברי הב"י בסמוך שכתב ואם אחר שנתחייב לוי וכו' מש' הא קודם שנתחייב בב"ד א"א לפרוע לראובן ומסתמא אי חשיב פרעון מה שנתן לשמעון ה"ה ששמעון יכול למחול לו החוב דמה לי פרעון או מחילה. ולפי מ"ש ליכא ראיה דשאני פרעון ממחילה ואפ' לפי דבריו דכ"ז שלא נתברר ששמעון חייב לראובן מהניא מחילתו מ"מ מודה הוא דאם ברור חוב ראובן על שמעון בב"ד אעפ"י שעדין לא חייבוהו ללוי שיפרע לראובן מ"מ מהניא מחילתו ולענין פרעון אינו כן דהרי בעינן שיבא לוי לב"ד ויחייבוהו ב"ד לפרוע ואח"כ אם פרעו לשמעון הוא דחייב אבל קודם שחייבוהו ב"ד ללוי אם פרע לשמעון אינו חייב ולגבי מחילה כל שנתחייב שמעון בב"ד תו לא מהני מחילה וצ"ע גם מ"ש דלגבי מחילה כ"ז שלא נתברר ששמעון חייב לראובן מהניא מחילתו לא ידענא מנא ליה הא ואדרבה לגבי אמנה או פרוע כתב רבי' בסי' מ"ז ואפילו לא נודע בשעת הודאתו שהוא חייב לאחרים ונודע אח"כ אינו נאמן דכיון דס"ל להטור ז"ל דאם אחר

שנודע לא מהניא מחילתו אע"ג דקי"ל דהמוכר שט"ח וכו' וחזר ומחלו מחול הכא לא מהניא מחילתו דכיון דשיעבודא דר"ן דהוא מדאורייתא רמי עליה לא מצי מחיל א"כ אפילו קודם שנודע שחייב שמעון לראובן היכי מצי מחיל כיון שנתגלה אח"כ שחייב לו ומשועבד לו לוי מדר"ן ול"ל דקודם שנתגלה לא חייל שיעבודא עליה דר"ן למפרע ומש"ה מצי מחיל דא"כ לגבי אמנה היכי אמרינן אפילו נודע בשעה שהוא אומר אמנה שחייב לאחרים כיון שנודע אח"כ לא מהניא אמירתו דהרי גם באמנה מכח שיעבודא דר"ן נגעו בה בגמ' וז"ל וכגון שחב לאחרים וכדר"ן מש' דאי לאו טעמא דר"ן היה נאמן ואם לגבי מחילה אמרינן כל שלא נודע לא חייל עדיין שיעבודא דר"ן עליה ומצי מחיל גם באמנה היה נאמן. ועוד קשה דכל דעדיין לא נודע כיון דמהני מחילתו למה אינו נאמן לומר שהוא אמנה במגו דמצי מחיל א"ת דאין רצונו למחול שלא יפסיד חובו כמ"ש התוס' בתי' קמא א"כ מנ"ל שאחר שנודע שאינו יכול למחול דבעלי סברא זו דאית להו דאינו יכול למחול הולידו זאת הסברא מכח האי קושיא דלמה באמנה אינו נאמן במגו דאי בעי מחיל ומכח קושיא זו הכריחו לומר דאינו יכול למחול ואפ"ה עדיין קשה האי קושיא בקודם שנודע דליהמן במגו ומוכרחים לתרץ כתי' קמא של התוס' א"כ מי הכריחנו לומר דאחר שנודע שאינו יכול למחול וגם הרב ב"ח ז"ל חילק כעין זה וכל התמיהות הללו נופלין עליו ועיין להרב"ח בסי' מ"ז ע"ז וכתב הרב שם וז"ל וכ"כ הב"י בסי' ס' סעיף י"ז ראובן הוציא שטר וכו' לפיכך אם בא למחול אינו יכול למחול וכו' ונוראות נפלאתי עליו דמאי ראיה איכא מהא דס"ל להטור דאינו יכול למחול דהכא לאו מטעמא דר"ן נגעו בה ולא קא אתו עלה אלא מטעמא שכיון שהודה שהממון אינו שלו א"כ ודאי דאינו יכול למחול ואין מוכרח לומר מהא דהיכא דמשתעבד מדר"ן דאינו יכול למחול ואם כוונת הב"ח ז"ל הביא ראיה ממה שכתב הטור שם וז"ל ואינו חב לאחרים בהודאתו יש לנו להאמינו דמש' דאם הוא חב לאחרים אינו נאמן ואי יכול למחול למה אינו נאמן במגו וכמ"ש הב"ח הוא עצמו לקמן אי מהא לא איריא די"ל כמ"ש התוס' בתי' קמא דאין רצונו למחול ולהפסיד חובו וצ"ע ואדרבא נראה כהבע"ת ז"ל דאיהו כתב דבריו בסי' ס' ס"ל דיכול למחול וכמו שנראה מדבריו בש' נ"א ודוק:

וראיתי להרב הסמ"ע ז"ל בח"מ סי' מ"ז ס"ק א' שהביא דברי הע"ש וז"ל עיין בע"ש שכתב לתרץ למה לא יהא נאמן במגו דאי בעי מחיל ליה משום שאין בדעתו למחול ולהפסיד חובו וכו' ואני אומר אף דכתבו הרא"ש והתוס' לחד שינויא כן לא קי"ל הכי אלא כשינויא בתרא וכמ"ש הטור והמחבר ז"ל סי' פ"ו ודבריו תמוהים דדברי הע"ש אלו הם דבריו בדרישה סי' פ"ו שכתב וז"ל ואין שמעון יכול למחול וכו' והרא"ש לא כתב אלא

שינויא קמא וכו' מש' דס"ל דיכול הוא למחול וכו' ועוד י"ל על רבי' דלעיל סי' מ"ז כתב שאין המלוה יכול לטעון אמנה הוא היכא דחב לאחרים ואילו שאינו יכול למחול לא הזכיר לכן נראה עיקר וכו' ומש"ה לא הזכיר ר' לעיל בסי' מ"ז דין דאינו יכול למחול דלא איירי התם בדין דר"ן דהוי כשנתברר כבר בב"ד וכו' הרי דס"ל להפרישה ז"ל דבנדון דסי' מ"ז יכול למחול ומש"ה לא הזכיר רבי' לעיל דין דאינו יכיל למחול ואפ"ה באמנה אינו נאמן במגו כתי' א' של התוס' וא"כ בשביל שדבריו אלו יצאו ג"כ מפי הע"ש לא נתקבלו אליו ומ"ש עוד וז"ל ומיהו שם כתבתי וחילקתי דה"מ בשהגיע זמן הפרעון של המלוה שהלוה לו אבל אם עדיין לא הגיע הזמן אפשר דיכול למחול וכו' ע"כ והמעיין שם יראה דלא חילק בין הגיע הזמן ללא הגיע זמן אלא חילק בין כשנתברר הדבר בב"ד ששמעון חייב לראובן ואין לו מה לפרוע ובין כשעדיין לא נתברר בב"ד ע"ש וכשלא נתברר הדבר בב"ד פשיטא אפי' לא הגיע הזמן יכול למחול וא"כ אי סבר הע"ש ז"ל לחלק כן לא קשה עליה ולא מידי מדברי הטור והמחבר דאפי' דמש' מדבריהם דאיירו בהגיע הזמן מ"מ מיירו אפי' עדין לא נודע ששמעון חייב לראובן ובכה"ג מצי מחיל ודו"ק:

ועיין להש"ך בסי' זה שהביא סברא הלזו וז"ל עוד כתב סמ"ע דה"מ כשהגיע זמן של לוה שני וכו' ונראה שהוציא כן מדברי הר"ן בפ"ב ולקמן וכו' והעליתי שם דאפי' בכתובה שאין חובה ברור ולא הגיע הזמן וכו' ע"כ ומן התימא עליו שהבין דברי הסמ"ע בהגיע זמן של לוה שני והביא ראיה מהר"ן ז"ל וכו' ואיך לא שלטה עין קודשו בסיום דברי הסמ"ע וז"ל אבל הטור והמחבר איירי כאן אף בהגיע זמן מדחלקו בס"ס זה בין אם אמר כן בשעה שתבעו ללא אמר משמע דמיירי עכ"פ בהגיע זמן וק"ל. הרי לך בהדיא בהגיע זמן של מלוה ראשון לבין לא הגיע קא מחלק ודו"ק דאם כונת הסמ"ע והסמ"ע בהדיא מבואר מדבריו בהגיע זמן של מלוה ראשון ללא הגיע קא מיירי כמו שהבין הש"ך ז"ל מאי קא דחי להע"ש מהטור והמחבר איירי בהגיע זמן מדחלקו בס"ס זה בין אם אמר כן בשעה שתבעו מלוה שלו או לא מש' דאיירי עכ"פ שהגיע זמנו והרי אפי' דמיירי בהגיע זמן של מלוה הא' מ"מ מלוה שני לא הגיע זמנו לפי דברי הש"ך וצ"ע:

סימן מ

כתב הר"ן ז"ל בתשובה בפ' ב' דכתובות וז"ל לעולם דקאמר מלוה וכו' והקשו ע"ז מדאמרינן בפ' החובל וכו' ומפרקינן סוף סוף לגבי בעל ודאי מחלה וכו' והא התם דלית ליה נכסי אחריני ואפ"ה אמרינן דיכולה למחול ולי אין זו קושיא דהתם לאו מדר"ן אתינן עלה והיינו טעמא משום דהא דר"ן לא סגיא אלא לכשיגיע זמנו פקדיה רחמנא ללוה דליתיב למלוה קמא ומש"ה מוציאין מזה ונותנין לזה אבל לא סגי דליהוי מהשתא

שיעבודיה גביה כ"ש בשיעבוד כתובה דאפשר דלא אתי לידי גובינא ומש"ה לא אתינן עלה מדר"ן כלל אלא דאמרי דיתבינא לכתובה בטובת הנאה להוא דחבלו בה ולמאי דפרכינן מהדרינן דכל דלגבי בעל מחלה ודאי אין ה"נ דהיכא דחייב מדר"ן לא מצי מחיל עכ"ל ולכאורה נראה מדבריו ז"ל דאם לא הגיע זמן הפרעון יכול למחול דר"ן לא איירי אלא בהגיע זמן וזה דבר תמוה דמאי דקאמר הש"ס האומר שטר אמנה אינו נאמן הוא בהגיע זמן דוקא וכל סוגיות דמייתו הא דר"ן איירי דוקא בהגיע זמן דהיינו הא דפרוזבול דגטין וההיא דהיה נושה באחיו מנה וההיא דפסחים יתומים שגבו קרקע בחובת אביהם דחוזר וגובה אותה מהם איירי דוקא בהגיע הזמן בחיי אבוהון אבל אם הגיע זמן אח"כ דהוו נכסי דיתמי אינו חוזר וגובה מהם והנראה לישב קושיא זו והוא בהקשות קושיא אחריתי דמכח ש"ח אמאי לא משתעבד לוה מדר"ן כיון דחוזר וגובה מעותיו ממנו ומוכרחים אנו לומר דכיון דמעיקרא לא נחית בתורת הלואה לא משתעבד מדר"ן ולא הוו זוזי הלואה גביה אלא אחר המחילה וכבר נמחל וא"כ ודאי דלגבי האשה מה שהוא כנגד נזקו ודאי דאינה יכולה למחול כיון דמשתעבד ליה בעל מדר"ן אלא שתלוה דהש"ס הוא להגבות לניזק יותר מכדי נזקו ע"י מכירת כתובתה וע"ז קאמר הש"ס דהמותר על שיעור נזקו דרוצה לזכות בו מכח מכירה דהוי מדרבנן ודאי מחלה ואטרוחי רבנן בכדי לא מטריחינן אבל כשיעור כדי נזקו ודאי דאינה יכולה למחול ולפי זה לשונו מתיישב יותר דאם איתא דיכולה למחול הכל לא הוה ליה להש"ס לפסוק דאי מחלה לגבי בעל לא קא מפסיד וכו' ואטרוחי רבנן בכדי דאדרבה בא היזק על ידינו דאם לא היתה מוכרת לא היתה מוחלת ואם תתאלמן או תתגרש היה יכול לגבות ועכשיו שמחל איבד מעותיו לגמרי ודו"ק דתי' נכון הוא ומעתה אין צריכין למ"ש התוס' ע"ז דאי מחלה לגבי בעל לא קא מפסיד וכו' יע"ש ויתכן לפרש גם כונת הר"ן והוא שנדקדק בו דאם כונתו כפשוטו בקוצר היה ל"ל דהא דר"ן כשהגיע זמן הוא והתם לא הגיע הזמן ומאי קאמר דהתם לא מדר"ן אתינן עלה וכו' דמש' דשייך בה הא דר"ן אלא אנן לא אתינן עלה מכח דר"ן אלא כונתו דהתם נמי משועבד ליה בעל מדר"ן אפי' לא הגיע זמן אלא דהתם לא אתינן עלה אלא דיגבה הניזק מדר"ן משום דאע"ג דמשועבד מדר"ן מ"מ אינו יכול לגבות ממנו עכשיו דההוצאה לא שייכא אלא דוקא בהגיע זמן דאין כח ביד ב"ד להוציא אלא דוקא בהגיע זמן כמ"ש הרב מוהרש"ל ז"ל בים של שלמה והבאנו לשונו לעיל וא"כ לא נפקא ליה להניזק מדר"ן שום הנאה עכשיו אלא אתינן עלה להגבות לניזק מכח מכירה דהיינו שתמכור ד"מ ת"ק מכתובתה במנה וע"ז קאמר הש"ס דלא נפקא לן בהא מכירה מידי דיכולה למחול המותר על דמי נזקו והיינו דקאמר ולמאי דפרכינן מהדרינן דהיינו בשביל

המותר אבל אה"נ דלמאי דחייב ליה בעל מדר"ן דהיינו כדי נזקו לא מציא מחלה וזהו פי' כונתו דקאמר אבל היכא דחייב מדר"ן ר"ל למידי דחייב לו מדר"ן הכא לא מצי מחיל ודו"ק וראיתי להרשב"א ז"ל הובא בשי"מ כתובות שהקשה קושיא זו של הר"ן בשם ויש מי שהקשה וכתב ואנא גברא חזינא תיובתא לא קא חזינא וכו' דאפילו כי מכרה לניזק בעצמו משעה שמכרה לו נמחל שיעבוד נזקו וחזר מכר דמה לי מכרה במעות דעלמא מה לי מכרה בדמי נזק וכו' ע"כ וכונתו מבוארת דכמו שאם מכרה במעות דעלמא ליכא שיעבודא דר"ן דלא בתורת שימכור יהבינהו ניהליה אלא בתורת מכר ה"נ כיון דקנה בנזקיו דהשתא פקע מנזקיו שיעבוד ר"ן ויכולה למחול ותמהני עליו דהא מוכח מסוגיא דהתם דלא בכל נזקיו קנה כתובתה אלא במקצת נזקיו כדכתבו התוס' בד"ה בדנפישא כתובתה וכו' יע"ש וא"כ אפילו אם דמי המכר נמחל שיעבוד מ"מ השאר עדיין שיעבודן קיים והיאך יכולה למחול כתובתה דיגבה אותם מדר"ן בשאר דמי נזקיו דוכי משום שקנה אותה הורע כחו דבשלמא לגבי מעות המכר דמשו"ה מכר נמחל שיעבודן אבל לגבי שאר מעות דעדין שיעבודן קיים מאי א"ל ובשלמא לפי תירוץ שכת' לעיל אע"ג דחוזר וגובה המותר של דמי המכר בדמי שאר נזקיו מ"מ כונת הש"ס דלא הרויח מידי בהא ואטרוחי רבנן בכדי לא מטריחינן אבל לפי דעת הרשב"א דלא ניחא ליה בהאי תי' וניחא ליה לאוקומי דיכולה למחול ממש כיון שכבר נמחל שיעבודא דר"ן קשה דהא עדיין איכא שיעבודא דר"ן כשאר דמי חבלה ודו"ק:

מצאנו ראינו להרשב"א ז"ל דאית ליה הא דר"ן הוה דוקא בדלית ליה והוא בשי"מ קמא ומצאנו לו ג"כ דאע"ג דלית ליה אם לא הגיע זמן אינו יכול להוציא והוא בתשובה ח"א סי' אלף קי"ב וכתב מצאנו להר"ן בפ"ב דכתובות והספק הנשאר אצלנו בדאית ליה אם היה לו חפץ בפקדון ביד אחרים אם קרוי משועבדים ואין מוציאין מידו או לא דבהיה לו מעות בפקדון פשוט אצלנו דמוציאין מהא דהרשב"א סי' אלף קכ"כ וג"כ אם אית ליה נכסים אחרים והיה לו חפץ שאול ביד אחרים והגיע זמן שאלתו אם עדין קרוי משועבדים אי לא וכן יש להסתפק בדלית ליה והיה לו חפץ בשאלה ביד אחרים אם מוציאין אותו או לא דלפי דברי מהריט"ץ לא הוי משועבדים וכן יש להסתפק בחפץ שהגיע זמנו ואית ליה נכסים אחרים אי מוציאין או לא דהוי משועבדים וכתב הב"י בסי' פ"ו וז"ל וכתב הר"ן בפ"ב דכתובות והא דר"ן בדלית ליה נכסים וכו' הא אית ליה אין מוציאין מזה ונותנין לזה דהו"ל חוב זה כנכסים משועבדים שאין גובים מהם במקום ב"ח והכי מוכח וכו' וכ"כ בה"ת בש' נ"א וכ"כ הרשב"א בתשו' סי' א' קכ"ב ומש' דבשלא הגיע זמן פסוק החוב מיירי דאי בשהגיע זמן אין לו דין משועבדים ע"כ ודברי הב"י אלו

כמו זר נחשבו לנגד עיני בתחילה במ"ש בשם בעה"ת והטור עצמו הביאו בשמו שנית במה שנתבאר ומש' דבשלא הגיע זמן מירי וכו' נראה מדבריו ז"ל דהא דמוקמינן לה בדלית ליה נכסי דאי אית ליה נכסי אין מוציאין היינו דוקא בשלא הגיע הזמן דבדלית ליה אין מוציאין משום דהוי נכסים משועבדים לגבי הב"ח ובדלית ליה מוציאין מהם אע"ג דהוי משעבדי כיון דאין זולתם אבל אם הגיע זמן אפי' אית ליה מוציאין מהם כיון דלא הוו משועבדים וזה ודאי דבר תימא חדא דא"כ אמאי מוקמינן לה בדלית ליה נכסי לוקמא בדאית ליה ובהגיע זמן שנית היאך אפשר לומר דבדאית ליה אפי' לא הגיע זמן מוציאין והא אינהו מארי דשמעתא הרשב"א ז"ל והר"ן ז"ל שמעינן להו בהפך דהרי הרשב"א כתב בח"א סי א' קי"ב הפך מזה וז"ל אדם שהוא חייב ממון לחבירו ולא נמצא בידו לא מטלטלין ולא קרקע אלא ש"ח שחייבין לו אחרים אם אותן חובות שהיו חייבין לו הגיע זמנם בודאי שמוציאין מזה ונותנים לזה אבל אם לא הגיע זמנם לא יע"ש באורך והר"ן ז"ל ג"כ כתב בפי' וז"ל דההיא דר"ן לא סגיא אלא לשהגיע הזמן פקדיה רחמנא ללוה דליתיב ליה למלוה קמא הרי מוכח מדברי הר"ן ז"ל להדיא דלא פקדיה רחמנא דליתיב ליה אלא דוקא בהגיע זמנו אבל קודם שהגיע זמנו לא וההיא דר"ן מוקי לה הר"ן ז"ל בדלית ליה כדכתב הב"י בשמו גם מדברי הרשב"א ז"ל סי' א' קכ"ב ג"כ נראה דס"ל דאין לחלק בדאית ליה למלוה בין הגיע זמן או לא דתרוויהו קרו משועבדים דכתב בסוף התשובה וז"ל אבל אם המעות שביד ראובן הם מלוה וכו' אין מוציאין מיד ראובן לפרוע ללוי כל שנמצאו לשמעון נכסים אחרים בני חורין דכל חוב הרי הוא כמשועבדים וכו' ואם איתא דבהגיע מוציאין ל"ל לחלק בין מלוה לפקדון במלוה גופה יש חילוק בין הגיע זמן או לא והיינו טעמא דכל שלא תבעו עדיין מלוה שלו הרי היא משועבדת לו לעשות בה כחפצו עד שתגיע לרשות מלוה משא"כ בפקדון דכל היכא דאיתא ברשותא דמאריה קאי ובדלית ליה ולא הגיע הזמן היינו טעמא דאין מוציאין עד שהגיע זמנו אעג"ב דיכול להוציא אפי' מן הלקוחות אם לוה זה ממנו קודם שלוה הוא ממלוה הא ודאי לא צריכא טעמא כיון דנשתעבדה לו מלוה זו לזמן ידוע ללוה זה קודם שלוה הוא ממלוה שלו אבל אם לוה ממנו אחר שלוה הוא ממלוה שלו בהא צריך טעמא דאפי' לא הגיע זמן אמאי אין מוציאין ממלוה פי' מלקוחות מצי טריף ונראה דהטעם הוא כמו שכתב הרא"ש ז"ל הביאו הטור בסי' פ"ו בסופו וז"ל ומה שנסתפקת בשאלתך מי אמרינן כ"ז ששמעון חייב לראובן כלום עבדו הוא ולאו כל כמיניה לגמול חסד בממון רבו הא לאו מילתא היא כי היה יכול ליתן מטלטלין לכל מי שירצה ולא נשתעבד לוי לראובן אלא לאחר הלואה אבל לאחר הלואה נשתעבד לוי לראובן בכל השיעבוד שהיה לו לשמעון עליו ולאו כל

כמיניה דשמעון למחול לו ולהרויח לו זמן ע"כ המורם מדבריו אלו דמעות אלו דינם כמטלטלים ויכול ליתנם לכל מי שירצה וא"כ בשעת ההלואה הזמן שקובע לו הוי כמו מתנה דאינו יכול לטורפה הבע"ח כיון דהוי מטלטלין אבל אחר שהלוהו שנשתעבד גם לראובן אינו יכול למחול לו ולא להרויח לו זמן ודו"ק דטעם נכון הוא. אבל מצאתי להב"י בטור א"ה סי' ע' שהביא תשו' הרשב"א וז"ל כת' הרשב"א בתשובה מי שהלך למ"ה והפקיד כלים ביד אחר או השאילם לו מוציאין מידי הנפקד למזונות אשתו אבל מיד השואל אם לא הגיע זמן שאלתו אין מוציאין לפי שדין משועבדים יש להם כ"ז שאלתם ואין מוציאין למזון האשה מנכסים משועבדים עכ"ל מדבריו אלה מוכח דוקא מזונות האשה דאין מוציאים אותם מנכסים משועבדים הוא דלא מפקינן כל זמן שלא הגיע זמן שאלתם אבל בעלי חובות דמוציאין אפי' מנכסים משועבדים מוציאין מהם אפילו לא הגיע זמן שאלתם והוא הפך מה שכתב הוא עצמו בתשובה סי' א' קי"ב שאפי' הב"ח אינו יכול להוציא כ"ז שלא הגיע זמנו איברא דהכנה"ג בא"ה סי' ט' הגב"י ציין על דברי התשובה הלזו שהיא סי' א' קמ"א ולשם אין כתוב כדברי הב"י ז"ל וז"ל השאלה מי שהלך למ"ה והפקיד כלים ביד אחד והשאיל כלים אחרים ביד אחר ואשתו תובעת מהם הכלים למזונותיה וכו' והילכך ב"ד מוציאין למזון האשה מנכסים המופקדים וכו' ע"כ ומש' מדיוק לשונו אבל מנכסים המושאלים אין מוציאין משום דהוו משועבדים ואין חילוק בין מזונות לשאר מלוה והך תשו' שהביא הב"י בשם הרשב"א אינו כתוב בשאלה הנז' ואם מצא הוא ז"ל איזה תשובה בשם הרשב"א כלשון הזה חזרה הקושיא למקומה ונראה ליישב בדוחק והוא עפ"י מ"ש הרשב"א סי' א' קי"ב וז"ל אבל אם לא הגיע זמנן אומר רבי' שאין ב"ד מגבין בתורת גוביינא אפי' ש"ח שיש לו על אחרים לפי שהשטרות אין גופן ממון שיהיו גובין בתורת גוביינא וכו' ע"כ א"כ א"ל דוקא מלוה דליתא בעין הוא דאין מוציאין בשלא הגיע הזמן אפי' ל"ל וגוביינא נמי לא שייך בה אבל בשאל חפץ נהי דאין יכולים להוציאו מידו ליתנו לב"ח משום דמשועבד לו כל ימי שאלתו היא שלו משא"כ במזונות האשה דאין מוציאין מנכסים משועבדים אפי' בתו' גוביינא איכא ויכולה לגבות החפץ השאול:

וראיתי להרב מוהריט"ץ סי' מ"ט שהביא דברי הב"י הלזו והקשה עליהם מדאיתא בהריב"ש סי' שנ"ג על ראובן שהלוה לרבקה אלמנת שמעון מעות בש"ח ורבקה מתה וירשתה בתה רחל אשת נפתלי וכו' והשיב וז"ל אבל מן הטענה האחרת שטען לפי שהנכסים שו נשתעבדו לרבקה בכתובתה בזה צדקו דבריו משים דקי"ל כר"ן שאמר מנין וכו' ואע"ג דהא דר"ן ליתא אלא בדלית ליה נכסים אחרים וכו' הנך רואה בעיניך דאין

מקום למ"ש מוהרי"ק ז"ל דהא התם בנדון הריב"ש לא הוו הנהו נכסים שהניחה רחל במדינה ההיא משועבדים אלא מופקדים שכך כת' והניחה רחל וכו' משמע שהניחתם בפקדון וכו' ועכ"ז הקשה הריב"ש ואמר ואע"ג דהא דר"ן ליתא אלא היכא דלית ליה נכסי וכו' א"כ מש' דלא שני לן בין הגיע הזמן ללא הגיע דאם איתא לדברי מהרי"ק מאי קשיא ליה להריב"ש אימור דאמרינן דהיכא דאית ליה נכסי אחריני ליתא לדר"ן היינו היכא דלא הגיע זמן הפרעון דהוו כמשועבדים אבל הכא בהך דנדון הריב"ש לא שייך הכי דלא היו חוב אלא מופקדים במדינה זו אלא ודאי לא שני לן ובכל גוונא אמרינן דהיכא דאית ליה נכסי אחריני אין מוציאין מאלו שביד זה משום דכיון שהם ביד אחר דמי למשעבדי וזה דייק הריב"ש ז"ל שכתב שם וז"ל משום דכיון דזה המנה הוא ביד אחר הו"ל כמשעבדי וכו' ע"כ הרי שמה שקראן משועבדים הוי דרך השאלה ודמיון משום שהם ביד אחר בין במלוה בין בפקדון וזה פשוט עכ"ל ודבריו אלו מרפסן איגרי דאעפ"י שהנכסים הם בפקדון ביד אחרים מ"מ מה לנו בכך דאין ראובן בע"ח של הבת ורוצה להוציא הנכסים מיד המופקדים אצלו מדר"ן אלא ראובן ב"ח האם דהיינו רבקה ורבקה יש לה שיעבוד כתובתה דהיא מלוה שלה על נכסי בעלה ורוצה ראובן לגבות מלוה שלה בחובו מנכסי בעלה ומלוה שלה דהיינו כתובתה הויא משועבדים לגבי נכסי רבקה אשר הם בעיר אחרת וא"כ מה לי אם הם נכסי בעלה מופקדים או הם ביד בתו ממש אין יכולים לגבות מהם כתובתה של האשה בחובו של ראובן משום דכתובתה של האשה היא ביד הבעל או היורשים והמלוה קרויה משועבדים אם לא הגיע הזמן הגע עצמך שאם ראובן היה נושה בשמעון מנה ושמעון נושה בלוי מנה שהלואה זו ששמעון נושה בלוי קרויה משועבדים ללוי ואין יכול ראובן לגבות מלוי אם יש לו שמעון נכסים אחרים היש חילוק בין אם היו נכסי לוי מופקדים או אם הם בידו הא ודאי מלוה זו קרויה משועבדת ללוי וה"נ בנדון הריב"ש שראובן נושה ברבקה ורבקה נושה בבעלה ורוצים להוציא מיד בעלה בשביל חוב ראובן דהא ודאי אם יש לה לרבקה נכסים אחרים ב"ח אין יכולים לגבות מבעלה כתובתה דקרויה משועבדים לגביה נכסיה ואולם בפשיטות היה יכול הרב הריט"ץ להקשות על הב"י מתשו' הלזו דכתובתה כבר הגיע זמנה לגבות דמת בעלה ולא הויא משועבדים וא"כ אף אם יש לה נכסים אחרים היה יכול לגבות לפי דברי הרב"י:

סימן מא

יש להסתפק בטענת סטראי נינהו מהו פירושה אם נאמר דהכי טעין מלוה אמת הדבר כשפרעת לי פירשת דבריך שבעבור המלוה שבשטר שיש לי עליך אתה פורע לי ואני

נתרציתי לך ע"ז אבל הוא לפי שעה כדי להתפיס המעות ממך אבל באמת אני קבלתי אותם בשביל מע"פ שיש לי עליך ואפ"ה מהניא טענתו דמלוה כיון שאין עדים שפרעו מהימן במגו דאי בעי אמר להד"מ או אם נאמר דודאי אם נתרצה לו ואמר שמקבלם על חוב שבשטר ודאי לא מצי תו לחזור בו ולומר דעל מע"פ רוצה לחשוב אותם ופי' טענת סטראי נינהו הכי פי' דאמת הוא שאתה כשפרע לי פירשת שעל חוב שבשטר אתה פורע מעות הללו אבל אני קבלתים בשתיקה ודעתי היה לחשוב אותם בשביל מע"פ שיש לי עליך או אם נאמר דגם בזה לאו כל כמיניה דמלוה בהכי כיון דמודה הוא ללוה שפי' לו בשעה שנתן לו דעל חוב שבשטר הוא פורע לו דהרשות היא ביד הלוה לפורעו מאיזה חוב שירצה וטענת סטראי הכי פי' דאמר ליה מלוה ללוה אתה כשפרעת לי פרעת לי בסתם והיה בדעתך שמאיזה חוב שארצה אפרע ואני חשבתי פרעון זה בעד מע"פ והנחתי המלוה בשטר כמות שהיא או אם נאמר דגם בזה אם מודה המלוה שכשפרעו פרע לו בסתם ודאי דלאו כל כמיניה לחשוב אותם בעבור מע"פ דחזקה לא שביק איניש מלוה בשטר ופרע מלוה ע"פ ובודאי שדעת הלוה לפורעו המלוה בשטר וא"כ הוא אינו יכול לחושבה בשביל המע"פ וטענת סטראי הוי פי' שטוען המלוה שבשעת הפרעון פי' לו הלוה שפורעו בשביל המע"פ וראשית כל צריכין למודעי דמי שיש עליו ב' חובות אחד מע"פ ואחד בשטר ויש עמו מעות כדי לפרוע אחד מהם והוא רוצה לפרוע המלוה בשטר והמלוה רוצה ליפרע המע"פ הדין עם מי ונראה שזו במחלוקת היא שנויה שהר"ן ז"ל כתב בפ' הכותב בעובדא דאבימי וז"ל סטראי נינהו מצד אחר וכו' ומהא שמעינן שמי שנושה בחבירו שני חובות ופרע לו הלוה סתם אינו יכול לומר שיהיה לחוב פלוני שמחמתו נתנם לו אדרבה הרשות ביד המלוה לומר לו מחמת חוב פ' לקחתי דאלת"ה כי מהימני למימר סטראי נינהו מאי הוי אכתי יכול היה אבימי לומר שמחמת אותו חוב שבשטר שלחם והיה להם לחזור שטרו אלא ודאי יד המלוה על העליונה ולא עוד אלא אפי' אמר לו לוה בשעת פרעון הא לך מעות אלו בשביל חוב פלוני ומלוה קבל ושתק יכול המלוה לומר אח"כ שבשביל חוב פ' או מע"פ תפסם ואחר שתפסם בירר דעתו בשתיקתו עכ"ל הרי דס"ל דהבחירה היא ביד המלוה לגבות איזה חוב שירצה אעפ"י שאין דעת הלוה להגבותו חוב זה גם הרשב"א ז"ל בח"ב סי' ל"ז כתב כדברי הר"ן ז"ל ממש אות באות והביא עוד ראיה מדתניא מפ"ק דקדושין אמר לה כנסי סלע זו שאני חייב ליכי וחזר ואמר התקדשי לי בו וכו' רצתה מקודשת לא רצתה אינה מקודשת וכו' ואמרינן עלה וכו' לא רצתה דאשתיקא מאי טעמא דיכולה למימר אין שקלי ודידי שקלי ועוד הביא ראיה שהתופס לבעל חובו שלא לדעתו מה שתפס תפס יע"ש גם הרב בעל

התרומות ש"ך ח"א אחר שהביא עובדא דקטינא כתב וז"ל ומסתברא דמהכא שמעינן מלוה שהלוה לחבירו משני צדדין וכו' ופרע לו הלוה מה שפרע לו בסתם ולא פי' במה דעתו לפורעו וכו' הרשות ביד המלוה לומר על חוב פלוני רצוני לקבלם ואין שומעין ללוה ואעפ"י שטען שרצונו היה לפרוע חוב פ' דהא הכא במעשה דקטינא משום דפרעון היתומים בסתם הוא יד המלוה על העליונה ועובדא דסטראי נמי מוכח כן ותו דהא קי"ל דעבד לוה לאיש מלוה ולפיכך הרשות ביד המלוה לומר לא אטלם אלא לרצוני. ומסתברא נמי דהיכא דאמר לוה בשעת פרעון לא אפרעך כי אם מחוב פ' והמלוה אמר לו לא קבלתים כי אם בחוב פ' וכו' הרשות ביד המלוה לכופו בכך דהא קי"ל עבד לוה לאיש מלוה וכיון דמשתי החובות עבר זמנם הכל תלוי ברצונו עכ"ל הרי דס"ל ג"כ כדעת הרשב"א והר"ן ז"ל דהבחירה היא ביד המלוה אבל במ"ש הר"ן והרשב"א דאפי' פי' הלוה דבשביל חוב פ' רצוני לפרוע ושתק המלוה דלא אמרינן אודויי אודוויי ליה אלא יוכל לומר דשתיקתי היתה בשביל שאתפסם. מדברי בעה"ת לא משמע דס"ל כוותיה בהא למדקדק בלשונו היטב דלא כהרב גד"ת והש"ך ז"ל סי' פ"ג ס"ק א' גם הטור סי' פ"ג הביא דברי בעה"ת מש' דס"ל הכי גם מר"ן ז"ל פסק כן בש"ע סי' פ"ג יע"ש אבל נראה ברור מדבריהם דאם המלוה מודה דבשעת הפרעון קבלם כמו שאמר לו הלוה והודה לו בפי' ועתה רוצה לחזור בו דאין שומעין לו דדוקא אם שתק המלוה וקבלם בסתם הוא דיכול לומר דכוונתי היתה לאותו חוב אם נתרצה לדברי הלוה אינו יכול לחזור בו ועיין בש"ך סי' פ"ג ס"ק ד' וא"כ אם טען המלוה בטענת סטראי הכי דאעפ"י שקבלתי אותם בפי' על חוב שבשטר ונתרציתי ע"ז אפ"ה רצוני לחשוב אותם בשביל מע"פ ודאי דלאו כל כמיניה העולה מדברי הרבנים הנז' שמי שיש עליו ב' חובות שהבחירה היא ביד המלוה לגבות איזה חוב שירצה בע"כ של לוה אבל מצאתי להריטב"א ז"ל בשיט' על שבועות פרק שבועת הדיינים שכתב וז"ל כשאין הלוה שהיה חייב לו סטראי אבל היכא דאיכא עליו ב' חובות ודאים ונתן לו פרעון סתם והם חולקים על איזה מהם פרע והעדים אין יודעים לברר דעת הב"י והרא"ה דמסתמא לדעתו של מלוה הוא פורע ליטלם מאיזה חוב שירצה שהגיע זמן פרעונו כיון דיהיב ליה סתם ולא פי' ומיהו אם הא' הוא חוב ערבות והא' הוא חוב סתמא ולא פי' על איזה חוב הוא פורע ודאי דלא שביק אניש למיפרע חוביה ופרע ערבותא הרי דס"ל דהבחירה היא ביד הלוה לפרוע איזה חוב שירצה וא"כ פליג על הרשב"א והר"ן ז"ל ובעה"ת דס"ל דהבחירה היא לרצון המלוה מ"מ מודה להו בדפרעיה סתמא שיכול לומר המלוה על מע"פ בפי' קבלתים ולאו מטעמייהו אלא משום דכיון דפרעיה סתמא ודאי דגם הלוה דעתו מדפרעיה סתמא דעל איזה חיב שירצה

המלוה יקבלם גם הרדב"ז בח"ד סי' קפ"א הביא סברת הריטב"א והרא"ה והסכים עמהם ומה שכתב בתחילת התשובה הנז' דבדליכא עדים ליכא לספוקי אין לו הבנה דהספק שיפול בדאיכא עדים יפול בדליכא עדים כיון שהלוה והמלוה מודים דפרעיה בסתמא ואנו מסופקים דעל איזה חוב דעת הלוה לפורעו דהרשות בידו א"כ מה יתן ומה יוסיף המגו וצ"ע גם הרא"ש ז"ל בפסקיו בפרק הכותב בעובדא דאבימי ובתוספותיו ובתשו' כלל פ"ו כתב וז"ל אבל בלא מגו לא מהימן דלאו טענה מעלייתא היא וראיתי להש"ך בחו"מ סי' נ"ח סק"ד שכתב דמשמע בעיר שושן שהשמיט הא' וכו' לא ידענא מאי קאמר דאדרבה מדהשמיט הב' דעות מש' דס"ל דבכל גוונא נאמן לומר סטראי דאם ס"ל כדעת י"א קמא הו"ל להשמיענו דלאו בכל גוונא מהני תפיסתו ומדכתב ואח"ז וכן משמע דס"ל דאפילו דבטענת סטראי בכל גוונא מהימן אפ"ה בפקדון בעינן שיאמר בשליחות אותו פלוני הפקידו אצלו ומ"ש וכן ר"ל דין אחר בא להשמיענו ומ"ש עוד וקרוב אני לומר שאיזה תלמיד טועה כתבו תימהני עליו איך יצאו דברים אלו מפיו דמלבד שמכל הפוסקים נראה דס"ל כס' בתרייתא דאם איתא דס"ל כס' קמיתא הו"ל לפרש אלא מוסף ע"ז דהריטב"א ז"ל דס"ל דע"י תפיסה מהני מוכרח הוא דלא ס"ל כס' קמיתא וכמ"ש הוא עצמו ומ"ש הרב אח"כ וי"א דוקא שבא ליד הנפקד וכו' קאי בשני' היש חולקין וא"כ איך יאמר על הריטב"א ז"ל דברים אלו ושרי ליה מאריה גם מדברי הריטב"א בשיטה מקובצת בעובדא דאבימי נראה דס"ל דעובדא דאבימי איירי בכל גוונא ומינה דייק הריטב"א האי דינא דיכול לתפוס מחבירו מה שבידו מממון חבירו לטעון עליו עד כדי דמיו ומ"ש עוד ושוב מצאתי בתשובת מהר"ם וכו' המעיין באותה תשו יראה דהיא הפך ס' קמייתא שכת' וז"ל ול"ת שאין בדבריו דהתם חמא בריה דרבא מידו נתן להם ויכולים בני חוזאי לומר אתה שלוחי של אבימי והואיל ולא בעת את השטר תחי' מסתמא לא נתת לנו בעבור החוב שבשטר אלא בעבור מלוה ע"פ ואם חוזרים הם ממה שבדעתם היה מה לנו ולצרה וכו' ע"כ הרי להדיא דמיירי דבסתם קבלו את המעות אלא דיכולים לומר כיון דבסתם בודאי דדעתו בעבור מלוה ע"פ ולי"א קמייתא בעינן שיטעון שהשליח נתנם לו בפי' על חוב אחר. ולולי דברי מור"ם ז"ל היינו אומרים דליכא פלוגתא וכונת המרדכי שכת' וז"ל ופר"י דה"ק דמגו דיכול לומר לא הד"מ יכול לומר סטראי אינון שהשליח נתנם לו לשם סטראי וכו' ע"כ לאו למימרא שטוען כן בפי' אלא כדברי מהר"ם שיכול לומר כן מדיהיב ליה שליח סתמא ומוכרח לפרש כן בדברי הגמ' דהכי איתא בש"ס אזל פרעינהו אמר להו הבו לי שטרא אמרו ליה סטראי נינהו מריהטא דש"ס מש' דפרעינהו בסתמא דאי טענתם שאמרת לנו סטראי לא הוה שייך לומר הש"ס אח"ך אמר להו הבו

לי שטרא אלא אזל פרעינהו בע"ח אומר סטראי נינהו וחמא אמר בסתמא יהבתינהו. איברא דתשו' מוהר"ם הנז' פליגא אהריטב"א דכתב דאם תפסו וכו' ודו"ק:

סימן מב

לעניין המתנות וההקדשות חוץ מן היורשים לענין מה שהתנה שלא ימכרו דבר פשוט הוא שמלבד שהגוף אינם יכולים למוכרו דעיקר המתנות וההקדשות לא היה על הגוף כלל אלא שהקנה להם הגוף לפירות דוקא וכדמוכח בבירור כל זה מלשון השטר אלא אפילו אם גם הם ימכרו הכח שלהם דהיינו הגוף לפירות ע"ז קא מתני דאדעתא דהכי הוא מקדיש ע"מ שלא ימכרו וזה יכול להתנות כמבואר בהרא"ש פי"נ על מתני' דדף קל"ד דמעשה בית חורון שכתב וז"ל והיינו דוקא כשנותן לו בסתם אבל אם פי' דבריו אפי' נתן שלא למכור ושלא להקדיש וכו' הויא מתנה לאותו דבר וכו' יעו"ש אבל מה שהתנה על מקבלי המתנות שהם חוץ מדעתו שאחריהם מעכשיו לזרעם הראוי ליורשם וזרעם לזרעם וכו' נראה בהדיא שלא הקנה למקבלי המתנות הבתים לפירותיהם לגמרי עד עולם עד שירשו זרעם את כחם אלא דוקא הקנה להם המתנה כל ימי חייהם ואחריהם מקנה לזרעם מעכשיו שהכונה שהוא מקנה להם ואינם יורשים הם מכח אביהם אלא הם קונים מהנותן המתנה הראשון שהוא הגביר הנז' וכל כונה זאת היא להפקיע את כח הבעלים של הבנות שלא ירשו כמו שפי' בהדיא לקמן תנאי זה וע"ז קשה דהיאך יכול לעשות תנאי זה והרי מבואר בא"ה סי' פ"ה סעיף י"א נתן לה אחר מתנה ע"מ שאין לבעלה רשות בה קנה הבעל והרי היא כשאר נ"מ אלא א"כ התנה הנותן וכו' יעו"ש ובנ"ד ליכא מהני תנאי שהזכיר מרן ז"ל וכמ"ש הרמב"ן בתשו' סי' ק"ו יעו"ש ואפי' אם יחד לה כמ"ש הרמב"ן ז"ל דאז לא זכה הבעל כלל באותם נכסים דלא זיכה לה אלא דוקא מה שהיא אוכלת בתוך פיה אבל מה שאינו נכנס בתוך פיה לא יצא מרשותו ונשאר בחזקת הנותן א"כ אף דהבעל אינו יורש זרעם ג"כ אינו יורש דחזרה המתנה לנותן וזכו בהם היורשים ובשלמא אם לא היו הבנות נשואות יכול ליתן להם ע"מ שלא יירשום בעליהם אפי' בלא יחוד דקודם הנישואין יכול להתנות כל מה שירצה וכדכתב הרא"ש בפ' הכותב דף פ"ג ע"ב וז"ל אמר רב הלכה כרשב"ג ולית הלכתא כוותיה דקי"ל דדבר שבממון תנאו קיים וכו' עכ"ל (וכן פסקו רוב הפוסקים והש"ע סי' צ"ב ואפי' לסברת ר"ח ז"ל שפוסק כרשב"ג במתנת האב יש לחלק כמ"ש) וממילא חזרה הירושה ליוצאי יריכם ועיין בסי' נ"ד וקי"ח בא"ה ור"ח ז"ל פוסק כרשב"ג וכו' ולמה אמרו תנאו בטל שבסוף זוכה בהם ולאחר מיתתה הוא יורשה וז"ל וכו' לפיכך התנאי בטל ויורשה לאחר מיתה ובירושלמי דאמר אי אמות בלי בני לאו בתנאי הבעל מיירי אלא האב כשפוסק

נדונייא לבתו והוי כמתנה ע"מ להחזיר יעש"ב הרי דאפי' מאן דפליג בתנאי הבעל ואומר דאינו כלום מודה דאם התנה הנותן דתנאו קיים יעו"ש דכל דבר שבממון תנאו קיים ומעתה באנו בדברי מוהר"ם אלשיך סי' י"ח שכ' וז"ל וזהו שבשום מקום שמזכיר הגמ' תנאי בנותן מתנה ובירושה ושלא ירשנה יורש המקבל אלא אחר אינו אומר ע"מ שירשך פ' אלא ואחריך לפלוני דבע"מ לא היה מועיל לפי שהוא מתנה ע"מ שכתוב בתורה וכו' יעו"ש דנראה דוקא בנשואה דידו כידה לא מהני התנאי שלא ירשך אבל באחד מקבל מתנה שנותן לו מתנה ע"מ שלא ירש אותה בנו זה תנאי שבממון הוא וקיים והא ראיה מארוסה שיכולה להתנות עמו שלא ירשנה ותנאה קיים אבל בנשואה דידו כידה ולרבא עדיפא מידה לא מהני אם לא יחד לאיזה דבר אפי' אם התנה בפי' שלא ירשנה הבעל וכמ"ש בתשו' הרמב"ן סי' מ"ה וז"ל ולשון שכתבת שאמר לה ע"מ שלא ירשנה בעלה וכבר ידעת שהנותן וכו' (ואפי' בפנויות אם הם ראוים ליורשו זכה הבטל בכל מתנה והרי זוכים הם מכח ירושה ואין לה הפסק וכמ"ש המרדכי פי"נ סי' תקצ"ה בשם מוהר"ם בפ' י"נ) ומוכרחים אנו לומר דכיון שאמר ואחריהם לזרעם הוי כמי שנותן להם מתנה לזמן ואחר אותו זמן שיזכה בה פלוני דאפי' מיד המקבל עצמו הוא זוכה כשיגיע הזמן וה"נ כיון שאמר ואחריה לזרעה הם זוכים מכח הנותן הא' ולא מכח ירושה דידה וכההיא עובדא דפ' מי שהיה נשוי דאם אמר לה כשהיא נשואה ואחריך לפ' דאחריך זוכה ולא הבעל ומכ"ש הכא שהתנה בפי' שלא ירשנה הבעל והא דאמרינן התם אמר לה כשהיא פנויה ואחריך לפלוני דאם עמדה ונישאת דאין לאחריך כלום התם היינו טעמא דפי' לאחריך היינו מה שישתייר אחריך שלא נמכר יזכו בו אחריך אבל אם מכרה קודם שמתה מכרה קיים וכרשב"ג וא"כ לא נריע כחו דבעל מכח לוקח דבעל בנכסי אשתו לוקח הוי אבל בשנתן לה והיא נשואה אע"ג דפי' ואחריך לפלוני מה שנשתייר שלא מכרה והבעל לוקח הוי אפי' בנכסים שבאו לה אחר שנישאת אפ"ה כיון דאמר לה ואחריך לפלוני הוי כאילו פי' לכל יכולה למכור חוץ מן הבעל וכדפי' הר"ן שם יע"ש ובנ"ד אם נתן להם כשהם פנויות לא שייך לומר דבעל לוקח הוי ואין לאחריך מתרי טעמי חדא דהוא ופי' שלא ימכרו עוד פי' בהדיא על הבעל שלא ירשנה ובדבר שבממון תנאו קיים וכדכתיבנא וא"כ לפי הנחה זו תינח אם אחריך היו בעולם בשעת הקנאה דאז אע"ג דבשעה שמתה לא היה המקנה בעולם וא"א להם לזכות מכח הנותן כיון דעכשיו אינו בעולם אפ"ה כיון דאמר מעכשיו לאחריך אע"פ שהמקנה לא היה בעולם בשעה שזוכים כיון דאמר מעכשיו ועכשיו הוא בעולם קנו אלא אם לא היו בעולם היאך יזכו

ולכאורה אפי' היו בעולם כיון שלא זיכה להם הגוף אלא הפירות א"כ כולם לא זכו אלא בפירות ועיין בש"ג בפ' י"נ על ההיא מתני' דהכותב נכסיו לבנו מה שהביא משם הרמ"ה: **וכיון** שכולם לא זכו בגוף אלא בפירות דוקא אי מטעמא דכל המתנה כולה היא כדקל לפירותיו אי מטעמא כיון דלכולם אמר מעכשיו א"כ האחרון הוא שקנה הגוף מעכשיו וכולם אונם זוכים אלא בפירות דוקא וא"כ כיון דזרעם אינם זוכים מטעם שלא היו בעולם והם לא זכו אלא דוקא בפירות א"כ כי מתו הם הראשונים מוכרח שתחזור המתנה ליורשי הנותן דדוקא באחריך סתם כיון שהוא זוכה בגוף ובפירות מש"ה אם מת שני בחיי הראשון תחזור ליורשי הראשון אבל היכא דאמר מעכשיו דגם הא' לא זכה בגוף אלא בפירות חוזרת ליורשי הנותן וצ"ע עיין בב"ב דקכ"ה ע"ב וקכ"ט ע"ב וקל"ג ע"ב דשם פי' רשב"ם דאפי' בתנאי לא מהני יעו"ש והוא היפך מתשובת הרא"ש דכלל פ"א ועיין דקל"ו ע"ב דמש' דוקא משום דאחריך שאני דזוכה בגוף ופירות מש"ה יחזרו ליורשי הא' אבל אם לא היה זוכה אלא דוקא בפירות היו חוזרים ליורשי נותן יע"ש:

ולעיקר הספק שנסתפקנו בו אם יכול אדם ליתן מתנה לאשה ע"מ שלא ירשנה בעלה כי אם יוצאי ירכה או יתן מתנה לאחד ע"מ שאחד מבניו שלא ירשנו כי אם שאר ילדיו הם ירשוה ולכאורה נראה דלא מהני מהא דכתב הרמב"ם ז"ל בפ"ה מה' נחלות וז"ל אין אדם יכול להוריש למי שאינו ראוי ליורשו ולא לעקור הירושה מן היורש אע"פ שזה ממון הוא לפי שנאמר בפ' נחלות והיתה לבני ישראל לחוקת משפט לומר שחיקה זו לא תשתנה ואין התנאי מועיל בה בין שצוה והוא בריא וכו' ופסקה מר"ן בש"ע חו"מ סי' רפ"ה יעו"ש וא"כ היה נראה לכאורה שאין יכול ליתן מתנה לחבירו ע"מ שלא ירשנה מי שראוי ליורשו ובעיקר דינו של הרמב"ם ז"ל כתב הכנה"ג בסי' רפ"ה בהגהט"ו אות ט' לאו דוקא המוריש וכו' אלא אפי אמר היורש אם ימות מורישו ירש פלוני עמו אף על פי שנטל קנין על זה לא אמר כלום וזה פשוט עכ"ל וכן כתב הרמב"ם בפ' כ"ג מה"א הלכה ו' וז"ל אבל אם התנה עמו אחר שנישאת תנאו בטל וירשנה וגם הרא"ש ז"ל הסכים לדבריו וכתב עליו הראב"ד על ה' השניה וז"ל התנה עמו אחר הנישואין כתב הראב"ד ז"ל נראה לי שחסר בכאן וקנו מידו ואעפ"י שקנו מידו לסילוק הירושה אינו מועיל לפי שסילוק הירושה לאחר מיתה היא דאין הקנאה לשום להם והו"ל כקנין דברים והנישואין כבר חלין על הכל אבל תנאי דקודם נישואין לא חלו הנישואין אלא ע"מ שלא ירשנה והתנאי ממון הוא וקיים וכן כתב הרמ"ה ז"ל דהבא לקנות יע"ש דאפי' אם קנו מידו של הבן לא מהני. איברא דיש לחלק ולומר דכל זה דוקא הוא אם התנאי הוא בממון המוריש עצמו או שהוא רוצה לסלקם ליורשים מממונו או שהם רוצים לסלק עצמם בזה הוא דלא

מהני וכמ"ש הר"ן ז"ל הטעם על ההיא מ"ש בב"ב דקכ"ו וז"ל ואפי' לר"י דאמר בדבר שבממון תנאו קיים אמרינן הכא דלא מצי להתנות משום דהכא לא מצי מחיל דבר שלא בא לידו של בן ואינו יכול למוכרו ולא למוחלו וכמ"ש הרמ"ה ז"ל בחי' לבתרא דקכ"ו ברם צריך את למודעי דהא דמשנינן הכא לא קא מחלי לאו למימרא דאי מחיל דאמר מחילה א"נ דקנו מידו דבן דמסתלק מירושת אביו הויא מחילה דהא גבי ירושת הבעל דאיכא למימר דהויא דרבנן היא ואפ"ה תנא קמא דרשב"ג לא קאמר דמצי מסתלק אלא דכותב לה ועודה ארוסה דאכתי לא חייב למירתה וכו' וכיון דקמי נישואין קא מתני דלא לירות אישתכח דכי קא נסיב בתר הכי אדעתא דהכי קא נסיב ואמטו להכי תנאו קיים אבל בכותב לה ועודה נשואה לא מצי מסתלק כדאיתא בהדיא בריש הכותב ואפי' קנו מיניה לא מהני וכדברינו התם וכ"ש גבי ירושת הבן דלא מצי מסליק נפשיה אלא הכי קא אמרינן התם בשאר נכסי מכח קידושין הוא דמשתעבד וכיון דבעידן קידושין ידעה וקא מחלה תנאו קיים אבל הכא גבי ירושת הבן מאימת חזי לירושה משעת לידה ההיא שעתא לא קא מחיל לאו אדעתא דההוא תנאה איתייליד ואמטו להכי אע"ג דמתני השתא לא הוי תנאה עכ"ל אבל בנ"ד שאינו ממון המוריש עצמו אלא במתנה נתנו לו ע"מ שלא ירשנו פ' הבא מכחו אלא אחר הראוי ליורשו בהא אמינא דמהני דאדעתא דהכי זיכה לאשה ע"מ שלא ירשנה בעלה ולאיש ע"מ שלא ירשנו בן זה אלא האחר ודמי למתנה עם האשה ועודה ארוסה שלא ירשנה דתנאו קיים כדכתב הרמב"ם ז"ל בפ' כ"ג מהלכות אישות ה"ה וז"ל התנה עמה שלא ירשנה הרי זה לא ירשנה וכן אם התנה עמה שירש מקצת נכסים וכו' שהנחלה הבאה לו לאדם שלא ממשפחתו מתנה עליה שלא ירשנה קודם שתהא ראויה לו עכ"ל הרי מוכח להדיא דכל שעדין לא זכה באותה ירושה וכו' (עכ"ן וחע"ד):

סימן מג

דעת הרא"ם ז"ל בסי' י"ו בענין המנהג והוא שאפילו במנהג שאינו היפך דין תו' אלא דהוי דבר הרשות אפ"ה לא הוי מנהג להוציא מיד המוחזק על פי המנהג אלא א"כ הוקבע עפ"י חכמי העיר אבל אי לא הוקבע על פי חכמי העיר אע"ג דנתפשט המנהג בכוליה מתא אפי"ה לא מפקינן מיד המוחזק ודוקא במנהגים שאינם שייכים לרבים אלא בין יחיד לחבירו אבל מנהג דשייך לרבים כגון חמרים וספנים ועניני מסים וכיוצא אז אזלינן בתר מנהגא אע"ג דלא הוקבע עפ"י חכמי העיר משום דאגב דצייתי להדדי גמרי ומקנו אהדדי כשותפים וכו' וכן כתב הת"ה ז"ל סי' שמ"ב ועוד כתב הרב ז"ל דבענין תנאי הכתובות הוי כדין יחיד דלא הוי מנהגם מנהג אלא א"כ הוקבע עפ"י ותיקים ונראה קצת

שאם נהגו כמנהג של מקום אחר ואותו מנהג של מקום אחר הוא עפ"י חכמים ותיקים אעג"ב שבזאת העיר לא נתקן עפ"י ותיקים אלא שנהגו בו מעצמם הוי מנהג ותיקים:
דעת מהר"י קולון ז"ל מדבריו שבשורש ח' משמע דאפילו בענין ממון בעינן שיהיה המנהג קבוע עפ"י ותיקים ואילו מדבריו שבשורש י"ג ובשורש ק"ב נראה דבענין ממון לא בעינן מנהג עפ"י ותיקים שא בפישוט מנהג לחודיה סגי ומדברי מהריב"ל ח"ב סי' כ"ג נראה דסגי בהתפשטות המנהג לחוד בעניני האישות ולא בעינן שיהיה עפ"י ותיקים והביא ראיה מהרמב"ם ומוהריב"ש וכן כת' ר"ב בסי' כ"ה בסופו:
ומדבריו בח"א כלל י"ב שאלה ס"ג נראה להדיא דהסכים לדעת הרא"ש דבעינן קביע מנהג עפ"י ותיקים וכן בשאלה ע"ג ח"א ונראה דלא סתרי למה שכתב בסי' כ"ג וכו' דסגי בהתפשטות המנהג לחוד דהתם בסי' כ"ג איירי בענין מנהג שהאלמנה תזכה במחצית הנכסים של בעלה דהוי דבר הרשות כמו בקנין הסחורות ושכירות פועלים וכיוצא וכן הא דסי' כ"ה איירי נמי במנהג דהוי דבר הרשות משא"כ הא דשאלה ס"ג במנה ומאתים דשם הוי היפך התקנה וכנדון הרא"ש מש"ה בעינן מנהג ותיקין או יתכן לרבותא קאמר דאפי' לדברי הרא"ש ז"ל הכא אזלינן בתר מנהגא דהוי מנהג ותיקין וכו' וכן הא דסי' ע"ג הי בירו' הבכור שלא יטול פ"ש ודוק:
וכתב הרב אדמת קודש ז"ל וז"ל אך כיון דלא נתפשט מנהג זה פה עה"ק ולא אתנו יודע בטיב המתנות היאך נהגו אבותינו נ"ע מי הוא אשר יערב אל לבו להוציא מן הבעל היורש מן הדין בטענה חלושה כזו ובאומדן דעת לומר כיון שנהגו כמנהג דמשק בענין א' או ב' ועלתה להם שנהגו בכל כמנהג דמשק וכו' וכבר כ' מר"ן בתשובה בדיני גביית כתובה סי' ג' דאין למדין ממנהג דמשק מהחלק על הכל עכ"ל ודבריו תמוהים ואין להם על מה לסמוך דמאי קא מייתי ראיה מדברי מר"ן ז"ל בתשובה דהתם נ"ד איירי דבא ללמוד לכל עניני הכתיבה כמנהג דמשק על זה קאמר מר"ן ז"ל דאין למדין כיון שכתוב בכתובה והירושה כמנהג דמשק דמשמע דבענין הירושה נוהגים כדמשק אין אנו למדין לשאר ענין הכתובה דלא מיירי בענין הירושה יעו"ש אבל בענין הירושה היכי נימא דאין הולכים בה לכל מילי דא"כ מאי חזית דמפקת המתנות ממנהג דמשק ולא מפקת מידי אחרינא אלא פשיטא דבענין ירושה לכל מילי משוינן התקנה לדמשק דאל"ה לא הועילו בתנאים שכתבו והירושה כדמשק דלדבריך זיל הכא קא מדחי לה וזיל הכא קא מדחי לה וכן כ' הרב בצלאל ז"ל בתשובה סי' י"ב להדיא דאזלינן בכל כמנהג דמשק כיון דהכי אתני בהדיא וזה ברור ופשוט להלכה ולמעשה ודו"ק:

והרא"ש ז"ל כלל נ"ה בסי' יו"ד פסק דלא מהני מנהג לחודיה אלא בעינן תנאי ב"ד בענין הנישואין כיון שהוא היפך הדין ומסוף הסי' נראה דמהני מנהג לחודיה אם הוא פשוט ואח"ך חזר לדינו הראשון ודוק:

והנראה ליישב דברי מהריק"ו ז"ל נראה לי שבסי' ח' איירי בדבר דלא שייך ביה הפקר ב"ד הפקר כגון שכירות פועלים ומחיצות שבין השותפים וחלק בכור ופשוט ובסי' ט' איירי בדבר שבממון דשייך ביה הפקר ב"ד כגון מסים וכיוצא דלא בעינן מנהג ותיקין וחכמים ודוק ודייקא נמי דקתני דאי בממון דוקא וכו' וקשה דאי בכל ממון ס"ל דסגי בלא מנהג ותיקין הול"ל דאי בממון איירי וכו' אלא פשיטא כדכתבנו דאי בממון דוקא ומטעם הפקר ב"ד אפי' בלא תקנת חכמים וברור:

בענין אם ההלכה רופפת לכ"ע הולכים אחר המנהג הריב"ש והרמב"ן ומהריב"ל סי' פ' ח"ב ורבים דעמייהו איברא דמהריב"ל ז"ל סתר דידיה אדידיה דבכלל... נר' מדבריו דאפי' בהלכה רופפת לא אזלינן בתר מנהגא וסתיר דידיה אדידיה וצ"ע:

בעדות המנהגים לא אמרינן תרי כמאה אלא בתר רובא אזלינן כיון דלא הוי אלא גילוי מילתא בעלמא מהריק"ו סי' קע"ב:

משום פעם אחת או שתים שאירע דבר אחד לא הוי מנהג לסמוך עליו דבר שאין בה כ"א פעם אחת ביובל ודאי אין לסמוך על מה שנהגו דאמרינן ב"ד טועים היו באותה שעה מהריק"ו סי' מ"ה וקשה דסתיר דידיה אדידיה דאילו בסי' קע"ב כתב במנהג דנהגו דאין לחוש לחבלונות דהוי מנהג אע"ג דדבר שאינו מצוי הוא ואינו רגיל הוא אלא בהכרח דדוקא במנהג שהוא רשות כמו הא דסי' מ"ד דאיירי במנהג דלא יתפלל הבן על זקנו בהא הוא דאמרינן דליכא מנהגא בזה כיון דהוי דבר דלא שכיח אבל בהא דסבלונות דהוי ענין איסורא דנהגי דלא יחוש לסבלונות בהא ודאי אמרינן דאי לא הוקבע מנהגא לא הוו מתירין א"א לעלמא והדברים ברורים:

עוד יש לחלק דהא דבעינן מנהג פשוט עכשיו בכל המדינה היינו דוקא בדבר שאם לא התנה לא היה חייב מן הדין כלל וכתשו' הרא"ם סי' י"ו אבל בדבר שהוא מחלוקת ונהגו בעיר לפסוק כמ"ד דמחייב אעפ"י שאינו יודע המנהג חייב לילך אחריהם:

כתב הרב בצלאל אשכנזי ז"ל סי' י"א וז"ל ומיהו כמו אנן דכותבין הירושה כמנהג דמשק אע"ג דשמעתי מרבותי דאין בין תקנת טוליטולא לתקנת דמשק אלא קמעא מ"מ וכו' אין ללמוד מתקנה לתקנה וכו' וכן כתב הרב הגדול מהר"י קארו דאין ללמוד מזה לתקנה אחרת שאינה כתובה באותה סגנון:

כתב מהר"ם גאלאנטי ז"ל סי' ק"ב דמנהג דמשק הוא דצריך ל' יום שיחיה הולד כדי לירש הבעל כל הנדוניא כתב הרב המבי"ט ז"ל ח"ב סי' נ"ה דאפי' שאירע כיוצא בזה ואמרו שאינו נקרא בן קיימא אלא בן ל' כיון דלא הוי מנהג קביע אין ללכת אחריו וכו':
מהרש"ך ח"ג סי' מ"ז כתב הואיל והוא דבר שאינו מצוי תדיר אלא לעתים רחוקות וראוי להוכיח זה מלשון הרא"ש סי' נ"ה:
עוד כתב הרב בצלאל אשכנזי ז"ל ש' י"ב וא"ת איפכא מסתברא וי"ל דבעלי התקנה לא חששו אלא למילתא דשכיחא וכו':
עוד כ' בסי' י"א ג"כ בזה הלשון אבל במילתא דלא שכיחא כגון בכל הנכסים לא תקנו מידי:
ענין מנהג כתב הרב פרח מטה אהרן ז"ל תשו' ס"ג וז"ל ובנד"ד לפי הנראה הדברים מוכיחים שנעשה עפ"י חכמי העיר כיין שהחכמים הם המגבים הכתובות ואינם מגבים הסבלונות עפ"י מה שראה מהראשונים ודאי מנהגם קיים ואינו דומה לאותו נדון של מנהג טוליטולא וכו' עכ"ל א"כ לפי דבריו בנ"ד נמי כיון דגבית ההשבון החכמים הם המגבין וראינו שחולקין בדין אם נשתהה הולד ל' יום א"כ הדברים מוכיחים שנעשה עפ"י חכמי העיר:
ראיתי אני שלום הדאייא ס"ט בכ"י הרב הגאון תנא דבי מנשה סתהון זיע"א בספרו שפתי צדיק כ"י שבאר"ץ ודמשק ואגפיהם לא סמכו להתיר עפ"י הכשר רבית אשר כתוב בתשו' הרב כרם שלמה ביו"ד סי' ח'. עוד זאת נהגו באר"ץ שכל כותל שיש לשני שות' גם שהוא בין ר"ה לרה"י כיון ששניהם יש להם תשמיש בכותל ההוא בתלית קורות וכיוצא הרי הוא של שניהם בגוף קרקעית בנין הכותל כך העיד הרב הגדול מריה דאתרין על אר"ץ הרב משה הכהן זצ"ל מפי הרב הגאון אחד היה אברהם בעל המחבר יושב אהלים ופני הבית ומר ואהלות וכן עשו הלכה למעשה ונפקא מינה טובא ע"כ:
דעת הרב מהר"י פ'ראנג'י הובא בתשובת גנת ורדים סי' י"ב וז"ל והמנהג בקאנדיא לחלוק אע"פ שחיה הילד ל' יום טעה במנהג כשראה מנהג שלוניקי סבר דהכי הוא תקנת טוליטולא ואפי' אם יהיה שזה הדיין ראה דיין אחר בקאנדיא שדן כן אין לסמוך עליו בזה דודאי גם הוא טעה במנהג מאחר שכותבים בפירוש בשטרי הכתובות הכל יהיה כתקנת טוליטולא זה הוא מנהג העיקרי ואין לזוז ממנו עכ"ל ולכאורה נראה דגם בנ"ד אע"ג דבירושלים תובב"א שכתובה שלהם כמנהג דמשק מצריכים שיהיה הולד בן ל' יום אפילו הכי אין למידים ממדינה למדינה אבל אחר העיון נראה דאדרבה מדבריו נראה דבנ"ד ודאי מודה דלמדים דשאני התם כיון שכותבים כתקנת טוליטולא ותקנת

טוליטולא לשון שלו אינו סובל כלל זה הפירוש וכמו שהאריך הרחיב הרב הנז' בעצמו מש"ה לא סמכינן על האי דינא דאימור דטעה במנהג קושטא וכו' אבל נ"ד דתקנת דמשק ותקנת קושטא היא אינה על מנהג טוליטולא ואין מכירים בה מנהג טוליטולא כלל אבל נ"ד דמנהג ירושלים היא כמנהג דמשק ואר"ץ יע"א כמנהג דמשק ופירוש זה שמפרשים שצריך ל' יום אינו סותר לכון התקנה פשיטא דיודה דאם כן הדין ב"ד אחר ב"ד דצריך ל' יום אזלינן אחריהם ומה גם דהרבה בני אדם הכי מבינים דתקנת דמשק הכי הוי ודוק:

עוד כתב הרב הנז' וז"ל הנך רואה דאית ליה לדיין לאפוכי בזכות בעל המקום כיון שכן הוא מן הדין וגם למעבד טצדקי דהיינו עורמות ותחבולות להעמיד לבעל המקום הראוי לו מן הדין וע"ז אני קורא אני חכמה שכנתי ערמה וכו' עכ"ל:

עוד כתב בסי' י"ג מעקה וכו' ולכן שורת הדין נותן דנהרא נהרא ופשטיה ובכל מקום שכותבין בכתובותיהם והירושה כמנהג טוליטולא ניחא אנן היכי נהוג בההוא אתרא וכו' הרי נראה להדיא מדבריו דהיכא דהלשון סובל שני פירושים אזלינן בתר מנהגא דההוא מתא אעפ"כ למדנו לנ"ד מנהג עיר אחרת בהפך ושניהם כתקנת טוליטולא ואם אין מנהג בעיר הולכים אחר פשע הלשון שהוא מרווח יותר ואין למדין מעיר אחרת לומר כיון שנהגו כך ניזיל אבתרייהו דאין למדין מעיר לעיר אפי' באותה תקנה עצמה וא"כ הכא נמי בנ"ד דלשון תקנה של דמשק הוא בין אי נימא שהוא פשוט ומיסד מכל הפוסקים הפשט בין אי נימא דפי' הלשון הוא לרוב הפוסקים עם דחזינן שנוהגין לפרש הלשון גם בעיר אחרת לא אזלינן בתרה גם מדבריו נראה שדעתו כדעת מוהרש"ך דהיכא דהוי כפי התקנה אפי' הרא"ש מודה:

עיין בתשו' מהראנ"ח סי' ד' שכתב דאין למדין ממעשה ב"ד לומר כיון שפסקו כך הב"ד בודאי דכן הוא המנהג דאימור היה האב תפוס אז הוה משמע להו להב"ד דהבנת הלשון כך הוא וליכא ראיה כלל וגם אם נאמר דהמעשה הב"ד בעצמו שעשו הוא יחשב מנהג ע"ז קאמר דמשום פעם א' לא חשיב מנהג ובלבד שאינו נוהג הרבה אין להביא ראיה מן המנהג הבל כיון שדין זה נעשה עפ"י חכמי ומנהיגי הארץ אין לך קביעות מנהג גדול מזה מ"מ להוציא מיד המוחזק בטענה זו לא מלאני לבי. גם מהר"א ששון סי' י"ט כתב קרוב לזה וז"ל עוד אני אומר דכיון דקי"ל בכל דוכתי דכח ב"ד יפה וקי"ל דמפקינן ממונא א"כ מסתברא לי וכו' עיין בתשובת הריב"ש סי' תמ"ה ומנהג שנוהגין שצריך שיהיה המנהג ברור לפטור אם בהסכמת הקהל או שנהגו כך משנים קדמוניות ונהגו לדון על פי המנהג ההוא דהא לא דמי למנהג פועלים שכמה פועלים נשכרים בכל יום ויכול אדם לראות היאך נוהגים אבל בפיטור החזן שאין בעיר כי אם חזן אחד היאך יקרא מנהג מה

שלא שאלו מס לחזן אחד או לשנים אלא א"כ ידוע ומפורש בעיר שמחמת תקנת העיר לפטור החזנים פטרום. (עיין בהריב"ש סי' שמ"ה מהרשד"ם א"ה סי' קכ"ט מהרח"ש סי' י"ט) אלא שאם היה המנהג ברור מוציאין מיד המוחזק ושאני נדון דמהראנ"ח דליכא מנהג ידוע אלא ע"פ אותו מעשה רצה לקבוע מנהג מטעם שנעשה עפ"י חכמי וזקני ארץ אעפ"י שלא נעשה מעשה אלא פעם אחת ואף אותו מעשה יש חשש לומר שהיה אבי האשה מוחזק על זה הוא שפקפק הרב מהראנ"ח ז"ל אבל אם הוא מנהג ידוע פשיטא ופשיטא שנוציא ממון על ידו ודוק. והרב השואל של מהרש"ך ז"ל ס"ל דמנהג שסותר התקנה לא אזלינן אבתריה וכתב דהא דמשמע מדברי מהריב"ל ז"ל דאזלינן בתר מנהגא בענין הנישואין בלא מנהג ותיקין היינו דנ"ד מנהג שלו אינו סותר תקנה עכ"ל ע"ש. וחזות קשה אני רואה שהרי למהריב"ל. אף דאיכא מנהג פשוט בעיר לא אזלינן בתריה אלא דוקא כשהתנה בכתובה הכל כמנהג קהלינו דהוי כאילו התנה בפי' שיחיה ל' יום ובתנאי ליכא מאן דפליג דמהני:

כתב הרב אדמת קדש ז"ל ח"א סי' ג"ל וז"ל והאלהים אנה לידי כ"י מהרב הגדול מהר"א מונסון ז"ל וכו' וז"ל נדרשתי אם נודע אלי מה שכותבים בכתובה והירושה כמנהג דמשק כיצד הוא המנהג ולכן באתי בכתב אמת להודיע מה שראיתי מ"ש מו' הרב כמהר"ר לוי בן חביב וז"ל כאשר באתי פעה"ק ירושת"ו מצאתי שהיו כותבים בכתובה והירושה כמנהג דמשק ודרשתי וחקרתי על מנהג ירושלים ת"ו ונודע לי שהוא כמנהג דמשק אז גזרתי וכו' וכן הוא המנהג שכל אשה שתמות בחיי בעלה ולא הניחה ולד של קיימא דהיינו שנתקיים ל' יום יחלקו יורשי האשה עם הבעל בכל הנמצא להם ולראיה ח"ש יאודה מסעוד גם אני הצעיר הבא על החתום אומר שכך היה מקובל אצלינו לעולם שמנהג דמשק הוא שאם תפטר האשה בלי זש"ק יחלוקו וכו' ופי' זש"ק וכו' הצעיר אברהם אשר וכו' מצאתי כ"ל הרי נראה להדיא שמנהג דמשק הוא דבעי' ל' יום ומכ"ש מדברי הרב מהר"א מונסון הכי משמע שהרי כתב על עדות ראשונה גם אני הצעיר וכו' וכתב ופי' של קיימא וכו' ופשיטא דהיינו שסמך על דברי הראשונים שפירש שיהיה בן ל' יום דאי לאו הכי הו"ל לפרש שקבלתו אינה כמו קבלת מהרלב"ח אלא פשיטא דהכי הוא שפי' בן קיימא ל' יום וסמך על מה שכתב לעיל והדברים ברורים:

סימן מד

בדין פתיחת חלון על חורבת חבירו. מה שטען שזו היא חורבה ואין מחזיקין עליה חלונות לס' הרא"ש והרמב"ן ז"ל דאינה נקראת חורבה לענין דיכולין לפתוח עליו חלונות ואין הבעלים יכולים לעכב אלא בחורבה שהיא פרוצה לר"ה ואינה ראויה לתשמיש כלל

חדא דכתב הרמב"ם בפ"ג מה"ש ה"ג מי שהיה לו חורבה וכו' והרי חורבתו פתוחה לר"ה כשהיתה וכו' יע"ש משמע דסתם חורבה היא פתוחה לר"ה ועוד ראיה דאם החורבה ראויה לשום תשמיש לא קאמר עליה הרא"ש דאין בה הז"ר מדכתב מרן בב"י בסי' קנ"ד סעיף י"ו וז"ל וכן בגגין שלנו שהם מכוסים וכו' כדברי הרא"ש וכו' מש' בהדיא דע"כ לא קאמר אלא בגג משופע שאין בו תשמיש כלל אבל בגגין שיש בהם קצת תשמיש וכו' לא קאמר הכי דאפי' בגג אם יש בו קצת תשמיש יש בו משום הז"ר ודוקא כשהוא משופע שאין ראוי לתשמיש כלל וכן פסק מרן ז"ל סי' קנ"ט וז"ל שני בתים וכו' והיו גגותיהם עשוים לדירה וכו' זה עושה מעקה וכו' ופי' הרב המגיד כיצד העשוי לדירה פי' שאינם משופעין הרי דכל מקום שהוא ראוי לתשמיש קצת אעפ"י שאינו משתמש בו בקבע כגון גגים וכיוצא יש בו משום הז"ר וכן כתב בסי' קנ"ט בבדק הבית שלו משם הריב"ש שיכול לעכב מלפתוח חלון על גגו יע"ש מתשו' הרשב"א ח"ב סי' מ"ג בפי' שגגין של רעפים אינם ראוים לשום תשמיש וז"ל. שאלת והקדמה הקדמת ואמרת ז"ל בכל גלילות ארצינו אינם עושין מעקה לגגיהם לפי שהם מכוסים ברעפים וכו' שאינם ראוין לשום תשמיש וכו' ולא יעלה עליהם אלא פעם אחת בשתי שנים או בשלש ולא לתשמיש ולא לצורך. תשו' דע שכן נראין הדברים שאין מן הדין הז"ר בגגין המשופעים וכו' דבכל מקום שאין עשוי לתשמיש ואין דרכם לעלות אלא באקראי ולתקן אין בו הז"ר וכו' לא היא דהתם בגג העשוי לתשמיש קצת וכמו שאמרנו דאע"ג דאינו משתמש בו בקביעות מ"מ משתמש לעתים והזיקן מצוי ולפיכך חשו להזיקן אבל כאן שאין משתמשין כלל ואינו עולה לו אלא בשעה שמתקנו בזה לא חששו עכ"ל יע"ש, הרי דאפי' במקום העשוי לתשמיש קצת חששו לה משום הז"ר ואע"ג דתשובה הלזו לענין מזיק אתמר ה"ה אם היה בעל הגג ניזק לס' הרא"ש ומעשים בכל יום בחלונות שעל הגגין שלנו אע"ג דאין תשמישם קבוע בחלונות מוחים עליהם ומחזיקין בהם כ"ש מקום הנז' שיש בו בית דירה הראוי לתשמיש קבוע ולפני הבית דירה אותה חצר דלא יעלה על הדעת לומר כיון שאין משתמשין בה תשמיש קבוע שדינה כגג של רעפים לדעת הרא"ש ז"ל שאין יכולים הבעלים לעכב מלפתוח עליה חלונות דזה נהנה וזה אינו חסר הא ודאי ליתא כיון דראויה עתה אף לתשמיש קבוע הו"ל זה נהנה וזה חסר כיון דלא צריך שום מעשה להשתמש בה ומה לו אם משתמש בה או אינו משתמש דכל הראוי לבילה וכו' וכן מוכח להדיא מלשון הש"ע שכתב וז"ל אין שכינו יכול לעכב עליו בטענה שהיום או למחר יבנה המקום ההוא ויזיקנו זה בהז"ר משמע דוקא כשאינו ראוי לתשמיש אלא

ע"י בנין אבל אם הוא ראוי לשום תשמיש בודאי דלא קאמר הרא"ש שאינו יכול לעכב עליו משום שאינו משתמש בו:

ודעת הרמב"ם בפי"א שכל הניזקין הם נקנין בשתיקה ותיכף שראה הזיקו ונודע לו ושתק הויא חזקה ולא אמרו חזקת ג"ש וטענת מכר אלא בגוף הקרקע אבל אלו שיעבודין הם וכתב הרב המגיד בפי"א מה' שכנים שכן הוא דעת הגאונים והרמב"ן ז"ל מלבד ד' מיני נזיקין שהם עשן וכו' ואם קנו מידו שמחל בנזיקין אלו אינו יכול לחזור בו:

ודעת הרשב"ם ז"ל דהם נקנין מיד אבל בעינן חזקה שיש עמה טענה רשות או מכר או מתנה:

וה"ה כתב שדעת התוס' ורבינו יונה והרשב"א שאין שום חזקה מועלת אלא בטענת מכר ובחזקת ג"ש וכן היא דעת הרא"ש כדכתב מרן בתשו' סי' ק"ך:

וכתב עוד הרב הנז' שבחזקת הז"ר הרי"ף והרשב"א והרמב"ן ס"ל דהוי כמו ד' מיני נזיקין שאין להם חזקה אבל הרמב"ם ורבו מהר"י ן' מיגש והרא"ש ס"ל דיש חזקה להז"ר:

ואפי' ד' מיני נזיקין שאין להם חזקה והז"ר למאן דס"ל דלית ליה חזקה אם קנו מיד הניזק בק"ס ומודה בזה ואינו מכחישו אינו יכול עוד לחזור ולערער דהוי כאילו שיעבדו לו חצרם לדבר זה ע"י הקנין סודר כ"כ מרן באבקת רוכל תשו' ק"ך יע"ש. מדהסכים מרן ז"ל בסי' קנ"ד סעיף י"ח להרשב"א ולהריב"ש נראה דאפי' להחזיק הסכים עמהם חדא כיון דכולהו הני רבוותא אית להו דאית ליה חזקה להיזק מטעם דלא אוכל לשמור שוברי מן העכברים מש' דאית להו דאית ליה חזקה בלא שובר ועלה כתב מרן ז"ל והכי נקטינן ואעפ"י שכתב אח"ך ומיהו כתב הרמב"ן שנ"ל שאינו יכול להחזיק הוא לומר דהרמב"ן ז"ל לאו בכל מילי הסכים עמהם אלא שבענין חזקה חלוק הוא מהם דאית ליה דאין לו חזקה כיון שאינו מזיקו עדין אבל ודאי דלא קי"ל כוותיה דמרן כיון דיחיד הוא בדבר וכונתו לומר דמקום שתופסים דגל הקי"ל יכול לומר קי"ל כהרא"ש והרמב"ן דס"ל דאין לו חזקה הרא"ש יחיד בדבר זה כמ"ש כל הפוסקים אבל דעת הש"ע אינו כן אלא אפי' במקום שאינו מזיקן ס"ל דאית ליה חזקה וכן פסק באבקת רוכל סי' קכ"א דטענת שמעון טענה היא מפני דכשיבוא שמעון לבנות יעקב עליו מפני שמאפיל וכו' יעש"ב ותימהני על הפוס' שכת' דס' הרא"ש יחידאה היא ולא הזכירו ז"ל ס' הרמב"ן ז"ל שהביאה הש"ע ונראה דס"ל דמהרמב"ן ז"ל ליכא ראיה דאיהו גופיה בסוף דבריו לא סמך על טעם זה ונתן הטעם משום דאינו יכול למחות אין לו חזקה ולא סמך על סברא דלעיל שכת' דכיון דאינו מזיקו עדין אין לו חזקה אעפ"י שיוכל למחות יעש"ב. ונראה דס' הרמב"ן ז"ל היא מוסכמת מן הגמ' דפ' חזקת דקאמר ור' אילעא אמר אפי'

למעלה מד' אמות אין לו חזקה ויכול למחות נמצא דלא תליא הא בהא דאע"ג דיכול למחות אין לו חזקה כס' הרמב"ן ז"ל ובמקום שאינו יכול למחות ודאי דאין לו חזקה אבל במקום שיכול למחות יש מקומות ג"כ דאין לו חזקה דאעפ"י דאינו יכול להחזיק עליו כיון דאילו מזיקו יכול למחות כס' הרמב"ן ז"ל:

דעת הרשב"ם בפ"ק דב"ב דכל תשמישין שעושה אדם בשל חבירו ושותק לא בעינן חזקת ג' ש' אלא כל שמשתמש בשל חבירו אפי' עה אחת ושותק הויא חזקה די"ל דנטל רשות ממנו או נתן לו ממון ומכר לו תשמיש זה וכגון שטען כך אבל אם טען נשתמשתי ושתק אינה חזקה כדתנן בפח"ה כל חזקה שאין עמה טענה אינה חזקה יעש"ב. היוצא מדברי רשב"ם שאינו קונה ע"י חזקה לחודה אלא ע"י מכר או מתנה ואעפ"י שאין בהם ממש שיעבד לו מקום בחצירו לתשמיש זה. ומהריב"ל ח"א סי' פ"ג נסתפק ברחבה שאחורי הבתים אם נידונית כחצר וטעם ספק זה משום דאחורי הבתים קרוי רחבה ולפני הבתים קרוי חצר, וכמ"ש רשב"ם בפ"ק דב"ב ד"ו יע"ש. ועיין להרב"ד בסי' נ"א שכת' דהא דחלון על החורבה אין לו חזקה הוא דוקא כשיש לבעל החלון אורה ממקום אחר וכו' יע"ש. ועיין בטור סי' קנ"ד סעיף כ"ז דנראה דהאורה נמכרת וניתנת במתנה מתשו' הרא"ש ז"ל ועיין בתשו' הרמב"ן סי' י"ז דנראה מדבריו שחזקת החלון היא שהחזיק להיות לו חלק פתוח על חצר חבירו עיין בהרשב"א סי' אלף קל"ב שס"ל דחזקת נזקין אלו זיזין ומרזב ומזחילה חלון צריך חזקת ג' ש' וטענה וכל שלא בא מחמת טענה אפי' החזיק ג' ש' ולא מיחה אין לו חזקה דאין אדם יכול לשעבד במעשיו קרקע של חבירו שלא מדעתו של חבירו יעש"ב באותה תשובה. ועיין למוהר"ם די בוטון בתשו' סי' נ"ה שכת' שדעת מרן דלא נקטינן כוותייהו דהרא"ש ס"ל דאין מחזיקין על החורבה גם מהרשד"ם סי' רכ"ח כת' כן שכן דעת הב"י שנשאלה שאלתו ומה היא סברת הפוסק אם הוא הסכים לפסוק כהרשב"א כיון שהחולקים גדולים בחכמה ובמנין יע"ש. עיין בסי' קנ"ד סעיף כ"א בסמ"ע ובט"ז ועיין בשי"מ בתרא. ועיין ביד רמה על הגמרא די"א ובשי' הרשב"א בדף הנז'. ועיין בשי למורא בהגהותיו על הטור סי' קנ"ג שנראה שהקנין מועיל בדברים אלו וכן נראה מדברי הרא"ש שהגיה עליהם ועיין בתשו' הנז' סי' ל"ה ונ"ה:

סימן מה

כתב הרא"ש בב"ק פרק שור שנגח את הפרה סי' ג' וז"ל והתוס' כתבו וצ"ע דרבא דהוה בתראה וכו' וכן סתמא דתלמודא בהך ברייתא דכנוס שורך וכו' היינו דלר"ז ל"ק וכו' וקשה לי דאם סתמא דתלמודא ס"ל כאוקמתא דרבא דלעיל דלרבי הזיק חייב מוכרח הוא דס"ל בהך מימרא דרבא דפסק כרבנן דברשות פטור דמאי שייכותם גבי הדדי דעדין

נוכל לומר דס"ל סתמא דתלמודא כרבי ומאי ראיה מייתי ודוק. עוד כתב הרא"ש איבעיא להו וכו' ועלתה בתיקו הילכך אם נכנס שור מעלמא והזיקו וכו' קשה לי דמהכא משמע דס"ל כחילוק התוס' שחילקו דהא דקא מיבעיא ליה לתלמודא היינו אם נכנס שור אחר אבל אם יצא לו לחוץ והזיקו אותו שוורים אחרים לא קא מיבעיא ליה הילכך נקט בלשונו אם נכנס שור וכו' ומלשונם לקמן משמע שכתב וז"ל אי נמי וכו' אבל אם אמר לו כנוס שורך לחצר ואשמרנו אין לשון זה משמע אלא שיהיה שמור בחצר מבהמות שבחצר מש' דקא מיבעיא ליה בתרוויהו דלא פשיטא ליה אלא בבהמות שבחצר ול"נ והוא שנדקדק במלת שבחצר שנראה כמיותר שהיה די לומר אלא שיהיה שמור מבהמות שבחצר והוא שכך כונתו שיהיה שמור בחצר מהבהמות אבל חוץ לחצר אפי' מבהמות אחריני לא מש' ודו"ק וראיתי להרב הגדול מהרש"ל ז"ל בספרו ים של שלמה שכתב ומה שפירש דהך בעיא דוקא היכא שבאו שוורים וכו' מדברי הרא"ש לא משמע הכי מדכתב וז"ל וכו' אלא ש"מ דאין חילוק בין יוצא לחיץ והזיק או שהוזק בביתו של בע"ה וכו' קשה דעדיין תיקשי דאימא ההיא שהוזק משורו של בעל הבית וי"ל דהא לא צריך לאשמועינן דמכ"ש ברייתא דחייבין להחזיר דפשיטא הוא דאפי' הזיקו הם את אחרים חייבים עוד כתב בס' ים של שלמה וכן משמע להדיא מדבריו כשפירש הבעיא אפי' לרבי כשיאמר להדיא ואני אשמרנו דילמא נטירותא דעלמא:

כתב מה"ר נר"ו בפני הבית על חושן משפט סימן רצ"א על מ"ש הבית יוסף שם דמה שהביאו התוס' וכו' לא מכרע כלל שהרי הרי"ף גופיה אף על פי שפסק כרבי פסקא להההיא דרבא וע"כ צריך לומר שהוא מפרשה בגוונא דאתייא כרבי וע"ק על דבריו דלפי דבריו עשה מחלוקת בין שני הרים גדולים הרי"ף והרמב"ם ומנ"ל לעשות מחלוקת היכא דאינו מפורש ונ"ל דזו לא על מר"ן בלחוד אלא על הר"ן ז"ל נמי קשה (עם שאינה קושיא כמו שאכתוב בס"ד דחשיב כמפורש וע"ל) עוד כתב הרב הנ"ל וראיתי להנ"י שכתב וז"ל רבינו אלפסי פסק כרבי דהלכתא כשמואל בדיני ולפי זה צריך לומר דלעיל דאמר רבא הכניס שורו שלא ברשות וקי"ל כוותיה דבתראה הוא לאו למידק מיניה הא ברשות פטור וכו' אך נראה בעיני דישוב זה דוחק דא"כ היה לו להרי"ף לפרש זה בהדייא דחייב ומדלא כתב שמע מינה דפטור ונראה לי דזו אינה קושיא דאדרבא כיון דסברא דחייב כמ"ש התוס' בד"ה אימא סיפא מטעם לא יהא אלא כחצר השותפין וכו' א"כ סמך על דין חצר השותפין:

עוד כתב הרב הנז' עוד כתב מר"ן הב"י ומ"ש ובכולה סוגיא מסיק רבא כרבנן וכו' אין זה כדאי לדחות כלל ערוך שבידינו וכו' דהא רבא לא לפסוק הלכה אתא וכו' אתא רבא

למימר דלא צריכין לידחק בהכי וכו' וא"כ לא מיכרעא שיפסוק כחכמים וגם מוהרש"ל הקשה כן ואנכי העבד נראה לי דהמעיין בדברי התוס' שפיר יראה דשפיר קא מייתו ראיה והוא כשנדקדק בדברי התוס' במ"ש וכולה סוגיא וכו' דכונתם ברור דלעיל מסיק רבא כרבנן ואפי' נשברו ברוח ואפי' חנק את עצמו ש"מ כרבנן ס"ל דאל"כ מי דחקו לרבא למימר ואפי' נשברו ברוח ואפי' חנק את עצמו מאחר דלא בא אלא לשנויי מציעתא לסיפא א"כ הול"ל שאני רשות דקבל עליו שמירת קדרות דעול ואנטר קאמר כדפי' רש"י ומדהוסיף רבא ואפי' נשברו ברוח ש"מ דפסק כרבנן והא דאשמועינן דאפי' נשברו ברוח דכל ברשות קבל שמירה ממש וכן נמי בחנק את עצמו ותימהני ממהרש"ל שכתב דודאי רבא כרבנן ס"ל מטעם שכתב א"כ איך דחה דברי התוס' מאחר דנוכל לומר דכונתם כמ"ש ואני איני יודע דמי הגיד לו שלא כדעת התוס' קא משני ואפ' שלשון ול"נ דוחק ליכא למיחש ודוק. עוד ראיתי להר"ן ז"ל שכתב וז"ל רבינו אלפסי פסק כרבי משום דהלכתא כשמואל בדיני צריך לומר דלעיל דאמר רבא הכניס שורו וכו' שלא ברשות והזיק חייב לאו למידק מיניה הא ברשות פטור דסתמא קביל עליה נטירותא דהא כרבי קי"ל אלא נקט הכי משום שלא ברשות ד"ה היא ומילתא דפשיטא ליה נקט ומילתא דלא פשיטא ליה פשטה שמואל עכ"ל ואנכי העבד איני מבין כונתו דודאי רבא בתראה הוא ומאי קאמר ומילתא דלא פשיטא ליה פשטה שמואל דהוא אחר שמואל ואמאי לא פשיטא ליה משמואל אלא ודאי משמע דלא ס"ל כשמואל ועוד הרי"ף בעצמו למה הביאו כיון דס"ל כשמואל ולכאורה צ"ע ואחרי כותבי ראיתי למהרח"ש שהקשה כן וראיתי להרב כמה"ר נר"ו שכ' וז"ל וקושיא הא' והב' שהקשה מהרש"ח מתורצת בדברי הר"ן ולא ידעתי היאך מתורצת עוד כתב הרב מהרש"ח לכן נ"ל דתי' הרא"ש עיקר שכתב ושמא רב אלפס ס"ל דרבא אית ליה דר"ז וכו' ועם דבריו או יתורץ וכו' איברא דיש לדקדק אי רבא ס"ל דר"ז אמאי דחיק לאוקמא כרבנן לימא כרבי אלא ודאי דרבא בא לתרוצי אליבא מאן דלית ליה דר"ז ועוד כתב הרא"ש אמנם קשיא לי הסוגיא וכו' ודברים אלו דהרא"ש לא יכולתי לעמוד עליהם ולי צ"ע:

וכתב הרב כמה"ר נר"ו גם מה שהסכים לדברי הרא"ש תמיה אני עליו וכו' ועוד מאי מקשה סתמא דתלמודא מרישא לסיפא דכיון דבין רבא ובין ר"ז ס"ל בדעת רבי דאם הכניס ברשות פטור א"כ תו ליכא לאקשויי מודי וכמו שכתבו התוס' בד"ה אלא ודאי דס"ל לתלמודא שס"ל לרבא כדעת רבי שחייב בנזקי בעל החצר עכ"ל עיין מ"ש בעניותינו בקושיא זו שהקשה אותה הרב בני אהרן:

עוד כתב הרב כמה"ר נר"ו וז"ל ועוד דעדין נמי קשה דלימא רבא כולה רבי היא ואיידי דבעי למיתני ואני אשמרנו תני נמי ושומרו אלא ודאי מדלא שני הכי ש"מ דס"ל כרבנן וזוהי כונת הרא"ש במ"ש אמנם ק"ל דסוגיא דפריך רישא וכו' שנתכון לכל מ"ש וא"כ לא עדיף מגברא דאתי מחמתיה דאיהו בעצמו הקשה על תי' ודברים אלו לא יכולתי לעמוד עליהם דמאי איכא קושיא להרי"ף מיהו דאף שרבא פוסק כרבנן מכל מקום דבריו דלעיל שהביאם הרי"ף כיון דאתו אפי' לר' אימא מש"ה הביאם הרי"ף ולעולם ס"ל הילכתא כרבי היפך רבא ולפי דבריו אמאי לא הקשה הרא"ש מהכרחיות שהביאו התוס' דס"ל רבא כרבנן אלא ודאי דמהא ליכא קושיא על הרי"ף דאף שרבא פסק כרבנן מכל מקום ס"ל להרי"ף כרבי וההיא דרבא כיון דאתיא אפי' כרבי משו"ה הביאה אבל אם קשה הא קשה על הר"ן ז"ל שכתב וז"ל רבינו אלפסי פסק כרבי משום דהילכתא כשמואל בדיני צריך לומר דלעיל דאמר רבא הכניס שורו לחצר בע"ה וכו' שלא ברשות והזיק חייב וקי"ל כוותיה דבתראה הוא לא למידק מינה הא ברשות פטור דסתמא קביל עליה נטירותא כרבנן דהא כרבי קי"ל לא נקט הכי משום דשלא ברשות וכו' עם דמהכרחיות של התוס' ומקושית הרב הנז' עדין משמע דרבא כרבנן סבירא ליה ודוק. עוד נראה לע"ד להביא ראיה דרבא ס"ל כרבנן ממאי דפריך הגמ' בדף מ"ח עלה דההיא איתתא ממתני' דקתני ואם הוזקה בהם חייבת משמע הא ברשות פטורה ומאי פריך אימא דההיא מתני' כרבנן והוא סבירא ליה כרבי ולרבי אם הוזק בו בע"ה ברשות חייב כדכתב הרא"ש ושמא י"ל דס"ל להר"ן ז"ל דלא כהרא"ש אלא דוקא אם הזיק בידים חייב לרבי אבל ממילא פטור עוד כתב יראה דלא פליגי ר"ז ורבא צריך לומר דלא פליגי רבי ורבנן ודוק היטב:

ראיתי להרב מהרש"ך שכתב בתשו' ו' וז"ל כתב הטור בח"מ וכו' ואיכא למידק במאי דקאמרי התוס' דמאי דקאמר רבא הכניס שורו לחצר בע"ה שלא ברשות וכו' משמע ברשות פטור דאתיא כרבנן דאי כרבי אפי' ברשות חייב דמנא להו הא ע"כ ואני אומר דכד ניים ושכיב אמרה להאי מילתא דגמרא ערוכה היא אחר זה כדקתני טעמא דאמר ואני אשמרנו וכו' הא סתמא חייב בעל השור ופטור בעל הבית וכו' אתאן לרבי הרי מש' דלרבי אית ליה הזיק חייב וכן כתבו התוס' לעיל דף מ"ז ע"ב בד"ה אימא סיפא בסוף הדיבור ולפי האמת לרבי הזיק חייב וכו' כדאמרינן לקמן גבי כנוס שורך ואשמרנו וכל דבריו שהרכיבם על יסוד זה דלרבא אליבא דרבי אפי' הזיק בידים פטור הם צ"ע עוד כתב וז"ל וראיתי מ"ש הרב וכו' והאמת כי איני יורד בכונת דברי הרב ז"ל אלה כי יראה שכל מי שיעיין בדבריו וכו' ואני בעוניי איני רואה מקום בדברי רבא לפרשם באופן שיסבור דשור הנכנס לחצר בע"ה ברשות והזיק חייב עכ"ל ואם הוא אינו רואה אחרים רואים

עיין להר"ן ולשיטה מקובצת קמא עוד כתב ועוד אני מוסיף לתמוה במה שכתב לדחות דאין לפסוק כשמואל דאמר הלכה כרבי וכו' והנה הטור בחושן משפט סימן שצ"ח שכתב שאם הכניס ברשות בעל החצר פטור בעל השור בניזקי בעל החצר בפשיטות מוסכם אליבא דכ"ע ואם הזיק שור בע"ה לשור הנכנס בהא איכא פלוגתא ואתמהא טובא דאם איתא דיש מקום לומר דל"ד היכא דנכנס ברשות מסתמא וכו' אם הזיק שור הנכנס לשור בע"ה חייב וכמ"ש התוס' דרבא ס"ל הכי אם כן נימא דרב ושמואל דפליגי אי הוה כרבי או כרבנן הוי על זה הדרך דרב פסק כרבנן וכו' וא"כ שור הנכנס בחצר של בע"ה פטור ולשמואל שפסק כרבי הוי איפכא ואם שור הנכנס הזיק שור בע"ה חייב א"כ איך כתב הטור בפשיטות בלי שום חולק שאם הזיק שור הנכנס לשור בע"ה הוי פטור ובהוזק שור בעל החצר משור הנכנס כתב דהוי פלוגתא דרבוותא וכו' ונ"ל דהא דלא כתב הטור פלוגתא בהזיק שור הנכנס לשורו של בע"ה משום דהרי"ף והרמב"ם שפסקו כרבי סוברים כאוקמתא דרבא שס"ל אליבא דרבי אפילו הזיקו בידים פטורים אם נכנס ברשות בעל החצר ואם הזיק בידים שור המכניס חייב:

עוד כ' הרב הנז' איברא דאיכא למידק בגמרא בההיא ברייתא דכנוס שורך וכו' ומק' תלמודא דקשיא דיוקא דמרישא דברייתא מש' טעמא דא"ל שומרו הא סתמא חייב בעל החצר ופטור בעל השור אימא סיפא כנוס שורך ואני אשמרנו וכו' הא סתמא חייב בעל השור ופטור בעל החצר אתאן לרבי וכו' וק' דהיכי מקשה דיוקא אדיוקא להיכא דהזיק השור הנכנס ברשות בסתמא דלא הוה ליה לאקשויי אלא להיכא דהוזק השור הנכנס ברשות בסתמא משור בעל החצר דמדיוקא דרישא משמע דבסתמא חייב בע"ה אתאן לרבנן ומדיוקא דסיפא מש' דבסתמא פטור בע"ה אמנם היכא דהזיק שור הנכנס לבעל החצר לא דייקינן בהא להקשות רישא לסיפא דיוקא אדיוקא דבהא כל אנפין שוין דבסתמא פטור והתוס' כתבו בד"ה טעמא דא"ל שומרו ז"ל כילה הך סוגיא אתיא כרבנן דלעיל דלר"ז לא קשה כלל רישא לסיפא דכולה רבי היא והוו סתמא שניהם פטורים בין ברישא בין בסיפא ויש לתמוה במ"ש דלר"ז לא קשה כלל רישא לסיפא דיראה דאפי' לר"ז איכא לאקשויי קושיא דיוקא אדיוקא דהא לרבי היכא דנכנס ברשות בע"ה בסתמא אם הזיקו שור של בע"ה פטור ולרבנן חייב א"כ בהך ברייתא א"ל דקשיא דיוקא אדיוקא לענין הזיק שורו של בע"ה לשור הנכנס דמדיוקא דרישא משמע דחייב בעל החצר בנזק הבעל השור והיינו כרבנן דבסתמא קביל עליה בעל החצר נטירותא דשור הנכנס ומדיוקא דסיפא משמע דבסתמא בעל החצר פטור בנזקי השור הנכנס מכל מקום איכא למידק בגמרא דהיכי קאמר קשיא דיוקא אדיוקא בדין הזיק שורו לבעל הבית דכי היכי

דלרבי זירא לא עבדינן קשיא דיוקא אדיוקא בדין דהזיק שור הנכנס לשורו של בע"ה דבסתמא שניהם שירים ואף על גב דבדינא דהזיק שור הנכנס משורו של בע"ה איכא למעבד קשיא דיוקא אדיוקא אפי' הכי לא קפדינן ואמרינן דכולה רבי היא ה"נ נימא לרבא ומנא ליה לחלק מרבי זירא לרבא. עוד יש להק' לדברי התוס' דאמאי לא אמרו דכולה רבנן והא סתמא שניהם חייבים. (עוד כתב מהרש"ך איברא דאיכא למידק בגמרא דמייתי עלה דההיא ברייתא דכנוס שורך וכו' ומן תלמודא דקשיא דיוקא אדיוקא וכו' וקשה דהיכן מקשה דיוקא אדיוקא היכא דהזיק השור הנכנס וכו' דלא הו"ל להקשות דיוקא אדיוקא אלא להיכא דהוזק השור הנכנס משור בעל החצר דמדיוקא דרישא משמע דבסתמא חייב בעל החצר ומדיוקא דסיפא משמע דבסתמא פטור אעג"ב היכא דהזיק שור הנכנס לבע"ה לא דייקינן בה רישא לסיפא דבהא כל אנפין שוים דבסתמא פטיר ואני בעוניי לא הבנתי כוונתו דאם שהזיק שור הנכנס לרבי פטור ליכא למידק מינה מידי דאימא דכולה רבי היא ורישא דקתני לשומרו הזיק חייב הוזק פטור לאו למידק מינה הא סתמא הוזק חייב לא למידק מינה הזיק פטור דכי היכי דבסיפא אליבא דרבא לא דייקינן למילת הזיק אלא אפי' בסתמא נמי פטור והא דנקט ואני אשמרנו דמשמע הא בסתמא ישתנה הדין משום הוזק אבל הזיק כדקאי קאי ה"נ נימא ברישא דהא דנקט לשומרו משום הזיק אבל הוזק כדקאי קאי דאפילו בסתמא פטור ודוק אבל השתא דאית ליה לרבי אפי' בסתמא הזיק חייב הוזק פטור אליבא דרבי לא אתיא דאית ליה האי דינא אפי' בסתמא ולמידק מינה הא בסתמא שניהם חייבים או שניהם פטורים לא אתיא אפי' כרבנן א"כ מוכרח הוא למידק הא סתמא חייב בעל החצר ופטור בעל השור כרבנן ודוק וכן מה שהקשה אחר כן על התוס' וז"ל והתם כתבו בדיבור טעמא דא"ל שומרו וז"ל כולה הך סוגיא אתיא כרבנן דלעיל דלר"ז לא קשה כלל רישא לסיפא דכולה רבי והוי סתמא שניהם פטורים בין ברישא בין בסיפא ויש לתמוה דמה שכתב דלר"ז לא ק' כלל רישא לסיפא דיראה דאפי' לר"ז איכא לאקשוי קושיא דיוקא אדיוקא וכו' וא"כ בהך ברייתא איכא למידק דקשיא דיוקא אדיוקא לענין הזיק שורו של בעל החצר לשור הנכנס דמדיוקא דרישא משמע דחייב בעל החצר בנזקי בעל השור וכו' ולא ידענא מאי קא אמר דהרי בפי' כתבו התוס' והוו סתמא שניהם פטורים כלומר דלא נידוק חיובא לא ברישא ולא בסיפא אלא בין ברישא ובין בסיפא במפרש אחד חייב ואחד פטור ובסתמא שניהם פטורים דמש' כיון דאית ליה לרבי שניהם פטורים ודוק:)

עוד כתב הרב הנז' וז"ל והשתא יש לתמוה על הרמב"ם כמאן פ' אי כרבי א"כ איך כתב ואם הכניס ברשות פטור דלר' לפי האמת מחייב כדמוכח מסוגיא דכנוס שורך

דההיא ודאי אליבא דרבא כדכתבו התוס' ואם פסק כרבנן א"כ איך כתב עד שיקבל עליו בפי' הא לרבנן אפי' בסתמא חייב וע"ק דכיון דרבא נר' לכאורה דפסק כרבנן א"כ איך פסק רבינו כשמואל לדעת ה"ה ז"ל אמנם לקושיא שניה יש לומר דאפי' נימא דרבא ס"ל כרבנן וכדכתבו התוס' מ"מ רבינו סבירא ליה דבהא הילכתא כרבי משום דסוגיא דשמעתתא דפרק הכונס סתמא משמע דס"ל הכא כשמואל דפסק כרבי דאיתא התם על מתני' דהמגדיש בתוך שדה חבירו לימא תנן דלא כרבי דאי כרבי הא אמר עד שיקבל עליו בפי אמר רב פפא הכא בנטר דבי דרי עסיקינן דכיון דאמר ליה עול וגדוש עול ואנטר לך קאמר וכו' ומדקאמר תלמודא לימא וכו' והוצרך לומר דהכא במאי עסקינן בנטר דבי דרי כדי לאוקמא כרבי והניח פשטא דמתני' דמיירי בבעל השדה דהא קאמר בעל השדה חייב ועוד מנא ליה לחלק בין דין נטר בי דרי לבעל השדה ועוד למה אמר הכא בנטר בי דרי עסיקינן הול"ל אפילו תימא כ"ש הכא בנטר בי דרי אלא ודאי מכל זה מוכח דהלכתא כרבי וכיון דשמואל הכי ס"ל ומצורף לזה סוגיא שהבאנו ומכ"ש דרבא לא אמר בפי' דהלכתא כרבנן בודאי שראוי לפסוק כשמואל דלא כרבא ואע"ג דראיתי להרא"ש ז"ל שכתב על סוגיא זו שכתבנו דאין להביא ראיה ממנה דהלכה כר' דדרך התלמוד לאהדורי ולאוקומי מתני' אליבא דכולהו תנאי אע"ג דלית הלכתא כוותיהו מ"מ הרי"ף והרמב"ם לא ס"ל הכי דנהי דאורחא דתלמודא הכי היינו כד מוקי למתני' בפשטא אבל הכא ל"ל בדוחק אלא ודאי דהלכתא כרבי ומה שהביא ראיה מפרק קמא דמציעא דקאמר לימא מתני' דלא כבן ננס אפי' תימא בן ננס אע"ג דלית הלכתא כבן ננס לענ"ד דאין זו ראיה דהתם אתיא מתני' כפשטא אבל הכא דוחק הוא להעמיד דמתני' איירי בבי דרי וכדכתיבנא ועוד דכבר דחה ראיה זו מהרש"ל דבשלמא התם בעי לאוקמא מתני' כב"ע כדמשמע הלשון אפי' תימא בן ננס אבל הכא דקאמר הכא במאי עסיקינן ולא אמר אפי' תימא מש' דאליבא דכ"ע קאמר לה ופסק הלכה היא עכ"ל ואני אומר ששני הכרעות שעשה הוא מעצמו אינם מוכרעים דמה שהכריע תחילה מדהניח פשטא דמתני' דמיירי בבעל השדה והוצרך לאוקמי בנטר בי דרי ולא ידענו מאי קאמר דהשתא נמי מיירי בבעל השדה והאי בעל השדה נטר בי דרי ומאי דוחק איכא ועוד מה שהוכיח דמנא ליה לרב פפא לחלק בין דין נטר לבעל השדה הא אינה צריכה לפנים דהדעת מוכח כן אולם מה שהביא משם מ הרש"ל הכרח טוב הוא:

עוד כתב ונראה לישב קושיא הא' דלעולם הב"י פסק כרבי וס"ל דרבי ס"ל דאם ברשות פטור ונהי דסוגיא דכנוס שורך משמע דחייב וסוגיא זו אזלא כרבא וכדכתבו התוס' מ"מ ס"ל להב"י כמקשה בסוגיא דדף מ"ז ע"ב דקאמר טעמא וכשינויא דר"ז דר' פטר

ברשות ולקולא אזלינן דלא כמקשה דלקמן דכנוס שורך וכו' וה"ט דפסק כרבי זירא משום דהסברא נותנת דרבי לא אמר בפי' בעינן אלא להתחייב אבל להפטר לא בעינן ומכ"ש דרבנן מודו בזה לסברת רבא דפטור כנ"ל ובזה אשכחנא פיתרי לדברי ה"ה שכתב ואע"ג הלכתא כרבי אף רבי לא אמרה דניבעי קבלה בפי' וכו' והוינן בה אמאי קאמר ואע"ג וכדכתבנו לעיל באורך דלפי מ"ש אתי שפיר דהכי פירושא אף על גב דהילכתא כרבי וא"כ היה ראוי לפסוק דחייב ונ"ל מכח סוגיא דלקמן ותי' דאף ר' ודלא כסוגיא דלקמן אלא כר"ז ועדין צ"ע עכ"ל תחילה וראש נדקדק במה שכתב והיינו טעמא דפסק כר"ז משום דהסברא נותנת וכו' דבריו אלו לקוחים מדברי ה"ה בפ"ג מה' נז"מ ובמחילה מכבוד תורתו דזה אינו דה"ה כתב כן בפ"ג ובפ"ג איירי בנזקי קדרות משום הכי הסברא נותנת דפטור כדין חצר השותפים שאם הוזקו ממילא פטורין אבל אם שור הנכנס לשור בע"ה הסברא נותנת בהפך כמו שכתבו התוס' בד"ה אימא סיפא והרמב"ם פסק אפי' אם הזיק בידים פטור וא"כ הדרא קושיא לדוכתין דאמאי פסק דלא כסוגיא דלקמן:

עוד ק"ל על הכרח השני שכת' ומכ"ש דרבנן מודו בזה דמאי שייכא הא לגבי הא דלרבנן דין הוא שיפטר לסברת רבא כיון דס"ל דהבעל קביל עליה נטירותא א"כ בודאי פטור אבל לרבי דס"ל דלא קבל עליו נטירותא. א"כ בודאי דחייב אם הזיק. עוד במה שכתב אשכחנא פתרי לדברי ה"ה שכתב ואע"ג דהלכתא כרבי אף רבי לא אמרה וכו' והוינן בה דמאי קאמר ואע"ג וכדכתיבנא לעיל באורך ואעתיק לשונו פה וז"ל ואנכי בעוניי לא ירדתי לדעת ה"ה בזה דמאי קא קשיא ליה דקאמר ואע"ג דהילכתא כרבי דמשמע מלישניהו דכיון דהילכתא כרבים היה מן הראוי לפסוק דאע"ג דהכניס ברשות לחייב בעל הקדרות והוצרכו לתרוצי מסברא דנפשייהו דרבי מודה לדין זה שכתב רבי' הא מן הגמרא מוכח להדיא דהכי ס"ל דאיתא התם בגמרא בב"ק דמ"ז ע"ב על מאי דתנינן תמן הקדר וכו' טעמא שלא ברשות וכו' הא וכו' מני רבי היא וכו' ומשני ר"ז תברא וכו' הרי לקמן מוכח להדיא דלרבי מוכרח דאית ליה האי דאמרינן כל בסתמא לא קביל עליה נטירותא וכיון דרבינו כרבי ס"ל כי האי סוגיא דכאוקמתא זו מוכרח לפסוק הכי עכ"ל לעיל דלפי מ"ש אתי שפיר כר"פ אע"ג דהלכתא כרבי וא"כ היה ראוי לפסוק דחייב ור"ל מכח סוגיא דלקמן ותי' דאף רבי לא אמרה ור"ל דוודאי רבי לא אמרה ודלא כסוגיא דלקמן עכ"ל והרואה תמ"ה תמ"ה אקרא דדברי הרב סותרין זה את זה דמהכא משמע דס"ל להה"ה דמסוגיא מש' אף אם הוזק בו בע"ה חייב ולא ס"ל כוותיה והא דקאמר וכן דעת התוס' אעפ"י שהתו' סבירא להו כסוגיא דלקמן אכן כתב ז"ל ולפי האמת לר' הזיק כדאמרינן לקמן מש' דס"ל כסוגיא דלקמן ולדעת ה"ה דסוגיא מש' מינה אפי' אם הוזק

חייב צ"ל לדחוק ולומר דהא דקאמר וכן דעת התוס' היינו לר"ז ולעיל הרב בעצמו דחה זה הפי' והקשה המפ' על המהרש"א שפי' הכי ויש ליישב ולומר דאעפ"י דס"ל הרב כסוגיא דלקמן מיירי אעפ"י שהוזק בו בע"ה ממילא חייב מ"מ לא ס"ל כוותיה אלא בחדא והיינו אם הזיקו בידים אבל אם הוזק ממילא פעור ודלא כסוגיא דלקמן ושפיר קאמר וכן דעת התוס' דבהזיק מודו מילא דפטור אבל זה דוחק חדא דלעיל קאמר אבל בעל הקדרות והפירות בין ר"ז בין רבא בין סוגיא דלקמן מידו דלר' פטור בסתמא וא"כ בודאי שהפך כאן בפשיטות ועוד דדוחק לומר דס"ל כר"ז בחדא וכרבא בחדא א"ת שהסברא כך נותנת דאם הוזק בו בע"ה ממילא פטור ואם הזיק את בע"ה בידים חייב א"כ מנא ליה לרבא אם הוזק בו בע"ה חייב כיון שהסברא נותנת בהפך ובדבריו אינו מפורש כלום:

עוד יש לדחוק ולומר דס"ל לה"ה בסוגיא דלקמן נ"ל דאפי' אם הוזק ממילא פטור ואיהו לא ס"ל כוותיה אפילו אם הזיק בידים אלא כר"ז וכדכתב בפ"ז והתוס' ס"ל דסוגיא דלקמן לא משמע מינה אלא הזיק בידים אבל הוזק ממילא אפילו סוגיא דלקמן מודה והא דכתב ושפיר כתב וכן דעת התוס' ר"ל דדינא הכי אבל דוחק הא' נשאר במקומו על ה"ה כיון דס"ל לה"ה דהסברא נותנת בהפך א"כ מנ"ל דסוגיא דתלמודא סבירא ליה הכי ויש לישב דס"ל לה"ה דלרבא סברא הכי אבל לר"ז לא מחייב זה מהסברא ועיין בשיטה מקובצת קמא על האי סוגיא ורבינו פסק כר"ז עוד כתב הרב הנז' ועי"ל דלעולם הב"י סובר שדעת ר' לחייב את בעל השור אם הכניס ברשות והב"י פסק פטור וגם פסק דאינו חייב בעל החצר עד שיקבל עליו בפי' ה"ט משום דכיון דהכא משמע דהכא ס"ל כרבנן כדכתבו התוס' להדיא וגם רב פסק כרבנן וגם משמע מהסוגיא דהלכתא כרבנן דבעי התם איבעיא להו היכא דקביל עליה נטירותא דהאי בעיא זו אליבא דרבנן דלרבי פשיטא דקביל עליה נטירותא דעלמא וכדכתב הרא"ש ז"ל דמה שחלק הרא"ש ז"ל לדעת רש"י הוא דוחק וגם סוגיא דכנוס שורך מש' כרבנן אבל שמואל אית ליה דהלכתא כרבי וגם סוגיא דהכונס שהבאנו לעיל משום הכי הב"י פסק חדא כרבי וחדא כרבנן ולקולא אזלינן דבממון אזלינן לקולא כן נראה לי לישב דעת הב"י דלא כהרב המגיד וקשיא לי דא"כ אמאי לא כתב ואם תפס לא מפקינן מיניה הואיל ומחמת ספק פסקינן הכי וכן ראיתי למהרש"ך שהקשה קושיא בסגנון אחר על הרמב"ם דאמאי לא כתב דאם תפס לא מפקינן מיניה ועוד קשה לי דבפירוש המשניות מש' מדבריו דמשום שפסק כרבי פסק שפטור בעל הקדרות ואעפ"י דלא מכרעא שיסבור בפסקיו כן מ"מ כל היכא דאית לן לעשותם שוים יותר טוב:

כתב הרב כמה"ר נר"ו וראיתי להרב הגדול בני שמואל שכתב וז"ל הרב"י הטור דקדק בדברי אביו וראה מדקדוק דבריו דפוסק כרבנן שכתב בפ' שור שנגח את הפרה גבי הא דבעי תלמודא אי קביל עליה נטירותא דידיה וכו' א"נ נוכל לקיים פי' רש"י כי היכי דתיהוי בעיא זו אליבא דהלכתא לפסק רב אלפס נראה בבירור דהוא לא פסק כן מדכתב לפסק רב אלפס ע"כ ואני אומר דח"ו שנאמר על מר"ן דלא ראה דברי הרא"ש הללו והוא בעצמו הביאם אח"כ אלא הוא הדבר אשר דברנו דהרא"ש ודאי ס"ל כר"י וכמו שלר"י הדבר בספק כן נמי להרא"ש וכיון דהדבר בספק בדין הוא שיכתוב לפסק רב אלפס משום דלדידיה לא ברירא ליה מילתא אם הלכה כשמואל או כרבא וכדעת התוס' שהביאם באחרונה ואדרבה יש פנים לומר דמכאן יש ראיה להפך מדמשכן נפשיה כ"כ בתר הרי"ף והרי"ף לא הביא הבעיא ש"מ דס"ל כוותיה והאי דכתב לפסק רב אלפס ר"ל דלפי' אין אנו צריכים לכל זה באופן דלפחות לא ראיה ולא תיובתא ומ"ש תמה מרן על הטור דאי מהא לא איריא:

ואנכי העבד אומר אחרי נשיקת כפות עפר רגליו דאין כונת הרב מהרש"ח שהיה לו להרא"ש לומר אליבא דהלכתא עד שהוצרך הרב להקדים ולהציע ולומר דהרא"ש מספקא ליה בדעת התוס' ולפיכך לא היה יכול לומר אליבא דהלכתא בהא אפי' בר בי רב דחד יומא ליכא למטעי בה וכמו שכתב הרב בעצמו דכונת הב"י במ"ש ועוד מבוארת דז"ל דגם אם נניח שהורה הטור מסקנת אביו מה שמובא באחרונה מ"מ הרא"ש לא כתב דהתוס' פסקו כחכמים וא"כ כי היכי דלהתוס' מספקא להו א"נ להרא"ש אלא כונת הרב מהרש"ח ז"ל שהיה לו להרא"ש לומר אליבא דמספקא לן דהלכתא כרבי וא"כ מוכרח כשכתב אליבא דרב אלפס מוכרח דפשיטא ליה דהלכתא כרבנן ודוק. (עוד כתב הרב מהרש"ח ועוד יש להוכיח דהרא"ש לא ס"ל דהלכה כרבי האי דכתב בפ' הכונס גבי מתני' דקתני המגדיש בתוך שדה חבירו שלא ברשות דקאמר בגמ' לימא תנן סתמא דלא כרבי אמר רב פפא הכא בנטר בי דרי וז"ל אין להביא ראיה מכאן דהלכה כרבי שכן דרך התלמוד לאהדורי ולאוקמי מתני' ליבא דכולהו תנאי אף על גב דלית הלכתא כוותיהו). וכתב עוד ואפשר דנפקא מינה בהך דרב פפא אפילו לרבנן נראה מדמהדר כולי האי לדחות דאין להביא ראיה דהלכה כרבי דס"ל דלית הלכתא כוותיה וכתב הרב הנז' דברים אלו שהעתקנום וכתב גם זו אינה ראיה דכונתו דאין להביא ראיה מכאן דהלכתא כרבי וא"כ הדבר פשוט שנפסוק כרב אלפס ודלא כר"י ומזה הוצרך לדחות ראיה זו כדי לקיים דבריו דלעיל שהניח הדבר בצ"ע באופן שכונת הרא"ש דמכאן אין

לפשוט צ"ע של התוס' ומה מאד מתקו לי דברי מהרש"ח שכתב נר' מדמודה כולי האי וכו' שהמעיין בהם יראה דאין כאן קושיא כלל:

תוספתא כנוס שורך ושומרו הוזק פטור הזיק משלם נ"ש דברי ר"מ וח"א על השן ורגל משלם נזק שלם ועל נגיפה וכו' נר' טעמא דר"מ משום דס"ל כר"ט דאמר קרן בחצר הניזק נ"ש הכניס שורו לחצר בע"ה שלא ברשות נגח נגף וכו' ר"מ אומר משלם נ"ש וחכמים אומרים על השן ורגל משלם נ"ש בכאן לא ידענא לא טעם ר"מ ולא טעם החכמים דלאו חצר הניזק הוא. הכניס שורו קדרותיו לחצר בעל הבית שלא ברשות ובא שור ממקום אחר ושברן פטור ואם הוזק בהם בעל הקדרות חייב:

סימן מו

א) **כתב** הרב"י חו"מ סי' א' וז"ל פי' הר' יונה וכו' וא"ת הלא בשלשה שנברא העולם יספיק לקיימו שמי שהוא סבה להוית הדבר כ"ש שיקיימינו וי"ל וכו' עכ"ל ול"ן דלא קשה כלל דהעולם עומד דקאמר רשב"ג פי' ישובן של בני אדם מתקיים וכמו שפי' לשם הרע"ב ז"ל ועש"ב להתי"ט ז"ל ותירוצו של הרב"י ז"ל אינו מחוור ואשתמיטיה סוגיא דמס' תענית דכ"ז ומס' מגילה דל"ה דאיתא לשם להדייא וקורין במעמדות במעשה בראשית וכו' מנה"מ אמר רב אסי המלא מעמדות לא נתקיימו שמים וארץ וכו' אמר לפניו רבש"ע תינח בזמן שבית המקדש קיים וכו' אמר לו כבר תקנתי להם סדר הקרבנות וכו' יע"ש הרי דאפי' לאחר החורבן העולם מתקיים על סדר הקרבנות ועיין להרע"ב בפ"א דאבות משנה ב' שכתב וז"ל ועל העבודה וכו' שכך שנינו במס' תעניות שממלא מעמדות וכו' וכת' עליו התיו"ט וז"ל וכ"כ רש"י ולא דייקי שאינה לא משנה ולא ברייתא עכ"ל ול"ן דשפיר דייקי כיון דאמתני' דקתני וקורין במעשה בראשית מפרשי לה הוי כאילו קתני לה במתני' ודוק.

ב) **כתב** הרב"י מחודשין ב' וז"ל אעפ"י שדן הדיין דין אמת אם מצטרף לזה אהבת הדיין לזכאי או שנאתו לחייב לא הוי לאמתו עכ"ל ולכאורה אינו מובן דאסור לדון לאוהבו ולשונאו כדכת' הטור והש"ע בסי' ז' ואם דן אותם אינו יכול להוציא הדין לאמתו וכדכתב הטור לשם יע"ש:

ג) **כתב** הטור משם רבי' האי ב"ד צריך שיהא לו מזומן במושב הב"ד מקל להכות בו ורצועה להלקות בו ושופר לנדות בו וכו' ע"כ ואיני יודע למה השמיט מרן דין זה והוא גמרא ערוכה בפ"ק דסנהדרין ומפיק לה מקרא דאשר תשים אלו כלי הדיינים יע"ש וצ"ל דקרא איירי דוקא במומחין ובזה"ז ליכא מומחין דהא אמר התם עלה רב הונא כי הוה נפיק לדינא אמר אפיקו לי מאני חנותאי ורב הונא לא היה מומחה ודו"ק:

ד) **כתב** מרן ז"ל בש"ע סעיף ג' וכן מי שגנב או גזל מגבין ממנו הקרן בלבד ע"כ והוא מדברי הרמב"ם בפ"ה מה' סנהדרין הי"ג הקשו המפרשים שדברי הרמב"ם אלו סותרים למ"ש הוא עצמו באותו פרק לעיל הלכה ח' וז"ל דיני קנסות כגון גזילות וחבלות ותשלומי כפל וכו' אין דנים אותם אלא שלשה מומחין וכו' והיא משנה וגמרא בפ"ק דסנהדרין גזילות וחבלות בג' מומחין וכמ"ש הרב כ"מ יע"ש:

והרב ש"ך בס"ק ט' כת' לתרץ דס"ל להרמב"ם דהא דאמרינן בפ' המגרש דגזילות וחבלות אין דנים היינו הקנס מגזילות כגון תשלומי כפל וד' וה' וכן מדוקדק בלשונו דיני קנסות כגון גזילות וחבלות וכו' עכ"ל יע"ש ודבריו דחוקים בכוונת הרמב"ם הרבה:

והנראה לישב דברי הרמב"ם והוא עפ"י מ"ש רש"י בסנהדרין דף י"ג בד"ה למידן דיני קנסות וז"ל דאלקי'ם כתיב דמשמע דיינים מומחין והיינו סמוכים ובשאר ד"מ לא בעינן מומחין וכו' משום נעילת דלת והיכא דליכא נעילת דלת כגון בד' שומרים וגזילות דייניו בבבל אע"ג דליכא סמוכין דשליחותייהו קעבדינן וכו' עכ"ל יע"ש ולכאורה דבריו אינם מובנים דכיון דמסיק לבסוף דאפי' במקום דליכא נעילת דלת דנים אותם בבבל דשליחותייהו קעבדינן א"כ אמאי איצטריך ליה טעמא דנעילת דלת כלל:

והנראה ברור בכוונתו ז"ל והוא דבדבר דשייך בו נעילת דלת אפי' בא"י דשכיחי סמוכים לא בעינן סמוכים אבל במידי דליכא ביה נעילת דלת בא"י דשכיחי מומחין לא דיינין ליה אלא סמוכים ובחו"ל דלא שכיחי סמוכין דיינין ליה אפי' אינם סמוכים דשליחותייהו קעבדינן ועיין בחמש שי' להר"ן בפ' המגרש דפ"ח שכת' כן משם הרמב"ן ז"ל בפירוש הסוגייא יע"ש ובזה נתישבו דברי הרמב"ם ז"ל דמ"ש בה' ח' דגזילות בעי מומחין היינו בא"י דשכיחי מומחים ובה' י"ג שכת' מי שגנב או גזל גובים ממנו הקרן בלבד דייני חו"ל דקדק בלשונו לומר דייני חו"ל לומר דוקא בחו"ל אבל לא בא"י והטעם כיון דשכיחי סמוכים לשם אינם עושים שליח לדון במקומם ומש"ה סיים וכתב הרמב"ם ז"ל וז"ל לפיכך דנים בהודאות והלואות וכיוצא בהם בחו"ל וכו' שליחות ב"ד של א"י עושין דטעם השליחות לא שייך אלא בחו"ל ואע"ג דבהודאות והלואות אפי' בא"י דליכא טעם השליחות דנין אותם שאינם סמוכים כדי שלא תנעול דלת וכו' נקט טעם השליחות משום דכייל בהדי הודאות והלואות דברים אחרים כיוצא בהם דלא שייך בהו טעם נעילת דלת ודנים אותם בחו"ל משום שליחות של בני א"י עושים והם המפורשים בה"ט ומש"ה פסק מרן ז"ל בסתם דכל דיני גזילות דנים ודלא כסמ"ע שכת' בס"ק י"ד דדעת מרן ז"ל כדעת התו' ז"ל דכתבו דגזילות דע"י חבלות אין דנים דליתא וכמ"ש:

אבל מ"מ זה דוחק בדברי הרמב"ם לומר דטעם השליחות לא קאי אלא על כיוצא דהודאות והלואות ולא על גם ההודאות והלואות עצמם המפורשים להדייא בדבריו ועוד קשה לי בדברי הרמב"ם ז"ל כיון שכת' בתחי' דבריו אבל שאר דיני ממונות וכו' אינם צריכים מומחה וכו' ומשמע דאפי' בארץ ישראל וא"כ מהו זה שחזר וכת' לפיכך דנים בהודאות וכו' בחו"ל וכו' שליחות ב"ד של א"י עושים עכ"ל חדא דזה שפת יתר הוא כבר אמר למעלה אבל שאר דיני ממונות אפי' שלשה הדיוטות ואפי' אחד מומחה דן אותם ומה הוסיף עוד לומר לפיכך וכו' ועוד דסיים בלפיכך טעם השליחות ומלשונו דלעיל מש' דאפי' בלא טעם השליחות דנין אותם שלשה הדיוטות או יחיד מומחה דהרמב"ם לטעמיה אזיל דפסק בפ"ב ה"י וז"ל אעפ"י שאין ב"ד פחות מג' מותר לאחד לדון מן התורה שנאמר בצדק תשפוט עמיתך וכו' עכ"ל משמע דפסק כרב אחא בריה דרב איקא דמדאורייתא חד נמי אעפ"י שאינו סמוך כשר לדון דיני ממו' וא"כ ל"ל טעם השליחות וכבר ראיתי להרב כ"מ שהביא משם מהרמ"ך שהשיג בזה על הרמב"ם ז"ל והניחו בצ"ע:

והנראה לישב דברי הרמב"ם ז"ל והוא דאעפ"י שפסק כרב אחא בריה דרב איקא דבהודאות והלואות לא בעינן סמוכים אחד נמי כשר אעפ"י שאינו סמוך מ"מ אינן קרויים ב"ד אלא ב"ד של שלשה שהם סמוכים וכמ"ש לעיל בפ"ד ה"ד וז"ל אין קרוי ב"ד אלא שנסמך בא"י וכו' יע"ש וא"כ במילתא דבעינן ב"ד אפי' בהודאות והלואות בעינן שלשה סמוכים כגון לענין ההודאה שמודה בפני ב"ד וכן לעני הכופר בפניהם ואח"כ באו עדים שהוחזק כפרן וכמ"ש לקמן בפ' זה הי"ח יע"ש וא"כ ע"ז קאמר הכא לפיכך דנין בהודאות והלואות וכו' בחו"ל לכל מילי דבעינן ב"ד של שלשה סמוכים לענין הודאה בפני ב"ד ולענין כפירה בפני ב"ד ואעפ"י שאין ב"ד של חו"ל סמוכים מ"מ שליחות ב"ד של א"י עושים והשלשה ההדיוטות במקום שלשה הסמוכים קיימי לענין ההודאה והכפירה בהודאות והלואות וכמ"ש לקמן הי"ח ובזה נתישבו דברי הרמב"ם ז"ל ונסתלקה מעליו תמיהת הרמ"ך ז"ל ודו"ק:

ה) **כתב** הש"ע ס"ה וז"ל וכן אם תפס הניזק שיעור מה שראוי לו ליטול אין מוציאין מידו ע"כ וכת' הש"ך ס"ק י"ח וז"ל עיין מ"ש בסמ"ע ס"ק י"ח שכת' וגם לענין תביעת קנס מהני מיגו וכו' ועיין מ"ש לקמן סי' שס"ט ס"ג עכ"ל ר"ל דשם הכריע הסמ"ע יע"ש ודלא כהרב מסגרת השולחן שכת' שהש"ך חולק עליו וס"ל דלענין קנס לא מהני מיגו דליתא וכמ"ש:

ו) **ומכללות** דברי הפוסקים ז"ל שנחלקו בסי' זה דאיזה דין יכולים לדון בזמן הזה ואיזה דין שאינם יכולין לדון אתה למד דלאו שפיר עבדי דיינים שבזמנינו אשר מזמינים את ישראל לדון על תביעת עכו"ם לדונו בע"כ ולהוציא ממנו בע"כ מה שהוא חייב לו דל"מ אם היה חייב לו דרך הלואה דהפקעת הלואתו שרייא וזה הדיין אשר הוא מוציאה ממנו לאו שפיר עביד אלא אפי' היה הישראל גוזלו דרך גזילה דאסור גזל הגוי אסור אפ"ה דיינא דמזדקיק ליה לאו שפיר עביד דאפי' ישראל הגוזל את ישראל חבירו איכא מאן דס"ל דאין דנין בזה"ז כפשטא דמתני' דגזילות בעינן ב"ד של שלשה מומחין ומכח עובדי דהש"ס הוכרחו לחלק כמה חילוקים ולומר דעבדינן שליחותא דמומחין בגזילות א"כ מאין הרגלים לומר דגזילות דגויים דנין בזה"ז ויש להביא ראיה לזה ממ"ש התוס' ז"ל בפ' הגוזל דקי"ד בד"ה ולא אמרן אלא חד אבל תרי לא וא"ת והא לעיל שרי הפקעת הלואתו וא"כ מפסידים אותו הרבה שאם רוצה היה יכול לכפור וי"ל דמ"מ לא משמתינן ליה כיון שאין משלם ע"י אלא מה שחייב לו עכ"ל הרי להדייא משמע דאפי' בעדים רצו התוס' לומר דמשמתינן להו כיון דבלא עדותם היה יכול לכפור ותי' דמ"מ לא משמתינן להו וכו' הרי נראה דאע"ג דלא משמתינן להו לאו שפיר עבדי וא"כ אפי' בעדים שאין מכריחין אותו לשלם אסור כ"ש בדיינים שהן מכריחין אותו וכופין אותו לשלם דאסור וכן מש' מבריתא דפ' הגוזל בתרא דקאמר התם ישראל וגוי שבאו לפניך לדין אם אתה יכול לזכותו בדיני ישראל זכהו וכו' ואם כדין אוה"ע זכהו וא"ל כך דיניכם ואם לאו באין עליו בעקיפין דברי ר' ישמעאל רע"א אין באין על שום אדם בעקיפין מפני קידוש ה' עכ"ל הרי דלר"י באין עליו בעקיפין לפטור את הישראל ואפי' לר"ע דאין באין עליו שום אדם בעקיפין היינו היכא שמאליהם באו לפנינו לדין וכדקתני בהדייא ישראל וגוי שבאו לפניך לדין אבל להזמינו בע"כ לפני דייני ישראל ולדונו בע"כ ליכא מאן דאמר וכ"ן מדברי הרמב"ם בפ"י מה' מלכים הי"ב וז"ל שני כותים וכו' ורצו שניהם לדון דין תורה וכו' יע"ש ואע"ג שראיתי להרב חוט המשולש בס' הרשב"ץ שאלה ו' שכת' וז"ל ונשאר פרט א' צריך להזכירו שאפי' עם הגוי אסור לדון בערכאות וזה נזכר במדרש ילמדנו ובשאלתות פ' ואלה המשפטים ופ' שופטים וז"ל ומנין שישראל ועכו"ם שיש להם דין ועסק זה עם זה שאסור לומר להגוי לך עמי בערכאות לפי שהוא עובר בלאו שנאמר מגיד דבריו ליעקב וכו' עכ"ל הנה מלבד שלא מצאתי זה בשאלתות וס' הילמדנו אינו מצוי בידי מ"מ אין מזה סתירה לדברי דאע"ג שהבע"ד אסור לומר כן שאיני דן בדיני ישראל אלא בערכאות מ"מ אין לדייני ישראל לדונו בע"כ אם מסרב לבא לפניהם:

ז) **עיין** במרדכי בפ"ק דסנהדרין שהביא שנשאל מהר"ם אם יכול לערער על הדיינים ולהזמינם לדין והשיב נ"ל שיכול וכו' ואפי' אם באנו לחלוק ולומר דן את הדין מה שעשה עשוי וישלם מביתו זהו דוקא בימיהם כשהיו דנין ומכריחין את העולם לדון בפניהם בע"כ אבל בזה"ז שמכריחין הדיינים לישב בדין עפ"י חרם הקהלות ע"כ אם טעו לא ישלמו דמה יש להם לעשות מ"מ יש להם לחזור כשדנו שלא כדין ואם אינם רוצים דין הוא שישלמו עכ"ל:

היוצא לנו מתשו' מהר"ם הלזו חדא שמכריחין את הדיינים בזה"ז לישב בדין עפ"י חרם הקהלות ועוד שיכולים הבע"ד להזמינם לדין אם טעו שישלמו ודו"ק:

סימן מז

הקונה חפץ במעותיו בשביל חבירו אם קונה חבירו החפץ משעה שבא ליד חבירו בעל המעות וזכה בו זכיה גמורה ולא יוכל עוד בעל המעות לזכות:

דע דגרסינן בהגוזל דק"ב ע"ב ת"ר הנותן מעות לשלוחו ליקח לו חטים ולקח מהם שעורים וכו' תני חדא אם פיחתו פיחתו לו ואם הותירו הותירו לו ותני חדא אם פיחתו פיחתו לו ואם הותירו הותירו לאמצע אמר ר"י ל"ק הא ר"מ דאמר שינוי קונה והא ר"י דאמר שינוי אינו קונה וכו' מחכו עלה במערבא לרבי יוחנן אליבא דר"י וכי מי הודיעו לבעל החיטים שיקנה חטים לבעל המעות מתקיף לה ר"ש א"ה אפי' חטים וחטים נמי לא א"ר אבהו שאני חטים וחטים דשליחותיה קא עביד וכיד בע"ה דמי תדע דתנן המקדיש וכו' אין לו בכסות אשתו ובניו וכו' שלקחן לשמן ואמאי הכא נמי לימא כי הודיעו לצבע שיקנה צבעו לאשה אלא לאו משום דאמרינן דשליחותייהו קעביד וביד אשתו ובניו דמי הכא נמי שליחותיה קא עביד וכיד בע"ה דמי וכו' אלא אר"א כל המקדיש נכסיו נעשה כמי שהקנה להם כסית אשתו ובניו מעיקרא עכ"ל הסוגייא. ולכאורה סוגייא זו עמוקה ההבנה דמאי קא מתקיף ר"ש אליבא דבני מערבא א"ה אפי' חיטים וחיטים נמי לא דאנה"נ דחיטים וחיטים נמי יקשה דמי הודיעו כיון דאיהו לא ס"ל דטעמא דשליחותיה קעביד בחטים וחטים דהא ר"א הוא דמשני ליה הכי וסברת ר"ש לא הגיד לנו טעמו לא בחטים וחטים ולא בחטים ושעורים ואם יש לו לרב שמואל סברא דשווייהו לתרווייהו בין בחטים וחטים בין בחטים ושעורים וקא משני ליה ר' אבהו דטעמא דחיטים וחיטים לאו היינו טעמא דסברת אלא טעמא משום כיון דלא שני שליחותיה קעביד והאי טעמא לא שייך בחטים ושעורים דשני שליחותיה וקא מכריח סברתו מכח משנה דערכין קשה דאימא דטעמא דמשנה דערכין דחיטים וחיטים אליבא דרב שמואל ור' אבא דאתא למדחי דברי ר' אבהו ונתן טעם משנה דערכין משום דכל המקדיש וכו' לכאורה קשה

דהאי טעמא לא שייך בחיטים וחיטים ולא בחיטים ושעורים וא"כ בחיטים וחיטים לפי דעת ר' אבא במאי קני בעל המעות אם לא מטעמא דר' אבהו ואם יש טעם אחר מלבד זה למה לא נתן אותו טעם גם על משנה דערכין והתוס' ז"ל בד"ה שאני חיטים וחיטים וכו' הקשו וז"ל תימא אמאי איצטריך לאתויי מהא דתנן והלא מגופא דברייתא מש' הכי וכו' ולכאורה דבריהם אינם מובנים דמש' מדבריהם דפשטא דסוגייא קא מייתי הדין דבחיטים וחיטים קני בעל המעות ואהא קא מקשו דלמה ליה להביא ראיה מערכין הו"ל לאתויי, דודאי הבנה זו לא ניתנה ליאמר בהבנת סוגייא דהרי עינינו הרואות מודה בחיטים וחטים דמש' מברייתא דקני אלא מכריח מחטים וחטים לחטים ושעורים אימור טעמא אית ליה לדידיה לכולהו ואהא קא משני לו ר' אבהו דטעמא דחטים וחטים לאו היינו טעמא דסברת אלא טעמא אחריני אית ליה דשליחותייהו וכו' וקא מוכח להאי טעמא ממשנה דערכין ואדרבא היה להם להקשות דמאן מוכח לן דטעמא דחיטים וחיטים כטעמא דר' אבהו משום דשליחותיה קעביד ולא כטעמא דרש"י:

והרב מוהרש"א ז"ל כת' לפ' דברי התו' וז"ל פי' ולדבריהם לכאורה ודאי ר"ש דאתקיף א"ה חיטים וחיטים נמי ולא אסיק אדעתיה למימר שליחותיה קעביד ואפ"ה קונה בע"ה אפי' בלא הודעה כלל בלי טעם מיהו ר' אבהו דקאמר ליה תדע דתנן וכו' ע"כ דהק' ליה דבלא טעם כלל לל"ל שיקנה בעל המעות בלא הודעה וכו' ואהא קשיא להו דמגופא דברייתא וכו' הו"מ לאוכוחי הכי דבלא הודעה לית לן למימר שיקנה בעל המעות וכו' ואיני מבין דבריו דאי ר"ש ס"ל דגזירה היא דבלא טעם כלל קונה בעל המעות א"כ מאי קא מכריח לו ר' אבהו ממתני' דערכין דבלא טעם כלל לל"ל שיקנה בעל המעות ומהיכא מוכח מינה הכי והיכי מוכח מתשו' התו' דמגופא דברייתא הו"מ לאוכוחי דבלא טעם כלל לל"ל שיקנה בעל המעות דהיכי מוכח מינה הכי וצ"ע:

ונ"ל לישב דברי התו' בדוחק דנקטו סגנון זה משום דלפי תי' שכתבו הם הבנת הסוגייא כך היא דלעיקר הדין קא מוכח ממתני' דערכין ודו"ק ולפי דברי התו' ז"ל דאתקפתא דר"ש היא דאי אמרת דהברייתא איירי בלא הודיעו א"כ אפי' חטים וחטים נמי לא קנה אלא מוכרח דהברייתא איירי בהודיעו ודברי ר' אבהו דקאמר דבחיטים וחטים אפי' לא הודיעו קני והביא ראיה ממתני' דערכין ואפי' לא הודיעו קני דחה לה ר' אבא דהתם שאני משום שהבעל עצמו מקני להם אבל מיד המוכר ל"ל שיקנה אלא א"כ הודיעו א"כ אפי' לבי רב שמואל דדחה חוכא דבני מערבא ל"ק בעל המעות אלא א"כ הודיע השליח למוכר דלצורך בעל המעות הוא קונה הא לא"ה לא קני בעל המעות זו היא שי' התו' ז"ל בסוגייא הנז':

וראיתי להרשב"א ז"ל בתשו' ח"ב סי' שס"ט שהביא סוגייא הנז' וז"ל ואחיכו במערבא לרבי יוחנן אליבא דר"י וכי מי הודיעו וכו' ואתקיף להו ר"ש כדי להעמיד דברי ר"י דאם קושיא זו קושיא אפי' חטים וחטים דלכ"ע לבעל המעות נימא מי הודיעו וכו' אלא בחטים וחטים מאי טעמא לפי שבדעתו של שליח לזכות וה"נ בחטים ושעורים לפי שהשליח אעפ"י ששינה לגמרי הואיל ואינו קונה בשינוי הרי הן של בע"ה דסתמא דמילתא דעתו הוא לזכות לבע"ה ודחק ר' אבהו כדי להעמיד הא דבני מערבא ואמר חטים וחטים שליחותא דבעל הבית עביד כלומר וידו כידו אבל חטים ושעורים אם שינוי גמור ובעל המעות הוא מקפיד בכך לאו שליחותיה קא עביד ואין יד השליח כיד בעל המעות ותדע דתנן אחד המקדיש וכו' ולימא מי הודיעו וכו' אלא טעמא דכיון דניחא לה לאשה בכך אף הבעל זכה לה ושליחותה הוא דקעביד ובחטים וחטים נמי הוא הטעם והוא הטענה אבל חטים ושעורים אי שינוי גמור הוא אין דעתו של בע"ה בכך ואין יד השליח כידו ולאו שליחותיה קעביד והיאך קונה דמי הודיעו לבעל החטים שיקנה לבעל המעות ומיהו האי טעמא לא מודה ביה ר"י ולא ר"ש אלא ס"ל דטעמא נמי דכסות אשתו לפי שהבעל זוכה לה ור' אבא נמי דחה האי סיעתא דר' אבהו מטעמא אחרינא ואפי' למאי דס"ל דלא אמרינן שהשליח זוכה לבעל המעות ואמר דטעמא דמקדיש לפי שאין דעתו של מקדיש על כסות אשתו מ"מ איתרצא לה דר"י ולא בעינן מי שיודיעו לבעל החטים לר"י אפי' בשינוי גמור משום דדעתו של שליח משכה לקנות לעצמו ולזכות בחטים אלא אדרבא בשוגג הוא לזכות לבעל המעות ושמעינן מהא תרתי חדא דכל היכא דמתכוין לזכות לעצמו לא זכה בעל המעות דבכי הא אמרינן מי הודיעו לבעל החיטים ושמעינן מינה נמי דכל היכא דמתכוין לזכות לבעל המעות זכה בעל המעות בריוח ואעפ"י ששינה וכו' בחיטים ושעורים לאכילה או אפי' לסחורה ואליבא דר"י דקרי ליה שינוי גמור ואפי' אם הותירו הותירו לבעל המעות לר' יהודה אליבא דר"י וכו' עכ"ל וקודם שנדקדק בדבריו ז"ל נבין כוונתו במה שכתב בסוף דבריו ואפי' למאי דס"ל דלא אמרינן שהשליח זוכה לבעל המעות ואמר דטעמא דמקדיש לפי שאין דעתו על כסות אשתו ובניו מ"מ איתרצא לה דר"י ולא בעינן מי שיודיעו לבעל החטים משום דדעתו של שליח משכה לקנות לעצמו ולזכות בחיטים אלא אדרבה בשוגג הוא לזכות לבע"ה דלאו סיפא רישא ולאו רישא סיפא דבתחי' כתב ואפי' א"נ דס"ל דלא אמרינן שהשליח זוכה לבעל המעות ואח"ך כת' לא בעינן מי שיודיעו דכיון דס"ל שאין השליח זוכה לבעל המעות מהי תיתי דא"ץ שיודיעו והדר מסיים בה טעמא משום דדעתו של שליח משכה לקנות לעצמו ולזכות בחטים ולפי האי טעמא א"כ לא קני בעל המעות כלל דהרי

השליח כיוין לקנות לעצמו ואח"ך כתב אלא אדרבא בשוגג הוא לזכות לבע"ה דהרי סותר דבריו בתכ"ד שכת' שהשליח משכה לקנות לעצמו וגם קאי אליבא דמאן דס"ל דלא אמרינן שהשליח זוכה לבעל המעות והנ"ל ברור דט"ס נפל בדבריו וצ"ל משום דאין בדעתו של שליח משכה לקנות לעצמו ולזכות בחיטים אלא אדרבא קונה לעצמו לזכות לבעל המעות כלומר דאעפ"י כשזוכה מיד המוכר קונה לעצמו ואח"ך מזכה אותה לבעל המעות כמו האשה ומש"ה לא בעינן דידע בעל החטים שיקנה לבעל המעות אלא בעל המעות זכה מן השליח עצמו ומש"ה אם הותירו הותירו לו זה הנ"ל בכונת דבריו אלא שק"ל בדבריו בהבנת הסוגייא דאם כונת ר"ש דקא מתקיף א"ה אפי' חטים וחטים נמי ס"ל דטעמא דחיטים וחיטים משום דדעתו של שליח לזכות לבעל המעות ואע"פ שלא הודיעו לבעל החטים זכה בע"ה וחטים ושעורים ודאי סתמא דמילתא דאעפ"י ששינה דעתו לזכות לבעל המעות וקא דחי ליה רבי אבהו דאין הכרח מחטים וחטים דדעתו של שליח לזכות לבעל המעות דאימא דטעמא דחיטים וחיטים משום דשליחותיה קעביד וכיד בע"ה דמי הכרח לזה ממתני' דערכין וכו' מאי הכרח איכא ממתני' דערכין לטעם זה דטעמא דמתני' נמי משום דדעתו של בעל לזכות לאשתו ובניו ואנה"צ ליכא קושיא כדמותיב ר"ש דא"ל דחטים וחטים טעמא דידהו משום דשליחותיה ליכא ראיה ממתני' דערכין לטעמא דר' אבהו ולא כטעמא דר"ש ועוד קל"י דאי טעמא דר"ש אמאי נד מיניה ר' אבא ואוקי טעמא אחרינא ועוד קל"י על דבריו כיון דדעת השליח או הבעל לזכות לאשתו אחרי כן למה לא נימא דמתחי' היה דעתו לכך לזכות מיד המוכר בשביל המשלח ומהיכן אמדינן דעתו דבתחי' כיוין לזכות לעצמו ואח"כ רוצה לזכות למשלח ולא מתחילה היה בדעתו ואי פליג אר"ש וס"ל דמתחי' אין יכול לזכות לעצמו אלא עד שיזכה הוא יכול לזכות לבעל המעות מי גילה לנו לומר דמחלוקת זו ביניהם כיון דאין מפו' בדבריהם כלום ודברי ר"ש סתומים דאינו מפו' טעמו כלל ועוד קל"י על דבריו דמי הגיד לנו בדעת ר' אבא דכמו שהבעל מקנה לאשתו ובניו כסות שלהם אחר שקנאו ה"נ השליח אחר שזכה מיד הבעל המעות החיטים חוזר ומזכה אותם לבעל המעות דאימא דוקא בבעל הכי ס"ל לר"א אבל בשאר שליח עושה שליחותו בסתם כשאר השליחות ואם קנה המשלח אין ואם לא קנה לא ליקני וכמעט שכל הפוסקים ז"ל לא הלכו בשי' התוס' ז"ל ופסקו דאפי' לא הודיעו לבעל החיטים קנה בעל המעות כס' הרשב"א ז"ל ואיני יודע איך תתיישב הסוגייא לפי דעתם וראיתי בש"מ קמא שהביא משם הרא"ש ז"ל בפי' הסוגייא וז"ל אי הכי חטים וחטים נמי דס"ד דרב שמואל דלאו משום דעביד שליחותיה לא ס"ל דבכל שעה דעת המוכר להקנות המקח לכל מי שהמעות שלו ור'

אבהו השיב דשאני חטים וחטים וכו' תדע דאין הטעם משום דדעתו לקנות לכל מי שהמעות שלו דתנן אחד המקדיש וכו' אא"ב דקנתה מטעם דהוי שליח הוה ניחא אע"ג דלא עבידתיה שליח זכין לאדם שלא בפניו אא"א דעתו להקנות לכל אותם שהמעות שלו הרי המעות של הבעל הן א"כ הוא קנה הצבע אמאי אינו קדוש הרא"ש ז"ל עכ"ל ודפח"ח שישב הסוגיא כמין חומר וע"ז קאי ר' אבא לומר דאה"ן דטעמא דחיטים וחיטים בטעמא דר"ש משום דדעתו של מוכר להקנות לבעל המעות ומש"ה אפי' שינה השליח קנה בע"ה ולאו מטעמא דיד השליח כיד בע"ה ודקשה לך ממתני' דערכין שאני התם אע"ג הבעל הוא בעל המעות והוא קנה מיד המוכר אפ"ה הוא חוזר ומקנה אותם לאשתו ובניו וא"כ ר' אבא ור"ש לא פליגי כלל אלא כולהו ס"ל דטעמא דחיטים וחיטים משום דדעתו של מוכר להקנות לבע"ה וגם דברי הרשב"א ז"ל יש לישב בדוחק כעין זה והוא שכת' באותה תשובה וז"ל ושמעינן מהא תרתי חדא דכל היכא דמתכוין לזכות לעצמו לא זכה בע"ה דבכי הא ודאי אמרינן מי הודיעו לבעל החטים ושמעינן מינה נמי דכל היכא דמתכוין לזכות לבעל המעות זכה בע"ה בריוח ואע"פ ששינה וכו' ואם נפשך לומר עוד אפי' בששלח בהן יד לקנות לעצמו היאך הלה עושה סחורה במעותיו של זה והאמר רבא בפ' א"ן הני בי תלתא דיהבי זוזי לחד למיזבן להו מידי זבין לחד זבין לכולהו וכו' אלמא אע"ג דכשמשך זה לא נתכוון לקנות לא לחד מינייהו אפ"ה אמרינן לאו כל כמיניה לעשות סחורה לאחר ולזכות לו במעות שאינם שלו וי"ל דשאני אחר דכל כי הא לא אמרינן מי הודיעו לבעל החטים לפי שדעתו של מוכר אינו אלא למי שקונה ממנו או למי שהמעות שלו אבל לא לזה ולא לזה ולא לאחר דלאו בעל המעות ולא קונה לו ע"כ הרי דס"ל דמי שאינו קונה ולאו בע"ה אינו קונה ואע"פ שדעת הקונה להקנות לו הרי דאינו תלוי בדעת השליח לזכות למי שירצה אם אין דעת בעל החטים לזכות לו ואדרבא דפליג דעת בעל החטים מדעת השליח דהרי הכא דעת בעל החטים לזכות לבעל המעות ודעת השליח להקנות לו אינו קונה האחר כדעת השליח אלא בעל המעות כדעת בעל החטים אם כולהו דאינם לא קונים ולא בעל המעות מוכרחים אנו לומר דקנייתם מטעמא דר' אבהו הבעל בעצמו אחר שקנה מיד המוכר הוא מזכה להם וחזר בו הרשב"א מההיא דלעיל שכת' פליג אדר"ש דלר"ש אפי' בבגדי אשתו ובניו הבעל זוכה להם מיד המוכר והשתא תתישב הסטגייא אליבא דהרשב"א כמו לשי' הרא"ש דטעמא דר"ש משום דחטים וחטים דעת השליח לזכות לבעל המעות ודעת המוכר ג"כ כן ואפי' בחטים ושעורים נמי שייך האי טעמא וע"ז בא ר' אבהו היינו טעמא משום דשניהם דעתם לזכות לבעל המעות אלא טעמא דחטים וחטים משום דיד השליח הזוכה כיד

בע"ה ואעפ"י שאינו בעל המעות דהואיל ודעתו של המוכר לזכות לשליח הרי זכה בע"ה דידו כיד השליח תדע דהרי באשתו ובניו ליכא למימר שדעתו של מוכר לזכות להם כיון דאינם לא קונים ולא בעלי המעות אלא ודאי מטעמא דכיון דשליחותיה קעביד ליה שליחותו ליכא למימר בע"ה ואתא ר' אבהו וכו' מטעמא אחרינא ודו"ק ומיהו בהא פליגי הרא"ש בשי' והרשב"א דלהרשב"א אם מתכוין השליח לזכות לעצמו זכה כיון שדעתו של בע"ה ג"כ לזכות לקונה מידו אעפ"י שאינו בעל המעות אעפ"י דאם נתכון לזכות לאחר לא זכה כעובדא דהנו בי תלתא והרא"ש יתכן דס"ל דאף לעצמו אינו זוכה דדעתו של מוכר לזכות לבעל המעות והיינו טעמא דרב שמואל ומעתה מה שדייק הרשב"א מסוגייא זו דכל היכא שמתכוין לזכות השליח לעצמו זכה ליתא להאי דיוקא וכדעת בעל נתיבות והרב אלפס ז"ל שהביא בסמוך ונסתלקה תמיהתו מעל הרב אלפס ז"ל:

גם הרמב"ם בה' מכירה פ"ז ה"י נראה מדבריו שסובר כדעת הרב בעל נתיבות ועיין בה"ה הי"א והריטב"א בחי' על קידושין דנ"ט חולק על הרב בעל נתיבות יע"ש ולפי מ"ש בשם הרא"ש ז"ל יתישב לך מאי דאיתא בהרא"ש ז"ל בפסקיו על האי סוגייא וז"ל מי הודיעו לבעל החטים וכו' וליתא לחוכא דבני מערבא דאע"ג דשני השליח מ"מ אין מתכוין לקנות ודעתו לזכות לצורך בעל המעות ואעפ"י שבעל החיטים מזכה לשליח החטים ידו כיד בעל המעות שהוא מתכוין לזכות ולא בעינן שידע בעל החטים שהוא זוכה לבעל המעות ואע"ג דר"א משני הך משנה דערכין אליבא דבני מערבא דאי לאו דכל המקדיש נכסיו אין דעתו על כסות אשתו ובניו הוה אמרינן מי הודיעו לצבע שיקנה צבע לאשה, שאני התם דכיון שהצבע מזכה לבעל האשה אפי' אם ירצה הבעל לזכות לאשתו נגד הצבוע אין אדם זוכה בשלו לאחר אם לא יזכה לו ע"י אחר הילכך צריך ר"א לתרץ כל המקדיש נכסיו אין דעתו על כסות אשתו ובניו אבל הכא השליח זוכה לבעל המעות וכו' ע"כ. ולכאורה דבריו תמוהים דמאי שנא אשתו ובניו מבעל המעות דכמו שהבעל המעות זוכה מבעל החטים הואיל ודעת השליח לזכות לו ואפי' שבעל החטים לא ידע שהוא מתכוין לזכות לו אלא מתכוין לזכות לשליח ואפ"ה אמרינן דיד השליח כיד בעל המעות ה"נ נימא לגבי אשתו ולפי מ"ש הרשב"א לחלק בין היכא שהשליח דעתו לזכות לבעל המעות ובין היכא שדעתו של שליח לזכות לאחר שאינו בעל המעות דאינו קונה האחר וכדמש' מההיא סוגייא דהנו תלתא שהביא הרשב"א ז"ל תו ל"ק כלל ומ"ש הרא"ש ואע"ג דר"א משני הך משנה אליבא דבני מערבא וכו' אין הכונה לומר דשנוי דר' אבא לתרוצי הא דבני מערבא מאי דקשיא עלייהו ממתני' דודאי ליכא קושיא אליבא דבני מערבא ממתני' אלא הכונה דמשני הך משנה כס' בני מערבא ולאו כסברתם

ממש דאינהו בחטים וחטים אית להו דשליחותיה קא עביד ולא בעינן שיודיעו אלא בכוונה דאפי' בחטים וחטים אית ליה לר' אבא דבעינן שיודיעו וכס' ר"א דבני מערבא בחטים ושעורים ואיהו אית ליה אפי' בחטים וחטים ודוק. ומעתה מ"ש ה' ים של שלמה בקמא על דברי הרא"ש הנז' דלא עיין היטב בסוגייא יע"ש ל"ק מידי וכמ"ש ודוק:

נמצינו למדים דלדעת הרא"ש ז"ל בפסקיו דאשתו ובניו לא זכו מיד המוכר אלא הבעל עצמו הקנה אותם להם ואי שיעבד לב"ח מטלטלי אגב מק' דקנאי ודאקנה בע"ח גובה אותם מהם אם קדם שיעבודו לקנייתם וכן דעת בעה"ת שער א' ח"ב משם הרמב"ן אבל דעת הרשב"א בתחי' דבריו דס' רב שמואל דאשתו ובניו קנו מיד המוכר ופליג אר"א וכן דעת הרמ"ה בשי' מקובצת הובאו דבריו בההיא סוגייא שכת' וז"ל הילכך הא דתנן אחד המקדיש וכו' משום האי טעמא הוא דכי צבעינהו וזבנינהו מעיקרא אדעתא דידהו זבנינהו וכידם דמי ומההיא שעתא זכו בהו וכו' ושינויא דר"א ליתא וכו' עכ"ל הרי דפליג אס' הרא"ש והרמב"ן ומעתה מה שהק' הרב גידולי תרומה על דברי הגהות אשירי שהביא משם מהרי"ח ס' זו ל"ק כלל ואם ישאל השואל לדעת מוהרי"ח ז"ל והרמ"ה ז"ל והרשב"א ז"ל דס"ל דאשתו ובניו קנו מיד המוכר והבעל ידו כידם אעפ"י שאינם בעלי המעות ולא קונים ושליחותא דידהו קעביד א"כ יקשה להו ההיא סוגייא דפ' א"נ דמש' מינה דאחד שאינו לא קונה ולא בעל המעות אינו יכול השליח לזכות לו ושמא דהיינו דוקא כשהשליח עצמו אינו בעל המעות אלא המעות הם לאחר אבל אם השליח עצמו הוא בעל המעות דומייא דבעל יכול לזכות לאחר אעפ"י שאותו אחר אינו לא קונה ולא בע"ה ואפי' מאן דפליג היינו דוקא בלא הודיעו למוכר אבל אם הודיעו למוכר שבשביל אותו אחר הוא זוכה בודאי שקנה אחר ואותו אחר אעפ"י שאינו בעל המעות כיון שיודע המוכר מי הקונה ודעתו להקנות לו וזה פשוט ודו"ק. וזה מפורש בב"י ח"מ סי' קפ"ג שהביא כן משם רבי' ירוחם וז"ל כתב ר"י ואם הקנה במעותיו ומתכוין לקנות לזכות לחברו לא קנה חבירו אפי' אמר בפני עדים לצורך חבירי אני קונה במעותי לא א"כ הודיעו למוכר בפ"ט קמא ע"כ. הרי לך בהדייא דאם הודיעו למוכר קנה האחר ומה שתמה הב"י עליו דמהיכן משׁ' כן מסוגייא דקמא והניחה בצ"ע לעד"ן נראה דלא ק' מידי דס"ל כס' הרא"ש דהיינו טעמא דמוקי ר' אבא דכל המקדיש דעתו להקנות לאשתו ובניו בסתם ולאו מטעמא דשליחותייהו קעביד משום דכיון דאין המעות שלהם אלא של הבעל לא קנו מיד המוכר אלא מטעמא דהבעל עצמו הוא מקני להם וא"כ דבר זה מפו' בסיום דברי הרא"ש שהביאו הכי מכח הסוגייא ודו"ק:

סימן מח

כתב הטור חו"מ בסי' פ"ו וז"ל ואין שמעון יכול למחול ללוי שהרי פקע השעבוד שיש לשמעון על לוי ונשתעבד לראובן וכן אם אמר שטר אמנה וכו' אינו נאמן להפסיד לראובן וכו' ואם אחר שנתחייב לוי לראובן בב"ד הלך ופרע לשמעון חייב לפרוע לראובן פעם אחרת שכבר נתחייב לראובן בב"ד עכ"ל נראה מדברי הטור ז"ל דדוקא אחר שנתחייב לוי לפרוע לראובן בב"ד אם פרעו לשמעון חייב לפרוע פעם אחרת אבל קודם שחייבוהו בב"ד אם פרעו לשמעון אינו חייב לפרוע פ"א דהואיל והוא משועבד ג"כ לב"ח לאו מידי קא עביד דיאמר לו אני פרעתי חוב המוטל עלי אם יש לך דין עמו לך ותובעו בב"ד ודוקא אם אמר הלוה פרוע הוא דאינו נאמן אבל אם בירר בעדים שפרעו ודאי דמהני משא"כ אם מחל לו שמעון החוב דלא מהנייא מחילתו אפי' קודם שנתחייב בב"ד דיאמר לו ראובן מעות אלו שהם אצלך הם משועבדים לו ואין ביד ראובן להפקיעם ממני וראיתי להרב בעל פו"ד שכת' בפרישה וז"ל ואין שמעון יכול למחול ללוי בדרישה הוכחתי דהיינו דוקא בשכבר נתברר בב"ד שחייב שמעון לראובן הא לאו הכי ודאי יכול למחול וכן מוכח מדברי הב"י בסמוך שכת' ואם אחר שנתחייב לוי וכו' מש' הא קודם שנתחייב בב"ד א"צ לפרוע לראובן ומסתמא אי חשיב פרעון מה שנתן לשמעון ה"ה ששמעון יכול למחול לו החוב דמה פרעון או מחילה ולפי מ"ש ליכא ראיה דשאני פרעון ממחילה ואפי' לפי דבריו דכ"ז שלא נתברר ששמעון חייב לראובן מהנייא מחילתו מ"מ מודה הוא דאם ברור חוב ראובן על שמעון בב"ד אעפ"י שעדיין לא חייבו ללוי שיפרע לראובן מ"מ מהנייא מחילתו ולענין פרעון אינו כן דהרי בעינן שיבא לוי בב"ד ויחייבוהו ב"ד לפרוע ואח"ך אם פרעו לשמעון הוא דחייב אבל קודם שחייבוהו ב"ד ללוי אם פרע לשמעון אינו חייב ולגבי מחילה כל שנתחייב שמעון בב"ד תו לא מהני מחילה וצ"ע גם מ"ש דלגבי מחילה כ"ז שלא נתברר ששמעון חייב לראובן מהנייא מחילתו לא ידענא מנ"ל הא (ואדרבא לגבי אמנה או פרוע כת' רבי' בסי' מ"ז ואפי' לא נודע בשעת הודאתו שהוא חייב לאחרים ונודע אח"ך אינו נאמן) דכיון דס"ל להטור ז"ל דאם אחר שנודע לא מהנייא מחילתו אע"ג דקיי"ל דהמוכר שטר חוב וכו' וחזר ומחלו מחול הכא לא מהנייא מחילה משום דכיון דשעבודא דר"ן דהוא מדאורייתא רמי עליה לא מצי מחיל א"כ אפי' קודם שנודע ששמעון חייב לראובן היכי מצי מחיל כיון שנתגלה אח"ך שחייב לו ומשועבד לו לוי מדר"ן ול"ל דקודם שנתגלה לא חייל שעבודא דר"ן עליה למפרע ומש"ה מצי מחיל דא"כ לגבי אמנה היכי אמרינן שאפי' נודע בשעה שהוא אומר אמנה שחייב לאחרים כיין שנודע אח"ך לא מהנייא אמירתו דהרי גם באמנה מטעם שעבודא

דר"ן נגעו בה בגמ' וז"ל וכגון שחב לאחרים וכדר"ן מש' דאי לאו טעמא דר"ן היה נאמן ואם לגבי מחילה אמרינן כל שלא נודע לא חייל עדיין שעבודא דר"ן עליה ומצי מחיל גם באמנה היה נאמן ועוד קשה דכל שעדיין לא נודע כיון דמהני מחילתו למה אינו נאמן לומר שהוא אמנה במגו דמצי מחיל אם תאמר דאין רצינו למחול שלא יפסיד חובו כמ"ש התו' בתי' קמא א"כ מנ"ל דאחר שנודע שאינו יכול למחול דבעלי ס' זו דאית להו דאינו יכול למחול הולידו זאת הס' מכח האי קושיא דלמה באמנה אינו נאמן במגו דאי בעי מחיל ומכח קו' זו הכריחו לומר דאינו יכול למחול ואי עדיין קשה האי קושייא בקודם שנודע דליהמן במגו ומוכרחין לתרץ כתי' קמא של התו' א"כ מי הכריחנו לומר דאחר שנודע שאינו יכול למחול וגם הרב ב"ח ז"ל חילק כעין זה וכל התמיהות הללו נופלות עליו ועיין להרב"ח בסי' מ"ז ע"ז וכת' הרב שם וז"ל וכ"כ רבי' בסי' ס' סעיף ז' ראובן הוציא וכו' לפיכך אם בא למחול אינו יכיל למחול וכו' ונוראות נפלאתי עליו דמאי ראיה איכא מהא דס"ל להטור דאינו יכול למחול דהכא לאו מטעמא דר"ן קא אתו עלה אלא מטעמא דכיון שהודה שהממון אינו שלו א"כ ודאי דאינו יכול למחול ואין מוכרח לומר מהא דהיכא דמשועבד מדר"ן דאינו יכול למחול ואם כונת הב"ח ז"ל להביא ראיה ממה שכתב הטור בה וז"ל ואינו חב לאחרים בהודאתו יש לנו להאמינו דמש' דאם הוא חב לאחרים אינו נאמן ואי יכול למחול למה אינו נאמן במגו וכמ"ש הב"ח הוא עצמו לקמן אי מהא לאו אייר"ל כמ"ש התו' בתי' קמא דאין רצונו למחול להפסיד חובו וצ"ע ואדרבא נראה דהבע"ת ז"ל דאיהו כתב דברים אלו דסי' ס' ס"ל דיכול למחול וכמו שנראה מדבריו בש' כ"א ודו"ק. וראיתי להרב הסמ"ע ז"ל בח"מ סי' מ"ז ס"ק א' שהביא דברי העיר שושן וז"ל עיין בע"ש שכת' לתרץ למה לא יהא נאמן במגו דאי בעי מחיל ליה משום שאין בדעתי למחול ולהפסיד חובו וכו' ואני אומר אף דכתבו הרא"ש ותוס' לחד שינוייא כן לא קיי"ל הכי אלא כשינוייא בתרא וכמ"ש הטור והמחבר סי' פ"ו ודבריו תמוהים דדברי הע"ש אלו הם דבריו בדרישה סי' פ"ו שכת' וז"ל אין שמעון יכול למחול וכו' והרא"ש לא כתב אלא שינוייא קמא וכו' מש' דס"ל שיכול הוא למחול וכו' ועוד י"ל על רבי' דלעיל סי' מ"ז כת' שאין המלוה יכול לטעון אמנה הוא היכא דחב לאחרים ואלו שאינו יכול למחול לא זכיר לכן נ"ל עיקר וכו' ומש"ה לא הזכיר רבי' לעיל בסי' מ"ז דאינו יכול למחול דלא איירי התם בדין דר"ן דהוא כשנתברר כבר בב"ד וכו' הרי דס"ל להפרישה ז"ל דבנדון דסי' מ"ו יכול למחול ומש"ה לא הזכיר הטור דאינו יכול למחול ואפי' באמנה אינו נאמן במגו כתי' א' של התו' וא"כ בשביל שדבריו אלו יצאו ג"כ מפי הע"ש לא נתקבלו אליו ומ"ש עוד וז"ל ומיהו שם כתבתי וחילקתי דה"מ כשהגיע זמן

הפרעון של המלוה שהלוה לו אבל אם עדין לא הגיע הזמן אפשר דיוכל למחול וכו' ע"כ והמעיין שם יראה דלא חילק בין הגיע זמן ללא הגיע זמן אלא חולק בין כשנתברר הדבר בב"ד ששמעון חייב לראובן ואין לו מה לפרוע ובין כשעדין לא נתברר בב"ד ע"ס וכשלא נתברר הדבר בב"ד פשיטא אפי' הגיע הזמן יכול למחול וא"כ אי סבר הע"ש ז"ל לחלק כן לא קשייא עליה ולא מידי מדברי הטור והמחבר דאפי' דמשמע מדבריהם דאיירו בהגיע זמן מ"מ מיירו אפי' עדין לא נודע ששמעון חייב לראובן ובכה"ג מצי מחיל ודו"ק:

ועיין ש"ך בסי' זה שהביא סברא הלזו וז"ל עוד כתב הסמ"ע דה"מ כשהגיע זמן של לוה שני וכו' ונראה שהוציא כן מדברי הר"ן בפ"ב דכתו' ולקמן וכו' והעליתי שם דאפי' בכתובה שאין חובה ברור ולא הגיע הזמן וכו' ע"כ ומן התימה עליו שהבין דברי הסמ"ע בהגיע זמן של לוה שני והביא ראיה מהר"ן וכו' והסמ"ע בהדייא מבואר בדבריו בהגיע זמן של מלוה ראשון ללא הגיע קא מיירי, ואיך לא שלט עין קודשו בסיום דברי הסמ"ע וז"ל אבל הטור והמחבר איירי כאן אפי' בהגיע זמן מדחילקו בס"ס זה בין אם אמר כן בשעה שתבעו מלוה שלו או לא, משמע דמיירי עכ"פ בהגיע זמנו וק"ל הרי לך בהדייא דבהגיע זמן של מלוה ראשון לבין לא הגיע קא מחלק ודו"ק דאם כוונת הסמ"ע כמו שהבין הש"ך ז"ל מאי קא דחי להע"ש והטור והמחבר איירי בהגיע זמן מדחילקו בס"ס זה בין אם אמר כן בשעה שתבעו מלוה שלו או לא מש' דאיירי עכ"פ שהגיע זמנו והרי אפי' דמיירי בהגיע זמן של מלוה הראשון מ"מ מלוה שני איירי כלא הגיע זמנו לפי דברי הש"ך וצ"ע:

סימן מט

כתב הטור אה"ע סי' א' אבל קודם י"ג לא ישא דהוי כזנות ע"כ כך היא הגרסא בטור שבידינו וכן הוא בדפוס הטור שביד הרב כנסת יחזקאל וכן הוא בש"ע עם באר היטב ואפי רבבי וכן מורה לשון הטור שכתב ומצוה על האדם שישא אשה כשהוא בן י"ח וכו' אבל המקדים לישא כשהוא בין י"ג וכו' אבל קודם י"ג לא ישא וכו' אבל מדברי הרב"י מש' קודם י"ג לא ישיא וקאי על האב מדכתב וכ"כ הרמב"ם ז"ל ולשון הרמב"ם מבואר בהדייא דנקיט בלישניה ואסור להשיא אשה לבנו קטן ובאמת אינו מוכרח כ"כ דכוונת הב"י לומר וכ"כ הרמב"ם היינו על מ"ש הטור דהוי כזנות קאי והוא פשוט:

ולכאורה נראה שצריך לגרוס אבל קודם י"ג לא ישיא דהא ע"כ הטור מימרא דתלמודא קא פסיק דאמרינן פרק הנשרפין המשיא אשה לבנו קטן עליו הכתוב אומר וכו' וא"כ גם בהטור צריך לגרוס כלישנא דתלמודא וכמו לישנא דהרמב"ם דקא פסיק מימרא דתלמוד ויש לדחוק ולומר דהעור ס"ל הא דקאמר רב יודא המשיא אשה לבנו קטן וקאי על האב

לאו דוקא ואורחא דמילתא נקט דמסתמא הקטן לא ישא מעצמו שאין בו דעת כ"כ לישא ואינו רעב לתשמיש אלא אביו משיאו כדי שלא יבא אח"ך לידי אסור וכדי שישמח בו אבל אה"נ אפי' שיהיה הקטן פקח כ"כ ורוצה לישא אשה אמרינן ליה שאסור כיון שאינו צמא עכשיו לתשמיש מזנה תחתיו ואסור א"נ איידי דנקיט תלמודא רישא דמימרא זו לא ישיא בתו לזקן דקאי על האב נקיט נמי המשיא אשה לבנו קטן. ומדברי הב"י למדתי עוד תירוץ אחר דהא דקאמר הטור ופחות מבן י"ג לא ישא לאו מימרא דתלמודא דהנשרפין קא פסיק אלא מדאמרינן בהאשה רבה לא תקנו נשואין לקטן ואמרינן נמי דנשותיהן פטורות מן החליצה ומן היבום ומש' ליה להעיר כיון דלא תיקנו נשואין א"כ הו"ל בעילתו בעילת זנות ע"ש וא"כ שפיר נוכל לגרוס בהטור לא ישא וקא' על הבן:

אבל מדברי הב"ח והרב הפרישה מוכח שגרסי בהטור לא ישיא וקאי על האב ומ"מ מ"ש כאן וזב"ח והניח חילוקים דאם הוא רוצה לישא מעצמו אפי' יותר על י"ב שנה הוי כזנות עד י"ג שלימות אבל אביו אם רוצה להשיאו פחות מי"ב הוי כזנות ומי"ב ואילך עד י"ג הוי מצוה על האב להשיא את בנו ומש' מסוף דבריו דיש לו נשואין מדרבנן וצריך לנשואיו גט ע"ש:

ובאמת זו דברי תימא מלבד שצריך לדחוקי לפי דברי התוס' בהנשרפין ובהאשה רבה ע"ש גם יש להק' עליו מדאמרי' ביבמות בפ' חרש קטן שמת אשתו פטורה מן החליצה ומן היבום ואם איתא לדברי הב"ח דיש לו נישואין מדרבנן כשהוא בן י"ב שנה ע"י אביו א"כ מצינו לאשתו של קטן שצריכה יבום או חליצה כיון שתופסים קידושין מדרבנן כשהוא סמוך לפרקן והוי כמו חרשת שצריכה יבום או חליצה ודוחק לאוקומי דוקא שנשא מעצמו דהא מתני' בכל גוונא מיירי ואפי' שהשיאו אביו כיון שהוא פחות מי"ג והוי קטן פטור מהחליצה ועוד דהא תלמודא קאמר התם בפ' חרש מאי שנא קטן דלא תקנו רבנן נישואין וחרש תקנו נשואין ומשני חרש דלא אתי לכלל נשואין תקינו ליה נשואין אבל קטן דאתי לכלל נשואין לא תקינו ליה נשואין וסתמא דמילתא אפי' שהשיאו אביו לא תקינו ליה נשואין ועוד אפי' תימא דתלמודא דקאמר דקטן לא תקנו לו נשואין מיירי בקטן שנשא הוא דוקא מ"מ קשייא דהיכי קאמר תלמודא דאתי לכלל נשואין מ"ה לא תקינו ליה נשואין הא אם השיאו אביו סמוך לפרקו תקינו לו נשואין מדרבנן ואפי' שיבא אח"ך לכלל נשואין א"כ לאו היינו טעמא דלא תקנו נשואין לקטן והדרא קו' דתלמודא לדוכתא מ"ש חרש ומאי שנא קטן וי"ל ודו"ק:

ועוד יש להקשות עליו מפרק מי שמת דאמרינן בודקין לקדושין ולגרושין וקא קשייא ליה לתלמודא וכי מאחר שבודקין לקידושין לגירושין מבעיא והוצרכו לאוקומא במילתא

דל"ש כולי האי דהיינו ביבם בן תשע שנים שבא על יבמתו וכו' ע"ש ולפי דברי הב"ח הו"ל לתרץ דמיירי בכהאי גוונא שהשיאו אביו ותפסי קדושין מדרבנן ועכשיו רוצה לגרשה מעצמו ומ"ה בודקין אחריו שמא קטן הוא ואינו יכול לגרש נשואי אביו דתפסי קידושין מדרבנן וגם זו יש ליישב בדוחק ולומר דאה"נ אלא מוקי ביבם דתפיס זיקתו יותר ודו"ק ומ"מ דבריו צ"ע דלא מישתמיט בשום מקום דקאמר תלמודא דהכל יודעים דאין קידושי קטן כלום ואין נשואין לקטן היינו דוקא שנשא מעצמו אבל ע"י אביו יש לו נשואין מדרבנן וכל כהאי גוונא צריך להביא ראיה ומהא דאמרינן מצוה להשיאן סמוך לפרקן אין ראיה דאה"נ דלא תפסי קדושין בהם אלא המצוה היא כשנמצא גדול הרי הוא נשוי אשה ולא יבא לידי הרהור וכן ראיתי להרב בית שמואל שהרבה להק' עליו וכתב וז"ל בס' ג' מצוה ע"כ אדם וכו' ובשנת י"ג מחלק אם האב משיא את בני איכא מצוה וקידושין תופסין מדרבנן וצריכה גט מדרבנן ועיקר ראיה שלו מסי' קמ"א וכו' ופי' דבריו דלמ"ל להב"ח לומר דע"י אביו יש לו קידושין מדרבנן ונישואיו נשואין לענין להצריכו גט הו"ל לחלק לפי פי' ולומר דע"י אביו אפי' שאין קדושין תופסין אפי' מדרבנן מ"מ לא הוי איסורא ומצוה איכא וליכא בע"ז אבל ע"י עצמו מלבד דאין קדושיו קדושין גם בעילתו הוי כזנות ולמ"ל להפליג ולומר דתופסין קדושיו מדרבנן ותקינו לו נשואין ודאי הכריחו מסי' קמ"א כדי לישב דברי הר"פ ז"ל וזה ברור לאפוקי מהרב טורי זהב שהרבה להקשות דעשה העיקר טפל דהא עיקר ראיתו מדפריך הש"ס מהא דמשיאין סמוך לפרקן ולפי דברי הב"י ל"ק מידי ואח"ך כתב ולפי זה א"ש דברי הרב"י אבל לא עיקר ראיתו מכאן זת"ד ע"ש באורך ול ולדידי ליתא כמ"ש דודאי דברי הב"ח עיקר הכרח שכתב ע"י אביו תקינו ליה נשואין ותופסין מדרבנן להצריכה גט היינו מדברי הר"פ ז"ל ע"ש ועוד בדברי הב"ש שבידינו ליתא תיבות אלו ועיקר ראיתו מההיא דסי' קמ"א:

ומדברי התוס' דפ' הבא על יבמתו ד' ס"ב מש' דלא כב"ח שכת' על הא דהמשיא סמוך לפרקן וכו' אע"ג דקטן לא תקינו ליה נשואין מ"מ להכי תקינו לו נשואין דלא הוי בעילת זנות עכ"ל מש' דקיימי התוס' על הא דהמשיאן סמוך וכו' וקאמרי דלא תקינו ליה נשואין אלא לענין דלא הוי בעילתו זנות אבל לא להצריכו גט וקדושיו קדושין מדרבנן אלא דלא הוי זנות כיון דדרך נשואין לקחה:

ומ"ש מדברי הב"ח שהבין התוס' דפ' הנשרפין במה שתירץ וי"ל דלא חשיב בעילת זנות דהא אמרינן בפ' הכותב דקטן שהשיאו וכו' ר"ל דדוקא בן י"ב ויום א' לא הוי זנות אבל קודם הוי זנות והא דאמרינן דקטן לא תקינו ליה נשואין לקטן היינו פחות מבן י"ב ודו"ק וכן מתפרש כונת התוס' דפ' הבא ע"י דס"ב דתירצו להם תקינו נשואין דלא הוי זנות

דקאי על י"ב וכן הוא בתוס' דפ' האשה רבה דצ"ו ע"ב מ"מ אומר ר"י דליכא איסורא דלא חשיבא זנות ומצוה נמי איכא ר"ל בבן י"ב ויום אחד ומתפרש בדוחק ודו"ק ומ"ש הרב ט"ז בכונת התוס' לדברי הב"ח לענ"ד דוחק גדול הוא ע"ש ודו"ק:

ומ"מ לענ"ד דאף הב"ח לא נתכוון לזו אלא כוונתו לומר דע"י אביו נמי לא תקינו נשואין ומ"מ איסורא ליכא כדמש' מדברי התוס' דפ' הבא ע"י ע"ש אבל כוונת הב"ח דהר"פ ס"ל דכיון דע"י מצוה איכא שכר שנראה לבריות דקדושיו קידושין וא"כ אם ע"י שליח גירש יאמרו דקטן עושה שליח ומ"ה צריך לבודקו אבל אם הוא מגרש אין צריך לבודקו כיון שקדושיו תופסין א"כ גם גרושיו מהנייא ודו"ק ומ"ש הרב ב"ח על דברי הב"י דא"כ ל"ק מידי בפ' הנשרפין להך דסמיך לפרקן להא דמשיא אשה לבנו קטן וכו' לענ"ד ל"ק מידי דה"פ דתלמודא כיון דאמרי' המשיא אשה לבנו קטן לא יאבה ה' סלוח לו מש' כמ"ש רש"י דכיון שאינו צמא לתשמיש מזנה תחתיו א"כ גם המשיא אשה לבנו סמוך לפרקו דהיינו בן י"ג שלימות נמי אסור דע"כ אינו צמא לתשמיש והאשה צמאה שאין לו כח והגברות יגרע לפי מיעוט השנים ותי' דסמוך לפרקן דהיינו סמיך לפרק הנשואין שאני כיון דהוי גדול לעונשין ולמצות ונקרא איש גמור לא חיישינן לשמא תזנה עליו כיון שהתחיל כחו מעט ממתנת ולא תזנה ודו"ק ועי"ל דמעיקרא הבין המקשה דסמוך לפרקן היינו פחות מבן י"ג והמתרץ שתירץ לו סמוך לפרקן שאני הוי פי' י"ג שלימות ודוחק ומדברי הרמב"ם ז"ל בפ' י"א מה' אישות מוכח דלא כהב"ח שכת' וז"ל קטן בן ט' שנים ויום אחד שנשא אשה אין לה כתובה ואם הגדיל וקיימה אחר שהגדיל יש לה עיקר כתובה וכו' וכתב הרב המגיד וז"ל משנה בכתובות קטן שהשיאו אביו כתובתה קיימת שע"מ כן קיימה וכו' וכתב הרשב"א וז"ל וכו' יע"ש דלא מחלק בין שהשיאו אביו ובין שנשא מעצמו מדשני לישנא דמתני' וכתב שנשא דהא הרמב"ם ז"ל דרכו לנקוט לישנא דמתני' בכל האפשר אלא ודאי כונתו דאין חילוק בין שהשיאו אביו ובין שנשא מעצמו ודו"ק:

סימן נ

מציעא ד"ב רש"י בד"ה ראיתיה קודם שהגבהת אותה ע"כ עיין להרב ח"ה שכת' שלשונו של רש"י ז"ל הוא מגומגם דלפום סברא דהשתא בראייה בעלמא קני מה מועיל שראה אותה קודם הגבהת חבירו אם לא שיאמר שראה אותה קודם ראית חבירו ומכח קושיא זו הגיה ברש"י ז"ל קודם שהגבהתי אותה יע"ש ולכאורה עדין קושיתו במקומה עומדת כיון דעיקר טענתו שהוא זוכה בה מטעם שראיתו קודם ראית חבירו העיקר חסר מדבריו ולא היה לו לרש"י ז"ל לומר לא ראיתיה קודם ממך אבל הנראה דדברי רש"י שלפנינו

הם טובים ונכוחים והוא דקשיא ליה לרש"י דמנ"ל להש"ס לומר דאם תנא אני מצאתיה לחוד הו"א מאי מצאתיה ראיתיה ובראיה לחוד קני דאי משום כיון דקתני יחלוקו אלמא מש' דקני בראיה אימא דה"ט דיחלוקו משום דשניהם אחוזין בה ואעפ"י שלא קנו בראיה קנו מטעם הגבהה ומנ"ל למטעי ולומר דבראיה בלחוד הוא קני וכת' דס"ל להש"ס דהם מודים א' לחבירו שהאחר הגביה תחילה קודם חבירו מנ"ל להש"ס כן דילמא אינם חלוקין אלא דוקא בראיה שהא' ראה קודם שראה חבירו אבל בהגבהה שניהם הגביהו בבת אחת וע"ז בא רש"י ז"ל לתרץ ולומר דאי מודים ששניהם בב"א הגביהו אותה ולא הוה שייך שיהיו חולקים בראיה שזו יאמר שאני ראיתיה קודם וזו יאמר אני ראיתיה קודם דהראיה דבר שאין בו מעשה הוא ואינו ניכר לעין ומי הגיד לו שלא ראה אותה חבירו קודם וא"כ מוכרחים אנו לומר מתוך טענתם שיש לאחר הוכחה על חבירו שלא ראה אותה בשעה שהוא ראה אותה והיינו שהוא טוען עליו מתוך מעשיך שלא הגבהת אותה אלא עד עכשיו מוכח שלא ראית אותה קודם זמן זה ואני קידם זמן זה שהגבהת אותה מצאתיה אני קודם ולא הגבהתי אותה שלא תרגיש בי ותחטפנה ממני וא"כ אעפ"י שאתה הגבהת אותה ואני לא הגבהתי עמך עכ"ז אני מצאתיה קודם שאילו אתה מצאתה קודם ממני כיון שהגבהת אותה ולא חששת לי הי"ל להגביה מקודם זמן זה וזהו שכתב רש"י ז"ל בלשונו הטהור ראיתיה קודם שהגבהת אותה שאעפ"י, שאתה הגבהת אותה קודם עכ"ז אני ראיתיה קודם שהגבהת שהוא זמן ראיתך ודו"ק:

תוס' בד"ה דבראיה בעלמא לא קני והא דאמרינן בפ' הבית והעליה הבטה בהפקר קני היינו וכו', עכ"ל ר"ל דהתם איכא תרי לישני משמיה דרבא דבלישנא קמא קאמר דכ"ע הבטה בהפקר קני ובלישנא בתרא קאמר דכ"ע הבטה בהפקר לא קני וכוונת התו' ז"ל להקשות אלישנא קמא דס"ל דקני ואיני מבין קושיתם כלל דאם כוונתם ז"ל להקשות לישנא קמא דהתם ממתני' דהכא דממשנה יתירה שמעי' דלא קני והתם קאמר קני הא לפי האמת לא קיימא מתני' בהכי אלא חדא במצי' וחדא במו"מ ואם כוונתם להקשות דאעפ"י דאדחיה לה הא אוקמתא מ"מ משמע דס"ל סתמא דתלמודא דלפי האמת בראיה לא קני והדין דין אמת אימא דס"ל סתמא דתלמודא כא"ד דרבא בתרא דהתם וגם כן התם ס"ל הכי דמוקי דבריתא דקתני שומעין לו בהבטה בהפקר דלא קני וצ"ע:

ע"ב רש"י בד"ה אבל מו"מ דליכא למימר הכי ואע"ג שזה אם הוא נתן את המעות למוכר כדאוקמינן לקמן דנקיט זוזי מתרוייהו וכו' אפ"ה חסרון הוא אצלו דאי לא הוה צריך לא הוה מיהדר אבתרה למיזבינה וכו' לכאורה אינו מובן דאפי' לפי הס"ד דלא נקיט זוזי אלא מחד מ"מ אם השני רוצה ליתן עדין ואינו כופר גם בממון כדאמר בתר הכי ואי תנא מו"מ

וכו' משום דמורי ואמר חבראי דמי קא יהיב ואנא דמי קא יהיבנא וא"כ ליכא חסרון כלל וא"כ מוכרחים אנו לתרץ כמו שתי' רש"י לפי המסקנא וא"כ למה לא נדחק רש"י ז"ל גם לפי הס"ד לפ' כן ועוד ק"ל דלקמן דפריך וליחזי זוזי ממאן נקט פירש"י נשאל את המוכר ולא ידענא מי דחקו לפ' כן עד שהוצרך להקשות מסיפא דבריתא בדאו' בזמן שמקחו וכו' לימא דכוונת הש"ס הוא להקשות כיון שאין ביניהם כפירת המעות שמודים זה לזה בנתינת המעות א"כ ניחזי מי הוא שנתן את המעות אבל הנראה לישב והוא דיש שני מיני מחלוקת במו"מ האחד שאין הכחשה ביניהם אלא בענין הקניה דוקא אבל בנתינת המעות אין ביניהם מחלוקת כלל והשני שגם בענין המעות הם חלוקים שזה אומר אני לקחתיה ונתתי דמיה וזה אומר ג"כ כן וא"כ לפי הס"ד פרש הצריכות בפשיטות והוא דאי תנא מציאה הו"א וכו' משום דמורי ואומר חבראי לאו מידי חסר בה וכ"ן מו"מ של סוג הא' שאין ביניהם הכחשה בנתינת המעות דליכא חסרון הוה ילפינן ממציאה אבל מו"מ דאיכא חסרון דהיינו שיש ביניהם הכחשה גם על המעות אימא לא קמ"ל ממשנה יתירה ואי תנא מו"מ הו"א מתני' דתני מו"מ היינו דוקא במו"מ שאין ביניהם הכחשה בנתינת המעות וא"כ מורי ואמר חבראי דמי קא יהיב ואנא דמי קא יהיבנא אבל מציאה דל"ל הכי וכן מו"מ דאיכא ביניהם הכחשה גם על המעות אימא לא צריכא וע"ז קא מק' הש"ס מו"מ וליחזי זוזי וכו' ר"ל דמתני' דהוצרכה למיתני מו"מ היינו דוקא היכא שיש ביניהם הכחשה על המעות דבאין ביניהם הכחשה הוה ילפינן ממציאה וא"כ אעפ"י שהם מכחישים זה את זה מ"מ אנו נשאל את המוכר מש"ה פרש"י נשאל את המוכר וע"ז תי' הש"ס לא צריכא דנקיט זוזי מתרווייהו וע"ז קא מק' רש"י לעיל לפי המסקנא דמוקי דמו"מ דהוצרך למתנייה היינו בדנקיט זוזי מתרווייהו א"כ לאו מידי חסר וילפינן ממציאה וע"ז תי' רש"י דגם לפי המסקנא איכא חסרון וכו' ודו"ק ועיין בנ"י:

גמ' לימא מתני' דלא כסומכוס וכו' י"ל דאימא דהיינו טעמא דסומכוס דאית ליה דחולקין בלא שבועה משום דס"ל כבן ננס דהיכא דאיכא בודאי שבועת שוא לא משבעינן להו ומש"ה בשור שנגח את הפרה ובהחליף פרה בחמור וילדה דודאי איכא שבועת שוא אין נשבעין וחולקין בלא שבועה אבל הכא דליכא בודאי שבועת שוא דאימור תרווייהו בהדי הדדי אגבהוהה מש"ה חולקים בשבועה ואין לתרץ ולומר דכוונת הש"ס להקשות אי ס"ל לסומכוס כרבנן לא אתייא מתני' כוותיה כמ"ש התו' לקמן בד"ה ומה התם דאיכא וכו' דא"כ היה להם להתו' ז"ל לקבוע דבריהם הכא בהאי פירכא והנראה לישב דמש"ה לא קבעו התו' דבריהם אפירכא דהכא משום דהכא י"ל דתלמודא ס"ל דסומכוס אמר ממון המוטל בס' חולקין כללא כייל ואפי' היכא דא"ל דתרווייהו היא דליכא בודאי

שבועת שוא ואפ"ה חולקין בלא שבועה דדברי סומכוס לא נקבעו בשום מקום וא"כ מוכרחים אנו לומר דלאו מטעמא דבן ננס הוא דאית ליה חולקין בלא שבועה אבל לקמן דעביד תלמודא קו' מן הסברא דהיכא דודאי כולה דחד יותר היה ראוי לישבע מאם היתה אפשר של שניהם בודאי דסברא זו היא דלא כבן ננס דלבן ננס הסברא היא בהפך מזה מש"ה קבעו דבריהם התו' אפירכא דלקמן ודו"ק:

ד"ג ע"א גמ' לימא מתני' דלא כר"י וכו' אע"ג דכבר דחו הש"ס לעיל דגבי מציאה אימור תרווייהו בהדי הדדי אגבהוהה וכל אחד סבור שכולה שלו שהוא הגבייהה קודם מ"מ הוה ס"ד דתלמודא דאפי' בספק רמאי קניס ר"י והכא נמי על הרוב איכא בודאי רמאי והו"ל למקנסיה כי היכי דלודי וע"ז הקשה דא"כ גם כרבנן לא אתיא דהא נמי כשאר דמי והשיב לו אא"ב רבנן אימא לך דטעמא דרבנן דאמרי השאר יהא מונח לאו מטעם קנס הוא אלא מטעם דחלוקת השאר אינה יכולה להיות אמת אבל גבי מציאה דהחלוקה יכולה להיות אמת מש"ה חולקים אלא אי אמרת ר"י הא אמר הכל יהא מונח ואפי' דבר שחלוקתו יכולה להיות אמת א"כ מוכרחים אנו לומר דמטעם קנסא הוא וא"כ גם גבי מציאה אע"ג דאיכא למימר דתרווייהו היא הו"ל לר"י למקנסינהו וע"ז השיב התם בודאי איכא רמאי וכו' ודו"ק:

תוס' בד"ה א"נ התם קניס כי היכי דלודי אבל הכא אפי' איכא ודאי רמאי וכו' מודה דיחלוקו דהא אינו מפסיד כלום וכו' עכ"ל קיצרו במקום שהיה להם להאריך שהי"ל לומר עוד דלא"נ אפי' בס' רמאי היכא דאיכא פסידא קניס ר"י דמת"ה אלא דבספק רמאי אע"ג דאיכא פסידא לא קניס ולא חידש הא"נ אלא מ"ש התו' דאפי' בודאי רמאי היכא דליכא פסידא לא קניס א"כ מאי מק' הש"ס מו"מ מאי א"ל שאני מו"מ דהוי ספק רמאי ואפי' להא"נ לא קניס אלא ודאי דלהא"נ אפי' בס' רמאי כל היכא דאיכא פסידא קניס ר"י וכן כתבו הם עצמם בדיבור שאח"ז דלפי הא"נ לא בעינן ודאי רמאי אלא בטעמא דפסידא סגי ודו"ק:

ד"ג ע"ב הא ל"ק ר"ח כר"מ ס"ל וכו' לכאורה ק' דלפי פי' רש"י דמש' טעמא דרבנן משום מיגו כדפי' בד"ה אמרו לו שנים אכלת וכו' א"כ עדים מצינו לרבנן שאין מחייבין אותו קרבן משום דאית ליה מיגו ומש"ה נאמן אפי' להכחיש העדים אבל בלא מיגו אינו נאמן א"כ פיו היכן מצינו שמחייב אותו קרבן אפי' כשמכחיש העדים דאימא דהעדים נאמנים כיון דלית ליה מיגו וא"כ אפי' כרבנן מצי אתי דלא שייך למימר מה לפיו שכן מחייבו קרבן ושמא י"ל כדכת' בשי' מקובצת משם הרמב"ן שאפי' ר"מ שמחייב ומאמין העדים ס"ל דהוא נמי אם מחייב עצמו והעדים פוטרים אותו דנאמן הוא דבתר המחייב אזלינן

וא"כ לרבנן נמי דאית להו בדלית ליה מיגו חייב ומאמין העדים ס"ל דהוא נמי אם מחייב עצמו והעדים פוטרין דנאמן הוא דבתר המחייב אזלינן ויש קצת סיוע לזה לס' הר"מ דמת"ה אמאי לא עביד הש"ס ק"ו הכי ומה פיו שאין מחייבו שבועה וכו' כיון דר"ח כר"מ ס"ל אלא ודאי דאפי' לר"מ פיו מחייבו קרבן ודו"ק:

ואגב אורחין נימא בהאי מילתא קתני בש"ס פ' אמרו לו וז"ל קתני וכו' אלא שתיקה דתרין הוא דמביא חטאת על שתיקה דחד לא. אימא מציעתא עד אומר וכו' אבל שתיק מחייב וכ"ש תרי, לכאורה ק' דמאי קא מק' ממציעתא אימא אם מכחיש ליה פטור לגמרי אבל אם שתיק חייב אשם תלוי ועוד מאי קאמר וכ"ש תרי דנראה משנה שאינה צריכה היא וקו' הא' כבר תי' אותה בד"ה אימא וכו' והוא הדין וכו' דהוק' להם זאת הקו' ותי' אותה לומר דמרישא איכא למידק וארישא סמיך וקו' הב' מתורצת עפ"י מה שכתבו התוס' בד"ה אלא דקא מכחיש ליה והיינו דקא קשיא ליה לתלמודא האי ק"ו ותי' בלשונו הקצר ודוק:

עוד שה בגמ' אלא דקא מכחיש להו מאי ר"מ וכו' הא קמ"ל וכו' כתוב בתוספות על שפת הגליון וז"ל תימא למאי איצטריך לחתום ברישא אי דליהוי סתם ואח"ך מחלוקת פשי' דיחיד ורבים הלכה כרבים, ואני הפעוט נ"ל עפ"י מה שכתבו התוס' בבתרא דקכ"ב בד"ה סתם ואח"כ מחלוקת וכו' תימא נהי נמי דלא חשיב סתם גמור מ"מ אהני הא דחשיב כרבים וחשיב ר"י רבים לגבי רבים ויכול להיות דהלכה כמותו ומשום הכי חתם כדבריו אבל אחר החיפוש נ"ל דאין הנדון דומה לראיה דהכא דהסתם הוא ר"מ וקי"ל דאין הלכה כר"מ אפי' אם הוא סתם והא דקי"ל הלכה כסתם משנה כבר ישבו אותה בעלי הכללים א"כ בודאי דלא הועיל לנו הסתם מאומה כיון שהוא ר"מ אבל נ"ל עפ"י מה שכתב רשב"ם בדף הנז"ל בד"ה ופרכינן וכו' עיין עליו ודוק:

תוס' ד"ה אשם היינו קרבן דלר"מ עדים מחייבין אותו אשם תימא וכו' וי"ל דסוגיא וכו' ק' דאפי' כרבנן לא אתיא דרבנן אית להו כשאינו מכחישן מחייבין אותו קרבן ואפי' ע"א אינו מכחישו חייב כדקתני בהדיא בכריתות ובאשם אפי' אינו מכחישן פטור כדכתב בשי' מקובלת וכדכתב הריטב"א בשי' למציעא והאי סוגיא קאמר דאשם היינו קרבן ויל"ת קו' זאת במה שנדקדק בדבריהם שאמרו דלר"מ עדים מחייבין אותו אשם דזה פשוט אלא כוונתם דהא דקאמר אשם היינו קרבן לר"מ אבל לרבנן לא וזה כוונתם בלי ספק:

תם ונשלם