שו״ת · אחרונים

אשר לשלמה

רבי שלמה אבן דנאן

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

אשר לשלמה

רבי שלמה אבן דנאן

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/אשר-לשלמה/
הקובץ נוצר ב־16 בנובמבר 2026 מגרסה v38-202611161024 של הספרייה.

תוכן העניינים

הקדמת המחבר 5
זכרון טוב ברכה ותודה 8
סימן א 12
סימן ב 28
סימן ג 65
סימן ד 68
סימן ה 72
סימן ו 95
סימן ז 110
סימן ח 114
סימן ט 128
סימן י 152
סימן יא 187
סימן יב 203
סימן יג 220
סימן יד 253
סימן טו 257
סימן טז 265
סימן יז 268
סימן יח 271
סימן יט 274
סימן כ 276
סימן כא 282
סימן כב 289
סימן כג 304
סימן כד 317
סימן כה 353
סימן כו 358
סימן כז 363
סימן כח 368
סימן כט 369
סימן ל 371
סימן לא 375
סימן לב 379
סימן לג 382
סימן לד 385
סימן לה 388
סימן לו 397
סימן לז 400
סימן לח 404
סימן לט 405
סימן מ 413
סימן מא 413
סימן מב 431
סימן מג 438
סימן מד 444
סימן מה 452
סימן מו 456
סימן מז 459
סימן מח 464
סימן מט 472
סימן נ 489
סימן נא 495
סימן נב 502
סימן נג 509
סימן נד 515
סימן נה 529
סימן נו 531
סימן נז 536
סימן נח 549
סימן נט 556
סימן ס 569

סימן סא 574
סימן סב 579
סימן סג 591
סימן סד 595
סימן סה 596
סימן סו 599
סימן סז 601
סימן סח 603
סימן סט 604
סימן ע 606

הקדמת המחבר

קנ"ה חכמה מה טוב מחרוץ וקנות בינה נבחר מכסף. (משלי י"ו י"ו) **אשר** מני שים אדם על לב במשכיות מורשי לבבו. מה יהיה אחרי ימי חלדו כי יפקד מושבו. והוא על שתי הסעיפים פוסח. אם ירא אם בוטח. והמות מיום הולדו פרש רשת לרגליו. לא מעדו קרסוליו האם סופר יורש גהינם אין שלום בעצמיו. נפשו בכף הקלע . ואין מרגוע. אשר הלך חשכים איידי דטריד בפועליו. ופנה לסובב מהמטרה ההגונה. ואורח נכונה סובב הולך אל מסילה רעה מאד געולה לא הניח זוית ופינה. הלא ידאג ישאג מנהמת לב יסלד בחילו. כל היום דוה. וכל מחמד עין היה לאין באפס תקוה. את הכל ישא רוח. את משמן בשרו ירזה יהיה סרוח. ישתאה ישתומם מקוצר רוח. מה יצדק אנוש ליום פקודה עת לעקור נטוע כי בא עתו. שף מדוכתיה עיילוה למערתא בעוד ק'ברת ארץ כי שם ביתו. לקברות יובל במעבה אדמה. גני בבית אפל על יצועי עפר נחת ותקותו רמה. אדם להבל דמה. הרי מת והרי קברו מוכיח. ממנה מת ממנה מסריח. אבד זכרו מני חלד בל יזכר בל יפקד. ובחבלי חטאתו יתמך אין עוזר ואין סומך רבות מצוקות ותלאות. אשר עליו באות. גנוחי גנח כלב חמרמר. מצות קא צוח שדי לי המר לי קא מילל איה איפה יגיע כפי חילי וממוני. לשוא עבדתיך בכוחי ואוני ועתה נטשתני עזבתני. הלוך ילך ובכה ונד כאשר ינוד הקנה. ניטל רוב המדבר לא מצא מענה. חדלו קרוביו גם עושר גם כבוד מרחוק עמדו. אחז בשרו פלצות ועצמותיו ירעדו. נפש האומללה תחיל תזעק בחבליה הה לקשי יום למר נפש כצפור בודד נדדתי. ממחמדי הטובים נפרדתי. לא שלותי ולא נחתי. אין פוצה פה לרוחתי:

האמנם הישרים בלבותם. המישרים אורחותם. רוח ההרגשה תתנוסס בקרבם ישיתו לב וכל מעיינם. לבצר גדרם בפקודים נשגבים שעיפים וחזיונות למכביר יתעוררו בחובם. ההרגשה העדינה הזאת תצית שלהבת יה במורשי לבבם. ואש להבת תוקד במשכיות לבבם. רגשי הדת והתושיה יוסיפ אומץ אל שלימות הנפש. ישעם וחפצם בחלו במחמדי תבל. רק ההכרח דבר שהנשמה תלויה בו. ומטרתם אל מעגלי צדק מבלי החטיא מפקודי הדת הנשאה כרתו ברית את דת ותהיה קנין למו. זאת התורה אילת אהבים ויעלת חן לחושקיה, נחמדות שעיפיה שעשועים יום יום להוגיה. הוד והדר יצוקו פארותיה. חן וידידות יזוקו מדדיה. מתרפקת על דופקי פתחיה. ורותה נפש מאהביה. עת למות יום נועד עז תפארתיה עת נסו הצללים לו למשמרת. עונג רוחני הפליא אשר ידו משגת. ונוגה לו מלמעלה כזוהר הרקיע. אין הפה יכולה לספר לשליש ולרביע:

האח האח עלץ לבי ותר"ן לשון אלם. אף בשרי חדודי"ן חדודי"ן. אלו הן הג'ולין גלא'י כד'גלו אנשי והגות לבי נפיק אודיתא. הודיה על חלקי שמים לי זכו זכייה דאורייתא. משמייא מיהב יהבי עשו שאינו זוכה כזוכה אף דלא אסיקנא כמה דמסיק תעלה מבי כרבא ולא תפיסנא אפילו כבצק שבסדקי עריבה. ולא יחשב כגרגיר חרדל. אשר השיג שכלי הדל. ומילתא זוטרתי. שקבלה נשמתי. בהנחיל עליון שוכני סנה. תורת אמת לאום בחורה. במעמד הנשגב והנורה. ביפעת הוד להפליא השפיע על רבבות קדש צבאות ישראל איש ואיש מנת כוסו. דור דור ודורשיו עד דור אחרון. אשר ישנו ואשר איננו. כל מה שתלמיד ותיק עתיד לחדש מסיני בא. איש כברכתו ומקור נשמתו אשר ממנו חוצבה: **מה** רב טוב עוצם נפלאות רוכב ערבות חולל עולם הטוב והמטיב עד ארגיעה לא חדל חסדו ממני. הן בעודני כבן עשר בשנת **התרי"ח** חי' לח' סיון. ניטל צפירת תפארתי. נזירי ופאירי. הודי והדרי. אבא מארי. חכם חרשים. גזע ישישים בנן של קדושים. יראת ה' היא אוצרו. צדיק תמים. יושב אוהלים. תפארת שמו מנון. הרב הכולל כמוה"ר **משה** זלה"ה זיע"א עודינו באיבו. קראו רבו. ומשה עלה אל האלד'ים והיתה נפש אדוני צרורה בצרור החיים להשתעשע בצחצחות גן עליון. הן אני נשארתי לבדי לא חזי ולא מידי. נער הייתי. יחיד לאמי. אדונתי הורתי אשת חיל מעולפת חמודות הכבודה **חנה** בת איש מתהלך בתומו. הישיש. וכשר נכבדות מדובר בו. רודף צדקות דרחים ומוקיר רבנן צניע ומעלי כהה"ר **משה** בוטבול נ"ע ויעורר רחמיו עלי מר קשישא זקן מלא רחמים, צדיק תמים. נאה דורש מוסר מלכים. והן בפיו תוכחות מידי שבת בשבתו. הדר הוא הרב הכולל כמוהר"ר **שמואל** זלה"ה זיע"א. נשמת צדיק, עליון תחסה ותתלונן לפני ה' בארץ החיים. ואהיה שעשועים לפני מלכים **הרמ"ז** ז"ל וה' צרור המ'ר דודי לי מו"ר פט"ר הרב המופלא. וכבוד ה' מלא. מתחסיד עם קונו ושקוד על למודו כחשיכה כאורה. מר דיינא הוא כמוהר"ר **יצחק** זלה"ה זיע"א. מרבה ישיבה דולה ומשקה מתורתו. ומני"ר את הרמ"ז ז"ל הלא זה הוד והדר. בקדש נהדר . היינו צדיק היינו עובד אלד'ים הח' הש' והכו' כמוה"ר **אברהם** זלה"ה אף הוא היה בתומכי נפשי ונהלני בחמלה לטוב לבו הטהור מאת ה' תהיה משכורתו שלימה ונפשו העדינה תתעדן בעדן חביון וזרעו לברכה את שאהבה נפשי איש חכם ונבון כה"ר חיים הי"ו ישכון לבטח שליו ושלאנן על חמדת החיים דשנים ורעננים חיים עד העולם. ובהגיע תור הנישואין לקחו לי לעזר אשת חיל עטרת צפירת תפארה כבודה בת מלך פנימה צנועה במעשיה רבת המעלות **סולטאנה** בתו של ש"ם מו"ר עט"ר פאר החכמים נזר החסידים עטרת השקדנים דיינא דנחית לעומקא דדינא מני"ר הרב המופלא כמוהר"ר **שאול אבן דנאן** זלה"ה זיע"א. ובצלו

חמדתי וישבתי. למען השג מעלות התורה באשר יורה דעה יבין שמועה. לא יחטיא השערה. אל נא חי נעלם הטה חסדיך על יוצאי יריכו. ראשון בקדש חביב אדם בן ואח שם אחי מן הח' הש' והכו' כמה"ר **סעדיה** הי"ו ואשר על ידו השני הח' הותיק כהה"ר מנחם ציון הי"ו. לאחד הבן ואחד הבת כולם יחד ישאו ברכות שמים מעל וחיים דשנים וערעננים ורכוש גדול:

וחסד אל חופף עלי השגיב בכחו ויפליא עלילותיו מאין ספורות ויחוננני ברוב רחמיו ויפקדני בגודל חסדיו בפרי בטן את שני צנתרות הזהב והמה חכמים שלימים הם כוללי תהלות. הראשון אדם תפארת בנים שם קטון משם גדול כמה"ר **משה** הי"ו. והבן יקיר לי כמה"ר **שאול** הי"ו ותפארת בחורים בן פורת התלמיד הנעים **אליהו** הי"ו וצפירת תפארה הבת היקרה **פריחה** מב"ת בירא"ת. אתה ה' תשמרם. וכצנה רצון תעטרם. וכסא תפארתם ירום נשא וגבה מאד על מרומי רום ההצלחות. ושובע שמחות. לא ימוש ספר התורה מפיהם ומפי זרעם וזרע זרעם עד עולם. ועליהם תבוא ברכת טוב. ואקוד ואשתחוה לה' על כל הטובה אשר עשה לי. אשר נשני את כל עמלי ועוניי אשר עוניתי במבחר ימי עלומי. ובין יושבי בית המדרש שם חלקי ובתורתו שעשעתי. ועל ברכי דרבנן דפקיע שמייהו, גודלתי. והעמדתי תלמידים. מהם חכמים רשומים ומהם חכמים ונבונים ה' עליהם יחיו:

ומשדה נופת צופים צוף דבש תנא דאורייתא מר גאון עוזינו מאריה דאתרין כמוהר"ר **אי"ש הצרפתי** ינקתי. ואהיה שעשועים העמק שאלה או הגבה למעלה ברוח מבינתו יטיף אמרים אמרות טהורות צרופות בכור הבחינות אמרי נועם דברי פי חכם חן. כל תיבה שצריכה למ"ד מוציא לאור ותנח התיב"ה. כמשחל ביניתא מחלבא אנא אל חולל תבל נפשו בצל שדי תתלונן ונשמתו היקרה תתענג בגן עליון. וזרעו לברכה זרעו בו למינהו רב חביבא בן ואח הרב הכולל כמוה"ר **וידאל** הי"ו והיה אדירו. ושמרו כרועה עדרו:

ועתה הנה הבאתי איזה שאלות ותשובות. שיהיו שפתותי דובבות. ואם רבו הזוחלין ושפתותיהם דובבות. וקרא זה אל זה. מי האיש הלזה. דעייל בלא בר. מה לתבן את הבר. איך תקו דעת קלה. לקנות שם ותהלה. כתור האדם המעלה. והצעי'ר אשר עלה. משום דאייקור חלא. עין תלעג מה העבודה. דלביש מדא ילבש מדא. אשר לא הגיע לרועה צאן איך ימצא און. להיות נמנה. בכל פונות שהוא פונה. עם מצוקי ארץ דפקיע שמייהו. כדיקים דמכתבן מילייהו. הם וכיוצא בהן. ששוו בשיעוריהן. ידעתי בינ'י ידעתי לא אכחד עצמי. מיעוט ערכי פחות שבערכין ניכר שפחמי מכיר אני את מקומי. קושטא

קאי כי לא מרום לבבי עתה באתי בפרק כל כתבי חלילה לא בי. האמנם היותי נכוה בפוצ'רין. לא נתנו דבריהם לשיעורין. להשיב שולחי דבר. וכי ישאל איש משיב דבר. כל עומת שבא. סתם קני'ן לכתיבה. לא יכולתי האנק דום ודבר דבר. הא לאגמורי הא למסבר. ואם שכן ראוי להיות חוזר מחוות דעתי. אנא דאמרי יפה שתיקתי. אולי מעדו צעדי שכלי ונטו אשורי דעתי. להשיב פניהם ריקם לא יכולתי. זאת היתה נסיבה לבוא עד הלום. מפני דרכי שלום. פשט העני את ידו. די השג יד שכלי בימי חלדו. וכיון שראה אינו נדחה. מפני היד שנשתלחה:

ואם לא יכתבון בספר ויוחקו המה יאבדו. כיון שעלו לא ירדו. ונפשי יודעת את שיש בה ידיעה בתחילה. כי אין בלשוני מלה. ואל אצילי הן הן כחוכא ואטלולה. ילעיגו לי אסתירא בלגינא לא נצרכה אלא לבן גילי ידיו תבואינה אנוש כערכי מידי יבקשנה:

ואם אותי השלכת אחרי גויך. ותשליך דברי אחריך. באשר שרעפיך. יקשקשון בחוביך. כמשק גבים וזרם מים. עדי יצמחון לריב שפתים. ותשוב תתפלא בי ותאמר גוה. לא תתני ענוה. כי פה תתכסה גאה וגאון. במשאון. דמית עיניך תחזינת בעד אשנבי. בדי עורי מורשי לבבי. הלא אזן מלין תבחן וחיך יטעם אמרים. ואיך לבך יהגה חזיונות אשר לא בחנתם בכור הבחינות. האם יעוז מצח יתוש. הגבה למעלה כאשר ידאה הנשר באברת כנפיו. ואם חציר גגות יקו כי יפרח לעשות פרי ממגד תבואות כעץ שתול על פלגי מים ישלח שרשיו בעמקי אדמות. ואם תתאוה תולעת קטנה באדמה לעוז כעזוז ליש בבהמה. אשר בחדרי שיניו אימה. אף כי תשים מכון שבתה עלי צמרת הארז הרמה. לא תוסיף יתר עז ועצמה. אין כל מאומה. כן אנכי נדמיתי בחזיון רעיוני. וסעיפי השיבוני. מה כחי כי איחל אדמה לגדולי חקרי לב והיא רחוקה ממני. גבה טורא בינ"ן. קטלי קנה באגמא אנן. בהא סלקינן ובהא נחתינן אינהו עדיפי מינן:

זכרון טוב ברכה ותודה

מזכרת טוב לנצח. אנשי שם שרי צבאות ישראל רוזני ארץ המשפחה המפוארה ונכבדה בקצוי תבל משפחת **ראטהשילד** אשר צדקות פרזונם נפוצו בכל הארץ. ברקי חסדם הבריקו מים עד ים ועד אלינו שוכני ארץ ממשלת **מארוק'ו** כולם אהובים שוים לטובה אין מוקדם ומאוחר. איש שר וגדול טפסר בגולה **ראטהשילד** הי"ו אשר בעיר הבירה **לונדון** יע"א נדבה רוחו לי לשמי חמשה ליבראת אינגליז. והאחים המבורכים צוקי ארץ בארון **ראטהשילד** הי"ו אשר בעיר הבירה **פאריז** יע"א נדבה רוחם מאה וחמשים פ'ראנק. גם הטיפו אמרים במכתבם הבהיר מפיקים חן וידידות ואשת חיל הצדקת היפה

בנשים **מאדאם** אשת מופת ישורון באראן **ראטהשילד** שמעון הצדיק אשר בעיר הבירה **פראנקפורט** זכר צדיק לברכה ידיה שלחה מאה פ'ראנק לוית חן בראשם ועטרת כבוד הדרם צלח רכב על מרכבת ההצלחה בל תמוט עולם ועד. ונפש האדון **שמעון** הצדיק ונשמתו היקרה תתענג בעדן חביון גן אלד'ים בסתר עליון בצרור החיים לחזות בנועם ה' ולבקר בהכלו. וזכור לטוב איש חמודות. רודף צדקות גביר נגוהות. הגביר המרומם. אור יומם. מאד נעלה. לשם ותהלה. הדר הוא כהה"ר **בנימין ן' סמחון** הי"ו אשר התנדב מטוב לבבו לתת לכסף מוצא ששים צ'ורוס ספאניול. גם העדיף מטובו בהלואת חן וחסד כל המצטרך להוצאת הדפוס עד אשר יצא כלי למעשהו. יואל אלוה להרבות שנות חייו חי ומלא ברכת טוב וברי אולם בריא עדיף ויחי ויתן לו השקט ובטחה גם עושר גם כבוד. והיו תוצאותיו זרע בירך ה' תהלה בארץ לטוב להם כל הימים. ולזכר עולם יהיה צדיק איש חיל רב פעלים כליל תהלה יראת ה' היא אוצרו ומתחסיד עם קונו החו"ן כהה"ר **שמואל הכהן** הי"ו אשר לשמחת לבבו פיזר נתן חמשה ושבעים צ'ורום ספאניול וזרעו לברכה אור זרוח בן ואח מתוק מדבש. עץ הדעת והתבונה החו"ן כהה"ר **שלמה** הי"ו אשר התנדב לשמחת לבב חמשה ועשרים צ'ורוס ספאניול אתה ה' תשמרם למען יגדל כסא תפארתם ולהריק עליהם ברכה עד בלי די הון ועושר בנוה קדשם לדור דורים ומכל צרה וצוקה יצילם וברוך מבנים מה נאה אילן זה מרגניתא טבא בחור מעם הדר הוא כהה"ר **רפאל אג'ואירוס** אשר בשמחות וגיל העדיף מטובו חמשים צ'ורום ספאניול יואל אל יהיה בעזרו ועליו יציץ נזרו. והיה אדירו ושמרו כרועה עדרו. בהשקט ושל'ם בקרב הארץ ושפעת רבבות תהלות לאנשי שם גבורי חיל עושי דברו האחים המבורכים ראשון לתפארה כהה"ר **אליהו אפלאלו** הי"ו. והטור השני כה"ר **אהרן** הי"ו. ואל השלישי כה"ר **מימון** הי"ו. אשר ממקור חסדם וטוב לבם התנדבו לשמחת לבבם מאה צורו"ס ספאניול לעשות נחת לנפש היפה נשמת אב הרחמן תם וישר רודף צדקות אשר המלך חפץ ביקרו מכבד התורה ולומדיה כהה"ר **יעקב אפאאלו** נ"ע. אל נא חולל כל תתמלא רחמים על נפשו העדינה ורוחו החנינה תתענג מזיו אורך ובגן עדנך שעשועים יום יום. וזרע בירך ירש ארץ והיו למאורות ואל כל אשר יפנו ישכילו ויצליחו על גפי מרומי ההצלחות. **המון** תודות ותשואות חן חן וברכות לראש צדיק איש שלומי צדיק כתמר חכם לבב גביר נגוהות. א"ש ימיני. עזרי ומגני כהה"ר **שמואל אלעלוף** הי"ו בלאו"ץ יראת ה' היא אוצרו. חכם חרשים. הרב הכולל. בישראל להלל. כמוהר"ר **שלמה אלעלוף** זלה"ה אנכי לפאר את טובו וחסדו בשכבי ובקומי. אשר הרהיב בנפשו עוז בכל מאמצי כח בלי רפיון להעלות את הספר על מכבש הדפוס וכל מעשהו באמונה ובשמחת לבב למכביר.

וניד שפתי מול צורי אילותי העוזר האמיתי. יושב בשמים יתן חלף משכורתו שנות חיים שנות עולמים. ויחי הוד לנצח חי ומלא ברכת טוב. וישכון לבטח אין שטן ואין פגע בתוככי ירושלים. גם עושר גם כבוד הוא ובניו ואשר באהלו על כל הטובה אשר פעל עשה. ולזכר עולם יהיה צדיק הרב מ'ר אביו זלה"ה ישמח צדיק בגן עדנו. ישב עולם לפני אלד'ים הדור הוא לפני קונו ונשמתו תחסה ותתלונן לפי ה' בארץ חיים וזרע קדוש לברכה חיים עד העול **לדאבון** נפש אשיחה במר רוחי אל הלקח ארון האלהים הרב הקדוש מו"ר עט"ר דודי לי יושב בשמים **יצח'ק** ש' **סת"ר** כ"ד לחו' אייר. ואזעק בקול מר. בלב חמרמר. אהה על פרידתו. ויהי בנסוע הארון הסובבים את מטתו. נבהלו ורגזו וחלו. וכל העם געו בבכיה נאנחים ונאנקים. אך כך עלה במחשבה ברוך הגוזר. והיתה נפש אדוני צרורה בצרור החיים. וזרעו לברכה זרע ברוכי הגדול לפי גודלו את שאהבה נפשי ר"ב חביב"א. הח' הש' והותיק ליל תהלה. יראת ה' היא אוצרו כמה"ר **מימון** הי"ו. ושני בקדש מתנהג בחסידות. הח' הש' והותיק. חמר עתיק כהה"ר **שמואל** הי"ו והטור השלישי הח' הש' והותיק. כהה"ר **יעקב** הי"ו אתה ה' תשמרם אחד הבן ואחד הבת. והיה המחנה הנשאר לפליטה. יואל אל יצילם למען יחיו עוד רבות בשנים דשנים ורעננים חיים עד העולם בבנים ובני בנים ובכל אשר יפנו ישכילו ויצליחו. על מרומי ההצלחות:

ולנע'מי מוד'ע כי רובה דאיתיה קמן לפני מלכים חוקקי ארץ הוגשו והיו למשען אך לא באו בכתובים חוקה כי היתה נסיבה למרבית ההוצאה. דין גר'מא דעציר'אה. ולפעמים המלכים נועדי מראש בס'דר בחדא שיטה. ולפעמים בא הרב מ'ר דודי לבד. ולהבדיל בין החיים פעמים בא ידידינו עמיתינו בתורה ובמצות הרב המופלא. וכבוד ה' מלא. ח"ק לישראל קדוש יאמר לו הדר הוא. בנן של קדושים. כמוהר"ר **יוסף סירירו** הי"ו יזיי"א יואל אל ישמרהו ואורך ימים ושנות חיים ישבעהו והוא על מרומי ההצלחות ישכון גם עושר גם כבוד. אך לא נשאר בזכרוני דבר ברור איה מקום כבודם זאת היתה נסיבה אשר לא העליתי שמם הטהור במקומותם. יען כי חתימתם לא היתה כ"א ביד שואל דבר ולך אלי תשוקתי פקדני בישועתך גל עיני ואביטה נפלאות מתורתך. וזכור עדתך עמך צאן מרעיתיך. ושלח לנו אבינו מלכנו. משיח צדקנו. ובא לציון גואל קרית מועדינו. הכ"ד הח"פ פאס יע"א חדש סיון המוב"ת בפ'רק בא סימן דהאי שתא טבתא שש אנכי על **אמרת"ך**: **זעירא** דרבנן **שלמה אבן דנאן** הי"ו בלאו"ץ יושב אוהלים צדיק תמים חכם חרשים בנן של קדושים הרב הכולל בישראל להלל. כמוהר"ר **משה** זלה"ה. בלאו"ץ זקן מלא רחמים נאה דורש מוסר מלכים. יראת ה' היא אוצרו שייף עייל שייף

נפיק. הרב הכולל. כמוהר"ר **שמואל** זלה"ה. בלאו"ץ רב חביבא מטע ה' להתפאר. נחל נובע מקור חכמה. הלא זה הו"ד. הרב הכולל. אין גומרין עליו את ההלל. הלא זה הו"ד. כמוהר"ר **מנשה** זלה"ה. בלאו"ץ בר אבהן ובר אוריין הרב הכולל. אין גומרין עליו את ההלל. כמוהר"ר **שמואל** זלה"ה. בלאו"ץ עטרת זקנים. יראת ה' היא אוצרו. וכל יקר ראתה עינו. מורינו ורבינו. הרב הכולל. אין גומרין עליו את ההלל. הלא זה הו"ד כמוהר"ר **מנשה** זלה"ה. בלאו"ץ האשל אשר ברמה. כל רז לא אניס ליה וכל תעלומה. הרב המובהק. סיני ועוקר הרים. הדיין המצויין כמוהר"ר **אברהם** זצוקלה"ה. בלאו"ץ אביר הרועים. משקה מי התורה לעייפין. דריש אורייתא בשבעין אנפין. מדברנא דאומתיה חריפא סכיניה. ומחדדן שמעתתיה. ה"ה הרב הגדול, מעוז ומגדול הדיין המצויין כמוהר"ר **שאול** זצוקלה"ה בלאו"ץ יסוד עולם. אור ישראל וקדושו. נזר אלהיו על ראשו. בקי בכולהו ש"ס ופירושו. הרב הגדול. מעוז ומגדול אבן הראשה. זיהרא דשימשא. הרב המפורסם. גאון עוזינו ותפארתינו. נר המערבי. סבא דמשפטים. הדיין המצויין כמוהר"ר **סעדיה** זצוקלה"ה. בלאו"ץ הנשר הגדול בענקים. בהיר הוא בשחקים. הנזר והצפת האות והמופת. אור עולם ופ'לאו. ממזרח שמש ועד מבואו. נודע שמו בשערים. סיני ועוקר הרים. המאיר לארץ ולדרים. ראש המדברים והמורים. דגל התורה מורים. גדול אדוננו הוא אבינו הוא רועינו. נר המערבי. הגאון המופלא וכבוד ה' מלא. הדיין המצויין כמהור"ר **שמואל** זצוקלה"ה. בלאו"ץ רכב ישראל ופרשיו. הרב הגדול. מעוז ומגדול. צדק ומשפט מכון כסאו. אור עולם ופלאו. גדול אדוננו הוא אבינו. סבא דמשפטים. כמוהר"ר **סעדיה** זצוקלה"ה. בלאו"ץ הרב המובהק ואח לברק. גאון עוזינו ותפארתינו. המקדש שמו יתברך ברבים. כמוהר"ר מימון זצוקלה"ה הי"ן. בלאו"ץ רבין חסידא. נר ישראל. עמוד הימני פטיש החזק. אריה דבי עילאי. גוזר ים החכמה לגזרים. הרב המופלא גדול אדוננו. זה סוה"ר הדיין המצויין כמוהר"ר **שמואל** זצוקלה"ה. [והרב מ"ז הנז' איהו גופיה מגורש מקסטיליא] בלאו"ץ הרב המובהק. ואח לברק. המאור הגדול. גדול מרבן שמו. פום ממלל רברבן. סוה"ר כמוהר"ר מימון זצוקלה"ה. בלאו"ץ הרב הגדול. מעוז ומגדול גאון עוזינו ותפארתינו. עטרת ראשינו הרב המפורסם. הגאון הדיין המצויין כמוהר"ר **סעדיה** זצוקלה"ה בלאו"ץ הרב המובהק ואח לברק. סוה"ר כמוהר"ר **מימון** זצוקלה"ה בלאו"ץ גאון עוזינו ותפארתינו. הרב הגדול מעוז ומגדול. סוה"ר כמוהר"ר **משה** זצוקלה"ה בלאו"ץ הרב הגדול. מעוז ומגדול. זיהרא דשמשא. הרב המפורסם. נר המערב. הגאון המופלא כמוהר"ר **מימון** זצוקלה"ה בלאו"ץ מאור הגולה. נס התעודה ודגלה לא יערכנו פטדת כוש זהב וחוילה מופלא שבסנהדרי גדולה וקטנה

רעייא מהימנא. פטיש החזק עמוד הימני. לא יערכנו כל אבן יקרה ופניני. האי תנא קאי בין הרים. ארי במסתרים. שומעו הולך מסוף העולם ועד סופו ושמו נודע בשערים. חוקיו ומשפטיו לישראל להורות להם תורה ומצות ומשפטים ישרים. זיו כבודו והודו מאיר לארץ ולדרים. הגאון המפורסם גוזר ים החכמה לגזרים. גדול אדוננו הודנו והדרנו. רבה דבעמיה. מדברנא דאומתיה. רכב ישראל ופרשיו. הדיין המצויין. מרנא ורבנא. כמוהר"ר **משה** זצוקלה"ה זיע"א בלאו"ץ זה סיני. גאון עוזינו ותפארתינו. הגאון סיני ועוקר הרים. הדיין המצויין כמוהר"ר **מימון** זצוקלה"ה. המכונה **אבן דנאן**: **ומסטרא** דנוקבא חוטר מגזע נין ונכד דור שישי לאותו צדיק יסוד עולם. חסידא קדישא. בוצינא דנהרא. נר המערבי. פטיש החזק עמוד הימני רכב ישראל ופרשיו. הרב הגדול. מופלא שבסנהדרין. המקובל האלהי איש אלהים קדוש הוא כמוהר"ר **אליהו הצרפתי** זללה"ה זיע"א. [הרב מ"ז מוהר"ר מנשה זלה"ה הנז' הוא בן בתו של שם הרב הקדוש הרמ"ז הנז'] שהוא דור חמשה עשר לרבינו תם בן בתו של רש"י זלה"ה [כמ"ש בשם הגדולים מע' הי"ו מהר"ר וידאל הצרפתי]:

סימן א

שאלה ראובן יש לו חזקת בית אצל בית של עכו"ם אחד בפונדק הנק' ע"ש לחדיד ומוכרים בהבתים הנז' לחדיד. והבתים הנז' כל בית יש לה נבאח מכוון לבית ועל הבתים הנז' עליות ודרים בהם ישראל, וראובן הנז' בנה כותל א' מצד הבית של העכו"ם הנז' שמצדו והכניס האלנבח שמכוון לביתו ועשה כולה בית א' ומוכר וקונה בה כעת עתה לחדיד. ולאחר ימים מכר העכו"ם ביתו לשמעון. ושמעון מכרה ללוי. והן היום שקנה לוי הנז' חזקת הבית הנז' משמעון הנז' בנה גם הוא כותל ועשה האלנבח שמכוון לביתו כולו בית א' כמו שעשה ראובן בביתו. והן היום עמד ראובן וערער על לוי בשביל הכותל ההוא וטען עליו ואמר לו הבית הג' שהיא סמוכה לבית שלך אני רוצה לעשות לה כותל ונמכור בה. ועכשיו איני יכול בשביל שהבית הג' הנז' והבית שמצדה יש להם כ"א נבאח א' לשניהם. ועכשיו שעשיתה כותל בבית שלך הבית שלי אינה נראית לקונים. ועוד טען ראובן על לוי הנז' ואמר לו הכותל שבניתה עשית אותו בגבולי שהכנסת חלל הבית שלי ובנית הכותל בו. ותשובת כת"ר מהרה תצמח ושכמ"ה:

תשובה הנה דברי השאלה באו סתומים כי לא פירשו מה היא טענת לוי הבונה. והנה אם כל בנינו דלוי הוא בארבע אמות שנתנו חכמים ז"ל לכל פתח. ונימא דטענתו היא דד"א הללו שלו הם ויכול לבנות בהם ואין שותפו יכול לעכב. דבר זה תלוי בפלוגתא

דרבוותא דאשכחנא להו דפליגי בהני ד"א דקמי פתחא וכו' אי שעבודא הוא דאית ליה בהו או קניות לו קנין גמור. דהנה הרשב"א בח"ב סי' מ"א כ' וזל"ה. וא"ת שאותן ד' אמות של פרוק משא אינו קנין גמור אלא שעבוד בלבד וכמו שאמרו בירושלמי ד' אמות שאמרו לא שיהיו לו קנין גמור אלא כדי שיהא מעמיד בהמתו לשעה ופורק חבילתו לשעה ע"כ לא היא שאין נראה כן מן הגמרה וכו' יעו"ש דהאריך בראיות ואסיק דש"ס דילן פליג אירושלמי והרמב"ן ז"ל הב"ד רבי' הב"י בסי' קע"ב פליג ופ' גמרה דילן כענין הירושלמי וכ' דלפ"ז דאם נטל זה בית וזה אחר שנוטל ד"א כנגד הפתח שיהא שם פורק חבילתו לשעה. ואף לאחר יש רשות להשתמש בה בעראי בשעה שאין זה משתמש בה. ואם בא לבנות בית אינו בונה ואינו מוכרה ע"ש. והריב"ש ז"ל סי' רמ"ח היב"ד מרן בב"י שם וזל"ה אבל זכות הד"א שיש לו בחצר אינן שלו לקנין גמור אלא כדי וכו' כמו שמפורש בירושלמי שהביא בחיבורו אדונינו הרב ר' יהודה הנשיא אלבארג'לוני ז"ל וכן הסכים הרמב"ן ז"ל שאין זכות הד"א קנין גמור אלא לשעה. אבל לדעת הרשב"א ז"ל וקצת המפרשים שהד"א שיש לכל א' בחצר לפי פתחים לקנין גמור הם לו ולא לשעה והירושלמי פליג אגמרא דילן ואנן נקטינן כגמרא דילן. וכן נראה דעת רש"י ז"ל שפי' ההיא דחצר לפי פתחיה מתחלקת. במי שיש לו חצר ושאר בתים פתוחים לתוכה לזה פתח א' ולזה ב' פתחים וחלק נכסיו על פיו ונתן הא' לבנו הא' והאחר לבנו הב' והם באים לחלוק החצר. והרב רבינו יוסף הלוי מיגאש ז"ל שפי' כגון חצרות הכפרים שבא ראובן ובנה בית בחרבה ובא שמעון ובנה סמוך לו ואח"כ הסכימו שניהם והקיפו שניהם וגדרו ונמצא חצר של שניהם. ולפי שדעתם שהד"א הם לו לקנין גמור מפני זה לא פירשוה כפשטה בשני אחין שירשו או קנו בשותפות בתים וחצר וחלקו הבתים. ובאו לחלוק עתה החצר בענין זה לא היה להם ד"א לפי פתחים לקנין גמור אבל חולקין אותה בשוה ע"כ. והנה לרבוותא דסברי דאינם לו אלא לשעה וחבירו רשאי להשתמש כשאין זה משתמש. א"כ פשיטא דאינו רשאי לבנותם וכמ"ש הרמב"ן להדייא דאם בא לבנות בית אינו בונה. וממנו אתה למד דלמ"ד הם לו לקנין גמור. דרשאי לבנותם בית:

מעתה נדעה נרדפה לדעת דעת מרן ז"ל ומור"ם ז"ל דאנן גרירנא אבתרייהו מה היא. והנה מדברי הריב"ש ז"ל שכ' דדעת מהר"י ן' מיגאש ורש"י ז"ל שהם לו לקנין גמור ולכך פי' במחלק לבניו או בדזכו מהפקרא יתברר לנו דעתם. שהרי מרן סי' קע"ב ס"א הביא לנו דעת מהר"י ן' מיגאש ז"ל ומור"ם הביא לנו דעת רש"י ז"ל. וא"כ דעתם היא דהד"א קנין גמור הם לו. ולפ"ז רשאי לבנותם בית:

אלא דמהא לא אירייא דאשכחנא להנמק"י בפ' השותפין שאחר שהביא פירש"י ז"ל ופי' מהר"י ן' מיגאש ז"ל כ' וז"ל נראה מדבריהם דדוקא בכה"ג דאפשר לומר דהאב נתן להם כדרך שהיה הוא משתמש או כשהחזיקו בהפקר החזיקו בכה"ג אבל אחים או שותפים שחלקו הבתים תחילה ואח"ך נמלכו לחלוק החצר לא יהיה לבעל ב' פתחים טפי בתשמיש משום פתח יתירה. אא"כ העלה אותו בדמים סתמא ולא פי' אשיאתה והורדי דאז ודאי הוי כבעל הכרם שיש לו בשדה הלבן של חבירו ד"א לעבודת הכרם כדפי' בריש פרקין ומוקמינן לה בקנו סתמא דכי היכי דהתם אין לו קנין בגוף השדה אלא שקנה התשמיש ה"ה הכא הך ד' אמות דיהבין ליה כנגד פתחו לתשמיש דוקא ולא לקנין הגוף. וכ"כ הרמב"ן ז"ל והכי גרסינן בירושלמי בפרקין ד"א לא שהם לו לקנין אלא שיהא מעמיד בהמתו לשעה ופורק חבילתו לשעה וכתבן בהלכותיו הרב הנשיא ר' יהודה אלברג'לוני ז"ל ע"כ. הרי מבואר דדעת הנמק"י דלא כהריב"ש ז"ל שהרי על דברי רש"י ז"ל ומהר"י ן' מיגאש אזיל ומפרש דהד"א אינם לו לקנין גמור והבי"ד הירושלמי: והלח"ם פ"ב מה"ל שכנים הג' כ' וז"ל הריב"ש ז"ל בסי' רמ"ח והרמב"ן ז"ל כפי' מ"ש הרב"י בשמו בסי' קע"ב סוברים דרבינו ז"ל שחילק בין כפרים למדינות הוא משום דאית ליה ד"א לקנין אבל מדברי נמק"י ז"ל בפ"ק דבתרא לא משמע כן אלא דמצי סברי דאינם לקנין אלא לפי שעה יע"ש. והה"מ כ' שתי הסברות ולא גילה דעת רבינו שהם לקנין דוקא וכמ"ש הרמב"ן ז"ל משמע דאית ליה כנמק"י דלאו הא בהא תליא. אלא מצי סבר רבינו דאינם לקנין אלא לפי שעה וכדכ' הרב הנמק"י ז"ל ויש טעם לכל הצדדין ע"כ. וא"כ אין להוכיח מדפסק מרן כמהר"י ן' מיגאש דסבר לה דהוי קנין גמור דהרי איכא מאן דסבר דלאו הא בהא תליא:

ואולם זיל לאידך גיסא ואימא דדעת מר"ן היא. כהירושלמי מדכ' בסוף ס"ב וז"ל אעפ"י שבעוד שלא חלקו לא היו הד"א שלו לגמרי אלא לפרק בו משאו וחבירו היה משתמש בו ג"כ כשהיה מוציא אותם פנויים. עתה שחלקו הם שלו לגמרי ע"כ ופי' דבריו אע"פ שבעוד שלא חלקו החצר אלא הבתים לא היו וכו'. דמזה משמע דקודם חלוקת החצר אינם קנויים לו לגמרי אלא שעבודא בעלמא וחבירו ג"כ רשאי להשתמש בהם. ובפרט דלשון זה דמרן הוא מדברי רבי' בעה"ט שכתבו משם אביו הרא"ש ז"ל. ואחד הרואה בדברי הרא"ש בפ' השותפין לבבו יבין דס"ל כהירושלמי. דתחילה הביא דברי רש"י ז"ל ושוב חילק בין כשהבתים שוים וחלקו בלי עילוי לכשהבתים אינם שוים וחלקו ע"י עילוי. ושוב כ' אמנם מטעם אחר היה נראה שאין נוטל ד"א לכל פתח דגרסי' בירושלמי וכו' אלמא אינם שלו לגמרי. וחבירו משתמש שם כשהוא אינו פורק שם משאו ואין

בהמתו עומדת שם. וא"כ למה יהיו שלו אחר חלוקה לגמרי. נמצא מפסיד האחר מה שהיה משתמש בהם מתחילה וכיון שהחצר חציה שלו ומשתמש בכולה למה יפסיד כשיחלוקו ומיהו י"ל דאין הכי נמי שיפסיד. דכיון דעילו בדמים כל צרכי הבית הם בכלל העילוי. וקודם שחלקו אין מקפיד אם חבירו משתמש בהם בשעה שא"צ להם ע"כ. והב"ד מרן הב"י אדברי הטור שכ' בשם אביו. וא"כ מאי דכ' הטור ומר"ן אע"פ שבעוד וכו' לקוחים הם ממאי דכ' הרא"ש ומיהו י"ל וכו' והרא"ש כ"כ אדברי הירושלמי לחזק מאי דחילק בדברי רש"י ז"ל וש"מ תרתי דהרא"ש ס"ל כהירושלמי. ותלמודא דידן לא פליג אהירושלמי וש"מ דרש"י ג"כ ס"ל כהירושלמי דלא כהריב"ש ז"ל. וכ"כ הראד"ב ז"ל סי' קל"א וזל"ה הרא"ש ז"ל סבר כפירש"י ז"ל ומ"מ סובר כהירושלמי כמבואר שם בפסקיו שכ' שם ומטעם אחר היה נראה שאין נוטל ד"א לכל פתח דגרסי' בירושלמי וכו' ותי' ומיהו י"ל וכו' משמע דסובר כדברי הירושלמי עם שהוא מפרש כפירש"י. כנראה שם ע"ב. והמט"ש בסי' קע"ב בהגב"י אות זי"ן כ' ומהרח"ש ז"ל בח"א סי' ח"י ד"ך ע"א כ' דמדברי הרא"ש ז"ל נראה דרש"י קאי בשיטה זו דאינם לו לקנין עכל"ה:

אלא דיש לדקדק ממ"ש הרא"ש ז"ל ומיהו וכו' דכיון דעילו בדמים וכו' וקודם שחלקו אין מקפיד אם חבירו משתמש בהם וכו' דמשמע דהא דחבירו משתמש בהם ה"ט משום דאינו מקפיד. הא אם היה מקפיד אינו רשאי ולפי דברי הירושלמי יכול להשתמש בהם הגם דזה היה מקפיד. דהא אין לו בהם אלא שעבודא בעלמא. והיה נראה לפרש דהרא"ש סבר דהירושלמי בדלא עילו בדמים ולכך סבר דאין לו בהם אלא שעבודא בעלמא. אבל היכא דעילו בדמים יש לו בהם קנין גמור אף קודם חלוקת החצר. ולזה כ' וקודם חלוקה אין מפקיד. דאם היה מקפיד לא היה רשאי כיון דעילו בדמים:

אלא דלשון רבינו הטו"ר ומרן ז"ל שכתבו משם הרא"ש ז"ל אעפ"י שבעוד וכו' לא היו הד' אמות שלו לגמרי וכו'. לא משמע כן. דבתר העילוי איירי ואפ"ה כתבו לא היו שלו לגמרי. דמשמע דהא דחבירו משתמש בהם הוא משום שאינם שלו לגמרי ואין לו בהם אלא שעבוד. ולא מטעם דאינו מקפיד כדמשמע לן מדברי הרא"ש ז"ל. ולדידהו לא הוו שלו לגמרי כ"א אחר חלוקת החצר. אבל קודם חלוקת החצר אף שמקודם חלקו בעילוי אין לו בהם אלא שעבוד בעלמא. והוא תימה. דמהיכא משמע להו כן מהרא"ש דהא משמעות הרא"ש ז"ל כמ"ש דאחר העילוי הוו שלו לגמרי. ומה שחבירו משתמש בהם הוא משום דאינו מקפיד. דוק מינה דאם הוא מקפיד אינו רשאי. והירושלמי איירי בדלא עילו בדמים:

ולכאורה היה נראה לידחק ולפרש. דמ"ש אעפ"י שבעוד שלא חלקו וכו' עתה שחלקו וכו' היינו חלוקת הבתים. וקודם חלוקה היו דרים כל אחד בבית אחת. ואתי שפיר דהוו ממש דברי הטור ומר"ן ז"ל כדמשמע לן מדברי הרא"ש:

אלא דנראה דדוחק לפרש כן. ונראה דרבינו הטור ומר"ן ז"ל מפרשים דהא דכתב הרא"ש ז"ל אין מקפיד. היינו אין רשאי להקפיד:

והפרישה ז"ל סי' קע"ב כתב והר"י הלוי ורש"י והרא"ש ז"ל דפירשו דהני ד"א שנותנין לכל פתח הוא שלהן לגמרי. ס"ל שגמרה דידן פליג אירושלמי ולית לן אלא גמרה דידן וכו' ואפשר דהרשב"א דהרא"ש] וסיעתיה מצי מוקים להיא דירושלמי בשם ר"י דמיירי בדלא עילו וגם לא זכו מההפקר ע"כ:

ומהתימה איך נקט בפשיטות דסברי הר"י הלוי ורש"י והרא"ש ז"ל דד"א הן לו לקנין גמור. ולא זכר שר את דברי הנמק"י ז"ל. דכתב דברי הירושלמי אדבריהם דרבנן הר"י ן' מיגאש ורש"י ז"ל. ובפרט דמצינו לעינא פקיחא דשלטא בדברי הנמק"י. שהרי כתב אשיטת הרמב"ן. ושיטה זו הזכירה ג"כ הנ"י ואין ביניהם אפי' כמלא נימא ובפרט שכתב דהרא"ש ז"ל הכי ס"ל. והלא הרא"ש ז"ל הביא דברי הירושלמי ולא כתב דפליג אתלמודא דידן ואדרבא מדברי הרא"ש ז"ל הוכיחו הראד"ב ז"ל ומהרח"ש ז"ל דסבר לה הרא"ש ז"ל דדעת הר"י ן' מיגאש ורש"י ז"ל כהירושלמי וכמש"ל ויש מקום להאריך בזה אלא שאין הזמן מסכים:

באופן דדבר זה הוא פלוגתא דרבוותא. ולמאן דאמר דהד"א קנויות לו לגמרי יכול לבנותם. אבל למ"ד דאינם קנויות לו ק"ג אינו רשאי לבנותם. וכמ"ש. הרמב"ן להדייא לדעת הירושלמי דאם בא לבנות בית אינו בונה. אלמא דלאידך מ"ד דפליג. אם בא לבנות בונה וכיון דמידי פלוגתא לא נפקא. לכתחילה אינו יכול לבנות. ואם כבר בנה אין מחייבין אותו לסתור. דיכול לומר קי"ל כמ"ד דקנויות לו ק"ג. והרב בית יעקב סי' פ"ז נשאל בראובן שרוצה לעשות גדר בד' אמות שלפני פתחו ושמעון מעכב. וע"ז הביא דברי הרא"ש ז"ל הנז' ודברי הטור והש"ע שכ' אעפ"י שבעת וכו'. וכתב וא"כ מבואר דכיון דיש לו רשות להשתמש שם פשיטה שיכול לעכב יעו"ש:

ולדידן דגרירנא בתריה דמרן ז"ל דדעתו היא כהירושלמי וכמש"ל א"כ אף בדכבר בנה מחייבין אותו לסתור:

והראד"ב ז"ל סי' קל"א נשאל בראובן ושמעון ולוי שמחזיקין בחצר אחד שיש להם חנויות סביב לחצר וכל אחד יש לו בחנותו פתח פתוח לחצר הנז' גם יש סביב לחצר חנויות של תוגרמים ויש להם פתחים פונות לחצר הנז' ולוי שכר חנות א' מהתוגרמים

והחזיק בה ונדבה רוחו להרחיב אותה החנות לצד החצר נגד הפתח ושאר המחזיקים מעכבים בידו וכו'. ועוד טוען לוי שאע"פ שיהיה לראובן ושמעון זכות וכח למחות בידו הרי לפי הדין יש לו זכות ארבע אמות לפני פתח חנותו ומה שהרחיב חנותו הוא חזקתו וזכותו. וע"ז הביא דברי הר"י הלוי ורש"י והרמב"ן והרא"ש והנ"י וריב"ש ז"ל ושקיל וטרי בדבריהם דרבנן ולבסוף אסיק וכ' וז"ל נמצינו למדים דלדעת רוב הפוסקים הארבע אמות אינם לקנין אלא לפי שעה ואפי' רש"י ור"י הלוי ז"ל לדעת הרא"ש והרב הנמק"י סוברים כן זולת הרשב"א וקצת מפרשים ז"ל שחולקים על זה כדכתב הריב"ש ז"ל ואם כן אין בטענת לוי הבאה בשאלה ממש בטענה שאמר שד' אמות הם שלו ובשלו הוא עושה אינו כן כדכתיבנא דלדעת רוב הפוס' אינם לקנין אלא לשעה ויש רשות לשותפים להשתמש בשעה שאין זה משתמש וחזר הדין למה שכתב הרמב"ן ז"ל ואם בא לבנותו בית אינו בונה ואינו מוכרו וכיון שכן אינם שלו לגמרי ויש רשות לשותפים להשתמש בהם ואינו זכותו וכ"ת לדעת שאר הפוסקים דהם לקנין ויכול לעשות בשלו מה שירצה ויוכל לומר קים לי כהני לא היא דהוא הבא לבנות הוא המוציא וכמו שכתב הרשב"א ז"ל בתשובה הובאה בב"י סי' קנ"ד וז"ל ולפיכך למעשה אני אומר שאם כבר פתח חלונותיו או סמך קוטרא אין מחייבין אותו לסתום ואם בא לפתוח אין מניחין אותו לפתוח. עד כאן. כל שכן בנדון דידן דאיכא טעמא אחריתי דאפילו כבר הרחיב פתח החנות מחייבין אותו לסתור. והוא דבשלמא אם היה זה בונה בארבע אמותיו היינו באים למחלוקת זה אם הוא קנין או לפי שעה אבל זה הוא מרחיב פתח חנותו וכיון שכן לא הפסיד ד' אמותיו דלעולם יש לו ארבע אמותיו משם ואילך וכשיבואו לחלוק יטול ארבע אמותיו נוסף על הארבע אמות שכבר בנה ואפי' שיאמר לוי אעשה לכם שטר הודאה שכשנחלוק לא אטול הד' אמות בחצר המגיע לפי פתחי אלא אתם תטלו לפי פתחיכם והשאר נחלוק בשוה ואני לא אטול לפי פתחי מ"מ יוכלו השותפים לומר אין אנו שומרים שטרינו מן העכברים וכמו שכתב הרשב"א בתשו' הובאה בב"י סי' קנ"ד וז"ל ואפ' רצה לכתוב לו שטר הודאה בכך אין שומעין לו דנמצא זה צריך לשמור שטרו מן העכברים ולא אמרו כותבים שובר אלא משום עבד לוה לאיש מלוה ומשום שלא יאכל הלה וחדי הלא"ה לא. ע"כ:

ולדידן דגרירנא בתר מרן לא צריכנא תו להאי טעמא וכמש"ל. וכ"ש בהצמדם יחד: וראיתי לחו"ר סאלי הי"ו שכתבו וזל"ה. ומעתה הואיל וזה האלפנדק כל אחד יש לו בית מיוחד שלו וכל אחד מבורר חלקו. דין הוא שארבע אמות שלפני פתחו דידיה הוא שאין לחבירו רשות להשתמש בה כלל. וכמ"ש הש"ע בס"ב וז"ל אעפ"י שבעוד וכו' וכונת מרן

לומר הם שלו לגמרי לומר לך שאפי' בעת שהם פנויים אין חבירו יכול להשתמש שם לגמרי נמצא דהד"א הרי הם כאלו מבורר לכל א' לפני ביתו וכחלוק דמי וא"כ יכול כל א' בשלו להעמיד כותל מכאן ומכאן גבול ד"א שלפני ביתו דבשלו הוא בונה. ואח"ך הביאו ראיה לדבריהם מתשו' הר' בית יעקב הנז' וכתבו ומשוש היה לבינו שכאשר דמינו כן מצאנו פרשה פתוחה מפסק הרב הנז' שקודם שחלקו אינו יכול לגדור הואיל ויש זכייה לחבירו להשתמש שם בעת שיהיו הד"א פנויים דון מינה לנדו"ד שכל אחד חלקו מבורר ואין זכייה לחבירו להשתמש שם אפילו בעת שיהיו פנוים פשוט דיכול לגדור ואין אומר ואין דברים כלל. עכ"ל:. ואחה"מ דבריהם תמוהים. דהגם דחלקו הבתים וכל א' יש לו בית מיוחד. כ"ז שלא חלקו החצר אינו רשאי לבנות בהד"א שלפני פתחו לדעת הפוס' ומרן ז"ל בהדייהו דסברי דאינן קנויות לו ק"ג וכן היא דעת הבית יעקב ז"ל. ותשובת הראד"ב ז"ל הנז' תוכיח וכבר ראיתי לה' מוהר"ר רפאל אנקאווא היו אחר סמוך לחתימה חזר על המקרה וחזר בו בזה:

ואם טענת לוי היא מדשתקו השותפין ולא מיהו בו מחלו לו. הנה לכאורה מדברי הרשד"ם ז"ל ח"מ סי' רנ"ד נראה דהדין עמו. דהרב איתשיל בראובן אשר בנה בחצר השותפין באויר החצר אשר היה לראובן זכות וחזקה באותו אויר כשאר בני החצר וכל בני החצר לא פצו פיהם וזה לו לראובן ה' שנים שבנה הבנין הנז' וזכה והחזיק בה. אם יש כח לשכנים לסתור הבנין הישן אחר כמה שנים שלא מיהו בידו. וע"ז השיב הדין עם ראובן והטעם שהרי כתב הריב"ש ח"מ סי' קנ"ד וז"ל דחזקת חלון וכו' עד וכל נזקי פרק לא יחפור אינו חזקת ג' שנים אלא מכי מתברר נזקיה ושתיק מחל וכ"כ הרמ"ה וכן דעת הגאונים וכ"כ הרמב"ם ז"ל א"כ כפי דברי כל אלו הרבנים הדבר ברור ג' שני חזקה לא היה צריך דכיון שראוהו בונה בית בחצר ושתקו מחלו ודאי דהשתא נזק מועט מכיון שמתברר הנזק שתיק נזק גדול כבנין בית א' ודאי דפשיטא דמחלו ואפי' לדעת ר"ת שלכל דבר צריך ג"ש וטענה בנ"ד אפשר שיודה ר"ת שהדין עם ראובן דבשלמא בנזקין דפ' לא יחפור דהוי נזק כמו חלון או חפירה שהם נזקים שלפעמים אדם שותק לפי שעה ואינו מוחה ניחא אבל מי הוא שרואה שיבנו בחצרו בית וישתוק ולא ימחה כי ידע ודאי שהבונה בונה הבית על דעת לקיימה לעולם וא"כ כ"ע מודו בנדון כזה שאינם יכולים למחות ביד ראובן על הבית שבנה כ"ש כאשר היה לראובן זכות בשטח החצר ואפי' את"ל שעדיין לא זכה לדעת ר"ת אלא א"כ יש לו טענה שהם אמרו לו שיבנה ונתנו לו רשות לבנות ואם לא כן לא מהני חזקה וכן נראה דעת הרא"ש מ"מ כדאים הם כל הני רבוותא לסמוך עליהם ע"כ. עין רואה דהרב ס"ל דא' מהשותפין שבנה בנין בחצר ולא

מיחו בו שאר השותפין החזיק לאלתר וא"ק ג"ש וטענה. ומינה לנד"ד דזכה לוי בבנינו דמדשתקו מחלו:

אלא דקשייא לי דידיה אדידיה. דמצינו להרב גופיה בסי' רל"ח וז"ל מצאתי שאלה מהרשב"א ז"ל יציאה וביאה אם צריך חזקה ג"ש. תשובה דבר ברור הוא שצריך חזקה ג"ש שהרי יש בזה חיסור קרקע שהרי משתמש בחצרו ממש ונכנס ויוצא בו וכו'. והיא בב"י ח"מ סי' קנ"ג. אמת שבעיני הלשון קשה להולמו דמשמע דמשום דאיכא חסרון קרקע צריך חזקת ג"ש הלא"ה לא היה צריך ג"ש דאדרבה נראה להיפך דכל שיש חסרון קרקע ורואהו בעל הקרקע ושותק הוי חזקה מיד וכשאין חסרון הוא צריך חזקה ג"ש ויותר וכולי האי ואולי. ומשו"ה נראה בעיני להגיה במקום שצריך אי מהני ג"ש דהשתא הוה אתי שפיר דקאמר וכיון שיש חסרון קרקע מהני שלש שני חזקה הא לא הוה חסרון קרקע לא מהני ג"ש ואפי' יותר יהיה מה שיהיה שמ"מ למדנו מתשובה זו דהיכא דאיכא חיסור קרקע דהוה ג' מהני למהוי חזקה וכו' ע"כ:

ועי' בכנה"ג סי' קנ"ג הגהב"י אות מ"ז שתמה על הרשד"ם ז"ל דמה ראה בדברי הרשב"א ז"ל יותר מדברי רשב"ם ז"ל שהביא הטור סי' קנ"ג סכ"ד. ושכן תמה עליו מהר"י הלוי ז"ל סי' נ"ז. איך שיהיה קשיין דברי הרשד"ם אהדדי. דבההיא דסי' רל"ח פסק דהיכא דאיכא חסרון קרקע צריך חזקת ג"ש וטענה. ואלו בההיא דסי' רנ"ד פסק דג' שני חזקה לא היה צריך דכיון שראוהו בונה בית בחצר ושתקו מחלו וזה הוי כדס"ד התם להקשות על הרשב"א ז"ל שכ' דאדרבא נראה להפך דכל שיש חסרון וכו' הוי חזקה מיד:

והנלע"ד הוא, דשאני ההיא דסי' רנ"ד דכיון דבנה בית שהוא בניין קיים לעולם והוא רואה ושותק אמרינן דודאי מחל דהא ודאי בכה"ג קפדי אינשי וכההיא דאמרינן גבי מעמיד בהמה בחצר השותפין דכ' הה"מ בפ' ה' מהל' שכנים הל' ה' דלדעת מהר"י ן' מיגאש ז"ל והרמב"ם דבחצר השותפין הכל תלוי בעשיית מחיצה ואין משגיחין על השנים. ע"ש. הביד"ד הסמ"ע סי' ק"מ סקכ"ב יעו"ש דאם המעמיד מחיצה הוייא חזקה לאלתר דגם השותף מקפיד על המחיצה ומדשתיק אמרינן דמחיל ליה לגמרי:

אלא דקשה. שהרי הריב"ש ז"ל סי' רמ"ח כתב וז"ל ואפי' למי שמפרש הך מתני' דהיה מעמיד בהמה בחצר בחזקה שאין עמה טענה ושאינה צריכה ג"ש כמו שמפרש הרב בן מיגאש והר"ם ז"ל והרבה מן המפרשים ז"ל זהו דוקא משום דמוקמינן בחצר השותפין שכל שעשה בחצר או שקבע תשמישו בחצר וחבירו שהיה בידו למחות שתק מחל ולא שיקנה בגוף החצר כלום אלא שכל זמן שהחצר בשיתוף הוא עושה תשמישיו הללו בהן

ומעכב על חבירו מלעשותם וכשבאין לחלוק החצר שניהן שוין כבתחילה ע"כ. אלמא דאף בהעמדת מחיצה לא החזיק בגוף החצר אלא בתשמיש:

ונראה לחלק, דדוקא בהעמדת מחיצה לבהמה דאינו בנין קבוע כ"כ לזה כ' הריב"ש דלא החזיק בגוף החצר אלא לתשמיש. אבל בבונה בית בחצר שהוא קבוע לעולם. הוי חזקה לגוף החצר. דכה"ג אשכחנא למהרימ"ט ז"ל חח"מ סי' ס"ג וזל"ה אע"ג דפלוגתא דרבוותא היא גבי מתני' דהיה מעמיד בהמה בחצר עשה מחיצה לבהמתו גבוהה וכו' ה"ז חזקה שרבינו יוסף הלוי ז"ל והרמב"ם פ"ה מהל' שכנים פירשוה דלאלתר הוייא חזקה ומטעם מחילה. אבל הרשב"ם והרא"ש ז"ל פירשו בחזקת ג"ש ובבא מחמת טענה. דהכא כ"ע מודו דלאלתר הוייא חזקה הואיל והיה בונה בנין קבוע לא שייך לומר בכ"ג. דלא קפדי אינשי דאלו במחיצה שעושים לצורך הבהמה מידע ידיע שכשתסתלק הבהמה משם תסתלק גם היא ולא קפדי עלה אבל בבנין קבוע פשיטא דקפדי אינשי ע"כ:

אתה הראית דהרב ז"ל חילק לדעת הרשב"ם והרא"ש ז"ל בין מחיצה שעושין לבהמה, לבנין בית שהוא קבוע. אף אנן נמי נימא דהרשד"ם ז"ל ס"ל לחלק לדעת מהר"י ן' מיגאש והרמב"ם ז"ל דע"כ לא כ' הריב"ש ז"ל דדעתם היא דלא החזיק לאלתר אלא לתשמיש ולא לגוף החצר אלא במחיצה דבהמה דמידע ידיע שכשתסתלק הבהמה תסתלק המחיצה אבל בבונה בנין דמינכר שהוא קבוע לעולם נימא דהחזיק לאלתר בגוף הקרקע. ואפשר דה"ט דלא זכר הרשד"ם כל זה הוא משום דהשיב לשואלו בנחיצה שתי שורות כמבואר בדבריו. וא"כ בנד"ד דלוי זה בנה בנין קבוע דמידע ידיע שהוא קבוע לעולם והשותפין שתקו ולא מיחו לכאורה נראה לומר דהחזיק לוי בכל בנינו לאלתר:

ואולם אפשר לפרש דברי מהרשד"ם ז"ל ע"פ דברי הרב מהרימ"ט ז"ל בתשו' הנז' דנשאל בא' משותפי החצר שבנה חדר א' סמוך לביתו שהוא בחלקו והאריך בתשובה. והעולה מדבריו. דאם בא מחמת טענה שחלק עם השות' ועלתה לו בחלקו ונסתלק מהשאר אפי' לא טען שחלק ברשות השות' החזיק אע"ג דקי"ל השותפין מחזיקין זה על זה בדאית ביה דין חלוקה ונחית לכולא אבל נחית לפלגא אפ' אית ביה דין חלוקה לא. נראה דהכא כיון דבנה חדר שם עלתה לו חזקה. דדוקא גם אכילת פירות שדה או בית לא הוייא חזקה דנחית לפלגא מטעמא דאמרינן שדרך השות' זה אוכל ברוח זה וכו'. אבל היכא דבנה בנין בכה"ג קפדי שותפי אהדדי ואסיק דבכה"ג עלתה לו חזקה לאלתר דומייא דההיא דאחזיק לכשורי דלאלתר עלתה לו חזקה לפי שאין זכות חזקת קרקע אף בזה אין זכות קרקע אלא חלוקה לבד וכבר הסכימו שחזקת החלונות וכו' שאינן גזל מגוף הקרקע אין חזקתן ג"ש ובענין חלוקת הקרקע נראה שכ"ע מודו שהבנין מוכיח שחלקו והואיל והוי

חצר שיש בה דין חלוקה ומצי כייף לחבריה שיחלוק מטעם היזק ראיה חזקה שחלקו. ואם בא מחמת טענה שקנה מהשות' חלקם והרי הוא משתמש בשאר בשותפות לענין אותו המקום שבנה נחית לכולא מיקרי ועלתה לו חזקה בג"ש ובפחות מג"ש לא עלתה לו חזקה. וע"ש דפירש דלדברי הר"י הלוי והרמב"ם ז"ל. מהני ליה חזקה לגמרי להיות כשלו בחלקו ע"ש. עכת"ד:

וכיון דאנהרינהו לעיינין רבינו מהרימ"ט דחלוקת הקרקע בחזקת החלונות והזיזין שאינן גזל מגוף הקרקע. וכבר השרישונו רבותינו דאפושי פלוגתא לא מפשינן. א"כ אף אנן נמי נימא דמהרשד"ם בסי' רנ"ד ד"כ דכיון שראוהו בונה בית בחצר ושתקו מחלו והביא ראיה מדברי הגאוני' דס"ל דחזקת החלונות וכו' החזיק לאלתר. היינו בטוען שחלק עם השות'. וכההיא דמהרימ"ט ז"ל דכתב דחלוקת קרקע אין זה זכות קרקע אלא חלוקה לבד. אבל היכא דאינו טוען טענת חלוקה אלא רוצה לזכות בבניינו ולא יסתלק מתשמיש שאר החצר ה"ז בא לזכות בקרקע ונחית לכולא מקרי וצריך ג"ש וטענה. וכמ"ש מהרימ"ט ז"ל: והא דכתב מהרימ"ט ז"ל והואיל והוי חצר שיש בה דין חלוקה וכו' חזקה שחלקו ע"כ. אינו ר"ל דהיכא דאין בה דין חלוקה אינו יכול הלה לבוא בטענת חלוקה לס' הגאונים ז"ל. אלא משום דר"ל דאף למאן דפליג על הגאונים וס"ל בכל חזקות צריך ג"ש וטענה. בחלוקת קרקע יודו יעין שהבנין מוכח שחלקו ולזה כתב והואיל וכו' דאם אין בה דין חלוקה דלא מצי כייף לחבריה אפשר דלא יודו דאף בכל הנזקין דאין בהם גזל קרקע בעו ג"ש. אבל לס' הגאונים דס"ל דבכל הנזקין שאין בהם גזל קרקע החזיק לאלתר א"כ אף בטוען טענת חלוקה שאין בה גזל קרקע כמ"ש מהרימ"ט ז"ל אף שאין בחצר דין חלוקה החזיק לאלתר ואמרינן דמדשתק נתרצו לחלוק:

איברא דלדרך זו יש לדקדק במ"ש מהרשד"ם ז"ל וז"ל כ"ש כאשר היה לראובן זכות בשטח החצר ע"כ. ולכאורה תיבת כ"ש אין להם מובן. דהא לא תצדק טענת חלוקה כ"א ביש לראובן זכות בשטח החצר דאם אין לו בה זכות מאי חלוקה איכא. ומדנקט האי לישנא דכ"ש משמע דיצדקו דבריו אף בדאין לו בה זכות וזה יורה כפי הדרך הא' שכתבנו דס"ל דע"י בנין קבוע החזיק לאלתר אף בדאיכא זכות קרקע:

והנראה לישב דברי הרב כפי ס' מהרימ"ט ז"ל הוא. דכונת מוהרשד"ם ז"ל דאף לר"ת דס"ל שלכל דבר צריך חזקת ג"ש וכו' בנ"ד יודה דבשלמא בנזקין דחלון וכו' שהם נזקין שלפעמים אדם שותק לפי שעה ואינו מוחה. אבל מי הוא שרואה שיבנו בחצרו וישתוק ולא ימחה. ואף שהדין נותן דבשתיקה לא החזיק אפ"ה אינו נמנע מלמחות. וכ"ש כאשר יהיה האופן דבשתיקה החזיק דודאי אינו נמנע מלמחות ומדשתק ודאי מחל וחבירו

החזיק. והיינו דכתב כ"ש וכו'. והיות דהתשו' ההיא כתבה הרב בנחיצה לכך לא היו הדברים מבוארים כראוי:

וחזיתיה למהר"ר יונה ז"ל שכ' על דברי מהרשד"ם ז"ל. כאשר ראיתי דבריו בתשו' הרב ב"ד ז"ל. ח"מ סי' צ"ב וז"ל ואבאר נדון שלו דלפום ריהטא יש לטעות ולומר דהיינו שבנה בית על שטח קרקע החצר. ואם היה כן הוה קשה טובא דאיך הביא ראיה מהגאוני' וסיעתם דלא בעי טענה וג"ש, דהא ע"כ לא כתבו דאין צריך ג"ש אלא היכא שאין נוטל גוף קרקע, כאשר הוא פשוט. אלא שנדון שלו היה שהוציא בליטה מביתו על אויר שטח החצר וכן מוכח מלשון השאלה שכ' באויר החצר וכן מסוף התשובה שכ' שאינו יכול לבנות למטה ואם היה על קרקע החצר ממש מה שייך לומר למטה דהא אין למטה ממנו כלום ע"כ:

ואפשר דהא דלא פירשה בחלוקת קרקע כדפרישנא בעניותין כפי' דברי מהרימ"ט ז"ל. לא משום דפליג על מהרימ"ט ז"ל וסבר לה דאף חלוקת קרקע הוי כחסרון קרקע. דאפשר לומר דניחא ליה לפרשה במוציא בליטה באויר דהכי דייק ליה לישנא דמהרשד"ם ז"ל כמ"ש וכן מוכח וכו':

אכן חזיתיה להב"ד ז"ל שם שנשאל וז"ל הרי"א והרי"ב שות' בחצר שאין בו דין חלוקה והוסיף הרי"ב קצת על הבנין שלו שתפס משטח החצר תחת רשותו שיעור מה ולא מיחא בו הרי"א. לימים רצה הרי"א להוסיף על בנין שלו ומחה בו הרי"ב ואז תבע הרי"א שיבנה גם הוא או שיסתור מה שהוסיף. וע"ז הביא דברי מהרשד"ם ז"ל דסי' רנ"ד ופי' מהר"ד יונה וזו הלכה העלה וז"ל מ"מ כיון שמן הדין יכול הרי"א לומר להרי"ב שיסתור מה שחדש לפי שהוא חיסור קרקע לפי פי' הר"ד יונה על מהרשד"ם כנ"ל אלא שבשביל שלא תבע הרי"א לסתור אלא ליטול גם הוא דאמרן שהיה הדין עמו. והשתא דהוא תבע מניה לסתור יהיה בשביל מה שיהיה הרי הדין עמו לעולם לומר סתור מה שבנית שמ"ש שאין לו לסתור היינו כשמהרי"א הוא התובע שלא יסתור משום דע"כ במה שחדש מהרי"ב גילה דעתו שנתרצה לחלוק באותו שיעור דאל"כ למה חדש. דאין לומ' שכיון לגזול ח"ו. הילכך כשגם הרי"א מתרצה ורוצה ליטול כנגדו אין הרי"ב יכול לחזור. אבל אם הרי"א רוצה שיסתור מכח שאינו מתרצה בחלוקה יכול הוא לומר כן דהשתיקה ששתק אינה ראיה שנתרצה לחלוק אלא הרי הוא כמו בעל קרקע שמחזיק בו אחר והוא שותק שאין השתיקה כלום. וה"נ הכא וכמובן מדברי הר"ד יונה ז"ל שכ' שנדון הרשד"ם ז"ל. הוא דוקא באויר אבל בקרקע צריך לסתור ולא אמרינן דהשתיקה הוי כנתרצה לחלוק. ע"כ:

ואחד הרואה בתשו' הרב שם ולבבו יבין. עיניו תחיזינה דלדעתיה משתמען מלוהי דמהרשד"ם ז"ל בבונה בגוף הקרקע איירי ולא באויר. ודקדק כן מלשון הרב כאשר יראה הרואה שם. ולכך אסיק אדעתיה לחלוק אמהר"ד יונה ז"ל וכ' דמהרשד"ם ז"ל ס"ל דאף בחסרון קרקע הוי שתיקה מחילה. וה"ט דכל שהוא נזק כה"ג א"ץ ג"ש וטענה ומזה רצה לזכות להרי"ב הנז' ושוב כ' אלה דמ"מ נראה דחייב הרי"ב לסתור כל מה שבנה אם רוצה שלא יוסיף הרי"א דע"כ לא קאמר מהרשד"ם שמחל לו אלא לענין שאין יכולין לחייבו שיסתור מה שבנה אבל אם ירצה כל א' מבני החצר ליטול לעצמו משטח החצר כשיעור מה שנטל הוא בהא אין ראובן יכול למחות באומרו מה שנטלתי אני מחלתם ומה שאתם רוצים ליקח איני מוחל משום דיכולים לומר מה שמחלנו לך היינו מפני שכבר היה נשאר לנו מה ליקח חליפי מה שנטלת ואף שהיינו יכולים למחות שלא תקח אפי' על דעת שנקח אנחנו מחמת שאין בו דין חלוקה מחלנו ע"ז ונתרצינו לחלוק והטעם שיכולים לומר כן הוא מפני שכיון שכל עיקר הטעם שכ' מהרשד"ם ז"ל שמחלו הוא מפני ששתקו. כל שיש לתלות השתיקה באיזה דבר תלינן ולא מפקינן ממאריה קמא אלא בדבר שהוא מוכרח והכא כיון דאיכא למתלי כמ"ש תלינן ולכן אין יכולת ביד הרי"ב למחות בהרי"א שלא יטול כמו שנטל הוא ומדוקדק זה מלשון מהרשד"ם וכו'. ע"כ ע"ש:

המבואר מכללות דבריו. דגם חלוקה הוי חיסור קרקע. ולכך סבר מהר"ד יונה דהשתיקה לא הוי כנתרצה לחלוק ומוקי להיא דמהרשד"ם ז"ל באויר דוקא דאין באויר חיסור קרקע כמבואר שם בב"ד להדייא. ואולם הרב"ד ז"ל פירש בדברי מהרשד"ם דאיירי בבונה בגוף הקרקע אלא דמ"ש דהשתיקה הוי מחילה היינו שמחל לו להיות לחלקו ולא שמחל לו ליטלו במתנה לגמרי אלא נתרצה לו בחלוקה שגם הוא יטול חליפיו במקום אחר ואע"ג דהחלוקה הוי חיסור קרקע וקי"ל דבחיסור קרקע בעינן ג"ש מ"מ ס"ל מהרשד"ם דכל שהוא הזק גדול לא בעינן ג"ש דבהזק גדול לא שתקי ומדשתקי מחלי. והא דלא אמרינן דמדשתק מחל לו לגמרי במתנה הט' דתלינן דמה ששתק הוא משום דנתרצה לחלוק וכיון שאין אנו מוכרחין לומר דמה ששתק הוא משום דנתן לו במתנה כיון דאיכא למתלי בחלוקה לא מפקינן ממריה קמא אלא בדבר שהוא מוכרח, וא"כ לענין המתנה לגמרי בעי ג"ש כדקי"ל בכל חיסור קרקע:

ואולם במסקנא דמילתא דן את הדין כפי' מהר"ר יונה דהשתיקא לא הוי כנתרצה לחלוק ויכול לומר לו סתור בניניך. כמובא למעלה:

ולא שלטו מאורי אור עיני קדשו בדברי הרב מהרימ"ט ז"ל דכ' דחלוקת קרקע לא הוי חסרון קרקע ואין כאן הוצאת זכות קרקע מחבירו רק שלקח זה בחלקו בחזקה כי האי שבנה והכניס לתוך שלו עלתה לו חזקה לכ"ע אף לרבותינו החולקים על הגאונים. דלפי דבריו הוו אתו שפיר דברי מהרשד"ם כפשטם כדהוה משמע ליה להרב"ד ז"ל וכמש"ל אנן בענותין:

וכי תימא דהכא כ' הרב דכל שיש לתלות השתיקה בדבר אחר תלינן. ובסיום התשו' כ' וז"ל עוד תבע הרי"א מהרי"ב שבגארדקי שהיה לו להרי"ב בקודם עשה עליו גג מחדש שעי"ז מביא מי הגשמים להלן בחצר ולכן רוצה לעשות גם הוא גג על גארדקי שלו או שיסתור הגג שעשה. והרי"ב טוען הגג שעשיתי מחלת ששתקת והגג שאתה רוצה לעשות איני מניחך ויראה שהדין בזה עם הרי"ב לפי שאין זה גזל גוף קרקע אלא שעבוד בעלמא וכיון שיש רבים סוברים דלאלתר הוי חזקה יכול הרי"ב לומר קי"ל כוותייהו דהוי מחילה לאלתר ואני זכיתי במה שעשיתי ולך איני מניח לעשות. ע"כ:

ואמאי והלא הלה יכול לומר דמה ששתקתי הוא על סמך לכשארצה גם אנכי לעשות כמוהו אעשה:

לזה י"ל דלזה כ' הרב"ד ז"ל ולא מפקינן ממריה קמה אלא בדבר שהוא מוכרח וכו' דר"ל דכיון דאיכא חיסור קרקע הרי קרקע בחזקת מריה קמא ומספיקא לא מפקינן מניה דמוחזק. אבל בשאר נזקין דליכא חיסור קרקע ולא מפיק מניה כלום ואדרבא המזיק הוא המוחזק וכמ"ש הרב דיכול הרי"ב לומר קי"ל. לזה לא תלינן השתיקה בדבר אחר: איך שיהיה. המורם מהאמור. דהחלוקה אי הוי חסרון קרקע מידי פלוגתא לא נפקא. דלמהרי"ט ז"ל לא הוי חסרון קרקע ולהרב"ד הוי חסרון קרקע ושכן היא דעת מהר"ד יונה ז"ל. א"כ בנד"ד יכול לוי הבונה לומר קי"ל כמהרי"ט ז"ל דלא הוי חסרון קרקע וההזיק לאלתר. ואע"ג דלא אמרינן קי"ל כפלוני היחיד ואפי' לגבי תרי וכמ"ש הכנה"ג בכללי הקי"ל אות ט"ו דהכי אזלא סוגייא דעלמא. ועי' אורח משפט בכללי דקי"ל אות ל"ח. מ"מ הכא ליכא תרי שהרב"ד ז"ל הוא שכ' שכן היא דעת מהר"ד יונה ז"ל ואין דבריו מוכרחים. דדילמא גם מהר"ד יונה סבר כמהרימ"ט. והא דלא פירש דברי מהרשד"ם בחלוקה הוא משום דמשמע ליה דבבונה באויר דוקא איירי כמ"ש וכן מוכח וכו' וכן מסוף התשו' וכו':

ועוד אפשר לומר. דגם הרב"ד אי הוה שמע ההיא דמהרימ"ט הוה הדר דמדלא הביאה בתשובתו מסתמא אמרינן דלא שמע. שכ"כ מהרימ"ט חא"ה סי' כ"ב וז"ל ולא תימא מאחר שהובאו בספר מפורסם מסתמא שמיע להו כדכתב מהריק"ו ז"ל. דבשלמא

בפוסק שכותב הלכות פסוקות איכא למימר דאע"ג דשמיע ליה אפשר דסמך על רבוותא אחריני וסתם לן כוותייהו. אבל מי שמשיב תשובה בראיות אם איתא דשמיע ליה הך סברא לא הוה שתיק מינה מלהביאה ולסותרה אלא מסתמא לא שמיע לה כלל. ע"כ:

ובפרט דהרב"ד הוא מהדר לפרושי דברי מהרשד"ם בבונה בגוף הקרקע שכן משמע ליה פשט דבריו מדקרי ליה בשם בית ומדקדוקים אחרים כאשר יראה הרואה בדב"ק. ודחה כל מה שדקדק מהר"ד יונה לפרש דאיירי באויר. ואף דבמסקנא אזיל בתר פירוש מהר"ד יונה. נראה דה"ט מכח ק"ו מהר"ד יונה:

איך הביא ראיה מהגאונים. דפשוט הוא דלא כתבו כן אלא היכא שאין נוטל גוף קרקע ולא ניחא ליה להרב"ד כ"כ במאי דחילק מעיקרא דכל שהוא הזק גדול א"ץ ג"ש. ואי הוה שמיע ליה דברי מהרימ"ט. למה הוצרך לידחק ולפר' דלא כדמשמע ליה איהו גופיה. ואף דנימא דהוא לא ס"ל הא דמהרימ"ט. מ"מ מנא ליה דמהרשד"ם לא ס"ל כמהרימ"ט. אלא ודאי לא שמיע ליה. ואפשר דאי הוה שמיע ליה הוה הדר:

ומצאתי למהשה"ר מע' שי"ן אות צ"ה שכ' וז"ל. ראובן ושמעון שותפין בחצר אחת אך בחלקו'ת לכל א' מהם בתים מיוחדים אמנם שטח החצר ושאר תשמישי החצר הם בשות' ביניהם ועמד ראובן והכניס לתוך ביתו משטח החצר ושמעון לא אמר ליה ולא מידי ואחז"ר עמד שמעון ורצה להכניס לביתו משטח החצר ג"כ וערער עליו ראובן באמור לו כיון ששתקת כשהכנסתי אני משטח החצר מחלת לי וזכיתי ממה שהכנסתי משטח החצר ועכשיו אי אתה רשאי לקחה משטח החצר כי איני רוצה למחול על חלקי ושמעון השב ישיב כי לא מחלתי לך אלא על סמך לכשארצה גם אנכי לקחת ג"כ משטח החצר רשאי אני על דנא פתגם נשאל הר' בית דוד ז"ל בח"מ סי' צ"ו מהספר והעלה דהדין עם שמעון. ע"כ:

ואהמ"ר דבריו תמוהים דמשתמען מלוהי דלהרב"ד דוקא הבנין יכול לבנות גם הוא אבל אם אינו רוצה לבנות אינו יכול לומר סתור מה שבנית. ואין כן מסקנת הרב"ד. דבמסקנא אזיל ומודה לפי' מהר"ד יונה דהשתיקה לא הוי כנתרצה לחלוק ויכול הלה לומר לו סתור. ומאי דכתב המשה"ר ז"ל הוא מאי דאסיק אדעתיה הרב"ד ז"ל. ואיך לא שלטא עינא פקיחא במסקנא דמילתא דהדר ביה:

וראיתי לחו"ר סאלי יע"א הי"ו שכ' וז"ל גם דעדיפא מינה איכא למימר דלוי זה אפי' לכתחילה יכול לבנות כמו שבנה ולעשות צורת פתח וכמו שבא הדבר מפורש במשה"ר במע' שי"ן אות צ"ה וכו' [הו"ד למעלה] וממנו נקח לראובן זה שבא לערער שאין בדבריו כלום הואיל והוא עצמו הקדים לפורענות ועשה בבית שלו כמו שעשה לוי זה וכמ"ש

בשאלה א"כ לוי זה יזכה לעשות כמוהו ואין להשיב ולומר דשאני נדון הרב"ד ז"ל מנדו"ד דכאן הואיל ובשעה שבנה ראובן היה עדיין הבית של העכו"ם ואח"ך מכרו לשמעון ושמעון ללוי וא"כ הרי פנים חדשות באו לכאן וכיצד יאמר כן לוי לראובן בשעה שבנית בגבולך היה בדעתי שאבנה גם אנכי בגבולי הרי לא ידעינן דעת העכו"ם המוכר הראשון שבימיו נעשה גדר זה. אלא כד דייקת שפיר בפסקו של הרב תראה שאין זה דחייה דיש לנו לב לדעת היאך פסק הרב כן מכח מה שאומר שמעון שבדעתי היה על סמך וכו' הרי קי"ל דברים שבלב אינם דברים והיה צריך לגלות דעתו דלא מחל ובכל עת וזמן שירצה יטול גם הוא ואזי יזכה מדין חלוקת השות' ועכשיו ששתק מאן לימא לן דלא מחל אלא מוכרח לומר דאפי' בלי שום גילוי דעתא כך הדין נותן הואיל ושותפים הם באמצע החצר ובא אחד ונטל חלק בראש וחבירו שתק אינו בדין שיפסיד זה חלק הנוגע לו במה שנטל חבירו אלא דינו הוא מדשתק מחל לו באותו מקום ויהיה קנוי לו כנגד זה החלק גם הוא במקום אחר וכו' והדבר מוסכם מצד הסברא דדמי זה השותפין בחצר לשאר שות' דעלמא שכל א' יש לו קרן בכיס זה מנה וזה מנה האם נאמר שאם אחד מהם נטל מן הקרן סך מה בפני חבירו לעשות בהם צרכיו וחבירו ראה ושתק האם נאמר שחבירו שתק לו ליטול אותם לתורת מחילה מהאמצע אלא הכוונה דנטל אדעתא שיטול חבירו נגדו וא"כ גם כאן בשעה שבנה ראובן זה והכניס האלנבח לתוך ביתו ודאי דעת ראובן זה ודעת העכו"ם שוה בזה ואין חילוק בין עכו"ם לישראל בזה כלל ומשעה שבנה ראובן נקנה לעכו"ם גם הוא להכניס האלנבח ולהשתמש בד' אמות הצריך לפתח אשר יעשה וא"כ הוי כאלו הוברר לו המקום ושלו הוא לבנות כאשר בנה ראובן וא"כ כל מה שזכה העכו"ם מכר והוי מוכר הבית ושטח האלנבח להכניסו לבית ולהשתמש בסמוך לו. ע"כ:

ותימא הוא בעיני. דאיך תמהו על מאי דפסק הרב שהדין עם שמעון ממאי דקי"ל דברים שבלב אינם דברים וא"כ הוה צריך לגלויי דעתיה. דלדידהו אי הוה פסק הרב הדין עם ראובן הוה אתי שפיר. ואדרבא כל בתר איפכא וזיל לאידך גיסא. דאי קשיא הא קשיא. דמאחר דראובן לא בא לזכות אלא מכח שתיקה כמ"ש המשה"ר וז"ל וערער עליו ראובן באמור לו כיון ששתקת וכו' מחלת לי וזכיתי. א"כ פשיטא דבשתיקה לא החזיק ויכול לומר לו שמעון סתור בניניך דמה ששתקתי אינו ראיה שנתרציתי אלא הרי הוא כבעל הקרקע שמחזיק בו אחר והוא שותק שאין השתיקה כלום. ואפי' לדברי הגאונים דסברי דבשאר נזקין הוי חזקה לאלתר. ה"ד בדליכא חסרון קרקע אבל היכא דאיכא חסרון

קרקע בעי ג"ש וטענה וכמ"ש הרשב"א הבי"ד הב"י בסי' קנ"ג ושכ"כ הכנה"ג שם משם רשב"ם ז"ל ובקושית מהר"ד יונה וכבר בארנו כל זה לעיל:

ועוד תימא איך כתבו בפשוט להביא ראיה מהמשה"ר ז"ל מאחר דלא נתבאר בשאלה זמן בנין ראובן וטענתו ואפשר דלית ליה שני חזקה ובא בטענה דמהני כמ"ש מהרימ"ט בתשו' הנז' וז"ל ואם בא מחמת טענה שקנה מהשות' חלק במקום והרי הוא בשאר הגארדק בשות' לענין אותו המקום נחית לכולא מקרי ועלתה לו חזקה בג"ש ע"כ:

וא"כ אין מכאן ראיה. דהמשה"ר אירי בראובן שבא מכח מחילה ושתיקה:

ואף אם בנד"ד לא יטעון ראובן אלא מחמת שתיקה צריך לידע מהו הדין בדיניהם דאם בדיני הגוים החזיק ראובן אפי' בשתיקה לחוד א"כ לוי הבא מכח הכותי הרי הוא כמוהו ולא עדיף מדאתי מחמתיה ומה מכר ראשון לשני וכו'. ובודאי דהרבנים הפוס' הי"ו לא שלטו מאורי אור עיניהם בשרשן של דברים:

עוד ראיתי להרבנים הנז' היו שכתבו וזל"ה הואיל ויש שם אכסדרה לפני הבית אפי' מה שהוסיף יותר על הד"א שלפני ביתו זכה. והביאו דברי הר' דבר משה ח"ב סי' כ"ג וז"ל כ' מהרי"ד נר"ו נשאלתי על חלל שתחת הגארדקי [הוא אכסדרה] אם הוא מבעל הגרדקי ויכול להקיפו ולסותמו לעצמו או אם הוא כמו כל שאר חלל החצר שהוא משותף עם כל שאר בני החצר וזכורני שיש מחלוקת בין הר' מהרח"ש ז"ל שכ' בסי' ס"ב מח"א שהוא של בעל הגארדקי ושדומה לו שכן דן ה' מהרשד"ם ז"ל והר' לחם רב ז"ל נראה מדבריו שהוא כחלל החצר יע"ש שהעלה שראוי לדון כמהרח"ש. וע"ז כתבו הרי לפניך דלא מלבד דהדבר במחלוקת שנוי וא"כ לוי שכבר בנה יכול לומר קי"ל כמהרח"ש ומהרשד"ם ז"ל דסברי מרנן דהאגארדקי יכולין בעליו לסותמו לעצמו דבמקום שכבר עשה הזק אליבא דכ"ע המזיק קרוי מוחזק. ומכ"ש להדב"מ דהכריע כמהרח"ש א"כ ודאי דזכה איש הביניים ועי' בדב"מ ותראה מדבריו דגארדקי הוא ממש האלנבח שאנחנו עושים בחצרות שלנו עכת"ד:

ולדידי חזי לי שותא דרבנן לא ידענא. דהגארדקי דאיפליגו ביה רבנן מהרח"ש ומהרשד"ם ז"ל הוא במי שהחזיק לבנות באויר החצר נשען על עמודים נעוצים בחצר דמ"ש כיון שהגארדקי הוא שלו שהחזיק בו החזיק ג"כ באויר דביני עמודי שתחתיו ויכול לסותמו. ומ"ר סבר דבגארדקי החזיק ואולם במה שתחתיו לא החזיק והרי הוא כשאר אויר החצר. ואחד הרואה בדבריהם דרבנן הרב"ב והדב"מ ז"ל לבבו יבין שכן הוא. לא כן בנד"ד דמסתמא זה הפונדק הוא כבנין שלנו ותחת התקרה המפסקת בין האלפוקי

של הפונדק להאספלי לא יש שום בנין באויר האלנבח שהחזיק בו לוי לשנאמר דהחזיק גם באויר שתחתיו:
באופן דלא דמי נד"ד לנדון הרבנים אפי' כעוכלה וכו' ורב המרחק ביניהם ולא ראי זה וכו':
ומקום יש בראש לעמוד באיזה מקומות אחרים בדברי הרבנים הפוס' הי"ו אלא שאין הזמן מסכים:
איך שיהיה זו הלכה העלו דמן הדין הגמור זכה לוי במה שכבר בנה. בין בתחום ד"א בין על כל שטח האלנבח אפי' לעשות צורת פתח חדש מה שעשה עשוי ע"כ. וכן הוא לענ"ד בבא מחמת חלוקה כמש"ל:
כלל העולה בה"ג דאנן קיימין ביה. דאם טענתיה דלוי הבונה היא מחמת הד"א דאית ליה קמי פתחא. אין טענתו כלום וכמ"ש הראד"ב ז"ל כמש"ל ובפרט לדידן דגרירנא בתר מרן ז"ל דס"ל כמ"ד דאינן קנויות לו ק"ג כדכתיבנא לעיל. ואם טענתיה היא שקנה מהשות' חלקם במקום ההוא ולא נסתלק מן השאר הוא צריך ג"ש וטענה ונחית לכולא מקרי וכמש"ל משם מהרימ"ט ז"ל ואולם בבא בטענת חלוקה הדין עמו דבמה ששתק נתרצה לחלוק וכ"א משאר השות' יכול ליטול גם הוא חלק א' מהפונדק סמוך לחנותו כמוהו והיה הנשאר הוא לכולם בשות'. דהחלוקה לא הוי חסרון קרקע ולאלתר החזיק לכ"ע אף לרבותינו החולקים על הגאונים כמ"ש מהרימ"ט ז"ל. וכ"ש לדידן דקי"ל כדעת הגאונים ז"ל כמבואר בש"ע. זהו הנלע"ד בזה וצוויי"ם וימ"ן. הכ"ד החו"פ פאס יע"א בחדש אב הרחמן יה"ל מש' והגידו ל"ך א"ת דב"ר המשפט לפ"ק:
ע"ה שלמה אבן דנאן הי"ו

סימן ב

שאלה. ראובן בחור היה מתאכסן בבית אלמנה אחת. ולה בת גדולה בשנים והן בעון נכשל בה. ויהי היום הגידה לו לאמר כי הנה היא הרה וכי ממנו נתעברה [והוא מכחיש כעת ואו' שיש לו ראיות כי מקודם לזה היתה הרה לזנונים] וא"כ צריך לכסות את קלונו וקלונה במה שמהור ימהרנה לו לאשה [והוא אומר כי הגזימו עליו לפרסם קלונו וכו' וכדי להשקיט מעליו וכו' הודה להם] ועמד וקדשה בלילה בפני שנים, האחד הננו אחי אמה חרש המדבר ואינו שומע והשני בן אחות אמה וכתב לה אז שטר הודאה בלשון לעז ובגופין שלהם כי הוא לקח לו לפלונית לאשה בפני פ' ופ' הנז' וחתם ומסר בידה בינו ובינה וזמן הכתיבת יד הנז"ל מוקדם כמו שנה א' לזמן הקידושין הנז"ל. ואחר ימים שיש

בהם ירחים הלכו ראובן הנז' והבת הנז' לעיר אחרת סמוכה וקבצו עשרה ובתוכם העדים הנז' וברכו ברכות וקראו הכתובה וחתמו בה עדים קרובים. גם חתם בחתי' כנהוג ולא קידשה אז בטענה שכבר קבלה קידושין מקודם ורמז על הטבעת שהיתה באצבעה כי הם היו הקידושין. ע"כ הגיעה תורף השאלה. כפי מה שהוגד לי מפי ראובן והמתקדשת הנז' זה שלא בפני זה וגם מקצת שמעתי ביום שהזמינוני לשמוע בעש"ג וע"פ הצעת השאלה הנז' כתבתי רובה דאיתיה קמן:

איכו השתא אמרת הבא נבא לחקור דבר מפי עדי הקידושין ושלחתי אחריהם ולא יכולו לבא שניהם יחד ובא מסרף הכלה לבדו. הוא העד בקידושין. ובבואו פקד עלי לדבר עמו בקול גדול באזנו ממש וכן עשיתי ושאלתיו איך היה הענין והאריך למעניתו להגיד איך היו הברכות וההליכה לעיר הסמוכה הנז' והמקום שבו נעשו הברכות דברים שאין בהם תכלית ואחר החקירה הגיד כי היו שם שני כוסות ושנקראת הכתובה מפי בעל אחות אם הכלה אבי העד הב' של הקידושין ועל הקידושין השיב כי לא רצה ראובן לקדשה באומרו שכבר היא מקודשת ורמז על הטבעת שבידה שכבר נתקדשה מאז ושאלתיו על עיקר הקידושין ואמר שאינו יודע יותר. ואחר רוב החקירות אמר שזכר כי מקודם לכן אינו יודע כמה זמן. בלילה א' נתן לה טבעת בפניו ובפני בן אחותו. ושאלתיו אם היו עוד אחרים אנשים או נשים ואמר כי לא היה שום אדם גם חקרתי אם אמר לה איזה דבר בעת נתינת הטבעת ואמר שכן אמר לה דברים. אמרתי לו לומר לי נוסח הדברים שאמר לה והבטיחני לומר לי אך שאצפה לו עד שיזכור והמתנתי לו הרבה וסוף דבר לא זכר כלום. וגם העיד שבלילה א' אחר הנישואין ראה אותם שנתייחדו. ובא אח"ך העיד הב' והכחיש בעדותו שלא היה אלא כוס א' ושלא רמז על הטבעת. אך כי אז השיב ראובן כי אין צריכה קידושין שכבר היא מקודשת. ועל עיקר הקידושין ההוא אמר שלא אמר לה כלום רק שמסר הטבעת בפניהם ואחר ההגזמות אמר שעל הרוב לא אמר לה כלום ויען כי העד הב' הנז' היה בן בית שם יוצא ונכנס בקבע לשם בין ביום בין בלילה חקרתי ממנו לדעת איך היה אותו הזוג מתנהגים אחר הברכות הנז' והוא ענה אין כל חדש. כי גם מאז ואילך לא היה להם חדר מיוחד לשינה. אך שהיא היתה ישנה עם אמה בחדרה והוא לבדו כמאז ועוד הוסיף להעיד שהגידה לו קרובתו הכלה הנז' כי מאז ואילך לא קרב אליה כלל אפי' בהחבא כלל. ויען אמרתי לו כי איך אפשר שקדשה וכתב כתובה והחתים וחתם וכו' ונתברכו ברכות ולא קרב זא"ז ולמה כל החרדה והשיב כי מעיקרא אדעתא דהכי נעשה הכל להשתיק שאגת אמה על שהיתה מעוברת. והיו אומרים לו כי ממנו הוא כמעשהו. ושחרפו אותו לומר שבזנות נתעברה ושהיתה רוצה

לפרוס קלונו וכו' וכו' ושעל כן הקדים זמן הכתב יד של הקידו' לומר שאחר הקידושין נתעברה בהיתר לפי דעתם. ושאח"כ שנתברר לו כי לא ממנו היא מעוברת ע"כ נתן לה כתף סוררת. גם העיד שלא ספרה נקיים ולא טבלה כלל לנדתה וכאלה רבות עמו לזכות ראובן הנז' גם אבי העד הב' הנז' הוא בעל אחות אם הכלה הוא המסדר הברכות העיד בגדלו שלא היה שם רק כוס א' של ברכת אירוסין ושלא אבה ראובן לקדשה באומרו כבר היא מקודשת ושהוא המסדר לא ידע כלל מהקידושין עד אז שהגיד ראובן שהיא מקודשת כבר ושגם הכתובה לא הניחו ראובן לקרות ושלא התפיס לחתן בקוש'. רק שחתם החתן ושנים קרובים. גם עד א' בלתי קרוב לא נודע מי הוא ע"כ הגיעו דברי עדותם זה שלא בפני זה ושלא בפני החתן והכלה כי לא היה אפשר לקבצם מפני כמה סיבות וכ"ז אחר האיום והגיזום. וכ"ז איננו שוה לי כי רואני כי להיות העדים הנז' עדי הקידושין הם עמי הארצות גמורים ולא דעת ולא תבונה בהם חומר הנושא ואפי' מסדר הברכות מסופקני בו אם הוא יודע לקרות הכתובה אף באין מבין כי להבין פשיטא דלא ואפשר כי מפני זה הוא מכחיש העדים ואומר שלא קרא הכתובה הנז' ע"כ לבי מהסם בדבר. נקוט מיהא כי הצד השוה שבהם הוא כי בעיקר הקידושין לא היו שם רק מסרף הכלה הנז' הבלתי שומע רק בהרמת קול ובאזנו ובדוחק והשני הוא בן אחות אמה ושניהם מודים גם כן כנז' גם בפני הערכאות ובפני הודית כן הכלה ואמה התובעים הנז' גם הכתב יד של' הקידושין הוא מעיד כן גם כולם מעידים בה בעת הברכות לא היו שם קידושין בפועל כלל גם העידו כולם כי רוב העשרה היו קרובים ושהיה הכל בסוד גדול ושארית המנין קבצו מעיר הסמוכה בשכר ששלם להם החתן הנז' וגם אני הכותב שמעתי מאיזה יחיד העירה פה יע"א כי לא ידעו מזה עד אשר הלך החתן הנז' לעיר אחרת אחר שעברו ב' חדשים מהברכות הנז' שאז יצא מן העיר וגם מאם הכלה ומהכלה עצמה שמעתי בפירוש שהיו מתאוננות על שלא ידעו שקידושין בעדים קרובים ל"מ. באופן כי הנראה ברור כי עדים אחרים לא היו במעמד הקידושין כלל וגם שלא היו קידושין אחרים. גם הועד כי העד האחר הכשר החותם בכתובה לקח שכרו. וגם האחרים לקחו כל א' חצי צ'ורו מלבד א' מהם שלקח צ'ורו א' ושעל הרוב הוא העד החותם הנז' עד כאן הגיע תורף המעשה איך היה:

תנתן לי נפשי בשאלתי מנייהו מלכי רבנן דפקיע שמייהו אשר תגיע להם נוסח השאלה. ואת אשר צידדתי בה בענין הקידושין [את אשר יורו גם בענין חיוב תנאי הכתובה והכתובה עצמה ואת בת הנולדת] להשיבני דבר ברור אם יש לחוש לקידושין וכו' הללו אם לאו וגם לברר דעתם אם חייב הוא בכתובה ותנאיה. ונ"מ למען דעת מה לעשות

להשיב שואלי מהשררה יר"ה תשובה ברורה. והנני מבאר שיחותי כי הנה האשה המתקדשת הנז' ואמה ת"מ הגישו משפטן לפני הערכאות שלהם לתבוע מזון האשה והבת הנולדת. באמצעות מורשה אבוגאדו כנהוג והוכרח הבחור להעמיד מורשה להפך בזכותו כנהוג והזמינוני גם אני בעניי בערב חג השבועות תמטר לפני הערכאות יר"ה והתחילו בטענותיהם משני הצדדים וסו"ד היה המורשה של הבחור מביא ראיות כי כפי חקי המדינה ששם עשו הנישואין אין הנישואין מועילים כלל גם כפי העדאת העדים כן היה יוצא הדין כפי נמוסיהם שאין הנישואין שוים כלום. וקודם שישאלוני להגיד מהו הדין לפי תורתינו הקדושה אם הנישואין מועילים אם לא. טען השופט הגדול כי אין המכוון באותו מצב לברר אם היא נשואה אם לאו. רק לברר אם חייב לפרוע לזקנה אם המתקדשת דמי מזונות בתה ובת בתה מאחר שהוא הביאה לביתה כאלו היא אשתו והאכילה אותה ואת בתה ומה לה לידע אם הנישואין הם טובים אם לאו וע"פ טענה זו נתחייב הבחור הנז' לפרוע סך גדול ארבע מאות צ'ורוס עד זמן שהודית שנתברר לה לפי דבריה הספק הנז'. ואמר השופט יר"ה כי עוד חזון למועד יעמדו על המשפט לברר על הנישואין. ואם יהיו הנישואין כשרים לפי דתינו שתתעלה אזי יחייבוהו במזונות האשה כל ימי חייה אף אם לא יהיה להיות עמה לא אכפת להו בזה בין הכי ובין הכי לא באתי לידי שאלה וברוך ה' כי הפליא חסדו לי אז. ובכן נפשי בשאלתי אם ישאלוני כנז' היכול אוכל להשיב כי אינה אשתו לפי ד"ת שתת' א"ל. והא ודאי כי אם דעתם דעתייהו דרבנן דקידושין הללו מגן שויא ככל אשר צידדנו בעניותין. הא פשיטא כי בפה מלא אשיבה אתהן כי אין כאן בית מיחוש. ואולם עיקר שאלתי הוא אם יהיה האופן דלדידהו רבנן מידי ספיקא לא נפקא משום חומרא דאשת איש להצריכה גטא ולפוטרו מתנאי כתובה היכול אוכל לומר בבית המשפט יר"ה. כי אינה אשתו ליפטר ממזונותיה כי בשררה יר"ה לא אוכל לומר שצריכה גט ופטור ממזונותיה. אי משום דלדידהו הוו תרתי דסתרן. ואי משום כי אי אפשר להוסיף בתשובה יותר ממה שהם שואלים. וגם הם אינם דנים היהודים בדיננו. רק אחר שבדיניהם אינה נשואה ירצו לדעת אם בדיננו היא נשואה לבד ואח"כ הם ידונו על המזונות כדין נשואה בדיניהם וגם הגירושין לא יועילו לפוטרו מתנאי כתובה. וא"כ האם אוכל לומר שאינה נשואה לפוטרו לזה. ואודיע אח"כ בצנעה שהיא צריכה גט וכיוצא בזה:

ובכן אחלה פנ"ק ישתדלו להוציא לאור משפט זה. וכשאני לעצמי קרינא אנפשין אין חבוש וכו' גם כי ידענא בנפשאי ערכי עלי. גם כי בלא ספרים מצורף אל רוב טרדותי ועמהם הס"ר ושכמ"ה:

תשובה. ראה ראיתי את השאלה הלזו ואת אשר נגזר עליה מאת הרב המופלא. דיינא הוא ונחית לעומקא דדינא. כמהר"ר משה ן' נאיים הי"ו. אשר האריך למעניתו ברוח מבינתו. ולרוב הענוה. בקש ממנו לחוות דעתינו. ולחומר ערוה החמורה. כי היכי דלמטי שיבא מכשורה. ואף כי מה אני יהלוך במלי דשמעתא. דבעיא צלותא דדעתא. ותושיה נדחה מתלאות וזמן הבוגד והיה העלמ'ה. דבקו צערי'ם ואין ביניהם אפי' כמלא נימא. אולם היותי נכוה בפוצרי'ן. אין אני בן חורין. אז אמרתי ללקט אורו'ת קדשים. דברים עתיקים. מספרן של צדיקים הלכתא רברבתא. ופלוגתא דרבוותא. ומינייהו רווחא. שמעתתא אליבא דהלכתא. והשתא נחזי אנן בהאי סהדותא. אי אית בה ריעותא ובתר כן אי מפסלי מדרבנן או מדאורייתא. ואי שוייא אנפשה חתיכה דאיסורא. מהם תצא תורה:

הנה בהשקפה פורתא. חזי הוית דלית כאן משא בהאי סהדותא. דהא עד קמא אסהיד מעיקרא על עיקר הקידושין שאינו יודע יותר. ולפ"ז אין כאן עדות כלל. ואף למאי דאסהיד בתר הכי שנתן לה הטבעת ואמר לה דברים ואינו זוכר אותם. אין כאן עדות שלמה. כיון דלא אסהיד לשנא דאמר לה וכה"ג נשאל ה' מהריב"ל ז"ל ח"א כ"ג סי' י"ט ד' נח'. ועל ז'ה מ'ר הוא דאמר דחזינא בהאי סהדותא דריעא. דמאן לימא שלא אמר הריני אישך הריני בעלך הריני ארוסך. וכתבו כל הפוס' דאפי' במדבר עמה על עסקי קידושיה לא הוו אפיו ספק קידושין והעמד אשה בחזקת פנויה כיון שלא ידענ' בבירור שאמר לשון קידושין דמהני ע"כ. ודון מינה למאי דאנן קיימין ביה. דכיון דלא אסהיד בבירור דאמר לה לשנא מעלייא דמהני בקידושין. לית כאן סהדותא:

איברא דחזר בו הרב בנדון דידיה וכתב דיש לחוש ולהחמיר כיון שהיו מדברים על עסקי קידושין אם היתה שותקת ודאי דהיתה מקודשת וכיון דהכי הוא אין לנו מספק להקל ולומר שמא אמר לישני דלא מהני כלל אדרבא אית לן למימר העמד זאת האשה בחזקתה שהיא מקודשת ע"כ. מ"מ בנ"ד דלא איתברר לנא שהיו מדברים בעסקי קידושין וכדבעינא למיכתב לקמן בס"ד. גם הרב יודה:

אלא דקשיא לי טובא על ה' מהריב"ל במ"ש דאם אמר הריני אישך וכו' שדעת כל הפוסקים דאפי' במדבר עמה על עסקי קדושיה לא הוו אפי' ספק קידושין. איך לא שלטו מאורי אור עיני קדשו בדברי רבינו ירוחם והביא דבריו הב"י סי' כ"ז שיש חולקים ואומרים שהיא מקודשת ודאי וי"א שהיא מקודשת בספק ואף למאי דהדר ביה הוא מטעם אחר כאשר יראה הרואה אבל אכתי בסברתו עומד. שוב ראיתי להכנה"ג אה"ע סי' כ"ז הגהב"י אות פ"ז שתמה על זה. יע"ש:

גם ה' מהר"י אירגאס ז"ל בתשו' סי' ט"ו נשאל בעד אחד שראה איך ראובן לקח טבעת מידו ושם באצבע קטנה של אלמנה ואינו זוכר מה שאמר ראובן אל האלמנה רק שמע שאמר מלת לך והשיב דעדותו בטלה דאמאי קא מסהיד. אם משום שראה שנתן ראובן הטבעת באצבע קטנה של האלמנה. הלא אין זה כלום כיון שאינו זוכר מה אמר לה דדילמא הרי לך במתנה אמר א"נ הרי את מקודשת לך אמר. אלא ודאי כל שלא העד העד בבירור ששמע מפי המקדש לשון שמוכח מי הוא המקדש ומי היא המקודשת לאו עדות הוא כלל וזה פשוט אין צורך לראייה יע"ש דשלא יהיה פתחון פה לבע"ד לחלוק האריך בראיות מספרן של צדיקים ולא זכר שר ההיא דמוהריב"ל ז"ל:

וע"ע שם בסי' י"ז ומבואר שם דהסכימו עמו כמה רבוותא. ואף דהתם מבואר דפליג עליה חכם אחד וחשש להחמיר דדילמא הכי אמר לה הרי את מקודשת לי בטבעת זו שאני נותן לך. התם הט' דהעד הב' העד דאמר לה הרי את מקודשת לי והר"ן בתשו' סי' ל"ד כתב דראוי לכוין דברי שני העדים שלא יכחישו זא"ז. ולזה חשש אותו חכם להחמיר כדי שתהיה עדותם מכוונת. ומהר"י אירגאס פליג עליה שם. ובנ"ד דליתא לכה"ג דידהו אף החכם החולק יודה:

גם ה' משה"ר מנימוק"י מהרמ"א חאה"ע סי' מ"ב כתב דאף בערוה החמורה לא אמרינן דשמא היה מדבר כהלכה כמו שאומר העד הזוכר ונהי דודאי מקודשת לא אמרינן אבל ספק מקודשת הויא וכי בשביל שלא זכר העד הב' עכשיו אזדו להו הקידושין שהיו כהלכה מה נעשה באותן קידושין ומן הראוי היה להחמיר מספק. דכיון שאינו זוכר העדות שפיר אמרינן דלא חיישינן לספיקא ואוקמה אחזקת פנויה ואפי' ספיקא דרבנן לית בה. והביא ראיה לדבריו מספרן ש"צ ומדברי הרב דברי יוסף הנז'. יע"ש:

גם ה' שער אשר חאה"ע סי' ל"א דן את הדין באחד שהעיד שראובן קדש לפניו ולפני עד אחר נערה אחת בטבעת זהב ושמע מהמקדש בשעה שנתן הטבעת ליד הנערה לשון קידושין ודיבר עמה דברים ואינו יודע הלשון שדיבר כ"א ששמע לשון קידושין. דלא מהני האי סהדותא כיון שלא הבין הדברים שאמר המקדש והביא ראיה מההיא דמהריב"ל הנז':

ומינייהו מלכי נילף ג"כ למאי דאסהיד אידך סהדא אחר ההגזמות על מסירת הטבעת ששעל הרוב לא אמר לה כלום דלא החלט העדות אלא איכא ספיקא קמיה פורתא דדילמא אמר לה. ופשוט דבכלל דבריו דלא ידע מאי אמר לה. דלית בהאי סהדותא משום. אך מאי דאסהיד מעיקרא בפשוט דלא אמר לה כלום. יתבאר להלן בס"ד:

והגם דאם הלב מהסם וירצה לפקפק מחומר ערוה החמורה מההיא דמשפטי שמואל שהביא דבריו הכנה"ג אה"ע סי' כ"ז הגה"ט אות כ"ד וז"ל שטר קידושין שכתב קדש פ' את פלונית. מסתמא משמע שקידושין שאמר כדרך כל הקידושין הרי את מקודשת לי. ע"כ. ואף אנן נמי נימא דכיון דסהדא קמא אסהיד על נתינת הטבעת ושכן אמר לה דברים. דמסתמא הן הן הדברים דאמר לה כדרך כל הקידושין הרי את וכו' הא לאו מילתא היא. דשאני התם דאסהידו סהדי להדייא בזה הלשון שקדש וגם אמרינן דאי הוו הנהו סהדי הכא הוו מפרשי הכי. אבל הכא לא אשכחן להדייא בדברי העד לשון קידושין ותו מדשכח אותם ואף אחר שהמתין לו לא זכר כלום. מוכח דלא אמר לה הרי את וכו' שהשכל מחייב והסברא גוזרת לומר שאין שר של שכחה שולט בדבר ידוע שהוא מורגל בפי כל אדם אנשים ונשים ואף אם נתחלפו לו התיבות קצת מחסרון ידיעה כאשר עמי הארצות משבשין התיבות. היה אומרם כאשר משובשים אצלו. ומדשכח לגמרי ודאי דדברים אחרים שאינם ידועים הם ולכך טעה ונתחלפו לו עד ששכח לגמרי לפי שאינם ידועים אצלו אפי' בלשון משובש:

ועדיפא מינה אני אומר שאפי' אם יבא זה העד עכשיו לפרש דבריו לומר דהדברים ההם הם הלשון המורגל לא מהימנן ליה. ואע"ג שכתב הב"י בסי' כ"ט מחו' ג' שכתב הר"ן בתשו' כל שאנו יכולין לכוין דברי העד כדי שלא תהא עדותו מוכחשת יש לנו לכוין דבריו כשם שיש לנו לתרץ דברי שני עדים הנראים מכחישים זא"ז כדי שתהא עדותן מכוונת תולין בכל מה שאפשר, ע"כ. והעלה על שלחנו הטהור ס"א. דמזה מוכח דיכול העד לפרש דבריו ולומר דברים שאמרתי לפניכם סתם הן הן הלשון המורגל מ"מ בנ"ד אינו יכול לפרש כך דלשון זה דרגילים ביה אינשי לא משכחת ביה שכחה ומדשכח כ"כ אפי' אחר דרמא אנפשיה לאדכורי ודאי דאינו אלא חוזר ומגיד:

ומתורתו של רבינו בצלאל בתשו' סי' ה' ד' ל' ע"א למדנו חילוק זה. ועדיפא מינה כתב ה' שם בעד אחד שמתחילה העיד שנתן לה טבעת אחת של זהב לקידושין ושוב אחר זמן חזר והעיד שכך אמר לה בעת הקידושין שנתן לה הרי את מקודשת לי באותה טבעת של זהב. דהוי מוכחש מנפשיה. ואין לומר דבתחי'. סתם ואח"ך פירש אופן הקידושין וכמ"ש הר"ן ז"ל בתשו'. שהרי הר"ן גופיה כתב דאותה תשובה שכל דבר שהעדים מצויים לטעות יכולים לברר דבריהם ואין בזה חוזר ומגיד. משמע דוקא שהעדים מצויים לטעות בו. ובנ"ד כל העולם חושבין שצריך שיאמר לה הרי את מקודשת לי ובמאי טעה שלא אמר כן מעיקרא לכך קרוב הדבר לומר שאין זה בירור אלא סתירה יעו"ש:

איברא דמצינו למר"ן בתשו' דיני קידושין סי' יו"ד שכתב בעד אחד שהעיד שאמר לה אני נותן לך זה לקידושין והשני העיד שאמר לה הרי את מקודשת וכו' שיש לומר כיון דאידך סהדא אסהיד דאמר לה הרי את וכו' אית לן למימר דהאי נמי כן בעי למימר אלא דלא ידע לכוין הדברים בלה"ק דכל מאי דאפשר לפרושי סהדותייהו כי היכי דלא לכחשו אהדדי מפרשינן. ע"כ ע"ש:

גם בתשו' למוהר"א ן' נחמייאש ז"ל הובאה בתשו' מר"ן שם כתב כן. ולכאורה נראה דפליגי ארבי' בצלאל ז"ל:

אמנם אחר ההשקפה קצת נראה דלא פליגי. דע"ך לא קאמרי מר"ן ומוהר"א נחמייאש אלא בנדון דידהו שהיה העד שהעיד שאמר אני נותן זה לקידושין הוא עם הארץ גמור כמבואר שם ולכך סברי מרנן דהאי נמי כן בעי למימר דאמר לה הרי את וכו' אלא דלא ידע לכוין הדברים. אבל רבינו בצלאל לא איירי בעם הארץ אלא במי שהוא יודע לכוין הדברים ולכך כתב שאין זה בירור אלא סתירה שאין העדים מצויים לטעות בו והוא יודע לכוין הדברים כאשר כן הוא באמת שהגיד באחרונה:

וזאת אגיד כי לבי מהסם בההיא תשובה דסי' יו"ד דאנכי הרואה כמעט כל לשונה קיצור מדברי תשו' מהר"א נחמייאס. ואף דשמא דמר מר"ן מלכא תתים עלה. נפלאתי ולבי מפקפק דלא ראיתי כיוצא בזה בספרן ש"צ. עד שמצאתי להברכ"י ח"מ סי' ל"ד שכתב וז"ל וגמגום אני רואה בתשובת מר"ן הנז' שכמעט רוב התשובה הם דברי תשובת הר"א ן' נחמייאש בשינוי לשון קצת ומסופקני אם היא מתורת מר"ן כי אין שני נביאים וכו' ושמא לאו מר חתים עלה אבל מהרח"ש והכנה"ג א"ה סי' מ"ב ודעמייהו החזיקוה לתשו' מר"ן ואין ראי' מאשר בדפוס חתומה נתנה משם גדול מר"ן. כי כמה זימני אירע כן בתשובות. דהמסדר והמגיה בם יהיו חותמים לפי השערתם כידוע. עכ"ל:

שוב ראיתי לה' כרך של רומי סי' כ"ד ד' ק"ג דגזר אומר דאין תשובה זו נידונית בתורת מר"ן כ"א בתורת פוסק דעלמא. ע"ש שהאריך:

והאיר ה' את עיני וראיתי לה' מהרימ"ט ח"א סי' קל"ט שכתב בפשוט להדייא דלאו דמר"ן היא אלא קיצור דברי מהר"א ן' נחמייאש ז"ל שקצרם לכתוב עליהם ולא איסתייעא ליה. ע"כ ואשתמטתייהו לכולהו רבוותא את דברי מוהרימ"ט הנז':

והגם דבנ"ד ג"כ העדים הם עמי הארצות גמורים. אפ"ה נראה דכ"ע יודו דאינו יכול לפרש דבריו דאמר לה הרי את וכו' דדוקא אם זה ע"ה אמר לשון אחר אמרינן דנשתבש ונתחלף לו כי כן דרך ע"ה. אבל בכה"ג דאנן קיימין ביה דשכח מאי דאמר לה אז אמרינן

דאין לשון הרי את וכו' הוא דאמר לה לא היה שוכח לגמרי ולפחות היה אומרו בלשון משובש כאשר נתחלף לו. וכמש"ל:

ומאחר דאפי' העד אינו יכול לפרש דבריו כך. כ"ש אנו דאין אנו יכולין להסתפק שמא אמר לה לשון זה המורגל:

ומה שיש להסתפק למי שירצה לפקפק הוא בלשונות אחרים שאינם מורגלים ואפשר להיות שיהיו מועילים כפי הדין:

ואנכי הרואה דאף אם בשעה שאמר שכן אמר לה דברים הוא היה אומר שאמר לה בפי' הרי את מקודשת לי לא מהימנן ליה. שהרי כתב הב"י בסי' כ"ט משם הר"ן בתשו' וז"ל אל תחשוב שכשתפסו זה הלשון אם עד שלא נחקרה עדותן ומשנחקרה שבא מדקדוק גמור ותלמוד ממנו שאף בדיני ממונות דלא בעי חקירה ודרישה אחר שנתקבל עדותן יכולין לחזור בהן כיון שלא נחקרה עדותן. שזה בודאי אינו שכיון שנגמר עדותו ואין אנו צריכים עוד לדבריו הרי הגיד ושוב אינו חוזר ומגיד. וכן דקדק הב"י מדברי ר"י שכתב המרדכי פ' אד"מ ושכן משמע מההיא דתנאי היו דברינו יעו"ש. וכ"כ הב"ח:

והש"ע כתב וז"ל אחר שהעידה עד בב"ד והוא לאחר כדי דבור אינו יכול לחזור בו. והסמ"ע בסק"א כתב בטור ורמב"ם כ' אחר שנחקרה עדותן בב"ד והמחבר דקדק ושינה לשונם משום דבדיני ממונות ובכל מה שדנין הב"ד בזמן הזה אין צריך דרישה וחקירה ע"כ:

ומצינו למורם במפה בא"ה סי' מ"ב ס"ד דפסק כמ"ד דעדי קידושין אינם צריכים דרישה וחקירה. וכן פסק ה' מוהריב"ץ ז"ל בהגה זו:

וא"כ בנ"ד דמתחילה בעת ששאל אותו ה' מאריה דאתרא על עיקר הקידושין השיב ואמר שאינו יודע יותר אלא שאחר רוב החקירות אמר וכו' כמ"ש בהצעה לך נא ראה. וא"כ אפי' אם היה אומר אחר אותם החקירות והשאלות שאמר לה בפירוש הרי את מקודשת לי. הו"ל חוזר ומגיד. דכיון שאמר מתחילה שאינו יודע יותר. הרי נגמרה העדות ואין אנו צריכים עוד לדבריו ותו אין אנו צריכין לחקור וא"כ הו"ל לאחר כדי דבור דקי"ל אינו חוזר ומגיד:

וכי תימא כיון דמדאורייתא בעי דרישה וחקירה אחד דיני ממונות ואחד דיני נפשות. אלא דרבנן הוא דתקון דלא בעי דו"ח וכדאמרינן בש"ס ר"פ אד"מ. ועי' ערך השולחן סי' ל' ס"א שתמה מהש"ס על הרדב"ז סי' תתמ"א שכתב דאינו אלא מדרבנן:

א"כ נוכל לומר דכ"ז שלא נחקרה עדותו חוזר ומגיד לחומרא ולומר דבעיא גיטא. ושאני ההיא דר"י שהביא המרדכי פ' אד"מ שלמד ממנה הב"י שאם לא היה דין מרומה ולא

היו צריכין דו"ח לא היה יכול לומר מבודין היינו דאינו חוזר ומגיד משום דהוי לחומרא דמתחילה העיד דמקודשת ושוב חזר להעיד דאינה מקודשת דהוי לחומרא:

לא היא. דלמ"ד אינם צריכים דו"ח אמרינן דאינם חוזרים ומגידים אפי' בכה"ג דאנן קיימין ביה. דנמשך מזה קולא. שכן מצינו למר"ן בתשו' דיני קידושין ס' ד' באחד שהעיד מתחילה לשון שאינו מועיל ושוב חזר והעיד בלשון המועיל ונסתפק אי אזלינן בתר לשון א' או בתר לשון אחרון. וע"ז הביא פלוגתא דרבוותא דפליגי אי צריכי בעדי קידושין דו"ח א"ל והעולה מדבריו דלמ"ד אינם צריכים דו"ח אינו חוזר ומגיד ואזלינן בתר לשון ראשון:

גם ה' רבינו בצלאל בתשו' סי' ה' ד' כ"ז ע"ד האריך הרחיב ואסף וקבץ דברי רבוותא דפליגי בעדי קידושין אם צריכים דו"ח א"ל. ושוב כתב ובכל אחד מהשיטות הללו יש בו להקל ולהחמיר ולשיטת הרא"ה ז"ל וריב"ש ז"ל דמחמיר שלא לבטל הקידושין משום דלא נחקרה עדותן בב"ד דאיברא דמצוה לדרוש ולחקור ומיהו אם לא נחקרה עדותן לא יתבטל עדותן נמצא דחומרו קולו דאם נמצא שום קלקול בעדותן דמחמתיה מתבטל העדות שוב אינן יכולין לתקן דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד ואע"פ שלא נחקרה עדותן בב"ד דכיון דנגמר עדות ואין אנו צריכין עוד לדבריו הרי הגיד ושוב אינו חוזר ומגיד ע"כ:

ומתורתו של רבינו בצלאל ז"ל למדנו טפי ממאי דכתבינן אנן בעניותין. שהרי איהו קא עסיק בס' הריב"ש ז"ל דסבר לה מר דאף דבדין מרומה בעינן דו"ח אף בהודאות והלואות וקידושין וכדאמור בש"ס אפ"ה לא בעינן דו"ח כדיני נפשות אלא שצריך הדיין לחקור בו כל מאי דאפשר לא שאם אמר באחד מן החקירות איני יודע שתהא עדותן בטלה כדיני נפשות ולכך אף אם לא נחקרה עדותן לא בטלה. ומזה למד דכיון דס"ל דאף אם לא נחקרה לא בטלה דדו"ח אינו אלא למצוה ולא לעיכובא וא"כ הרי נגמרה העדות ואין אנו צריכים עוד לדבריו ואינו חוזר ומגיד ונמצא דחומרו קולו:

וגם מתשו' מרן שהצגנו לפניך נראה דהכי סבר לה מר לדעת הריב"ש. שהרי הביא דברי רבוותא דס"ל דדיני עדי קידושין לדיני ממונות דמו דלא בעו דו"ח. ודברי הר"ן בתשו' דבמידי דלא בעי דו"ח תו לא מצו לחזור ולהגיד אף דלא נחקרה העדות. וע"ז כתב וז"ל ואע"ג דבר"פ אד"מ אמרינן דבדין מרומה אפי' בדיני ממונות בעי דו"ח ונד"ד דין מרומה הוא. כבר כתב הריב"ש דלא בעי דו"ח בדיני נפשות ממש אלא שצריך וכו'. ע"כ. מבואר מדבריו דלדעת הריב"ש דלא מצו לחזור אף דלא נחקרה העדות בדין מרומה. ונמצא חומרו קולו. והיינו כדברי רב"א בתשו' הנ"ל:

וכ"ש בנ"ד דאנן לא עסקינן בדין מרומה דודאי למ"ד דעדי קידושין לא בעו דו"ח דאינן יכולין לחזור ולהגיד אף דלא נחקרה עדותן. ואף דמדאורייתא בעו דו"ח לא אמרינן דנוקמא אדינא דאורייתא ומצו לחזור שלא להקל. שהרי הנך רבוותא שהביא מר"ן בתשו' ה"ה הרשב"א והריב"ש ז"ל ודעמייהו ס"ל דאף בעדי קידושין מדאורייתא בעו דו"ח ופליג אהרא"ה שהביא הריטב"א ז"ל דס"ל דבעדי קידושין לא בעינן דו"ח מן התורה וכמ"ש כ"ז בתשו' רב"א ז"ל. ואפ"ה כתב מר"ן ורב"א ז"ל דלמ"ד לא בעו דו"ח ואף להריב"ש דלא מצו לחזור. וכ"ש לנד"ד דאנן קיימין ביה:

אלא דתמיה אנכי דמצינו הדבר מבואר להדייא בדברי הריב"ש גופיה באותה תשובה גופה וז"ל מ"מ כיון שבתחילה הכחישו זה את זה וגם עתה יש קצת הכחשה בעדותן אין לך דין מרומה גדול מזה וגם שהענין מצד עצמו הוא מרומה כמו שכתבתי למעלה. וא"כ היה צריך חקירה ודרישה אפילו בדיני ממונות יותר מעדות אחרת ואעפ"י שאם לא עשו דרישה וחקירה אין עדותן בטלה אבל מ"מ כיון שצריך דו"ח מן הדין ולא נעשית כפי מה שכל שלשת הדיינין מסכימים בעדותן שעשו לפני הדיינין האחרונים י"ל שאע"פ שאין העדות בטלה אבל מ"מ לא נגמרה והיה יכול וידאל דבורייאן לחזור בו כדגרסינן בירושלמי דר"ה תני עדים שהעידו בין לטמא בין לטהר בין לרחק בין לקרב בין לאסור בין להתיר בין לזכות בין לחייב אם עד שלא נחקרה עדותן בב"ד אמרו מבדין אנו הרי אלו נאמנין משנחקרה עדותן בב"ד אמרו מבדין היינו אין נאמנים. ע"כ. הרי מבואר להדייא דכיון דבדין מרומה בעינן דו"ח למצוה אף דלא הוי לעכובא אפ"ה כ"ז שלא נחקרה עדותן עדיין לא נגמרה ויכולין לחזור ואפי' להקל דנדון הריב"ש היה שמתחילה העיד על הקידושין ושוב חזר והעיד שהכל שקר. והוי איפכא ממש ממאי דסברי מרנן מר"ן ורב"א ז"ל בדעת הריב"ש דאין יכולין לחזור אפי' מקולא לחומרא. וזה מן הקצה אל הקצה. וצ"ע כעת:

גם מלשון זה אני תמיה ג"כ עמ"ש הכנה"ג ח"מ סי' ל' הגב"י אות ט' שכתב וז"ל לדעת הריב"ש ז"ל אפי' בדין מרומה אם לא נעשה דו"ח אין עדותן בטלה. הר"ש חקאן הלוי ז"ל בתשו' כי' וכ"כ מהרח"ש ז"ל בחלק א"ה סי' מ"ב וכ"כ בסי' י"ח בשם חכם אחד אבל מהר"י בירב ז"ל בתשו' כי' סי' ע"ד וע"ה כתב שאין להבין כן מדברי הריב"ש ז"ל. ואם לא נעשה דו"ח עדותן בטלה. ע"כ. ושני תשובות הנז' דמהר"י ביר"ב ז"ל לא זכינו לאורם. והרי לשון הריב"ש הנ"ל קרי להדייא דלא כמהר"י ביר"ב. וצ"ע:

איך שיהיה אכתי איכא ראיה לנ"ד דאין הנשואין שוים דשאני נדון דידהו. לכה"ג דאנן קיימין ביה ובפרט מדברי מר"ן שהביא דברי הר"ן דסבר דהיכא דלא בעי דו"ח משנגמרה

העדות לא מצי לחזור אדברי הרמב"ן ודעמיה דס"ל דבעדי קידושין לא בעו דו"ח. ודון מינה ואוקי באתרין:

שו"ר להכנה"ג אה"ע סי' מ"ב הגב"י אות צ"ו וז"ל כתב הרב המחב"ר ז"ל בטור ח"מ סי' כ"ח וכ"ט חקר חקירה. אם העידו בדיני ממונות שאין צריך דו"ח אם יכולים לחזור בהם. והרא"ם ז"ל בח' א' סי' כ"ד כתב בזה מחלוקת בין הפוסקים ולבסוף כתב באיסור א"א אין להקל ע"כ:

אכן נראה דבנדון דידן כיון דמתחילה אמר שאינו יודע יותר הרי נגמר העדות ואינו יכול לחזור ולהגיד שהרי מצינו לרבינו בצלאל ז"ל בתשובתו הרמתה הנז' ד' ל"א ע"ד שכתב וז"ל ונראה דבאומר איני יודע אף בדיני קנסות מכיון שאמר איני יודע הרי נגמרה עדותו ושוב אינו יכול לחזור ולהעד דהא לא שייך בטענת איני יודע דו"ח וכל מידי דליכא דו"ח לאחר שנתקבלה עדותו נגמרה עדותו ואינו יכול לחזור ולהעיד. ע"כ יעו"ש:

ולפ"ז בנ"ד דהעיד מתחילה שאינו יודע. לא מבעיא למ"ד דאינו יכול לחזור ולהעיד. דמשעה שנתקבלה עדותו לפני מי שגדול הרב מאריה דאתרא דידהו. הרי נגמרה עדותו אלא אפי' למ"ד דיכול לחזור. באומר איני יודע דליכא דו"ח. נגמרה עדותו קרינן ביה וכדאמר רב"א ז"ל בתשוב' הרמתה:

ובפרט דמריהטת לשון ההצעה משמע שבשעה ששאל אותו על עיקר הקידושין כבר נעשית החקירה מקודם. שהרי מתחילה כתב הבא נבא לחקור דבר מפי עדי קידושין וכו' ואחר החקירה הגיד וכו'. ושאלתיו על עיקר הקידושין ואמר שאיני יודע יותר. עד כאן. וממרוצת הלשון משמע דגם מה שהשיב על עיקר הקידושין הוא אחר החקירה. וא"כ תו לא מצי לחזור ולהגיד:

גם ממ"ש ואחר רוב החקירות אמר שזכר. מבואר דלא אמר שזכר כ"א עד שעברו עליו הרבה חקירות. והלא בחקירה אחת סגי. וכיון שעברה חקירה אחת ועדיין עומד בעדותו שאינו יודע. א"כ כשאמר שזכר אחר רוב החקירות. הוי לאחר כדי דיבור:

איברא דהרב"י ז"ל בסי' כ"ט הביא פלוגתא דרבוותא באומר איני יודע. דאיכא מ"ד דלא מקרי חוזר ומגיד. ואיכא מ"ד דמקרי חוזר ומגיד יע"ש. והכנה"ג בהגהב"י אות נ"ו כתב וז"ל גם התוס' פ' הכונס כתבו דכשאומרים בבית דין אנו יודעים שוב אינם יכולין להעיד וכו'. נב' גם תשו' הרשב"א הביאה רבינו המחבר ז"ל בטור אה"ע סי' מ"ב והרא"ש ז"ל כלל סוף סי' א' חולקים על הר"ן ז"ל ובס' בח' סתם כדברי הר"ן ז"ל. אבל מוהר"ר בצלאל ז"ל בסי' ה' והר"מ אלשיך ז"ל בסי' ק"ד דחו כל ראיות רבינו המחב"ר ז"ל והעלו דכל שאמר איני יודע הוי חוזר ומגיד וכן נראה מס' בני שמואל. ע"כ. ובאות

נ"ט כתב וז"ל אמר העד איני זוכר. פלוגתא דרבוותא. להר"ן יכול לחזור ולהעד יודע אני. ולהרמב"ן ולהרשב"א והריטב"א ז"ל אינו יכול לומר נזכרתי. ולהם שומעין שהם רבים. הר"ר בצלאל סי' ה' הר"מ אלשיך ז"ל בסי' ק"ד כתב דלכ"ע הוו חוזרים ומגידים. ואני ראיתי תשו' הרא"ש ז"ל כלל ס' סי' א' כתב כשאמר איני זוכר חוזר ומגיד. וראיתי בסמ"ע כתב דהיינו דוקא כשאמר איני זוכר עתה. אבל אם אמר איני זוכר סתם אינו חוזר ומגיד. ע"כ. ועי' ט"ז שם ודברי יוסף אירגאס סי' ט"ו וי"ז ולפ"ז מידי פלוגתא לא נפקא:

ואולם בנ"ד נראה דכ"ע מודו דאינו חוזר ומגיד דאשכחן להכנה"ג ח"מ סי' כ"ט אות נ"ז שכתב וז"ל אפי' לדעת הר"ן ז"ל מי שאומר קצת עדות ואינו מספיק לפי הדין ואמר שאינו יודע מזה ואח"כ אומר שיודע יותר חוזר ומגיד מקרי. הר"מ אלשיך סי' ק"ד ע"כ:

והיינו נמי נדון דידן שהתחיל להעיד על ההליכה לעיר הסמוכה וכו' ועל הקידושין השיב כי לא רצה ראובן לקדשה באומרו שכבר היא מקודשת והעיד שרמז על הטבעת שבידה ועל עיקר הקידושין אמר שאינו יודע יותר. ומאחר שהתחיל להעיד קצת עדות אלא שאינה מספקת ועל השאר אמר איני יודע. מקרי חוזר ומגיד. ואם יד הדוחה נטויה לדחות. מ"מ נקוט מיהא דמידי פלוגתא לא נפקא:

ומעתה הבא נבא לדברי העד השני כאשר יעדנו למעלה. שמתחילה העיד שלא אמר לה כלום. רק שמסר הטבעת בפניהם:

והנה אם מתחילה היה מדבר עמה על עסקי קידושיה ותכף מסר לה הטבעת. הא ודאי דהוו קידושין והיינו דכתב מר"ן סי' כ"ז ס"א וז"ל ואם היה מדבר עמה תחילה על עסקי קידושין ונתן לה אפי' בשתיקה הוי קידושין והוא שעדין עסוקין באותו ענין ע"כ. אך בנ"ד לא העיד העד שהיו מדברים על עסקי קידושין. וכבר כתב הכנה"ג בהגה"ט אות י"ג וז"ל יראה פשוט דבעינן שהעדים יעידו שהיה מדבר על עסקי קידושיה ע"כ:

ואף אם באנו לחוש ולומר דשמא נתקבצו יחד איש ואשה והעדים אדעתא להתארס ונאמר דלא גרע מהמדבר עמה על עסקי קידושיה. ואפי' בשתיקה דיו. מ"מ הרי העד לא העיד על זה. ועוד הרי הריב"ש ז"ל סי' ה' כתב וז"ל ואף אם נאמר שאין אמירתו מעכבת כיון שנתקבצו יחד להתארס והוי כמדבר עמה על עסקי גטה וקידושיה ונתן לה ולא פירש דקי"ל דיו כל שעסוקין באותו ענין ע"כ. וממשמעות לשונו נראה דלא ס"ל דהאסיפה לאירוסין הוי כמדבר עמה על עסקי קידושיה, ולפחות משמע דלא פשיטא ליה:

והואיל דלא איתברר לנא מפי העד אם היה מדבר עמה על עסקי קידושיה או לפחות שנאספו יחד כדי להתקדש. אף שנאמר דשניהם יחד נתכוונו לקידושין א"כ היינו מ"ש

הריטב"א והביא דבריו הב"י סי' מ"ה וז"ל וכן דבר פשוט הוא שהנותן כסף או שוה כסף ליד האשה אפי' בפני עדים אע"פ שהיה דעת שניהם לקידושין אינם קידושין עד שיפרש לה שנותן לשם קידושין או עד שידבר עמה בעסקי קידושין בפני העדים ההם במעמד ההוא ויתן לה בעוד שעוסקין בענין הקידושין ממש ולא אפי' מענין לענין ובאותו ענין ע"כ:

ואע"ג דמור"ם במפה סי' כ"ז כתב וז"ל ואפי' נתן לה בשתיקה ולא דבר כלום והוא והיא אומרים שכוינו לשם קידושין הוי קידושין ע"כ. ומפשט לשונו משמע דהוי ודאי קידושין. הנה ה' ט"ז ז"ל הגיה בדברי מור"ם דצ"ל הוי ס' קידושין. ולפ"ז ניחא הא דלא הגיה כן דבריו מור"ם בסעיף א' עמ"ש מר"ן ואם היה מדבר וכו' דשם מקום הגה זו. אלא דשבקה לסעיף ג'. דהכא איירי בספק מקודשת. והרב ב"ש כתב דלא משמע כן מדברי שאר פוסקים עי"ש

וגם ה' ח"מ השיג על מור"ם בזה וס"ל דאף ס' קידושין לא הוו עי' ס"ק ט' וי"א ובביאור הגר"א כתב דדברי הח"מ נכונים. ועי' כנה"ג סי' הנז' הגה"ט אות מ"א:

ואף דאנן גרירנא בתר מור"ם. היינו דוקא היכא דלא הוו דבריו היפך מס' מר"ן בב"י או בש"ע. וכאן הרי מצינו למר"ן שהביא בב"י ס' הריטב"א שהיא היפך מדברי מור"ם וכבר כתב מהרימ"ט ז"ל דהיכא שמביא בב"י איזה סברא בסתם בלי חולק שדעתו לפסוק כאותה סברא. ואף דגם ס' מהר"ם הלזו שהיא מקור ס' מור"ם הנז'. הביאה הב"י בסי' כ"ז. כבר פירשה שפיר ה' ח"מ סק"ט ואתיא כהריטב"א ז"ל, ומוכרחין אנו לפרש כן לדעת הב"י שהביא ההיא דהריטב"א בסתם בסי' מ"ה וההיא דמהר"ם בסי' כ"ז. כי היכי דלא ליהוו פלגן בהדייהו דאי לאו הכי הו"ל למר"ן להעיר על זה ולא לכתוב אחת הנה ואחת הנה בסתם:

הן אמת. כי בדבר ערוה החמורה אין בידינו להקל אפי' כדעת מר"ן. שהרי ה' משאת משה ח"א חא"ה סי' ה' הכה על קדקד למאן דסבר דאזלינן אף בדבר ערוה בתר שלשה עמודי הוראה כמו שהשרישנו מר"ן. ומר הוא דסבר דבערוה החמורה אין לנו ללך אחר כלל זה כאשר הבי"ד ה' יד אהרן אה"ע סי' כ"ז הגב"י אות נ"ב. ואף דחזיתיה לרב אחרון כרך של רומי סי' כ"ד דסבר לה מר ומטי לה משמיה דהרמ"ז החק"ל ז"ל דבדבר ערוה אם רבו הפוסקים להחמיר יש ביד הדיין להחמיר דלא כמר"ן זולת אם רוב הפוסקים להקל ואיכא בינייהו מרן פסקינן כוותיה ולא חיישינן למיעוטה יעו"ש באורך. מ"מ הרי הרצה תשובתו לפני מי שגדול הרב שער אשר ז"ל ומצינו דפליג עליה בזה וזו הלכה העלה דבזה לא קבלנו דעת מר"ן להקל הגם שהוא מכלל דעת רוב הפוסקים המקילים.

וכדברי ה' משאת משה וכקבלת ה' מהריט"א ז"ל בתשו' שהובאה בס' ברך משה סי' ל"ד ונמשכו אחריהם ה' ערך השלחן וה' מהרח"ף בתשו' חיים ושל"ם סי' כ"ב. ויסוד לזה מאי דחזינן מפורש בתלמוד דבמקום ערוה חשו חכמים למיעוט המצוי להחמיר והכי חזינן לכל רבנן פוסקי הלכות מבעלי תשובות קמאי ובתראי דבמקום ערוה חייש למיעוט הפוס' המחמירים. יעו"ש בשער אשר חאה"ע סי' כ"ט. באופן דאין בידינו להקל בדבר ערוה כדעת מר"ן אפי' דאיכא רוב הפוס' מקילין כדבריו אף לדידן דאתכא דידיה אסמיכנא אפי' להקל בשאר איסורין דדבר ערוה שאני. וא"כ צריכין אנו לחוש לס' מור"ם הנ"ל ועי' ה' וי"ץ אה"ע סי' קל"ז ד' קמ"ד ע"ג:

אלא דאין חששה זו מצד הקבלה כדי שלא נוכל לעשות ס"ס נגד סברה זו כמו שיתבאר להלן בס"ד שהרי הוא היפך דעת מר"ן וכמש"ל. אלא הרי סברא זו דמור"ם כס' שאר הפוסקים דחיישינן להו בדבר ערוה אף שהם מיעוטה. באופן דמידי פלוגתא לא נפקא:

אלא דאין כאן אלא עד אחד. ובאנו לידי פלוגתא דרבוותא. ודעת הרי"ף והרמב"ם והרא"ש דאין חוששין לקידושי עד אחד. והסמ"ג כתב דחוששין. ומצינו להרשב"א שכתב לא' מן התלמידים שהיה רוצה לסמוך על סמ"ג בזה. מי סנו הג' והרי"ף והרמב"ם וכל הגאוני' וכל האחרונים שאתה מחמיר על עצמך יותר מכל אלו ומהרי"ק בשורש ק"א כתב שוו כל הפוס' מלבד סמ"ג וכמ"ש כל זה בב"י סי' מ"ב. וכן פסק בשלחנו הטהור ס"ב. אכן מור"ם כתב ויש מחמירים אם מקדש לפני עד א'. והכנה"ג הגב"י אות י"א הביא להקת הפוס' ואמבוה דרבנן דדחו כולהו ס' הסמ"ג ושכן פשט המנהג בכל בתי דינין שראינו וששמענו שמעם שאין חוששין לקידושי ע"א זולתי מקצת מרבוותא דחיישי לה יעו"ש:

וחזיתיה לה' כרך של רומי סי' כ"ד שאסף וקבץ ס' כולהו רבוותא דמיירי בענין זה ונחית למנינא ומצא דדעת המחמירין הם כ"ה הפוסקים. ולעומתם פ"ה פוסקים גדולים רבים ונכבדים ורובם מגדולי הראשונים וגדולי האחרונים אשר בית ישראל נכון עליהם דכולם פה אחד מחו אמוחא לחומרא זאת מאה עוכלי בעוכלא עד כי לא נותרה נשמה באפה יעו"ש. ועי' בסה"ק סד"ת סי' פ"ב שמנה מלכים מצוקי ארץ שכתבו בפשוט והמקדש בעד א' אין חוששין לקידושיו. ע"כ. אשר מזה מקום יש בראש לומר דלדידן דאזלינן בתר פסק מר"ן דאזלינן כוותיה אף לקולא היכא דאיכא רוב הפוס' מקילין. מדחזינא ליהו להנהו רבוותא שכתבו בפשוט דאין חוששין ולא חיישי רבנן למיעוט הפוס' המחמירים. אלא דיש לדחות דדילמא טעמייהו דרבנן משום דבנדון דידהו האיש תב"ד חזר והכחיש כיעו"ש. וסברי מרנן כדעת הרשב"ץ בפירוש דברי הסמ"ג וכמ"ש בב"י ופסקו מור"ם

במפה. ועוד אפשר לומר דבזמן ההוא לא יצא טבעו של מר"ן בעולם והיו פוסקים על הרוב כהרא"ש וכמ"ש הרב מוהר"ר רפאל עובד אבן צור ז"ל. משם הרב מוהריב"ץ אביו ז"ל והוב"ד בס' התקנות סי' ק"א. ועו"ע סי' ס"א:

אתה הראת דרבים הם הסוברים דאין חוששין לקידושי ע"א והם גדולי עולם. ואף אם נרצה להחמיר ולחוש לס' הסמ"ג ודעמיה. בכה"ג דאנן קיימין ביה. הא איכא תרי ספיקי ותרי רובי. ספק אי הלכה כמ"ד דאין חוששין ואינון רובא דרבוותא. ואת"ל דחיישינן למיעוטה דרבוותא דס"ל דחוששין דילמא הלכה כהריטב"א ודעמיה דאינון רובא דרבוותא דפליגי אמור"ם וס"ל דאינה מקודשת בשתיקה אלא א"כ היה מדבר עמה על עסקי קידושין:

ולרווחא דמילתא לחומר הנושא דבר ערוה החמורה נוסיף עוד לבאר כי הנה העד השני אחר ההגזמות הוא ענה שעל הרוב לא אמר לה כלום. ובדבריו אלו שביק מיעוטה דמיעוטה דשמא אמר לה. ולצד ספק זה דשמא אמר לה. שוו דבריו עם דבריו האחרונים של העד הא'. שגם הוא העיד באחרונה שכן אמר לה דברים אך לא ידעו בעדותם מה הם הדברים שאמר לה וכבר הוכחנו דודאי אינם דברים המורגלים בפי כל אדם הרי את וכו'. דא"כ לא הוו שכחי. אלא דמידי ספיקא לא פלטינן דשמא אמר לה לשון אחר שיועיל מן הדין. או דילמא אמר לה לשון גרוע שאינו מועיל מצד הדין והגם דבנדון דידן יכולין אנו לומר דשניהם נתכוונו לשם קידושין הא כתב מהרימ"ט בחדושיו על הרי"ף מס' קידושין וז"ל וצריך לברר דכל הני לשני דאיקרו ידים שאינן מוכיחות אפי' אמרה האשה שבלבה היה שתתקדש לו לאו כלום כיון שהלשון גרוע ולא מוכיח וכו'. והבי"ד הכנה"ג סי' כ"ז הגב"י אות פ':

איברא דמידי פלוגתא לא נפקא. דמור"ם במפה סי' כ"ז ס"ג כתב משם הר"ן וז"ל י"א דאע"ג דלשונות אלו לא מהני אם לא דבר עמה בעסקי קידושין מ"מ אם היא אומרת שקבלה לשם קידושין הוי ספק קידושין. והב"ש סקי"א כתב על דברי מור"ם מיהו מהרמב"ם והרא"ש משמע דפליגי על הר"ן וס"ל בהני לשונות ליתא אפי' ס' קידושין כשלא היו עסוקין בעניני קידושין אפי' נתכוונו לשם קידושין. וכ"כ ריו"ו להדייא. וכן כתוב בחידושי מהרי"ט. ע"כ עי"ש. ונראה דנתכוון לדברי מהרימ"ט הנ"ל. ועי' בביאור הגר"א שעל גליון הש"ע סקי"ט. מ"מ מידי פלוגתא לא נפקא. ואף המחמיר אינו אומר אלא ספק:

ובנדון דידן איכא ספק אחר דשמא לא אמר לה דברים של קידושין כלל אלא דברים אחרים שיש ביניהם אי נמי הא"מ לך אמר וכההיא דמהר"י אירגאס ז"ל. ובמאי דאנן

קיימין ביה אינו רחוק לומר כן דאפשר דאדעתא דהכי עביד כן לומר לה לשון שאינו מועיל. שהרי כל מגמת פניו של האיש אינו אלא להשבית שאון גלי ים עברתם כמבואר בדברי העד הב'. ולפי דברי העד הב' אינם אלא קצת ספק דעל הרוב לא אמר כלל. וא"כ הא איכא כמה ספיקות שמא לא אמר לה כלל והוא רובא. ואת"ל אמר לה דילמא אמר לה מדברים שהיו ביניהם ולא מענייני הקידושין. ואת"ל מענייני הקידושין דילמא לשון גרוע א"ל ושמא הלכה כמהרימ"ט ודעמיה דאין כאן ספק קידושין. והוו ליה ארבעה ספיקות לדבריו האחרונים של העד השני. ולדבריו האחרונים של העד הא'. ליכא אלא שלש. שכן הוא מעיד בפשוט בעדותו האחרונה שכן אמר לה. וכבר כתבנו דנראה דאין לחוש לעדותו האחרונה מטעם דאינו חוזר ומגיד. ומ"מ אף דנחוש להחמיר. מידי ספיקא לא יצאנו אם חוזר ומגיד אם לאו. ועם שאר הספיקות הוו להו גם לזה ארבעה ספיקות. ולדבריו הראשונים של העד השני הא איכא תרי ספיקי כמש"ל וכ"ז הוא לחומר הנושא ערוה החמורה. אבל כבר הוכחנו בראיות מספרן ש"ץ שאין כאן עדות כלל. אלא לצד שנאמר שלא לסמוך להקל הרי מכל מקום מידי ספיקא לא פלטינן. והרי איכא ספק אחר. באופן שיש כמה ספיקות בכל צד וכמה רובי להקל:

ועוד יש לנו סעד גדול עמוד של שיש שהוא של זהב להשען עליו דברי הר"ן בפ"ק דקידושין דכל ספק קידושין מדאורייתא שרי משום דאיכא למימר העמד אשה על חזקתה. והגם שהניח הדבר בצ"ע הרי מהרימ"ט ח"א סי' קל"ח כתב שהר"ן לא נסתפק בדין זה אי אמרינן אוקי אתתא אחזקתה ולא הצריך עיון אלא דברי הרמב"ם ודברי הרי"ף. יעו"ש שתירץ דבריהם על נכון. נאים הדברים למי שאמרן. ואסיק נמצינו למדין מדברי הר"ן ומדברי הרמב"ם ומדברי התוס' דאפי' תימא בכל איסורי תורה ספיקן אסור מן התורה. בספק קידושין אין כאן איסור תורה כלל דאוקמינן לה אחזקתה ואצ"ל לדברי הרמב"ם והראב"ד וכמה מרבוותא ז"ל דס"ל דכל ספק איסור תורה אינו אלא מדבריהם. ע"כ. וע' ברשד"ם סי' ן' ובכמה מקומות שמביא דברי הר"ן לסעד גדול להקל בספק קידושין. וכן כתב הפר"ח בכלל הס"ס דבספק קידושין יש לצדד להקל טפי מספק גירושין דהא בספק קידושין אית לה חזקת פנויה ובספק גירושין אדרבא אית לה חזקת אשת איש ודלא כהריב"ל ע"כ:

עוד מקום יש בראש לנתוש ולנתוץ את כל העדות שהרי הראשון העיד מעיקרא שאינו יודע ולבסוף העיד על מסירת הטבעת בפניו ובפני בן אחותו. והשני העיד ג"כ על מסירת הטבעת בפניהם. ובזה עדותו שוה לעדות אחרונה של העד הא'. אבל במה שאמר בתחילה שאינו יודע הם מכחישים זה את זה. וכן ג"כ במה שהעיד באחרונה שאמר

לה. הם מכחישים זא"ז שהרי השני העיד בראשונה שלא אמר לה. ואף למה שהעיד באחרונה שעל הרוב לא אמר לה. הו"ל כאומר איני יודע אם אמר לה א"ל. ואדרבא ידיעתו נוטה שלא אמר לה. באופן דהרי הם מכחישים זא"ז ובטלה עדותם. ואף למ"ד דדין עדות קידושין כדיני ממונות דמיא. מ"מ בחקירות ובגוף העדות אף בדיני ממונות הויא הכחשה:

ואף שיש צדדים באלו ההכחשות שאינן בדבר והפכו אלא באינו יודע. אפ"ה הויא הכחשה. שכן מצינו הדבר מבואר להדייא בתשו' מר"ן אה"ע סי' ב' מדיני קידושין וז"ל אבל יש מקום לבטלה מפני שהעד הא' אומר שאינו יודע אם שמעה היא תהיה לי מקודשת ואם אינו ברור לו ששמעה אין כאן עדות שהרי זה מכחיש את חבירו בחקירה שהוא עיקר העדות ע"כ. ואף שהכנה"ג ח"מ ס' ל' הגה"ט אות כ"א כתב יש מי שרצה לומר דבדיני ממונות לא מקרי הכחשה אם לא שהעד הב' אמר לה כי אלא וכו' שפי' לא כדברך. והכריח זה מדברי הרמב"ם וכו'. כבר הביא דבריו ה' חשק שלמה אות ט' וזו הלכה העלה דבעדות קידושין כולהו מודו דהוי הכחשה אף כי לא אמר לה כי אלא ע"כ. ועי' כנה"ג סי' מ"ב הגב"י אות כ"ד. ועי' להשע"א סי' ט"ו ד' ס' ע"ב:

ואף לאותם הצדדים שהם שוים במסירת הטבעת. ואינם מוכחשים כי אם אי אמר לה א"ל. אפ"ה חשבינן להו מכחישים זא"ז בעיקר העדות. שהרי כתב הכנה"ג אה"ע סי' כ"ז הגה"ט אות ל"ד שני עדים שהא' אמר שאמר לי. והא' אמר שלא אמר לי אין כאן מיחוש אפי' למאן דחייש לעד אחד. הר"מ אלשקר ז"ל סי' צ"ד הרש"ך ח"ב סי' ל"ג. וע"ש בסי' ט"ל וסי' קכ"ח. ובתשו' למורי הרב ח"א סי' קל"ט. אבל רשד"ם חאה"ע סי' ן' חולק ע"כ:

ואף דהכנה"ג כאן לא זכר כ"א רשד"ם לבדו. מ"מ מצאנו לו חבר הרב מוהר"ר אברהם מונסון ז"ל הוב"ד בתשו' מהרימ"ט ח"א סי' קל"ט. והביאם הכנה"ג בח"מ סי' ל' הגה"ט אות ט"ז. אך לא זכר שם הרש"ך והר"מ אלשקר. ולא ידעתי למה. דאם בההיא שעתא לא אסיק אדעתיה דברי הרש"ך והר"מ אלשקר. הרי מוהרימ"ט שם ד' קפ"ו הביא את דברי הרש"ך דסי' ל"ג:

ונראה דבנ"ד כ"ע יודו דהוי הכחשה. שהרי מוהר"א מונסון שם פירש הטעם דאפשר שאינם מכחישים שהראשונים שמעו תיבת לי והאחרונים לא שמעו. וזה יצדק לומר בתיבת לי שהיא תיבה אחת וגם קטנה. ואיידי דזוטר מירכש. אבל בכה"ג דאנן קיימין שהם מוכחשין לכל האמירות. רחוק לומר כן. ואף מי שיגמגם בזה. מ"מ בנ"ד ודאי יודה. שהרי העד הא' שהעיד שאמר לה דברים. הוא חרש המדבר ואינו שומע. וא"כ בודאי שהיו בקול ענות גבורה ואין קול ענות חלושה כדי שיכנסו באזני החרש והיאך אנו יכולין

לומר שהחרש שמע והפקח לא שמע או' לאו מילתא היא ואינם אלא מכחישים זא"ז ואף לאידך טעמא דמהר"א מונסון מההיא דמהר"ם אלשקאר סי' צ"ט שמקבלים מהעדים מה שהושוו מהם כמ"ש הרשב"א שאם הא' מוסיף על דברי חבירו הו"ל כזה אומר מנה וזה אומר מאתים שנותן מנה מתוך מאתים. היינו דוקא בנדון דידיה דהוכחשו בתי' לי דוקא ולכך מקבלין מהם שאר הלשון שהושוו בו. והיינו משום דס"ל דבנדון דידיה הוו ידים מוכיחות משום דשדיך. אבל בנ"ד שהוכחשו בכל הלשון הויא הכחשה. וכי תימא אוף הכא נמי הרי הושוו במסירת הטבעת והא מיהא נקבל מהם ונימא דקדש בשתיקה. הא לאו מילתא היא. דאם היו מעידים שניהם שהיה מדבר עמה על עסקי קידושין ובעוד שהיו עסוקים באותו ענין נתן לה. אין הכי נמי. אבל הכא הרי לא העידו על זה כלל ואדרבא השני מעיד שלא אמר לה כלום:

איברא דאף למ"ש לא פלטינן מידי פלוגתא. למאי דמשמע ליה להכנה"ג ח"מ סי' ל' הגה"ט אות י"א דמדברי הרשד"ם חאה"ע סי' ל"א נראה דסבר לה מור בדעת הטור דמשום דבדין מרומה בעי דו"ח אם הוכחשו בדרישות וחקירות עדותן בטילה. אבל בדין שאינו מרומה כיון דמן הדין א"ץ דו"ח אעפ"י שהוכחשו בדרישות וחקירות עדותן קיימת. אלא דמהר"א ששון סי' י"ז כתב להדייא דכל שהוכחשו בדרישות וחקירות עי' שאלת ב"ד במקום שא"ץ עדותן בטלה. וכן פירש הכנה"ג שם דברי רבינו בעה"ט. וכן פירש הרב חשק שלמה סי' הנז' שכן היא דעתו. דאל"כ איך כתב רבינו הטור אעפ"י שא"ץ דו"ח. הלא אם בדין מרומה קא משתעי בהדייא פסק שצריך דו"ח. ולדעת רשד"ם בפירוש דברי הטור אתיא הך סברא כהך י"א שהביא בעה"ת והביא דבריו הב"י סי' ל' ס"ד שכתב דעדים דמכחישי זא"ז בחקירות כשר בדיני ממונות. והאי דנקט בדיקות משום דקי"ל דהודאות והלואות אין דנין אותם בדו"ח. ע"כ. אך לדעת הכנה"ג בדברי הטור סברת הי"א היא ס' יחידאה וכמ"ש הכנה"ג בהגב"י אות י"ז ע"ש. דנראה דלא חייש מר לס' רשד"ם ז"ל. וה' חשק שלמה אות ך' עמ"ש. הכנה"ג אות י"ז כתב דצ"ל די"א זו שהביא הבעה"ת היא סברת הרמב"ן דסי' מ"ג שהביא הש"ך סק"ו:

ומ"מ מידי ספיקא לא יצאנו ואיכא למיעבד ס"ס שהרי מצינו למוהרימ"ט בתשו' ח"א סי' קל"ח דסבר לה מר דאע"ג דאין בודקין עדי נשים בדו"ח כדאמרינן בשלהי יבמות דכיון דאיכא כתובה למשקל כדיני ממונות דמיא והביא הר"ן ז"ל משם הרמב"ן דכיון דבזמן הזה ליכא דיני נפשות דמיא טפי לדיני ממונות ואפי' בארוסה דלית לה כתובה לא מפליגינן בה והוא הדין עדי קידושין אע"פ שעיקר עדותן להחזיקה בחזקת א"א מ"מ אפשר דדוקא לענין שלא להצריכה דו"ח דאיכא בהו נעילת דלת משום כתובה אבל אי

אתכחוש בהו עדותן בטלה כמו בדיני נפשות דדוקא בדיני ממונות דקי"ל הוא דאמרינן אעפ"י שהוכחשו עדותן קיימת משום דמעיקרא לא נתנו לבם לדקדק בהם כיון שהוא עדות של ממון עבידי אינשי דטעו בהו אבל בדיני נפשות דחמי' והוא הדין ערוה דחמירא מעיקרא מידק דייקי שיודעים חומר הדברים ועל כל פנים צריכים להעיד וסופן ליבדק בדו"ח וכי איתכחוש בהו הויא הכחשה גמורה. ע"כ. והביא דבריו הכנה"ג ח"מ סי' ל' הגה"ט אות יו"ד ע"ש שהביא פלוגתא בזה. גם ה' חשק שלמה סי' הנז' אות ז' הביא דברי מהרימ"ט וכתב וכן נראה לכאורה בדברי ה' בני משה סי' ל"ה ד' ע"ו:

ולדבריהם דרבנן הרי בטלה עדותן אף במה שהכחישו זא"ז שלא היה אלא כוס אחד ושלא רמז על הטבעת לך נא ראה בהצעת השאלה דודאי אלו מיקרו בדיקות דלא גרע מעוקצי תאנה שבדק בהן ריב"ז שאמר להן תאנה זו שהרגו תחתיה עוקציה גסין או דקין וכיוצא וא"כ הרי איכא תרי ספיקי. ספק אי הלכה כמהרימ"ט וה' בני משה דבעדי קידושין אף בהוכחשו בבדיקות בטלה עדותן. ואת"ל דהלכה כמהריב"ל ס"ג סי' י"ג ומהרא"ש סי' י"ז ודעמייהו הביא דבריהם הכנה"ג אות יו"ד דס"ל דבבדיקות כשרה. דילמא הלכה כמ"ד דבחקירות פסולה אף בשאינו מרומה שהיא דעת רובא דרבוותא:

ועוד דחוששני בנד"ד מדין מרומה. שהרי כתב הריב"ש בסי' רס"ו וז"ל מ"מ כיון שבתחילה הכחישו זה את זה וגם עתה יש קצת הכחשה בעדותן אין לך דין מרומה גדול מזה ע"כ. ומינה לנד"ד דכל אחד מכחיש את עצמו ואת חבירו וכן משמע גם מסדר השאלה ומדברי העדים דוק ותשכח [ומצינו להריב"ש סי' הנז' הבי"ד הב"י ח"מ סי' ל' מחו"ב וז"ל נראה דבהודאות והלואות אפי' בדין מרומה לא] ולפ"ז בטלה עדותן אף לדעת רשד"ם:

וע"ע לרבינו בצלאל בתשו' סי' ה' שהביא כמה אשלי רברבי שסוברים שדין מרומה דדיני ממונות כדיני נפשות ממש וכל שלא נעשה דו"ח עדותן בטלה כמו שהבי"ד הכנה"ג סי' הנז' הגב"י אות ח'. יעו"ש. ולדבריהם דרבנן בנד"ד שהעד הא' אמר כי מקודם לכן אינו יודע כמה זמן וגם העד הב' לא אמר זמן וידוע שהזמן יש בו שש חקירות משבע שמנו חז"ל עי' סמ"ע סק"ה. הרי בטלה עדותן גם מטעם זה ואף דמצינו להריב"ש בסי' רס"ו והביא דבריו ג"כ הב"י ח"מ סי' ל' מחו"ב דפליג בזה. מ"מ נקוט מיהא דמידי פלוגתא לא נפקא. וכדי הם הנהו רבוותא להיות סניף עם מש"ל להקל:

אתה הראת כמה צדדים וספיקי טובא ורובי דהתירא וכולם כאשר יהיה האופן בעדים כשרי' וכ"ש בכה"ג דאנן קיימין ביה דהעדים קרובים לאשה מצד האם העד הא' הוא

מסרפה אחי אמה והב' בן אחות אמה דקי"ל שהם פסולים דאיכא עוד ריעותות וספיקי אחריני:

והנה פיסול עדות הקרובים מצד האם ילפינן להו בפ' ז"ב מדכתיב אבות אבות תרי זמני אא"ע לקירובי האב תנהו ענין לקרובי האם. ונפל מחלוקת בין הראשונים ז"ל אי פיסולייהו דאורייתא או מדרבנן ע' כנה"ג ח"מ סי' ל"ג הגה"ט אות י"ד ובאה"ע סי' מ"ב הגב"י אות קכ"ט וקפ"ו. והרמב"ם בפ' י"ג מה"ע הא' כתב אבל שאר הקרובים מן האם או מדרך אישות כולן פסולים מדבריהם. ואפליגו רבוותא בהבנת דבריו. ועי' משה"ר מע' ע' אות נ"ט. ואולם בדברי קצת הגאונים שכתב ה' המגיד בפ"ד מהל' אישות הל' ו' דסוברים שכל אותן שהן נלמדין מן המדרש בקרובי האם מדברי סופרים. לא נפל מחלוקת כלל וכמ"ש הרב הפוסק הי"ו. וכן הוא להדייא בתשו' רשב"א ח"ב סי' ר"ל וזל"ה ודע שהאומרים שיש הפרש בין צד האם לצד האב כבר ביארו טענתם שיצא להם זה מפני שאותן קורבות ממדרש חכמים וכדאי התם אשכחן קרובי האב קרובי האם מנין אמר קרא אבות אבות תרי זמני וכל הבא מן המדרש מדרבנן הוא וכדמשמע בפ"ק דקידושין דאמרינן התם נראין דברי ר' טרפון בשין ועיין ודברי ר' עקיבא בשאר אברים הואיל ומדרש חכמים הוא. וכבר דחה רבינו האיי גאון ז"ל דברים אלו בטענות חזקות ובראיות כראי מוצק יצקות ע"כ. יעו"ש שכן מוכח בבירור. שוב ראיתי תשו' שלטי הגבורים בפ' ז"ב שמשם הביא ראיה הרב הפוסק הי"ו שהיא תשו' הרשב"א הנ"ל שמשם הוכחנו אנן בעניותין. וגם הש"ך ח"מ סי' ל"ג סק"א כתב על דברי שה"ג ונראה שהיא תשובת הרשב"א. ואף שהש"ך כתב נראה פשוט הוא. דוק ותשכח:

גם הרשב"ץ גופיה דסבר לה מ"ר בדעת הרמב"ם דדין תורה הם אלא שהם קרויין מדרבנן לענין שאינם נכללים בדברי ר' שמלאי לענין מנין המצות וכמ"ש הב"י אה"ע סוס"י מ"ב. ותשו' הרשב"ץ הנז' היא בח"א סי' קכ"א ושם נאמר והטעם השני שנראה שמא שסובר רבינו ז"ל דפסול קרובים הבא מדרשה אינו מן התורה אלא מדרבנן נראה שאינו סובר בזה כאותם הגאונים ז"ל שהיו סוברים כן מדאמרינן בפ"ק דקידושין נראין דברי ר' עקיבא בשאר אברים הואיל ומדרש חכמים הוא. ע"כ. הרי מבואר להדייא בדבריו דאותם גאונים סברי דפסולייהו מדרבנן וע"כ לא קאמר מ"ר דהוי מדאורייתא אלא לדעת הרמב"ם ולא לאותם גאונים. ובהבנת ה' המגיד ז"ל גופיה יש לצדד לכאן ולכאן מה היא סברתו בדעת הרמב"ם דמדברי המש"ל ז"ל נראה דמפרש דמ"ש הה"מ וכ"כ רבינו בפ"ג מה"ע דר"ל שקראן מד"ס אבל לא מטעם הגאונים דסברי דהוי מדרבנן אלא והוא

מהשורש הב' וכו' כמ"ש בפ"א גבי ליקוחין דכסף דקרי להו ד"ס ואפי' דין תורה גמור יש להם וכמ"ש הר"מ מילתא בטעמא וה"ה הכא ומ"ש וכבר חלקו עליהם היינו על הגאונים: **אבל** מדברי הלח"מ נראה דמפרש דברים כפשטן דמשוה דעת הרמב"ם לדעת אותם קצת גאונים לגמרי ומ"ש והוא מהשרש הב' וכו' ר"ל ואפ"ה אינם כ"א מדרבנן ושאני ההיא דכסף או מחמת דאם אינו ענין גרע מי"ג מדות או דג"ש עדיפא משאר י"ג מדות משום דאין אדם דן ג"ש וכו'. יעו"ש. ועי' ש"ך ח"מ סי' ל"ג סק"א. וכן הבין בדברי הה"מ ה' שמחת יו"ט סי' ע"ה. אלא דמ"ש שכן הבין המש"ל אחהמ"ר לא זכיתי להבין דבריו. ואפשר דכוונתו משום שכתב המש"ל וכ"ז הוא דוחק והניח בצ"ע

ובתשו' רבינו בצלאל סי' י"ט הביא משם חכם אחד שפי' בדעת הה"מ כמ"ש לדברי הלח"מ והכנה"ג באה"ע סי' מ"ב הגב"י אות קפ"ו כתב כמדומה לו שהוא הר"מ אלשיך. ואולם רבינו בצלאל דחה דבריו ופירש כמ"ש לדברי המש"ל. ועי' משפט צדק ח"ב סי' ע"ג ד' רנ"ב ע"ד וח"א סי' מ"ג:

והרב דברי יוסף אירגאס ז"ל סי' מ"ד פירש דברי הה"מ כמ"ש להלח"מ ולבסוף כתב וז"ל זוהי שיטת הה"מ וכן פי' דבריו הלח"מ וגם חכם אחד שהובא בתשו' מוהר"ר בצלאל סי' י"ט ועם היות שמוהר"ר בצלאל שם חלק עליו ופי' כוונת הה"מ מסכמת לס' הרשב"ץ והנה המעיין שם יראה כי לא יתכן פירושו כלל באשר הוא טלאי ע"ג טלאי ויפה כתב הר"ב אליהו רבא וזוטא הנ"ל דפירושו על הה"מ יוצא מן ההיקש וכמי שמכחיש את המוחש עי"ש ע"כ. ועי' ארעא דרבנן מע' פ' אות תקכ"ב ובעפרא דארעא שם:

ולדידי חזי לי דאפשר להכריע בכוונת הה"מ ז"ל בדבריהם דרבנן מצד אחר והוא דמצינו להרשב"א בתשו' הנ"ל כתב וז"ל ואפשר שהרב רבינו משה הלך בזה בשיטתו שאמר בעיקר השני של ספר המצות שחיבר שאמר שכל הדברים הבאים באחד מי"ג מדות שהתורה נדרשת בהן אינן דאורייתא אלא דרבנן זולתי במקומות בלבד שאמרו חז"ל בפירוש שהם דאורייתא ואם כדבריו יקשה עליו ג"כ מפני מה עשה עדות קרובי האב דאורייתא כמו שאמרנו מלבד שיש עליו קושיות גדולות חבילות חבילות שהקשו עליו גדולי ישראל וכו'. ע"כ. הרי מבואר דהרשב"א השווה דעת הרמב"ם לדעת אותם קצת גאונים כאשר יראה הרואה בתשו' הנז'. וכבר השרישנו ה' יד מלאכי בכלל הה"מ סעיף ב' משמיה דמהרח"ש אה"ע סי' ל"א וז"ל כבר נודע שהה"מ לא זז ידו בכל דבריו מדברי הרשב"א כנראה היות דברי הרשב"א שלחן ערוך לפניו ועושה עיקר גדול מדבריו ולזה אין ספק שמפיו אנו חיין היכא שיש חלוק דעות לידע איך היא סברת הרשב"א ע"כ. ומינה נלמד בפשוט להיפך דמדעת הרשב"א נוכל לידע כוונת דברי הה"מ:

ומר"ן בב"י ח"מ סי' ל"ג כתב וז"ל והרמב"ם כתב בפ' י"ג מה"ע דקרובי אם פסולים מדרבנן. ע"כ. ובתשו' מר"ן סי' יו"ד כתוב בהדייא דלהרמב"ם קרובים מן האם כשרים מן התורה. וכ"כ להדייא מהר"א ן' נחמייאש בתשו' שהובאה בתשו' מר"ן. ומור"ם במפה ח"מ סי' ל"ג כתב וי"א דקרובי האם נמי אינם פסולין אלא מדרבנן. מימוני פ' י"ג מה"ע ע"כ. ועי' בהגהות אמ"ב שדחה דברי הש"ך שהשיג על מור"ם בזה וכתב דנראה להדייא שסובר הרמב"ם שקרובי האם אינם בכלל פסול תורה שבעל פה כ"א מדרבנן ולכך כתב מדבריהם ועי' לה' קהלת יעקב אות ד' סי' ק' ועי' להרב חשק שלמה סי' ל"ג הגה"ט אות ז' דאסיק וכתב וז"ל ואיך שיהיה לענין דינא הרי הרשב"ש ב"ץ והה"מ סברי דלהרמב"ם המקדש בפניהם צריכה גט:

באופן דרבים ונכבדים הם ואיכא בינייהו מר"ן ומור"ם דסברי דדעת הרמב"ם היא דאינם פסולים כ"א מדרבנן. ואולם לעומתם רבים לוחמים וס"ל דלהרמב"ם דין תורה גמור יש להם אלא שאינם נכללים בדברי רבי שמלאי לענין מנין המצות:

וחזיתיה לה' שמחת יו"ט ז"ל סי' ע"ה שכתב דאיכא תלתא ספיקי דפלוגתא דרבוותא. דמעיקרא ספק שמא הלכה כמ"ד דאפי' המקדש בפסול עדות מדרבנן אינה מקודשת דכל המקדש אדעתא דרבנן מקדש ואפקענהו רבנן לקידושי מיניה כמו שהוא דעת הרי"ף דלא כדעת הרמב"ם ודעמיה דס"ל דצריכה גט. ואת"ל דהלכה כס' הר"מ דהמקדש בפסול עדות מדרבנן צריכה גט. שמא בנד"ד הוו פסולי עדות מדאורייתא דהלכה כמ"ד דקרובי האם ומחמת אישות מדאורייתא נינהו. ואת"ל דאין הלכה כוותיהו אלא כהר"מ שכתב שם מדברי סופרים. שמא הלכה כתשב"ץ שפירש דאפילו לדעת הר"מ הוו מדאורייתא ע"כ:

וכן בקדש חזיתי למעלת הרה"ף הנז' שכתב דהכא בנד"ד איכא תלתא ספיקי וכו' אלא דלבסוף חזר בו וכתב אין כאן רק שני ספיקות כי הן אמת כי דעת הרמב"ם ז"ל היא מסופקת מ"מ דאיכא דעת מקצת גאוני' שכתב הה"מ ז"ל המבוררת דסברי מרנן דפסול עדות מצד אישות ומצד האם לא מפסל רק מדרבנן כי בדעת הגאונים אין שום מקום להסתפק כמו שנסתפקו בדעת הרמב"ם ז"ל כלל כמ"ש אצל במ"א וכמו שנראה ג"כ ברור בתשו' שהביא בשלטי הגבורים פ' ז"ב. ע"כ ומזה תמה על הגאון שמחת יו"ט והנמשכים אחריו דעבדי בזה תלתא ספקי:

ולדידי חזי לי' דאפשר לומר דטעמייהו דרבנן דסבור דאיכא בזה תלתא ספיקי הוא משום דמצינו להרב מוהר"י לבית הלוי כ"ד סי' כ"א שכתב אמאי דכתבו התוס' והרא"ש והר"ן ז"ל בפ' אין מעמידין דטעמא דמילתא דסתם כלים אינן בני יומן משום דהוי ס"ס ס'

נשתמשו בו היום או אתמול ואת"ל היום שמא נשתמשו בו בדבר שהוא פוגם בעין. והרי אנו יכולין לכלול אותם בספק אחד ולומר ספק אם נשתמשו היום בדבר שאינו פוגם בעין אם לא. ועל זה בא בנותן טעם דכיון דע"כ לא משכחת לה להאי איסורא דכל גוים כ"א ע"י שני ענינים דהיינו שנשתמשו בו היום. ושיהיה דבר שאינו פוגם בעין. א"כ כל ענין וענין מקרי דבר אחד בפ"ע ועבדינן מיניה ספק אחד והוא אמיתי ונכון באמת ע"כ יעו"ש:

ומינה לנד"ד בס"ס דפלוגתא דרבוותא. שהרי מצינו שלש מחלוקות בדבר. איכא מ"ד דמדאורייתא נינהו ממש ונמנין במנין המצות ודבר תורה קרי להו. ואיכא מ"ד דכיון דמדרש חכמים הם אינם נמנים במנין המצות ודברי סופרים קרי להו אבל דין תורה גמור יש להם. ואיכא מ"ד דפליג אכולהו וס"ל דאף דממדרש חכמים הם דין סופרים גמור אית להו. וא"כ לא נוכל לומר דהלכה כמ"ד דדין דרבנן גמור הם ובעיא גטא כ"א עד שנאמר דלית הלכתא כמ"ד דאורייתא נינהו ודבר תורה קרי להו ונמנין במנין המצות. וגם לית הלכתא כמ"ד אף דאינם בכלל מנין המצות ודבר סופרים קרי להו אפ"ה דין תורה גמור יש להם. וכיון שכן כל פלוגתא דבר אחד בפ"ע. ועבדינן מינה ספק אחד. ולכך הוו תרתי ספיקי דשמא הלכה כמ"ד דאורייתא נינהו ונכללין במנין המצות ואת"ל דאין הלכה כוותייהו אלא כהרמב"ם דקרי להו ד"ס. דילמא הלכה כתשב"ץ דסבר לה מ'ר בדעת הרמב"ם דדין תורה גמור אית להו אלא שאין נמנין במצות. ובהצטרף אידך פלוגתא דהרי"ף והרמב"ם הוו תלתא ספיקי:

עוד נראה לישב דבריהם דרבנן דקרו להו תלתא ספיקי. שהרי מצינו להרב מהרא"י ז"ל והבי"ד הש"ך בכללי ס"ס והפר"ח שם סקי"ב בשני שעירים שנולדו מעז אחת דפטורות מן הבכורה מס"ס שמא ילדה כבר ושניהם פשוטים. ואת"ל לא בכרה כבר. איכא למימר אכל אחד זה אינו בכור. דכה"ג חשיב ס"ס. דשני הספיקות אינם שם אחד. שהספק הרא' מתיר טפי מן האחרון. ואפי' ילדה זכר ונקבה חשיב ליה הרב שפיר ס"ס. אף דהספק האחד אינו מתיר טפי מהאחר דבנקבה גופה אין נפקותא. ואף דמדברי מהרא"י ז"ל מוכח דס"ל שאם השני ספיקות הם שם א' דלא מיקרו ס"ס וכדברי התוס' דכתובות וכמ"ש הש"ך והפר"ח ז"ל שם. אפ"ה סבר לה מר דאפי' לא שום שינוי בין שני הספיקות לענין הדין כלל ואין האחד מוסיף ומתיר כלום יותר מן האחר ואין ביניהם אלא תוספת דמציאות דלספיקא קמא שניהם לא יצאו תחילה. ולספק שני הנקבה יצאה תחילה. מיקרי ס"ס. ודון מינה לס"ס דפלוגתא דרבוותא שאין הספק חל במציאות דמ"ד עבדינן ס"ס דפלוגתא דרבוותא. הוא מטעם דס"ל דכיון דעבדינן ס"ס דמציאות הכא נמי עבדינן

ס"ס דפלוגתא דרבוותא. וא"כ ודאי דילפינן זה מזה. וכיון דהתם כי מספקא לן בספיקא קמא שמא ילדה כבר. אנו רוצים לומר דזכר זה אינו בכור או שמא לא ילדה כבר וזכר זה בכור. וא"כ לפי מונח זה תו ליכא לאסתפוקי ולומר את"ל לא ילדה שמא הנקבה יצאה תחילה. ואפ"ה אחשביה מהרא"י ז"ל לס"ס. והיינו משום דכי מספקא לן בספיקא קמא שמא לא ילדה כבר אין אנו עושים במונח דזה בכור אלא עדיין איכא לאסתפוקי שמא ילדה הנקבה תחילה. ולכך אנו אומרים בספק השני את"ל. ואין זה שם אחד אחר דאיכא שינוי במציאות. ואף דליכא שינוי לענין הדין כלל. ומינה לס"ס דפלוגתא דליתיה במציאות דעבדינן ס"ס כאשר יש שינוי בפלוגתא בין שני הספיקות אף דליכא שום שינוי ביניהם לענין הדין כלל דשינוי בפלוגתא בס"ס דפלוגתא. הוי כשינוי במציאות בס"ס דמציאות. וכיון דהתם כיון דאיכא שינוי במציאות עבדינן ס"ס. אוף הכא נמי עבדינן ס"ס כשיש שינוי בפלוגתא. והכא שינוי גדול יש בפלוגתא. שהרי איכא דסבר דדבר תורה קרי להו ונכללים במנין המצות ואידך סבר דאינם אלא ד"ס ואינם נכללים במנין המצות אלא דדין תורה גמור אית להו. ואידך סבר דדין דרבנן גמור הם. ולכן שפיר הוו ס"ס כיון דיש שינוי בפלוגתא כנלע"ד לישב דבריהם דרבנן. ואף דצריך להתישב בזה ממקומות אחרים. לאפס הפנאי לא יכולתי:

איך שיהיה. תרי ספיקי מיהא הוו לכ"ע. וכן כתב הכנה"ג אה"ע סי' מ"ב הגהב"י אות ק"ל וז"ל המקדש בפני אותם שנלמדים מן המדרש בקרובי האם וכו' אינה צריכה גט כלל מטעם ס"ס. ספק אי הוו פסולייהו מדבר תורה או מד"ס. ואת"ל מד"ס ספק אי הלכה כהרי"ף דהמקדש בפסול עדות דרבנן אינה מקוד' כלל. רשד"ם חאה"ע סי' ל"ג. הר"י אדרב"י סי' רל"ו ורס"ד משפט צדק ח"א סי' מ"ג וח"ב סי' ע"ד וכו' עי"ש:

איברא דמדי פלוגתא לא נפקא דאיכא רבוותא דסברי דלא עבדינן ס"ס בפלוגתא דרבוותא דשם פלוגתא חד הוא. וכמ"ש הכנה"ג ח"מ סי' כ"ה אות פ"ב ופ"ג ואה"ע סי' ס"ח הגה"ט אות כ"ב. ועי' פרמ"א ח"ב סי' כ"ג. שער אפרים סי' ע"ב שמש צדקה חיו"ד סי' י"ו. והמשה"ר מע' סמך אות י"ג. והרב חשק שלמה סי' כ"ה הגהב"י אות פ"ד. והמט"ש שם אות ע"ד. והשיו"ט סי' י"א דף מ"ג ע"א כתב ואי לאו משום פסק מר"ן היינו יכולים להתיר בנד"ד מטעם ס"ס דפלוגתא דרבוותא וסוגיין דעלמא לפי הכרעת האחרונים דס"ס דפלוגתא דרבוותא ס"ס הוי אבל מה נעשה דאין בידינו להקל היפך פסק מר"ן בש"ע ובפרט כי קבלה בידינו מפום רבנן קדישי ששמעו מפי הרה"ג מופת הדור כמוהר"ח אבולעפיא זלה"ה שקבל מזקני גדולי הדור שהסכימו בכלל זה שתפס מר"ן לענין הוראה ללכת אחרי הרי"ף והרמב"ם והרא"ש ז"ל קרוב לק"ק רבנים בדורו

וכך היה אומר כי כל אשר יעשה כפסק מר"ן עביד כמאתן רבנן וכמ"ש הברכ"י בחו"מ בכלל הקי"ל אות כ"ט וא"כ מי הוא זה אשר יערב אל לבו לעשות היפך פסק מר"ן ע"כ:
וזאת מצאנו להכנה"ג בתשו' יו"ד סי' ק"ז שכתב היכא שלמר חשיב ס"ס ולמר לא חשיב מה כחנו ומה גבורתינו להקל במילתא דאיסורא. עכ"ד שהביא הרב שער אשר או"ח סי' יו"ד. ומה גם דאיכא גם כן פלוגתא אחריתי הביאה ה' נדיב לב חיו"ד ד' צ"ז ע"ב שמר"ן החביב בתשו' חיו"ד סי' ק"ז וסי' ק"מ וסי' מ"ב ובכנה"ג יו"ד סי' ל"ז אות נון ובסי' ק"ה וק"י וכתב דמאחר שבמקומות הללו נתקבלו עלינו הרב הגדול מר"ן ב"י ללכת אחר הוראותיו במילתא דאיסורא והוא ז"ל פס' כס' אחת אין לעשות ספק סברה המתנגדת למה שפסק מר"ן וכ"כ ה' מעיל שמואל סי' ז' דנגד פסק הש"ע לא חשיב ס"ס אלא ש"ה דב"מ חיו"ד ח"ג סי' ב' חלק על הכנה"ג בזה. יעו"ש ע"כ. ועי' שפתי דעת בבית הספק סימן ו'. ומצינו למר"ן הש"ע סימן מ"ב ס"ה דפסק כהרמב"ם דהמקדש בפסולי עדות דרבנן דצריכה גט. ומעתה איכא למיעבד ס"ס לחומרא ספק אי שום פלוגתא דרבוותא חד הוא או תרי. ואת"ל תרי דילמא הלכה כהכנה"ג ודעמיה דלא עבדינן ס"ס נגד סברת מר"ן. ובפרט דכעת נראה דדעת הדב"מ יחידאה היא:
ואף דבנ"ד איכא תלתא ספיקי לדעת השיו"ט ודעימיה כמש"ל. אפ"ה לא יגהה מזור. שהרי ספק זה הוא ג"כ נגד דעת מר"ן ומור"ם דסברי מרנן בדעת הרמב"ם דס"ל דהוי מדרבנן גמור וכמש"ל. ועוד הרי כתב הכנה"ג ח"מ סי' כ"ה אות פ"ד דלמ"ד שום פלוגתא דרבוותא חד הוא מה לי חד מה לי תרי מה לי תלתא מה לי מאה:
ואולם מההיא דהכנה"ג אין ראיה שהרי מצינו להכנה"ג גופיה כתב דאיכא פלוגתא בזה והבי"ד ה' שער אשר סי' כ"ה ד' פ' ע"א וז"ל וכמו כן ראיתי להכנה"ג בתשו' עדות ביעקב סי' טו"ב שכתב להתיר בנ"ד בלא גט להנערה המקודשת ע"פ עדים שהיו ספק פסולים מכח ס"ס בפלוגתא דרבוותא וע"ז נרגש ממה שיש להקת הפוסקים הסוברים דשום פלוגתא דרבוותא חד הוא ולזה מ'ר הוא דאמר דכיון דהרבה הפוסקי' דעבדינן ליה גם בס"ס דפלוגתא וגם דאיכא פלוגתא אחריתי דאיכא מאן דס"ל דבתלתא ספיקי לכ"ע עבדינן ליה גם במחלוקת הפוס' א"כ ממילא הדר הוא ליה ס"ס בענין זה גופיה. ס' אי שום פלוגתא חד או תרי ואת"ל חד הוא. שמא בתלתא ספיקי מודים דהוי ס"ס והוא מתהפך כמו שיעו"ש. ע"כ:
באופן דלכאורה נראה דמצד פיסול העדים לחוד אין בידינו לפוטרה בלא גט. שהרי מצינו למרן הב"י אה"ע סוס"י מ"ב כתב וז"ל מ"כ על המעשה שהיה באשה שנתקדשה לראובן בפני עדים שהם קרובים ואח"ך הלכה ונתקדשה לשמעון בפני עדים קרובים

ופסקו החכמים שאלו ואלו אינם קידושי' והתירוה לעלמא והלכה ונשאת לאחר ואח"ך עמד אחד וערער על הוראת החכמים לפי שהקרובים היו ע"י אישות והם פסול עדות דרבנן וצריכה גט וכו' והחכמים דחו דבריו והסכים הר' יהודה בן הרא"ש ע"י מפני שרבים חולקים עליו וסוברים שקורבת אישות היא מן התורה ועוד שהרי"ף כתב בתשו' שהמקדש בפיסול עדות דרבנן אין חוששין לקידושין עכ"ל. וכתב ע"ז הב"י ונראה לי לסמוך ע"ז היכא דכבר נשאת אבל אם לא נשאת עדיין הדין עם החולק להצריכה גט משניהם כדברי הרמב"ם ז"ל:

עין רואה דנ"ש כנ"ד ואית ביה תרי ספיקי אף לדעת מר"ן ואולם ספק השלישי לית ביה שהרי הב"י ס"ל בפשוט דדעת הרמב"ם היא דהוי מדרבנן גמור. דדוקא לדידן דאין בידינו להכריע בדברי הרמב"ם כדברי מי הוי ספיקא. אבל למרן דרב גובריה ויש לאל ידו להכריע. לדידיה לא הוו אלא תרי ספיקי. ולפ"ז יש במשמע מדברי מר"ן דבתרי ספיקי אינו מתיר לכתחילה. אבל לא יש במשמע דאפי' בתלת אינו מתיר. ואפשר דמר"ן אזיל בשיטת מאן דאמר דס"ס דפלוגתא לא הוי ספיקא דשום פלוגתא חד הוא. אבל בתלתא אפשר דמתיר. וכדעת הכנה"ג בתשו' הנ"ל. וכ"כ המשה"ר מע' ע' אות נ"ט וזל"ה והסכמנו מן אז והלאה כל דאיכא תלתא ספיקי דפלוגתא דרבוותא וכיוצא נפקא בלא גטא כמסקנת הרב אליה רבה וזוטא ז"ל ד' ע"א והרב קול בן לוי בפסק הקידושין אשר לו. ע"כ. וכ"כ במע' ק' אות ל' ולפ"ז מאחר דלדעת תר"ן ומור"ם בעיא גטא ואבותינו ורבותינו זיע"א קיימו וקבלו עליהם ועל זרעם דברי מר"ן בב"י ובש"ע וגם דברי מור"ם היכא דלא גילה דעתו מר"ן להיפך בב"י ובש"ע מי שם פה לומר להתיר נגד דעתם מצד זה לחוד. גם ה' שיו"ט בסי' ע"ה אחר שכתב דאיכא בזה תלתא ספיקי והביא תשוב' הכנה"ג שהובאה בעדות ביעקב כתב אבל מ"מ לענין מעשה אין להקל מטעם זה דאע"ג דהרב החבי"ב דעתו להקל מטעם זה מ"מ הרב עדות ביעקב שם בסי' ח"י שדי נרגא בס"ס זה יעו"ש, ומה גם בנ"ד דעינינו הרואות למר"ן הב"י וה' תומת ישרים דהצריכה גט אף דבנדון דידהו איכא נמי תלתא ספיקי הנז' כנד"ד ועכ"ז חשו ומי יערב לבו להתיר שלא כדעתם דעת עליון ע"כ:

וחזיתיה לידידינו הרב המופלא הרב הפוסק הי"ו שמתחילה הביא דברי ה' שיו"ט דסי' ע"ה. ושוב כתב ואחר העיון רואה אנכי כי קשה הדבר מאד לומר דגם בתלתא ספיקי חיישינן להצריכה גט לכתחילה מאחר דהראשונים ז"ל הי"ו מתירים בתרי ספיקי ואף למיעוט החולקים בתלתא ספיקי נראה דאין כאן בית מיחוש כלל אף דהוו בפלוגתא דרבוותא ועי' להמשה"ר מערכת ע' וכו' ולענין דחית הרב עדות ביעקב עין רואה להרב

שער אשר חלק אבן העזר סי' כ"ה ד' פ' ע"א וב' והנמשך דתימה יקרא ע"ד העדות ביעקב ז"ל וקיים דברי ה' החביב ז"ל עש"ב שתמה גם על הרב כמהרח"ף דנקיט במושלם מדברי השיו"ט דבמקום ערוה החמורה גם בתלתא ספיקי אזלינן לחומרא ע"ש בחאה"ע סי' כ"ט ותמה עליו דהשיו"ט גופיה בסי' י"א ובתשובתו כי באה בבירך משה סי' ל"ד אף דהוא דבר ערוה כמו שהוכיח שם עכ"ז צדד להקל בתלת ספיקי ומכח זה הכריח דגם השיו"ט גופיה אזיל ומודה כל דאיכא תלתא ספיקי ולא החמיר אלא בהך דסי' ע"ה משום דאשכחן למר"ן בב"י בהך דר"י בן הרא"ש ז"ל דאיתנהו נמי לכולהו תלתא ספיקי ואפ"ה חשש לכתחילה ומשום דאתכא דמר"ן ז"ל סמכינן בא"י כדמסיק התם וכדמוכח משאר תשובתו ז"ל עכת"ד ה' שער אשר וכשאני לעצמי לא ידענא טעמא מאי לחלק בין הנך תלת ספיקי לאחריני דכוותייהו ומאי גריעותייהו דהנך משארא ולמה יחוש מר"ן ז"ל בהני טפי מאחריני ע"כ דברי הרה"פ:

ולדרכנו אין מקום לתמוה דאף דבתלת ספיקי אחריני לא חיישינן. שאני תלתא ספיקי אלו דגריעי. וה"ט דאף דלדידן הוו תלתא ספיקי מ"מ לדעת מר"ן לא הוו אלא תרי ספיקי דמאחר דמר"ן סבר בפשוט בב"י בח"מ דס' הרמב"ם היא דהוי מדרבנן גמור וא"כ לדידיה תו ליכא האי ספיקא אלא אינך ספיקי אחריני דודאי הנהו איתנהו אף לדעת מר"ן שהרי בנשאת סבר לה כר"י בן הרא"ש. והגם דאף לדידן מקבלה ואילך דברי מר"ן ליכא האי ספיקא דהוי כאלו אין כאן מחלוקת כלל. מ"מ אחשבינהו לתלתא משום דלפי האמת זולת הקבלה הרי יש כאן שלשה סהרי יש כאן מחלוקת ואשמועינן דאף דבנדון דידיה איכא הני תלתא לדידן דאין בידינו להכריע אפ"ה אין להקל מחמת אלו הספיקות. שהרי גם בנדון מר"ן איכא תלתא ספיקי הנז' ועכ"ז כתב דלכתחילה בעיא גטא ואף דלמר"ן ליכא כ"א תרי מ"מ ילפינן מיהא דמחמת אלו הספיקות אין להקל ולעולם היכא דאיכא תלתא ודאי דיכולין להקל אפי' לכתחילה וכמ"ש הרב החביב"ב. וה"ט דהנהו רבוותא השיו"ט והשע"א וגם המשה"ר דזכר עשה להשיו"ט דקרי להו תלתא וחששו לס' מר"ן אם לא דאשכחו ריעותא אחריתי והסכימו מאז והלאה דבתלתא ספיקי שרי דמשמע דשאני להו בין הני תלתא לתלתא אחריני. והיינו כמ"ש:

וא"כ בהצטרף כל הנך ספיקי דאיכא בגוף העדות כאשר כתבנו לעיל אנן בעניותין עם הני ספיקי דאיכא בפיסול העדים. נוכל להקל בשופי לכתחילה בלי פקפוק:

ועתה נבאר הצדדים והספיקות בדרך קצרה. הצד הא' הוא העדות הראשונה של העד הראשון שאמר איני יודע כמאן דליתא דמי ולא ניתן ליכתב שאין כאן עדות כלל ולא נשאר במה שיש לחוש כ"א בעדות אחרונה דידיה ובעדות העד השני ראשונה ואחרונה.

הצד הב' הוא עדות אחרונה דעד ראשון דהעיד דאמר לה דברים ושכח. וגם עדות אחרונה דעד שני דהו"ל כאומר איני יודע אם אמר שאין כאן עדות כיון שלא העידו בבירור מה אמר לה. וכמהריב"ל ודברי יוסף אירגאס והמשד"ר והשע"א ז"ל ואינך רבוותא שהובאו בספרן ש"ץ הללו וכעת לא נמצא חולק ע"ז ואם המצא ימצא. מ"מ מפלוגתא לא נפקינן. הצד הג' הוא בעדויות הללו ג"כ דמדבריהם דרבנן ראשונים כמלאכים אשר הצגנו כמביא למעלה. און כאן עדות משום דאינם חוזרים ומגידים. ואפי' יהיה הלב מהסם. מפלוגתא לא פלטינן ובצירוף שני הצדדים הנ"ל הוו תרי ספיקי. ועוד איכא כמה ספיקי שמא לא אמר לה מעניני הקידושין כלל. א"נ הרי את מקודשת לך אמר דדילמא אערומי קא מערים משום מעשה שהיה וכמש"ל וכההיא דמהר"י אירגאס ז"ל. ואת"ל מענין קידושין דילמא לשון גרוע אמר לה ושמא הלכה כמהרימ"ט ודעמיה דס"ל דלא מהני לשון גרוע אפי' אמרה בלבה היה שתתקדש לו. ולעדות אחרונה של העד השני איכא ספק אחר דילמא לא אמר לה כלום והוא רוב דעתו הצד הד'. הוא עדות ראשונה של העד השני שהעיד בפשוט שלא אמר לה כלל דאיכא תרי ספיקי. דילמא הלכה כמ"ד דאין חוששין לקידושי ע"א ואינון רובא דרבוותא ואיכא בינייהו מר"ן ושמא הלכה כמהרימ"ט ודעמיה דסברי מרנן דאינה מקודשת בשתיקה אא"א היה מדבר עמה על עסקי קידושין ושכן היא דעת מר"ן בב"י מדהביאה בסתם בלי חולק כמביא למעלה. הצד הה'. דפסיל הני סהדי מדהוכחשו בחקירות ואית ביה כמה ספיקי כאשר עיניך תחזינה במ"ש אנן בעניותין יעו"ש. הצד הו'. מצד פיסול העדים מצד קורבת האם ואית ביה תרי ספיקי אף לדעת מר"ן. ולדעת השיו"ט ודעמיה הוו תלתא ספיקי הצד הז'. הוא יסוד חזק בעיקרא דדינא בכל ספק קידושין דאינם אלא מדרבנן. ול"מ לדברי הרמב"ם והראב"ד ושאר רבוותא דס"ל דחומר הספיקות אינן אלא מדרבנן. אלא אפי' לכת הסוברים דחומר הספיקות אסור מן התורה. בספק קידושין אין כאן איסור תורה דאוקמינן לה אחזקת פנויה וכמ"ש רבינו מהרימ"ט בתשו' הנז' לעיל. והמדקדק בדברינו אלה ימצא צדדים וצדי צדדים אלא שאין צורך לכפול הדברים דבאלו הספיקות המוצגים לפניך בהצמדם יחד די להקל:

והילך מ"ש ה' שע"א עינא דשפיר חזי בספרן ש"ץ חאה"ע סי' כ"ט וז"ל אמנם בכה"ג דנש' דאית לן תלתא ספיקי ובכל חד מנייהו רוב דעות הפוס' להקל ומיעוטם להחמיר וגם דאית לה חזקה דהתירא דאוקמי' לה בחזקת פנויה. פשיטא ודאי דליכא מאן דפליג בהאי מילתא שאין כאן לא משום חומרא דר"ב ולא משום חומרא דשום פלוגתא דרבוותא חד הוא. וכמש"ר בתשו' מהריב"ל ז"ל ח"ב סי' ז' שכתב דהיכא דאחד מן הספיקות רוב הפוס' להקל או אפי' שהם שקולים אך הספיקות חלין בקידושין דאית לה חזקה דפנויה

עבדינן ס"ס אליבא דכ"ע וליכא למיחש לדעת ר"ב כמו שיע"ש וכ"כ מהרח"ש אה"ע סי' ל"א וכן ראיתי לכמה מן הפוס' הלא בספרתם כ"ש הכא בנ"ד דאית לן בכל אחד מהשלשה ספיקות רוב דעות הפוס' להקל דפשיטא ודאי דאית לה שריותא בשופי מבלי שום פקפוק כלל. ע"כ:

ולענין אם חוששין מחמת כתב יד ומחמת הכתובה או מחמת החופה. כבר כתב הרב הפוסק בפשוט דבנד"ד אין חוששין ואין צורך לטרוח ולהביא הראיות ע"ז:

גם לענין חששת הבעילה כתב הרב הפוסק דאין חוששין יעו"ש בדבריו. והילך דברי הרדב"ז בחדשות סי' שנ"א דאם נתייחד עם אשתו בנדתה אחר שגירשה דממה נפשך א"ץ גט אם הוא זהיר בנדה הרי לא בעל. ואם אינו זהיר בנדה כיון דלא חייש באיסור כרת לא חייש לבעילת זנות ולא בעל לשם קידושין. ע"כ. הבי"ד ה' ישרי לב חאה"ע אות א'. ומר"ן בתשו' סי' ה' כתב דאפי' הגאונים לא אמרו אלא במי שהוא מוחזק בכשרות דחזקה שאינו עושה בעילתו בעילת זנות. ועי' ה' קהלת יעקב בעדות חכמים אות א' סעיף ה' שהאריך במדה זו ואי נאמרה באיש ולא באשה. ובאיזה אדם נאמרה. עי"ש שאסף וקבץ חבל נביאים דתנו רבנן במדה זו ואנו אין לנו להאריך בפרטים אלו דאין כאן בית מיחוש כלל וכמ"ש ידידינו הרב הפוסק הי"ו:

אלא דאכתי בעי חיקור דין. אי בנד"ד חיישינן לקלא כמ"ש בסי' מ"ו. וגם במאי דהחזיקה עצמה בא"א מההיא דמהריק"ו שרש פ"ו. וכאשר ראיתי למעלת הרב הפוסק הי"ו וז"ל איכו השתא אתאן לענין הספק הששי דאף אם נניח דקידושין הללו אין בהם שום מיחוש כלל עכ"פ למיחש מיהא מבעי להצריכה גט משום קלא דקי' עי' באה"ע סי' מ"ו. ואע"ג דהכא לא איתחזק קלא בב"ד כאשר הוגד לי אחר החקירה עכ"פ מה שהחזיקה עצמה זה כמה שנים כא"א לא גרע מדאיתחזק בב"ד וכמ"ש הפוס' ז"ל ואפשר לומר דנדון זה לא חשיב החזיקה עצמה כי בעת שהיו הקידושין וכו' גם הנישואין היה הכל בסוד גמור והוגד לי מאיזה רשומים כי לא נודע הדבר ולא נתפרסם בפומבי עד אשר ברח ואז החילה לפרסם בפומבי ואז נשמע הקול ג"כ מי היו העדים. וצ"ע בכללות נדו"ד אי חשיב קול ואי חשיב שוברו עמו ואי חשיב כהוחזקה דלא בעינן איתחזק בב"ד ע"כ:

שוב כתב גם יש לעיין בספק השביעי אם בנד"ד שלא יש ב' עדים כשרים שיעידו שמעשה הקידושין כך היו כמ"ש בשאלה הנז' המוצגת למעלה רק על פיו ועל פיה וע"פ השני עדים הקרובים כי לכאורה נראה דאין כח להוציאה מחזקתה אלא בפני עדים כשרים וכמו שמבואר הדבר בתשו'. כתב סופר ז"ל בסי' ל"ט דנ"ו. ע"ד בד"ה וזאת לדעת ע"ש דמטי בהם בשם הריק"ו שרש פ"ו ואין הספר הקדוש הנז' מצוי פה לעיין בדבריו ובנדונו

איך היה ולראות באחרונים ז"ל כי אפשר דנדון דידן שכתב בכתב ידו והיא יודעת לקרות וכתב שכך היה מעשה הקידושין מאז והנו תפוס בידה והיא והוא מודים גם העדים מעידים כן גם אמה והיא העידו בפני הערכאות ובפני ג"כ כי הם מתאוננים כי לא היו יודעי' מפיסול קרוביהם כי אלו ידעו היו מזמינים עדים כשרים אפשר בזה כ"ע יודו דסגי בהכי גם כי בנד"ד לא איתחזק בב"ד גם אפשר דלא מקרי מוחזקת שהוחזקה והחזיקה כנז' ואפשר דחשיב קול ושוברו עמו וכנז"ל בהכי כ"ע יודו ע"כ:

והילך לשון מהריק"ו בקצרה ועל אודות האשה שנתקדשה לאיש אחד ודר עמה וגם אמה אשר היתה אחותו של המקדש החזיקה בחזקה שזו היא ארוסתו י"ב שנים ויותר ואח"כ הימר והיו מבקשים ממנו גט ולא יכלו להשיג כי היא מקשה לשאול ושוב נטרפה השעה ועמדה בעיגון תמיד בחזקת מקודשת כמו שנתים ימים עד שבאתה לפני המשוגע הזה והתירה בלא גט ע"פ עדות קרוביה שאמרו שלא נתקדשה אלא בפניהם שהיו פסולים לה לעדות גם בזה נשתבש דהא פשיטא דכיון דיצא הקול זמן ארוך כ"כ בלי הפסק שהיתה ארוסתו וכן הוחזקה בעירה וחוץ לעירה כמבואר בשאלה שיש להחזיקה בחזקת מקודשת ואפי' לענין מלקות היינו מלקים בכה"ג כדאמ' בפ"ב דקידושין ד' פ' אמר רבי יוחנן מלקין על החזקות הלא דבר פשוט הוא שאין לך דבר שאנו מחזיקין שהוא כן גדול מזה שהיא הוחזקה כ"כ זמן שהיא ארוסתו וגם לאחר שנתפרדה החבילה היינו לאחר שהמיר אכתי היא אגידה ביה ונתעגנה יותר משנתים ימים וכו' משמע בהדייא דלא בעינן רק שנהיה מוחזקים בו שכך הוא כיוצא בנדון הזה שהיו מוחזקים כ"כ זמן שזו האשה נתאנסה לאיש ההוא ואפי' לאחר שהמיר הוחזק בה להיותה מקודשת כמו שתי שנים ופשיטא דהויא חזקה אלימתא לאוסרה וכו' וא"כ פשיטא שאין הקרובים נאמנים להוציאה מחזקתה וכו' וכ"ש בעדו' כזה שנראית כעדות מוכחשת מעצמה דאם איתא שלא היו שם כ"א קרוביה בשעת הקידושין היאך עמד הקול זמן ארוך כ"כ והלא יודע אדם שעדות הקרובים אינה מועיל וכו' ועוד דמאחר שרצתה ליתן לו מעות כדי שיפטרנה בגט מסתמא בדקה טובא מקמי הכי וחקרה ודרשה אם תוכל למצוא צד היתר להפטר ממנו בלא גט וראוי לחשוב כי כמה פעמים שאלו לה חכמיה וקרוביה להגיד להם גופא דעובדא ואם איתא דלא נתקדשה אלא בפני קרוביה כבר הגידו לה חכמיה וקרוביה דאין ממש בקידושין דהא מילתא דפשיטא היא ולא היתה מתעגנת שנתים אח"כ דודאי לא שדי אינש זוזי בכדי ולא היתה ממהרת לפזר מעותיה בשביל הגט אי לא דנתברר לה שהיו הקידושין קידושין וכו' ועוד בר מן דין פשיטא דלא גרע מיצא לה שם מקודשת שחוששין לקידושין ואע"ג שיצא קול אמתלא אח"כ לבטל הקידושין מ"מ

לא מהני כיון שלא יצא עם הקידושין ממש וכו' ואע"ג דהתם מיירי בקול שהוחזק בב"ד פשיטא דהתם דליכא אלא קלא בעלמא צריך שיהיה כן אבל הכא דאיכא חזקה טובא פשיטא דלא צריך שיתחזק בב"ד וכדהוכחתי לעיל מההיא דמלקין על החזקות. עכ"ל מהריק"ו בקצרה:

ומשמע לי דלא אסרה ה' מהריק"ו בחזקה זו אע"ג דהיתה לה מעיקרא חזקת פנויה בשופי אלא בכה"ג דנדון דידיה דהיו בו כמה אמתלאות המוכיחות באומדנא דמוכח על עסקי קידושין כאשר יראה הרואה בדבריו. ובהעדר אחת מהנה מוקמינן לה על חזקתה הראשונה שהיא בחזקת פנויה:

ומצאתי און לי מדברי מהר"א אלפנדארי ז"ל כאשר הבי"ד ה' יד אהרן אה"ע ח"א סי' י"ט אות ד' וז"ל לא כתב מוהריק"ו ז"ל שיש להחזיקה בחזקת מקודשת אף שלא היה שום מעשה בדבר היינו משום שהיו שם הוכחות גדולות שהיתה מקודשת שכל העם מקצה בין בעיר בין חוץ לעיר החזיקו אותה למקו' זה שנים עשר שנה וגם שעמדה בעיגון כ"כ זמן אף לאחר שנשתמד המארס וגם שבקשו ממנו גט וגם רצתה לתת לו מעות דלא שדי איניש זוזי בכדי וכל כי האי חשוב כמו מעשה. אבל היכא דליכא שום חד מהני מודה הרב ז"ל שאין כאן בית מיחוש ע"כ. יעו"ש:

ולפ"ז בנד"ד דליכא כי האי גוונא אין כאן בית מיחוש וגם לקלא לא חיישינן אחר דלא איתחזק בבי דינא וכמ"ש מור"ם סי' מ"ו ס"ב וז"ל ואין חוששין לקול אלא כשהוחזק בב"ד שבית דין חקרו הדבר ושמעו שיש ממשות בקול אבל כל זמן שלא הוחזק בב"ד לא ע"כ. ואע"ג דמור"ם סיים וכתב אם לא במקום שיש חזקה טובא שנתקדשה אי לא בעינן הוחזק בב"ד עכ"ד. מ"מ הרי מקור דברי מור"ם הם ממהריק"ו וכבר כתבנו דמהריק"ו לא איירי אלא בחזקה אלימתא שיש בה אומדנות והוכחות המוכיחות על הקידושין כנדון דידיה או כיוצא בהם. והכי דייקי דבריו שכתב לבסוף אבל הכא דאיכא חזקה טובא. דמזה מוכח דלא מיירי אלא בנדון דידיה או כיוצא בו. ואם כן אף מה שכתב מור"ם חזקה טובא היינו כגון ההיא דמהריק"ו ז"ל:.

גם ממ"ש מהריק"ו ז"ל ואע"ג שיצא קול אמתלא אח"כ לבטל הקידושין מ"מ לא מהני כיון שלא יצא עם הקידושין ממש. מוכח דבנד"ד שהגידו איזה מן הרשומים שכשנשמע קול הקידושין נשמע הקול ג"כ מי היו העדים הו"ל קול ושוברו עמו. ועוד דאפי' לא יצא קול האמתלא עם קול הקידושין יחד אלא נמשך זמן מה אחר קול הקידושין אפ"ה כיון שיצא קודם שהוחזק בב"ד מהני שכן כתב הר"ן בתשו' סי' ל' אמר רב אשי כל קלא דלא איתחזק בבי דינא לא חיישינן ליה ובודאי דרב אשי לא אתא לאשמעינן דאי לא איתחזק

לעולם בכגון פ' מהיכן שמע מפ' דלא חיישינן ליה. דהא מילתא כבר פשטיה להיתרא רבי יוחנן ורב דקאמרי לא שישמעו קול הברה וכ'. אלא ודאי רב אשי הכי קאמר דכל היכא דלא איתחזק בבי דינא מקמי שיצא שוברו עמו דהיינו דבר המבטלו כגון נישואין או דבר אחר אע"פ שיצא תחילה כיון דלא איתחזק הרי הוא כאלו לא יצא וכן כתב הרמב"ן בחידושיו ע"כ:

וא"כ בנד"ד הרי לא איתחזק בב"ד אלא עד שנתקבלה עדותן לפני הרב הפוסק ובאותה שעה יצא שוברו עמו. ואע"ג דאשתהויי אשתהי ואכתי לא באו לידי גמר דין אפ"ה לא חיישינן לקלא דנפיק בשעת העמדה בדין וכמ"ש הרדב"ז ח"ב סי' ד"ן ומהריב"ל ס"ג סי' ל"ז כאשר הביא דבריהם הכנה"ג סי' מ"ב הגה"ט אות כ"ח וז"ל הביא המקדש עדים וב"ד החמיצו הדין ושוב ראו שאין ממש בעדות לא חיישינן לקלא שיצא באותם הימים ע"כ. וכ"כ הפרמ"א ח"ב סי' י"ח:

והגם דבנד"ד אמרה האשה נתקדשתי בפני עדים וקי"ל דשוייה אנפשה חתיכא דאיסורא כמ"ש סי' מ"ח וא"כ לכאורה נראה דמטעם זה נימא דצריכה גט והגם דהעדים הם קרובים מצד האם ואנן בעניותין כתבינן לעיל דאין כאן עדות וא"כ הוי כאומרת שנתקדשה בלא עדים דאין בדבורה כלום ואפי' באומרת נתקדשה סתם כתב הרא"ש בתשובה הבי"ד הב"י סוס"י מ"ז וז"ל אבל אם אמרה קדשני בסתם ולא אמרה בפני שני עדים אין בדבורה כלום דקידושין שלא בפני עדים לאו קידושין נינהו ע"כ. מ"מ הא כתבינן לעיל דמההיא דפסולים העדים מצד קורבת האם לחוד לא נוכל לסמוך להקל לחומר ערוה החמורה. וה"ט דמר"ן בההיא דר"י בן הרא"ש שהביא בסוס"י מ"ב כתב דלכתחילה צריכה גט כדברי הרמב"ם ולא יכולנו להקל אלא בהצטרף כל הנך ספיקי דאיכא בגוף העדות עם הנך ספיקי דאיכא בפיסול העדים ובעיקר דין דקידושין יכולין להצטרף. אבל במאי דשוייה אנפשה חתיכה דאיסורא לא יצדק לומר שיצטרפו לדעת רשד"ם חאה"ע סי' ט' והרש"ך ח"ג סי' צ"ה והבי"ד הכנה"ג אה"ע סי' מ"ח הגב"י אות א' דאפי' יש עדים מכחישים שוייא אנפשה וכו'. וכ"כ המ"ל ה"א פ"ט הטו' וא"כ לא עדיפי הנך ספיקי דבגוף העדות מאלו היו מעידים להדייא להד"מ דלא מהני. וכיון שכן לא נשאר לנו על מי להשען כדי לסמוך להקל אלא אידך ספיקי דאיכא בפיסול העדים שכתבנו דאין אנו יכולין לסמוך עליהם לחוד:

ואולם כד דייקינן פורתא נראה דשרי. שהרי כתב הרמב"ם פ"ט מה"א ה' ל"א אמרה מקודשת אני ולאח"ז עמדה וקדשה עצמה וכו' ואם לא נתנה אמתלא או שנתנה ואין בהם ממש ה"ז אסורה וקידושי שני קידושי ספק לפיכך נותן לה גט ותהיה אסורה עליו

ועל הכל עד שיבוא ארוסה ע"כ. וכתב הה"מ וכתב רבינו שאם לא נתנה אמתלא לדבריה שיש בה ממש שצריכה גט משני ופשוט הוא שאפי' אם בא ארוסה אינה מותרת לו בלא גט מן השני שהרי אין עדים מעידים כדבריה ע"כ. מבואר מדברי הרמב"ם והה"מ דההיא דשוייא אנפשה אינן קידושין גמורים אלא קידושי ספק. וכ"כ מהריב"ל בח"א וא"כ נוכל לו' דע"כ לא חייש מר"ן לכתחילה להצריכה גט אלא בקידושי ודאי. אבל בההיא דשוייא דאינה מקודשת גמורה דאיתוסף בה ספק אחר אפי' לכתחילה לא ליחוש. וכה"ג מצינו בסה"ק סה"ת סי' פ"ב דשמונה מלכים מצוקי ארץ שחיללו בין ההיא דבדיבורה לחוד אמרינן שוייא אנפשה למקדש את האשה דאע"ג דהמקדש את האשה וחזר בו תכ"ד אין חזרתו כלום דתכ"ד לאו כדיבור דמי לענין קידושין וכמ"ש סי' מ"ט ס"ב אבל בההיא דשוייא אנפשה שלא היה כ"א דבור בעלמא אם חזר בו תכ"ד ואמר ששקר דבר מותר בקרובותיה דתכ"ד כדיבור דמי. ואוף אנן נמי נחלק כמ"ש:

ועוד נראה דהנהו ספיקי דאיכא בגוף העדות כגון אם אמר לה הא"מ לך או לשון גרוע א"נ קדש בשתיקה דכתבינן בהו לעיל כמה ספיקי לך נא ראה עדיפי מאלו היו מכחישים אותה לגמרי. וה"ט דבעדים מכחישים אמרינן הודאת בע"ד כק' עדים דמי. אבל היכא דאין כאן הכחשה לא שייך לומר הכי. שהרי כמו שנוכל לפרש דברי העדים ככל צדדי הספיקות הנז'. כך נוכל לפרש דבריה שאמרה סתם נתקדשתי אחר שלא פירשה דבריה להדייא היפך מדברי העדים. ואתיא הא דידן מההיא דתשו' הרא"ש דאמרה נתקדשה סתם כמביא למע':

אלא דיש לדחות דדילמא התם דוקא איירי בפירשה היא דבריה ועי' ב"ש וח"מ סי' מ"ח סק"א. מ"מ הסברא מחייבת לחלק הכי. ולא יהיה אלא ספק הרי איכא כמה ספיקי. שמא הלכה כדעת החכם החולק שהובא בתשו' רשד"ם שכתב הכנה"ג ודעמיה עי' פ"ת סק"ב. ולדבריהם יצטרפו כל הנך ספיקי דאמרן לעיל להקל. ואת"ל כרשד"ם ודעמיה. דילמא הכא יודו וכדחליקנא ואת"ל דליתא להאי חילוקא. דילמא כאידך טעמא דמר"ן יודה בזה משום דאינה אלא ספק מקודשת:

ועוד כאן נמצאו וכאן היו ריעותות אחריני אפי' אם היו העדים כשרים. וחדא מינייהו כתבה הרב הפוסק הי"ו וז"ל עוד מילתא בפומאי לקעקע בצת הקי' הללו מצד כי הבחור והמתקדשת הם תושבי כיבראלטאר יע"א והם כמנהג רבני המערב ותקנותיהם וכבר נודע תקנת הראשונים דהמקדש בלא עשרה וחכם וכו' דעקרו הקי' לגמרי וכיון שכן לא מיבעייא לדעת הסוברים דיכולים להפקיע ואין כאן קידושין כלל. אלא אף לדעת החולקים אפשר דבנד"ד דהיו העדים קרובים מצד האם כ"ע יודו עכת"ד:

ואוסיף עוד לבאר ספק אחר כדי לבוללן זה בזה ולמיעבד מהם ס"ס והוא כי בסה"ק סהת"ק בתקנה הלזו כתבו רבותינו בעלי התק' וכ"ז אנו גוזרים בכח נח"ש. דמלשון זה מוכח דגזירת נח"ש היתה אכל מאי דאיתמר בתק' אין דבר ממנה נגרע מגזרת נח"ש. ומכלל דברים הנאמרים באמת בתקנה. הם ג"כ העדים. וא"כ גם העדים הם בכלל גזירת נח"ש. ומצינו למהרשד"ם אה"ע סי' כ"א הבי"ד ה' יד אהרן אה"ע ח"ב סי' כ"ח הגב"י אות מ"ז וז"ל הסכימו הקהל בחרם שלא ימצאו עדים בקידושי אשה אם לא שימצא שם חכם וממונה הקהל ועבר א' וקדש בשני עדים לבד אין חשש לקידושין אלו שהעדים הם פסולי עדות שעברו על חרם הקהל. ע"כ. וכ"כ הראנ"ח ז"ל ונמשכו אחריהם מהרח"ש בתשו' חאה"ע סי' מ"ב וה' כרם שלמה בתשו' חאה"ע סי' כ"ד והרבה מן האחרונים. ואולם מהרש"ך בח"ג סי' א' חולק ונמשכו אחריו ג"כ הרבה מן האחרונים. כאשר הבי"ד הרב שע"א חאה"ע סי' ל"א. ונמצא דמדי ספיקא לא פלטינן. והרי איכא תרי ספיקי. דילמא הלכה כרשד"ם ודעמיה דסברי מרנן דנפסלו העדים:

ואת"ל דהלכה כמהרש"ך ודעמיה דלא נפסלו. דילמא הלכה כמ"ד דיכולין להפקיע. עי' בב"י סוס"י כ"ח ובכנה"ג הגב"י אות ל"ז. וכ"ש לדידן בני מערבא דאנו נגררין אחר אבותינו ורבותינו זיע"א בעלי התקנות ואנו מקבלין דבריהם כאלו הם הל"מ מבלי חולק והגם דמבואר בספרן ש"ץ דלא נחלקו הפוס' אם נפסלו העדים או לאו אלא בהוזמנו מתחילה להעד אבל אם באקראי נמצאו שם וראו הקידושין לא נפסלו. וכ"כ ה' יד אהרן שם אות נו"ן. ואנחנו לא נדע בנד"ד אם הוזמנו אם באקראי. אפ"ה לדידי חזי לי דאפי' יתברר שלא הוזמנו וגם בשעת הקידושין לא מצאו להמלט לברוח מה שאין הדעת נותנת כן בכה"ג דאנן קיימין ביה. שהאשה היתה תובעת אותו לקדשה ומשום מעשה שהיה והם קרוביה דמסתמא היה הכל בידיעתם ובפרט העד השני שהיה בן בית שם יוצא ונכנס בקבע בין ביום בין בלילה וכמבואר בשאלת חכם הרב הפוסק הי"ו. דמסתמא הכל היה בידיעתו. אלא אפי' יתברר דלא הוזמנו. בתקנת רבותינו המגורשים נראה דלא שאני להו בין הוזמנו ללא הוזמנו. שהרי כתוב בתקנה וכל מי שיקדש אשה שלא כפי התקנה הנז' אם יהיו מצויים שם עדים ויבואו ויעידו תכף ולאלתר לבד הנה נקיים ואם לא וכו'. ומשמעו' לשון זה יורה יורה דאיירי בלא הוזמנו. ועוד דאי בהוזמנו איירי למה כשיבואו ויעידו תכף הם נקיים. והלא כאומר אחטא ואשוב דמי. אלא ודאי דאיירי הת"ק אף בדלא הוזמנו. וא"כ מ"ש לבסוף וכ"ז אנו גוזרים בגזירת נח"ש גם עליהם קאי. וא"כ משעה שראו הקידושין ולא היה בדעתם להגיד. עברו על החרם ונפסלו למ"ד. וע"כ לא קאמרי הנך רבנן דבלא הוזמנו לא נפסלו אלא לתקנות דידהו. ואין למדין תקנה מתקנה:

ועוד איכא ריעותא אחריתי הביאה לנו ה' מוהרימ"ט ח"א סי' קל"ח וז"ל גם ראיתי להרב המובהק מהר"ר אליהו ן' חיים ז"ל. הכניס לנו ספק אחר שיש מי שאמר דהוי בכלל הא דאמרינן כל מידי דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד לא מהני שכן נמצא במרדכי על אדם שנשבע שלא למכור דבר פ' ועבר ומכר. ע"כ. ובדברי המרדכי פסק מור"ם במפה ביו"ד סי' ר"ל. אכן רבינו הב"י ח"מ סוס"י ר"ח הביא דברי המרדכי וכתב עליו וממה שנתבאר בסמוך נדחו דברים הללו. ע"כ. וכן פסק שם מור"ם ס"א בסתם. ודבריו סתראי נינהו ועי' באחרונים שם ובכה"ג אה"ע סי' כ"ח הגב"י אות נ"ג ובח"מ סי' ר"ח הגב"י אות ט' והמט"ש שם הגב"י אות ט'. ומצינו למוהרימ"ט דהגם דדחה דברי מהראנ"ח שכתב וז"ל איברא שזה כעשר שנים שכתבתי לחכם אחד שחשב לומר כזאת על חרם הקהל ואספתי עליו חבילות תשובות מכמה שמועות שסותרים ענין זה וישתקע הדבר ולא יאמר. ע"כ:

מ"מ עשאה בספיקותיו להקל בנדון דידיה וז"ל עדיין י"ל שנפסלו העדים לפי שעברו על ההסכמה ואת"ל שלא נפסלו מפני כן עדיין יש ספק אם הופקעו הקידושין בכח ההסכמה משום דאפקענהו רבנן לקידושין מיניה או משום דעבר אמימרא דרחמנא ע"כ:

והיינו טעמא ממ"ש שם מהרימ"ט גופיה וז"ל אבל רואה אני ברבני הדור שלפנינו שעושים סניפים בטעמים אשר אין ראוי להתיר על אחד מהם לבדו ובהתחברם ובהצמדם יחד רואים להתיר דהו"ל כתרי ספיקי ע"כ:

ולפ"ז הוו תלתא ספיקי. ואע"ג דתלתא ספיקי אלו כחדא נפקין וכחדא שריין ואפ"ה חששו רבותינו בתקנתם להחמיר להצריכה גט. מ"מ כאשר יהיה האופן שיצטרפו עם הנהו ספיקי דאיכא בפיסול העדים מצד קורבת האם יודו כ"ע להקל בלי פקפוק:

ונצרף עוד לזה דברי מהר"י אירגאס סי' מ"ד שכתב וז"ל אמנם במקום עיגון נראה שיש לסמוך אסברת החולקים על הרמב"ם כי רבים וגדולים המה ואע"ג דמר"ן ז"ל לא רצה לסמוך עליהם זולת בשכבר נשאת. ה"ה אם עדיין לא נשאת ואיכא עיגונא דאתתא אי מצריכינן לה גיטא דהרבה חשו חז"ל לתקנת עגונות כידוע. אכן בנ"ד דליכא שום דוחק ומקום עיגון כי המקדש והמתקדשת שניהם בעיר הם יושבים ונקל הדבר ליתן לה גט כשר לא שרינן לה בלתי גט נגד ס' הרמב"ם ז"ל ע"כ:

ואתיא הא כי האי מילתא שכתב הרב הפוסק הי"ו וז"ל עוד מילתא בפומאי לומר בנ"ד גם ה' שיו"ט ז"ל דהחמיר אזיל ומודה דלא בעי גיטא דהרי הוא ז"ל עצמו בסי' ע"ה בנדונו שם שהוא בנד"ד כתב וז"ל ובנ"ד ליכא שום צד עיגון בדבר דבנקל יש לגרשה דכופין אותו לגרשה וכו' עי"ש הרי לך דדוקא היכא דבנקל יוכל לגרשה ובמקום שכופין אבל

באלו המקומות כי קשה הדבר לגרש לפי חקי הממשלה יר"ה ואם אתה אומר צריך לגרש ידינוהו לבעל האשה ויחייבוהו במזון האשה והבת לעולם או יהיה מוכרח להיות שותה בעציצו ובעציץ אחרים לפי דבריו ועוד כי האשה לא תרצה להתגרש להציקו לחזור אליה או להתחייב במזונותיה ומזונות בתה וא"כ אין לך שעת הדחק גדולה מזו וכדיעבד דמי ע"כ:

וממילא רווחא שמעתתא גם לענין שוייא אנפשה וכו' הנ"ל דאיתוספו בה הני ספיקי וצדדי ההיתר עם הנך דאמרן לעיל:

וזאת אגיד כי לא רציתי לכתוב בשני פרטים דשייכי לקב"ע. הפרט הראשון הוא. דאף דיש לחוש דשמא הקב"ע נעשית בפני הרב המורה דוקא. ומקום יש בראש להציע מה שהדין נותן בה היכא דנעשית בפני רב יחיד המקובל על הצבור. מ"מ מנעתי עצמי מלכתוב בזה. יען כי אמרתי גברא רבה הוא לא ירצה לסמוך על צדדי הקולות ולכתחילה איננו שומע למיקל היכא דאפשר. ומסתמא נעשית כתקנה וחזקת חבר שאינו יוצא מתחת ידו דבר שאינו מתוקן. שכן מצינו כה"ג להרדב"ז סי' תרנ"ו שכתב על עדות עגונה שקבל מר"ן ז"ל כיון שנתקבלה העדות בפני גברא רבה תלינן דבכשרות נעשה. ועוד דקדקתי במ"ש עד כאן הגיעו דברי עדותן זה שלא בפני זה וכו'. ומדלא כתב ע"כ הגיעו דברי עדותן לפני כמ"ש אח"ך ובפני הודית כן הכלה. משמע דהקב"ע נעשה בשלשה. שהרי הרדב"ז ז"ל שם ג"כ דקדק מדכתב מר"ן באותה העדות בפני העיד ולא דייק מדחתם מר"ן לחוד. והפרט השני. במ"ש הרה"פ ע"כ הגיעו דברי עדותן ז"ש ב"ז ושלא בפני החתן והכלה כי לא היה אפשר לקבצן מפני כמה סיבות. ע"כ. גם בזה מנעתי עצמי מלכתוב שהרי כתב ה' חשק שלמה סי' כ"ח. הגב"י אות ס"א וז"ל אם הב"ד שקבלו העדות היה ב"ד מומחה מהחכמים השלמים לא חיישינן לב"ד טוען ובודאי יש לומר שהם ידעו טעם לדבר לקבל עדות שלא בפני בע"ד עי"ש שכ"כ משם תרי אריוותא מהר"ש גאון ומהרח"ט ז"ל. לזאת מנעתי עצמי מלכתוב בזה אפי' לצרפה לצדדי ההיתר כמ"ש מר"ן סי' כ"ח סט"ו דאין דנין על פיה. וגם במאי דפליגי רבוותא אי אמרינן הכי בעידי קידושין. גם לרבות את הנמשך מזה אם יכולין לחזור ולהגיד בפניהם. ועי' מהרי"א ס' ד' ורכ"ו ורב"א ס' ה' ומהר"א די ביטון סי' כ"ג ורשד"ם אה"ע סי' כ"א וסי' ן' והכנה"ג אה"ע סי' מ"ב הגב"י אות ע"ט. ובשאר ספרן של צדיקים:

קנצי למילין דאתתא דא שריא לאיתנסובי בלא גיטא בלי שום פקפוק כלל וכאשר האריך הרחיב מעלת ידידינו הרב המופלא משה שפיר בצדדי ההיתר ברוח מבינתו חכם בחכמתו שהלכה כמותו. וסלקא ליה שמעתתא. אליבא דהלכתא. ובהצטרף כל

הנך ספיקי דאיכא בהסכמת תקנת הקדושין עם הנך ספיקי דאיכא. בפיסול העדים מצד קורבת האם. ובהצמדם יחד עם הנך ספיקי דאיכא בגוף העדות וכמה רובי דהיתרא ועוד כמה צדדים שהם פשוטים ולחומר דבר ערוה הכנסנו אותם לבית הספק כמביא למעלה וגם אית לה חזקת פנויה כאשר הצגנו לפניך לעיל משם הר"ן ומהרימ"ט והפר"ח. וכ"ש למ"ד חומר הספיקות אינו אלא מדרבנן וגם משום עגונא כי קשה הדבר לגרש באותן מקומות לפי חקי הממשלה. אשר בהצטרף כ"ז. אף ידי תכון עמו. זה מה שנלע"ד בזה. וליה עינינו יצילינו מכל שגיאה ויראנו נפלאות. במאור תורתו הנפלאה. הכ"ד החו"פ פאס יע"ה. בחדש אדר א' שנת כשח"ר נכו"ן מוצאו לפ"ק. ע"ה שלמה אבן דנאן הי"ו

וזאת תשובת הרב השואל הי"ו

סימן ג

ראיתי מנורת הכר'ך הנורא אשר כוננו ידי מע' הרב היושב על כסא ההוראה בנן של קדושים המעלות לשלמה נר"ו באותו ענין אשר כתבתי בש' תרמ"ט על אודות האשה הקושי'ת המתקדשת בלילה בעדים קרובים וכו' וכו' בדרך שאלה מפני חמת המציק הענין הנחוץ מפחד השררה יר"ה וחסרון הספרים. ומסרתיו ביד הרב אבי המקדש לשולחו ליושבי על מדי'ן בכ"מ מכת"ר. איכו השתא עיני ראתה כל הכתוב בפרשתו של הרב הפוסק הנז' הי"ו האריך הרחיב למעניתו. לפי שכלו ורוח מבינתו. ואף גם זאת הן הראנו מעשה תקפו וגבורתו. אפי חכמתו ולהבת חניתו. וכשאני לעצמי לרוב טרדותי איני מופנה וכו' אך בדרך העברה בדברים הנוגעים למ"ש אני בעניי זה לי כמה ימים ואני מסתפק וכו' עד היום שהחלטתי בדעתי להיות מקבל שכר על הפרישה בע"ה:

אכן צר כי א"א לומר ונקה להודע ולהודע. כי באמת קבלת העדות המוצגת בשאלה לא נתקבלה בפני ג' גם כן. ואפריין נמטייה להרב הנז' הי"ו שדן אותי כתור אדם המעלה [המבדיל בין קודש לחול ובין חכם הרזים לאפרוח שלא נתפקחו עיניו] כההיא דהרדב"ז ז"ל דסי' תרנ"ו ובלא"ה אין הדמיון עולה גם מה שדקדק מדברי הצעיר וכו' וכו'. ס"ס נראה דמ'ר ניהו מסתמיך ואזיל על האומדנא הנז'. ומי יודע אם אולי עתה בהגלות נגלות הנז' יהיה לו מקום להיות חוזר בו מההיתר וחוששני מחטאת שיהיה הקולר תלוי בשתיקתי. ע"כ ההכרח אלצני לכתוב שורות אלו בקצירת האומר בקיצור נמרץ:

דאיברא ודאי כי העדות לא נתקבלה בפני ג'. כי אעיקרא דדינא רוב מ"ש היה לפני קבלת העדות ובענין הקידושין כבר היה דעתי מחליט ההיתר ומה שקראתי לעדים היה בראותי מ"ש הכתב סופר בשם מהריק"ו ז"ל ע"כ קראתים אולי מתוך החקירות יתברר

דבר זה ואכמ"ל והנני להעתיק קיצור ממ"ש ע"ד הרב הפוסק הי"ו עמ"ש בדף האחרון אפס קצהו הצריך:

מ"ש וז"ל ומקום וכו' להציע וכו' היכא דנעשית בפני רב יחיד המקובל על הצבור ע"כ. לא ידענא מאי קאמר דלפום רהטא נר' שדין זה מוסכם מכל הפוס' ז"ל דלא סגי בלא ג' ולדעת מר"ן ז"ל בסי' כ"ח משמע דגם שלשתם מומחים בעינן ובעיקר הדין לא הבי"א בב"י ז"ל שום חולק. ומ"ש הרדב"ז ז"ל בההיא דסי' תרנ"ו דיש מי שאומר שרב העיר וכו' היינו ההיא דהתה"ד ז"ל שפי' רמ"א ז"ל בסי' מ"ו ס"ד לענין קיום דוקא ובמקום שנהגו ומה"ט שכ' שם רמ"א ז"ל. ואף בזה רבו החולקים כנודע וע"ש בש"ך ז"ל ובהרדב"ז ז"ל הנז' ובהא כ"ע ל"פ דאפי' בדיעבד ל"מ ואפי' בפני שנים וכמ"ש בסי' כ"ח ס"ך ע"ש וז"ב ואע"פ שהרא"ם ז"ל ח"א סי' כ"ד עלה ע"ד לתלות זה במחלוקת הפוסקים ז"ל דפסקו דשנים שדנו וכו' אח"כ חזר בו ע"ש ואע"פ שמה"ט שכ' הרשב"א ז"ל שהביא בב"י ז"ל מ"ש דהא בהא תליא כמו שהרגיש בברכ"י ז"ל לע"ד לק"מ דהרשב"א ז"ל כוונתו לומר דאפי' לדון לא קי"ל הכי כ"ש לקב"ע דהוי עד מפי עד וק"ל ועי' במהרי"א ז"ל סי' רכ"ח שגם הוא היה מתכוין להוכיח דאפי' ב"ב לאו כלום היא ע"ש ואף ביחיד המקובל מבע"ד עצמם ל"מ לגבי קב"ע אפי' לדעת הטור בדעת הרא"ש דפליג אהרמב"ם ז"ל בהודאה בח"מ סי' ג' אפ"ה לגבי עדים מודה דל"מ ע"ש. ומר"ן ז"ל משמע בהדייא דפסק כהרמב"ם ז"ל גם בהודאה ואפי' יחיד מומחא ל"מ וע"ש בסמ"ע ומ"ש עליו הש"ך ז"ל ואף להסמ"ע ז"ל דוקא בהודאה זה קיצור מ"ש בהשקפה ראשונה:

שו"ר מה שהאריך הברכ"י ז"ל בח"מ סי' ג' אות ב' וג' עיש"ב כי ס' זה מצוי. ואף לדעת הפוסקים ז"ל והם מעשים דוקא יחיד מומחא כרב נחמן עי' בסמ"ע ז"ל סי' ג'. ואפשר דיחיד שאינו מומחא אפי' קבלוהו עליהם הבע"ד לא מהני גם לאותם פוסקים ז"ל וכמ"ש הרא"ש ז"ל שם וע"ש בברכ"י מ"ש בשם מהרשד"ם ופמ"א וכו' וכו' והנאמן שמואל ז"ל ע"ש וע"ע לה' מ"ש בשם מהרימ"ט ז"ל ואפשר דהיינו דווקא לענין הודאה. וע"ש משם השבו"י ז"ל ומש"ע דף ו' ע"ב:

באופן כי איני יודע אנה מצא הרב הפוסק הי"ו דרב המקובל על הצבור דמהני אף שאינו מומחא, ואולי כוונת הרב הי"ו לצרף דעת הסמ"ע בסי' ג' דהמחום רבים עדיפא ממומחא לרבים בהדי הך סברא דהרמב"ן והרשב"א שזכר הברכ"י ז"ל הנז'. ואחהמ"ר כבר תמה הש"ך ז"ל שם דמנ"ל וגם הברכ"י ז"ל שם ע"ש. ואין כאן להאריך. ובלא"ה מלבד כי איני ראוי אפי' לרועה וכו' עוד בה כי איני מקובל לדון דיני ממונות. גם לא ממונה דפתיך באסורה וא"כ ודאי דיכולים לחזור ולהגיד ואפי' לדעת הסוברים דבדיני נשים סגי בשלש

הדיוטות גם אי לית בהו דגמיר וסביר וכמ"ש בברכ"י ז"ל התם וע"ש טעם הפר"ש ז"ל ומשע"ש דדף ט' ע"ב. הרי לא אמרה אלא בג' הדיוטות. לא בהדיוט א'. כי בודאי יכולים לחזור ולהגיד. וא"כ גם בג' הדיוטות ואכמ"ל ואפי' לתשובת הר"ן ז"ל שהביא הרא"ם ז"ל דמס' דבדיני נשים לא בעינן ב"ד כלל. מ"מ הרי הוא מסיק דיכולים לחזור ולהגיד. ואף להרמב"ם ז"ל והרשב"א שהביא שם בברכ"י ז"ל ונסתפק כהרא"ם ז"ל ע"ש מ"מ דוקא יחיד מומחא וכו' וכנז"ל. כ"ז אני כותב מבלי עיון בספרים ובדברי האחרונים ז"ל הנמצאים פה להיותי טרוד ונחוץ:

ובפרט כי לענ"ד אף אם ימצא מה שלא יצוייר דרב המקובל על הצבור מהניא הקב"ע לפניו הפך כל הנז'. וגם אם יצוייר דגם בכה"ג דיחיד שקב"ע אינו יכול חוזר ומגיד הפך הר"ן ז"ל והרא"ם ז"ל. ומדי פלוגתא לא נפקא בכ"ז בנ"ד דהאיכא קמן קב"ע ביחיד מקובל ושניה לה במותב תלתא ובכל חד מהם יש צדדי' להקל בעיקר הדין כאשר יראה הרואה בהשקפה ראשונה וממ"נ יש להקל בנ"ד:

ואם נפשך לומר מצד הפרט הב' שרמז הרב הפוסק הי"ו שנתקבלה שלא בפניה בע"ד ובהדייא קאמר שלא רצה לצרפה לצדדי ההיתר. מפני שמר"ן ז"ל כ' בסי' כ"ח סט"ו שאין דנים ע"פ עכת"ד. משמע מרהטת לשונו שם שאלו היה יודע בבירור כי לא היה שום טעם מספק לקבל העדות שלא בפני בע"ד. כי אז היה מוסיף זה על צדדי ההיתר שהוליד מהעדות עצמה לו' שגם עוד יש צד להתיר מפני שהקב"ע הנז' אין דנים על פיה. ומי יתן ידעתי איך יצטרף זה עם הצדדים הקודמים דבאמרך אין דנים ע"פ הרי אתה סותר הקודם כל צדדי ההיתר הקודמים. וצריך לחזור ולקבל עדות מחדש וכמאי דמסיק רמ"א ז"ל שם דחוזרים ומגידים ומי יודע אם יגידו כבראשונה. ואף אם יגידו כן עכ"פ במה שלא נתק' עדות השנית אי אפשר לצרף. ואולי סמך על תשו' מר"ן ז"ל דשייכי לאה"ע סס"י ב' ודו"ק. ובכ"ז אין שום צירוף כלל. אכן דברי מר"ן ז"ל מלבד שנראים שם כסותרים ח"ו. עוד בה כי הם צאת גדול ודוק הטיב כי אכמ"ל ובלא"ה אינו דומה כלל. דהתם לא היתה שם ריעותא דקבלה ביחיד בנ"ד. ברם בנ"ד לכ"ע חוזרים ומגידים גורעים ומוסיפים כמתבאר כ"ז שם בב"י ובהגה"ה ואכמ"ל:

עוד לא ידעתי איך יצוייר שבאמרנו אין דנין על פיה שיהיה זה בנ"ד צד היתר כלל. דאם אתה אומר אין דנין על פיה. וגם תאמר שלא יוכלו לחזור ולהגיד. והבחורים שניהם מודים שהיו שם קידושין ומזה כמה שנים החזיקו עצמם כן. א"כ איך יותר אסורם באומרם אין דנין ע"פ. ולהיותי כותב בנחיצה רבה לא מצאתי און לצדד ישוב לדברי הרב הפוסק הי"ו וסמכתי אולי הוא יבאר כוונתו:

גם יבאר מאי דק' אפי' לצרפה להדדי וכו' במאי אפי' דקאמר ודוק. ואף לדברי מר"ן בתשו' הנז' דאין יכולים להוסיף וכו' כנז' אין כאן שו"ד לצרף להקל מפני שלא נתקבלה וכו' ובנ"ד ל"ט טענה דעבידי לאחזוקי שקרייהו כלל ואכמ"ל:

גם בעיני יפלא איך הרב הפוסק הי"ו קורא ופושט להתיר דבר גדול כזה מאחר שלפי דעתו הרחבה מ"ש בעניותין בענין פיסול הקידושין לא סגי. וכל סמוכין דיליה הוא ע"פ מ"ש בדברי העדים והכחשותיהם. וזה כמה זמן שהשאלה הנז' מוצגת לפניו עם היות כי לרוב טרדותיו לא פנה וכו' עד לבסוף הרי השיירות מצויות ומסתמא מיום הא' ראה השאלה בדרך העברה וכו' וכו' אם לא שנאמר דמר פשי"ל דבכל גוונא הך אתתא שרייא וכמ"ש לצרפה לצדדי וכו' וכנז' ואנחנו לא נדע איך. ואין כוונתי בכ"ז להשיג ולסתור. כי אף במה שנוגע לדברי קטני' המנ"ה משה עלה בהסכמה וכו' וכנז"ל רק בדבר זה של קבלת העדות ביחיד ושלא בפני וכו'. ועוד ריעותא אחריתי שעוד לא ידע ממנה שגם בקב"ע האחרונה נתקב"ע עד אחד בלילה שע"י הצעיר נעשה כן ואין רצוני ח"ו שימשך שום נדנוד באמצעותי. ע"כ כתבתי זה והנמשך בדרך אגב לא זולת:

וזאת תשובתי אליו

סימן ד

עתה באתי להשיב מפני הכבוד ונלכה נא בקצר אמיץ כפי קוצר השג יד כהה איידי דטריד הלא מראש אנכי הרואה ארי נעשה שואל שרטט וכתב כל הכתוב בפרשת העדות לארכה ולרחבה. את אשר העידו שניהם ואת אשר הכחישו זא"ז ובאיזה חזרו ורוב החקי' והדרישו' והאיומים וההגזמות ככל הכתוב בשאלת חכם מעלת ידידינו הרב הי"ו בד"ה איכו השתא וכו' עד ע"ך הגיעו דברי עדותם לך נא ראה. ועוד בה כי בא בנותן טעם על אשר היתה העדות שלא בפני החתן והכל' כי לא היה אפשר לקבצם מפני כמה סיבות כאשר עיניך תחזינה. ואחד הרואה יראה בעיניו ולבבו יבין כי התכלית המבוקש ממעלת הרב הי"ו מאת היושב על כסא ההוראה כי יתן את רוחו עליהם אולי ימצאון שם עוד צדדים להתיר דאי אפשר לומר דלחנם העלה ארוכה בפרשת העדות ובסיב'ת עשויה שנתקבלה שלא בפני בע"ד [גם בתשובתו כמה זמני עשה סמוכות להתיר מעדות החרש שלא שמע]:

ואולם נוראות נפלאתי כי המבוקש ההוא לא יושג כי אם בהיות הקב"ע כתקנה ונעשתה במותב תלתא. ואנחנו לא נדע אם כך היתה. ואם באנו לומר לא זה הוא התכלית וכל הכתוב בדברי העדים הוא מיתא יתירתא. ועדותיו לא שמרו. לדרשו ולחקרו. קשה הדבר

לאומרו. ולא זו הדרך אשר שואל'ם הלכו בו. ואל קשה ואלה קשה מאל. הנה כי כן מריש הוה אמינא דדילמא סבר לה מר דמהני היכא דנעשית בפני רב יחיד המקובל על הצבור שכ"כ מופה"ד החק"ל חח"מ ח"א סי' ט"ו וז"ל אם קבלו בני העיר דיין קבוע שהוא לבדו יהיה הדיין ובלעדו לא ירים איש את ידו נראה דמהני כח רבים שיקבל עדות לבדו כמ"ש מר"ן בש"ע סי' כ"ג יע"ש ואף דהתם מיירי שקבלו בפי' שיקבלו העדות ב' סופרי הדיינים משא"כ בקבלו סתם לדון. מ"מ מסתמא מי שדן את הדין הוא המקבל העדות כמ"ש בתשו' לחם רב ז"ל סי' כ"א וכ"ב להדייא בתשו' חינוך בית יהודה סי' קנ"ו ועם שיש להשיב עדיין כמ"ש בתשו'. מ"מ כן נראה עיקר וכן עשו מעשה גדולי הדור שהיו לפנינו ע"כ:

גם ה' אורח משפט סי' ג' אות ו' כ' וזל"ה איברא שהמנהג עתה בגלילות אלו לענין איסורא כגון גטין וקידושין ושאר איסורין נהגו לקבל עדות ברב יחיד המקובל על הצבור וכו' דבעינינו ראינו כמה פעמים דגם בעדות ערוה ושאר איסורים דקים להו לכל רבותינו) הקודמים לקבל עדות בדיין ורב יחידי שקבלוהו עליהם ואף אם היה חוזר בו העד לא היו מקבלים דבריו משום שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד וכו' ובודאי דהכי נקטינן דמהני הקבלה לכל מילי בין לאסור בין לממון ופוק חזי מאי עמא דבר וכן הבין מורי הגאון מ"א בח"א סי' ט"ו יע"ש. ע"כ:

אתה הראת תרי אריוותא מצוקי ארץ שמעידים בגדלם שכן עשו מעשה רבים וגדולים ושכן עמא דבר. והרה"ג מוהריב"ץ זלה"ה כ' וזל"ה וכבר כתבתי שבזמן הזה נהגו שהדיינים הקבועים דנין ביחיד וההודאה בפניו הודאה ואינו יכול לחזור ולטעון ובפרט שאיזה זמנים בעונות שרבו אין נמצא בעיר אלא ב' דיינים קבועים וזכורני שבמדינה זאת בשנת התנ"ז קרוב לשנה היו הרבנים המובהקים מהר"ר מנחם סירירו זלה"ה ומהר"ר וידאל הצרפתי זלה"ה שניהם לבדם. ואחר שנה בקירוב הוסיפו דיינים וכן ב"ש די"ן נשארו הרבנים המובהקים מהריב"ע נר"ו שיחיה ומהר"ש הצרפתי זלה"ה שניהם לבדם ואחר שנה בקירוב הוסיפו דיינים. וכן בשנים שעברו בהיותי במכנאסא יע"א היה כאן בפאס הרב נר"ו לבדו זמן מה וכן בתיטוואן יע"א משנת התנ"ט ואילך היו הרבנים המובהקים מהר"ר דוד הכהן זלה"ה ומהר"ר חסדאי אל מושנינו זלה"ה לבדם ואח"כ נשאר מהר"ר חסדאי לבדו כמה שנים ועוד היום אין שם אלא דיין א' ישמרו ה' גם משנת תהל'ה ליצירה ע"ם תל"ז לא היו כאן בפאס יע"א אלא הרבנים המובהקים מהר"ר סעדיה אבן דנאן זלה"ה ומהר"ר וידאל הנז' זלה"ה וכמה פסקי דינין באו לידינו מהרבנים הנז' לפעמים בשנים ולפעמים ביחידי וכך המנהג פשוט כאן בתיטוואן ובפאס ובמקנאסא

שא"י לחזור ולטעון וכיון שנהגו נהגו גם בסאלי יע"א זכורני כמה זמנים שלא היו שם אלה ב"ד של שנים אלא שאיני רוצה להאריך וכן ג"כ במקנאסא יע"א ע"כ. וה' מוהר"ר רפאל אבן צור זלה"ה בפסקיו כ"י הביא פלוגתא דהסמ"ע סי' ג' סק"ו והש"ך סק"ח וכ' מ"מ הרי הרב מוהריב"ץ זלה"ה כ' דעכשיו נהגו דהוי כב"ד של שלש ע"ש והמט"ש סי' ג' הגה"ט אות י"ד כתב דהכנה"ג בתשו' ח"א ח"מ סי' מ"א עשה עיקר לס' הסמ"ע ע"כ. ואף דמוהריב"ץ לא איירי בקב"ע ואיכא מ"ד דחמירא מהודאה מדבעינן ג' מומחים מ"מ מריהטת לשונו נראה דמשמע ג"כ מדלא היה נמצא בעיר אלא דיין א' או ב' דהו"ל כקבלוהו עליהם להדייא ע"ז. ואפשר דמינה לקב"ע וכמ"ש החק"ל ז"ל סי' ט"ו ובסי' א' מההיא דהרב לחם רב ז"ל וה' חינוך בית יהודה וע"ש סי' פ"ד ועי' הברכ"י סי' ג' ד"ט ע"ד שהבי"ד הרא"ם דסבר דכל דחשיב ב"ד וההודאה לפניו הודאה ה"ה דקבלתו בעדות קבלה ועמ"ש בדף יו"ד שהבי"ד מהר"ד אישטרונסא ז"ל שכ"כ לך נא ראה:

את כ"ז רמזתי במ"ש אני בעניי בתשובתי ומקום יש בראש וכו' אך היה רחוק אלי הדבר מאד לומר שלא נעשתה במותב תלתא מהטעם האמור שם יען כי אמרתי גברא רבא הוא לא ירצה לסמוך על המקל היכא דאפשר ומצאתי און לי ממה שראיתי לה' הי"ו כי פעמים בא בארוכה וזכר עשה כי היתה נסיבה על שלא נעשית הקב"ע בפני בע"ד ופעמים בא בקצרה ולא העיר על העדר מותב תלתא

והנה בעת'ה נודע הדבר מהרב הי"ו כ' לא היתה במותב תלתא ומה שקרא לעדים היה בראותו מ"ש הכתב סופר בשם מוהריק"ו וכו' ואין דעתי נוחא דלא ידעתי למה כתבינהו בשאלה ולפחות הו"ל להעיר ע"ז שלא להניח מקום למעיין לטעות. ובפרט למאי דאסיק אדעתיה שלא יצוייר ובל יראה ובל ימצא דרב יחיד המקובל על הצבור דמהני הקב"ע לפניו:

ואני בעניי איני מחליט דעתי בענין הקב"ע וכל מ"ש באותו פס"ד בענין גוף העדות הוא היכא דנעשית במותב תלתא. או למ"ד דמהנייא היכא דנעשית בפני רב יחיד המקובל על הצבור וכבר הצגתי לפניך יקר סהדותא של הגאון החק"ל וגם הרב אורח משפט שכן עשו מעשה גדולי הדור וכו' כמביא למעלה:

ואולם בהתירא דהאי איתתא אין אנו צריכין לגוף העדות. ועינא דשפיר חזי תחזינא במ"ש אנא נפשאי בתשו' בד"ה ועוד כאן נמצאו וכו' עד ד"ה וזאת אניד ומשם בארי"ה צדיק יבחן והכר יכירנו לאחרים. דאין מקום לחזור. ולא נסוג אחור כי שם התרתי בלי פקפוק בהצטרף הנהו ספיקי דאיכא בפיסול העדים מצד קורבת האם עם הנהו ספיקי דאיכא בהסכמת הקידושין ומשום עגונא כמהר"י אירגאס ז"ל וכו' וכו' כיעו"ש:

באופן כי המעיין בכל תשובתי הנז' שם יראה החוש"ה אל העין עיני כל אדם חזו בו כי שם נאמרו ריעותות וצדדי הקולות הרבה אשר יש מהם תלוים בקב"ע שאם היא כתקנה הרי הם חזקים כראי מוצק ויש עוד צדדים שאינם תלויים בקב"ע ולבדם יספיקו להתיר בלי פקפוק ועליהם סמכתי בהיתירא דהאי אתתא ואולם לא מנעתי עצמי מלבאר גם אותם התלויים בקב"ע ואמרתי אני אל לבי שנעשית כתקנה ומה גם דאם לא יועילו לא יזיקו דהא איכא צדדים אחרים המספיקים להתיר וסמכתי על חזקת חבר. ומטעם זה ג"כ לא עשיתי סמוכות לכוחא דהתירא במה שלא נעשית כתקנה ואין דנין על פיה וזה הוא כוונתי במ"ש לזאת וכו' אפי' וכו' ור"ל מכח חזקת חבר וכו' מנעתי עצמי מלכתוב בתחילת הפס"ד שלא נעשית הקב"ע כתקנה שהיה נמשך מזה שני ענינים הא' הוא למעט בכחא דהתירא שלא לכתוב כל אותם צדדי הקולות שיש בגוף העדו' התלוים בקב"ע ולא הייתי כותב כ"א אותם הריעותות והצדדים שאינם תלוים בקב"ע כגון פיסול דקורבת האם ועגונא וחזקת פנויה והסכמת הקי' כפי התק' וכ' וכמ"ש בתשו' שם. ועוד היה נמשך לאידך גיסא לעשות סמוכות לכחא דהתירא ולומר ובפרט דאין דנין וכו' ולהתיר ביותר בשופי ואין צריך לקבל עדות מחדש כיון שיש בידינו טעמים שהם כדאים לסמוך עליהם. ותיבת אפי' באה להורות שגם מהנמשך האחרון שהוא סמוכות דכחא דהתירא שהוא המבוקש שהוא האמת מנעתי עצמי מכח חזקת חבר. ומ"ש עוד לא ידעתי איך יצוייר וכו' והבחורים שניהם מודים וכו' החזיקו עצמם כן א"כ איך יותר וכו' ע"כ. יוד קרת קא חזינא הכא דמה שהחזיקו עצמם היינו ההיא דמהריק"ו שרש פ"ו וכבר הצגנו לפניך מאי דאיתמר עלה ממהר"א אלפאנדארי ז"ל יע"ש. דבר דבור על אופניו:

וכל מ"ש בתשו' בד"א וזאת אגיד וכו' כתבתי בקצר אמיץ יען שאינו נוגע לעיקר הדין כיון שיש לנו על מי להשען ואינו אלא לישב על הרב הי"ו במה שיש להעיר עליו על מה שלא נעשית כתקנה ככל הקב"ע הכתובה בספרי דבי רב:

ומ"ש משמע מרהטת לשונו וכו' כי אז היה מוסיף זה על ההיתר שהוליד מהעדות עצמה וכו' ומי יתן ידעתי וכו'. עוד כ' גם בעיני יפלא איך הרב הפוסק וכו' קורא ופושט להתיר וכו' וכל סמוכין דיליה וכו' ע"כ:

אהמ"ר אין אלו אלא דברי נביאות דכל סמוכין דילי הוא על פיסול העדים מצד קורבת האם ובהצטרף הסכמת הקידושין ובפרט לדידן בני מערבא דאנו נגררין אחר תק' אבותינו ורבותינו זיע"א ולחומרא בעלמא הוא דחששו בתק' להצריכה גט. וכבר צדדנו כמה ספיקי ג"כ בהסכמה זו ועיגונא דאתתא מההיא דמהר"י אירגאס וכו' וכמ"ש בתשובתי שם דכל היכא דאיכא ריעותות אחרינו עם פיסול דקורבת האם שרי אפי'

למר"ן ועל צדדים אלו רמזתי במ"ש אפי' לצרף לצדדי ההיתר ומה שהעליתי ארוכה בגוף העדות הוא כפי ההשערה שהיתה כתקנה כאשר היה צריך לעשות או למ"ד דמהני וכמש"ל אין צורך לכפול הדברים ומ"ש דבאמרך וכו' סותר הקודם כל צדדי ההיתר הקודמים ע"כ עין רואה דתיבת כל אין לה שחר:

ובעיני יפלא איך הרב הי"ו נטה ללו"ן כמלונ"ה במקש"ה וסתם קני"ן לכתיבה עומד ידו הנפלא"ה. ובראש אמי"ר יעיר קנ"ו אינו מופנה טרדי"ן על"י אדמה דין גרמ"א דעצירא"ה ולא פנה הדק הטיב במאי דאנא נפשאי כתבית אך בדרך העברה כאשר יראה הרואה בדב"ק ולפום ריהטא היד כותבת לעושה נפלאו"ת ואיני יודע הפלאה זו למה דרמי לה מירמא והוא פלא:

איך שיהיה במקומי אני עומד דאתתא דא שריא לאתנסובי בלא גיטא ולא אמרתי דבר וחזרתי וצור ישראל יצילנו משגיאות. ויראנו בתורתו נפלאות. הכ"ד הח"פ פאס יע"א שלשה לחו' אייר שנה הנז':

ע"ה שלמה אבן דנאן הי"ו.

סימן ה

נוסח ש' צוואה

ראה ראינו בפנקס זכירת של השטרות של כהה"ר יצחק ן' מלכא נר"ו בכה"ר חיים נ"ע נוסח צוואה שציוה כהה"ר שמואל חיים ן' הרוס נר"ו בר החכם כמהר"ש זלה"ה וז"ן אב"א תב"ת. היום יום ששי בשבת בי"א שעות כ"ח לחדש אב רחמן שנת תרנ"ו נכנסנו אחו"מ לבקר את החולה כההרש"ח ן' הרוס ומצאנוהו מוטל ע"ע דוי ומיושב בדעתו כא' הבריאים משיב על הן וכו' ורצה לצוות בפנינו מ"מ. ותחילה ציוה שכל שטרי מתנות שעשה בחורף שעבר משנתינו לאשתו ולבניו וכיוצא שהם ב"ה כ"ד שטרות שחתום בהם כההר"ש ן' שטרית נר"ו וה' דוד ן' יבגי בר שלמה וחתום ג"כ עליהם כההרש"ח הנז' שכולם חזקים וקיימים. לית מלכות דתזעזעינהו אלא הרי הם חזקים וקיימים וכו' ומסרם כעת לפנינו ביד החה"ש כההר"ש ן' שטרית הנז' להיות שליח למוסרם ביד מקבלי המתנה. עוד ציוה שכההר"ש בן שטרית הנז' וכהה"ר אליהו דוד וואקראט וכה"ר אליהו נסים נחמני חתנו שלשתן יחד יהיו אפוט' גמור' על נכסיו מהיום וע"ס תשע שנים ונאמנים עכ"ע האפוט' בל"ל שו"א מיורשי שו"ש קו"ח זולתי חר"ס שצריכים לקבלו שכך ציוה בפירוש. עוד ציוה שאין רשות לשום בדי"ץ שבעולם ליזקק לנכסיו בשום אופן בעולם. אלא הכ"ל יהיה ע"י האפוט' הנז' דוקא וקבע להם שט"ו בשכי' דרהם בכל

מתקאל. ונתן לנו רשו"ג לכתוב כ"ז באו"ה כפה"ד. זהו מה שציוה בפנינו ע"כ נמ"כ וחתום כמה"ר שמואל טולידאנו. וכההרי"ץ ן' מלכא יש"ץ. ונתקיימו לנו החתי' הנז' באמד"ה כראוי ולראיה ח"פ תמ"ת בראש חדש אלול המרוצה שהוא שלשים לאב רחמן שנה הנ"ל והכל שריר ובריר וקיים. ע"כ נמ"ך וחתומים כההה"ר יוסף אלבאז. וכה"ר יעקב טולידאנו יש"ץ:

ז"נ השאלה שבאה מהתם להכא ע"ע הנז'

שאלה כה"ר שמואל חיים ן' הרוס ז"ל ציוה לפני מותו ומינה שלשה אפוט' ה"ה כההה"ר שלמה ן' שטרית נר"ו וכההה"ר דוד אליהו ואקראט נר"ו. וכה"ר אליהו נחמני בכההה"ר אלישע נר"ו. לפקח על עזבונו. ואחרי מות כהר"ש הנז' בעוד שלא החזיקו האפוט' הנז' בנכסים שעדיין הם תחת יד היורש הנז'. עמד א' מן האפוט' הנז' הוא כההה"ד הנז' וסילק עצמו מהאפוט' הנז' בקוש"ח ולא רצה להיות נמנה עם האפוט' הנז' מכמה טעמי שנגלו לעיניו כמשו"ח שטר סילוק הנז' במ"א. ושוב עמד הבן היורש של כהר"ש הנז' שהוא גדול בשנים יותר משלש עשרה שנה כמו שראינו אחו"מ קב"ע כו"ח משני ע"ך שהבן הנז' הוא גדול כנז' ואמר שאינו רוצה באפוט' שמינה אביו הנז' כי אין להם כח ולא לעמוד ולהשתדל בעזבון אביו וכתבי' שיש לאביו על הזולת. ושיש לזולת עליו. אדום ועכו"ם. וגם המציא לפנינו קב"ע כו"ח ומקו' כראוי מא' מבדי"ץ הוא ניהו החכם השלם והכולל הדיין המצויין כמהר"ר יעקב בירדוגו יש"ץ וחד דעמיה. וז"ן אב"א תב"ת. זאת תהיה לעד"ה. איך ביום ששי בשבת שהוא כ"ח לחדש אב"ר שעבר אחרי סמוך לתפילת שחרית הלכנו לבקר את החולה הוא כההה"ר שמואל חיים ן' הרוש נ"ע ומצאנוהו מוטל ע"ע דוי. ובאמ"ץ בא לפנינו כה"ר יעקב אוחנא נר"ו והתחיל לדבר עמו ע"ע הצוואה. ויהי כמשיב תשובות מבולבלות ואז אמרתי לו שאינו ראוי לצוות. כי צריך המצווה להיות מיושב בדעתו להשיב על הן הן ועל לאו לאו וזה אין לו לב להבין. באופן שלא ציוה בפנינו כלום. ובאותו זמן לא היה ראוי לצוות. ולדרישת השואל שביקש ממנו לכתוב ולחתום מה שהיה לפנינו ח"פ באלול ש' כל משכבו הפכת בחלי'ו לפמ"ה. והשו"ב וקיים. ע"כ נמ"ך וחתום החכם כמוהרי"ע יש"ץ הנ"ל. וכ"ר מסעוד אצאייג. עוד ראינו קב"ע אחרת כו"ח ומקו' כראוי משם עדים כשרים שהעידו שהיו מצויים בעת צוואת אביו הנז'. וראוהו שהיה מבולבל אין לו פה להשיב כלל וכלל. ומפני כן וגם מכמה טעמים אחרים עמד הבן הנז' ונקש"מ בדל"ב וסילק לאפוט' הנז' שלא יהיו אפוט' על נכסיו. ועמד וחילה פני הגבירים כה"ר יעקב בן הרוש דודו נר"ו וכהרי"ע אוחנא נר"ו. ומינה אותם אפוט' ומו' גמורים על כל נכסיו שירש מאביו משך זמן מה בקוש"ח

כמשו"ח שטר המינוי שמינה הבן הנז' לאפוט' הנז' במ"א ומצאת וכו' ונכנסו האפוט' הנז' לבית המוריש הנז' ונטלו העזבון הנז' והחזיקו בו. ובכן נדרשנו לחוות דעתינו בענין הסילוק והמינוי הנז' אם הוא קיים כפה"ד א"ל. ולנחיצת השואל לא היינו מבעלי תשובה. וסידרנו שאלה זו לפני הבדי"ץ יושבי כסאות למשפט לגלות דעתם גם הם בענין זה הכ"ד החו"פ מכנאסא יע"א ביום ר"ח חשון ש' מגי"ד דבריו ליעקב לפמ"ה ע"כ

רפאל דוד בירדוגו יש"ץ

נדרשתי לחוות דעתי קלה כמות שהיא. בהאי תפקידתא. דאפקיד בה כולהו תלתא. דאשכחו בה ריעותא. דבעייא צילותא דדעתא. דאיכא תרי סהדי לקבל סהדותא. דיתובי דעתא. ואם לבנו אף הוא ביטל. ובנחלתו התעבר. מיצוח קא צוח לא בעינא. אפוטרופא לדיקנני לא מוקמינא. ולמאן די יצבא יתננה. ואיש אחר יקחנה. ואי משום דפריש אחד מהם. כמבואר בדבריהם. ואף כי מה מני יהלוך לדבר דבר. דבר דבור על אופנו. הלמד מעניינו כהלכת גוברין. לתרוצי סוגיין ומשרא קטרין. רבו הפוצרין. לא נתנו דבריהם לשעורין. אז אמרתי משום יקרא. אערכה לפניו משפט פעמים בא בקצרה. ללקט אורות מספרן של צדיקים די השב כפי קוצר השג יד. וזה החלי. וה' אלהים יעזור לי ונובין ונדון. על אחרון ראשון:

הנה דבר זה נפתח בראשונים. הרב מהריב"ל ז"ל בשלישי סי' י"ז נשאל במת א' מהאפוט' והקהל טוענים ואומרים שאחר שמת האפוט' האחד. שהם רוצים להשגיח ולמנות אפוט' בחצי אותו הממון או למנות אפוט' אחר בחברת האפוט' הנשאר בחיים. והאפוט' טוען מאחר שמת חבירו. שהוא לבדו יהיה אפוט'. וע"ז השיב לכאורה נראה דהדין הוא עם האפוט' דליהוי איהו לחוד אפוט'. ממאי דכתב הרשב"א בתשו' שאלה וז"ל ראובן שמינה את בנו חנוך אפוט' על נכסיו והשביעו שלא ילוה לשום אדם מממונו. יותר מסך פלוני כי אם ברשות ראובן ושמעון ועכשיו מת שמעון. היוכל חנוך בנו להלוות ברשות ראובן. תשובה פלוגתא דרבי יונתן ורבי יאשיה כל מקום שנאמר פלוני ופלוני כגון אביו ואמו אם משמע שניהם כאחד דוקא או אפי' כל א' וא' בפני עצמו ואנן קי"ל כרבי יונתן דקאמר דמשמע שניהם ומשמע כל א' וא' בפ"ע עד שיפרוט לך הכתוב יחדו כדרך שפרט לך הכתוב בשור ובחמור יחדו ואף זה כשהשביעו לא השביעו אלא שלא ילוה כ"א ברשות שניהם או ברשות א' מהם עכ"ל ופירש רש"י בההיא פלוגתא דרבי יונתן ורבי יאשיה וז"ל אע"ג דוא"ו מוסיף על ענין ראשון משמע נמי א' מהם עד שיפרוט לך הכתוב יחדו כדרך שפרט לך הכתוב בכלאים שכתוב בו לא תחרש בשור ובחמור יחדו שלא תאמר אסור לחרוש בשור לבדו או בחמור לבדו ע"כ וכו'. נמצינו למדין שהאפוט'

הנשאר בחיים הוא לבדו יהיה אפוט' על ההקדש ומתשו' הרא"ש בדיני גיטין היה נראה לכאורה דפליג עליה דהרשב"א כתב במי שאמר אם אבוא ואתראה בפני האשה ובפני עדים דתרתי בעינן ולא סגי בחד מנייהו משמע דס"ל דלא אמרינן או קאמר ואע"ג דהלכה כרבי יונתן וכדמשמע בפ' השואל מדרבה סבר לה כרבי יונתן ומתרץ לקראי כרבי יונתן ואביי סבר לה כרבי יאשיה וכו' אפ"ה אפשר לומר דס"ל דלשון תורה לחוד ולשון בני אדם לחוד כי היכי דאמרינן דבנדרים הלך אחר לשון ב"א וכו'. ע"ש דספוקי מספקא ליה להרב לדעת הרא"ש אי אמרינן לשון מקרא לחוד ולשון בני אדם לחוד. ואולם לדעת הרשב"א פשיטא ליה דאין חילוק בין לשון תורה ללשון בני אדם ושוב כתב הרב וז"ל וכי היכי דבלשון תורה היכא דלא אמר יחדו אמרינן דלא נתכוון אלא לאחד מהם דהרי הלכה כרבי יונתן הכי נמי אמרינן בלשון בני אדם ואם היינו אומרים דלשון תורה לחוד ולשון ב"א לחוד או דהוה הלכה כר' יאשיה בנדון דידן היינו אומרים דנתכוון לשניהם וכיון שמת א' מהם נתבטלה האפוט' כי לא סמכא דעתיה אלא על שניהם יחדו ומעתה הרשות נתונה ביד הב"ד למנות אפוט' או אפוטרופוסין או להניח אחד במקום אותו שמת ולעשות כרצונם כי כבר האפוט' שמינה הנפטר נתבטלו וכו' ע"כ:

מתורתו של ה' מהריב"ל למדנו. דאי אמרינן לשון תורה לחוד ולשון ב"א לחוד אז אחרינן וא"ו להוסיף ולא נתכוון אלא על שניהם וכשמת א' מהם נתבטלה כל האפוט' דלא סמכא דעתיה אלא על כולם:

ומהרשד"ם חא"ה סי' מ"ח כתב בפשוט דלשון תורה לחוד ולשון ב"א לחוד. יעו"ש שהביא ראיות לדבריו ושכן היא דעת הרא"ש ז"ל ודעת מהררי"ק שרש יו"ד והר"ן והרא"ם ז"ל. ושהרב מהריב"ל שלח אליו כתב ורמז לו תשובת הרשב"א הנז' חולק על הרא"ש ז"ל. והוא ז"ל הקשה עליו מכמה מקומות דאמרו וא"ו להוסיף ועוד אתמהה שלא נמצא בזמנינו בלשון בני אדם וא"ו לחלק יעו"ש:

.

הרי מאי דמספקא ליה למהריב"ל בדעת הרא"ש פשיטא ליה למהרשד"ם. והרב משפט צדק ח"א סי' מ"ב הקשה דברי הרשב"א אהדדי והניח דבריו בצ"ע דסתראי נינהו. וכתב אנדון דידיה דלא יוכל לומר קי"ל כהרשב"א מאחר דפליג דידיה אדידיה ונקטינן כס' הרשד"ם וכס' הרא"ש שהביא שם לסיועו וכן הרה"ג הרא"ם ז"ל ע"כ:

ומהרימ"ט ח"א סי' קל"ד הביא ראיות דאף בלשו' ב"א או קתני מאיזה מקומות בש"ס יעו"ש ועי' קהלת יעקב לשון חכמים אות ואו סי' ר"י שציין לספרן של צדיקים. ועל אותה ששנינו אין ב"ד יכול לבטל דברי ב"ד חבירו אלא א"כ גדול ממנו בחכמה ובמנין.

כתב שהש"ך יו"ד סי' רע"ב כתב בשם הג"א פ"ק דע"ז דאו או קאמר חכמה או מנין. אבל מדברי הרמב"ם פ"ב מהל' ממרים נראה דס"ל דבעינן תרתי גדול בחכמה ובמנין וכן דעת הרשב"א ז"ל תשובה רנ"ג ע"כ. ואתיא ההיא דהרשב"א כההיא דאייתי ה' משפט צדק ז"ל. ופליגא אההיא דהרשב"א דאייתי ה' מהריב"ל ז"ל:

באופן דדבר זה מדי פלוגתא לא נפיק. איכא רבוותא דסברי לשון תורה לחוד ולשון ב"א לחוד. דע"כ לא פליגי רבי יונתן ורבי יאשיה אלא בלישנא דקרא. אבל בלישנא דעלמא כ"ע מודו דא"ו להוסיף אתי ולא לחלק. ולדידהו בנדון דאנן קיימין ביה אמרינן דלכולהו תלתא נתכוון וכיון שנסתלק אחד ברצונו הטוב בקוש"ח בטלה כל האפוט' דלא סמכא דעתיה אלא בתלת כחדא ואיכא רבנן דסברי דאין לחלק בין לשון בני אדם ללשו' תורה. ולדידהו. בנ"ד לס' ר' יונתן דקי"ל כוותיה לא בטלה האפוט' מהנשארים. וכמ"ש ה' מהריב"ל בתשובה שהצגנו למעלה:

וחזיתיה להרב מהרא"ש ז"ל סי' נ"ב שכתב וזל"ה דנ"ל דמאי דפליגי ר' יונתן ורבי יאשיה היינו היכא דכתיב בלשוננו הקדוש וי"ו שהוי"ו הנזכר פעם תהיה כוונתה חבור ופעם פירוד כאומר או בו'. אמנם בלשון לעז תיבת א"י היא לעולם מחברת ומדבקת הענינים הנז' וא"כ אין כאן שום מקום וראיה מפלוגתא דרבי יונתן ורבי יאשיה לאומר בלשון לע"ז א"י וזה נ"ל חלוק ברור. אלא שלא ראיתי לרב הגדול הנז' שכתב כלל מזה החלוק רק חלק החלוק האחר אשר הוא עולה ג"כ בלב כל מעיין והוא דשמא יש חלוק בין לשון תורה ללשון בני אדם וכמו שהאריך הרב הגדול הנז' ז"ל שם וכתב דנר' דלהרשב"א אין לחלק בין לשון תורה ללשון בני אדם אמנם לדעת התוספות ז"ל דיש לחלק וכו' והביא ראיה מנדרים וכו' יעו"ש. והנה החילוק הזה שחילק הרב הנז' ז"ל מל' תורה ללשון ב"א הנה הוא אף בהנחה שיהיה הכל בלשו' הקדש. אבל החילוק אשר אני מחלק הוא מכח ל' הלעז שבלשון לעז תיבת א"י משמעותה חיבור ודיבוק ואה"נ שאם בלשון הקדש היתה כתובה תיבה כמו תיבת א"י הכתובה בלשון לעז דלא הוו פליגי רבי יונתן ור' יאשיה סוף דבר איני רואה לרב הנז' שכתב החילוק הזה שכתבתי. הן אמת שכפי החילוק הזה שאני מחלק צריכין אנו לומר שמה שכתב הרשב"א ז"ל בתשובה ראובן שהשביע את חנוך בנו שלא ילוה לשום אדם ממונו יותר מסך פלוני כ"א ברשות שמעון ולוי וכו' שדמה אותו הענין להההיא פלוגתא דרבי יונתן ור' יאשיה וכו'. צריכין אנו לומר שהרשב"א מיירי כשאמר בלשון הקדש או בל' שלא היה בלשון לעז כמו תיבת א"י המחברת ומדבקת הענינים ולכן דמה אותו להההיא פלוגתא דרבי יאשיה ורבי יונתן כו' ע"כ:

ומאי דתריץ הרב איהו גופיה בדברי הרשב"א. אנן נמי נוכל לתרץ כן בדברי מהריב"ל ז"ל:

והנה ידוע דגם בלשון ערבי תיבת א"ו מחברת השנים כמו תיבת א"י בלשון לעז. וא"כ בנ"ד שהמצווה ציוה בלשון ערבי אלא שהסופרים העתיקוה ללשון הקדש. הוי ודאי חיבור לכ"ע לדעת הרב מהרא"ש ז"ל

אלא דבנד"ד אין אנו צריכין לכל זה. דהא להדיא כתוב שלשתן יחד. וא"כ אפי' נימא דלשון ב"א כלשון תורה ואפי' יהיה בלשון לעז או בלשון ערבי וקי"ל כרבי יונתן. מ"מ הרי רבי יונתן אמר עד שיפרוט לך הכתוב יחדיו. ובנ"ד הרי אמר שלשתן יחד. וכיון דנסתלק אחד מהם נתבטלה כל האפוט' וכמ"ש מהריב"ל ז"ל דאי אמרינן נתכוון לשניהם כיון שמת א' מהם נתבטל כל האפוט' כי לא סמכה דעתיה אלא על שניהם יחד ע"ש:

תו איכא למילף. מההיא דהרשב"א במיוחסות הב"ד רבינו הב"י חו"מ סי' ר"ץ מח"ו ט"ו וז"ל עוד כתוב שם יש דרך אחרת לסלק האפוט' אפי' תוך זמן שעשאו אפוט' אבי היתו' הואיל ומת א' מהיורשים בטל אפוטרופא ממה שכתב הרמב"ם האחים או שאר יורשים שלא חלקו ירושת מורישן אלא כולם משתמשים בה יחד הרי הם כשותפין לכל דבר וכתב בהלכות שותפין אחד מהשות' או מהמתעסקים שמת בטלה השות' או העסק אע"פ שהתנו לזמן קבוע שכבר יצא הממון לרשות יורשים עכ"ל:

ואף דרבינו הב"י סיים עלה ואין דבריו נראין כי מה שהביא ראיה מדברי הרמב"ם יש לדחות. והסכימו עמו הד"מ. מ"מ נראה דלא פליגי אלא במת אחד מהיו' אבל במת א' מהאפוט' גם הם יודו דבטלה. והיינו טעמא דהוי כמת א' מהמתעסקים. ועי' כנה"ג סי' קע"ו הגה"ט אות קצ"ז דשם מבואר דהמתעסקים היינו שלא הטילו כולם מעות לכיס אלא אחד מהם הוציא הקרן והשני מתעס' או שיש לו חלק בריוח או שנותן שכר טורחו ע"ש וא"כ האי אפוטרופא דמיא למתעסק:

וכן מצאתי למהר"ד דיאינא ז"ל הוב"ד בס' פחד יצחק אות אף וז"ל ישים מעכ"ת עינו הטהורה על תשו' רמב"ן סי' קי"ח בסופה ז"ל עוד יש דרך אחרת שיכולין לסלק האפוטרופוס אפי' תוך הזמן שעשאו אפוט' אבי יתומים הואיל ומת א' מהיורשים בטלה האפוט' ממ"ש הרמב"ם האחים או שאר יורשים וכו' עד וכתב במקום אחר א' מהשות' או מהמתעסקים שמת בטלה שות' או עסק כו' עד סוף הסימן. וגם אם יראה מעכ"ת שהמהר"י קארו הביאה בב"י במחו' סי' ט"ו וכתב עלה אין דבריו נראין כי מה שהביא ראיה מדברי הרמב"ם יש לדחות ע"כ. אף היא לא תברא מתרי טעמי. חדא שלא סיים

בה מה שיש לדחות. ועוד דתיובתא לא חזינא גברי רברבי חזינא. שכפי הנראה בתשובה היא מהרב הגדול הרשב"א ואין בעלי חיים שכמותו נדחים אפי' ביד חזקה שכן בסוף תשובת הרמב"ן הנ"ל בדפוס יש אחריה סיום ז"ל סליקו תשובות דיני ממונות מהרב הרשב"א. ועוד בה שלישיה לחלק שאם לדעתו יש לדחות כשמת אחד מן היתומים שאין לדמותם כשות'. לענין זה המורה גם הוא יורה שכשמת א' מהאפוט' שהם אחד מהמתעסקים ממש ואין לחלק ביניהם כלל ועיקר שלדברי הכל בטלה האפוט'. ע"כ:

ולכאורה בהשקפה ראשונה. הוקשה אלי על הרב מהריב"ל בההיא תשובה דסימ' י"ז הנ"ל דיליף מההיא דחנוך דהרשב"א דכיון דס"ל דאין לחלק בין לשון תורה ללשון בני אדם וקי"ל כרבי יונתן. לא בטלה האפוט'. והא תיפוק ליה דבטלה מאידך דכתב הרשב"א דהוי כמת א' מהשות' או מהמתעסקים דכתב הרמב"ם דבטלה השות' או העסק וידוע דתשובות אלו הם מהרשב"א אלא דמיוחסות להרמב"ן וכמש"ל. גם ה' משפט צדק הביא תשובה זו ושמה דמרה עלה הרשב"א בתשובה מהמיוחסות להרמב"ן:

ואולם בתר השקפה קמייתא נראה דלא קשה כלל. דהא דאמרינן דמת א' מהמתעסקים בטל העסק ויכול הנותן לחזור. היינו דווקא היכא דמעיקרא לא היה בדעתו ליתן ממונו ביד אחד לבד ואדעתא דכולהו קסמיך דלא סמכא דעתיה להניח ממונו ביד אחד מהם אבל בכה"ג דקאי ביה הרב מהריב"ל ז"ל אליבא דהרשב"א לדעת רבי יונתן דקי"ל כוותיה דאמרינן וא"ו לחלק בין לשון תורה בין בלשון בני אדם. צריך לפרש כוונת המצווה כמ"ש הרב שם וזל"ה שהכוונה היא שאם ירצו שניהם לקבל האפוט' יהיו שניהם יחדו. ואם לא ירצה האחד יהיה השני לבדו. או אפשר נמי לומר דהכוונה היא שרצונה שלא יהיה אפוטרופוס על ההקדש שום אדם מהקהל כי אם אחד מאלו השנים כי לא סמכא דעתה אחרים והיתה מנחת הברירה ביד הבית דין איזה מהם שיכשר בעיניהם. או אפשר לומר שכוונתה היתה שאם ירצה אחיה יהיה הוא קודם ואם לאו שתהיה שניה. ע"כ. ועל זה כתב דלכל הדרכים הללו. לסברת רבי יונתן דקי"ל כוותיה דאפוטרופוסות החי קיימת. דמעיקרא אחד מנהון סמכא דעתה. ואין לענין זה שייכות עם ההיא דהרשב"א ז"ל. ואולם לשיטת הסוברים דלשון תורה לחוד ולשון ב"א לחוד דקאמר ה' מהריב"ל דהיכא דמת אחד מהם נתבטלה האפוטרופוסות. אז סברת הרשב"א הנז' תוסיף תת כחה כדי לבטלה. ומהריב"ל ז"ל משום דפשיטא ליה מילתא דלדיעה זו בטלה האפוט'. לא הוצרך לאלומי כחה מההיא דהרשב"א:

והנה לכאורה דברי הרשב"א ז"ל סתרי אהדדי. הא דאייתינא לעיל שכתב הרב"י בסי' ר"ץ ואידך דהרשב"א הוב"ד בב"י סי' ר"ן מחו' יו"ד וז"ל. וכתב עוד שנשאל על שכיב

מרע שאמר אני ממנה את פלוני אפוטרופוס על בני ולא היה לו אלא בן אחד ילוד והניח אשתו מעוברת וילדה בן אחר מיתתו והבן הראשון נפטר והנער הנולד לאחר מיתת האב הוא שהאפוט' משתדל בנכסיו אם יש לו דין אפוטרופא. והשיב נ"ל שהאפוטרופו' קיים על היולד לפי שדעת האב קרובה אצל בנו ואע"פ שלא נולד עדיין דעתו למנות עליו אפוט' שהרי הוא ידע שאשתו מעוברת וכשציוה ומינה אפוט' על הכל צוה עכ"ל:

ומהראד"ב ז"ל סי' רי"ב כתב וזל"ה. ולכאורה קשו דברי הרשב"א אהדדי שכאן כתב דאע"ג דנפטר א' כיון שהיה דעתו על הכל נשאר האפוט' קיים על הבן הילוד. ובתשובה שהבאתי למעלה נראה דכיון שמת האחד האפוט' בטלה. א"כ נמצאו דבריו סותרי' זה את זה. לכך נראה לתרץ דהרשב"א ז"ל לא כתב בסי' קי"ח עוד יש דרך אחרת וכו' משום דאית ליה דעל טעם זה סמכינן. אלא משום שכבר כתב עוד שם טעמים אחרים לסלק האפוט'. עשה טעם זה סניף להם ולכך כתב עוד יש דרך אחרת וכו' כלומר סניף אחר יש לזה אבל אין זה עיקר הטעם ואין ראוי לסמוך על זה ולכך בתשובה האחרת לא סמך על זה הטעם לחוד וכתב האפוט' קיים על הבן הילוד ע"כ:

עין רואה. דתירוצו של מהראד"ב דחיק ורחיק. כאשר ראיתי להכנה"ג סי' ר"ן הגהב"י אות פ"ו דכתב עליו ואין זה נכון:

גם ממה שהשיגו עליו הרב"י והד"מ וכתבו ואין דבריו נראים. משמע דס"ל דלא עשאה לסניף אלא דסמיך עלה להלכה. דאי משמע להו דלא סמיך עלה. מה זו השגה. והא לא עשאה אלא סניף בהצמדה עם טעם כעיקר:

וה' משפט צדק ח"א סי' מ"ב תירץ דההיא דהביא הרב"י בסי' ר"ן ביתומים קטנים. וההיא דסי' ר"ץ ביתומים גדולים. [יתבאר להלן] וכתב עלה הכנה"ג שם ולא נהירא וכתב וז"ל ונראה דשניא דא מן דא. דבתשובה שכתב רבינו המחב"ר ז"ל לא נהגו האפוט' אפוטרופוסתו על שני הבנים כאחד אלא כל אחד בפ"ע שאחר מיתת האב נהג אפוטרופוסותו על הבן שהניח האב וקודם לידת הבן האחר נפטר הבן הגדול לבית עולמו וכיון שלא נהג אפוטרופוסותו על שניהם כאחד לא שייך בו דין הרמב"ם ז"ל דא' מן השותפין שמת בטלה השות' או העסק. אי נמי דבתשו' להרמב"ן סי' קי"ח שהביא רבינו המחב"ר ז"ל בסי' ר"ץ מטו' בשעת מינוי האפוט' שני בניו היו ילודים והרי הם כשני שותפין שנשתתפו לאפוטרופוסות זה דאם מת א' מהם נתבטל השות' אבל בתשו' שהביא רבינו המחב"ר ז"ל כאן בשעת מינוי האפוט' לא היה הבן השני ילוד ולא שייך כאן דין דמת אחד מן השות'. וזה מצאתי להר"ש הלוי ז"ל חח"מ סי' י"א וכתב שם שלזה הסכים מהרח"ש ז"ל עכ"ל. ועי' להרב שיו"ט סי' כ"ג:

באופן דהיכא דמת אם מהיורשים. אי בטלה האפוט' או לא. מידי פלוגתא לא נפקא ואולם למאי דכתבינן אנן בעניותין לחלק בין היכא דמת א' מהיורשים להיכא דמת א' מהאפוט' דבזה אף החולקים יודו ושכן היא דעת מהר"ד דיאינא כמש"ל ולא מצינו כעת בספרן של צדיקים הפך מדבריו. וא"כ בנדון דאנן קיימין ביה דא' מהאפוט' סילק עצמו מהאפוט' ונקוש"ח על זה כמ"ש בשאלה. בטלה כל האפוטרופוסות:

ואין לחלק בין נפרד בעודנו חי לנפרד מת. דמה לי נפרד חי מה לי נפרד מת. וכן דעת מהרשד"ם ח"מ סי' קנ"ג. וכ"כ ה' ד"ן ח"מ סי' ל"ז וז"ל ויש ללמוד דה"ה והוא הטעם כשאחד מן השות' נפרד מן השיתוף דאיכא למימר נמי נתפרדה החבילה דמה לי מת א' מהם מה לי אם סילק עצמו מן השות' ע"כ:

וכן פסק ה' כנה"ג סי' קע"ו הגה"ט אות קפ"ו. יעו"ש שהביא ראייה לדבריו וכתב דאף דהרב משפט צדק ח"ב סי' כ"ב חלק על מהרשד"ם שרצה ללמוד דין נתפרד כשהוא חי מכשהוא מת. אין סתירה לדברי הרב שדבר בנפרד שלא כדין. אבל ביכול להתפרד כדין אפי' שהוא חי מה לי חי מה לי מת. וכ"כ שם אות קצ"ו ובתשובה ח"מ ח"ב סי' ן':

והמט"ש סי' קע"ו בהגה"ט אות קע"ו כתב וז"ל. אין חילוק בין היכא דמת א' מן השותפ' להיכא דנפרד א' מן השות' בעודנו חי דכה"ג נמי מתבטל השות'. והיינו דוקא כשהדין נותן שיכול להתפרד האחד אבל אם נתפרד שלא כדין אין השות' מתבטל לגבי השאר. הכנה"ג ס"ק קפ"ו וקצ"ו ובתשו' ח"א ח"מ סי' קל"ב ועי' בח"ב סי' ן' ומהר"ש אשכנזי סי' ד' ועי' בני אברהם ח"מ סי' ט"ו עכ"ל:

ואם כן בכה"ג דאנן קיימין ביה האפוטפורוסים לא החזיקו בנכסים כמפורש בשאלה. והדין נותן שיכולים לחזור בהם. כמ"ש מר"ן סי' ר"ץ סכ"ג וז"ל אפוט' בין מינהו אבי היתומ' בין מינוהו ב"ד עד שלא החזיק בנכסי היתו' יכול לחזור בו משהחזיק בנכסי היתו' אינו יכול לחזור בו ע"כ. א"כ כיון שהאחד נפרד וסילק עצמו בקוש"ח כמ"ש בשאלה. בטלה כל האפוטרופוסות:

והגם דמצינו למהרשד"ם חח"מ סי' קנ"ג דס"ל דהא דמת א' מהשות' בטלה השות' הני מילי לגבי היורשים אבל לגבי שותפין הנשארים לא נתבטל השות' כגון אם הם ג' או ד'. ומהרש"ך ח"ב סי' ס"ב לא פסיקא ליה מילתא וס"ל דהיכא דאיכא שבועה לא נתפר' החבילה לגבי הנשארים. וכ"כ ה' משפט צדק ח"ב סי' כ"ב כאשר ראיתי כל זה בהכנה"ג סי' קע"ו אות קצ"ד בהגה"ט. וה' נאמן שמואל תפס בפשיטות כס' מהרשד"ם גם ה' ד"ן ח"מ סי' ל"ז:

מ"מ הרי מצינו להכנה"ג שם שכתב אבל בעל משא מלך בח"ב ש"א משפט ג' כתב דמתבטל השות' ושכן דעת הריטב"א בתשובה שהביא רבינו הבית יוסף מחודש מ"ו:
והמשה"ר מע' שין אות פ"ו כתב וז"ל ולענין דינא דעת הריטב"א ורבותיו לומר דבטלה לגמרי ושכן היא דעת מהריק"ש בהגהותיו ובתשו' סי' ע"ד והעיד שכן דן רבו הרדב"ז וכן הוא בתשו' הרדב"ז החדשות סי' קל"ב ותמה על מהרשד"ם איך לא שלטו מאורות עיניו בדברי הריטב"א שהביא הב"י ושגם הפרמ"א ח"ב סוס"י מ"ד תמה אמהרשד"ם מתשו' הריטב"א וכבר עמד בזה ה' קרית מלך וכן דעת מהר"י אלבעלי בקהלת יעקב ושכן היה מעשה לפני הרב קהר"ש אלפאסי ודן כהריטב"א ושגם הרה"ג אביו כך היה דן ולעולם כך דנים. יעו"ש כ"ז במשה"ר וע"ע שתמה ג"כ על הרב ד"ן ז"ל ועל ה' נאמן שמואל ז"ל. ועי' מט"ש או' קס"ג:
ומור"ם ז"ל סי' קע"ו סי"ט כתב וז"ל שלשה שקבלו עיסקא מאחד ומת אחד מהם נתבטל הענין ויכולין לחזור בהן. ע"כ. [עי' סכ"ג ועי' ברית אבות ועי' שיו"ט סימן כ"ג דף פ"ח ע"ד ומשה"ר מערכת שין אות פ"ג]:
אתה הראת חבל נביאים ואמבוהא דרבנן כולהו ס' כהריטב"א ז"ל ודחו דברי מהרשד"ם ובפרט מור"ם דאנן גרירן בתריה היכא דלא פליג אדברי מר"ן הכי סבירא ליה:
ואולם מדברי מור"ם אין להוכיח כ"כ דהכי ס"ל במת א' מהשות'. דדילמא לא אמרה אלא במת א' מהמתעסקים ומנא אמינא לה. מדברי ה' שיו"ט סי' כ"ג שהאריך בענין זה וכתב וז"ל וחזיתיה להרדב"ז בחדשות ח"א סי' קל"ב דפשיטא ליה כדעת המשא מלך דאף מכל השותפין מתבטל השותפות ומתבאר מדבריו שם עוד דיותר פשוט לומר דין זה לגבי עיסקא דאם נתן ראובן לשמעון ולוי מעות להתעסק ומת שמעון דיכול לומר ראובן לשניהם הייתי מאמין אבל עכשיו אין רצוני שיהא ממוני ביד אחד לבדו אבל בג' שותפין ומת אחד מהם אינו כל כך פשוט לומר דנתבטל השות' לגמרי כיון דהשותפין כולם מתעסקין יחד וכל אחד משגיח בממון השותפות וכ"כ ליכא למימר דאותו שמת היה יותר נאמן אצל כל אחד ואחד אלא דעכ"ז עלתה הסכמת הרב שם דה"ה גבי שותפים יכול כל אחד לומר מזלה דבי תלתא עדיף או שמא אותו שמת היה משתדל יותר או נאמן יותר אצלי והביא ראיה מלשון הרמב"ם שכלל דין העסקא עם דין השותפות יחד יעו"ש וכו' וע"פ קוטב דברי הרב יש לתרץ עוד ס' מהרשד"ם דלא תיקשי ליה מתשו' הריטב"א דהתם מיירי בעיס' דמסתבר יותר דנתבטל העסק לגמרי משא"כ בשותפות ושפיר י"ל דאף מהרשד"ם לא אמרה אלא בשותפין אך בעסקא אזיל ומודה וכמו שמפו' בדברי

הריטב"א לדעת המ"מ דבהכי ניחא נמי דלא תקשי על מוהרשד"ם מלשון הרמב"ם דנקט הדין בשני מתעסקין דאה"נ דבעסקא מודה מוהרשד"ם ע"כ:

וא"כ להאי סברא דאסברן הרב שיו"ט ז"ל דגמיר לה מדברי הרדב"ז. הא ודאי דאין להוכיח מדברי מור"ם דאיירי במתעסקין למת אחד מהשותפים. ואולם סברא זו תוסיף תת כח לנדון דאנן קיימין ביה דנפרד אחד מהאפוט'. דאף מהרשד"ם יודה דבטלה דלא דמיא אלא למת אחד מהמתעסקים דכיון שאין היורשים מתעסקים עמהם יכולין לומר אין אנו מאמינים אלא לכולם:

והכנה"ג סי' ר"ץ הגה"ט אות קמ"ו כתב משם הרב תומת ישרים סי' מ"ו מינה אפוט' הרבה ומת אחד מהם אין האחרים יכולים להסתלק ע"כ. ואין ספרו מצוי אצלי לראות שרשן של דברים אי ס"ל דהיורשים יכולים לסלקם מטעם המלך מהריב"ל ז"ל אם לאו. ועי"ש הגה"ט אות י"ט:

באופן דבנ"ד דכתוב בצוואה שלשתן יחד. דלכ"ע לכולהו תלתא נתכוון. וכבר למדנו מתורתו של מהריב"ל בשלישי סי' י"ז דאם נתכוון לשניהם אם מת א' נתבטלה כל האפוט' כי לא סמכא דעתיה אלא על שניהם וכמש"ל. וא"כ גם בנ"ד נתבטלה מהאי טעמא וגם מההיא דהרשב"א שהביא הרב"י סי' ר"ץ. ואף דהב"י חלק עליו. כבר כתבנו דבמת אחד מן האפוט' יודה וכמש"ל ושכן היא דעת מהר"ד דיאינא ז"ל דהאי אפוטרופא דמיא למתעסקים דנקיט הרמב"ם ומר"ן ומור"ם ז"ל:

אלא דאכתי לא איפרק. שהרי כתב ה' מהריב"ל בשלישי סי' י"ז וז"ל ואחר שכתבתי כל זה מצאתי תשובה מהרשב"א כתב וז"ל שאלתם ראובן חלה וצוה על נכסיו ומנה שני אפוטרופוסין על בניו ועכשיו נפטר אחד מן האפוטרופין ורצו הקהל למנות אפוטרופא אחר תחת אותו שנפטר שיהיה אפוט' על ההקדש עם אפוטרופוס החי וכו' והאריך הרשב"א בתשובה ובסוף כתב וז"ל ומכל מקום אני רואה בכל המקומות שכל שהיחיד ממנה אפוטרופין או אפי' הקהל ממנים גזברים או גבאים אם ימות אחד מהם אין המינוי והאפוטרופוס בטל אלא הנשארים מהם נוהגים מינויים ואפוטרופוסותם והדין נותן שאלוני כן אם הלך הא' לדרכו קצת ימים לעסקיו המנוי בטל עד שוב חבירו ואין זה דעת הצבור ולא דעת היחיד המצווה. ע"כ:

הרי דהרשב"א ס"ל דבמת א' מהאפוט' לא בטלה האפוטרופוסות. והובאה תשו' זו בב"י יו"ד הל' צדקה סי' רנ"ט ופסקה מור"ם שם סי' רנ"ח ס"ה וז"ל ואפי' היו האפוט' שנים ומת א' מהם אין הקהל יכולים למנות אחר אלא הנשאר יעשה מה שירצה וכמו שצוה הנותן. ע"כ:

ואף דהט"ז סק"ה הביא את דברי הרשב"א וכתב וז"ל ותמוה הוא דכיון דהמצווה מינה שנים אפשר שלא האמין לאחד מהם אם לא בצירוף חבירו ולמה יהיה נאמן עכשיו לבדו הרי בטל המינוי ולפי הנראה שהרשב"א לא החליט לומר שלא ימנו אחר עמו אלא שאמר שאם נאמר שלא יהיה האחד נאמן מכל מקום אין להקל עסק בזה אלא נשאר הדבר לבניו וכמו שציוה וכתב אח"כ שמ"מ אין המינוי בטל לגמרי בשום פעם שלא לחלק לעניים כיון שאין כאן אלא אחד זהו אינו אבל לא החליט שלא ימנו הקהל אחר עמו וישאר זה לעולם לבדו ואיך שיהיה נראה שאין להעמיד הממון תחת יד אחד מהם אם מת חבירו שהרי כתב הרשב"א דאף במינוי הקהל הוה כך ואנו רואים מנהג הקהלות כשממנים שני גבאים על זמן מה ומת א' מהם שמושיבין אחר במקומו וכן בשאר מינויים א"כ כ"ש מממון שאין להאמין לאחד מהם וכ"ש דמה שאנו רואים שברבות השנים הנאמנים מעוטים וכמה וכמה יתומים שנתמוטטו נכסים שלהן על ידי האפוטרופוסין אע"פ שהיו בחזקת כשרות ודאי ראוי להקהל לפקח בזה וכבר נהגו בקהלות קדושות למנות אבי יתומים ולפקח בעסקי אפוטרופוסין ע"כ גם בזה יפקחו ויראו שאין להשאיר הממון ביד אחד מהם. ע"כ:

מ"מ מדברי מור"ם הנ"ל שכתב אין הקהל יכולין למנות אחר משמע דהחליט הענין:

אכן מצאתי למהר"ד דיאינא ז"ל הוב"ד בפחד יצחק אות א"פ שכתב וז"ל מצאתי הגהת מהרמ"א בהל' צדקה י"ד סי' רנ"ח על סעיף ה' כתב וז"ל ואפי' היו האפוט' שנים ומת אחד מהם אין הקהל יכולין למנות אחר אלא הנשאר יעשה מה שירצה וכמו שציוה הנותן ולכאורה הוקשה על מ"ש הרשב"א בשתי תשובות הביאם הב"י טח"ם סי' י"ג שכל שקבלו עליהם הקהל או יחידים דעות אנשים ד' ה' או יותר לדיינים או פשרנים אין הולכין אחר הרוב אלא שיסכימו כולם ואם נסתלק אפי' האחד בטל דינא ולבתר פריקנא לה דשאני התם לענין צדקה משום לתא דממון שאין לו תובעים דעלה התם קאי אבל באפוטרופוסות של יתומים בין שנתמנו מאביהן בין מב"ד הכל לפי מנויים בדקדוק ואפי' בסתם כשנתמנו שנים או שלשה או יותר ונסתלק אחד מהם בטל כל האפוטרופוסות מכח תשובת הרשב"א דלעילא ומדין שלוחים ושותפים שאין לשנות מדעת המשלח והשותף שעמ"כ המנינהו ולא באופן אחר. ע"כ:

ואף דמשמעות דברי הט"ז לא משמע הכי כאשר יראה הרואה. מ"מ מדברי מהריב"ל דסי' י"ז הנ"ל אין להוכיח הפך מדבריו. דאפשר דלא פסק כן אלא בנדון דידיה דהתם הרב קאי באפוטרופוס על ההקדש שעשתה אותם האשה המצווה שיתנו ההנאה באיזה מקום שירצו ברצון שלהם. דהוי ממון שאין לו תובעים וסגנון דברי מור"ם משמע

כדבריו. שהרי בתחלת דבריו איירי בממון שאין לו תובעים. וע"ז סיים ואמר ואפי' היו וכו'. ואח"כ ציין וכתב ועי' בח"א סי' ש"א. ושם סעיף ה' מבואר האי דינא דממון שאין לו תובעים. ואף דמדברי ה' משפט צדק ח"א סי' מ"ב משמע להיפך דהא לא איירי באותה תשובה בממון שאין לו תובעים. ואפ"ה הביא דברי הרשב"א הללו ומהריב"ל ז"ל דמסכים לסברתו וכתב דמי יוכל להוציא ממון מן המוחזק נגד סברתם. ע"ש:

מ"מ הרי שלא החליט הענין. ולא פסק כן אלא מטעם דאין להוציא ממון מן המוחזק:

ובמאי דאנן קיימין לא צריכנן לכ"ז. דע"כ לא קאמר הרשב"א ז"ל שאין זה דעת הצבור ולא דעת היחיד. אלא בדאמר סתם פלוני ופלוני. אבל היכא דפריש דבריו ואמר פלוני ופלוני. שניהם יחד דגילה דעתו להדייא מזה לא איירי הרשב"א. שהרי כתב באותה תשובה כמו שהביא דבריו רבינו הב"י ביו"ד סי' רל"ט וז"ל וכן אין להקל למנות אפוטרופא אחר עמו שההקדש הזה אינו מתחלק אלא ע"י האפוטרופוסין שמינו או ע"י בניו אחריהם ואם דעת דעת המצווה שיהיו האפוטרופוסין השנים או אפי' האחד מהם מחלק ההקדש הא' הנשאר יחלק כבראשונה ואם אין דעתו שיחלק האחד אלא שיהיו השנים קיימים א"כ יחזור החלוקה אצל הבנים ולא אצל גזבר אחר שימנו הקהל ע"כ. וע"ז כתב ומ"מ אני רואה וכו'. הרי דבתחילת דבריו מצדד בדעת המצווה. אם דעתו דסגי ליה אפי' בחד. או לא. ושוב פשיט ליה דדעת המצווה היא דאפי' בחד סגי ממה שרואה בכל המקומות וכו'. וא"כ מזה מוכח דלא איירי הרשב"א אלא במי שדבריו סתומים כגון דאמר פלוני ופלוני סתם. אבל לא במי שפירש דבריו כה"ג דאנן קיימין ביה דפירש ואמר שלשתן יחד. דליכא שום ספיקא בכוונת דבריו. דמסתברא דבזה יודה דבעינן כולן יחד:

תו איכא לאורועי כחא דהאי אפוטרופא מצד אחר. והוא ממה שמבואר בשאלה וז"ל ושוב עמד הבן היורש של כהר"ש הנז' שהוא גדול בשנים יותר משלש עשרה שנה כמו שראינו אחו"מ קב"ע כו"ח משע"כ שהבן הנז' הוא גדול כנז' וכו':

הנה בזמן החולף משנת ולהורו"ת ליצירה כתבנו על רזא דנא בתשו' שאלה לעיר צפרו וזה לשונינו הצריך לענייננו. ועוד דהגם שנאמר דכוונת המצווה גם על חלק הבת הגדולה אפ"ה יכולה הבת הנשואה לומר אי איפשי באפוט' שהרי כתב מר"ן הב"י סי' ר"ץ וז"ל כתוב במישרים בנתיב כ"ו ח"א וז"ל כתבו הפוסקים דאם מינה האב אפוט' לגדולים שיכולין לומר אין אנו צריכין לאפוט' ומוציאין מתחת ידו זולתי אם השליש בידו ממון על דעת לעשות כו"כ משום דמלד"ה כדאמרינן גבי המשליש מעות לבתו בפ' מציאת האשה ד' ס"ט עכ"ל ופסקה מור"ם בהגה סי' הנז' סכ"ו. והנה לכאורה דברי רי"ו ז"ל קשים להולמם עם מ"ש הרמב"ם ז"ל ופסקו מר"ן סי' הנז' וז"ל קטן שהגדיל

אפי' היה אוכל ושותה יותר מדאי ומפסיד והולך בדרך רעה אין ב"ד מונעין ממנו ממונו ואין מעמידין לו אפוט' אא"כ צוה מורישו שלא יתנו אלא אם יהיה כשר ומצליח או שלא יתנו עד זמן מרובה ע"כ. הרי להדייא דהאב יכול לעשות אפוט' לבניו הגדולים. וכן מצאתי להרב המבי"ט ח"א סי' של"ה וזל"ה ואע"ג דב"ד אפוט' לדקנני לא מוקמינן ואבי יתומים נמי אינו צריך למנות אפוט' אלא על בניו הקטנים אפ"ה אם נראה לו למנות אפי' על הגדולים ג"כ לזמן ידוע מפני שנראה לו שלא היו ראויים עדיין בממון או לסיבה אחרת שנראה לו רשאי הוא ומצוה עליהם לקיים דברו וכמו שנראה מדברי הרמב"ם שכתב קטן שהגדיל וכו' עד זמן מרובה ע"כ. ולשונו זה הביא בח"מ סי' ר"ץ ובסמ"ג וכן בצרור הכסף משמע דאב או מוריש רשאי למנות אפוט' על היורש הגדול ומונעין אותו ב"ד מלהחזיק בממונו עד זמן שציוה המוריש מדכתב קודם אין ב"ד מונעין ממנו ממונו ע"כ. ובסוף התשובה כתב ומה שנמצא במישרים נתיב כ"ו שכתב כתבו הפוסקים דאם מינה האב אפוט' לגדולים וכו' לא נמצא כתוב בשום פוסק המצוי אצלנו והרי הרמב"ם וסמ"ג וח"מ וצרור הכסף שמשמע מדבריהם הפך זה כמו שהבאתי למעלה ע"כ יעוש"ב. ולפ"ז יש לתמוה על מר"ן הב"י שלא העיר על דברי ריי"ו שהרמב"ם ז"ל חולק ויותר תימה על מור"ם שקירב את הרחוקים וכתב על דברי הרמב"ם ז"ל דברי ריי"ו כאלו כחדא שריין. וגבה טורא בינ'ן. וע"כ צריכין למשכוני נפשין כדי שיהיה זווגן עולה יפה בג' פנים. הפן הא' דהרמב"ם ז"ל מיירי היכא דיש בו משום מלד"ה. והפן הב' דריי"ו ז"ל מיירי בשאינו הולך בדרך רעה. ואל השלשה ל'ו בא דע"כ לא ס"ל להרמב"ם שהאב יכול למנות אפוט' לגדולים אלא דווקא כשמינה להם אפוט' בעודם קטנים אז יכול להרחיב זמן מרובה אף לאחר שיגדילו דמגו דחיילא זמן הקטנות חיילא נמי זמן הגדולות אבל אם מינה להם אפוט' בהיותם גדולים יכולים למחות ובהכי מיירי ריי"ו ז"ל. שוב מצאנו להכנה"ג סי' הנז' בהגהב"י אות קס"ז וז"ל ממ"ש הרמב"ם. ז"ל ורבינו בעה"ט ז"ל אא"כ צוה המורישו וכו' הוכיח מהר"מ מטראני ז"ל בח"א סי' של"ה דס"ל ביש כח ביד האב למנות אפוט' אפי' לבניו הגדולים וכו' ומהריי"ק ז"ל הביא דברי ריי"ו ז"ל בסי' זה סכ"ו ולא ביאר שהפוסקים חולקים עליו נראה דס"ל דדברי הרמב"ם וריי"ו ז"ל יש להם ישיבה אחת בעולם. וכן נראה מספר המפה שעל מ"ש הרב ז"ל לשון הרמב"ם ז"ל הגיה וכתב עליו לשון ריי"ו ז"ל ונראה שהם ז"ל סוברים שהרמב"ם ז"ל מיירי כשהשליש המעות בידו לעשות כו"כ דבהא אפי' ריי"ו ז"ל מודה דמלד"ה. ועוד אפשר לומר דהרמב"ם מיירי כשיודע שהוא אוכל יותר מדאי ומפסיד ממונו בדרך רעה שאז ביד האב למנות אפוט' עליו שלא יפסיד ממונו דהוי כקטן אבל ריי"ו מיירי בגדולים בני דעת שיכולים לומר אין

אנו צריכין לאפוט' א"נ דהרמב"ם מיירי בשמינהו המורישׁ כשהבן קטן וצוה שלא יתנו לו עד זמן פלוני או עד שיהא כשר ומצליח אבל ריי"ו מיירי בממנה אפוט' לבניו והם גדולים בעת המינוי. ע"כ. גם בתשובתו ח"מ סי' ריי"ו כתב וזל"ה אבל ממה שהרב בב"י הביא דברי ריי"ו ולא ביאר שהפוסקים חולקים עליו נראה דס"ל דהרמב"ם ז"ל וריי"ו ז"ל יש להם ישיבה אחת בעולם וכן נראה מהרב בעל המפה שעל מ"ש הרב דברי הרמב"ם ז"ל בספר הקצר הגיה עליו לשון ריי"ו ע"כ. עד כאן לשונינו שם הצריך לענייניינו:

גם ה' משפט צדק ח"א סי' מ"ב כתב וזל"ה אלא יראה לענ"ד דאליבא דכ"ע בנ"ד שנתבטל האפוטרופוסו' שכ' ריי"ו נתיב כו' ח"א וז"ל כתבו הפוסקים וכו' והביא מהריי"ק לשון זה מרבינו ירוחם בלתי שום חולק והתימה על הרשב"א [שהביא הב"י סי' ר"ץ מח"ו ט"ו] למה לא כתב דרך זה לסלק האפוט' אפי' בתוך הזמן ואפי' שלא מת א' מהיורשים וכגון שהגדילו מה תאמר שהרשב"א מיירי ביתומים קטנים זה א"א דא"כ כשמת א' מהם למה מסתלק האפוטרופוס שהנה להיותם קטנים יצטרכו לאפוטרופוס ואפי' לא מנה האב היה צריך הב"ד למנות שהב"ד אביהם של יתומים ולמה להו לב"ד לשום אפוט' אחר דאטרוחי ב"ד בכדי לא מטריחינן וכו' אלא שי"ל דשאני התם נדון הרשב"א ז"ל שאפשר שכשצוה היה יתום קטן וא"כ מאחר שהתחיל לנהוג אפוטרופוסות בצוואת האב ובאו לידו הנכסים בזמן אשר לא יוכל הקטן לסרב כשהגדיל נמי לא יוכל למאן עד הזמן שהגביל אביו והוי כאלו הושלשו מאחר שבאו לידו של האפוט' בהיות הבן קטן אשר לא יוכל לסרב לא כן כשהוא גדול בשעת מינוי האפוטרופוס ולא הושלשו בידו לשום כך שיכול לסרב מאחר שבעת ההיא הוא גדול ולכן הרשב"א ז"ל שם לא כתב דרך זה ואפי' אם נאמר שהרשב"א פליג על הפוס' ההם מ"מ בנדון דידן נסתלק האפוט' לדעת הרשב"א מאחר שמת האח הראשון וגם לדעת שאר הפוס' נסתלק מטעם שאינם רוצים בו האחים להיותם גדולים עכ"ל:

מעתה בנדון דידן כפי שמבואר בשאלה שהיורש הוא גדול הא ודאי דהרשות בידו לעכב על אותם אפוטרופוסים:

והגם דהיורש לא הניח הממון בידו אלא נתנם לאפוט' אחרים אין בכך כלום. דמאחר דיכול להוציאם מהאפוט' מי יכול לעכב בידו שלא ליתנם לאחרים שירצה:

והגם דמצינו לרבינו הכנה"ג בתשו' ח"מ סי' ריי"ו אמאי דקי"ל כל שגדלו היתומים הזכר מבן י"ג שנה ויום א' והביא שתי שערות והנקבה מבת י"ב ויום א' יכולים להוציא הנכסים מיד האפוט' בין מינהו אבי יתומים בין מינוהו ב"ד אפי' שאינם בקיאים בטיב משו"מ כמ"ש הריב"ש סי' תס"ח. כתב וז"ל אפשר לי לומר דיש חילוק בין כשהקטן דורש

דמים ונכסים שהניח מיד האפו' להיותם בידו לכשדורש אותם ליתנם ביד האפוט' אחר. דכששואל נכסיו להיותם בידו הרשות בידו לעשות כן דאפוט' לדקנני וכו' והיתום הזה אינו רוצה באפוטרופוס שהוא ישגיח בנכסיו כי אין לאיש נכבד מנפשו אבל כשהקטן רוצה להוציאם מאפוט' זה וליתנם ביד אפוט' אחר דמאחר דגלי דעתיה דניחא ליה באפוטרופוס אלא שרוצה להוציאם מזה וליתנם ביד אחר חוששין לכבודן של ראשונים ואין כח ביד היתום להוציאם מידו וליתנם ביד אפוט' אחר וכן מצאתי למהר"י אדרבי ז"ל בסימן תי"א אחר שהסכים שיכול היורש כשהוא גדול להוציא המעות מיד האפוט' כתב אבל אם אינם רוצים אלא להחליף האפוט' אין הדין עמהם כיון שנתמנה האפוט' ע"י הקהל אין ראוי להעבירו אלא בטעם מספיק וכמ"ש הרמב"ם ז"ל כו' וכ"ש בנ"ד כיון שנתמנה האפוט' ע"י ב"ד הקהל אין יכולין היתומים להחליפו ולסלקו אם לא מטעם מספיק שיראה בעיני הב"ד ע"כ:

מ"מ אחד הרואה ולבבו יבין דטעמא קלישא הוא. דמפני כבודן של ראשונים יניח ממונו בידם בע"כ אתמהא. אלא מעתה המפקיד ממונו ביד אחד לשמרו אינו יכול להוציאו מידו. וליתנו ביד אחר מפני כבודו של ראשון. ואף אם קבלה נקבל מפני כבודן של ראשונים כמלאכים הבו דלא לוסיף עלה. ודוקא בשכבר התחילו לנהוג האפוט'. ואולם כאשר יהיה האופן כה"ג דאנן קיימין ביה דלא התחילו לנהוג האפוט'. דיכו' היורש כשהוא איש להוציאם מידם וליתנם למי שיר'. והו"ל כשא' אינשי דעלמא דמוציאין מזה ונותנין לזה. ובפרט דמצינו לרבינו הכנה"ג סי' ר"ץ הגה"ט אות צ"ו דמחליפא שיטתיה ודבריו סתראי נינהו וז"ל רצה היתום הזה להוציא המעות מיד האפוט' זה שמינהו ב"ד וליתן מעותיו ביד אחר אינו יכול. מהר"י אדרבי ז"ל סי' תי"א. ואיני הולמו דכיון דנתנה רשות ליתום להוציא המעות מיד האפוט' מי יעכב על ידו אם רוצה ליטלם מיד האפוט' וליתנם ביד אחר ומה שהביא ממ"ש הרמב"ם ז"ל שאין מסלקין האפוט' בלא טעם מספיק מה ענין זה לזה התם הוא בעוד שהיתום הוא קטן וצריך לאפוטרופוס אין מסלקין אותו בלא טעם מספיק אבל לאחר שגדל היתום ופקע אפוטרופוסותו ממילא למה לא יהא היתום נוטל מעותיו ממנו ונותנם לאחר כגדול שנתן מעותיו לראובן לשמרם וכשירצה נוטלם מראו' ונותנו לשמ' ומי מוחה בידו עכ"ל:

האמנם. דא עקא. נפל פתקא. דאיכא ספיקא. דאיכא סהדי. דסתרי אהדדי. שויוה למילתייהו כחוכא. מתוך ההפכה. עזוז אש מלחמה. די"ן גרמ"א. להטה מסביב ותאכל פרי הצדק. ואנחנו לא נדע הישר הולך לחזק את בדקו. למען צדקו. יתנו עדיהן ויצדקו. באופן דאנן לא איתברר לנא. היורש. כשהוא איש. ואי צילא דעתיה דמורישׁ:

מעתה נדעה נרדפה לדעת מהו הדין כאשר יהיה האופן בפלוגתא דרבוותא. או ספיקא דדינא או ספיקא דתרי ותרי. אם האפוט' קיימת א"ל:

והנה. ה' מהריב"ל ז"ל. בשניות סי' ע"ו כתב וזל"ה דברי זאת הצוואה הם סתומים וחתומים כי זה האיש ראובן צוה שאשתו תתעסק ותסתחר בכל נכסיו כל ימי חייה ואחר פטירתה יכנס שמעון אחיה במקומה. ואח"כ צוה שיתנו בתו בת יחידאה לבנו של שמעון אחיה כשתגיע לפרקה. ואם הבת היורשת תקח כל הנכסים בנדונייתה כי אין לה אח במה תתעסק ותסתחר כל ימי חייה וא"כ יש לנו לפרש ולומר שכוונת ראובן במה שתתעסק ותסתחר כל ימי חייה בכל נכסיו היינו עד שתגיע הבת לפרקה וכוונתו היא לומר שאם תמות האשה קודם שתגיע הבת לפרקה שיכנס שמעון במקומה אבל בעודה בחיים חייתה ולא הגיעה הבת לפרקה תתעסק ותסתחר האלמנה בכל נכסיו ושמעון אחיה לא יהיה לו עסק בהם או אפשר לפרש ולומר דזה האיש ראובן לא רצה שיתנו הנכסים למי שתנשא בתו אליו בנדונייא בתורת נצ"ב שאם פיחתו וכו' אלא שהיו הנכסים נ"מ ושיהיו ביד אשתו כל ימי חייה. ואחר מיתתה ביד אחיו שמעון ואיברא דאם לכוונה ראשונה נתכוון ראובן. אם היא אינה שוטה כיון שהגיעה לפרקה בת י"ב שנים ויום א' והביאה שתי שערו' יתנו לה כל נכסיה. וכמ"ש הריב"ש ואם היא שוטה כיו' דסתם אפוט' אינו אלא עד שיגדלו. וזאת הנערה כבר הגדילה נסתלקה האלמנה מהאפוט'. והב"ד ממנין לה אפוט' ואם נפשך לומר דדילמא לכוונה שניה נתכוון ראובן שתהיה אפוט' כל ימי חייה אף לאחר שתנשא הבת וכיון דכן הוא דהוייא ספיקא אם נתכוון ראובן לכוונה ראשונה או לכוונה שניה לא מסלקינן לה מספיקא מהאפו' הא ודאי לאו מלתא היא דמסתברא דכיון דאמרינן דאין ב"ד ממנים נשים לאפוט' וכיון דהוייא ספיקא א"כ אין ספק מוציא מידי ודאי וכבר היה אפשר לומר דמהאי טעמא אפי' היכא דנפל ספק בכל האפוט' אע"ג דלאו הוא אשה אלא גברא מסלקינן ליה עכת"ד:

עין רואה. דס"ל למהריב"ל ז"ל דהיכא דאיכא ספיקא באפוט' איש או אשה שוין ומסלקינן ליה:

ואולם אשכחנא דמחליפא שיטתיה דהרב שם בשניות בתשו' מ"ח וזל"ה הכלל העולה מהדברים דיראה לדעתי הקצרה דזאת הצוואה היא בטלה ולי' בה ממש במה שצוה שלא תטול כי אם עשרה שולטאניש אם לא תלך לדור עם זקנתה בצפת. ועל מה שמנה אשתו אפוט' וצוה שלא יצאו הנכסים מתחת ידה עד שתנשא היתומה ותבא לדור בצפת יראה דדבריו קיימין ואע"ג דלכאורה היה נראה דאפשר לדון ולומר דדילמא הא בהא תליא דכוונתו למנות אפוט' אם תשב בת בנו עמה אבל אם הבת תשב בארץ והנכסים

בצפת מה יעשו ביום שידובר בה ואמדינן דעתה דבכה"ג לא היה ממנה אותה אפוט' ולא יהא אלא ספק חזר אפוט' לאביהם של היתו' שהם הב"ד ימנו אפוט' למי שיראה בעיניהם גברא דמהימן וראוי לכך ואיברא דהנך מילי לאו מילי דסמכא נינהו להוציא האפוט' מחזקתה ומשום הכי יראה לי דבמה שצוה שתהיה אפוט' עד שתנשא הבת דבריו קיימין ובמה שצוה שלא תטול כי אם עשרה שולטאניש אם לא תלך הבת לצפת דבריו בטילין וכדאמרן. עכ"ל:

הרי מבואר דמספיקא לא מפקינן אפוטרופא מחזקתו ואפי' אשה. ואלו באידך תשובה דסי' ע"ו סבר דמסלקינן ליה אפי' כשהוא איש:

וחזיתיה לה' משאת משה סי' י"ד באיש שהקדיש מנכסיו אלף כסף וצוה שראובן יהיה אפו' על ההקדש לחלק פירותיו לת"ח אשר יחפוץ ונתן לו רשו' מספיק למנות במקומו אפוט' אחר ואותו אפוטרופו' יכול למנות אחר עד כמה ומסר הכח והשלטנות לו ולהעתידים להתמנות מתחת ידו לעשות בהם כאדם העושה בשלו. ואחרי כעשר שנים הרשה ראובן את שמעון אחיו בתורת אפוט' וכאשר נפטר ראובן קמו פרנסי הקהל לסלק את שמעון ולמנות אפוט' אחר ובאים בטענה דלא השליטו המקדיש לראובן אלא בעודנו ראובן חי במה שלא פירש המקדיש שיהא כח ראובן יפה בממנה אחרים אף לאחר מיתתו דמן הסתם כל זמן שהוא חי משמע. ושמעון צווח כנגדם דהרשות נתונה לגמרי משמע בחיים ובמות. ופליגי שם ה' משאת משה ומהרש"א ז"ל כאשר יראה הרואה שם בסי' ט"ו שהביא את דברי מהרש"א ז"ל והשיג עליו וז"ל שוב חזיתיה להרב ה"י דאתי עלה בנ"ד מטעמא דמי יימר שהרי כתב דמ"ש המקדיש שכל מה שיעשה הבא מכחו יחשב כאלו הוא עשאו מנ"ל שנתכוון בחיים ובמות עד מ"ש דמאן לימא לן דבתר דשכיב לא יהיו רשאין ב"ד לעשות וכו' זהו ת"ד. ואני אומר דהא דפשיטא ליה למני"ר דמספקא דמי יימר שלא כיון דעתו לכך מדחי גברא מקמי גברא. לע"ד מבעייא לן וצריכה רבא למדחי גברא ממינוייו מחמת טענת ספק. אדרבא הרואה יראה להרב הגדול מוהריב"ל בשניות סי' מ"ח עלה ונסתפק אכיוצא בדבר וז"ל שהיה מקום לפום ריהטא לומר דכוו' האב היתה למנותה אפוט' אם תשב בת בנו עמה אבל שתהא היא בארץ כו' אדעתא דהכי לא היה ממנה אותה ולא יהא אלא ספק תחזור האפוט' לאביהם של יתומים הב"ד והמה ימנו הטוב בעיניהם. והדר אסיק עלה דכל הני מילי לאו מילי דסמכא נינהו להוציא את האפוט' מחזקתה והנ' לו ודאי דמה שצוה שתהא אפוט' דבריו קיימים ע"כ. הנה בהדייא חזינן ליה להרב ז"ל דלא עצר כח למדחי גברא ואפי' אשה דלא חזיא לאפוט' לא מצא עזר למדחייה מחמת ספיקא דלמא כיוון דעתו המצווה לכך וכך אע"ג דאמידניה

כמו שיעו"ש. והלום הרב ז"ל נראה לכאורה דמחליפא שיטתיה ממ"ש בסימן ע"ו באותו חלק. הנה כבר עמדו עלה דהא אחרוני הפו' לפי מה שאני זכור ורצו לזווגם ואיך שיהיה לא יהא אלא ספק מאן חשיב ורקיע למדחי גברא דאמני מקדיש מספי' בעלמא דשמא ושמא כיוון מקדיש בשעת מינוייו לא' מכל אלא כ"ש דנ"ד לית ביה ס' מטעמי דכתי' לא נצרכה אלא לאפוקי מאי דפסיק ותני מר ש"י לרחק המקורבין מפאת טענת ספיקא דליתא עכ"ל:

תו חזיתיה להכנה"ג סי' ר"ץ הגה"ט אות ל"ד שכתב וז"ל אפוט' שמנהו אבי יתומים וי"ל שלא מינהו אלא על מנת כך לא מסלקינן ליה אפי' אשה. מהריב"ל ס"ב סי' מ"ח. בסי' ע"ו כתב בהפך דאם הוא ספק אם נתכוון המצוה לכוונה ראשונה ולא הוי' אפוט' אחר שגדלה הבת או שנתכוון לכוונה שניה והויא אפוט' עד שתנשא הבת אע"פ שיהיה האפוט' איש ולא אשה מסלקינן ליה וכ"ש בהיות האפוט' אשה ואמרינן בפרק הניזקין אין ב"ד ממנין אפוט' לא נשים וכו'. ונראה לחלק דבשלמא בסי' מ"ח הבת היא צריכה לאפוט' אלא שיש ספק אם צוה לאשתו שתהיה אפוט' כשתבוא הבת לצפת וע"ז כתב הרב ז"ל דמספיקא לא מסלקינן אבל בסי' ע"ו שהנדון היה שהבת הגדילה והיתה שוטה בגדלות הבת נסתלק האם מאפוט' מאליה אלא שצריכה הבת אפוט' מטעם שהיא ודאי שלא נתכוון האב לעשות אפוט' עד שתנשא הבת אפי' שתהיה שוטה דדבר דלא שכיח הוא שתנשא השוטה כשתגיע לפרקה. אי נמי בנדון מ"ח לספק הא' האפוט' הוא מכח האב אבל בנ"ד דסי' ע"ו אפוט' הבת אחר שהגדילה אלא שהיא שוטה הוא מוטל על הב"ד למנות אפוט' על נכסי השוטה ואם אנו אומרים שתשאר האשה אפוט' עד שתנשא הרי הוא כמי שבית דין ממנין לה עכשיו ואין ממנין ב"ד אשה לאפוט' עכ"ל:

ובעניותי אחר נשיקת הרצפה. לא ידענא מאי קא' דמ"ש או שנתכוון לכוונה ב' דהויא אפוט' עד שתנשא הבת וכו'. מהריב"ל ז"ל לא כתב כן בכוונה שניה. אלא כל ימי חייה ואפי' תנשא הבת יהיו הנכסים נ"מ ושיהיו ביד אשתו. וכן מבואר בסוף דבריו ג"כ ואם נפשך וכו' דדילמא לכוונה שניה שתהיה אשתו אפוט' כל ימי חייה אף לאחר שתנשא הבת וכו'. גם מאי דחילק הכנה"ג בחילוק א'. לא ידענא מאי קאמר. דלכאורה נראה בכוונת דבריו שכתב אבל בסי' ע"ו וכו' שהבת הגדילה והיתה שוטה וכו' נסתלק הבת מאפוט' מאליה. דר"ל בין לכוונה ראשונה בין לכוונה שניה. וה"ט דלפי כוונה ראשונה הרי הגיעה לפרקה ולא נשארה להאשה אפוט' מכח מינוי האב ואפי' לכוונה שניה דעד שתנשא אפ"ה משהגדילה והיא שוטה פקע האפוט'. וה"ט דודאי לא נתכוון האב לעשות אפוט' עד שתנשא אפילו שתהיה שוטה דלא שכיח שתנשא השוטה. ואינם מובנים לי.

דלפי זה לא יש חילוק בין הכוונות דלכל הכוונות אין כאן אפוט' כשגדלה והיא שוטה ואין כאן ספק. ואין כאן מבואר בדברי מהריב"ל ז"ל אלא דאפי' הויא ספיקא מסלקינן לה. וד"ק בדבריו שכתב מסתברא דכיון וכו' וכבר היה אפשר וכו'. ועוד לא יצדק חילוקו של הכנה"ג לפי מה שנתבאר בדברי מהריב"ל בכוונה שניה שתהיה אפוט' כל ימי חייה אפי' תנשא הבת דלכוונה זו האפוט' קיימת אפי' תנשא הבת בין שתהיה הבת בת דעת או שוטה דאין כוונה זו תלויה בנישואי הבת לשנאמר כמ"ש הכנה"ג דלא נתכוון משום דלא שכיח:

גם החילוק השני של הכנה"ג דחוק הרבה כאשר יראה הרואה:

ולדבריהם דרבנן הכנה"ג וה' משאת משה ז"ל תו קשייא לי ממ"ש הטור ח"מ סי' רמ"ו ס"ז ואם אמר כתבו ותנו לו כל נכסי ואינו מייפה את כחו אפי' אפוט' לא עשאו שהרי זה בא לעשותו אפוט' בדרך הקנאה וחיישינן שמא לא גמר לעשותו אפוט' אלא בשטר ואין שטר לאחר מיתה. ע"כ. וכתב הרב"י זה נלמד ממאי דאמרינן בפ' אעפ"י דנ"ה ע"א ובפ' מי שמת ד' קכ"ב ע"א גבי מתנת שכ"מ שכתוב בה קנין ע"כ. ושם נאמר דשמואל אמר לא ידענא מאי אדון בה שמא לא גמר להקנותו אלא בשטר ואין שטר לאחר מיתה. וכ"פ מר"ן בש"ע סי' רמ"ו ס"ה וז"ל אם אמר כתבו ותנו לו כל נכסי ולא ייפה את כחו לומר תנו לו כל נכסי ואף כתבו אפי' אפוט' לא עשאו ע"כ. מבואר להדייא דהיכא דאיכא ספיקא אין כאן אפוט':

איברא דמצינו להרשב"א דפליג ע"ז והב"ד בב"י סי' ר"ן מח"ו ח' וכ"פ מור"ם בהגה סי' ר"ן וז"ל ש"מ שצוה להיות פו"פ אפוט' על נכסיו וקנו מידו דבריו קיימים ואין בזה ייפוי כח ע"כ ודבריו הללו הם נגד דברי מר"ן דסי' רמ"ו. ועי' כנה"ג סי' רמ"ו הגה"ט אות כ"ה שתמה שהרשב"א סותר את עצמו מתשו' לתשו' ותמה ביותר על הרב בהג"ה שבסי' רמ"ו לא הגיה כלום ובסי' ר"ן כ' להיפך ע"ש:

מ"מ הרי הרשב"א בתשו' הלזו ביאר הטעם כמ"ש בב"י ומסתברא שלא אמרו אלא לענין מתנותיו אבל לענין אפוט' אינו כן דמה הוא נותן להם שנאמר דלא גמר להקנותו להם אלא בשטר והלא השטר אינו אלא לראיה שהוא ממנה אותם אפוט' ע"כ. וא"כ מהתימה על רבינו מהריב"ל ז"ל בסי' מ"ח איך עינא דשפיר חזי לא שלטא בס' רבינו הטור והפוסקים הנז'. גם הדבר תמוה מצד עצמו דאיך נאמר דאף דאיכא ספיקא האפוט' קיימת. דלא עדיף האי אפוט' ממקבל מתנה דקי"ל דכל היכא דאיכא לאסתפוקי בלשון המתנה אם נתכוון למתנה גמורה על המקבל להביא ראיה וכדפסק מר"ן הש"ע סי' רמ"ו

ס"ד. וצא ולמד מדברי מר"ן הב"י שהצגנו לפניך שכתב עמ"ש הטור אפי' אפוט' לא עשאו שנלמד ממתנת שכ"מ שכתוב בה קנין:

ואולם אם נאמר דמהריב"ל ז"ל איירי בשכבר התחיל לנהוג אפוט' והויא מוחזקת אפי' נגד היורשים אתי שפיר הכל. ולא רחוקה היא. דהכי אשכחן למהרא"ש ז"ל סי' קפ"ח דהתם ה' קאי באשה שנתנה במתנה כל נכסיה לאפוט' דלאחר מיתת הבנות היורשות יזכה בהן האפוט' שמניתה עליהן. וע"ז קאמר מ'ר דלכאורה נראה דכיון דמדי פלוגתא לא נפקא אי זכה האפוטרו' במתנתו או לא. דלא זכה שהרי כתב הריב"ש סי' תס"ח אין מוציאין מחזקת היורש על הספק ושוב הדר ביה דהא ודאי ליתא דבכה"ג גם הריב"ש יודה כיון דהמקבל מתנה הוא אפוט' הרי הוא מוחזק בנכסים ובודאי דכיון לתפוס לענין מה שנוגע אליו ותפוס מיקרי וכו' ע"ש. ונמשכו אחריו מהר"א אלפאנדארי ומוהריק"ו בגבעות עולם סי' ל"ד ול"ה. וכבר למדנו מתורתו של מר"ן דנלמוד דין אפוט' מדין מתנה. וא"כ אף אנן נמי נימא דכי היכי דלענין מתנה קרו ליה סרכין תלתא מוחזק אחר שהוא תפוס. אף לענין מינוי אפוט' נימא הכי:

הן אמת כי הפרמ"א השיג על מהרא"ש ז"ל הוב"ד בגבעות עולם סי' ל"ז יעו"ש. ועי' שע"א ח"ב סי' כ"ו ד' מ"ח שהאריך בזה:

באופן דלפ"ז צריכין אנו לומר דמהריב"ל ז"ל בסי' מ"ח איירי בשהתחיל באפוטרופוסות והוא תפוס. ולכך כתב דהנך מילי לאו מילי דסמכא נינהו להוציא האפוט' מחזקתה. ואולם ההיא דרבינו בעה"ט ומרן בב"י ובש"ע סי' רמ"ו איירי בדלא התחיל כיון דאינו תפוס הוא המוציא ועליו להביא ראיה ומספקא אין כאן אפוט':

אלא דאכתי דברי מהריב"ל סתראי נינהו. ההיא דסי' מ"ח עם ההיא דסי' ע"ו. וכבר כתבנו מאי דחילק רבינו הכנה"ג ושדבריו אינם מובנים:

והנלע"ד בדברי מהריב"ל הוא. דלא פלגן אהדדי ובתרוייהו ס"ל דמספקא אין כאן אפוטרו' דהנה מתחילה יש לתמוה דמאי דקאמר הרב דדילמא הא בהא תליא וכו' ואמדינן דעתא דבכה"ג לא היה ממנה אותה אפוט' והדר כתב ולא יהא אלא ספק. העתקנו דבריו למעלה. לך נא ראה. והלא אם באנו לדון באומדנא היה הדבר להיפך. דהתם הרב קאי שהמצווה צוה שתירש בת בנו חלק הראוי לאביה בתנאי שתבוא מקושטאנדינא לדור בצפת ואם לא תבוא לא תטול מנכסיו רק עשרה שולטאניש. והחלק המגיע ליתומה הזאת עם חלק המגיע ליתומי הר"ש בנו על שני החלקים הללו תהיה רחל אשתו אפוט' ולא יצאו הנכסים הללו מתחת ידיה עד שיגדלו היתומים ועד שתנשא היתומה ותבא לדור פה כמו שהותנה למעלה. הנה מצוואתו נבעו מצפוניו כי חפץ הוא

בבת בנו שתדור בצפת עד אשר נתאכזר עליה אם לא תבוא וקא עקר לירושה דאורייתא. וא"כ הוא. ודאי דמה שמינה אשתו אפוט' על הבת הוא אפי' לא תבא לדור עם זקנתה. והראיה מדחזינן ליה דעקר ירושה דאורייתא אם לא תבוא. ואומדנא דאמיד ה' מהריב"ל ז"ל תצדק באיניש דעלמא דמעשיו סתומים. אז אמדינן דעתיה דלא מינה אותה אפוט' אלא אם תבוא לדור עמה הלא"ה אין כאן אפוט'. ואולם בכה"ג דקאי ביה הרב דמעשיו מוכיחין אין כאן אומדנא כדאמיד הרב ואין כאן אפי' ספק. ואדרבא האומדנא היא להיפך וכמ"ש:

ומעתה נבוא לכוונת הרב דבתחילה עשה האומדנא כדאמידנא למי שמעשיו סתומים. ואף זה היה בדרך לכאורה היה נראה דאפשר וכו'. ואח"ך כתב ולא יהא אלא ספק דבטלה האפוט' ואח"ך כתב ואיברא דהנך מילי לאו דסמכא נינהו להוציא האפוט' מחזקתה ורוצה לומר דהנך מילי דקאמר הרב דאמדינן דעתיה או לפחות הוי ספק דלפי הנך מילי בטלה האפוט' לאו מילי דסמכא נינהו וכו' ור"ל דבנ"ד לא שייכי דהא מעשיו מוכיחים ואין כאן אפי' ספק אלא אדרבא האומדנא היא להיפך מדחזינן דעקר ממנה הירושה אם לא תבא. וקיצר הרב קצת בלשונו מטעם שכתב שם בהיותו חולה כמשלש חדשים. אבל לעולם כאשר יהיה האופן דאיכא ספיקא בטלה האפוט' וכמ"ש איהו גופיה בסי' ע"ו:

מאחר עלות. כל האמור. אמינא במאי דאנן קיימין. דבטלה האפוטרופוסות שמינה האב מכמה טעמי. חדא משום דפריש חד מנהון. והיינו טעמא מההיא דמהריב"ל בשלישי סי' י"ז דלמ"ד לשון תורה לחוד ולשון בני אדם לחוד והיינו אומרים דנתכוון לכולם. אז אמרינן דלא סמכא דעתיה אלא על כולם. ואף דמדי דפלוגתא לא נפקא ואיכא מ"ד דאין חילוק בין לשון תורה ללשון בני אדם. מ"מ בנ"ד שהצוואה היתה בלשון ערבי. ובלשון ערבי תיבת א"ו מחברת השנים כמו תיבת א"י בלשון לעז שכתב מהרא"ש ז"ל סי' נ"ב. ולא מצינו חולק עליו להדייא. ואף אם המצא ימצא איזה חולק. הרי כתוב בצוואה שלשתן יחד דאתיא ככ"ע וכמש"ל. ואי מההיא דהרשב"א דהביא הב"י בסי' ר"ץ וכמ"ש מהר"ד דיאינא ז"ל. ומההיא דהרשב"א שהביא הב"י ביו"ד סי' רנ"ט שהסכים עליה מהריב"ל. אין תברא לנ"ד. דהתם איירי בממון שאין לו תובעים וכמ"ש מהר"ד דיאינא ז"ל. ושכן משמע מסגנון דברי מור"ם יו"ד סי' רנ"ח ס"ה. וגם מדלא הביאה גם בח"מ סי' ר"ץ. ועוד בדאמר לשון יחדיו לא איירי הרשב"א כמ"ש כ"ז בדברינו לעיל למעיין שם:

ואף אם אחר החיפוש בספרן של צדיקים ישתכח מאן דפליג ע"ש. מ"מ מידי פלוגתא לא נפקא וכבר כתבנו דהיכא דאיכא ספיקא אי האפוט' קיימת אם לאו דאין כאן אפוט'. ושכן היא דעת רבינו הטור ומרן בסי' רמ"ו ס"ו. ובפרט בנ"ד דאכתי לא החזיקו כמבואר בשאלה. דאז לכ"ע בטלה מספק. דלא עדיף ממקבל מתנה דסי' רמ"ו ס"ה. ומינה נמי להנך ספיקי אחריני דאתו מחמת שתי כתי עדים המכחשות זו את זו. דלדידן מדי ספיקא לא יצאנו. חדא הא דאסהדו על היורש שהוא גדול בשנים יותר מי"ג כמבואר בשאלה דהגם דמפי השמועה שמענו דאיכא סהדי אחריני דאכחישו לאידך. אנן מיהא מידי ספיקא לא נפקא. ואולם להאי טעמא. צריך בדיקת ב' שערות כמבואר בהריב"ש ז"ל סי' תס"ח. ואידך הך ספיקא דתרי ותרי דיתובי דעתא כמבואר בשאלה בזה"ל עוד ראינו קב"ע וכו' משע"כ וכו' שהיו מצויים בעת צוואת אביו וראוהו שהוא מבולבל וכו'. דגם זה מידי ספיקא לא נפקא. ובחדא ספיקא מהני הוה סגי וכ"ש בהצמדם יחד דאיכא כמה ספיקי:

ואף דה' משאת משה בתשו' הנז' פליג על מהרש"א ז"ל וכתב דמאי דפשיטא ליה למהרש"א ז"ל דמספיקא דמי יימר שלא כיוון דעתו לכך מדחי גברא מקמי גברא. לדידיה מבעיא ליה וצריכא רבא למדחי גברא מקמי גברא:

מ"מ במאי דאנן קיימין נראה דיודה. דע"כ לא קא מבעיא ליה אלא בנדון דידיה דהאפוט' ההוא היה מוחזק כאשר יראה הרואה בתשובתו שם. אלא דהפרנסים הגיעו לשאול ורצו לסלקו ולמנות אחר. דבקיומו של ראשון אין דיחוי לשני. דאכתי לא מינוהו ולא נראה כדי שנאמר נדחה. אבל בביטולו במינוי אחר נמצא שהוא דנראה נדחה אע"פ שהוא מוחזק אבל בנד"ד דהראשונים שמינה האב לא החזיקו והאחרונים שמינה היורש החזיקו כמבואר בשאלה. שבקיום א' מהם. ראשונים או אחרונים. נמשך דיחוי לאחרים. שהרי נראו כבר כל כת מצד אחד. והספק נופל בשניהם. יודה דשבקינן לאחרונים המוחזקים. ואף דנידחו הראשונים לא איכפת. מאחר שאינם מוחזקים. דלא שבקינן לראשונים שאינן מוחזקים. ודחינן לאחרונים המוחזקים. מספיקא:

ובפרט דכל חיליה דה' משאת משה דמבעייא ליה הוא מההיא דמהריב"ל. דלדידיה הוי מחליפא שיטתיה דמהריב"ל. וכבר כתבנו בעניותין כוונת מהריב"ל ז"ל דלא פלגן בהדייהו וכחדא שריין. ומה גם דהרואה בתשובתו יראה דס"ל דבנדון דידיה ליכא ספיקא. וע"ז קא סמיך שם. וכ"ז הוא לרוחא דמילתא. שכבר כתבנו דעת מר"ן בזה. ותל"מ. וצוויי"מ וימ"ן אכי"ר הכ"ד החו"פ פאס יע"א בשלהי כסליו דהאי שתא והגידו ל"ך א"ת דב"ר המשפט לפ"ק וקיים. ע"ה

שלמה אבן דנאן הי"ו.

סימן ו

טופס תנאים שהתנו ביניהם איש וביתו הר' חיים בהר' יעקב ה"ן הרוס נ"ע והאשה אסתר בת כה"ר מרדכי אפלאלו נ"ע שהיו כתובים בשפולי הכתובה. וז"ן או"ב תב"ת.
האשה אסתר הנז' הפרישה מממונה סך גדול ושיירה אותם לעצמה כדין נכסי מלוג והתנית על בעלה חיים הנז' שיהיו ידיו מסולקות מהם ומפירותיהן ומפרי פירותיהן עד עולם ורשאה איהי ושלטאה לחלק מהם צדקות ומתנות לאביונים ולעשות כאשר תאוה נפשה ולא יכנסו לכלל חלוקה במיתת אחד מהם בשום אופן אלא תטלם היא או יורשיה נוספים על סדר חלוקה וגביית כתובה בגירושין שיתבאר לקמן:
עוד התנית עליו שאם מת הבעל הנז' בחייה והניח אחריו זרע ממנה. יתנהגו ע"ז האופן דהיינו אם השאיר אחריו הבעל הנז' נכסים מועטים. הבחירה ביד האשה הנז' או כל אחד יעמוד בשלו. או יחלוקו כל הנכסים הנמצאים לו ולה שהכניסה לו בנדונייתה. חוץ משאר נכסים ששיירה לעצמה שלא יכנסו בכלל חלוקה אלא תטלם היא שכבר נסתלק מהם הבעל הנז' כנז'. ואם השאיר אחריו נכסים מרובים תיטול סכי כתובתה עספ"א ואם לא הניח אחריו זרע ממנה אפי' בנכסים מועטים תיטול סכי כתובתה עספ"א:
כל זה הוא במיתת הבעל בחיי אשתו הנז'. אכן במיתת האשה הנז' בחיי בעלה הנז' יתנהגו ע"ז האופן. דהיינו כל אחד יעמוד בשלו. והוא שאם האשה הנז' השאירה אחריה זרע יטול זרעה כל נכסיה. מה שהכניסה לו בנדונייא עם שאר נכסים שלא הכניסתם כלל בתנאי אם יזכה אותו הזרע שיניח אחריו זרע. אכן אם זרעה לא יזכה להניח אחריו זרע. או אם לא זכתה האשה עצמה להשארת המין אחריה. יטלו יורשיה סך חמשים מתקאלים כ"ט דוקא והשאר הכ"ל תיטול אותו אחותה מרים או זרעה אם מתה מרים ב"מ בחיי אחותה והניחה אחריה זרע. ואם מרים הנז' לא הניחה אחריה זרע במותה בחיי אחותה אסתר הנז'. תחזור הזכייה ההיא למי שתרצה לתת האשה אסתר הנז' בצוואתה. והוכחנו אותה בתוכחות על עון אעבורי אחסנתא ולא קבלה. והשיבה דבהכי ניחא לה. ובכל החלוקות שאמרנו כ"א יעמוד בשלו. האמין הר' חיים הנז' לאשתו אסתר הנו' ולב"ך נא"ג ומפ"ו כשע"ך על כל חפץ וחפץ לומר שלה מנדונייתה או מנכסי מלוג בלתי תתחייב היא האשה אסתר הנז' או ב"ך שו"ש ואחס"ל בכח הש"ח שיבא זכרונה בסמוך:
עוד התנית עליו תנאי זה. והוא שלא יהיה שום כח במתנה שתתן האשה אסתר הנז' לבעלה הנז' שום חפץ מהנדונייא או מהסבלונות או מנכסי מלוג כ"א בהסכמת

ובהמלכת אמה יאקות. ומהשתא רפה כח מתנה שתתן שלא בהסכמת אמה ויכולת לה לחזור. והיא ואמה יכולין להוציא בולעו מפיו. והאמין הבעל הנז' לחמותו הנז' נא"ג ומפורשת כשע"כ לומר שחפץ זה נטל שלא מרצונה וחייב להחזיר אותו חפץ בעצמו או דמיו או חליפיו בלתי תתחייב שו"ש ואחרס"ל בהש"ח שיבא זכרונה לקמן:

עוד התנית עליו שהסבלונות שהעניק לה גם החפצים שיעשה לה בזמן נישואיהן תטלם האשה הנז' בשומא לעת הגירושין בעל כרחו ועליהם ישלים סכי כתובתה:

את כל אלו התנאים התנית האשה אסתר הנז' על בעלה הר' חיים הנז' קודם כניסתם לחופה להיותם מוחזקים ומקויימים עליהם ועל זרעם אחריהם. ואדעתא דכל הנהו תנאי נהיה הזיווג הלזה ביניהם. ונתחו"ג איש וביתו הנז' בשניהם בקש"מ בדל"ב ובשח"כ כ"א למ"ש על כל האמור מראש וע"ס. והכל כתחז"ל דלא כא"ס וטו"ד ונ"ה בקוש"ח עכמדו"ל באופן המועיל כפי הדין הברור. ולא יורע כח שטר תנאים זה מחמת חסירות ויתירות או לישנא דמשתמע לתרי אנפי אלא הכל יהיה נדרש לתועלת האש"ה. ומינו אותנו איש וביתו הנז' שלוחים גמורים לכתוב ולחתום שטר תנאים הנ"ב חזק כראי מוצק דלית נגד דיפרקיניה. ולראיה על כל הכתוב פנים ואחור שכך קיימו וקבלו איש וביתו עליהם ועל זרעם להיות עושים ומתנהגים ע"פ התנאים לבלתי ידח מהם נידח שום פרט. היה זה סמוך לכניסתם ח"פ להרים דגל האמת והשו"ב וקיים. וחתום כמוהר"ר רפאל אבן צור הי"ו. וכהה"ר יוסף הלוי הי"ו. וס"ל נמ"ך וז"ן תב"ת. עתה באנו להרחיב הדיבור לפרש שיחתינו מה שכתוב בפנים אכן במיתת האשה בחיי בעלה יתנהגו ע"ז האופן דהיינו כ"א יעמוד בשלו וכו'. יטלו יורשיה סך חמשים מתקאלים מכ"ט דוקא. והשאר הכ"ל תטול אותו אחותה מרים וכו' יובן הבעל יעמוד בשלו דוקא. ושאר כל הנכסים זיכו אותם הבעל והאשה לאחותה מרים וכו'. ושניהם כאחד נתקשרו בקושח"ך על הדבר הזה. והיה התנאי ביניהם מפורש כנז' ואדעתא דהכי נגמר ביניהם הזיווג. ואחר שברור לנו שהיה הענין ביניהם תנאי מתנאי הכתובה. לא הוצרכנו לכתוב קנין כל דבר בקניינו. והם נתנו לנו רשות לכתוב בכל לשון של זכות ויפוי כח בכל אפ"ה כפ"ה. ולא תגמר שליחותינו אפי' אחר צאתו מתחת ידינו עד יצא כנוגה כפטיש יפוצץ דבר הבא לעקרו. וכך אמרו לנו אתם שלוחינו כתו"ח כטוב בעיניכם בכל לישני שפירי אשר ידעתם ואשר שמעתם עד אשר יצא מתחת ידכם מתוקן בא"ה כפ"ה. ובפי' אתמר שאפי' לאחר צאתו מתחת ידינו ונכנס לרשות האשה ובעלה הנז' ונמצא שכתוב בו לישני גריעי. בידינו לחסר אותם הלשונות ועדיין יש רשות בידינו לתקן ולהוסיף כל לישני שפירי שיצטרך לקיום תנאים אלו. כללו של דבר כל פרט ופרט מהתנאים המפורשים היה היה פרט אחד

עיקרי מתנאי הכתובה. וע"מ שיתקיימו בפרטותן נעשה הזיווג הלזה בהרחבת פה ולשון יותר מהמצטרך. וע"ד אמת וצדק הנעשה חזרנו שנית להרחיב הביאור רח'ב ח"פ וקיים:

הנה הרמב"ם ז"ל הלכות אישות. הלכה ה'. כתב וז"ל התנה עמה שלא ירשנה ה"ז לא ירשנה וכו' וכן אם התנה עמה שירש מקצת נכסים. וכן אם התנה עמה שאם מתה בלא בנים יחזרו נכסים לבית אביה. הכל קיים. בד"א שהתנה עמה קודם שתנשא. שהנחלה הבאה לו לאדם שלא ממשפחתו מתנה עליה שלא ירשנה קודם שתהיה ראויה לו. אבל אם התנה עמה אחר שנשאת תנאו בטל כמו שביארנו. ע"ך. וכתב הרב המגיד וז"ל במשנה מחלוקת בדין הירושה ת"ק ורשב"ג. ורשב"ג אמר מתה ירשנה מפני שהתנה על מה שכתוב בתורה. ובגמרא אמר רב הלכה כרשב"ג. וב"ה ולית הלכתא כוותיה דקי"ל כל דבר שבממון תנאו קיים. ובירושלמי אר"י אלין דכתבין וכו' תנאו קיים. וכן הכריעו הרמב"ן והרשב"א. ודוקא במתנה בעודה ארוסה וכההיא דאמר נחלה הבאה לו וכו' אבל משנשאת אין תנאו בירושה כלום. דכיון שהירושה ראויה לו אם תמות עתה הו"ל כאומר לא אירש את אבא שלא אמר כלום. ואפי' קנו מידו. וכן כתבו הרמב"ן והרשב"א וכדעת רבינו. והירושלמי הנז' בברכות הוא בכותב לה ועודה ארוסה. אי נמי בכותב לה בכתובתה בשעת כניסה. אבל לאחר נישואין לא אמר כלום וכו' ע"ש. והרא"ש כתב ור"ח פסק כרשב"ג וכ"פ ר"י וכ"פ בעל הלכות וכו' וכיון דליכא ראיה ברורה אית לן למימר כל תנאי שבממון קיים עכ"ל ע"ש:

וכתב הב"י כיון דהרי"ף והרא"ש והרמב"ם והרמב"ן והרשב"א ז"ל הסכימו שאם קודם אירושין מתנה שלא ירשנה תנאו קיים פשיטא דהכי נקיטינן וכן פירש בקצר סי' ס"ט וצ"ב ס"ז. הרי הדבר שנוי במחלו' ולפיכך תמצא בספרי האחרונים הדין משתנה בענין זה כי גדול כח המוחזק. ולכן תמצא למהרשד"ם חא"ה סי' ק"י כ' וז"ל אבל ראינו בתקנת הנישואין מק"ק טוליטולא תנאי זה שהיו מתנים שירשו או יחלקו אותו זרע שישאר אחר פטירת האשה עם הבעל. ואם כן נר' שי"ל לומר שאע"פ שהמזכה לזרע שתלד אשתו לא הוי כלום. היינו שלא בזמן הנישואין. אבל בזמן הנישואין מהני תנאי וכו' דמטעם אחר נראה דלא מהני תנאי זה כלל דקי"ל שאם אמר ירש על מי שאינו ראוי ליורשו לא אמר כלום. והכ' נמי הבעל הוא שראוי לירש במקום זרע הנשאר מן האשה וכו'. הא ודאי ליתא דכל שהוא תנאי בין האשה והבעל מועיל התנאי. דלא אמרינן התם אלא כשהמוריש הוא לבדו אמר כן וכו'. אבל בנ"ד שהבעל והאשה התנו כן הו"ל כאלו הוא בעצמו מוריש זכותו לבנו ול"ש מתנה ול"ש ירושה הכל שוה שאין היא המורשת אלא הוא שמסלק כחו ומוותר זכותו לזרע שיוולד משניהם. עש"ב. והנדון היה שראובן

נשא את לאה והתנו שאם תמות היא ירשו נדונייתה ותוספת הבנים שיהיו לה ממנו. הרי כאן פסק כהרי"ף וסייעתו. ובסי' רל"א כתב וז"ל ראובן נשא את לאה לאשה והיה לה בן משמעון בעלה הא' והתנתה עם ראובן בתנאי הכתובה שאם תפטר היא בחייו ותניח אחריה זש"ק ממנו שירש בנה הגדול שנשאר לה משמעון סך אלפים לבנים מסכי כתובתה. וז"ל התנאי' והתנו ביניהם החתן והכלה שאם תפטר הכלה קודם החתן שירש בנה שבתי עשרה אלפים וכו' מהנדו' שהכניס' לבעלה. והעשרת אלפים וכו' נתנתם הכלה לבנה במת"ג וכו'. והגם שזה היה תנאי בין החתן והכלה. ליותר בטחון לנער שבתי נשבע החתן בפנינו וכו' שיתנו לשבתי וכו'. והשיב ע"ז עוד טעם אחר לומר שהמתנה זו בטל' שכתב שירש בנה וירושה לא שייך אלא לאחר מיתה וקיי"ל שאם אמר על מי שמן הדין אין לו ירושה שירש לא אמר כלום. וקי"ל הבעל יורש את אשתו. נמצא שמה שאמרה שבנה ירש היו דברים בטלים. וכ"ת כבר כתב אח"ך לשון מתנה מפורשת ותנן כתב לשון מתנה בין בתחילה וכו'. נראה דמשום הא נמי לא זכה הבן במתנה דקי"ל דמתנת בריא צריכה קנין ומטבע אינו נקנה בחליפין וכו' עש"ב. הרי בכאן פסק כס' ר"ח וסייעתו. הפך ממה שפסק בסי' ק"י. והטעם שבכאן אחר שמתה האשה נשארו הנכסים בחזקת הבעל והוא המוחזק ויכול לומר קי"ל. אבל בסי' ק"י כשמת הבעל נכנסו הנכסים בחזקת הבן והוא המוחזק והאשה הבאה להוציא עליה להביא ראיה. ועי' כנה"ג סי' צ"ב חא"ה בהגה"ט אות ו':

וכל זה לדידהו דלא קבלו עליהם הוראת מר"ן. אבל אנן כבר אבותינו ורבותינו קיימו וקבלו עליהם ועל זרעם פסק מר"ן בב"י ובש"ע. ומאחר דפסק כהרי"ף וסייעתו הכי נקטינן:

נמצינו למדין דלא מהני תנאם אלא בעודה ארוסה אבל אחר שנשאת לא מהני. ואף בעודה ארו' דוקא במה שהכניסה לו דזיל בתר טעמא. דהטעם הוא כדרב כהנא נחלה הבאה לו לאדם וכו'. מתנה עליה שלא ירשנה קודם שתהיה ראויה לו. וכ"כ המבי"ט ח"ב סי' י"ז והנדון היה באיש ובאשתו שהתנו שאם יפטר הו' בחייה האשה תירש את בעלה. והשיב מה שכתוב בכתוב' שהאשה תירש את בעלה אינו כלום. ולא תימא כיון שהי' התנאי בעת הנישואין מועיל כמי שהתנה על אשתו שלא ירשנה דקודם שתנשא תנאו קיים ואחר שנשאת תנאו בטל כמ"ש הרמב"ם פי"ב ופכ"ג והכא נמי יוכל להתנות בשעת נישואין שתירשנו. דל"ד דדוקא התם הוי טעמא משום דנחלה הבאה. אבל בנ"ד שהתנה שתירש היא אותו ולא יורשיו הוי מתנה עמש"ב ואינו כלום. והוי כמי שהתנה עמה לאחר שנשאת שלא ירש אותה דתנאו בטל כיון שהירושה ראויה לו עתה אם תמות.

וכ"ש בנ"ד שהירושה ראויה לעולם ליורשיו וא"י להתנות שתירשנו אשתו כמו שאינו יכול להתנות שירש אותו אחר שאינו יורשיו. וא"כ אין תנאי הכתוב בכתובה זו כלום כיון שאין בה איזה לשון מתנה ע"כ עש"ב:

וכן כתב הרשד"ם בההיא דסי' ק"י הנז' וז"ל דוקא לענין הנדונייא זכה שמעון אבל לא לענין התוס' וכו'. והביא מחלוקת הפוסקים הנ"ל. ולבסוף כתב שמעינן מהכא דע"כ לא פליגי הרי"ף והנמשכים אחריו אר"ח אלא בעיקר הנדונייא שהוא ממון שבא לאדם ממקום אחר אבל התוס' שהוא ממון הבעל לא מהני האי תנאי ע"כ:

ולפ"ז צל"ד טעם לתקנת רבותינו ואבותינו שתקנו שאם מת האיש או האשה שיחלקו עם הזרע הנשאר מהם כל אשר נמצא להם תחת כפ"ה הנמצאים לו ולה. ואם יש זכרים ונקבות בלתי נשואות תטול הנקבה חלק כזכר. וכל זה נראה הפך ממה שהד"ן דהיאך יוכל להוריש בת בין הבנים. והיאך יוכל להפקיע יורשיו מנכסיו ולהורי' יורשי אשתו. ואפי' בנדונייתה שהכניסה לו בעודה ארוסה אמרו דוקא. והלא קי"ל האומר בתי תירשני במקום שיש לה בן לא אמר כלום. וכן כל כיוצא בזה. וכמו שכתב סי' רפ"א ס"א:

ומצאתי להתשב"ץ ח"ב סי' רצ"ב תקון ג' כתב וז"ל. בתקנה זו הופקעה ירושת הבעל שהיא דאורייתא. ורשאין הם בכך. שכן מצינו חכמי ישר' שתקנו כתובת בנין דכרין כדי שיקפוץ אדם ויתן לבתו ולבנו. וכן ר"ת ז"ל תקן שאם מתה האשה בתוך שנה הא' לנישואין שירש אביה נדונייתה וכו'. ואע"פ שכתבו הראשונים שאם התנה אדם עם אשתו שלא ירשנה אינו מועיל תנאי זה אא"כ התנה עמה ועודה ארוסה. תקנת צבור עדיפא. כמ"ש בפ' יש נוחלין בענין כתו' בנין דכרין שהוא מקנה לדשב"ל. ואמרו שם תנאי ב"ד שאני. וה"ה והוא הטעם לתקנת צבור. וכ"כ הרשב"א בתשובה שדין תקנת צבור כדין תקנת ב"ד ע"כ. וכ"כ מהר"י לבית הלוי סי' ט"ו וז"ל הכלל השני הפרש גדול יש בין כח וחוזק תקנ' טוליטולא לתנאי אשר עושה החתן עם הכלה וזה כי בתקנת טוליטולא עמדו ותקנו ראשיה ומנהיגיה תקנות ביניהם וסלקו ירושת הבעל שהתורה זכתה לו והעמדוה ליורשי האשה. ובודאי דרשאין בני העיר לתקן ולהסיע אפי' מד"ת ולתקן תקנות בכל דור ודור ולעשות כטוב בעיניהם בין יהיה עפה"ד ובין יהיה שלא כדין. דבכל דבר ממון הרשות ביד ראשי בני העיר לתקן להוסיף ולגרוע מד"ת. ואמנם בתנאי שעושה החתן עם הכלה מאליו ולא מטעם התקנה. בודאי דאין לתנאי ההוא הכח והחוזק שיש לתקנה. שאם התנאי נעשה שלא כמשפטו דאין לתנאי שום שיווי כלל וכמאן דליתיה דמי וכו'. ואח"כ כתב ואיך שיהיה אין ספק דהתנאי שעשה ראובן החתן בשעת הנישואין וכו' אין לו דין תקנת טוליטולא רק דין כל תנאי שמתנה איש את

רעהו וכו' וא"כ באנו לידי פלוגתא דרבוותא דר"ח ור"י ובה"ג ובעל המאור פסקו כרשב"ג וכו'. ואע"ג דהרי"ף והרמב"ם והרא"ש והרמב"ן סברי בהפך. כבר הקדמנו שראובן הוא המוחזק ויכול לומר קי"ל כנודע בכל פלוגתא דרבוותא. ע"כ עש"ב עי' מ"ש הרא"ש וכיון דליכא ראיה וכו' כמש"ל וכו':

מעתה לא יש מקום לתמוה על תקנת רבותינו נ"ן שהרי יש להם יכולת מספקת לעשות כטוב בעיניהם אף שהוא נגד הדין וההלכה בענייני הממון. ונמצינו למדין דאין למדין תנאי שבין איש ואשה מן התקנה:

וזוהי שקשה על הרב מהרשד"ם בסי' ק"י הנ"ל אחר שכתב דלכאורה היה נראה שהדין עם ראובן שאין בתנאי הכתובה של לאה ממשות מטעם שאין אדם מק' למי שלא ב"ל. כתב אבל ראינו בתק' טוליטולא שהיו מתנים שירשו וכו' וכמש"ל. הרי דלמד הרב ז"ל תנאי שבין איש לאשתו מתקנ' טוליטולא. ולדברי הפוסקים הנ"ל עליונים למעלה לא ראי זה כראי זה ואין למדין מן התקנות:

וראיתי להרב המבי"ט ח"א סי' ש"ט שכתב וז"ל אם מתנה אדם עם אשתו בין אירוסין לנישואין תנאי שיחזור הנדונייא קצתה או כולה ליורשים וכו' מהני ואפי' בלא תנאי אם יש תקנה באותו מקום וכיוצא בזה. שהרי תקן ר"ת שאם תמות האשה תוך שנתה וכו' וכן בתקנת מולינא וטוליטולא וכו. וכן בתק' האלגזאייר. ואע"פ שכתבו הפוסקים שאין מועיל תנאי בזה כ"א בין אירוסין לנישואין וכו' תקנת צבור עדיפא. ותנאי ב"ד שאני כדאמרינן בפ' יש נוחלין וכמ"ש הרשב"א בתשו' דדין תקנת צבור כדין תנאי ב"ד וכמו שהביא כל ה הרשב"ץ בפי' התקנות של האלגזאייר. ועי' כי הטע' הוא כי על הסתם כוונת מתקני התקנה הוא שתחול תנאי התק' בזמן הראוי לחול. והוא בין אירו' לנישואין ע"כ:

נלמוד מדבריו דאף דכתב תקנת צבור עדיפא ותנאי ב"ד שאני. הוא נותן טעם לשבח שכוונת מתקני התקנה שיחול תנאי התקנה בין אירוסין לנישואין. שמועיל בו גם התנאי שבין האיש והאשה. ולפ"ז היכא דלא מהני התנאי כגון שלא באה לו ע"י מעשה גם תנאי התקנה לא מהני. וא"כ יפה למד הרב מהרשד"ם דין התנאי מדין התקנה. ולדבריהם עדיין קשה לרבותינו מתקני התקנה שתקנו אף בדבר דלא מהני ביה תנאי ומדברי הרב מוהריב"ץ ז"ל שאכתוב לקמן מבואר דיש כח בתקנה לעקור דבר תורה. ולפ"ז אין למדין דין התנאי מדין התקנה:

וא"כ בנד"ד דאינו אלא תנאי יש להסתפק במ"ש בשטר תנאים. אכן במיתת האשה וכו' אם נאמר שתנאי זה הוא בזה האופן שמדין התק' יש חצי לכ"א מהם. ולפ"ז כ"א מהם

התנה על חבירו בחצי שלו הזוכה בו מכח התקנה שתזכה בו מרים אחותה וא"כ הוא החצי שלו תזכה בו מרים מכח התנאי. אבל החצי שלה לא תזכה בו מרים. דדוקא נחלה הבאה וכו' היא שמועיל בה התנאי. כמו החצי שלו שבא לו ע"י מעשה. אבל החצי שלה שהוא ראוי ליורשיה לעולם. אין מועיל בו תנאי. והתנאי כמאן דליתיה דמי. או נאמר. כלך לדרך זו. דלפי תנאם התנו שכל א' יעמוד בשלו. וכל נכסיה ברשותה קיימי. והוא מתנה עליה שאחר מיתתה תירשנה אחותה מרים ולא אחיה. ולדרך זו לא זכתה מרים כלל ולא אהני תנאי זה כלל לעקור ירושה דאורייתא הראוייה לעולם ליורשיה. או נאמר דיש מקום לומר והוא הנראה עיקר דהתקנה היא בין במיתת האיש בין במיתת האשה יתחלקו הנכסים בין הנשאר חי ליורשים. ואלו מעקרא התנו ביניהם תנאים אחרים הפך התקנה. וא"כ יצאו מתחת כנפי התקנה וכאלו יש להם כתובה כדת והנכסים כולם ברשות הבעל קיימי. וכאשר יהיה האופן כן זכתה מרים בנחלתה וכמ"ש. וצד זה לדעתי עיקר. עי' בס' ויאמר יצחק ד' קנ"ו ע"ב שכתב וז"ל משא"כ בנ"ד שמתה בחיי הבעל וכו'. ומי שרוצה להתעקש יתיצב על דרך לא טוב ויתהלך לצדדין חדל להשכיל להטיב. ובפרט שכתוב בשטר תנאים דלא כאס' וכו' ובזה קי"ל דיד בעל השטר על העליונה. כמ"ש מר"ן חומ"ש סי' מ"ב וכת' דעד כאן לא קאמרינן דאדם מתנה עליה שלא ירשנה. אלא שלא ירשנה הוא ותחזור ליורשיה. אבל שלא ירשנה ויזכה בה אחר שאינו יורש כה"ג אימא לא. גם זה הבל ורעות רוח. דמ"ש דכמו שמריקין כחו וזכותו ליורשיה. כך מריקין זכותו לאיש נכרי. ואע"פ שהדבר מוכרע מעצמו ואינו צריך ראיה. מ"מ מצינו ראיה ממ"ש מהרשד"ם חא"ה סי' קכ"א. והנדון היה איש ואשה עשו ביניהם חידוש תנאים ומכלל התנאים התנו שאם תפטר האשה בחיי בעלה. כ"מ שימצא בעת ההיא מנכסיהם החצי ירש בעלה. ומאה לבנים ליורשיה ממשפחת בית אביה. והשאר הם לר"ש מושקט [איש נכרי] וע"ז השיב דל"מ לדעת בה"ג ור"ח ור"י שכל אלו פסקו כרשב"ג וכו' ואין אדם יכול להתנות עם אשתו שלא ירשנה. שאם כן אין לר"ש מושקט טעם לחייב לר' ברוך. [הבע"ל]:

אלא אפי' לדעת הפוסקים דסברי דכל תנאי שבממון קיים. היינו בכותב לה ועודה ארוסה. אבל משנשאת וכו' ע"כ. הרי דלא אתי עלה הרב דלא מהני תנאי זה כדי שיזכה הר"ש מושקט אלא משום שהיה התנאי אחר הנשואין. דוק מינה דאם התנו בעודה ארוסה דמהני תנאי. וזה פשוט. ועי' הר"מ פרק י"ב מהא"י:

איברא דעדיין יש לערער ולפקפק ממ"ש הב"י א"ה סי' צ"ב וז"ל. וכתב הר"ן אהא דאמר רבי בכותב לה ועודה ארוסה. דוקא בכותב לה ועודה ארוסה דשייך בה קצת. אבל קודם

לכן כיון דאין לו שייכות בנכסים כלל סילוקו לאו כלום הוא ע"כ. וכ"כ בסוף הסי' משם הרשב"א וז"ל וכתו' בתשו' הרשב"א סי' תתק"ס דארוסה שאמרו דוקא הוא לפי שי"ל בה שייכות. אבל קודם אירוסין אינו כלום. ע"כ. וכ"פ בקצר סי' ס"ט וז"ל זה שאמרנו שאין תנאי מועיל להסתלק מירושתה היינו במתנה עמה אחר שנשאה או קודם שארסה. אבל במתנה עמה בעודה ארוסה מהני. ע"כ. וכ"פ מור"ם סי' צ"ב ס"א וז"ל ולא מהני סלוקו אלא לאחר אירוסין אבל קודם אירוסין לא מהני סילוק ע"כ. והמרדכי פ' הכותב כתב וז"ל וששאלת ראובן חפץ לקנות בית ודואג פן יצטרך למכרו ומעכבת אשתו עליו. היכול להתנות עם אשתו בשעת קנייה עמ"כ אקנה לנו בית שבכל עת שאני צריך למכרו שלא תוכל לעכב על ידי והיא מקבלת עליה כן. ונכתב השטר. התוכל לחזור ולעכב היא כיון דבשעת התנאי הו"ל דשב"ל שעדיין לא לקחו נ"ל דלא מצי לאהדורי נהי דאין אדם מקנה דשב"ל. מסתלק אדם בטוב מדשב"ל וכו' ע"ש. ופסקו מור"ם חומ"ש סי' הנז' ס"ח וז"ל וכן לסלק עצמו וכחו מדשב"ל הואיל ועדיין לא זכה בו ע"כ. פשטן של דברים נראין דהמרדכי חולק על סברת הרשב"א והר"ן הנ"ל שהרי בשעת סלוקה עדיין לא קנה הקרקע ואין לה שייכות בו. ואפ"ה כתב דסלוק מהני ולפ"ז דברי מור"ם סתראי נינהו:

ומצאתי לסמ"ע סי' הנז' סקכ"א עמ"ש מור"ם וכשם שאין אדם יכול להקנות דשב"ל. כתב והא דפסק מור"ם בסמוך ס"ח דיכול אדם לסלק עצמו וכחו מדשב"ל. שאני התם דקאי אאדם שי"ל שעבו' על נכסי חבירו וכיון דכבר נשתעבד לו משו"ה יכול לסלק אותו השעבוד אפי' מנכסים שעדיין לא קנה המתחייב כיון דמ"מ כבר נשתעבד לו המתחייב ע"ך. כוונתו דמאחר שמשועבד לה הבעל הרי יש לה שייכות ומהני סילוקה אף מנכסים שעדיין לא קנה הבעל דהוי כמו ארוסה דמהני סילוקו בירושה כיון שיש לו שייכות אף דעדיין לא זכה. אבל קודם אירוסין דאין לו שייכות בה כלל לא מהני סילוק. וממילא רוחא דברי מור"ם אהדדי. ואלו ואלו דברי אלהים חיים:

והט"ז כתב וז"ל כך אינו יכול למחול. הטעם משום דעדיין לא נתחייב לו דבר שתחול עליו מחילה. ואח"ך מתחיל החיוב אין המחילה הקודמת מפקיעתה. כ"כ שם הר"ן. ואין להקשות ממ"ש הרמ"א בס"ח שיכול לסלק עצמו דשאני סילוק שהוא אינו רוצה לזכות באותו דבר כלל וזה י"ל החיוב. וסמ"ע סקכ"א תירץ דשאני התם שי"ל כבר שעבוד וכו' ואשתומם על המראה. דמ"ש מדבריו דאם לא נשתעבד לו תחילה כלל לא יועיל הסילוק במה שקונה המתחייב. וכמה סוגיות מלאות נגד זה דאמר רב כהנא נחלה הבאה לו לאדם ממ"א מתנה עליה שלא ירשנה וכו' והיינו מקודם נישואי אשתו כדמשמע שם ועוד יש להקשות בדבריו ממ"ש בא"ה וז"ל הכותב לאשתו בעודה ארוסה דין ודברים אין

לי בנכסיך ובפי' וכו' וא"ך בעודה ארוסה לא חל השעבוד ואפ"ה קיים. ובאמת קושייא זו מעיקרא ליתא כמ"ש. ולא ירדתי לסוף דעת הרב"י הנז' בזה מה דחקו לזה עכ"ל:

ולענ"ד אחר ההתאבקות בעפרות זהב לו ונטילת רשות כראוי ומחילה רבה. דכוונת הסמ"ע כמ"ש והוא דאם לא נשתעבד לו כלל לא יועיל הסילוק במה שקונה המתחייב מאחר דאין להם שייכות כלל. ולה"ט דומה לסילוק הירושה קודם אירוסין. וכמ"ש הר"ן והרשב"א ומר"ן ומור"ם כנז' דמאחר שאין להם שייכות כלל לא מהני סילוקו. אבל אם י"ל שעבוד עליו יועיל הסילוק אף בנכסים שעדיין לא קנה מאחר שיש לו שייכות בסילוק הירושה שמהני בעודה ארוסה כיון שיש לו שייכות. ועל הסוגיות שהביא הט"ז כתב הר"ן והרשב"א חילוק זה שיש חילוק בין קודם אירוסין בין לאחר אירוסין:

ועוד לפי דבריו דאף דלא נשתעבד לו תחילה כלל יועיל הסילוק אף דאין להם שייכות. לפ"ז המרדכ"י חולק על הר"ן. דהמרדכ"י ס"ל אף דאין לו שייכות כלל מועיל הסילוק. והר"ן ס"ל דהיכא דאין להם שייכות אינו מועיל. ולפ"ז מור"ם סותר את עצמו. דבחומ"ש פסק כהמרדכ"י. ובא"ה פסק כהר"ן וכן מצאתי להרב קצות החושן סי' הנ"ל סקי"ג שהביא דברי הסמ"ע והט"ז וכתב ע"ז וז"ל ודברי הסמ"ע נראין דהא התם בפ' הכותב נמי דווקא בעודה ארוסה. אבל קודם אירוסין לא. וכמ"ש הר"ן משום דבעודה ארוסה י"ל קצת שייכות וקודם אירוסין דלית ליה שייכות כלל אינו מועיל הסילוק ע"ש. וכאן קודם שנתחייב אין לו שייכות כלל. והו"ל כמו קודם אירוסין. וזה ברור ע"כ:

ומה שיש לתמוה על הסמ"ע הוא מן הקצה אל הקצה מסברת הט"ז דאף שיש לו שעבוד על נכסים אחרים מאחר דעל הקרקע שיקנה אין לה שייכות כלל ואין לה שייכות בו למה יועיל הסילוק ותמיהא זו תמה הרב בני אהובה אחר שהביא לשון הסמ"ע כתב וז"ל לא הבנתי דבריו דמאי שנא סוף סוף על הך קרקע שיקנה אח"ך לא הי"ל שום נדנוד שעבוד. ומה ענין סילוק מהך קרקע למה שי"ל שעבוד על נכסים אחרים. ואי משום דנתקשה הסמ"ע בסתירה שיש לכאורה בדברי רמ"א מסעיף ה' לסעיף ח' נראה דל"ק מידי דודאי לשון סילוק מועיל כי אמר הריני מסלק עצמי מכל חפץ לזכות בדבר ההוא אבל אין יכול לומר הריני מוחל לך במה שנתחייב לו אז. על מה יפול לשון מחילה ומחילה קודם החיוב לא שייך. כי מה ימחול במה שלא נתחייב לו. וזה ברור. לכן נראה דהך דינא דסילוק קודם אירוסין במחלוקת שנויה ע"כ. ע"ש. ודוחק לומר דנדחק הסמ"ע לחלק בזה מההיא דמור"ם בא"ה. מאחר דלא זכר ש'ר דברי מור"ם הנז' אפי' ברמז. ועי' לרב תנא הלכות אישות פכ"ג הל' א' ד"ה והנה בדין וכו' עש"ב. ועי' עוד להרב הנז' שם

שזכר דברי מור"ם שכתב המרדכ"י והביא דברי הרשב"א והר"ן הנ"ל וכתב ולדידי אין מי שיחלוק בדין זה דלכ"ע כל שמסתלק ומוחל בשעה שאין לו זכות כלל. דלא מהני:
נקטינן מהאמור דהא מלתא דהר"ן היא מחלוקת בין האחרונים אם היא מוסכמת או לא ואיך שיהיה מר"ן ומור"ם דגרירנא בתרייהו פסקו כהר"ן ולפ"ז לכאו' נראה דתנאי זה אינו מועיל וכדבר שא"ב ממש:
אכן נראה לקיים תנאי זה משום דהתנאי היה סמוך לכניסה כמ"ש בשטר תנאים הכתוב בשולי הכתובה ומהני אפי' קודם אירוסין שכן משמע ממ"ש הש"ע סי' צ"ב ס"ז וז"ל. בד"א שהתנה עמה קודם שתנשא בעודה ארוסה. או בכותב לה בכתובתה בשעת כניסה. פשט דבריו מוכחין דבכותב לה בכתובה בשעת כניסה. אפי' קודם אירוסין מהני. ממ"ש בעודה ארוסה או בכותב וכו'. ומלת או מורה דבכותב וכו' אפי' קודם אירוסין מהני. ואין לפרש דמלת או קאי אמ"ש בד"א שהתנה. ור"ל דבכותב לה וכו' אינו צריך תנאי. אבל צריך אחר אירוסין. דהא לשון זה שנשתמש בו קדש מר"ן מלכא לקוח מדברי המגיד וז"ל והירושלמי הנז' בכותב לה ועודה ארוסה. א"נ בכותב לה בכתובתה בשעת כניסה. ע"כ. הרי שלא הזכיר לשון התנה. זאת ועוד דבהניח דמלת או קאי אהתנה. מוכרח לומר דבשלא כתוב בכתובתה בשעת כניסה אפי' אחר אירוסין צריך תנאי ולא סגי בכתיבה לחוד. וזה אינו. דאפי' בסילוק בעלמא מהני. כמ"ש בע"ה אלא ודאי כדכתיבנא:
ומצאתי להש"ך ח"מ סי' ס"ו ס"ק קל"ד עמ"ש מור"ם ולכן בעל שסילק עצמו מנכסי אשתו וכו'. כתב דוקא בשעת חופה. וכן מיירי מהרי"ק שם. וכ"כ הריב"ש סי' ס"ד וק"ב. וההי"מ פכ"ג מהל' אישות הביאו הרב"י בא"ה סס"י ס"ט וז"ל בכותב לה ועודה וכו' אי נמי וכו' בשעת כניסה אבל אחר נישואין לא מהני סילוק וכו'. ומ"ש בשעת כניסה לחופה. מיירי בעודה ארוסה. ולאפוקי לדידן דמארסין בשעת החופה וכמ"ש הרשב"א והר"ן ורמ"ח והרב"י בא"ה דסימן צ"ב דקודם אירוסין לא מהני סילוק וכו'. ולפ"ז גם דברי הרב בכאן צריך לפרש דכתב לה בעודה ארוסה. ולדידן דמארסין בשעת החופה לא מהני סילוק. ודו"ק. עכ"ל. וצ"ל שהש"ך מפרש דכוונת הרב המגיד ומר"ן במ"ש או בשעת כניסה. דל"ת דשעת כניסה הוי כלאחר נישואין דלא מהני. קמ"ל דשעת כניסה כקודם נישואין דמי. ומלת או קאי אמ"ש ברישא קודם שתנשא:
וכן מצאתי להרב ברית אבות סי' צ"ב חא"ה והנדון היה שיורשי האשה הוציאו שטר סילוק א' שסלק עצמו הבעל מנכסיה ומירושתה וזמנו בשעת כניסה לחופה. והשיב ועל הסילוק שהוציאו וכו' והוציהו פס"ד א' מחכמי מראקיש יע"א שזה פשוט שהסילוק מועיל כיון שהיה בשעת כניסתה לחופה וכמ"ש מר"ן בא"ה סי' צ"ב. אמת שכ"כ אבל

אח"ה שגו ברואה דפי' דברי מר"ן הוא אם היא כבר מקודשת אבל בשעת כניסת החופה שלנו שעדיין. לא נתקדשה. מאין הרגלים לומר דמהני שעת כניסת החופה וכי איזו רבותא בשעה זו. ולמה בתחי' הסימן בדין טו'. לא יועיל שעת כניסה לחופה וכאן יועיל. אלא ודאי דאיירי דכבר מקודשת ושעת החופה רבותא קאמר דלא נימא דהוי כאחר נישואין. וכן מצאתי הדבר מפורש באר היטיב בלשון הש"ך ח"מ סס"י ס"ו ע"ש וזה פשוט עכ"ל:

הרי הדבר במחלוקת שנוי בהבנת דברי הש"ע. הש"ך והרב ברית אבות עם חו"ר מראקיש. ובודאי שחו"ר מראקיש מבינים בהבנת הש"ע כמ"ש. ואפשר שהטעם הוא שלפי פי' הש"ך והרב ברית אבות הו"ל להר"מ ולמר"ן הש"ע לשנות בדרך קצרה וכך הי"ל לכתוב. או בשעת כניסה. ודי בכך ואנחנו נדע דשעת כניסה לא הוי כלאחר נישואין. ולמה האריכו לכתוב או בכותב לה בשעת כניסה. ובפרט שהר"מ והש"ע דרכם לשנות בדרך קצרה. לכך פירשו חו"ר מראקיש דשיכתוב בכתובה בשעת כניסה אפי' יהיה קודם אירוסין אמרינן אדעתא דהכי נתקדשה ונכנסה עמו לחופה. ושנייא שעתא דא מקודם. ולפ"ז יכולין להשתמש בדגל הקי"ל. ואף דלכאורה נראה שהיורש הוא המוחזק ויטעון קי"ל. בנ"ד שהנכסים מונחים ביד שליש. אין היורש יכול לטעון קי"ל. שהרי מצינו להכנה"ג בכללי הקי"ל אות י"ז שכתב נכסים ביד שליש. לא מצי בעל הנכסים למימר קי"ל. משפט צדק סי' ע"ט וכן מתברר מדברי משפטי שמואל סי' צ"ו וכו' ע"כ. אבל השליש יכול לומר קי"ל שכ"כ הרב הנז' שם אות י"ד וז"ל לאו דוקא התופס עצמו שיכול לומר קי"ל להחזיק בידו. אלא אפי' להחזיק מה שבידו לאחר יכול לומר קי"ל הר"א ששון סי' ס"ז. וכ"כ הרב הנז' בתשו' חח"מ סי' קס"ו ברחל שאמרה לשמעון כבר ידעת וכו' ובעד תכשיטיה ושע"ר הפרשתי לה ג' מאות גסים שהם אותם אשר בידך כדי להרויחם בעד הנערה [בת היתה לו מבעלה הא'] ומתה רחל ובא יהודה בנה ולקח את כל אשר לרחל וגם לקח הג' מאות גסים אשר היו ביד שמעון. ושמעון לא עכבם בעד הנערה וכו'. אבל יהודה לא רצה לתת לאחותו כלום. באמרו שהיא ירושת אמו ואין לאחותו חלק בה. והשיב ע"ז אך אמנם אם לשון כבר הפרשתי וכו' הבא בשאלה אי הוי כזכי. או כתן פחות מתן וכו' ואפי' לומר דלא הוי כזכי אלא כתן נראה לע"ד דזכתה בהם הנערה וכו' דאע"ג דהויא פלוגתא דרבוותא. שמעון המוחזק בנכסים יכול לומר קי"ל כהרמב"ם והרמ"א שסוברים דבמתנה תן כזכי דמי וזכתה הנערה ואע"פ שאין הנערה מוחזקת בנכסים כמ"ש מהר"א ששון סי' ס"ז דיכול האדם להחזיק מה שבידו לאחר מחמת קי"ל ולא מצינו חולק עליו ע"ש. וכן כתב הרב משכנות הרועים מע' ק'

אות ל"ו וז"ל. קי"ל מי מצי טעין להחזיק מה שבידו לזולתו. הרב תורת חסד ז"ל כתב דיכול זבולון להחזיק מה שבידו ללוי. ע"כ. ועיין עוד בתשובת הכנה"ג סי' הנז' שמבואר שאפי' לא השלישם לשם כך אלא שהיו ביד השליש מקודם. יכול השליש להחזיק מה שבידו מטעם קי"ל. יעו"ש. ועי' לה' ויאמר יצחק לה' מהר"י ן' וואליד ז"ל סי' קצ"ו דף קע"ט אחר שהביא דברי הכנה"ג הנז' כתב וז"ל באופן דהכא בנ"ד האפוטרופוסים הם המוחזקים בעד מקבלי המתנות. ע"כ:

ולפ"ז בנ"ד שהנכסים הם ביד אפוטרופוס. ומה גם שהאפוט' ראה וידע שרצון האשה הנפטרת שתטול מרים אחותה כל נכסיה אחרי מותה וירד לסוף דעתה בפשיטות ואף בשעת מותה צותה בכך ומפני כך רוצה בקיום דבריה. יכול לטעון קי"ל כחו"ר מראקיש בהבנת הש"ע:

עוד נראה לומר דתנאי זה שריר וקיים חזק כראי מוצק. והוא דיש לחלק ולומר. דהא דסברי מרנן הרשב"א והר"ן ודעמייהו דאין הסילוק מועיל קודם אירוסין. דוקא בשלא יהיה בלשון תנאי אלא אמר לה דין ודברים אין לי בנכסיך וכו' וכיוצא בזה. אבל כאשר יהיה האופן בדרך תנאי ואדעתא דהכי נהיה הזיווג ביניהם למה לא יועיל:

ואמת אגיד כי עמד לנגדי לשון מר"ן בש"ע סי' ס"ט ס"ז שכתב וז"ל זה שאמרנו וכו' היינו במתנה עמה אחר שנשאה או קודם שארסה. הרי דנקט רבינו הש"ע לשון תנאי ואפילו הכי כתב שאינו מועיל קודם שארסה:

אכן נראה דלשון מתנה דקאמר לאו דוקא אלא סילוק בעלמא. ומצינו כיוצא בזה בתוס' בר"פ הכותב בד"ה כדרב כהנא שכתבו דמאי דנקט רשב"ג מפני שמתנה וכו' וכל המתנה וכו' וכן רב כהנא אדם מתנה עליהם וכו' לאו דוקא אלא סילוק בעלמא מהני דבהכי אייריי כולה מתניתין. ועי' מהרש"א שם:

ונראה שממקומו הוא מוכרע לומר כן. דמה טיבו של תנאי זה אחר אירוסין. והרי היא אגידא ביה. בשלמא בשעת אירוסין יתכן לומר לשון תנאי דאינה רוצה להתקדש לבעל כ"א אדעתא דתנאי זה. אבל אחר אירוסין איך יתכן לומר שאינה רוצה להנשא לו כ"א אדעתא דהאי תנאי. וה"ה מקודשת לו כבר ובעל כרחה תנשא לו. אלא ודאי דלשון מתנה דנקט לאו דוקא אלא סילוק בעלמא אלא דנקט לישנא דגמרא ולאו דוקא. וכדברים האלה דבר הרב בני אהובה הל"א פכ"ג וזל"ה. והנה רבינו הרמב"ם פתיחת לשונו האשה שהתנית על בעלה. הרי דס"ל באמת האשה מתנה ונקט נמי מלת התנית דהא לשון תנאי וכו'. וצ"ל דלאחר אירוסין במה יחול תנאו בשלמא בשעת קידושין ומתנה. אמרינן אדעתא דהכי מתקדשת לו. אבל כשהיא כבר מקודשת ועומדת מה יועיל תנאו והיא

אגידא ביה ועל כרחה היא מוכרעת להכנס לו כיון שהוא ארסה. ולכך אין זה מגדר התנאי רק מגדר הסילוק שהבעל מסלק עצמו מנכסים. וכן בתנאי דשאר כסות ועונה אם הוא לאחר אירוסין. באמת אינו מכח תנאי רק מכח מחילת אשתו:

גם החילוק שחלקנו בין התנאי לסילוק. חלקו הרב הנז' ז"ל וז"ל ולפ"ז בהתנה קודם אירוסין בזה פשיטא דמועיל דהא הוי תנאי גמור ואדעתא דהכי נתקדשה לו. ולפ"ז יש לפרש לשון. רמ"א דבסי' צ"ב ס"א העתיק דברי הר"ן דדוקא בעודה ארוסה מהני סילוק ולא קודם דלפי מ"ש זהו דוקא בכותב לה. אבל אם היא התנית עמו כלישנא דהרמב"ם ואדעתא דהכי נתקדשה לו פשיטא דמועיל דכל תנאי שבממון קיים וכו'. ע"כ:

עוד כתב אח"ך לכן נראה דהך דינא דסילוק קודם אירוסין במחלוקת שנויה. ובפרט במ"ש לעיל אם התנאי והסילוק נכתב בתנאים האחרונים כדין התנאים. א"כ נאמר אדעתא דהכי נתקדשה ונכנסה לחופה עמו וזה ודאי דמועיל. ע"כ. וגם בנ"ד הרי תנאי זה כתוב עם שאר התנאים. ופשוט דמהני. והשכל והסברא מורים כן. כל בעל שכל לא יכחידנה תחת לשונו. ולאסברא מילין אלין יהיבנא בהון תבלין. והוא כשיהיה תנאי גמור הכוונה היא אדעתא שיסתלק לאחר האירוסין ואז יש לו שייכות. ותנאי זה ודאי דמהני. דהא קי"ל בח"מ סי' הנז' אדם מתנה בדשב"ל ואף שיהיה התנאי בסתם. אפ"ה הכוונה כך היא. שבודאי כוונתה שיהיה התנאי בא"ה שיתקיימו דבריה. וכמ"ש מר"ן הש"ע ח"מ סי' ס"א סט"ז וז"ל. יש מי שאומר שתנאי שאדם מתנה עם חבירו אין הולכין אחר לשון הכתוב אלא אחר הכוונה:

ודבר זה מצאתיו מפורש בדברי הרב תנא פטו' מה"א ה"א על מ"ש הרמב"ם האשה שהרשיתה את בעלה אחר הנישו' שימנע עונתה ה"ז מותר. ע"כ כתב וז"ל. וכת' אף דנימא דמדין מחילה נגעו בה אמאי לא מהני קודם נישואין בעודה ארוסה הרי בר"פ הכותב אוקימנא למתניתין בעודה ארוסה. וכתבו הר"ן והרשב"א דדוקא בעודה ארוסה מהני סילוק וכו'. הא ל"ק משום דדוקא בנכסי אשתו מהני סילוק בעודה ארוסה משום דשייך קצת בנכסים וכו'. אבל עונה אין לו שום שייכות בעודה ארוסה ומשו"ה לא מהני כ"א אחר נישואין שחל עליו החיוב. וכ"ת אם הדברים כן דמחי' לא מהני קודם שיבא החיוב ומשו"ה דקדק רבינו לומר אחר הנישואין א"כ היכי אמרינן דהמתנה ע"מ שאין ליך עלי שאר כסות ועונה דתנאו קיים אי לאו מטעמא דהוי מתנה עמש"ב. וכבר כתבנו דפירושו הוא ע"מ שתמחילי שאר כסות ועו' והיכי מהני. והא אין אדם מוחל דשב"ל וכו' הא ל"ק כלל דהאומר ע"מ שתמחילי לי שאר כסות ועונה. הכוונה היא שתמחול לאחר שיחול החיוב דהיינו אחר הנישואין. ותנאי זה מהני. משום דאע"ג דקי"ל דאין

אדם מקנה דשב"ל. מ"מ אדם מתנה בדשב"ל. וכמ"ש הטו"ר ח"מ סי' ר"ט ס"ב וזה פשוט ע"כ עש"ב:

מבואר מדבריו להדייא דהא דמחי' בעונה לא מהנייא בעודה ארוסה. משום דלגבי עונה אין לו בה שייכות וכסלוק הירושה דלא מהני קודם אירוסין משום דאין לו שייכות כלל. וכבר העתקתי דבריו דהכי ס"ל ולדידיה ליכא מאן דפליג. ואפ"ה כתב דאם אמר ע"מ שתמחילי לי בעונה הכוונה שמתנה עמה בעו' ארוסה שאין לו שייכות בה שתמחול לאחר שיחול החיוב דהיינו אחר הנישואין. אף אנן נמי נימא בנ"ד שכתוב בשטר תנאים שאדעתא דהכי נהיה הזיווג הלזה ביניהם. הכוונה היא שיחול התנאי אחר אירוסין וירקן כחו ויוותר זכותו למרים אחותה. וכ"ש בנ"ד שכתוב ונ"ה בא"ה כפה"ד דאמרינן דכך היא הכוונה. ואפי' אם המצא ימצא איזה חולק וס"ל דלא יש חילוק בין סילוק לתנאי. יכול האפוט' לומר קי"ל כהרב תנא וכהרב בני אהובה וכמש"ל:

זאת ועוד שהרי מנהג פשוט איש כי יקח אשה ואינם רוצים להנשא ע"פ התק'. מתנים ביניהם שבמית' א' מהם כ"א יעמוד בשלו וכיוצא בזה קודם אירוסין. ועוף לא צווח. צפור לא צפצף. ונמצא שכבר פשט המנהג כן ואין לשום אדם לערער על המנהג:

והילך מ"ש מוהריב"ץ ז"ל וז"ל מצאתי פס"ד של רבותינו חכמי פאס יע"א הקדמונים זלה"ה שהקשו למה כותבין בשטרי הכתובות והכל כפי המנהג והתקנה שנהגו ושהתקינו ק"ק וכו' והיה די לכתוב והכל כפי התקנה שתקנו וכו' דהא קי"ל לעולם ישנה אדם לתלמידו דרך קצרה וכו' ולמה האריכו לכפול המנהג והתקנה וכן ג"כ שנהגו ושתקנו והיינו הך. ותירצו משום דקי"ל דדבר שאינו מפורש בתקנה נעמדנו על ד"ת. לפיכך באו להודיע דלא אמרינן הכי אלא בדבר שלא הוקבע בו המנהג. אבל אם הוקבע בו המנהג שלא כד"ת אע"פ שלא נתבאר בתקנה. הרי המנהג מוכיח על התקנה שכך היתה אלא שקצרו בלשון התקנה ולפיכך הרי המנהג והתקנה שקולים הם. ויבואו שניהם וזה יגלה ע"ז. ולפיכך כותבין המנהג והתק' שנהגו ושתקנו להורו' ששניהם כאחד טובים ואית לן למסמך על כל חד מנייהו הא כדאיתא והא כדאיתא ע"כ:

וכשאני לעצמי אני אומר דמטעם אחר תנאי זה יציב ונכון. דמאחר דהיה התנאי הלזה סמוך לכניסה. וקידושין היו ג"כ בשעת הכניסה הו"ל תנאי זה כתנאי הכתובה וכשטרי פסיקתא וכדקי"ל עמדו וקדשו ונשאו כמ"ש סי' ס"ו ס"א הן הן הדברים הנקנים באמי' ואע"ג דפסק הרמב"ם ופסקו מר"ן א"ה סי' נ"א וז"ל והוא שיהיו הדברים שפסקו מצויים ברשותם שאין אדם מקנה דשב"ל. ע"כ דסילוק הירושה דלא מהני אירוסין לא משום דשב"ל אלא משום שאין לו שייכות בו דהא בעודה ארוסה דיש לו שייכות בו מהני אע"ג

דהוי דשב"ל ומאחר דדבר שאין לו שייכות בו אינו אלא חדוש מהר"ן והרשב"א וגם יש מהאחרונים שכתבו שהמרדכ"י חולק. אין לדמותו לדשב"ל. וכדרך שכתב הריב"ש סימן שמ"ו לחלק לדעת הרמב"ם ז"ל דאפי' דס"ל בדבר שאינו ברשותו אפי' בשעת נישואין לא מהני. בדבר שאינו קצוב מהני. ע"ש:

והרב שלחנו של אברהם ז"ל סי' נ"א נסתפק בדבר שא"ב ממש כגון דירת חצר או בקנין דברים אי מהני בשעת נישואין. אי דמי לדשב"ל. או לדבר שאינו קצוב. ופשיט לה דמהני ודמי לדבר שאינו קצוב ממ"ש הרמ"א דס"ל מר כהרמב"ם דדשב"ל לא מהני בשעת נישואין. אפ"ה סבר קנין דברים ודבר שאב"מ מהני עש"ב. ואם כן נראה דלא גרע קנין זה דאין לו שייכות מדבר שאב"מ שהוא מוסכם מן הגאונים. וכמ"ש הה"מ פכ"ג מהל' מכירה הל' י"ג:

ומדברי הרמ"א יש לתמוה על הרב כנה"ג סימן נ"א בהגב"י אות א' שהביא דברי הריב"ש וכ' אלא כשנתבונן דמאיזה טענה לחלק בין דבר שאינו קצוב לדבר שאינו ברשותו. אלא כשנאמר דדבר שאינו ברשותו שהוא מוסכם אליבא דכ"ע דלא קנה. אפילו בשעת נישואין לא קנה. אבל בדבר שאינו קצוב לכ"ע קנה זולת לדעת הרמב"ם ורבותיו. לא גרע מקנין דבש' נישואין קנה בלא קנין ואף דבר שאינו קצוב קנה בשעת נישואין. מעתה דשב"ל וכל דדמי ליה. לדעת הרמב"ם וסייעתו דדבר שאינו ברשותו וכל דדמי ליה ע"כ:

ולא ידעתי מה יענה ה' כנה"ג בדברי הרמ"א שהשוה דבר שא"ב ממש שהוא מוסכם לדבר שאין לו קצבה:

איך שיהיה נראה דאפי' לחילוק של הכנה"ג. דבר שאין לו שייכות שהוא דין מחודש. ולק' מהאחרו' שנוי במחלוקת. לא גרע מדבר שאין לו קצבה. ואם נניח הנחה זו צ"ל דמ"ש הר"ן והרשב"א דסילוק קודם אירוסין לא מהני. מיירי בקדשו לאחר זמן וס"ל כמאן דאמר בעינן עמדו וקדשו מיד. ואת"ל דמיירי אפי' בשע' קידושין שהרי הר"ן והרשב"א דברו בסתם דקודם אירו' לא מהני. ולא חילקו בין קדשו לאחר זמן בין קדשו מיד דלמס"ל כהריב"ש והעיטור ופסקו מור"ם דבעי' דהתנו כן אבל אם עשו בלא תנאי אלא כ"א אומר מעצמו אינו נקנה באמירה. ע"כ ולא זכר הרב"י חולק ע"ש ומ"ש הר"ן דלא מהני קודם אירוסין היינו בסילוק בעלמא בלא תנאי. אבל כאשר יהיה האופן בדרך תנאי מהני. דהו"ל כשטרי פסיקתא:

וא"כ בנ"ד מהני תנאי זה שהוא תנאי מתנאי הכתובה. וזכתה מרים אחותה בכל נכסי הנפטרת:

ותסגי לן יקר סהדותא מגאון עוזינו האי"ש אדוני ארץ הרב הגדול א'ב בחכמה נ'ר ישראל. במעשה שהיה איש וביתו אחר הנשואין עשו חידושי תנאים והתנו שבמיתת א' מהם והיה הנשאר חי איש או אשה יזכה בנכסים הנמצאים לו ולה מתנה גמורה. אלא שלא היה כל דבר לפי קנינו. וכל חכמי המערב הסכימו שתנאי זה שריר וקיים. והאחד המיוחד הנז' נר"ו קרא ערער על הסכמתם מאחר שהתנאי הוא נגד הדין. עד שפשפש ומצא מציאה פס"ד מהרבנים הקדמונים נ"ן כיוצא בזה. וכל חו"ר המערב חתומים בו. ושום א' מהרבנים לא ערער מטעם המלך. ואז הודה להסכמתם. ובקש למצא דברי חפץ טעם לשבח ולא מצא כ"א שהוא תנאי מתנאי הכתובה. וכן נעשה מעשה. ושמע מינה תלת. שיכול להתנות אפי' מנחלה הראויה לעולם ליורשיו. ושאינו צריך כל דבר לפי קנינו כסברת הגאונים ובעל העיטור. עיין בית יוסף וכנה"ג. ושחידושי תנאים דינם כתנאי הכתובה:

כלל העולה מכל הני מילי דכתיבנא. דתנאי זה נכון וקיים חזק כראי מוצק. שהבעל הנז' ריקן כחו וזכותו להאשה מרים אחות אסתר אשתו אחרי מות אשתו הנז'. וכשמתה אסתר הנז' זכתה מרים אחותה בכל הנכסים הנמצאים לה תחת כפ"ה קו"ט וכ"מ דמתק' נכסי לעשות בהם חו"ר ככל אשר תאוה נפשה. והמערער עליה דבריו מהבל ימעטו. ובדבר שא"ב ממש. ולא יעשו שום רושם כלל. זהו מה שנלע"ד בזה וצוויי"מ וימ"ן. הח"פ פאס יע"א בס' אשר ה' אלהיך נתן לך נחלה וירשתה וישבת בה והי"ז ח"י לח' אלול המרוצה מש'

תר"ם ידך לפ"ק. ע"ה

שלמה אבן דנאן הי"ו הסכמת חכמי ורבני פאס יע"א

סימן ז

התנאים שהתנו ביניהם הבעל ואשתו הנז' שרירי וקיימי לפום דינא ומנהגא. והגם שלא זיכו והקנו לאחותה מרים כל דבר ודבר לפי קניני המועיל. זכתה מכח התנאי. וכן נמ"ך בפסקי הראשונים ז"ל וז"ל מ"ש בס' התקנות שכל מחילה וביטול שתודה האשה לבעלה שיזכה בירושתה לאחר מותה דצריך מציאת חכם וחידוש כתובה. היינו דוקא באשה שרוצה להפקיע יד יורשיה ולהעמיד הבעל במקומם שיזכה הוא בכל הנכסים לאחר מותה בתורת ירושה. וכן אם נתנה לו במתנה מהיום ולאחר מיתה. אבל אם נתנה לו במתנת בריא מהיום ושעה א' קודם מיתה. וכן אם עשו ביניהם האיש והאשה תנאים עד"ז שאם ימות הבעל תחי' תזכה היא בכל הנכסים מקו"מ ויורשיו יטלו כו"כ. וכן אם

מתה האשה בחייו שיורשיה יטלו כו"כ והוא יטול כל הנכסים מקו"מ א"ץ לא מציאת חכם ולא חידוש כתובה. עכ"ל. והא התם לא סגי שימצאו נכסים בשעת פטי' א' מהם ולא היו בעולם בשעת התנאים. ושטרות ומעות בעין והלואו' בע"פ דלא שייך בהו קנין ואין להם קיום לקיים תנאם אלא מצד שכך התנו ביניהם ועשו התנאי בשעת חידוש התנאים כאלו התנו כן בשעת הנישואין:

אמת אגיד שבזמן החולף בא לידינו שטר חידוש תנאים שעשו ביניהם הר' יוסף אשריקי ואשתו מעיר טאנכ'יר ושנים האריכו אחר חידוש התנאים לפטירתו וקיימו בידה כל הנכסים כפי תנאם. וחתמו ע"ז חכמי המערב ועבוד עובדא. ואנא זעירא בו בפרק פקפקתי בדבר מאחר דנחת בשטר חד"ת להקנות לו הדברים בדרך מתנה. אלא שלא הקנה כל דבר כקניינו. גם מאחר שהיו דברים שלב"ל והלואות בע"פ שאינם נקנים כ"א במעמד ג' וכו'. ורב אח'א כמוהר"מ ן' ג'ו הי"ו שלח לנו פס"ד א' בסגנון הנז' שהסכימו עליו רוב רבני המערב שקדמונו. וכן בקדש חזיתי הפס"ד הנז':

הדבר מובן מאליו שכן המנהג פשוט במערב בשטר חד"ת לקיים תנאם מחמת שהתנו כן אחר ביטול תנאי כתובה הראשונה:

ומצאתי סמוכות לזה לקיים המנהג ממ"ש הרב כנה"ג סי' קי"ח הגה"ט אות ד' וז"ל הא דמהני תנאי שיחלוקו הבעל ואחרים שאינו ראוי ליורשו שלפי הדין לא אמר כלום הוא מפני שתנאי זה הוא בין הבעל ואשה וה"ה כמסלק כחו ומוותר זכותו. רשד"ם חא"ה סי' ק"י והא דמהני תנאי זה שיחלקו הבעל והזרע. אע"פ שמקנה לדבר שלא בל"ע. הוא מפני שהוא בשעת נישואין רשד"ם חא"ה סי' ק"י. ועי' בהר"מ מטראני ז"ל ח"א סי' ש"ט. וח"ב סי' קי"ז. וח"ג סי' ב'. והר"י אדרבי ז"ל סי' רצ"ו עכ"ל. ועיין להרב חלקת מחוקק סי' נ"א סק"ט וז"ל אשה שפסקה לבתה. כלומר שפסקה ליתן לבתה. לא קנתה הבת מה שפסקה לה אמה בלא קנין. אבל האם שפסקה עם בעלה ע"מ שתזון את בתה. קנתה הבת. דהתם הבעל מחייב עצמו מחמת חיבת האם דמה לי פוסקים לה או לבתה או לאחר על פיה. וכבר כתבתי זה למעלה. עכ"ל:

ועיין בס' אבני המלואים סי' ס"ב ס"א בדברי הרב המגיד הגה ב' שכתב וז"ל ואני בעניי מצאתי דרך פשוט לפענ"ד שיועיל הסילוק שנוהגין עכשיו. אע"פ שאינם עושים חופה וקידושין בב"א. והוא דבכתובות שם ריש הכותב בד"ה בדרב כהנא כתבו וז"ל וא"ת בלא רב כהנא נמי למה לא יוכל להסתלק בעודה ארוסה. מדי דהוי אשאר כסות ועונה דלרבי יהודה בדבר שבממון תנאו קיים. ור"מ נמי לא פליג אלא משום דקסבר מתנה עמש"ב תנאו בטל. וי"ל דהכא מיירי באומר לה שלא על דרך תנאי. אלא אומר לה דו"ד אין לי

בנכסיך עוד דלאשה אבעי לה לאתנויי ומתנה הבעל. והו"ל פטומי מלי בעלמא והשתא מייתי מדרב כהנא דנהי דמכח תנאי לא מהני מכח סילוק בעלמא מועיל. וכ"כ בשיטה מקובצת בשם הרא"ש ע"ש:

ומבואר מדברי התוס' דהיכא דהוי דרך תנאי מצד האשה בשעת הקידושין. פשי' דמהני ולא גרע משאר כסות דמהני תנאי הבעל. ה"ה בפי' וירושה מהני תנאי האשה כיון דקי"ל כר' יהודה דבדבר שבממון תנאו קיים. וא"כ לדידן שעושים חופה וקידושין בב"א מהני סילוקו מצד התנאי ולא מכח סילוק בעלמא אלא מדין תנאי גמור. אלא דלפ"ז צריכין לכתוב בשטר סילוק שהיה תנאי גמור בא"ה קודם הנשואין שלא יהיה לבעל פי' וירושה ושקדש על דעת התנאי ובהכי סגי. ואין אנו צריכין לכנוס בכל הדוחקים. שנכנסו הגאונים ז"ל בזה. כן נראה לענ"ד. והמשכיל יבין ויבחון. עכ"ל:

ועיין עוד בס' אבני המלואים סי'. צ"ב ס"א שכתב וז"ל ולע"ד נראה דהסילוק שפיר מהני לדידן קודם החופה והקידושין אע"ג דעדיין לא נתארסה וקודם אירוסין לא מהני סילוק והוא דכבר כתבנו בסי' נ"א דה"א שהקשה הריב"ש על הרמב"ם שכתב פי"א מה"ל מכ"י ז"ל חייב עצמו בדבר שאינו קצוב כגון שאמר הריני חייב לזון אותך חמש שנים. אע"פ שקנו מידו לא משתעבד שזה כמו מתנה היא ואין כאן דבר ידוע ומצו שנתן במתנה וכן הורו רבותי. ומפני מה הפוסק עם אשתו לזון את בתה חייב לזונה. מפני שפסק בש' נישואין. והדברים דומים לדברים הנקנים באמירה. עכ"ל. הרי שסובר שאפי' דברים שאין קנין מועיל בהם. אפ"ה נקנין באמירה בשעת נישואין. ובפ"ו מה"ל זכייה ומתנה כתב וז"ל כבר ביארנו בנישואין ששנים שהיה ביניהם שדוכין וכו' עמדו וקידשו קנו באמירה ואין קונים באמירה עד שעת נישואין. שכל הפוסק דעתו לכנוס. וצריכים שיהיו הדברים שפסקו מצויין ברשותו שאין אדם מקנה דשב"ל. עכ"ל. והריב"ש הקשה דברי הרמב"ם אלו אהדדי. וכתבנו לעיל בסי' נ"א דודאי גם הרמב"ם ס"ל שהדברים נקנין באמירה יותר מבקנין. ומשו"ה מהני בדבר שאינו קצוב רק בדשב"ל כיון שאינו בידו כלל דאולי לא יבא ברשותו הו"ל כהא דהובא במרדכי האב שפסק על בנו שיעשה איזה דבר כגון לילך אחריו למ"א אינו נקנה באמירה שאין זה תלוי באב רק בבן ע"ש במרדכי פ' הנושא ובפי' הרמ"א סי' נ"א שם. ודבר שלב"ל נמי אינו תלוי בידו ואפשר לא יבא לרשותו כלל. ומש"ה אע"ג דאח"ך בא לרשותו. מ"מ בשעת אמירה לא היה תלוי בדידיה לכך אינו נקנה באמירה. אבל דבר שאינו קצוב אע"ג דאינו נקנה בקנין. כיון דבדידיה תליא ליתן המזונות נקנה באמירה. ע"ש. וא"כ הכא לענין סילוק אע"ג דאין אדם מסתלק בדשב"ל ואין לו בו שייכות כלל. מ"מ הכא הוי דברים הנקנים באמירה. כיון שהתנו

הסילוק קודם הקידושין ועמדו וקידשו על דעת תנאי הסילוק. וה"ה בידו הוא להסתלק. לכך אע"ג דקנין לא מהני ביה מ"מ הכא מהני. מדין דברים הנקנין באמירה. דמועיל אפי' בדברים שאין בהם קנין. ולדעת הגאונים והעיטור דכל דברים הנקנין באמירה מועיל אפי' בדשב"ל. פשי' דניחא אלא אפי' לדעת הרמב"ם ניחא לפי מ"ש בטעמים דהרמב"ם דכל שבידו אע"ג דאינו נקנה בקנין מ"מ מועיל משום דברים הנקנין באמירה. וה"ה סילוק כיון שבידו לסלק עצמו והתנו התנאי קודם שנתקדשה ועמדו וקדשו הן הן דברים הנקנין באמירה. וכמש"ל סי' נ"א אע"ג דגמר הקנין דברים הנקנין באמירה הוא בשעת הנישואין וכמ"ש הרמב"ם. וכשנשאת אינו מועיל סילוק. אפ"ה משום דברים הנקנין באמירה אפי' דבר שאין קנין נתפס בו מהני משו"ה מהני אפי' לירושה. ודו"ק:

ועוד דעיקר דברים הנקנין באמירה. בשעת קידושין נגמרו. כשעמדו וקדשו על התנאים שהתנו קודם הקידושין. ובשעת הקידושין. כשנתרצו לקדש ע"ד התנאים דקודם א"כ הקידושין על דעת כך נעשו. ובשעת הקידושין והחופה מסלק עצמו שלא יזכה לירושה ולפירות. ואע"ג דאחר נישואין לא מהני סילוק משום דידו כידה אבל בשעת נישואין דמקדש ונושא בב"א על דעת שלא יזכה. בודאי מהני הסילוק. וכיון דמתנין עמו קודם הקידושין והחופה לסלק עצמו מזכותה ועמדו וקדשו על דעת הסילוק שפסקו עמו. אדעתא דהכי עמדו וקדשו שלא לזכות בו. ודו"ק עכ"ל:

מן האמור מבואר נגלה דיש סמוכות למנהג ע"פ הדין ושאין לחלק בין התנו ביניהם בין זיכו לאדם אחר. וכמ"ש לעיל משם הרב חלקת מחוקק. ומה גם בנדון דידן שכתבו בהדייא דאדעתא דהכי נגמר ביניהם הזיווג. הא ודאי הו"ל עמדו וקדשו וכו':

ועיין להרב שער אשר חח"מ סי' כ"ח דף ע"ב רע"ג וז"ל שכן מפורש. יוצא מדברי דרבנן בתשובת קדושת יו"ט סי' ו' שכתב הרב מהרמ"א שם ס"ט ע"ד דהיאך זכה לוי העומד בא"י בכל נכסי עזבון אביו. מכיון שהכולל סילקו עצמם מן הירושה זכה היורש שבח"ל זכייה גמורה בחלק ירושתו. וא"כ כשאח"ך מעבירים זכותם ללוי במה כחם יפה לזכותו והלא זכותם משעה שנסתלקו כבר פקע חלף הלך לו. וכמו שכיוצא בזה כתב הרב מהריב"ל ח"ב סי' כ"ד. וע"ז תריץ יתיב וכה דבריו דלא קאמר מהריב"ל ח"ב סי' כ"ד אלא דוקא בנ"ד דלאחר זמן שנסתלק הבעל באה האשה למחול. לזה הוא דאמר דכיון שנסתלק הרי פקע זכותיה וחזר ליורשים ושוב אין ביד האשה למחול. משא"כ בנ"ד שהכולל סילקו עצמם שסלקו הם אמרו שהירושה תהיה ללוי הו"ל כאלו הם מתנים ואומרים שע"מ שיהיו הנכסים ללוי הם מסתלקים. וכ"ש דקושטא דמלתא דהכי הוי שראובן המוריש כספו לא נתן להכולל כדי לעשות הסילוק אלא ע"מ כך. עכ"ד:

וכן כתב הרב מהריט"א שם דכיון דמעיקרא סלקו עצמם מהירושה. הרי חזרה הירושה לסיני ושוב אין בידם להקנות ללוי בדרך קנין. אלא העיקר הוא שהענין הוא בדרך תנאי שהתנו הכולל שמסלקים עצמם על מנת שהירושה תהיה ללוי הנמצא פה עה"ק כמו שיעויין שם:

וכדו חמותי ראיתי לאור היוצא מן העין בן ואח שם א'חי מן. בא סימן. כתיב במן. כטעם לש'ד חד מינן. קדיש דרבנן. כמהר"ר שלמה אבן דנאן. הי"ו אשר האריך למעניתו לקיים מנהגן של ראשונים. תורה. ע"פ התורה. יישר חיליה לאורייתא. וסלקא ליה שמעתתא. ברוח מבינתו. שהלכה כמותו. וצויי"מ וימ"ן. וחתו' חו"ר פאס יע"א. כמהר"ר מתתיה סירירו נר"ו. וכמהר"ר אבנר ישראל הצרפתי נר"ו. וכמהר"ר יהושע מונסוניינו נר"ו. וכמהר"ר בנימן סירירו נר"ו. וכמהר"ר יצחק אבן דנאן נר"ו. וכמהר"ר יוסף סירירו נר"ו:

הסכמת הרב הגדול אב"ד בירושלים תובב"א ורב בנא אמון כמהר"ר משה פארדו זלה"ה

סימן ח

ראיתי את השאלה על אודות תנאים שהתנו הר' חיים ב' יעקב הנק' הרו"ש נ"ע והאשה היא אסתר בת כה"ר מרדכי אפלאלו נ"ע שהיו כתובים בשולי הכתובה. ותכלית התנאים הנרצה הוא שהבעל סלק עצמו מסך גדול שהפרישה ושיירה אותם לעצמה בדין גמ' וכו' וכו'. אכן במיתת האשה בחיי בעלה כ"א יעמוד בשלו וכו'. או אם לא זכתה להשארת המין אחריה יטלו יורשיה סך נ' מת' בירוש' דוקא. והשאר הנ"ל תטול אותו אחותה מרים וכו'. את כל אלה התנאים התנית האשה אסתר על בעלה הר' חיים הנז'. קודם כניסתם לחופה. וכו' ואדעתא דכל הני תנאי נהיה הזיווג ביניהם. ונתחו"ג איש וביתו הנז' בשניהם בקש"מ בדל"ב ובשח"ך כ"א למ"ש ע"כ האמור מראש וע"ס והכל כתחז"ל דלא כאס' וטו"ד וכו' בקוש"ח עכמדו"ל בא"ה כפה"ד הברור ולא יורע כח וכו' וכו' ולראיה וכו' והשו"ב וקיים. וחתו' כמהר"ר רפאל אבן צור הי"ו. וכהה"ר יוסף הלוי הי"ו. וס"ל נמ"ך וז"ן אב"א תב"ת. עתה באנו להרחיב הדבור לפ' שיחתינו מ"ש בפנים אכן במיתת האשה בחיי בעלה יתנהגו עז"ה דהיי' כ"א יעמוד בשלו וכו' יטלו יורשיה סך ן' מת' מהירושה דוקא. והשאר הכ"ל תטול אותו אחותה מרים וכו' יובן הבעל בשלו דוקא ושאר כל הנכסים זיכו אותם הבעל והאשה לאחותה מרים ושניהם כ"א נתקשרו בקוש"ח על הדבר הזה. והיה התנאי מפו' ביניהם כנז'. ואדעתא דהכי נגמר ביניהם הזיווג. ואחר שברור לנו שהיה הענין ביניהם תנאי מתנאי הכתובה לא הוצרכנו לכתוב קנין כל דבר

כקניינו. והם נתנו לנו רשות לכתוב בכל לשון של זכות ויפ"ך בכל אוה"מ ולא תגמר שליחותי' אפי' אחרי צאתו מתח"י עד יצא כנוגה כפטיש יפוצץ דבר הבא לעוקרו וכו' ע"ס השטר:

ועל זה השיב הרב הפוסק הי"ו והבי"ד הרמב"ם פכ"ג מה"א ה"ה התנה עמה שלא ירשנה וכו'. הכל קיים. בד"א שהתנה עמה קודם שתנשא שהנחלה הבאה לו לאדם שלא ממשפחתו מתנה עליה שלא ירשנה קודם שתהא ראויה לו וכו' והבי"ד ה"ה ודברי מר"ן בב"י ובש"ע סי' צ"ב בא"ה ס"ז שהעתיק דברי הרמב"ם ז"ל וז"ל התנה עמה שלא ירשנה ה"ז לא ירשנה וכו' וכן אם התנה עמה שירש מקצת הנכסים וכן אם התנה עמה שאם מתה בלא בנים יחזרו הנכסים לבית אביה הכל קיים. בד"א שהתנה עמה קודם שתנשא בעודה ארוסה. או בכותב לה בכתובתה בשעת כניסה. אבל אם התנה עמה אחר שנשאה תנאו בטיל וירשנה. ובריש הסי' כתב מור"ם ז"ל בהגה וז"ל ול"מ סלוקו אלא לאחר אירוסין אבל קודם אירוסין ל"מ סלוק. ר"ן ר"פ הכותב ורשב"א סי' תתק"ס. וכבר מר"ן גופיה בש"ע לעיל סי' ס"ט ס"ז ביאר כן להדייא. וז"ל זה שאמרנו שאין התנאי מועיל להסתלק מירושתה היי' במתנה עמה אחר שנשאה או קודם שאירסה. אבל במתנה עמה בעודה ארוסה מהני. באופן דלדידן פשי' דפסקי' כמר"ן ז"ל כ"ש דגם מור"ם פסק כוותיה דמור דקודם אירוסין ואחר נישואין ל"מ תנאי. והטעם כתב הרב ח"מ סקי"ב הטעם דכשם שאם אומר איני רוצה לירש את אבא דודאי דלא אמר כלום ואפי' קנו מידו לפי שאין אדם יכול להסתלק ממה שהוא ראוי לירש מעכשיו. אבל בעודה ארוסה שאינו ראוי לירש עדיין ואגידא ביה קצת מועיל סילוק. אבל קודם אירוסין אין לה שייכות עמו:

והנה הרב הפוסק נר"ו הביא עוד דברי ה' המבי"ט ח"ב סי' י"ז ומהרשד"ם בא"ה סי' ק"י שכתבו דכ"ז דמהני התנה עמה אחר אירוסין ואפי' בירושה לד' הרי"ף והרמב"ם והרא"ש והרמב"ן והרשב"א ופסקינן כוותייהו ודלא כר"ח וסי' היי' בנכסים שהכניסה האשה הנחלה הבאה לו לאדם וכו' מתנה עליה שלא ירשנה. אכן אם הבעל התנה שאשתו תירשנו בממון הבעל. ל"מ כלל. שאין בידו להפקיע הירושה מיורשיו:

ולפ"ז בקש טעם לתקנת רבותינו המגורשים שתקנו שאם מת האיש או האשה שיחלוקו עם הזרע הנשאר מהם כל אשר נמצא להם תכ"ה הנמצאים לו ולה. ואם יש זכרים ונקבות בלתי נשואות תטול הנקבה חלק כזכר. וכ"ז הפך הדין כי איך יכול להוריש בת בין הבנים ואיך יעביר הירושה מיורשיו ואיך יוריש יורשי אשתו. והלא קי"ל האומר בתי תירשני במקום שיש בן לא אמר כלום. וכן כיוצה כמ"ש בסי' רפ"א ואפילו בנכסי שהכניסה לו בעו' ארוסה דוקא יכול להסתלק:

ואייתי לזה מ"ש התשב"ץ בח"ב סי' רצ"ב תקון ג' שכתב וז"ל בתקנה זו הופקעה ירושת הבעל שהיא דאורייתא ורשאים הם בכך שכן מצאנו חכמי ישר' שתקנו כתו' בנין דכרין כדי שיקפוץ אדם ויתן לבתו לבנו. ור"ת ז"ל תקן שאם מתה האשה בתוך שנה ראשונ' לנישואין שירש אביה נדונייתה. כדי שלא תתקיים קללת ותם לריק כחכם וכו' ואע"פ וכו' שאין תנאי מועיל אא"כ התנה עמה בעודה ארוסה כדמו' בפ' הכותב ובפ' חזקת תקנת צבור עדיפא. כמ"ש בפי"ן בענין כתו' בנין דכרין שהוא לדשל"ב. ואמרו שם תנאי ב"ד שאני. וה"ה לתקנת צבור וכו'. וכ"כ הרשב"א בתשו' שדין תק' צבור כדין תנ' ב"ד וכו' ע"כ. ואייתי שכ"כ מהר"י הלוי סימן ט' שיש הפרש גדול בין כח וחיזוק תקנת טוליטולא לתנאי אשר עושה החתן עם הכלה. וזה כי בתק' טוליטולא עמדו ותקנו האשה ומנהיגיה תקנות ביניהם וסלקו ירות' הבעל שהתו' זיכתה לו והעמידוה ליורשי האשה. ובודאי דרשאי' בני העיר לתקן ולהסיע אפי' מד"ת ולתקן תקנות בכל דור ודור ולעשות כטוב בעיניהם כן יהיה עפה"ד והן יהיה שלה כדין דבכל דבר שבממון הרשות ביד ראשי העיר לתקן להוסיף ולגרוע מד"ת ע"כ:

והנני יוסיף כי כן כתב הרא"ש ז"ל בתשו' כלל נ"ה סי' יוד אחר שכתב דבמנהי איסור והיתר בדבר שנהגו איסור אין לשנות ובדבר שנהגו מנהג שיש בו איסור יש לבטל המנהג דאין ב"ד מתנים לעקור דבר מה"ת. וכתב אח"כ זהו מנהגים שהן בענין או"ה ובענין ממון יש כח ביד ב"ד לתקן תקנו' בענין ממון לפי הענין והצורך. אפילו להעביר מד"ת וליטול מזה וליתן לזה כדתניא בפ"ק דב"ב ורשאין בני העיר להתנות על השערים ועל המדות ולהסיע על קצתן. פירוש להסיעו להעביר אד"ת וכו'. ואמרינן ביבמות פ' האשה רבה דפ"ט ע"ב ארי"ץ מנין שהפקר ב"ד הפקר שנא' וכל אשר לא יבא לשלשת ימים בעצת הזקנים והשרים יחרם כל רכושו. ר"א אמר מהכא אלא הנחלות אשר נחלו אלעזר הכהן ויהושע ב"ן וראשי האבות למטות. וכי מה ענין ראשים אצל אבות אלא לו"ל מה האבות מנחילים את ביניהם כ"מ שירצו אף שרים וכו' מנחילין כל מה שירצו וכו':

אשר מתבאר מסוגייא זו דתניא אשתו קטנה הבעל יורשה וקאמר התם. והא הכא דמדאורייתא אביה ירית לה ומדרבנן ירית לה בעל. ותי' הש"ס הפ' ב"ד הפקר. וע"ז מייתי דאמר רי"ץ מנין שהפקר ב"ד הפקר וכו' כמ"ש הרא"ש ז"ל בתשו' וכנ"ל:

ואע"ג דהרי"ף ז"ל בהלכות לא הבי"ד הש"ס דיבמות אלא העתיק דברי רי"ץ לבד ואחריו דברי ר"א וכן הרא"ש בפסקיו. ומה"ט גם בתשו' הנז' התחיל ארי"ץ מנין שהפקר ב"ד הפקר. מ"מ הנמוקי ז"ל כתב מנין וכו' בממונא. וכן תנן [צ"ל תניא] מאימתי יורש אדם את אשתו קטנה ואמרי בה משתכנס לחופה וכו' אבל כשנכנסה לחופה ואע"פ שהיא

יתו' קטנה דמדאורייתא אין מעשה קטנה כלום נשואין מדרבנן. א"ל משום שלא נהגו בה מנהג הפקר וזכו לה להתקדש ע"י אמה ואחיה. ועכשיו ירושתה מדינא דאורייתא קרוביה מן האב ירתי לה. ומדרבנן בעל ירית לה ולא קרוביה. אלמא שיש כח בידם להפקיר ממון כרצונם. ומנין דאורייתא. וכל אשר לא יבא בס' עזרה כתיב. וראשי אבות למטות הול"ל וראשי מטות לבני ישר'. ופסק הרמב"ם ז"ל דה"ה לכל ב"ד חשוב בכל מקום ובכל זמן וכדאמרינן במס' מ"ק ומנלן דמפקרי' וכתב הריטב"א ומכאן סמך להכרזות שנהגו במלכותי' כי מפני שיש בו תקון ללקוחות ולמוכסין מפקיעין זכותו לגמ' של מערער מפני שלא מיחא ע"כ:

וכן יש ללמוד מהסוגייא דגטין דל"ו ע"ב שהתקין הלל פרוזבול מפני תקון העולם. ה"ק בש"ס ומי איכא מידי דרחמנא אמר תשמט ואתא הלל ותקון דלא תשמט. אמר אביי בשביעית בזה"ז דרבנן. והדר פריך ומי איכא מידי דמדאו' לא משמט שביעית ותקנו רבנן דלשמט. אמר אביי שב וא"ת הוא. רבא אמר הפקר ב"ד הפקר וכו'. ופירשי' דכתי' זה של רבא אתי גם לקו' קמייתא אי אמרי דשביעית בזה"ז דאורייתא ועט"ר מוה"ר רב משה סוזין זצוק"ל בתשו' כי באה והיא ל"ו נדפס"ה בס' התקנו' מייתי דברי רבינו הרא"ש בתשו' הנז' וסוגייא זו ופרשי' ז"ל וכתב פי' הרשב"א והר"ן והריטב"א וכן דעת הריב"ש בסי' שצ"ט [והתשב"ץ ח"א סי' קל"ג וח"ב סי' ה'] וכתב הרשב"א בתשו' ומינה שמעי' דכח ב"ד יפה להפקר מזה ולזכותו לזה אף קודם שהגיע לידו וכן מוכח מקרא דאלה הנחלות דמה אבות מנחילין. דמה אבות מנחילי' ואומר שדה פ' לפ' וזכה לו מיד אף קודם שבא לידו. אף ראשים מנחילין ואו' ממון ראובן יהיה לשמעון וזוכה בו מעתה שמעון עכ"ל. והאריך בעוצם מבינתו העמיק הרחיב לקיים ההסכמות הידועות להרבנים גאוני עולם לקדושים אשר בארץ ראשונים כמלאכים זיע"א אשר עמדו ותקנו וגזרו והסכימו כי כל איש מישר' אשר יבא לשכן כבוד בארצנו בהר הק' ירושת"ו והגיע קצו ונלב"ע בעה"ק ואין לו יורש בעה"ק וי"ל יורשים בחו"ל. הנה כוללות עה"ק נכנסים במקום יורשים ויקחו פקידי ומשגיחי הזמן כל נכסי עזבונו להוצאות העיר משום ישוב הארץ והעבירו הנחלה מיורשיו וזיכו אותה לכוללות עה"ק. ועמד רב א' וכתב לבטל ההסכמות הנז'. ועט"ר גאון ירושלים הרב הגדול משה אמת שאגה לו כארי רובץ בין המשפטי'ם וברר וזיקק והעלה לפו"ד והרבה בראיות אשר כח בהם הרבנים הגדולים מאריות גברו המתקנים זיע"א ומשם בארה היא הבאר במכ"ש להרבנים המפורסמים רבני קשטילייא אשר עמדו ותקנו בתקנת הנישואין שאם מת האיש או האשה שיחלוקו עם הזרע הנשאר מהם כל אשר נשאר להם תכ"ה הנמצאים לו ולה. ואם יש זכרים

ונקבות תטול הנקבה חלק כזכר וכו' כמבואר בתקנות המגורשים וכאשר העתיק הרב הפוסק נר"ו:

והדבר ברור מתוך כל הראיות שהביא רבינו משה סוזין זצוק"ל. כי מעשיהם של צדיקים רבני קשטילייא. שריר וקיים. ומה שנתעורר הרב הפוסק נר"ו מתשו' המבי"ט ח"א סי' ש"ט שכתב וז"ל אם מתנה אדם עם אשתו בין אירוסין לנישואין תנאי שיחזור הנדונייא קצתה או כולה ליורשים וכו' מהני ואפי' בלא תנאי אם יש תקנה באותו מקום וכיוצא בזה שהרי תקן ר"ת שאם תמות האשה תוך שנתה וכו'. וכן בתק' מליא"ה וטוליטול'א וכן בתקנות האלג'זאייר. ואע"פ שכתבו הפוס' שאין תנאי מועיל בזה כ"א בין ארוסין לנשואין וכו' תקנת צבור עדיפא ותנאי ב"ד שאני כדאמרי' בפי"ן וכמ"ש הרשב"א בתשו' דדין תק' צבור כדין תנאי ב"ד וכמו שהביא כ"ז הרשב"ץ בפי' תקנות של האלג'יר ונר' כי הטעם הוא כי על הסתם כוונת מתקני התק' הוא שתחול תנאי התק' בין אירוסין לנשואין בזמן הראוי לחול. נלמד מדבריו דאף דכתב דתק' צבור עדיפא ותנאי ב"ד שאני. הוא נותן טעם לשבח שכוונת מתקני התקנה שיחול תנאי התקנה בין אירוסין לנשואין שמועיל בו גם התנאי שבין האיש והאשה. ולפי"ז היכא דלא מהני ביה תנאי כגון שלא באה לו ע"י מעשה גם תנאי התק' ל"מ וא"כ יפה למד מהרשד"ם בא"ה סי' ק"י דין התנאי מדין התק'. ולדבריהם עדיין קשה לרבו' מתקני התק' שתקנו אף בדבר דל"מ ביה תנאי. ומדברי מוהריב"ץ ז"ל שאכתוב לקמן ומבואר דיש כח בתקנה לעקור דבר תורה. עכ"ל כעת:

ואני אומר דמלבד דדברי הרב המבי"ט צ"ל לדעתו דהאי טעמא דקא יהיב שיחול תנאי התק' בין אירוסין לנישואין שמועיל בו התנאי לצדדין קא יהיב טעם זה. וא"א לומר דבכל התקנות שהביא הוא ז"ל יהיב האי טעמא כ"א לתק' טוליטולא ותקנת ר"ת שהם בממון האשה שהבעל הוא היורש אתי שפיר. ובהא הוא דקאמר רב כהנא נחלה הבאה לו לאדם ממ"א מתנה עליה שלא ירשנה. אכן בתק' מליא"ה שכתב הרא"ש בכלל נ"ה סי' ו' וסי' ז' שכשתמות האשה בחיי הבעל שיחלוק הבעל עם יורשי האשה בכל נכסי הבעל. בזה לא אתי טעם המבי"ט וע"כ אנו צריכין אנו לומר דתקנת צבור שאני דהוי כתנאי בית דין שמזכה לנולדים:

ותו דתשו' זו של המבי"ט ז"ל הובאה בשו"ת מר"ן הישנות בא"ה בדיני כתובה סי' יו"ד ומרן ז"ל ראה תשו' חכמי מודונ"א ע"ז ותשו' המבי"ט ז"ל והוא ז"ל כתב בכלל תשובתו וז"ל. כתבו עוד וז"ל וכו' נר' מדבריהם שעל כל שטרי נדונייאות שעושים הלועזים לתקנות שירשו הבנים כתובת אמן ולא הבעל הם דנים לו' שאין תנאי זה קיים מאחר

שאינם מתנים כן אלא לאחר נישואין ובכי הא לדברי הכל ל"מ. ואני אומר שלא צדקו דבריהם שלו הונח כדבריהם מאחר שבין אירוסין לנישואין הם מתפשרים בתנאי זה וע"מ כן הוא נושא אע"פ שלא נכתב אלא לאחר נישואין אין בכך כלום. דאפי' אם לא היה נכתב כלל היה קיים משום דנכתב אחר נישואין לא גרע דאין כתב זה מעלה ומוריד בענין קיום התנאי אלא כדי שלא ישכח הדבר:

ועוד דכיון שהוא מנהג פשוט ביניהם לנהוג כדת האימפירייאל אע"פ שלא התנו כלל ולא כתבו כלל כל הנושא ע"ד אותו מנהג הוא נושא וכו' ע"כ:

למדנו מזה. דהרב ז"ל ראה דברי הרב המבי"ט בתשו' הנז' ופנה לסובב מ"ט המנהג. ומ"ש הרב שבין ארוסין לנשואין הם מתפשרים בתנאי זה. לאו למימרא דאם היו עושין ארוסי' ונשואין בב"א והיו מתפשרים על התנאי קודם אירוסין דלא הוה מהני. דע"כ לא קאמרי הר"ן ז"ל והרשב"א ז"ל דקודם ארוסין ל"מ אלא אם יסתלק הבעל. אבל תנאי מהני. וכמו שבאר הרב הפוסק נר"ו דאדרבא התנאי בעי' שיהיה קודם האירוסין. אלא דאחר נישואין פשי' דל"מ אפילו תנאי כלל. דכבר נשא ומאי דהוה הוה. אכן כשנתפשרו קודם אפי' נכתבו אחר הנשואין מהני. כמו שביאר מר"ן ז"ל:

ברם דא עקא דבשלמא בנדון דידהו של הרב המבי"ט ומר"ן ז"ל כך היה מנהגם בכל הכתובו' לא כן בנ"ד דהו"ל תנאי בין האשה ובעלה ואינו נהוג. א"כ יצאו אלו מגדר ההסכמה והו"ל ככל תנאי דעלמא. ובמה זכתה אחותה מרים בנכסי אחותה היא אסתר. כיון דלא הקנית לה בדרכי ההקנאות:

ואשר אנכי אחזה דכל מה שכתב הרב הגדול המלי"ץ בתשו' כי באה בס' קדושת יו"ט ס"ו בסלוק שנסתלקו כוללות עה"ק מנכסי ראובן וזיכו הנכסים ללוי בנו והניח בנו שמעון בחו"ל ועלה ונסתפק בעד לוי אי מהני הסילוק ההוא וביאר עליה דעיקר ספיקו מתשו' הר"ן סי' כ"ג שכתב דמחי' בדשב"ל דל"מ ועלה בדעתו דע' דטעם הדבר דמחי' הוי הקנאה כמבו' בפוס' ז"ל שהעתיק דבריהם. משו"ה שפיר קאמר הר"ן כיון דמחי' ה"ה כהקנאה אין אדם מקנה דשב"ל. משא"כ בסילוק שעבוד אימור דגם הר"ן יודה דמהני הסלוק בדשב"ל כיון דליכא הקנאה

וכתב וכיוצא בזה כתב הכנה"ג בא"ה סי' צ"ב בהגב"י אוא ז' עמ"ש הרב מעשה חייא בתשו' המרדכ"י שכת' על ראובן שחפץ לקנות בית ודאג פן יצטרך למכרו ותעכב עליו אשתו והתנה עם אשתו שלא תוכל לעכב על ידו וקבלה עליה. דהרי זו אינה יכולה לחזור בה אף דהוי דשב"ל. ותשו' זו נר' חולקת עם תשו' הר"ן הנז' דס"ל דמחי' אינו מועיל בדשב"ל. וכתב ע"ז נ"ל דאינו ענין לנדון המרדכי דהתם היי' מחי'. ומחי' אינה

חלה קודם החיוב דלא שייך מחי' אלא לאחר החיוב. אבל סילוק שפיר חייל קודם החיוב שמסלק עצמו מהחיוב שיבא עכ"ל. וכ"כ הרב ט"ז בח"מ סי' ר"ט וכו':

שוב באו לידי תשו' הר"ן וראיתי דכ"ז דכתבנו איננו שוה. שהרי כתב הר"ן בתשו' וז"ל וכי תימא תרומה שאני אע"ג דבדבורא בעלמא חיילא. מ"מ אקני גופא הוא הלכך כי איתא בעולם לא חיילא אבל מחי' דאפקועי שעבודא בעלמא הוא ליתא. עכ"ל הרי דלהר"ן ס"ל דמחי' לא הוויא הקנאה אלא סלוק שעבוד וכו' והאריך לאתויי דברי הרא"ש והריב"ש בתשו' סי' ת"ד שכתב דמחילה בדשב"ל ל"מ. וההיא דר"פ הכותב שנייא היא דמיירי בכותב לה בעודה ארוסה דאית ליה זכות בגוה ע"כ. ומאי פריך מההיא דר"פ הכותב דהויא סילוק לנ"ד דקאי במחי'. אם לא דהריב"ש פשי' ליה דמחילה וסילוק כולהו סלוק שעבוד נינהו. וכן כתב הרשב"א בתשו' אלף לג' דמחי' הוי סילוק שעבוד וכו'. וכן מצאתי להרשב"א בתשו' סי' רמ"ג שכתב בפשי' דמחי' וסילוק כי הדדי נינהו. ונמצא דמ"ש לחלק בין מחי' לסילוק ליתא וממילא אזדא ליה חילוק הרב כנה"ג ודעימיה וכולי והאריך בזה:

ואני בעניי מזה זמן כתבתי ע"ד הסמ"ע בסי' ר"ט ס"ק כ"א וז"ל בגליון הסמ"ע. חילוק זה שכתב הסמ"ע וכו' שריר וקיים והוא עפ"י מ"ש מהראנ"ח הבי"ד נכדו הרב בעל פני משה ח"ב סי' ק"י והוא דהריב"ש סי' קמ"ו כתב וז"ל וא"ץ אלא בדברים בעלמא מתחייב שוכר למשכיר במה שנדר לו א"ץ לומר במה שאין בו חיוב אלא פיטור ומחי' מחובו דאפי' לא היה משכיר יכול אדם למחול חובו בדבור לבד בלא קנין כמו שהוכיחו כל המפ' ז"ל מההיא דפ"ק דקדושין זאת אומרת ע"ע גופא קנוי דא"א אין גופא קנוי לימא ליה באפי תרי זיל. אלמא שאע"פ שיש לו שעבוד עליו כל שמחל לו בדבור לבד הוא נמחל משעבודו עכל"ל. ומהראנ"ח ז"ל שו"ט לתת טעם לפטור המס לאיזה יחיד דאי טעם הפיטור דמהני הוא מטעם מחי' כמו שמתבאר מדברי הריב"ש הנז' יש לתמוה איך לא שת לבו הריב"ש דהוי כמוחל דשב"ל ול"מ כמ"ש הר"ן רבו בתשו' הר"ן הנז' והעלה וז"ל שנ"ל בזה שגוף האדם משתעבד מעכשיו לכל חיוב שישתעבד והחיוב ההוא חל מעכשיו ונמחל שעבודו וכו' וכו' וכן יש לנו לו' בענין המסים שגוף האדם משועבד מעכשיו ולכשיתחייב בהם ואותו שעבוד יוכל להמחל שפיר דלא חשיב דשב"ל וכו' עכ"ל. ובח"א מתשו' סי' מ"ט הנז' כתב וז"ל שאלה זו כבר נשאלה פעמים אחרו' וכו' אם מפני שהיה קודם שבא החיוב לעולם וכו' וכו' אך בטול כל הדברים והטענות האלה כולם חוזרים אל ענין א' והוא כי אין הפיטור ההוא על המסים והארנוניו' אבל הפיטור הוא על שעבוד הגוף או הממון המשועבד לישא בעול הקהל שהקהל פוטרין אותו

ומפיקים ממנו השעבוד. והו"ל כשחרור עבד אי לאו משום דע"ע גופו קנוי כיון דאו' ליה באפי תרי זיל נפיק אבל הכא אין לקהל על היאודים אלא שעבוד בעלמא וכו'. וכלל דבריו הוא שהמחי' הוא על שעבו' הגו' הנמחל וממונו המשועבדי' למסים המתחדשים וגופו וממו' איתננו בעו' וכיון שמחלו לו שעבוד גופו ושעבוד ממונו ממילא נפטר מכל המסים ואע"פ שהמסים עדיין לא באו לעולם עד כאן לשונו. כעת יעו"ש:

והשתא היי' ממ"ש דברי הסמ"ע ז"ל והא דפסק מור"ם ס"ח דיכול אדם לסלק עצמו וכחו מדשב"ל שאני התם דקאי אאדם שי"ל שעבוד על נכסי חבירו וכיון דכבר נשתעבד לו משו"ה יכול לסלק אותו שעבוד אף מנכסים שעדיין לא קנה המתחייב כיון דמ"מ נשתעבד אז ונתחייב. ע"כ והוא כחי' מהראנ"ח דגופו ונכסיו הם משועבדים לצבור למסים. וכיון שכן יכולים לפטור אותו כיון שגופו ונכסיו איתנהו בעולם. גם האשה שבעלה גופו ונכסיו משוע' לכתובתה ובגרירתם משועבדי' כל הקרקעות שיקנה. אם כן כשנסתלקה היא משעבוד נכסיו אע"פ שעדיין לא קנה הקרקע. מהני הסלוק שמסתלקת אף מנכסים שעדיין לא קנה. הגם דמחי' ופיטו' וסילוק כי הדדי נינהו:

ואנכי עמדתי ע"ד הט"ז והעתקתי דברי ג' הרועים הרב חות יאיר בתשו' סי' מ"ז עוד אחת שאלתי וכו' בשטר סילוק שכותבים מהבעל לאשתו בזמנינו שאין לו אירוסין על מה סומכים אם על הקנין שקונים מהבעל לפני החופה הרי קי"ל דל"מ סילוק רק בעודה ארוסה לא קודם כמ"ש הר"ן וכו' דהא דקי"ל דאדם יכול להסתלק שפיר מדשב"ל. מיירי דעכ"פ השעבוד כבר חל. ולכך אפי' בלא קנין מהני. וכ"כ הסמ"ע. ובא רעהו הגאון בעל עבודת הגרשוני שם סי' ן' שכבר גם הוא עלה בדעתו לחלק תחי' דע"כ ל"ק הר"ן דקודם אירוסין ל"מ אלא דוקא בלא קנין. אבל בקנין שפיר מצי מסתלק. והא דאין אדם מקנה דשב"ל דוקא מקנה אבל שפיר יכול להסתלק מדשב"ל או שאינו ברשותו וכו' אבל במעט עיון ראיתי וכו'. אלא דהאמת יעשה דרכו. שהר"ן תמך יתדותיו עמ"ש בתשו' סי' כ"ג וכו' עי"ש ל' השאלה והשיב וז"ל נ"ל שהדין עם ראו' דהא קי"ל א"א מקנה דשב"ל. ואין לו' דמקנה שאני משום דצריך קנין וכו' אבל מחי' בדבור בעלמא חייל הלכך אפי' בדשב"ל נמי חייל ליתא דבפ' גט פשוט דשקילנא וטרי' טובא בתקנת התברא דשטרי מאוחר וכו' ואם איתא שיוכל על דשב"ל לכתוב תברא הכי שהוא מוחל שטר של סך פ' שהוא חייב וכל שעבוד של שטר שיתחייב לי מיום זה ואילך מזה הסך וכו' ע"ש כי האריך. ממילא על ראיה זו סמך הר"ן לפרש ג"כ מ"ש דוקא בעודה ארוסה לא קודם לכן. וא"כ אם איתא לו' דס"ל להר"ן שע"י הקנין מהני סלוק לדשב"ל. א"כ הדק"ל למה לא תקנו שובר גם על מה שיתחייב לו מאותו יום ואילך וע"י קנין דמהני. אלא ודאי לדעת הר"ן אפי' ע"י קנין

לא יוכל אדם להסתלק מדשב"ל וז"ב עכ"ל. ולפי"ד ז"ל א"כ גם הרשב"א ז"ל קאי בסברת הר"ן. שהרי כתב מר"ן בב"י א"ה סי' צ"ב וז"ל וכתב הר"ן אהא דאר"י בכותב לה ועודה ארוסה דוקא בכותב לה ועו' ארוסה דשייך בה קצת. אבל קודם לכן כיון שאין לו שייכות בנכסים כלל. סלוקו לאו כלום הוא. וכתב מור"ם בד"מ על דבריו וז"ל וכ"כ הרשב"א בתשו' סי' תתק"ס. דשאל השואל. וז"ל ולפי שכתוב בגמ' בכותב לה ועו' ארוסה. אנו מסופקים אם דוקא בעודה ארוסה לפי שיש בה שייכות וקודם אירוסין לא. שהרי הוא כדשב"ל. או לאו דוקא. תשו' כן נראים הדברים. וכו' ארוסה שאמרו דוקא הוא. אבל קודם לכן ואח"ך אינו כלום בין במוכר בין במסתלק ע"כ. והשתא ודאי דקאי הרשב"א בשי' הר"ן שכבר ביאר לו השואל דקודם ארוסין אין לו שייכות בנכסים והו"ל כדשב"ל א"כ בחדא שיטה קיימי. וכן פסק מור"ם בהגה שם. ובאר דהוי מדברי הר"ן והרשב"א בתשו' הנז' וכ"כ מר"ן בבד"ה בא"ה סי' ס"ט דמייתי שם בב"י דברי הר"ן ובבד"ה כתב וז"ל ודברי רבינו בכאן באו בקיצור שכך ה"ל לכתוב וכן אם התנה עמה אחר שנשאה או קודם שארסה שלא ירשנה תנאו בטל וכו'. ועפ"ז פסק בש"ע ס"ז וז"ל זה שאמרנו שאין תנאי מועיל להסתלק מירוש' היי' במתנה עמה אחר שנשאת או קו' שארסה. אבל במתנה עמה בעו' ארוסה מהני. ע"כ. וע"ש בח"מ ס"ק י"ב. ושו"ר שהרב ער"ג גופיה כתב להדייא דדעת הרשב"א בתשו' דסי' תתק"ס דק'א ארוסה שאמרו דוקא אבל קודם לכן וכו' אינו כלום בין במוכר בין במסתלק והדברים האלה עתיקים וכבר כתבתים בפ' הכותב ויותר מהמה בפי"ן. וכתב הרב דכוונת ראייתו מ"פ י"ן היא מדאמרינן התם בכור שנטל חלק כפשוט ויתר וכו' ור"פ אומר ויתר באותה שדה קסבר אין לבכור קודם חלוקה ומאי דאתי לידיה אחיל אידך לא אחיל. ופרשב"מ אידך לא מיחיל ל"מ מחיל דאין מקנה דשב"ל ע"כ. וכן ביאר הרמ"ה בשיטתו בפי' וז"ל ברם צריך את למדע דהא דמשני' הכא לא קא מחיל. לאו למימרא דאי מחיל דאומר מחילנא אי נמי קנו מניה דבן דמסתלק מירושת אביו בחיי אביו הויא מחילה. דהא גבי ירושת הבעל דאיכא למ"ד דרבנן היא. ואפי' תק' דרשב"ג לא קאמר דכי מסלק גפשיה מסתלק. אלא בכותב לה בעוד' ארוסה דאכתי לא חזי למרתה דכי זכי בירושה לא מכח ארוסין קא זכי. אלא מכח נשואין דקא זכי. וכיון דמקמי נישו' קא מתני דלא ליירית. אשתכח דכי קא נסיב בתר הכי אדעתא דהכי קא נסיב. ואמטו"ל תנאו קיים. אבל כתב לה בעודה נשואה לא מסתלק. כדאיתא בהדייא ריש פ' הכותב. ואפי' קנו מניה לא מסתלק דדבר שב"ל הוא כדבירנא התם. וכל שכן גבי ירושת הבן דלא מסליק נפשיה וכו' ע"ש:

באופן כי לדברי ג' הרועים רשב"ם והרשב"א והרמ"ה. פי' לא מחיל ר"ל לא מצי מחיל ולא כמו שעלה ע"ד הגאון עה"ג לפי' דברי הש"ס לא מחיל ר"ל שמסתמא אינו מוחל. ואף הרב עצמו בטל דעתו מפני דעתם. ומ"ש הרב דחילוק הסמ"ע היא סברא קלישא. הא ודאי דכוונתו לומר כמ"ש הרב בני אהובה וז"ל ואף שהסמ"ע שם ס"ק כ"א חילק דדוקא בעובדא דמהר"ם דעכ"פ היה לאשה שעבוד על הבעל ואף שלא חל נכסיו שלא הי"ל עדיין מ"מ שעבוד היה לה עי"ש. לא הבנתי דבריו דמאי שנא סוף כל סוף על הך קרקע שיקנה אח"כ לא היה לה שום נדנוד שעבוד. ומה ענין סילוק מהקרקע למה שי"ל שעבוד על נכסים אחרים. ואי משום שנתקשה הסמ"ע בסתירה שיש לכאורה בדברי רמ"א דבס"ד פסק דאין מחי' חל על דשב"ל. ואח"ך בס"ח פסק דיכול לסלק עצמו מדשב"ל. נר' דלק"מ דודאי לשון סילוק מועיל כי יאמר הריני מסלק עצמי מכל חפץ לזכות בדבר ההוא. אבל אין יכול לומר הריני מוחל לך על מה שלא נתחייב לו אז כי על מה יחול ל' מחילה:

ומחי' קודם החיוב לא שייך. כי מה ימחול במה שלא נתחייב לו וז"ב ע"כ. וזהו חילוק הט"ז והכנה"ג כנ"ל. וכבר כתבנו כי דברי הסמ"ע ברורים. מיהו מאי דאסיקו הרבנים בשו"ת חוות יאיר והרב בני אהובה דמידי פלוגתא לא נפקא אי מהני סלוק קודם אירוסין או לא בהא מודינא. דהא קחזינא דאיכא פלוגתא וכבר גם הרב הפוסק הבי"ד הסמ"ע והט"ז הנז' ושו"ט ואסיק והבי"ד המשל"מ פכ"ג מה"א ה"א דאסיק ולדידי אין מי שיחלוק בדין זה דלכ"ע כל מה שמסתלק ומוחל בשעה שאין לו זכות כלל דל"מ. וסיים הרפ"ו וז"ל. נקטי' מן האמור דהא מלתא דהר"ן היא מחלו' בין האחרונים אם היא מוסכמת ולדידן דמר"ן ומור"ם פסקו כהר"ן כוותייהו נקטי' ולפי"ז לכאורה נר' דתנאי זה אינו מועיל וכו':

וחזה הוית להרב הגדול המלי"ץ ז"ל בתשו' הנז' וז"ל וא"ת דכפי"ה תו'. יוצאה בנ"ד להפך דל"מ הסילוק. שהרי כתבו הר"ן ור"י נתי' כג' והריב"ש סי' ק"ד דדוקא בעודה ארוסה הוא דמהני הסלוק הואיל וזכות אית ליה בגוה. אבל קודם לכן לא. וכ"כ הרשב"א בסי' תתק"ס על מה ששאלוהו אם הא דאמרי' בפ' הכותב בכותב לה ועודה ארוסה. אם הוא דוקא בעודה ארוסה לפי' שי"ל שייכות וקודם אירוסין לא שה"ה כדשב"ל. או לאו דוקא. והשיב וז"ל כן נראין הדברים דכל ששיירה לעצמה ואפי' לא התנית עם הבעל קודם האירוסין לא עשתה ולא כלום. לפי שבאותה שעה אין לבעל שום זכות וארוסה שאמרו דוקא הוא. אבל קודם כן ואח"ך אינו כלום בין במוכר בין במסתלק. עכ"ל הצ"ל. ונראה לפק"ד דתנאי דנקט הרשב"א בדבריו לאו תנאי גמור קאמר וכגון שתלה בו האירוסין.

אלא תנאי דנקט לשון מושאל הוא. וסלוק הוא דקאמר אלא דנקטיה ל' תנאי. וכדחזינא להר"ן בסוגיין דלסלוק קארי ליה תנאי. והעד ע"ז דאח"כ בסו"ד כתב אבל קודם כן ואח"כ אינו כלום בין במוכר בין במסתלק. ואם תנאי דקאמר הרשב"א היי' תנאי ממש. בין במוכר בין במתנה הול"ל. ומה שהוצרכתי לזה הוא. יען ראיתי להרב מחנ"א בסי' יו"ד לה' זכייה שכתב דמדברי הרשב"א אלו מוכח דאפי' אם התנה תנאי גמור קודם האירוסין דל"מ. ודלא כמ"ש התוס' דכל שהתנה תנאי גמור אפי' קודם הארוסין דמהני. עכ"ד. ואני בעניי אחרי ניו"ק נ"ל דזה אינו שהרי מ"ש התוס' בסוגייאן דתנאי מועיל אפי' קודם האירוסין. לשיטתייהו דר"פ נערה אזלי שכתבו בד"ה ר"ש דאע"ג דאין אדם מקנה דשב"ל אדם מתנה בדשב"ל. וכאשר מפו' יוציא מתשו' הרשב"א גופיה שהביא מר"ן הב"י בח"מ סי' רנ"ג מחו' י"ג. וכ"כ הריטב"א בחי' לקידושין דכ"ג. וכ"פ הטור ח"מ סס"י הנז'. וכן מצאתי להרשב"א גופיה והבי"ד ע"ש. ואסיק הראת לדעת דהרשב"א ס"ל דאדם מתנה בדשב"ל. וא"כ היאך הפה יכולה לו' דהרשב"א פליג על התוס' ותנאי דנקט היינו תנאי ממ"ש דא"כ נמצא דדברי הרשב"א סתראי נינהו וכו' עכל"ל וכ"פ מר"ן בש"ע וביאר דבריו מור"ם בטעם הדבר דאדם יכול להתנות על דשב"ל כדברי הטור ע"ש. וכן ציין בקדשו מר"ן החבי"ב בהגה"ט אות ע"ד להקת הפוס' דס"ל כן ע"ש:

באופן דבנ"ד שהתנו תנאי גמור אף דהוי קודם ארוסין עביד ומהני. ולפ"ז צ"ל דמאי דנקטו רבינו הרמב"ם בפ"א מהא' ודעמיה האשה שהתנית על בעלה לבטל זכותו וכו'. ביאור הדברים הוא שהאשה היא אמרה מתקדשת אני לך בתנאי שתבטל זכותך בכו"ך שאתה זוכה והבעל קבל דבריה ואמר לה בלשון סלוק כדברי התנא ר"פ הכותב. אכן אם הבעל היה מתנה בתנאי גמור פשי' דעביד ומהני אפי' קודם ארוסין דהוי דשב"ל. מדי דהוה אשאר כסות [עונה] דקי"ל ברי' דבדבר שבממון תנאו קיים כמ"ש התוס'. ועיקר ההקפדה בתנאי גמור שיהיה התנאי קודם נשואין שעדיין לא זכה בירושתה אבל אחר נישו' ל"מ תנאי כמו שביאר כ"ז הרמ"א שם ודלא כהרב בני אהובה שרצה להבין בדברי הרמב"ם האשה שהתנית דהוי תנאי גמור וכו' ואמטו"ל אסיק בצ"ע. ולדידי לשון מושאל הוא ולסלוק קרי ליה התנה ואינו תנאי ממש. אכן אם מתנה בע"מ ודאי דס"ל דמהני. כיון דיכול אדם להתנות בדבר שלא בא לעולם וכנז"ל ודו"ק

וכן בקדש חזיתיה להרב הפוסק הי"ו דנכנס בזה וביאר דמהני אפי' קודם ארוסין בנ"ד וצדק במענהו. ואייתי ראיה מדברי הרב משל"מ פטו' מהא' ה"ל א' שכ"כ להדייא יעש"ב:

עוד אחרת היתה ראיה להרב הפו' מדברי הרב הגדול המליץ ז"ל אחר שהבי"ד תשו' מהרד"ך בבית ל' דשו"ט ואסיק כל שבשטר א' נתקנו תכ"ד מקרי אק"ד וכ"כ ג"כ

מהרא"ש סי' קפ"ז דכל שעסוקים באותו ענין תכ"ד מקרי ע"כ. כתב ומ"מ דין הניין לי למה שלכאורה היה נר' לפקפק בשטרא דנא דהיאך זכה לוי הנז' מכיון שהכולל סלקו עצמן מכל זכות שי"ל בנכסים מן הירושה זכו היורשים בירושה זכי"ג. וא"כ כשאח"ך מעבירים זכותם ללוי במה כחם יפה לזכות ללוי. והלא זכותם משעה שנסתלקו כבר פקע חלף הלך לו. וכיוצא בזה כתב מהריב"ל בח"ב סי' כ"ד ועיין להרב דברי אמת בתשו' סי' ח':

אמנם ע"פ דברי מהרד"ך דכל שכתוב בשטר א' הוי תכ"ד. ניחא. דאיכ"ל דע"כ לא קאמר מהריב"ל ודעמיה. אלא כעין נדון דידהו דלאחר זמן שנסתלק הבעל רשאית האשה למחול. וע"כ הוא דאמרינן דכיון שנסתלק הרי פקע זכותיה וחזר ליורשים ושוב אינה יכולה האשה למחול. משא"כ בנ"ד שהכולל עצמם שסלקו הם אמרו שהירושה תהיה ללוי. ואע"פ שכתוב סלקנו את עצמנו וכו' הכ"ל מו"מ העברנו וכו' תכ"ד כדבור דמי והו"ל כאלו מתנים ואומרים שע"מ שיהיו הנכסים ללוי הם מסולקים ע"כ. ודבר זה כתבו גם הגאון מוה"ר מהריט"א ז"ל בהסכמתו ע"ד הרב הגדול המליץ ז"ל שם וז"ל אבל עכשיו שכתוב בשטר ג"כ סלקנו עצמנו וכו' ואח"ך כתבו העברנו והחלטנו וכו' אי אפשר לו' כן דכיון דמעקרא סלקו עצמם מהירושה הרי חזרה הירושה לשני ושוב אין בידם להקנות ללוי בדרך קנין אלא העיקר שהענין הוא בדרך תנאי שהתנו הכולל שמסלקים עצמם ע"מ שהירושה תהיה ללוי וכו' ואע"ג דלא כתבו לשון תנאי גמור. מ"מ הרי מצינו בפ"ב דביצה בד"כ בההוא דאמר לנסוב פ' ברתי והבו ליה ר' זוז דאי נסיב שקיל ואם לא נסיב לא שקיל. הרי דהוא תנאי אע"ג דלא אמרו כל תנאי מכ"ש בנ"ד וכו' יע"ש. א"כ גם בנ"ד אע"ג דהבעל נסתלק לגמרי כיון שכתוב לבסוף כי שניהם הבעל והאשה זיכו למרים אחותה וכ"ש שכתוב בל' תנאי גמור ועמ"כ נתהוה הזיווג ביניהם בודאי הגמור נפרש שמא שנסתלק הבעל מנכסיה ומפרותיהם ופ"פ הכל היה בתנאי וע"מ שתזכה מרים אחותה כאשר ביארו אח"ך והכל הוי תכ"ד וכדבר האמור:

וכן ביארו חו"ר טיטואן בהסכמתם עם הרב הפוסק. ותו ביארו דכיון דהוי בל' חיוב מהני. ועוד טעמא שכתב הרה"פ להחזיק ולקיים זכיית מרים אחותה. וכבר נתעורר הרה"פ מדברי הש"ך ז"ל בסו"ס ס"ו והבי"ד הרב ברית אבות סי' צ"ב בא"ה שחלק על חו"ר מראקיש שהבינו דברי מר"ן בש"ע א"ה סי' צ"ב ס"ז שכתב בד"א שהתנה עמו קודם שתנשא בעודה ארוסה או בכותב לה בכתובתה בשעת כניסה דפשטן של דברים מורים דאפלו עשו כן קודם ארוסין וכמנהגינו דמארסין בשעת החופה. והבינו חו"ר מראקיש דמהני. וכבר הרב הפו' ביאר הדברים כל הצורך. א"כ הו"ל פלוגתא בין חו"ר מראקיש

והש"ך וב"ש דהרב אות ז"ל כתב ע"ד הש"ך שאין להכריח מדברי מור"ם פה כן. ועיקר הדברים מבו' בשות' חוות יאיר סי' מ"ז ונו"ן ונ"א ובס' פתחי תשובה הבי"ד הרב ישועות יעקב שתמה על המנהג וכתב קצת לישב המנהג והבי"ד הרב כו"פ סי' צ' שכתב גם יש לשנות שמהני אפי' קודם ארוסין ואחר נשו' כמו שביאר בהגה שם ס"ז. עכ"פ איני כדאי לדחות פסק חו"ר מראקיש כמ"ש וכבר כתב הרה"פ מה שראוי לכתוב ע"ז:

וראיתי דברי חכמים הרבנים המובהקים דייני דנה'ר דעא מסכימים ומעריבים על האי פסקא דדינא שפסק הרב הכולל כמוהר"ש אבן דנאן הי"ו הסכימו חו"ר פאס וחו"ר צפרו וחו"ר טיטואן ומע' הרב כמהר"מ ן' ג'ו דעי"ת טאנגא וחו"ר מכנאס וחו"ר מראקי"ש וכלם נקובים בשמות. והם אמרו חכמים הזהר'ו כזוהר הרקיע מעידים בגדלם כי כך הוא המנהג להכשיר תנאים דאלו הכתובים בשולי הכתובה. וגם מוה"ר גאון ירושלם כמוהריט"א בהסכמתו ע"ד הרב הגדול המלי"ץ פתח דבריו יאיר כי כך הוא המנהג. באופן הנה אנכי בא כדל מסכי'ם ויסכ'ם משה ככל דברי הרב הפוסק שלמה בחכמתו. וה' עמו שהלכה כמותו. ובפרט כי גם חו"ר המערב הסכימו כן להלכה ולמעשה כי הזכייה שזיכו למרים אחות אסתר שרירא וקיימת. הכל כמו שכתבו והאריכו למעניתם. נפלאות מתורתם. ואף ידי תכון עמהם כיאודה ועוד לקרא הכותב וחותם בס' ראה אנכי נותן לפניכם היום ברכה. אתן שנת בשבטי ישראל הודעת"י נאמנ"ה פ"ק וציי"מ וימ"ן כי"ר:

בין כתיבה למסירה ראיתי דאתא לידי פסקא דדינא עכ"פ מא' מחו"ר המערב זה שמו הרב שמעיה ביטאג' נר"ו שכתב לקעקע כל הבירה השטר תנאים אשר כתבנו תחי' דברינו והעתיקו בשלימות. ואח"ז שקו"ט בדברי מור"ם אחרי הביאו דברי הר"ן והרשב"א הנ"ל וכתב דברי הב"ש וח"מ דקודם ארוסין ל"מ להסתלק אפי' בקנין. והק' דברי מור"ם אהדדי וחילק חי' הסמ"ע וכתב דא"כ בנ"ד ל"מ סלוק הבעל. וכתב ופשוט הוא שמ"ש מר"ן בש"ע התנה עמה וכו' או בכותב לה בכתו' בש' כניסה וכו' איירי כשקדמו הארוסין דאל"ה אפי' בש' כניסה לחופה וכו' ואייתי ע"ז מ"ש הש"ך בסס"י מ"ו שכתב כן בפי' ומ"ש בס' ברית אבות בא"ה סי' צ"ב הנ"ל. וסיים נקטי' מהכא דהסלוק שנסתלק אין לו קיום והעמדה מצד הקנין וכו':

והרואה יראה דגם ע"ז פקח עינו מע' הרב הפוסק נר"ו כאשר הבאנו דבריו לעיל וכבר כתבתי מה שראוי לכתוב ע"ז. ואח"ז נכנס בענין השבועה שנשבע והבי"ד הריב"ש סי' של"ה ושמר והאריך בזה. ואין לנו עסק בענין השבועה כיון דהרב הפוסק וכל קדושים לא נתעוררו מזה כלל זולת חו"ר צפרו שכתבו בקיצור שאינו יכול לחזור מפאת השבועה

יעויין בדבריהם אהני מיהא דאסיק מר איהו גופיה בזה"ל. הרי מבואר מכל האמור דסלוק הבעל קיים מכח ש"ח שנשבע בעת הסלוק עכ"ל. אח"ך כתב פש גבן לברורי אם המתנה שנתנה לאחותה חלה מיום הנתינה ותתקיים בידה. או לא חלה משעת נתינה אלא לאח"מ ותתבטל המתנה שנתנה לאחותה הנז' משום דאין קנין לאח"מ. ושו"ט בזה ובירר דדעת מר"ן כיון דאיכא קנין וזמן א"כ זכתה מהיום גופא ופי' לאח"מ והדר ביה כיון דמוכח מתוך מעשיה שכוונתה להקנות לאח"מ דוקא. ודקדק כן מלשון השטר ויליף מדברי הרשב"ץ שהביא מר"ן בב"י סי' הנז' שטר מתנה שכתוב בו קנין מעצמו אע"פ שכתוב בו זמן כיון שכתוב בו בפי' והמתנה הזאת שנתתי היא לאח"מ אבל לא מהיום והלאה בעוד שאני בחיים לא אמרי' ביה זמנו ש"ש מוכיח עליו. וכתב עליו מר"ן ופשוט הוא. והעתיק תשו' מוהרימ"ט ח"א סי' ט"ל מפני שאינו מצוי כ"כ ודקדק בהם. ואסיק וז"ל מבואר יוצא מדברי הרב ז"ל תרתי. א' דאפי' בתנאי הכתו' אם תהיה המתנה לאחרים בעי קנין. ב' דאפי' אם יהיה קנין אם היה מוכח מתוך הענין שאין כוונתה להקנות כ"א לאח"מ קנין בטל הוא. והאריך לבאר כן מדהוצרכה להתנות שאם מתה אחותה בחייה. בזש"ק שיחזרו לה הנכסים לתתם למי שתרצה. הרי שפי' שאפי' לא תזכה מקבלת המתנה לא יירשם הבעל. ומה שביאר החכם כמהרה"פ בסו"ד וז"ל יובן הבעל יעמוד בשלו ושאר כל הנכסים זיכו אותם הבעל והאשה לאחותה מרים וכו' ושניהם כ"א נתקשרו וכו' בא לומר דלא נגמר הזיווג ביניהם אלא ע"ד הסלוק הנז' ושתזכה בהם אחותה ולפי שכך פסקו ביניהם הו"ל בכלל הדברים הנקנים באמירה ול"פ לא הוצרכו לכתוב כל דבר בקניינו. אבל לא בא לומר שאם לא תזכה בהם אחותה לא יסתלק מהם דא"כ הו"ל לפרש הנז' בתנאי מפורש. ומה גם שהסי' הוא מכח ש"ח וכל כי האי הי"ל לפרש ועוד זה אין לו שיעור דא"כ ה"ז סותר הקודם שהרי בפי"ד שאם מתה אחותה בלתי זש"ק שיחזרו הנכסים לידה לתתם למי שתרצה וכמ"ש וא"כ כיצד נאמר שעמ"ך נסתלק אם תזכה בהם אחותה דוקא והרי סלוק זה בין אם תזכה בהם אחותה. בין אם לא תזכה ורשאית האשה לתתם למי שתרצה. הן אמת שלשון זיכו אותם הבעל והאשה שכתב החכם הנז' אינו מדוקדק דמה כח י"ל בנכסים הנז' קודם ארוסין כדי לזכותם לאחרים. והרי סלוק עצמו שנסתלק מהנכסים אם לא היה נשבע ש"ח ל"מ כלל מכח שאין לו שייכות בנכסים ואיך יזכה לאחרים דבר שאינו שלו. עכל"ל:

ובכן הן נודע על מה אדני הפסק הלזה הטבעו. וכל מע' חו"ר המערב משם נסעו ואין צורך להעריך דבריהם עם דבריו. ודברי חכמים תורה שלימה תעמד אשוריו. ומלשון תטול שנסתבך הרב הפוסק הנז' לא תברא. כיון דמבואר אח"ך בלישנא דסהדי ושאר

הנכסים זיכו אותם הבעל והאשה הנז' לאחותה מרים וכו' ודאם דזיכו כדינם קאמרי ולא בלשון תטול שכתבוהו דרך הודעה ול' מושאל ועיקר סמיכתם של העדים על מה שביארו שלא הוצרכו לכתוב כל דבר בקניינו וכו' וכבר מבואר באר היטב בדברי חו"ר המערב המסכימים כי כן נהגו מימי עולם לקיים כל התנאים שמתנים האיש והאשה בעת נשואיהם וכותבים התנאים בכתובה. א"כ מה דמות יערוך לדברי הפוס' שהביא הוא שהם המדברים לעקר הדין. ואפ' לתק' טוליטולא ומיליאה וכיוצא שאינם תקנות הרבנים המגורשים ושניין דא מן דא. גם ראיתי דברי הרב המסכים על דבריו ההולך בשיטתו ולא הוסיף ע"ד הרב הפוסק נר"ו שו"ד הלא זה הו"ד מע' הרב כמהר"ר בירדוגו נר"ו. ואני הוא המזכר ומזכר אני במקומם ואחד הרואה דברי חו"ר המערב עיניו משוטטות. בלבבו יבין האמת אתם אין דרך לנטות. תורה היא אחרי רבים להטות. הן בפרט כוללות ופרטות. וזו הלכה העלו בכל דברי הרב שלמה בחכמתו. שהלכה כמותו. דזכתה מרים אחותה בכל נכסי עזבונה. ויסכ"ם משה בהסכמ"ה עלה ככל אשר הסכימו מע' חו"ר המערב הע"י. וחזרתי וכתבתי בקיצור נמרץ דעתם והסכמתם כי לענ"ד נר' דזכתה האשה מרים בכל נכסי עזבון אחותה היא אסתר' תנצב"ה ככל אשר הסכימו מע' חו"ר פאס ומכנאס הנקובים בשמות על פסק הרב כמהר"ש אבן דנאן הי"ו וכן הסכימו מע' חו"ר טיטואן וצפרו וטאנגר. וכן הסכימו מע' חו"ר מראקש הי"ו ואף ידי תכון עמהם. ועד"א וצדק חזרתי וח"ש פה נא אמון יע"א. זהו מה שעלה במצודת שכלי. והצ"מ וימ"ן כיר"א. ע"ה

משה פארדו הי"ו

סימן ט

אור לששה ועשרים תמוז הת"ר ולשלשים ושש ליצי' שלח אחרינו כה"ר אברהם בהי' יצחק נ"ע המכו' אוג'ואילוס ומצאנוהו מוטל על ערש דוי ודעתו מיושבת עליו כא' הבריאים וייחיד אותנו לעדות וציוה בפנינו מחמת מיתה ואמר לנו זוהרא שמאשא בת יצחק בני תטול מנכסי ארבע מאות צ'ורו. ובתי סולטאנא תטול מנכסי מאה צ'ורו. ובתי מזל טוב יתייחדו לה מאה צ'ורו ותזכה בהם לפירותיהם דוקא וכאשר תפקד בזש"ק תזכה גם בקרן. ויתייחדו מנכסי ארבע מאה צ'ורו ולעקד וזלטיטא ולכלאכל ונוויווסאת הידועים לבני ביתי ואם זכתה בתי הבתולה מרים לחופה תזכה בהם לנדונייתה ואם ב"מ לא זכתה יזכה בהם יהודה בני. ואשתי זמול יפרעו לה כתובתה ויתנו לה נוסף על כתובתה ב' פעמים כסך כתו' ותשאר ניזונית עם יהודה בני בעיסה א' דוקא כל ימי מיגר

אל'. ושאר כל נכסי קו"ט ומ"ב ושטרות אינהו ושעבודייהו וכו' אני נותן אותם ליהודה בני ויזכה בהם זכייה גמורה ימכור ויתן וכו' והוכחנוהו ע"ד אעבורי אחסנתא ונתן טעם וחיזק דבריו. בו ביום הנז' נכנסנו לבקרו ומצאנוהו עדיין חולה ודעתו מיושבת ואמ"ל שאם זכתה בתו הבתולה מהיום לחופה יעניק לה יהודה בנו בנדונייתה נוסף על הדבר האמור לעיל הבית הקטנה שבהאספלי שבחצר הנקרא מקדם ע"ש אברהם ן' סמחון והם קנו ושכללו אותה ונקרא ע"ש צ'אר ן' שמאש לחאיילא הסמו' מצ"א לצ'אר יפה. גם יעניק לה מדרבא וזרבייא שלו. ואם ב"מ לא זכתה יזכה בהם יהודה בנו כנז' בכלל כל נכסיו שיתן לו כנז'. גם בירר שאם זכתה בתו הבתולה מרים לחופה וזכתה בארבע מאות צ'ורו הנז' תזכה גם בפי' שיסגלו מיום פטירתו ע"ע כניסתה לחופה וצורכי החופה יעשה לה מהריוח הנז'. עוד ציוה שיודא בנו יזון בתו מרים הנזכ' ע"ע כניסתה לחופה. עוד צוה שלענין כסות אשתו זמול לא יכריח על יודא בנו הנז' כ"א לפי רצונו וכבודו. גם אמ"ל שאם יתן יודא בנו סך עשרה צ'ורו ללונא בת אחיו אין קפידא. ובירר שלא חזר בו משום דבר שנתן בצוואתו הראשונה הנז' זולתי פרטים הנז'. וידענו נאמנה שכל מתנותיו הנז' במתנת מצוה מ"מ כי כן פירש להדייא והיו אחר ג' ימים שנפל למשכב והכביד עליו החולי. גם ידענו כי מאותו חולי אשר צוה בו ונתן כל מתנותיו הנז' מת ולא ניתק מחולי אל חולי והכל כתחז"ל ולראיה על כל האמור ח"פ וקיים וחתומים הרב הגדול כמוהר"ר אבנר ישראל הצרפתי זלה"ה. וכה"ר מנחם מלכא נ"י:

נדרשתי לחוות דעתי קלה כמות שהיא בהאי תפקידתא. אי דייתיקי דא תהוי למיקם אליבא דהלכתא וזכה יהודה בכל נכסי מתנתא. ואף כי איני כדאי לפתוח ראשון רחמנא ליצילן מהאי דעתא. וכי יפתח איש בו"ר תמיהא מילתא. ואולם היותי נכוה בפושרין פעמים שלש דין גרמ'א לבוא עד הלום במילי דשמעתא. ואיידי דטריד טרדין עלי אדמה. ולא צילא דעתא. ושמעתתא בעיא צלותא. אז אמרתי לא אעלה ארוכה רק ללקוט אורו'ת הני מילי מעלייתא מדבריהם דרבנן ראשונים כמלאכים ובתראה שלים ומנייהו תסתיים שמעתתא. וזה החלי. וה' אלהים יעזור לי:

הנה לכאורה יש לפקפק בצוואה זו והוא דהנה מצינו פלוגתא דרבוותא קמאי הרשב"ם והרא"ש ז"ל באומר תנו ר' זוז לפלוני בני בין בבכור בין בפשוט בההיא דפרק י"ן ד' קל"ח דאמרינן התם תר' שכ"מ שאמר תנו וכו' דלהרא"ש מתנה נתן לו מלבד חלק פשיטותו וכמ"ש הב"ח דלמא יגרע בנו מאשתו ובע"ח. ושכן משמע מלשון הרא"ש בפסקיו שכ' אבל אם אמר לפ' בני סתמא או לפלונית אשתי מתנה נתן להם יותר על הראוי להם. ואפי' דהטור משם הרא"ש כ' מתנה נתן להם חוץ מהבכור וכו'. ל"ד בבכור אלא ה"ה

בפשו' אלא כיון דקאי בבכור נקט בכורה וכ"כ הש"ך ס"ק י"א בשם הרא"ש. ונראה דלהכי דייק מר"ן לכתוב כלשון הרא"ש ולא כלשון הטור. אבל רשד"ם ז"ל ס"ל דידו על העליונה. והגם דרשב"ם איירי בבכור שהרי כ' וה"ה אם אמר תנו ר' זוז לפלוני בני סתמא ולא אמר בבכורתו דידו על העליונה מ"מ מראייתו שהביא מדפרכין לקמן ודלמא כראוי לו בחובו קאמר ומשנינן ר"ע היא דדייק לישנא יתירה אם לא אמר כראוי לו הוה אמרינן דבחו' או בבכורתו קאמר דיטול מאתים. מההיא ראיה מוכח דבכלהו תלתא בכור ואשה ובע"ח איירי דבכולהו אמרי' דבראוי לו הוי לישנא יתירה. ובפרט דב"ח נקט רשב"ם להדייא. גם מר"ן סי' רנ"ג ס"ח כ' ואם לא אמר לה כראוי לו ולה בבכורתו ולא בכתובתה ולא בחובו בכולם ידם עה"ע. ע"כ. והיא סברת רשב"ם. וא"כ הדרן לדברי הב"ח דלמא יגרע בנו מאשתו ובע"ח. וכ"כ הרב דרכי נועם חו"מ סי' מ"א וזל"ה דבר פשוט הוא דהאי דאמר רשב"ם וה"ה אם אמר תנו לבני ר' זוז סתמא אבכור ואפשוט קאי דידם עה"ע. אע"ג דרשב"ם מסיק למלתיה ולא אמר בבכורתו דמשמע דמילתיה לא קאי אלא אבכור לא היא אלא משום דבבכור קא עסיק קאמר הכי אבל אה"ן דה"ה גבי פשוט אי אמר סתמא הוי דינא הכי דידו עה"ע. וע"ש שכ' דהוי פלוגתא דרשב"ם והרא"ש וכמש"ל. וכ"כ הראד"ב בסי' ר"ה דהוי פלוגתא דהני רבנן ומר"ן הביא על שלחנו ב' הסברות בסי' הנז' וסברא ראשונה שכ' בסתם היא סברת רשב"ם. והסברא שכתב בשם י"ח היא ס' הרא"ש. וכללא הוא דסתם ויש הלכה כסתם. ובפרט דמור"ם ז"ל במפה כ' וסברא ראשונה נ"ל עיקר. אך באה"ע סי' ק"ט כ' מר"ן ב' הסברות בלישנא דיש ויש וס' הרא"ש ביש בתרא. וקי"ל דיש ויש הלכה כבתרא. וגם מור"ם לא הכריע שם. וצ"ע. שו"ר להרב אחרון חביב שער אשר ח"מ סי' כ"ח שכ' וז"ל ראיתי בתשו' חק"ל ח"מ ח"ב סי' מ"ד דמר"ן בש"ע פסק בשני המקומות כדעת הרא"ש ודעמיה דנוטל את שתיהן באה"ע סי' ק"ט ובח"מ סי' רמ"ה נגד מה שסתם בח"מ סי' רנ"ג כדעת רשב"ם וסמי חדא מקמי תרתי לאפוקי מ"ש הרב זרע אברהם שם דחזר בו הש"ע ממה שפסק באה"ע כדעת הרא"ש ופסק שם בחו"מ כדעת רשב"ם לזה מר דאמר דהשתא דחזינן ליה דבשני מקומות פסק כדעת הרא"ש שפיר אמרינן סמי חדא מקמי תרי ועפ"ז אסיק ותני לבסוף דנפקא מינה למקומות שפוסקים כהוראת מר"ן בש"ע אין המוחזק יכול לומר קי"ל כדעת רשב"ם ודעמיה ושפיר אמרינן דנוטל את שתיהן כדעת הרא"ש וסיעתיה:

מעתה בצוואה זו שכתוב בה ואמ"ל זוהרא בת יצחי' בני תטול מנכסי ת' צ'ורו להרא"ש נוטלתן מלבד חלקה בירושתה ולרשב"ם ידה על העליונה אם הסך ההוא יותר תטלנו ואם חלקה בירו' יותר תטלנו:

ואע"פ שכ' הטור וכתבו מור"ם סי' הנז' וז"ל אם אמר תנו ר' זוז לפלוני בני שהוא פשוט בירושתו אין לו אלא ר' זוז. ע"כ. שאני התם דאמר בירושתו ולא דמי לבבכורתו דבכור וכמ"ש הסמ"ע ס"ק י"ח וז"ל אין לו אלא ר' זוז הטעם דלבניו הפשוטים הרשות בידו לגרוע מחלק ירושתם כמ"ש והיה ביום הנחילו את בניו ואמרינן דדעתו היה שלא יטול אלא ר' זוז בחלק ירושתו כי כן משמעות הלשון דבירושתו. מה שא"כ בבנו בכור דכתיב ביה לא יבכר דלמדינן מיניה דאין ביד האב לגרוע חלק בכורתו. וכן לבע"ח ולאשתו לאו כל כמינה לגרוע חובו וכתו' אשתו ומש"ה אמרינן דדעתו היה שיהיה ידן עה"ע ע"כ. וכ"כ הב"ח וזל"ה והיינו דאומר תנו ר' זוז לפלוני בני בירושתו וכו' דכיון דאמר בירושתו ליכא למימר דמתנה נתן לו וכיון דאיכא למימר נמי שמא דעתו היה למעט לזה הילכך אין ידו עה"ע. ולעיל כתב וזל"ה השתא ניחא דבאומר תנו ר' זוז לפלוני בני בבכורתו דידו עה"ע ה"ט שהרי אינו יכול לגרוע מבכורתו כדנפקא לן מלא יוכל לבכר וכן פירש רשב"ם א"כ דעתו שתהא ידו עה"ע. אבל פשוט דהתורה נתנה רשות להרבות או למעט ביום הנחילו את בניו איכא למימר שמא דעתו היה למעט שלא יטול אלא ר' והמע"ה וכו' ע"כ:

מדבריהם דרבנן הב"ח והסמ"ע נלמוד דיכול האב לגרוע ולמעט ליורשיו מנחלתו אף שאינו מחלק שאר נכסיו כמו שיכול להרבות ולא מקרי עוקר נחלה רק באומר פלוני לא יירש או לא יירש אלא כו"ך. אבל באומר פלוני יירש כו"כ אף שהם פחותים מחלק העולה לו בנחלה לא מיקרי עוקר. ועי' בסמ"ע סי' רפ"א ס"ק ד'. ובזה ניחה דברי מר"ן סי' הנז' ס"ד שכ' וז"ל בד"א בפשוטים אבל בבכור אם אמר יירש כפשוט וכו'. ור"ל דאומר בכור יירש כפשוט הוי דומה לאומר פשוט יירש כו"כ שהם במשל לשליש ולרביע מהנוגע לו בירושה דפשוט מהני שיכול לגרוע ולא מקרי עוקר. ובבכור לא מהני מלא יוכל והוי כלא יטול או לא יירש

ולפ"ז צריכין אנו לחלק בין האומר מחמת ירושה לאומר בירושתו שהרי כתב הרשב"א ז"ל והביאה הב"י סי' רנ"ג ובסי' רפ"א הביאה באורך קצת וז"ל ראובן שכתב שטר לא' מבניו שהיא נותן לו ר' זוז לאחר פטירתו מחמת ירושה ומת ובא זה לחלוק בנכסי אביו וליטול הר' זוז יתירים על חלקו מה דינו. תשובה מסתב' שאין לזה אלא או ר' זוז או חלק ירושתו שאם רצה האב ליתנם לו יתר על חלקו למה כ' לו מחמת ירושה ומ"מ כיון שלא נתן שאר הנכסים לבן הקטן לא איבד זה זכותו בשאר נכסים והרי זה כאלו פירש שיכנסו אלו בחלק ירושתו וכאותה שאמרו תנו לבני בכורי ר' זוז בבכורתו שאם רצה נוטלן או נוטל חלק בכורתו עכל"ה:

ולכאורה נראה דפליג אהטור דאלו הטור כתב דאם אמר בירושתו אף שלא חילק שאר נכסיו אין לו אלא הר' זוז ולא אמרינן דידו על העליונה ואלו הרשב"א כ' דאם אמר מחמת ירושה כיון דלא חילק שאר נכסיו ידו עה"ע. או צריכין לחלק בין האומר מחמת ירושה ובין האומר בירושתו. וכן מצאתי הדבר מבואר בדרכי נועם סי' מ"א וזל"ה וכוונתו בזה לומר דלשון מחמת ירושה אינו כלשון בירושתו דכשאמר תנו ר' זוז לבני פלוני בירושתו משמע בהדייא סילוק לגמרי שמסלקו מן הירושה ואין לו אלא ר' זוז בלבד אבל אומרו מחמת ירושה אינו משמע שמסלקו מירושתו אא"ך נתן שאר הנכסים לבן הקטן וכו' ולכן לא כתב מר"ן שהרשב"א חולק בזה עם הטור דלשון ירושתו לחוד ול' מחמת ירושה לחוד. בירושתו ר"ל בירושתו לגמרי ואין לו אלא אלו שצוה לתת לו. אבל מחמת ירושה הוא לאפוקי דלא נימא דמחמת מתנה נתן לו עוד'ף על ירושתו אלא רצה בזה ליפות כחו להיות ידו עה"ע זו היא כוונת הרשב"א לע"ד וכו' וע"ש שהרחיב הדברים וביאר שיכול לגרוע ואינו צריך לחלק שאר נכסיו והביא דברי הסמ"ע יעו"ש:

לעומת זה מצינו למהרא"ש ז"ל סי' קמ"ו שכתב וזל"ה דהא ודאי משמע דאין שום חילוק בין ב' אלא הלשונות וא"כ משמע דפליג הטור על דברי הרשב"א אלא שנראה לומר שמא שכ' הטור הוא כשחי' שאר נכסיו לשאר בניו ובהכי מודה הרשב"א שלא יטול אלא ר' זוז שכן כ' להדייא הרשב"א וז"ל ומ"מ כיון שלא נתן שאר הנכסים לבן הקטן לא איבד זה זכותו בשאר נכסים וכול'. הרי לך בהדייא שאם נתן שאר הנכסים לבן האחר איבד זכותו וכו' וא"כ אין סתירה ביניהם וכו' ע"ש דמסיק דהיכא שאו' לו שיטול ברשותו פחות ממה שיגיע לו בירושתו שאז הוא עוקר נחלה הנה אז צריך שיפרש השאר שהרי אינו יכול לעקור הירושה ולפיכך צריך שיורש השאר לאחרים שהרי בשאר הוא מרבה לאחרים ולהרבות הוא יכול ולפיכך כשאומר יטול ר' זוז במשל שהוא פחות ממה שנוגע אליו בירושתו אז צריך שיפרש השאר כמו שכתב הרשב"א וכולי יעו"ש:

ולע"ד לא חילק ידענא דאי איירי בחילק נכסיו. מלבד דהעיקר חסר מן הספר. עוד בה מאי אתא לאשמועינן והיינו ריבה לא' ומיעט וכו' ועיין בסי' רפ"א ס"ג. ואפשר לומ' בכוונת הרב היא דאין זה עיקר חסר מן הספר דאורחא דמילתא היא דכיון שנתן לא' ר' מסתמא מחלק שאר נכסיו לשאר היור' וסתמו כפי' דמי ואדרבא אי הוה מיירי בשלא חילק הו"ל למי' בהדייא בשלא חילק כיון דאין כך אורחא דמילתא ומדלא פי' ודאי בשחילק מיירי ולכך סתם הטור דבריו כדי לאוקומי בסתמא דמילתא דהיינו כשחילק משום דהו"ל בשאר מרבה ולהרבות הוא יכול אבל אם לא חילק אף דאמר בירושתו לא מהני דהוי ממעט ולמעט אינו יכול דהו"ל עוקר נחלה:

ומצאתי להרב נתיבות המשפט במשה"א סי' רנ"ג סק"ד דאזיל בשיטת מהרא"ש וז"ל ועי סמ"ע סקי"ח הטעם דלבניו הפשוטי' הרשות בידו לגרוע מחלק ירושתן וכו' ולכאורה הוא תמוה מאד דהא זה הוי כאלו אמר לבנו הפשוט שלא יירש יותר מר' זהובים דאין בדבריו כלום לגרוע מחלק ירושתו ולא מהני רק כשמוריש לבניו האחרים בלשון ירושה וצ"ל דכאן מיירי ג"כ בהכי שחילק כל נכסיו ואמר שנותן לראובן ר' זהובים בירושתו והמו' יירשו היורשים וקמל"ן דלא אמרינן דהר' זהובים הן מתנה יותר על חלק ירושתו והמותר יחלקו כל היורשים רק דתלינן שכוונתו שהר' זהובים הן בעד חלק ירושתו והמותר שייך לשאר היורשים משא"כ בבכור שאינו יכול לגרוע חלק ירושתו ע"י מה שנתן בלשון ירושה לאחרים עד כאן:

ודבריו תמוהין מאד דמאי קאמר וקמל"ן דלא וכו' דהר' הן מתנה יותר על חלק ירושתו. והלא דבריו הן על דברי מור"ם שהכריע כסברא רשונה שהיא סברת רשב"ם דאפי' באומר תנו ר' זוז לפלוני בני סתמא לא אמרינן מתנה נתן לו אלא ידו עה"ע וא"כ מהי תיתי דתיסק אדעתן דאם אמר בירושתו דמגרעות נתן. ועוד בה שחילק שיטול הר' עודף על ירושתו דבר זה א"א לאומרו ולא יעלה על השכל. ואפי' לדברי הטור דודאי ס"ל כהרא"ש אביו דמתנה נתן לו יותר על הראוי לו אין נראה דאתא לאשמועינן כמ"ש הרב דא"כ יותר טוב הו"ל לאשמועינן האי דינא בדלא אמר בירושתו וחילק נכסיו דלא אמרינן מתנה נתן לו עודפת על חלקו בירושה כיון שחילק שאר נכסיו ולמה הוצרך לאשמועינן האי דינא בדאמר בירושתו. וע"ע מ"ש הרב הנז' בסימן רפ"א סק"ה ולטעמיה אזיל:

ונחזור לענייננו שכתבנו דמ"ש המצווה זוהרא בת יצחק בני תטול מנכסי ת' צ'ורו דלהרא"ש מתנה נתן לה יתר על חלקה בירושה ולרשב"ם ידה על העליונה:

ומצאנו למור"ם במפה שכ' וכ"ז דלא אמר דנותן במתנה אבל אם אמר בפי' אני נותן במתנ' ר' זוז לפלוני בע"ח או לאשתי נוטלין מלבד מה שחייב להן. ודברי מור"ם הללו הם לקוחין מהב"י שכ' וז"ל וכ' הריב"ש ז"ל בסימן ת"פ שהסכימו הרמב"ן והרשב"א דדוקא באומר תנו מנה לפלוני בע"ח או לאשתי הוא דאמרינן רצה נוטלן רצה נוטל חובו אבל אם אמר בפי' אני נותן במתנה לאשתי מנה או לפ' בע"ח נוטלן ונוטל חובו ועיע"ש ע"כ:

והנה פשטן של דברים לכאורה נראה שצריך שיאמר בפי' אני נותן במתנה אבל אם אמר אני נותן לבד או יטול או יחזיק או יזכה או יקנה הגם שכולם ל' מתנה הם כמ"ש סי' רנ"ג ס"ב לא הוי אלא כאומר תנו ורצה נוטלן וכו' ולא אמרינן דנוטלן ונוטל חובו אלא באומר בפי' אני נותן במתנה. אבל לאו מילתא היא אלא אף באומר יטול או יזכה וכו'

שהם לשון מתנה וכ"ש אני נותן דהוי כאומר אני נותן במתנה להדייא דדוקא באומר תנו וכו' הוא דאמרינן ידו עה"ע:

ומנא אמינא לא מההיא תשו' דהריב"ש עצמו שנשאל על שכ"מ שכ' בצוואתו בזה"ל אני מניח שתהי' אשתי נוזונית כל ימי מיגר אלמנותה. והשיב שלשון אני מניח בשכ"מ כת' הרא"ש שהוא לשון מתנה כמו יטול ויזכה יחזיק ויקנה ודמיא למאי דתניא בפי' י"ן שכ"מ שאמר תנו וכו' בנדון זה ג"כ כיון שנתן לה מזונות במת' ויש לה מזונות בתנאי ב"ד ידה על העליונה רצתה משום תנאי ב"ד אוכלת רצתה משום מתנה אוכלת וכו' ואם ישאל השואל הרי הרמב"ן והרשב"א הסכימו דדוקא באומר תנו מנה וכו' וא"כ בנד"ד ג"כ כיון שאנו דנין לשון צוואה זו שהיא מתנה נאמר יהיו לה מזונות משני צדדים אחד משום כתו' וא' משום מתנה. י"ל דהתם הוא במי שחייב מעות ונותן מעות די"ל כיון שפי' שבמתנה נותן אין הראשונים בכלל. אבל בנד"ז שהוא חייב כבר במזונותיה והמתנה היא המזונות ההם הרי הכל הוא על ענין א' וי"ל שגם החיוב הרא' נכלל במתנה זו וכו' ועי"ל שבלשון צוואה זו לא אמר בפי' אני נותן לאשתי במתנה מזונות עד זמן פ' שיהיה משמעות דבריו שכל מזונות הזמן ההוא יהיה מתנה אבל אמר שהוא נותן שתהיה ניזונית כל הזמן ההוא ואפשר שנכלל בזה החיוב הרא' עכ"ל בק"י מבוא' להדייא בדבריו דמדמי האומר אני מניח או יטול וכולהו לישני דהוו לשון מתנה לאומר בפי' אני נותן במתנה שהסכימו בו הרמב"ן והרשב"א דבכולהו נוטלן ונוטל את חובו ודוקא באומר תנו וכו' הוא דאמרי' ידו עה"ע. אלא דיצא הרב לידון בדבר חדש בחילוקים דשייכי לנדון דידיה כאשר עיניך תחזינה:

ומעתה בין תבין מ"ש מור"ם אח"כ וז"ל מי שאמר בתו תטול בנכסיו כו"כ ולא הזכיר לצורך נישואיה נוטלת המתנה מלבד עישור נכסים שלה. ב"י סי' ר"ן בשם הרשב"א ע"כ והט' דכיון שאמר לשון תטול דהוי לשון מתנה הוי כאומר אני נותן במתנה בפי' שכתבנו לעיל דלשון תטול לא הוי כאומר תנו. והרב משה"א סק"ו הבין דברים כפשטן דדוקא באומר אני נותן במתנה בפי' אבל לשון תטול ותחזיק וכיוצא לא הוי אלא כאומר תנו ולפיכך הקשה דמ"ש מאומם סתם לאשתי דאינו רק ידה עה"ע וכו' ע"ש. וליתא לע"ד דשאני התם באומר תנו אבל הכא דאמר תטול הוי כאומר אני נותן במתנה וכמ"ש:

ובזה יערב לך ותבין דברים כפשטן בשתי תשובות דהרשב"א דלכאורה פלגן בהדייהו חדא הא דכתבינן לעיל שכתב הב"י בסי' רנ"ג וסי' רפ"א שכתב מסתברא שאין לזה אלא או ר' זוז או חלק ירושתו שאם רצה האב ליתנה לו יותר על חלקו למה כתב לו מחמת ירושה. מפשטן של דברים נראה דכוונת הרשב"א היא שאם כ' שהוא נותן

לגדול ר' זוז ושתק ולא כ' מחמת ירושה הוה אמינא דנוטלה יותר על חלקו ולפ"ז ס"ל להרשב"א כהרא"ש דבאומר לבני סתמא מתנה נתן לו יותר מן הראוי לו. ואלו הה"מ הביא משמיה דהרשב"א להפך והביא לשונו הרב"י סמוך ונראה וזל"ה הרשב"א כ' וכו' ואפי' בבע"ח אם אמר תנו ר' זוז לפלוני וכו' וכן נמי אין אומרים דנוטלן ונוטל את חובו אלא נוטל את חובו מתוך המתנה ונוטל המותר משום מתנה עכ"ל וכ"כ ר"ש דכל היכא דלא אמר בראוי לו ולא אמר בבכור ידו עה"ע ועיקר עכ"ל הה"מ. הרי להדייא בדברי הה"מ שהרשב"א ס"ל כרשב"ם ולפ"ז דברי הרשב"א סתראי נינהו. וה' גד"ת בסוף שער נ"ט הקשה דברי הרשב"א אהדדי ולא בא לכלל ישוב. ולדברינו ניחא דההיא דהרשב"א באומר אני נותן. וההיא דהה"מ משם הרשב"א באומר תנו. ומן התימה על ה' גד"ת שסמוך ונראה זכר ש"ר את תשו' הריב"ש דסי' ת"פ ולא בא לכלל ישוב כמ"ש:

וראיתי להרב ד"ן סי' מ"א שכ' משם חכם אחד שהקשה דברי הרשב"א אהדדי ותירץ שמ"ש הרשב"א שאם רצה האב ליתנה לו יותר על חלקו למה כ' מחמת ירושה. אין הכוונה שכ' מחמת ירושה ולא כ' סתם אלא פירושו למה כתב לו מחמת ירושה ולא כתב לו בתורת מתנה להדייא. והביא לזה כעין ראיה ממ"ש הריב"ש בס' ת"פ וז"ל הרי הרמב"ן והרשב"א הסכימו דדוקא באומר וכו' עד נוטלן ונוטל את חובו. וקלסיה ה' ד"ן משום דחובה עלינו לפרש אפי' יהיה בפי' דחוק דלא תיקשי מדידיה אדידיה כ"ש שאינו דחוק כ"כ ושוב הקשה לפי' זה דאמאי מסיק הרשב"א למילתיה שאם רצה וכו' למה כ' לו מחמת ירושה. הול"ל שאם רצה היה כותב בפי' בתורת מתנה וכו' והמתיק דברי החכם הנז' ע"פ דרכו. ומן התימה על הרבנים הנז' דנחתי לישב דברי הרשב"א בדברי הריב"ש ואפ"ה הוצרכו לידחק שאין הכוונה שכ' מחמת ירושה ולא כ' סתם. וכמדומה לי שלא ראו דברי הריב"ש במקומם אלא בב"י ולכן סברי מרנן דדברים כפשטן. אבל על הרב גד"ת א"א לומר כן שהרי הביא משם תשו' הריב"ש דברים אשר לא זכר שר מר"ן בב"י ועי' להכנה"ג סי' רנ"ג בהגב"י אות כ"ז שהאריך ע"ש. ואין הזמן מסכים להאריך בזה. וכשאפנה אשנה פרק זה בע"ה:

אלא דלפ"ז קשייא לן טובא. דלמה הוצרכו הרמב"ן והרשב"א ומור"ם לומר אני נותן במתנה והלה באני נותן לבד סגי. אך באה"ע סי' ק"ט כ' מור"ם וז"ל ואם אמר בפי' תנו לה במתנה נוטלתן לכ"ע לבד מקו' ריב"ש סי' ת"פ ע"כ. עוד קשה דמ"ש יטול וכולהו לישני דהוו לשון מלשון תנו דהא אף תנו הוי לשון מתנה כמ"ש בפוסקים לך נא ראה. ואם נאמר דאף דהוי לשון מתנה הוא גרוע מיטול וכו' ניחא קצת:

שוב מצאתי שכיוונתי בדברי הריב"ש לדעת חכם א' הובאו דבריו בחוט המשולש בטור הב' סי' ל"ד אך ה' חלק עליו וס"ל דלשון יטול וכולהו לישני דהוו לשון מתנה לא עדיף מתנו ובכולהו צריך שיאמר במתנה כפשט דברי הרמב"ן והרשב"א ופי' דמ"ש הריב"ש ואם ישאל השואל וכו' לא אמר דברים אלו אלא כנגד מי שאינו יודע לשאול אך הריב"ש אינו מקשה שום קושייא שהוא ידע והבין שאין שום שייכות לדברי הרמב"ן עם הנדון שנשאל עליו. ואחר המח"ר פי' זה דחיק ורחיק ואם קבלה וכו'. והיה בדעתי לשאת ולתת בדברי ה' וכעת אין פנאי:

אך את זה חזיתי בעוברי בדברי ה' שכ' וז"ל וגם הרשב"א נראה מדבריו בתשו' דס"ל הכי שהרי בתשו' שכת' משמו נראה דס"ל כהרא"ש שהרי כתב שתטול הר' יותר על עישור נכסי ושם לא אמר אביה אלא תטול בתי ר' סתם ולא אמר שום מלה יתירה וכ' ה' שתטול הסך ההוא יותר על עישור נכסי וה"ז כמו שאמר תטול אשתי מנה ולא אמר בכתו' דס"ל להרא"ש והרמ"א דתטול את שתיהן ע"כ:

ואחר המח"ר שהרי תשו' שממנה הוכיח דרשב"א ס"ל כהרא"ש הביאה מור"ם סוס"ח ולפי דברי ה' דברי מור"ם סתרי נינהו וקשייא רישא אסיפא דאיך בתחילת דבריו הכריע כס' רא' שהיא ס' רשב"ם ואחר סמוך כ' תשו' רשב"א דלדברי ה' אזיל בשיטת הרא"ש:

ועי"ע מ"ש וז"ל ולכן נראה לי הדרך הישר והנכון שממנו נבוא לזכות את הבת בחצי הבית יותר על חלק ירושתה. ממה שאמר אביה בשביל שתנשא בו שזה לישנא יתירה וכו' והרי זה כאומר בראוי לו וכו' וכן פסק מוהר"י אדרבי בתשו' על נדון כיוצא בזה בראובן שהיו יורשיו שמעון ולוי ב' בני אחיו ויהודה אחיו וטה בשעת מיתה שיטול יהודה סך לכלכל את שיבתו ופסק ה' שיטול יהודה הסך ההוא יותר על חלק ירושתו בנכסו ראובן מאחר שהוסיף ואמר לכלכל את שיבתו דלישנא יתיר' לטפויי אתא. ע"כ:

ולדברי ה' מ"ש בצוואה ויתייחדו מנכסי ארבע מאות צ'ורו וכו' ואם זכתה בתי הבתולה מרים תזכה בהם לנדונייתה וכו' האי לנדונייתה הוי לישנא יתירה כמו בשביל שתנשא בו שבנדון ה' שכ' שזה לישנא יתירה הוא ובודאי לשם מתנה נתנו לה שאם כוונתו לחלק ירושתה למה אמר בשביל שתנשא בו וכו' ע"ש וא"כ דכוותה הכא בנ"ד:

ויש להעיר ע"ז שהרי הרשב"א בתשו' סי' ע"ר נשאל באיזה ענין ראוי להשתמש במימרא דכל דלא צריך לטפויי מלתא. והשיב וז"ל בזה אין כח בידינו לדון בו בדמיונות אלא מקום שאמרו אמרו במקום שלא אמרו לא ידענו מה ואין כח בידינו לדון בו ולבסוף מסיק וז"ל הילכך אנן לא בקיאין במלתא שפיר ולא עבדינן עובדא אלא בהנך דאתפרשו בגמרא דאינון ההיא דחוץ מאלו' דבמשנת המוכר את הבית וההיא דבראוי לו דבריתא

דפ' י"ן וכו' ע"ש ואם הכי לא שנאה רח' מנין לו. ועי' בתשו' הרשב"א שהביא הב"י סי' שט"ו ובש"ע סי' שט"ז ס"ג ועי' כנה"ג ח"מ סי' ס"א בהגב"י מאות מ"ט והלאה. ועיעו"ש בדברי הרב הנז' בד"ה עוד כ' באומר תנו וכו' ועי' מ"ש ה' מחנה אפרים הלכות מתנה סי' ל"ח:

אך כ"ז הוא להתלמד למקום אחר. אכן בצוואה זו שחילק כל נכסיו ונתן לכל א' מבנותיו מקצת מנכסיו ואח"כ צוה ואמר ושאר כל נכסי וכו' אני נותן אותם ליהודה ויזכה בהם וכו' הא ודאי דאין דעתו שיטולו הבנות כ"א הסך ההוא דוקא דאי אפשר לומר דדעתו שיטולו הסך ההוא יותר על חלקם להרא"ש או ידם עה"ע לרשב"ם דלפ"ז נתן ליהודה פחות מחלק ירושתו ולמה הוצרך לתת לו בלשון מתנה. וכעין ראיה לזה מצינו בתשו' הריב"ש הנז' שכ' וז"ל וא"א לומר שדעתו היא שתוכל בתנאי ב"ד דא"כ איך אמר לשון מתנה הרי לא נתן לה כלום. או' כיון שזיכה לה בלשון מתנה הרי היא ניזונית מכח המתנה ע"כ:

גם א"א לידחק ולומר דלעולם דעתו שתהיה ידם עה"ע ואסיק אדעתיה שמפני שהרשות בידם שיטולו הסך ההוא אף אם יהיה פחות מחלק ירושתן מאיזה סיבה אמטו להכי נתן השאר ליהודה אם יהיה כך אבל לעולם ידם עה"ע. דבר זה אי אפשר לאומרו ואין השכל מקבלו. דהא ודאי דלא תיסק אדעתיה שהוא יתן ידם עה"ע שיבחרו ביותר גדול והם יבחרו בקטון. או' דלא נתן להם כי אם הסך ההוא דוקא:

ואע"פ שאין צריך ראיה מ"מ מצינו ראיה לזה מההיא דהרשב"א שכתבנו למעלה שכתב ומ"מ כיון שלא נתן שאר הנכסים לבן הקטן לא איבד זה זכותו וכו'. הרי לך להדייא דכשלא נתן שאר הנכסים לבן האחר הוי ידו עה"ע ואם נתן אותם אין ידו עה"ע אלא אין לו אלא מה שכתוב. גם ראיה מההיא דמהרא"ש דסי' קמ"ו שכתבנו לך נא ראה. והראד"ב סי' ר"ה בנדון כזה תחילה הביא ההיא דפ' י"ן ואח"ך כ' מ"מ למדנו דהוי פלוגתא דרבוותא היכא דאמר דנותן לאשתו סתמא או לבנו כו"ך מעות אם הוא עודף על כתו' והירושה וא"כ נראה לכאורה דנ"ד דמי להההיא והיתו' היורשים שנתן להם אלף לבנים לכל א' סתמא לרשב"ם ידם עה"ע ולהרא"ש נוטלין ונוטלין הירושה. אבל הא ודאי לאו מילתא ודברים פשוטים אני רואה כאן דכיון שזאת האשה צותה שיתנו לכל יתום אלף לבנים מהשני יתומים והשאר לבני אחות אביה. אי איתא דכוונתיה שיחלקו ג"כ עם היתו' היורשים הנז' היה לה לומר והשאר יהיה להם ולבני אחות אביה כיון דבדידהו קא עסיק. או מדפתח בהו ושביק להו וכו' א"כ משמע דאין כוונתה אלא לתת לבד אלף לבנים. את"ד:

אתה הראת דלכאורה עלה בדעת הרב לדמות נדונו להההיא דהרשב"ם והרא"ש ושוב חזר בו דכיון דנתנה השאר לבני אחות אביה תו לא שייך לומר בזה פלוגתא דרשב"ם והרא"ש ומינה לנדון דידן שהוא כנדון הרב שהרי לכולם נתן סך מה והשאר נתן אותו ליהודה דלא שייך פלוגתא דרשב"ם והרא"ש ואין להם אלא הסך הכתו' ותו לא:

איברא דהרב מוהרש"ך ח"ב סי' קס"ד וחכם אחר עמו פליגי אהראד"ב בההוא נדון עצמו וס"ל שיזכו היתומים במתנות שהניחה להם נוסף על החלק המגיע להם בתו' ירושה. אך מהרש"ך כ' לאותו חכם שיראה לו לעשות הטוב והישר. והכנה"ג הביא דברי הראד"ב ז"ל ומהרש"ך סי' רנ"ג בהגה"ט אות נ"ג וסי' רפ"א הגה"ט אות יו"ד:

ואולם בנדון דידן גם הרש"ך יודה ופוק חזי מ"ש מתשובתו הרמתה ומדבריו אתה למד דע"כ לא פליגי אהראד"ב אלא התם משום דסבר לה מר דלא ידעה שהם יורשים דאפליג דרתא מדלא הזכירה בשם יורשים כ"א לבני אחות אביה ולא להם שהם בני בני אחות אביה וגם מדנתנה להם בלשון מתנה שאם היתה יודעת שהם יורשים היתה נותנת להם בלשון ירושה דהא קי"ל כריב"ב דריבה לא' ומיעט לא' אם אמר על מי שראוי ליורשו דבריו קיימים וגם כן לא היתה כוונתה לרבות חלק היורשים שהזכירה שהרי צוותה שאם ימצא איזה יורש אחר שיחלקו ביניהם. או' לא ידעה שהם יורשים ובטעות הורישה לאותם יורשים שהזכירה. א"כ בנ"ד דליכא למימר שטעה שהרי הטענית שמהם טען א' לכשתדוק כולם ליכא בנ"ד. ואדרבא זיל לאידך גיסא דאיש נבון כזה ודאי ידע. ועוד הרי כ' בצוואה והוכחנו ע"ד אעבורי אחסנתא וכו' ואי איהו לא הוה ידע הרי הודיעו הרב המוכיח. ועי' אהע"ז סי' ק"ט ס"ג:

גם אין לפקפק בהאי צוואה ממאי דנקיט בה לישנא דנכסי דלשון זה יורה דאינו נותן כ"א בעודם שלו ולא לאחר מיתה שאינם שלו וכדאמרינן במתניתין בכתובות ד' פ"ג הכותב לאשתו דו"ד אין לי בנכסייך ה"ז אוכל פי' בחייה ואם מתה יורשה א"כ למה כ' לה דו"ד אין לי בנכסייך שאם מכרה ונתנה קיים. ומקשה הש"ס ותימה ליה מכל מילי סליקת נפשך ומשני רב אשי אמר בנכסייך ולא בפי' בנכסייך ולא לאחר מיתה ופי' רש"י ר"א אמר אין לך אלא דקדוק הלשון מנכסייך אמר לה אבל לא בפי' ובעודה שלה קאמר לה דהא בנכסייך קאמר ולא לאחר מיתה שבטל שמה מעליהן ע"כ. ודון מינה ואוקי באתרין דאמר בנכסי דאמרינן שאינו נותן כי אם בחיים בעודן שלו וקי"ל דמתנת שכיב מרע אינה קונה אלא לאחר מיתה ולפ"ז נמצאו דבריו בטלים:

וחזיתיה להרב הגדול אחרון חביב שער אשר ח"מ סי' כ"ב שכ' וז"ל אלא דלכאורה היה נר' לפקפק בזה במאי דאמר השכ"מ בלישנא וכו' דאיכא למימר שלא היו דבריו

אלא כ"ז שעודנו בחיים שהוא ממונו וכיון דמת נפל הממון לפני היורשים ואין לו ליתן כלום. וכמש"ר בת' עדות ביעקב סי' ע' דקפ"ג שכתב כן ומייתי בידיה תשו' הרשב"א ח"ב סימן קכ"ח דמוכח מדבריו דלענין מתנת בריא מודה ליה מיהא לסברת ה' השואל דמדמי האי מילתא להההיא דנדרים דקונם לביתך שאני נכנס. מת או מכרו לאחר מותר. משום דתו לא מיקרי ביתו והרב עדות ביעקב מניר' החזיק הדבר בפשיטות מההיא דפ' הכותב דאמר רב אשי בנכסייך ולא לאחר מיתה. והגם דמדברי הריטב"א בחי' שם והריב"ש סי' ר"ז ומהריק"ו ס"ז מפורש יוצא מדבריהם דבשאר מתנות דעלמא לא דייקינן אלישנייהו ואסתמא דמילתא אזלי' שהיו דבריהם גם לאחר מיתה מכל מקום שפיר מצו מימר היורשין שהם מוחזקים קי"ל כסברת הרשב"א והרב השואל ומהריק"ו דשינה את טעמו בסי' י"ג ואף דהרשב"א בש"מ לא קאמר דבריו תמוהים כיון דהא קי"ל כל מילתא דליתיה בבריא ליתיה בש"מ כו' את"ד. וכן ראיתי שנמשכו אחריו בתשו' דב"מ ח"ב סי' ע"א מר ניהו הרב מהרמ"א ומהר"א גאטינו שם ובתשו' מלך של'ם סי' ל"ח ועד אחרן בתשו' אהל יצחק ז"ל הנד"מ סי' כ"ו דשפיר מצו למימר היורשין קי"ל כשיע"ש. והגם דבתו' הרב"ד סי' ק"ל התמרמר מאד ע"ז ומר ניהו הרבה להשיב אפו על ה' מהריד"ב ועמד ואמר לא ישתקע הדבר ולא יאמר. וכ"כ בתשו' ירך אברהם ח"ב ח"מ סי' ע"ב ובתשו' שבט בנימין הנד"מ סי' רע"ד. ומ"מ מאן ספין ומאן רקיע ובפרט אנן יתמי דיתמי לאפקועי ממונא מיד היורשים שהם מוחזקים מדין תורה ע"כ:

ושוב חזר בו הוא מותיב לה והוא מפרק לה נפק דק ואשכח לרבא בש"מ שכ' משם רש"י ורשב"א וריטב"א מפורש יוציא מפומייהו דארייותא סרכין תלתא אינון דס"ל דבשאר מתנות דעלמא לא דייקינן בלישנייהו ואזלינן בתר סתמייהו דאינשי דכי קאמרי נכסי אכולהו מילי נחתי ולחלק יצאו בההיא דסילוק הבעל מתרי טעמי הנאמרים באמת ושגם מהריד"ב דהחזיק כ"כ בפשי' לו' הפך זה אינו אלא משום שלא יצאו לאור עדיין באותו זמן שיטתן של ראשונים ולא הגיעו לידו כ"א חידושי הריטב"א כ"י אמטו"ל מר הוא דאמר דהגם דהריטב"א והריב"ש סוברים דלא דייקינן מ"מ לא פלטינן מדעת הרב השואל והרשב"א וגם מהריק"ו בשו' י"ג הסוברים דדייקינן בלישנייהו ושפיר מצי היורש שהוא המוחזק לו' קי"ל כוותייהו. ברם השתא דחזינן להרשב"א גופיה דגם איהו קאי בשיטת הריטב"א ממילא נתאמת הדבר דגם בתשו' הרשב"א שהשיב לשואל קושטא קאי בכוונת דבריו כדברי מהרי"ד וגם רש"י מגדולי הרא' קאי בשיטתייהו ולא חזינן כעת מי שיאמר הפך זה פשיטא ודאי דגם מהריד"ב אי הוה חזי הכי הוה משוי אנפשיה הדרנא וממילא ודאי דגם מגדולי האחרונים כמו מהרמ"א ומהרא"ג שתפסו בזה דגל

הקי"ל אינו אלא מפני שנמשכו אחרי מהריד"ב ולא ראו דברי הרא' והרשב"א גופיה מכללם שבפי' איתמר בדבריהם להפך. אכן אנן בדידן דזכינו ובא לידינו תורתן של ראשונים פשיטא ודאי דתחת כפות רגליהם נלך ומאי דכתב מהריד"ב דמהריק"ו בסי' "ג שינה את טעמו אנא נפשאי לא חזינא וכו' ושגם הרב השואל דהרשב"א לא היו דבריו אלא גבי האפו' וכו' את"ד. והסכימו עמו תרי רבנן מרבני שאלוניקי כמ"ש:

אתה הראת דכולהו תלתא סברי מרנן דהגם דמהריד"ב החזיק הדבר בפשיטות ותרי רבנן מגדולי האחרונים מהרמ"א ומהרא"ג תפסו בזה רגל הקי"ל אין זה אלא בימיהם דלא נראה בעליל שיטות הרא' אכן לדידן דזכינו לאורם ומצאנו שהרשב"א אזיל בשיטת הריטב"א אין לתפוש בזה דגל הקי"ל:

ואף דהדוחה יכול לדחות את דבריהם דרבנן דאף דאנן זכינו לשיטת הרא' ומצאנו שהרשב"א ס"ל כהריטב"א מ"מ אכתי יש תרי רבוותא דסברי דדייקינן בלישנייהו ה"ה ה' השואל דהרשב"א ומוהריק"ו דשינה את טעמו בסי' י"ג ואף דהרב שער אשר פי' דברי מהריק"ו בדלא שינה את טעמו וגם הרב השואל לא אמרה אלא באפוט' מ"מ הרי דבר זה אינו תלוי במה שלא ראה דברי הרא' אלא בהבנת הלשון וא"כ לראשונים אנו שומעים ויש לתפוש בזה דגל הקי"ל:

וקשיא לי על ה' מהריד"ב שהחזיק הדבר בפשי' דהלה שס' ערוך בפ' מ"ש דמקשה הש"ס אדרב נחמן דאמר שכ"מ שכ' כל נכסיו לאחרים ועמד אינו חוזר חיישינן שמא יש לו נכסים במדינה אחרת ומקשה הש"ס ואלא מתני' דקתני לא שייר קרקע כ"ש אין מתנתו קיימת היכי משכחת לה ומשני אמר רבי חמאי באומר כל נכסי ופסקוה הפוסקים. ואין לומר דכוונת הש"ס והפוסקים שיאמר כל הנכסים שיש לי דזה מועיל כמ"ש הרשב"א בתשו' הנז' שהאומר הנכסים שלי כמפרש בעודם שלי אבל האומר הנכסים שיש לי כמפרש הנכסים שיש לי עכשיו ואע"פ שיצאו מתחת ידי למשר. ע"כ דזה דוחק גדול הוא לומר דלשון כל נכסי דנקטי' הש"ס והפוסקים הוא ל"ד. ואין סברת מהריד"ב אתי לעמוד על שרשן של דברים:

אך חזיתיה להרשב"א בתשו' הנז' שכ' וז"ל ועוד כי אפי' תמצי לומר כי לשון כל מה הוא כולל ושיש לי הוא פורט אין אנו תופסים את הפורט אלא את הכולל ולענין ההיא בנדרים וכו' ואף אנו נאמר ע"כ מה שיש לי ע"ש. מבואר מדבריו דאף דנימא דנכסי לא הוי אחר מיתה בכלל אם אמר כל נכסי כולל אף לאחר מיתה. ולפ"ז לא קשה מההיא דפ' מ"ש אמהריד"ב. וא"כ בנדון דידן שכ' בצוואה ושאר כל נכסי וכו' אני נותן ליהודה מלת כל אגוני מגנא מהדין פקפוקא. וכן מצאתי לה' משאת משה סי' י"ח בנדונו שהיה כ' ושאר

כל נכסי נתונים לפלוני כ' וז"ל הרי קראן נכסי עצמו ויש לבע"ד לגמגם עלה דמאחר דמתנת שכ"מ אינה אלא לאחר מיתה מכי מיית הא נפקי ליהו נכסי מיניה דידיה ונפול קמי יתמי כדאמרינן התם בפ' השותפין קונם לביתך וכו' הכא נמי מכי מיית נותן והלא בא לזכות בנכסיו תו לא קרינן בהו נכסוהי דאיניש אך הרואה יוכל לראות דהרבה תשו' בדבר חדא דכל האומר נכסי נתונים בשגם אלאחר מיתה קאמר מ"מ קרי כאן נכסי אמאי דהוו בההיא שעתא מקמי נפילה ודוגמא לזו ההיא דפ' השולח מאי עבדי שהיה כבר אלמא משתעו אינשי הכי ועדיין זו שלפנינו עדיפא טפי. ותו דאשכחן ליה להרשב"א דהגם הלום הודה לדברי השואל במאי דאגמרא בדדמי אומר נכסי לפ' בהדי מתני' דנזיר הנז' מ"מ הדר דחאה לנ"ד משום דבנדונו כתיב בה כ"מ שיש לי או כל ממוני ומאמר כל כללא הוא אע"ג דאח"ך פרטם וכו' מ"מ כך היא דעת הרשב"א נוטה דבאומר כל נכסי מרבה רבי ואין דומה להההיא לביתך שאיני נכנס וכו' ולדבריו דאיכא בנ"ד זכות תולה שהרי אמר כל נכסי נתונים דמוציאנו מהדין ערעורא לדעתיה ע"כ יעו"ש:

ואנא נפשאי לדידי חזי לי דכ"ז הוא לדידהו דתפסי לעולם דגל הקי"ל אבל אנן דקיימו וקבלו רבותינו עליהם ועל זרעם הוראת מר"ן בב"י ובש"ע וסברת מור"ם במפה היכא דלא פלגא אמרן ולעולם לא אמרינן קי"ל נגד סברתם לא חיישינן להאי פקפוקא אפי' בלא מלת כל דמצינו למר"ן השו"ע סי' רנ"ג ש"כ וז"ל שכ"מ שצוה ואמר יטול פלוני כל נכסי או מקצת נכסי וכו' לשון מתנה הם ע"כ והוא לשון הרמב"ם וכן הוא לשון רשב"ם בגמרא והכי הוא כמבואר:

וגדולה מזה כ' בב"י וז"ל ומיהו בההיא עובדא דמהרי"ק מטעמא אחרינא נראה שיש לגמגם בה לומר דלא מהני ההיא מתנה לפי שהיתה כתו' בלשון הזה צוותה להניח ן' דוקאטי לר' מנחם ואלו היה כתוב אמרה אני מנחת ן' דוקאטי לר"מ ודאי היה מועיל כמ"ש בדברי הרשב"א והרא"ש ז"ל אבל צוותה להניח משמע צוותה לאחר להניח ה"ן דוקאטי ואפי' אם ברור לנו שאמרה היא באותו לשון ממש שכתוב בצוואה כיון דקי"ל דאין אדם מוציא דבריו לבטלה סתמא דמילתא שהיא המנחת אלא שלא דקדקה בלשונה ע"כ ועי' חוט המשולש טור הר"א סי' ל"ג וסי' נ"א אף אתה אמור דבאומר נכסי מסתמא הכל בכלל כי היכי דלא ליהוי מוציא דבריו לבטלה ותל"מ:

גם אין מקום לערער בהאי תפקידתא ממאי דכתיב בה ביום הנז' נכנסנו לבקרו וכו' ואמ"ל שאם זכתה בתו הבתולה מרים לחופה יעניק לה יודא בנו בנדונייתה נוסף על הדבר האמור לעיל הבית הקטנה וכו' ונמצא שחזר במקצת וקי"ל דחזרה במקצת הוייא חזרה בכולה כמ"ש בש"ע סי' ר"ן סי"ב ועיין כנה"ג בהגה"ט אות ס"ז שגם במצוה מ"מ

הדין כן. שהרי כתב מור"ם בהגה מיהו אם פי' בהדייא דאינו חוזר רק במקצתן קנה הראשון הנשאר. ובצוואה זו הרי כתוב בזה"ל ובירר שלא חזר בו משום דבר שנתן בצוואה הראשונה הנז' זולתי פרטים הנז' ע"כ ואין לטעות ולומר דמ"ש מור"ם מיהו אם פי' בהדייא וכו' דלא קאי אלישנא דמר"ן כ"א אתחילת דבריו שכ' ואפי' נתן לב' בשטר א' וכו' דהא ודאי גם אדברי מר"ן קאי דהא היכא דלא פירש בהדייא שאינו חוזר דקי"ל דחזרה במקצת הוייא חזרה בכולה הוא דהוייא רבותא טפי בההיא דמור"ם מההיא דמר"ן אבל היכא דפירש להדייא שלא חזר רק במקצתן מאי שנא ההיא מההיא. וכן משמע גם מדברי מר"ן שכתב מסתמא חזר בכל דוק מינה דאם פירש שלא חזר כ"א במקצת מהני. ועוד שהרי דברי מור"ם הם לקוחים מהנ"י והביא דבריו הב"י שכ' הא דפסק תלמודא דהוייא חזרה בכולהו ודאי לא משמע היכא דאמר בפי' איני חוזר בי אלא ממקצתן דהא ודאי נשארו מקצתן לראשון וכו' ושוב כ' ואפילו נתן נכסיו לב' בני אדם וכו' ע"כ הרי מבואר להדיא כמ"ש

מעתה צריכין אנו לברר מאי דלכאורה מקום יש בראש להסתפק דכיון דקי"ל דייתיקי מבטל' דייתיקי א"כ כ"ז שאין העדים מעידים שלא זזה ידם מתוך ידו עד שמת ולא חזר בו ליחוש דילמא חזר בו ועל המקבל להביא ראיה שלא חזר בו דהמע"ה. אכן נראה דלאו מילתא היא דמסתמא אמרינן דלא הדר ביה שאין דרך ב"א לחזור מדבורם ומעין דוגמא מצינו לטור סי' קכ"ב והביאו הש"ך שם סק"ז שכ' שחזקת בע"ה עומד בדבורו ולכך לספיקא לא חיישינן דאין זה מקרי ספיקא כיון דאורחייהו דאינשי דקיימי בדברייהו:

איברא דמצאתי להרב משכנות הרועים מע' צ' אות ז' בצוואה א' שטענו היורשים דדילמא הדר ביה הנותן ועמד הרב ותלאה בפלוגתא דרבוותא קמאי דהה"מ בפ' ח' מהלכות זכייה כ' ומ"מ נראה שאף בלא קנין אם מת זכה ואין היור' יכולין להוציא מידם שיאמרו הרי זו מתנת שכ"מ במקצת וכיון שאין בה קנין אינה מתנה עד שיבררו בראיה ברורה שיש לו בנכסים במקו' אחר שלא אמרו חיישינן אלא לתועלת המקבלים ע"כ. והביא כת החולקים על הה"מ וכת' אמור מעתה בנ"ד בחששא זו שטוענים היורשים שמא חזר במתנה זו דלדעת הה"מ דלא אמרינן חיישינן אלא לתועלת המקבלים הכא אי חיישינן הוי פסידא דמקבלים ולדעת הנך רבוותא דחיישינן דאוקי ממונא בחזקת הנותן א"כ שפיר חיישינן שמא חזר בו את"ד:

ואחר המח"ר לדידי חזי לי דלגבי החזרה כ"ז שלא יש ראיה ברורה לא חיישינן שחזקת אדם עומד בדיבורו ולא משוי נפשיה הדרנא וסתמיה דשכ"מ מידק דייק והדר יהיב:

ואפי' לדברי הרב דספיקא הוי לא דמייא להההיא דהה"מ דמדי הוא טעמא דהה"מ שכ' דלא חיישינן אלא לתועלת המקבלים הוא משום דס"ל בתי' ק"ו הראב"ד כתי' הרא' שהביא רב תנא הוא מש"ל משם תשו' הרשב"א דטעמא דחיישינן להוציא מיד הנותן משום דכיון דקנו מידו מיירי הרי לא נהג במתנתו כדין מתנת שכ"מ שקונה בדיבור בעלמא משמע שי"ל נכסים אחרים ומקנה במתנת בריא ע"כ. ומ"ש הה"מ שלא אמרו חיישינן אלא לתועלת המקבלים כוונתו לומר משום שקנו מידו. ומזה למד להיכא שלא קנו דלא חיישינן מדנתן במתנת שכ"מ ולא נתן במתנת בריא דכמו שהקנין יגיד לנו שי"ל נכסים אחרים כך העדר הקנין יגיד לנו שאל' נכסים אחרים ולפיכך כ' הה"מ דאם לא קנו לא חיישינן. והמש"ל אחר שהביא דברי הרשב"א הנז' כ' ולפי טעם זה שכ' הרשב"א בשם הראב"ד משם הה"מ ז"ל דבלא קנין לא חיישינן שמא י"ל נכסים אחרים ולא קנו דלא אמרו כן אלא לתועלת המקבלים לדעת הרשב"א שכתבתי הכי הוי כיון דלית קנין ודו"ק ע"כ. ודוק בדבריו ותמצא כמ"ש. וא"כ לדעת ה' משה"ר דלגבי החזרה ספיקא הוי אף הה"מ יודה דחיישינן דשאני התם דלא חיישינן הט" דמדלא קנו מיניה ונתן במתנת שכ"מ ולא במתנת בריא משמע שאין לו נכסים אחרים ואין הטעם הוא משום דהוי פסידא דמקבלים דאי ספיקא הוי וטעמא דלא חיישינן משום פסידא דמקבלים אדרבא ניחוש לה דהנכסים בחזקת נותן קיימי. איך שיהיה כל לגבי דידי לא חיישינן לחזרה עד שיהיה בראיה ברורה ומה גם דלא אשתמיט שום אחד מהפוסקים ראשונים ואחרונים לומר לנו דחיישינן לשמא חזר. א"ו ליתא:

וגם המשה"ר כ' דלדידן דבתריה דמר"ן גרירנא לא חיישינן לספיקא דהיא מטעמא אחרינא. והוא דמצינו בנותן מתנה לחבירו מהיום ולאח"מ ולאח"ז מת הנותן וטענו היורשים כי נכסים הללו קנאם אחר שכ' לך המתנה ואין לך זכות בהם והמקבל אומר כי כבר היו לו בשעת המתנה כ' הבעה"ת שהורו הגאונים שהכל בחזקת מקבל המתנה וכן כ' הרשב"א משם הגאונים אבל הטור בסי' קי"ב פסק דבחזקת יורשים נכסי קיימי עד שיביאו ראיה ומר"ן בש"ע סס"י ר"ן פסק כדעת הגאונ' ובסי' קי"ב הביא דעת הגאונים בי"א בתרא דס"ל כותיה ע"פ הכלל המסור בידינו ואע"ג דהרשב"א פסק דבכל ספק שבשטר מתנה יד בעל השט' עה"ת כיון דבא להוציא מיד המוחזק וכ' מר"ן הב"י בסי' רמ"ו עלה וזה פשוט וכתבה בש"ע שם ס"ה. הא לא דמיא דהתם עיקר הספק אם נתכוון למתנה או לעשות אפוט' ואין כאן מתנה כלל משום הכי פסק הרשב"א דאין להוציא מיד המוחזק. משא"ך באידך דהמתנה קיימת אלא שטוענים שמא אח"ך קנאם בזה יפה כח המקבל וכיוצא בזה כ' ה' מהרלנ"ח בראשונות סי' ע"ה וז"ל ונראה דיד המקב' המתנה

עה"ע דבשלמא אם היה הספק נופל על זכות המתנה מעיקרא י"ל דנכסים בחזקת יורשים קיימי. אבל כיון שהמתנה מפו' שהוא זוכה ומספק אתה בה לבטלה מצד התנאי עליו להביא ראיה ע"כ. ובנ"ד שהיורשים מודים בצוואה ועכשיו הם באים מכח ספק שמא חזר בו עליהם להביא ראיה דאנן בתריה דמר"ן גרירנא וכבר נתבאר דעתו לזכות למקבל והיינו ע"פ החילוק הנז' וגם הכנה"ג חילק כן ונסתייע מתשו' מהרלנ"ח הנז' עכ"ל בקי"ק:

ומ"ש ובסי' קי"ב הביא דעת הגאונים בי"א בתרא דס"ל כוותיה וכו'. אני שמעתי מגאון עוזינו פאר הרבנים הרב הגדול

אי"ש האלדי'ם כמוהר"ר אבנר ישראל הצרפתי זלה"ה דהגם דקי"ל יש ויש הלכה כבתרא היכא דהכריע מור"ם כי"א קמא פסקינן כוותיה ושכן קבלה בידו מהר"א נ"ן זיע"א. ושוב מצאתי משתמש בכלל זה ה' ויאמר יצחק ז"ל בתשו' לך נא ראה. ובכאן הרי מור"ם הכריע וכ' והסברא הא' עיקר ע"כ. אכן בכאן פשוט וברור הוא דלא אזלינן כהכרעת מור"ם דמאחר דבסוף סי' ר"ן נקט מר"ן לס' הגאונים כסתם ודאי דהכי נקטינן:

עוד צל"ד אם יש לפקפק בצוואה זו ממאי דקי"ל הכותב כל נכסיו לא' מבניו לא עשאו אלא אפוט' דהנה מצינו להרשב"א בתשו' שהביא הב"י סי' רמ"ו מחו"ד וז"ל שכ"מ שאמר אני נותן לבני כו"ך ושאר כל נכסי לאשתי כיון שנתן מקצת נכסיו לבנו ואין לו אלא אותו הבן זה ודאי מוכיח מצד עצמו שלא נתכוון בנתינת האשה לעשות אפוט' בשאר נכסים עליו שאם כן מ"ש אותו מקצת שלא עשאה אפוט' עליו כמו שעשאה על השאר וכו' ע"כ. מדכתב ואין לו אלא אותו הבן מוכח דאם יש לו בן אחר ולא נתן לו אמרינן דלא עשאה אלא אפוט':

אך תשו' הגאונים שהביא הב"י מחו"ה חולקת ע"ז וכ"כ הכנה"ג בהגב"י אות ע"ו וז"ל ואין לו אלא אותו הבן נ"ב מלשון זה נראה דאם יש לו בן אחר כיון דלגביה לא שייר כלום לא עשאה אלא אפוט' וכו' ולפ"ז אפילו היו לו בנים רבים כל שנתן להם מתנה ולא שייר לא' מהם שלא נתן לו מתנה הוי כמי שאין לו אלא בן אחד ונתן לו מתנה אבל מתשו' הגאונים שמביא רבינו המחבר נראה דאפי' יש לו בן אחר ולא נתן לו כלום לא עשאה אפוט' וכן ראיתי למהרש"ך ח"ב סי' קס"ח והראד"ב בסי' קצ"ז דקדקו מדברים אלו של הרשב"א דדוקא כשאין לו בן אחר ושתשו' הגאונים סוברים דאפי' יש לו בן אחר ולא הניח לו כלום לא עשאה אלא אפוט' עכ"ל בקי'. מעתה בצוואה זו שנתן לב' יורשיו האחרים סך מה לכל א' מהם ושאר כל נכסיו נתן ליהודה ודאי למתנה גמורה איכוון ולא לאפוט' ואף הרשב"א יודה:

ואולם מצאנו למהרש"ג סי' ל"ד שכ' וזל"ה כיון שכן בנ"ד שנתן לבתו הגדולה ב' אלפים לבנים ולבתו הקטנה כל מה שצריך לצורך נישואיה א"כ אין לך שיור גדול מזה ואמרינן דלמתנה נתכוון. אמנם נראה דאפ"ה אפשר לומר דלא עשאה אלא אפוט' והט' הוא דכיון דבעת פטירתו לא הניח כלום לבתו הקטנה עד שעת נישואיה והיורש מסור בידה עד שעת נשואיה א"כ ודאי י"ל דלכבדה נתכוון שיכבדו לה ולא עשאה אלא אפוט'. ויש להביא ראיה ע"ז ממ"ש בהגהות מרדכי בב"ב סי' תרס"ז על א' שנתן נכסיו לאשתו ואמ"ל ואחריך לילדי בנותי וז"ל ועוד נראה לי דאפי' הוה קי"ל כרבי דב' מוציא מיד הלקוחות אין לחושבו כשיור לבטל האפוט' מאשתו הואיל וכל ימי חייה היורשים בידה דהא טעמא דהכותב כל נכסיו לא עשאה אלא אפוט' הט' משום דאיכא למימר דלכבדה נתכוון והואיל וכל ימי חייה היור' בידה היינו אפוט' והמתנה בטלה הואיל והיורשים בידה כל ימי חייה וכו' א"כ ה"נ בנ"ד הואיל דעת שעת נישואיה היורש בידה א"כ ודאי די"ל דלכבדה נתכוון דאין לחלק ולומר דשאני התם הואיל וכל ימי חייה היורש בידה והכא בנ"ד אין היורש בידה אלא עד שעת נישואיה. דודאי דאין זה חילוק. אלא כיון שיש זמן מה שהיורש בידה ודאי דאין לחלק בדבר אלא דכמו שהתם כ' המרדכ"י הואיל וכל ימי חייה היורש בידה שלא עשאה אלא אפוט' ה"ן בנ"ד כיון שהיורש בידה עד שעת נישואיה ודאי דלה עשאה אלא אפוט' ע"כ:

וא"כ בנ"ד נמי שכתוב בצוואה ויתייחדו מנכסי ת' צ'ורוס וכו' ואם זכתה בתי הבתו' מרים לחופה תזכה בהם לנדונייתה וכו' כיון שעד שעת נישואיה לא שייר לה מידי אם כן לגבי מרים לא הוי שיור. והגם דלזוהרא בת יצחק שייר לה כבר כתבנו משמיה דהרשב"א דאם יש לו בן אחר ולא שייר לו לא הוי אלא אפוט':

אכן מצאנו להרמב"ם ז"ל בהל' זכייה ה"ג שכ' וז"ל בד"א שכ' לבן בן הבנים אבל אם כ' כל נכסיו לבן בן הבנות או לבת בין הבנות או לא' מן היורשים בין שאר היורשים אע"פ שלא שייר כלום מתנתו קיימת וכ' הה"מ חילוק זה מבואר בהלכות מהכריח השמועות לפי שיטת הגאונים ז"ל ושאלו מה טעם לחילוק זה ואמרו הא מילתא כהלכתא בלא טעמא היא כדאיתא במי שמת ולית בה אלא מאי דאמרי רבנן ע"כ ופסקו הש"ע ס"ו וא"כ בנד"ד אף דנימא לגבי מרים לא הוי שיור וכמ"ש מהרש"ג הא קי"ל דבן בין הבנות אע"פ שכי שלא שייר הוי מתנה. ואין לחלק ולומר דע"כ לא אמרי רבנן דבן בין הבנות הוי מתנה אלא לדידהו שאין להם הבת יורשת דאוקמוה אדאורייתא. אבל לדידן בני מערבא שהבת יורשת מתקנת אבותינו ורבותינו המוגרשים זיע"א א"כ נימא דדין בן בין הבנות כבן בין הבנים הא ליתא שהרי כתבנו משם הה"מ דטעם חילוק זה הוא משום

דהוי הלכתא בלא טעמא ולית בה אלא מאי דאמרי רבנן א"כ אף לדידן שהבת יורשת הוי כמו שאינה יורשת ואין לך בו אלא חידושו:

אלא דראיתי לה' לחם משנה שכ' וז"ל עוד הקשה הרי"ף ז"ל דמה טעם לחילוק זה בן בין הבנים לשאר היורשים ותי' דהוי הלכתא בלא טעמא ואין לך אלא מאי דאמר רבנן. וקשה א"כ הרי רבנן הזכירו הכותב לבנו דעשאו אפוט' א"כ נימא ביהא דכל מקום אפוט' אפי' בין הבנות כיון דהזכירו בנו סתם ולא פירשו לגבי מי. וי"ל דסברא הוא דבן בין הבנות לא עשאו אפוט' דאין צריך לו שיכבדוהו כיון שהוא הבן היורש והם הבנות ודאי שיכבדוהו ע"כ. וא"כ לפי דבריו דטעמא דבן בין הבנות אינו משום דאין לך אלא מאי דאמרו רבנן. דרבנן אמרו סתם הכותב לבנו ולא פי' לגבי מי וא"כ אפי' בן בין הבנות אלא דמסברא חילקו חילוק זה דבן הבנות לא הוי אפוט' דאין צריך שיעשהו אפוט' כדי שיכבדוהו דבלא"ה יכבדוהו משום שהבן יורש ואין הבת יורשת. וטעם זה אינו אלא לדידהו שאין הבת יורשת. אבל לדידן שהבת יורשת נימא דלא עשאו אלא אפוט' כדי שיכבדוהו:

אמנם כד דייקינן שפיר נראה דלאו מילתא היא דהא דאמור רבנן הכותב נכסיו לאשתו או לבנו לא עשאו אלא אפוט' תקנתא דרבנן היא וכדפי' רש"י בפ' מ"ש בההיא דאמר מר זוטרא הני תלת מילי שוינהו רבנן כהלכתא בלא טעמא וחדא מנייהו ההיא דאמר שמואל הכותב כל נכסיו לאשתו וכו' ופי' רש"י שיונהו רבנן הם תקנו את הדברים כך אע"פ שאינו ד"ת ע"כ וכיון דבימי תקנתם לא היתה הבת יורשת שהרי אינה יורשת אלא מתקנת האחרונים א"כ לא תקון עלה ואף דאח"ך בימי האחרונים חזרה להיות יורשת לא תחול עלה תקנת הרא' דלא תקון אלא על מי שהיה יורש בימיהם:

וראיה ממ"ש רבינו מוהריב"ץ ז"ל בענין החזקות שכ' דאף דהוי טלטל לא שייך בה תק"ה ושייך בה דין טירפא וז"ל עוד כתבתי טעם אחר דקי"ל דבר שאינו מפורש בתקנה נעמדהו על ד"ת וכ"ש דבר שלא היה בעולם כלל בשעת התקנה והנה כשתקנו תק"ה עדיין לא היו החזקות מצויות בעולם שהרי תק"ה מייתי לה הרא"ש וקאמר בה לישנא דנהגו בארץ הזאת דמשמע שקודם ממנו נהגו והחזקות לא נזכרו בדברי הרא"ש כלל ואיתא במהרשד"ם ז"ל שבימי מהרי"ן חביב הוא שנתקנו החזקות ולפיכך אף אם נעמיד דטלטל הן היאך יוכללו בתק' שנעשית בדורות שלפניהם וכשתקנו תק"ה לא תקנוה אלא על דבר שהיה מצוי אז ונק' טלטל לא על דבר שלא היה מצוי כלל ועתיד לימצא ויקרא טלטל ולפיכך יעמדו החזקות על ד"ת ויהיו נטרפין עכ"ל:

ומטעמא אחרינא נמי בנ"ד לא אמרינן דלא עשאו אלא אפוט'. שהרי כשנתן ליהודה כ' ויזכה בהם זכייה גמורה ימכור ויתן וכו' ומצינו למר"ן סי' הנז' ס"ד שכ' ואם פי'

בשטר שמקנה לו הקנאה וכו' או שפי' בשטר שיהיה רשאי למכור ולתת לאחרים וכו' או שהקנה לו בקנין וכן כל שכתוב בשטר המתנה לשון שאפשר להוכיח ממנו דלמתנה גמו' נתכוון קנה ע"כ ואע"ג דלגבי קנין חזר מר"ן ושנאה בפלוגתא בס"ז בלישנא דיש ויש ויש בתרא ס"ל שאעפ"כ לא קנה. לישנא דהוכחה עדיפא ליה למר"ן מקנין. וכן היא דעת הטו"ר דבקנין לא קנה ובלישנא דהוכחה קנה. וכ"כ הכנה"ג סי' הנז' בהגב"י אות כ"ה וז"ל ב'קי בבא שנית היכא דיש הוכחה בשטר דמקנה הקנאה גמו' שדעת רבינו בעה"ט והרא"ש והה"מ בשם הרב ן' מיגש והרב הנמק"י שסוברים דכל שהשטר מוכח דלמתנה נתכוון לא אמרינן דלא עשאה אלא אפוט' ויראה ברור שכל אותם דסוברים דבקנין קנה וכ"ש דסוברים דבלישנא דהוכחה קנה שהרי הטו"ר והנמק"י ס"ל דבקנין לא קנה וס"ל דבהוכחה קנה וכן נראה בקצר לרבינו המחב'ר שכ' בסתם דכל שכתוב בשטר המתנה לשון שאפשר להוכיח ממנו דלמתנה גמו' נתכוון קנה ובהקנה בקנין כ' מחלוקת בדבר ובחלוקה זו כ"ע מודו חוץ מן החולק אפי' בבירר והוא יחיד בכותב כל נכסיו לבנו וכן נראה ברור מדברי מהרש"ך ח"א סי' ק"ח ומהרש"ח בסי' ל"א ע"כ:

ואע"ג שכ' הכנה"ג שם וז"ל אבל מהר"ש יונה כ' דכל שלא בירר אלא אנו באים לומר דלמתנה גמו' איכווין מכח הוכחה אין להוציא מהיורשים בטעם זה לבד מכיון שאיפשר לומר שגם מהר"י ן' מיגש לא אמרה אלא כשבירר דבריו אבל מכח הוכחה אינה אלא אפוט' וכך מוכחים דברי מהר"א מוטל ומוהר"ש גאון עיין שם שחלק עליהם. מ"מ אנן בתריה דמר"ן גרירנא ותל"מ:

פש גבן לברורי אם יש לערער על צוואה זו ממאי דכתוב בה זמן דאנן קי"ל כר"י דאמר זש"ש מוכיח עליו דהוי כאומר מהיום וכ' הב"י סי' ר"ן וז"ל וכ' עוד הרמב"ן נקיטינן מתנת שכ"מ שכתוב בה מהיום צריכה קנין כמתנת בריא ולא קניא אלא בקנין ואפי' כתוב בה מהיום ולאחר מיתה ע"כ. וכ' הכנה"ג בהגב"י אות ע"א כדברי הרמב"ן כ' מהריב"ל ז"ל בס"א סי' נ"א וס"ג והוכיח כן מדברי הרמב"ם וכ"כ הרשד"ם סי' שי"ו ומהרש"ך ח"א סי' ק"ח וח"ב סי' ץ'. וכ"כ הרבנים הגדולים רבני המערב מוהר"ח טוליטאנו ומוהר"ד טולידאנו ומוהר"ס אבן דנאן ומוהר"י עוזיאל. והכנה"ג בהגה"ט אות ס' כ' משם מהריב"ל ה"ה מצווה מחמת מיתה אם כ' כל נכסיו ומפרש שנתן הכל מעכשיו שדין מתנת בריא יש לה. וכן נראה מדברי הנמק"י בפ' מ"ש גבי עובדא דאחתיה דרב דימי בר יוסף וכו' ע"כ וכ"כ מהרש"ך ח"ב סי' ץ' וז"ל כי הנה הפסק המחוור הוא דאפי' במצוה מ"מ שכתב לשון מעכשיו הוי לשון מתנת בריא ואינו זוכה המקבל עד שיקנו מידו של נותן ע"כ

וכ"כ מהרי"א סי' תי"ד וכ"כ הרשד"ם סי' שי"ו ומהר"ם אלמושנינו הובאו דבריו בתשו' רשד"ם הנז'. גם נדון רבני מערב הנז' היה בנוטה למות:

והרב שער אשר האריך הרחיב בענין זה והעלה דדבר זה מוסכם בין בשכ"מ בין במצווה מח"מ אי אמר מהיום לא סגי ליה בלא קנין וה' ב"ד ח"מ סי' קכ"ג וקכ"ח שיצא לידון בדבר חדש דדוקא היכא דכתב הכל מעכשיו וגם הקנה מחיים ב"ב לשונות הללו יחד דשמעת מינה דבעי קנין. אבל אי אמר מהיום והוא באחד לא בעי קנין כיון דהוי שכ"מ. וע"פ יסוד זה ייחס סברא זו גם להטור והש"ע סי' ר"ן ס"ט ובזה מצא מקום לפרש הגהת מור"ם על הש"ע בס' הנז' כי פי' הסמ"ע לא ערב אל לבו. אחד הרואה בתשו' דסי' קכ"ח מכלל דבריו מוכח למבין דהדר ביה מפני שלא ראה לשום אחד מהפוסקים שיכתוב כן לדעת הרמב"ם:

ובעיניך תראה בתשו' סי' קל"ב איך תפס להביא ראיה מדברי הרמב"ם באחת ועלתא לו במושלם דבעי קנין וממילא דהדר הוא שכן ראוי להיות חוזר. וממוצא דבר הרי הוא כמבואר ד"ה הגיד מרדכי סי' יו"ד דתפס סברת הב"ד דסי' קכ"ג וקכ"ח במושלם דהרמב"ם והטו"ר והש"ע סברי דבשכ"מ דאמר מהיום או מעכשיו לבד דלא בעי קנין. זוהי סיבה מפני שלא עיין יפה בתשו' דסי' קכ"ח וגם ראה ההיא דסי' קל"ב וכו' את"ד. ועי' מחנה אפרים ה"ל זכו"מ סי' מ"ו. ודון מינה ואוקי באתרין שהזמן גרמא דהוי כמהיום דלא סגי בלא קנין:

והן אמת שמצאתי להרבנים מהרמ"ע ומהרש"א ומוהריב"ם הובאו דבריהם בבאר מים חיים לרב אד"א ז"ל דף ל"א. וד' מלכים הללו בהסכמה עלו לדברי מהרש"ך שכתבו משמו שאם כתב לבסוף כל הדברים הנז' צוה המצוה מ"מ לשון זה מהני לבטל לשון מעכשיו והכל הולך אחר התחתון ולא נחלק אדם בדבר זה מעולם יעו"ש. ולפ"ז בנ"ד הגם דנימא דאף בכה"ג הוי הזמן כמהיום הרי הזמן נקיט ברישא ואחריו כתוב ב' פעמים לשון מצוה מ"מ:

אלא דאכתי לא פלטינן מפלוגתא דרבוותא דההיא דרשד"ם ומהר"ם אלמושנינו דסי' שי"ו מיירי בכותב לבסוף כל הנז' צוה מ"מ. והכנה"ג סי' רנ"א בהגה"ט אות ו' כ' מתנה שכתוב בה בתחילה מעכשיו ולבסוף כל הנז' צויתה מ"מ קיימוה מהריב"ל ס"א וס"ג ומהרש"ח ח"מ סי' ק"ח אבל הרשד"ם בטלה והראד"ב סי' ר"א ומהרש"ח בסי' ל"ד כתבו שדברי הרשד"ם נכוחים למבין ע"כ. ומן התימה על הרבנים הנזכר' שכתבו דדבר זה מוסכם ולא נחלק אדם וכו'. ובעיניך תראה החולקים על מהרשי"ך:

איברא דחזיתיה להנמק"י בפי' מ"ש שכ' וזל"ה אבל אם לא כ' בו מהיום בפ' אע"ג דכתב לו שטר ויש בו זמן ואע"ג דקי"ל כר"י דאמר זש"ש מוכיח עליו דהו"ל כאלו כתוב בו מהיום אע"ג דבעלמא אמרינן הכי. משום דהכא איכא למימר דזמן לא כתבו כדי להקנות לו מהיום אלא אדרבא כדי לגרוע כחו דאי כ' לאחר בתרא לקני והוא לא לקני ומשו"ה כ' בו זמן כדי שנדע שזה היה ראשון דהא קי"ל דייתיקי מבטלת דייתיקי הלכך אם לא כתב לאחר ואין בו קנין קונה לאח"מ ואם יש בו קנין לא קנה ע"כ. והביאו הב"י בק"י סי' ר"ן:

ונראה דאתיא ההיא דהנמק"י כההיא דהרמ"א שהביא הטור בסי' רנ"ח דדוקא בכותב נכסיו לאחר מותו כיון דהמיתה מבוררת הזמן מה צריך לכתוב שום זמן בשטר ע"כ להקנות לו מאותו זמן אבל בכותב נכסיו לבנו לאחר ל' יום דצריך לברר הזמן השטר לברר הני ל"י מאימתי מתחילין אין לומר זש"ש מוכיח עליו ע"ש ופסקו מור"ם בהגה שם:

ואם כנים הדברים הרי מר"ן בתשו' הישנות סי' י"א כ' שלא נמצא מי שסובר כאן אלא הרמ"א שהרי הרמב"ם חולק עליו וגם הרא"ש בתשו' וכן דעת כל הפוסקים שסתמו דבריהם ולא חילקו בכך. את"ד ע"ש. אכן משמעות דברי מר"ן בב"י הם סותרים לדבריו בתו' שהרי כ' על דברי הרמ"א וז"ל נ"ל שאין זו טענה חדא דהא גם בכותב נכסיו לפלוני לאחר ל"י איכא למימר מה צריך לכתוב שום זמן בשטר דהו"מ לכתוב הכי נכסי נתונים לך ליום פ' והיה זמן הנתינה מבורר בלא כתי' זמן השטר ע"כ. משמע מדבריו דלא פליג אהרמ"א בעיקר החילוק דהיינו היכא שצריך לכתוב הזמן בהכרח לאיזה סיבה דלא אמרינן זש"ש וכו' ולא פליג עליו אלא במאי דקאמר הרמ"א בההיא דלאחר ל"י שהוא צריך כדי לברר הל"י ע"ז כתב מר"ן דגם בזה אינו צריך שהרי יכול לומר ליום פ':

ופוק חזי מ"ש הש"א סי' כ"ט וזל"ה ואתה תחזה למר"ן הכ"מ בפ"ח מהג' הא' כתב לחלק בהאי דינא בין דינא דהוי יתר להיכא דאצטריך לגופיה וכן מוכח דהכי ס"ל גם ממ"ש בב"י סי' רנ"ח במה שדחה דברי הה"מ וכמ"ש ה' בית דינו של שלמה ח"מ סי' ג' וכן מוכח גם מטענתו על דברי הרמ"א בב"י דהוא מודה בעיקר חילוק הרמ"א. ומ"ש הסמ"ע והכנה"ג אות י"א דמפני קושיית מר"ן בב"י השמיט בש"ע סברא זו היינו לומר סברת הרמ"א בההיא דלאחר ל"י דאהא הוא דקשיתיה. אבל עיקר החילוק הרי כבר אמור בש"ע במה שהעתיק דברי הרמב"ם דמשם ראיה דליכא למימר זש"ש מ"ע אלא כי הוי יתר וכמ"ש בכ"מ ובב"י וכנז'. את"ד:

ודבריו אמו"ץ דממ"ן אין כוונתם לומר דמר"ן השמיט עיקר החילוק אלא כוונתם אמאי דאמר הרמ"א בההיא דלאחר ל' יום שאם שלטה עיניהם דרבנן הסמ"ע והכנה"ג בתשו'

מר"ן הנז' למה לא כתבו דלהכי השמיטה בש"ע משום דס"ל למר"ן בההיא תשו' דדעת הרמ"א יחידאה היא ואין כאן דעת כל הפוסקים ואם נעלמה מהם ולכך כתבו משום דקשיתיה בב"י השמיטה בש"ע. הרי מב"י מוכח דאעיקר הדין לא קשיא ליה ולא מידי. ובפרט שהכנה"ג הזכיר תשו' זו באות ח' ואפ"ה לא כ' דמשום תשו' זו השמיטה. א"ו דכוונתם דלא השמיט אלא ההיא דלאחר ל"י אבל עיקר החילוק הרי הוא כמבואר בדברי הרמב"ם שהביא בש"ע וכמו שהוכיח כן מדברי הרמב"ם מהר"י צייאח הובאו דבריו בתשו' מר"ן הנז'. ולפ"ז הכי נקיטינן דקבלת הקדמונים לא היתה כ"א על הכרעתו בב"י ובש"ע לבד כמש"ר לרבותינו מוהריב"ע ומוהריב"ץ ז"ל. שכ"כ. ובפרט דמור"ם דקבלנו הוראותיו היכא דלא פליג אמר"ן בב"י ובש"ע פסקה להההיא דהרמ"א. וא"כ בנ"ד דאיכא למימר דאצטריך לגופיה לידע אם חזר מהו דייתיקי קמא ומהו דייתיקי בתרא וכמ"ש הנמק"י ולא סגי בלא"ה לא אמרינן זש"ש מע':

עוד לכה נא אתי אל מקום אחר דהנה כ' הב"י. סי' רנ"ח מחו' א' כ' הרשב"א שלא אמר ר"י זש"ש וכו' עד וכן כתוב בתשו' להרמב"ן סי' ו' עי' במוהרי"ק שו' צד' ע"כ. והביאו מור"ם וז"ל והא דאמרינן זש"ש מ"ע היינו שצוה הנותן לכתוב זמן או שצוה לעדים לעשות שטר מעלייא. אבל צוואה שלא נכתב בה זמן רק לזכרון בעלמא א"א זש"ש מ"ע ע"כ. וכ"כ הנמק"י בפ' י"ן ושכן היא דעת הרא"ה בשם אחיו ורבו וכן אמר בשם ר"י וכן דעת הרשב"א וכו' ע"ש. ורבינו בצלאל בתשו' סי' ט"ו הביא דברי מהריק"ו שוצ"ד ודברי הרשב"א ואח"כ כ' שכן משמע מדברי הרמב"ם שהביא הש"ע בסי' רנ"ח וז"ל הא קמן דתלי ה' טעמא דמילתא משום שאלו היה בדעתו להקנות לו בשט"ז לאח"מ לא היה כותב בו זמן וכו' אלמא משום דאיהו כתב הזמן א"נ שצווה בפי' לכתוב הזמן הוא דמוכח הזמן משום יתורא דלמה ליה לכתוב אבל אם העדים כתבו הזמן מעצמם היאך דרשינן יתורא ודלמא דעתו היה להקנות לאח"מ בשט"ז ולא היה רוצה לכתוב בו זמן אלא שהעדים כתבו מעצמם עכל"ה. וגם מהר"י צייאח הובאו דבריו בתשו' מר"ן הנז' אזיל בשיטה זו:

איברא דגם בזה ראינו למר"ן בתשו' הנז' דפליג על מהר"י צייאח וכ' עליו שהרי הרשב"א הביא מהרי"ק בלשון אפשר אמרה ואע"פ שכ' שכך קבלה מרבו מאחר שהוא ז"ל כתבה בלשון אפשר משמע ודאי דאיהו ספוקי מספקא ליה וא"כ לא הו"ל להשמיט תיבת אפשר כי היכי דלשתמע דמפשט פשיטא ליה ואין הדבר כן אלא ספוקי מספקא ליה וכו' ועוד שהרמב"ם והרא"ש ושאר הפוסקים סתמו דבריהם ופסקו כר"י דאמר זש"ש

מ"ע ולא חילקו בדבר חילוק זה. את"ד. ע"ש. והכנה"ג אות ח' כ' ורבינו המחבר בס' הקצר השמיט ס' הרשב"א ויראה דלטעמיה אזיל שכ' בתשו' וכו' ע"כ:

ואי לא מסתפינא הו"א דמר"ן בב"י הדר ביה מההיא. דתיוהא קא חזינא דאיך מר"ן הרעיש אח העולם על מהר"י צייאח שהשמיט תיבת אפשר. ואיהו גופיה בב"י השמיט תי' אפשר מדברי הרשב"א ועוד כשהזכיר דברי הרשב"א בב"י למה לא גילה לנו רז זה שאין כן דעת הרמב"ם והרא"ש ושאר הפוסקים שסתמו דבריהם ולא חילקו חילוק זה כמ"ש בתשובתו. אשר מזה נראה דהדר הוא. והא דלא העלה אותה על שלחנו משום דהכי משמע מדברי הרמב"ם שהזכיר וכמ"ש רבינו בצלאל כמש"ל. והא דהשמיט תי' אפשר. לזאת אגיד דזה ימים ראיתי לה' פרמ"א סי' ק"ו והביא דבריו קהלת יעקב לשון חכמים אות א' סי' נ"ט וז"ל כשכותבים הראשונים בדבריהם אפשר אין לחוש ולומר שמא ספוקי מספקא ליהו אלא דרך ענוה כותבין כן ע"כ. ואני העירותי עליהם מתשו' מר"ן הלזו. והשתא אם נאמר דגם מר"ן בב"י הכי ס"ל דדרך ענוה כותבין כן אתי שפיר שהשמיט תי' אפשר. ובזה ניחא לי נמי מ"ש הנמק"י וכן דעת הרשב"א ומהריק"ו כ' וכ"כ הרשב"א. והלא הרשב"א בדרך אפשר אמרה. ולצד שנאמר כהפרמ"א ניחא:

ואף לדעת הכנה"ג שמר"ן השמיט ההיא דהרשב"א משום דספוקי מספקא ליה וכו' וכמ"ש בתשו'. הנה מסגנון דברי הרשב"א נראה דמאי דמספיקא ליה הוא אם באמת הוא כאשר קבל מרבו שצריך שיצוה להם לכתוב זמן או אפי' אם יכתבו הם מעצמם ואח"ך כ' ואפ' את"ל וכו' ור"ל אפי' את"ל כאידך צד שאין צריך שיצוה להם לכתוב זמן מודה אני דדוקא בשטר אבל צוואה שאינה אלא מזכרת לא. ובמאי דפשיטא ליה להרשב"א לא פליג מר"ן בתשו' וכ"כ ה' שע"א סי' הנז' וזל"ה ואף דמר"ן בתשו' כ' דהרשב"א בלשון אפשר אמרה וכו' וכ' הכנה"ג דמטעם זה השמיטה בש"ע היינו דוקא להך דהרשב"א בשם רבו דמצריך לכתוב הזמן הוא בעצמו או שיצוה לאחרים בהא הוא דאמר לה בלשון אפשר. אכן לגבי הצוואה שאינה אלא מזכרת בעלמא דלא אמרינן זש"ש מ"ע הא פשיטא ליה וכמתבאר שם בלשון הרשב"א גופיה ובתשו' מר"ן ע"ש. והדבר. פשוט. ע"כ:

ותא חזי מ"ש ה' מהרימ"ט חו"מ סי' צ"ו וז"ל ומה שפקפקו עוד בצוואה זו לפי שכתוב בה זמן והי"ז וכו' וקי"ל זש"ש מ"ע דמהיום קאמר כמ"ש הרשב"א הובא בח"מ סי' ר"ז שטר שיש בו זמן אין צריך לתנאי כפול שהרי הוא כמעכשיו וכל מעכשיו לא צריך כפולה. הא ליתא שזמנו ש"ש מוכיח לפרש את הסתום אבל לא לסתום את המפורש שכתוב בו מצוה מח"מ דמשמע דלא קני אלא לאח"מ. ועוד לא אמרו שהזמן מוכיח אלא לקים את השטר ולא לבטלו. ואלו היה כתוב בו מעכשיו היה השטר בטל דלא גמר להקנותו

אלא מעכשיו ואין מתנת שכ"מ קונה אלא לאח"מ. אבל הזמן מוכיח שאם נתן לאחר קודם זה מבטל את הראשון ואף לאחר מכאן נתן יתבטל זה מפני האחרון שהרי אמרו דייתיקי מבטל דייתיקי כ"ש שלא אמרו דזש"ש מוכיח אלא בצוה לכתוב את השטר שכתוב ואמ"ל בו"ח וכו' אז תולין שגם צוה לכתוב את הזמן להוכיח. אבל צוואה שאין כתוב בה אלא ספור דברים מפי העדים מה ששמעו מה שכתוב וה"ז ביום פ' מוכיח על זמן שאמר השכ"מ את דבריו כדי שיבטלו דבריו האחרונים את הרא' ע"כ. גם בס' אבקת רוכל ובס' התקנות הלא היא כתו' צוואה שיש בה זמן ולא פקפקו בה כלל. וגם בספרי האחרונים איכא טובא אם תבקשן ימצאון לך ומעולם עוף לא צוח צפור לא צפצף:

כלל העולה כי חזרתי ע"כ הצדדין וצדי צדדין עד מקום שידי מגעת ולא מצאתי שום דבר סותר הצוואה הנז'. ומעתה זכה יהודה בכל מתנתו ליכול וליחדי. ואל אלד'ים צבאות. יצילינו משגיאות. ויראנו מתורתו נפלאות. כ"ד החו"פ

פאס יע"א בס' שמוע בין אחיכם ושפטתם צדק מש'

לראו'ת טו'ב ליצירה וקיים:

ע"ה

שלמה אבן דנאן הי"ו

סימן י

בדורות הראשונים מימי קדם התקינו רבותינו הראשונים זיע"א תקנת החלוקה הלא היא כתובה בס' הקדוש ס' התקנות ותקנה זו נוהגים בה רוב ערי המערב פאס וטיטואן וכו'. ובזמן החולף שנת

ובחר'ת אתו רבנן בתראי ב"ד שלפנינו וחדשו והתקינו פה פאס יע"א שתהיה הבחירה ביד הבעל או זרעו או לחלוק כתקנת קדמונינו זיע"א או לפרוע כתובה אחר ניכוי שליש ושתות. ויהי בימים ההם ובזמן התקנה החדשה הנז' כאן נמצאו וכאן היו ראובן ואשתו דרים פה מחז"ק והם מתושבי טיטואן יע"א ושם נישאו. והנה. בע'תה נלב"ע אשת ראובן הנז' ונשאלנו משני הצדדים אם גם עליהם תעבור כוס התקנה החדשה אם לאו ולהשיב לשואלינו דבר צריך ידיעה בתחילה זו היא שימת עין בספרי הפוס' ולישא וליתן בהלכה מעט מזער כפי קוצר השג יד עומק המושג וקוצר המשיג ולפי העת והזמן שהזמן גרמא. טרדין עלי אדמה. מאלפות מרובבות. רבו משערות. וזה החלי וה' יעזור לי:.

ואען ואומר שהדין הוא בהולך לארץ אחרת לדור שם שהוא כבני העיר שהלך לשם. ועי' חומ"ש סי' קס"ג ס"ב ומוהריק"ש בתשובה סי' ס"א דאיכא דיני דתלו בזמן שבתו בעיר

ואיכא דתלו בדעתו לחזור דמילי דאיסורה תלו בדעתו לחזור ומילי דממונא שהם מעולי העיר תלו בזמן ומילי דממונא שאינם מעולי העיר כגון הקנסות וכיוצא תלו בדעתו לחזור כמילי דאיסורא. ושכ"כ מהרש"ך ע"ש בארוכה:

איברא דלגבי מנהגי הכתובה לא הוי כבני העיר שהלך לשם ובתר מקום נישואיהם אזלינן דאזלינן בתר שעבודה שכ"כ מור"ם באה"ע ס"ס קי"ח וז"ל ואפי' הלך למקום שאין נוהגים מנהג הקהלות הולכין אחר מקום שנשאה שם ע"כ. והיא מתשו' הריב"ש ז"ל סי' ק"ה. וכ"כ הכנה"ג סי' הנז' בהגה"ט אות חית וז"ל הנושא אשה במקום שנוהגים לדון כתקנת טוליטולא יש לדון במקום הנישואין שיצא משם כן העלתי בתשו' וכן יש ללמוד מתשו' הרשב"א ז"ל הביאה הרב"י בס' זה ובסי' ע"ה. ומתשו' הר"מ מטראני ס"א סי' ק"ד. והרשד"ם חא"ה סי' מ"ז ע"כ. ותשו' הרמתה הלא היא כתובה ב"ח חו"מ סי' קפ"ד ושם כתב משם מהרש"ך וז"ל מי שנשא אשה במקום שנוהגים בכתב ידו שהוא בשטר גמור שאינו יכול לומר פרעתי ולא היו עדים חתומים בכתובה אלא הבעל חתום בכתב ידו אינו נאמן לומר פרעתי אפי' במקום שנאמן לטעון פרעתי ע"ך. ולא ידענא מדוע לא זכר שר תנא דמסייע לה הריב"ש ז"ל ופסקו מור"ם כמ"ש. איך שיהיה נמצינו למדים שההולך לארץ אחרת לגור שם הרי הוא כבני העיר שהלך לשם בין למילי דאיסורא בין למילי דממונא שהם מעולי העיר וגם למילי דממונא שאינם מעולי העיר כגון קנסות וכיוצא אלא דלמילי דכתובה אזלינן בתר מקום הנישואין דלא פקעה זכותם שיש להם מקודם במה שקבעו דירתם במקום אחר דתנאי שיש בין אדם לחבירו לא פקע זכותו בקביעות דירה במקום שאין דנים כפי אותו תנאי ולא דמי להנך ונמצא דלפרט זה לא הוי כבני העיר שהלך לשם:

מעתה נכנסנו לבית הספק בנדון דידן שראובן ואשתו הנז' מתושבי טיטוואן יע"א ושם נשאו ובאו וקבעו דירתם פה מחז"ק וכאן נמצאו וכאן היו בזמן התק' החדשה הנז' והתק' הנז' היא בענייני הכתובה ונימא כיון דבאיזה פרטים שאין אנחנו אלא פה מתא פאס יע"א שוין עם טיטוואן יע"א אכתי הם נגררים בתר טיטוואן שהוא מקום נישואיהם וכמש"ל דבמנהגי הכתובה אזלינן בתר מקום הנישואין א"ך נימא דחכמי התק' לא תקנו עליהם אחר דהתקנה הנז' היא מענייני הכתו' ואכתי בעניינים שמנהגי המקומות חלוקים אזלינן בתר מקום הנישואין. ועל פרטי כתובה זו עצמה אנו דנין אותם כפי מנהג מקום נישואיהם. וא"ך נימא דלא תקנו עליהם התק' החדשה הנז' אחרי שבכתובה זו עצמה אכתי הם נגררין אל עירם ואל שער מקומם. ולא תקנו התק' הנז' כ"א למי שהוא בן

עיר לכל מילי דאסורא וכו' הרי הם כבני העיר א"ך גם עליהם היתה דעת חכמי התקנה והדבר צריך הכרע ולהלן בע"ה נבאר מהו הדין באשר איננו מוכרע:

והנה חזינא להו לרבנן חכמי התק' שכתבו שהבחירה בידם לפרוע הכתובה אחר ניכוי שליש ושתות. ולשון זה לא יצדק כי אם למנכין בגירושין שליש ושתות כמנהגנו פה מתא פאס יע"א שכותבין בכתובה עיקר ותוספת ומתנה ונדונייא על רביעים ולכך במגרש מנכין שו"ש. ולזה חכמי התקנה התקינו הבחירה במיתת איש או אשה או יחלוקו כפי תקנת רבותינו הראשונים זיע"א או לפרוע הכתובה אחר ניכוי שו"ש כי כן הוא המנהג במגרש אבל אלו שכותבין בכתובותיהם סך מסויים. ואת רבע לא זכרו. וכן אלו הבאים מטיטוואן שמנהגם לכתוב בכתובה סך מסויים ח"י מאות וכו' דלא שייך בהם במגרש ניכוי שו"ש א"כ לא יצדק שיאמר עליהם במיתת אחד מהם לפרוע כתובה בניכוי שו"ש. דליכא למימר דבתקנה זו הוסיפו תת כח לבעל או זרעו שבמיתת א' מהם האיש או האשה לפרוע הכתובה בניכוי שו"ש גם לאלו שכותבין סך מסווים דלא שייך בהו במגרש ניכוי שו"ש. דהמצעת דבריהם נראה וניכר החושה אל העין דלא באו אלא לתקן שתהיה הבחירה ביד הבעל או זרעו לפרוע הכתובה כמו במגרש וזה פשוט. באופן כי מלשון התקנה מוכח להדייא דלא דברו חכמי התקנה באלו שכותבין בכתובותיהם סך מסויים ולא תקנו כי אם לאלו שכותבין בכתובה עיקר ותוס' ומתו"ן על רביעים. ולפ"ז בנדון דידן שראובן ואשתו הנז' שהם מתושבי טיטוואן יע"א שמנהגם לכתוב סך מסויים ח"י מאות וכו' הגם שיהיו דרים פה מחז"ק בזמן התקנה החדשה לא חלה עליהם התקנה:.

וכל זה הוא לצד שנאמר דבתקנות והסכמות אין אנו הולכים כי אם אחר משמעות הלשון ולא אחר הכוונה והאומדנא אבל לצד שנאמר דבתקנות והסכמות אזלינן בתר הכוונה והאומדנא. א"כ גם על אלו שכותבין סך מסויים תחול עליהם התקנה דמכדי שקולין הם והני מילי דאמור רבנן בטעמא הני בהני שייכי ומה נשתנו אלו מאלו ואומדנא דמוכחא היא דגם עליהם היתה כוונתם. והגם דלא משמע כן מהלשון נוכל להוסיף על הלשון מכח האומדנא:

והנה דבר זה אם אנו הולכים אחר האומדנא ונוסיף על הלשון אם לאו. הוא פלוגתא דרבוותא מהרדב"ץ ז"ל חדר ל"ב על הסכמת שאלוניקי שכל מי שישכור בית שלא יהיה רשאי שום יהודי אחר ליכנס באותו בית האריך בראיות וסבר דהגם דבלשון בני אדם משכנתא לא מיקרייא שכירות. מ"מ אחר דאיכא אומדנא דמוכח ודאי מתקני התקנה לטובת ישראל נתכוונו. לא אזלינן בתר לשון בני אדם. ולבסוף מסיק וכתב כללא דמילתא דבהסכמות ובתקנות אמדינן דעת מתקני התקנה בין להוציא ממשמעות ההסכמה

והתקנה מה שיראה לנו. בין להכניס ולהוסיף בכלל התקנה מה שלא פורש בה והרי הוא כמותנה ועומד שם. עוד כתב כי רב אחד [מהר"י טיטאיצאק ז"ל] חולק וסבירא ליה היכא דהלשון כולל אזלינן בתר הכוונה להוציא כההיא דפ' הנודר דבלשון בני אדם בין טעינה בין לבישה משמע. אמנם כשהלשון קצר ופרטי אין להכניס שום דבר שאינו נכלל בלשון משום אומדנא וכוונה. דמה לנו ולכוונה אחר שלא הוציא מפיו דהא בעינן פיו ולבו שוין ואי אזלינן בתר אומדנא בדברים שאינם במשמעות. לבו איכא. פיו ליכא. ע"ש:

ומוהריב"ל ז"ל ח"ב סי' פ' כתב וז"ל ראיתי בס' הפסקים של הרב המובה"ק כמהר"ר דוד הכהן זלה"ה כתב בנדון דומה לזה ונשא ונתן ופלפל בשלשה תשובות. חדא דמהר"ם ז"ל. וחדא דהרא"ש ז"ל. וחדא במ"ש תלמידו של הר"ם ז"ל. ועם היות דברי הרב המובהק הנז' הם טובים ונכוחים כי חכם גדול ורב מובהק היה ויוכל המעיין לעיין בפסקיו. מ"מ אחוה דעי אף אני ממה שעיינתי באלו התשובות וכו' ולבסוף כתב והרב הנז' סבירא ליה דמהר"ם והרא"ש ותלמידו של הר"ם ז"ל כולם שוים לומר דמהנייא האומדנות להוסיף על התקנה מאי דלא משמע כלל מהלשון. ולפי מה שכתבתי הם סברות חלוקות. עיין שם שהאריך ולא הכריע:

גם מהרשד"ם ז"ל ח"מ סי' רכ"ח הביא סברת מהרדב"ץ ז"ל ומהר"י טיטאיצאק ז"ל. וכתב שהרשב"ץ ז"ל בההיא תשובה שהביא הב"י ביו"ד סי' רי"ח על מי שנשבע שלא יעשה יין וכו' ס"ל כהרד"ך ז"ל ושהר' רבינו ישראל ז"ל בעל תרומת הדשן והרב הגדול מוהר"י בי רב ז"ל ס"ל כמוהרי"ט ז"ל ומי יכניס ראשו להכריע בין גדולי עולם ע"ש:

ומהר"י הלוי ז"ל סי' כ"ח כתב וזל"ה ונחזור לנדון דידן דכיון דאיכא אומדנא רבה ועצומה שכל זאת התק' לא נתקנה אלא בעבור תיקון וקיום הבית הכנסת. א"כ הכל בכלל ואפי' שלא בא מפורש בהסכמה וכו' והר"ש בר צמח כתב בתשו' והביאה מוהר"י קארו בטור יו"ד סי' רי"ח וז"ל כתב הר"ש בר צמח על מי שנשבע שלא יעשה יין למכור לא ליהודי ולא לארמאי מפני שהעלילו עליו שמכר לעכו"ם ויש לו עכשיו קצת יין שהתחיל להקרים ועשאו קודם שישבע. נראה שאסור למוכרו אע"פ שלא נשבע אלא שלא יעשה יין למכור וזה היה עשוי. משום דאזלינן בתר דעת הנודר שנדר מחמת העלילה. וכאותה ששנינו קונם צמר עולה עלי וכו' ר' יהודה אומר וכו'. ע"כ. דמשמע דאזלינן בתר הכוונה מהנודר ואפי' בענין שהוא נגד הבנת הלשון שהרי הבנת הלשון שנשבע הוא שלא יעשה יין דמשמע מכאן והלאה ואפ"ה כתב שיש להוסיף אפי' במה שהיה עשוי כבר דאזלינן בתר דעת הנודר. והרב הגדול מוהר"ר דוד הכהן ז"ל האריך בבית לב' בראיות להוכיח נגד רב אחד שהיה חולק עליו בזה והעלה בסוף התשובה וז"ל כללא דמילתא דבהסכמות

וכו' [העתקתיו למעלה] עכ"ל ואע"ג שמתוך דברי הרב ז"ל יראה שרב א' גדול חולק בזה דדוקא היכא שהלשון הוא כולל ומשמע הכי ומשמע הכי אז יש לנו ללכת בתר הכוונה והאומדנא. אמנם מה שהוא נגד הלשון אין להוסיף מכח האומדנא. מ"מ תשו' הר"ש בר צמח מוכח בהדייא כדברי הרב הרד"ך דאמדינן דעת הנודר ואף בדבר שהוא נגד הלשון וכן דברי תלמידו של הר"ם ז"ל שהביא שם הרב ז"ל מוכיחים להדייא כדבריו ז"ל שאע"ג שהתק' היא בעד הבנות מ"מ מכח האומדנא הוסיף אף נדוניית הבנים אע"פ שלא הוזכר בתקנה. גם דברי הריב"ש ז"ל משמע קצת כדברי הרד"ך ז"ל. עכ"ל מהר"י הלוי ז"ל:

ותשובת הר"ש בר צמח ז"ל הנז' היא העולה על שלחן מלכים מר"ן ומור"ם סי' הנז' ס"ב. ולפ"ז מוכח להדייא דס"ל דמוסיפין מכח האומדנא מאי דלא משמע מן הלשון וכמו שהוכיחו מהרשד"ם ומוהר"י הלוי ז"ל מתשובת הרשב"ץ הנז':

אלא דקשייא לן טובא על ההיא תשו' דהרשב"ץ שהביא הב"י. ממ"ש הרשב"ץ עצמו בתשב"ץ ח"ב סי' ס"א וזל"ה הדין עם המקילין לפי שלא נזכר בהסכמה שלא יהיה רשות ביד אחד מבני הקהל לשכור מקום חבירו שהוא שכור לאחר אלא שלא יוסיף על חבירו בשכירות. וזה לא הוסיף. והבא לחייבו צריך להביא ראי' לטענתו מלשון ההסכמה ואין בלשון ההסכמה רמז בזה ומ"ש המערערים כי אע"פ שלשון ההסכמה אינו אומר אלא שלא להוסיף. אפ"ה כוונת הענין אינו אלא שלא יוכל איש מהקהל לגרש חבירו מדירתו אפי' שלא ע"י תוספת או בנתינה או באיזה צד שיהיה בעולם ואע"פ שלא נכתב ולא נתבאר ככה בהסכמה הרי הוא כאלו נכתב. זאת היא טענתם ואינה כלום. דע"כ לא אמרינן דהכל לפי הנודר. אלא באומדנא דמוכח שכן הוא דעתו דנודר. אבל באומדנא דלא מוכח לא אמרינן ביה הכל לפי הנודר. ואומדנא דמוכח הוי כגון ההיא דפ' הנודר מן הירק דתנן התם אמר קונם צמר וכו' ר' יהודה אומר הכל לפי הנודר וכו'. היו מסרבין בו לישא בת אחותו וכו' היה מסרב בחבירו שיאכל אצלו וכל הני אומדנא דמוכחא נינהו. אבל בהסכמה זו אינה אומדנא דמוכח יש בה שעל השכי' בלי תוספת נתכוונו שאם עי' מעשה שהוציא אדם אחד לחבירו מדירתו בלי תוספת שכירות היתה הסכמתן היה בזה אומדנא דמוכח דומה לכל אלו שהם בגמרא אבל בכאן אין שם אומדנא כלל שנוסיף על ההסכמה מה שלא נזכר בה וכו' ולבסוף מסיק וז"ל ואני אומר עוד דלא אמרינן הכל לפי הנודר אלא לגרוע מדבריו ולהקל עליו. והכי איתנהו לכל הני דלעיל. אבל להוסיף על דבריו מטעם הכל לפי הנודר לא מצינו דהא קי"ל בפ' שבועות שתים בתרא דבעינן שיהיו פיו ולבו שוין וכו' ומזה כתב הרא"ש ז"ל בההיא דטיפת צונן שאני טועם לך שאפי' באכילה מותר אע"פ שהיה לבו באכילה מפני שלא הוציא בשפתיו. וכו'. בנדון

הזה שהוציא בשפתיו שלא יוסיף שכירות על חבירו. אפי' היה בלבו שלא ישכור בלי תוספת. לא אזלינן בזה לפי הנודר להוסיף על מה שהוציא בשפתיו מה שגמר בלבו דאנן פיו ולבו בעינן. ויצא לנו מכל זה שאין השוכר עובר על הסכמת הקהל. עכ"ל בקיצור:

אתה תחזה דלבסוף מסיק ותני דאין כח באומדנא להוסיף מאי דלא משמע מהלשון. שהרי לבו איכא. פיו ליכא. אלא להוציא וכההיא דפ' הנודר דבין טעינה בין לבישה משמע ובכח האומדנא אנו מוציאין א' מהם דפיו איכא. לבו ליכא. והיה הנשאר פיו ולבו שוין. והביא ראיה עוד ממ"ש הרא"ש ז"ל בההיא דטיפת צונן שאפי' באכילה מותר אע"פ שהיה לבו באכילה מפני שלא הוציא בשפתיו. הרי דס"ל בההיא תשו' דאין מוסיפין מכח האומדנא. ואלו מתשו' הרשב"ץ שהביא הב"י מוכח להדייא דס"ל דמוסיפין וכמ"ש מהרשד"ם ומוהר"י הלוי ז"ל. ונמצאו תשובות הרשב"ץ פלגן בהדייהו:

ולכאורה היה נראה לתרץ דהרשב"ץ ז"ל לא פשיטא ליה כ"ך דאין מוסיפין. אלא עדיין היה חושש דלמא מוסיפין מכח האומדנא. וכשיש בהסכמה חרם או שבועה ואיכא אומדנא יש להחמיר ולחוש דלמא מוסיפין מכח האומדנא. ובההיא דח"ב הגם שיש בהסכמה חרם אפ"ה הקי"ל על השוכר ועיקר סמיכתו על מ"ש בתחילה כיון דליכא אומדנא אין מוסיפין. והוסיף נופך לחזק את הדין שדעתו נטויה שאין כח באומדנא להוסיף אבל על סברא זו לבד לא היה סומך אחר שהוזכר חרם בהסכמה. ולכך בההיא תשו' שהביא הב"י דאיכא שבועה ואיכא אומדנא דמוכח חשש להחמיר להוסיף מכח האומדנא. והגם דמהרשד"ם ומוהר"י הלוי כתבו בפשוט דכך היא סברת הרשב"ץ. המה לא ראו ספר התשב"ץ. כי בימיהם עדיין לא נראה בעליל ס' התשב"ץ וגם מר"ן ז"ל לא הגיעו לידו מתשובותיו כ"א מעט מזער שהעתיק הרב הגדול מוהר"י בי רב ז"ל כאשר נסע מפאס יע"א והלך אל עיר אלג'יר וליקק ממנו קצת תשובות נפרדים ומסרם לתלמידו מר"ן ז"ל כאשר עיניך תחזינה בהסכמת רבני אלג'יר שבספר התשב"ץ. ואנחנו תלי"ת לאורו זכינו ומוכרחים אנו לישב כמ"ש כי הכי דלא ליהוו תשובות הרשב"ץ סתראי נינהו. ועיין בכללי הפוס' להרב כנה"ג אות נ"ח:

והאמת יורה דרכו כי מ"ש הב"י כתב הר"ש בר צמח. אין כוונתו על הרשב"ץ בעל התשב"ץ שהוא רב שמעון בן הרב צמח. אלא כוונתו על תשובת הרשב"ש בשי"ן שהוא הרב שלמה בן הרב שמעון והרב שלמה הנז' הוא בן לאותו צדיק הרשב"ץ בצד"י בעל תשובות התשב"ץ. וגם להרב שלמה קרי ליה הב"י בר צמח. ובהסכמות שבספר הרשב"ץ בן התשב"ץ איכא דקרו ליה הרב שלמה צמח. ואיכא דקרו ליה הרב שלמה בר צמח. גם הרב מוהרימ"ט ז"ל ח"א סי' ז' הביא תשובה הלזו וכתב השיב הרב שלמה בר צמח.

[אכתבנא לקמן בע"ה] וא"כ גם הב"י להכי נתכוון והכרח לא יגונה. שהרי בדקנו בנרות החיפוש ולא מצאנו תשו' זו בס' התשב"ץ כ"א בתשובות הרשב"ש הלא היא כתובה בתשובות הנז' ס' ק"ע. ובתשובות מהרשד"ם הנז' שכתב להדייא משם הב"י הרב שמעון בר צמח הוא ט"ס:

ותימא איך לא זכר שר את תשובת הרב אביו ז"ל דסבר לה איפכא. ומה יעשה הבן בחכמה בראיות והוכחות אשר הוכיח הרב אביו וסבר לה מר דאין מוסיפין על הלשון מכח האומדנא:

גם הרב מוהרימ"ט ז"ל ח"א סי' ז' הביא תשו' הר"ש בר צמח הנז' וסיים עלה ודבריו תמוהים כי מה הוכחה יש מהא דקונם צמר וכו' והיו מסרבין בו וכו' דודאי בעינן שיכוון בלבו מה שמוציא בשפתיו והכי נמי בעינן שיוציא בשפתיו מה שמכוון בלבו דלבטא בשפתים אמר רחמנא. ובעינן שיהיו פיו ולבו שוין וכל שחסר א' מהם או פיו או לבו לאו כלום הוא וזה שנשבע שלא יעשה. גם כי בלבו היה גס על העשוי כבר אין בדבר כלום. שהרי לא הוציא בשפתיו ודמייא לנתכוון להוציא פת חטים והוציא פת שעורים. ואדרבא משם ראיה מההיא דהיו מסרבין וכו' דתני סיפא קונם ביתך שאני נכנס טיפת צונן שאוכל לך נכנס לביתו ואוכל טיפת צונן. וכתב הרא"ש ז"ל שהוא מותר גם באכילה ושתיה שהרי לא הוציא אכילה בשפתיו וכו' ע"ש. אתה הראת כי דבר ה' בפיהו אמת ונתכוון בכל דבריו לדברי התשב"ץ ז"ל::

ואפשר לישב ולומר דהנה מצינו לרבותינו בעלי התוספות שבועות ד' כו' ע"ב דמקשו על מאי דאמרינן התם גמר בלבו להוציא פת חטים והוציא פת סתם מנין ת"ל לכל אשר יבטא. מהא דאמרינן בפ' ד' נדרים ד' כז' ע"ב תנן נודרין להרגין וכו' שהן תרומה וכו'. ומפרש בגמרא דאמר יאסרו כל פירות שבעולם עלי אם אינן של בית המלך. ומסיק שאומר בלבו היום ומוציא בשפתיו סתם. ואע"ג דס"ל דברים שבלב אינם דברים לגבי אונסים אפשר. משמע דלא שרי אלא במקום אונס ואע"פ שאומר בלבו היום. והכא נמי ליתסר אע"פ שאומר בלבו חטים. ותירצו לחד תירוצא וז"ל ועוד נראה דהכא דסתם פת הוי דחטים להכי שרי אפי' שלא במקום אונס. ע"ך. ומדבריהם למדנו דס"ל להאי תירוצא דאם גמר בלבו שעורים והוציא פת סתם דאסור בכל מיני הפת וכן לגבי מוכס דאמר יאסרו כל פירות שבעולם. אי לאו אונסא היה אסור לעולם דדוקא בגמר בלבו פת חטים והוציא פת סתם הוא דאינו אסור אלא בפת חטים. ושרי בשאר מינים. משום דסתם פת הוי דחטים.

וקשיא לן טובא דהא בעינן פיו ולבו שוין. ומהאי טעמא אמרינן דאם גמר בלבו להוציא פת חטים והוציא פת שעורים אינו אסור לא בפת חטים ולא בפת שעורים. אינו אסור בחטים שהרי לא הוציא בשפתיו ואינו אסור בשעורים שהרי לא נתכוון לומר שעורים דתנן בפ' ג' דתרומות המתכוון לומר עולה ואמר שלמים וכו' שאיני נכנס לבית זה ואמר לזה לא אמר כלום עד שיהיו פיו ולבו שוין וא"כ הכא נמי בגמר להוציא פת שעורים והוציא פת סתם וכמ"ש הרי"ף ז"ל וסיעתו יעו"ש:

ואחר החיפוש זאת מצאנו להרב מהריב"ל ח"ב סי' קי"ז שהקשה קושיא הנז' ותירץ וז"ל ואפשר לתרץ ולמימר להך תירוצא דדוקא היכא דמכחישין הפה והלב לגמרי כההיא דנתכוון לפת חטים והוציא פת שעורים הוא דאמרינן דפטור בשניהם. אבל היכא דנתכוון להוציא פת שעורים והוציא פת סתם. וכן באומר יאסרו כל פירות שבעולם עלי וכו' אי לאו אונסא כיון דהלב אינו מכחיש למה שהוציא בפה לגמרי דהרי בכלל פת סתם איכא פת שעורים. אזלינן בתר פומא. והרי הוא אסור בכל מיני הפת וא"ת אדרבא הוה לן למימר דאינו אסור אלא בפת שעורים לבד דהרי שוין בו הפה והלב תריץ דפומא עיקר כיון דהלב אינו מכחש מה שהוציא בפיו לגמרי דהרי בפת שעורים הם שוין אזלינן בתר פומא לגמרי ואף במה שהלב מכחיש את פיו. וזאת הסברא אע"פ שהיא דחוקה ע"כ אין לן למימר דהכי ס"ל להך תירוצא ע"כ ע"ש.

וכיון דאנהירינהו לעיינין רבותינו התוספות וס"ל להאי תירוצא דדוקא היכא דמכחישין הפה והלב לגמרי כההיא דגמר להוציא פת חטים והוציא פת שעורים הוא דבעינן פיו ולבו שוין. אבל היכא דהפה והלב אינם מכחישין לגמרי אלא שוין במקצת לא בעינן פיו ולבו שוין ואף במה שהם מכחישין זא"ז אסור. אדברה וירוח לי ותאורנה עינינו בדעת הרשב"ש וסיעתו ז"ל דכי היכי דנתכוון להוציא פת שעורים והוציא בפיו פת סתם. וכן באומר יאסרו כל פירות שבעולם וגמר בלבו היום. דאין אנו עושים מהכללי חלקי ואסור אף במה שאינן שוין הפה והלב אחר שאינן מכחישין לגמרי ושוין במקצת. הכא נמי להפך היכא דגמר בלבו סתם שבועה שלא אוכל והוציא בפיו מין אחד וכיוצא דאזלינן בתר לבא ואסור בכל המינים. ולא נעשה מן הסתמי הכולל חלקי. אחר דאינם מכחישין לגמרי ושוין במקצת במין אחד לא בעינן פיו ולבו שוין שהרי הפה והלב שקולין הם וכל אחד מצי מיעכב אאידך היכא דמכחישין לגמרי ואין לאחד יתרון על חבירו. א"כ כמו שאין אנו עושים מהכללי שבמוצאות הפה חלקי. כך לא נעשה מהכללי שבלב חלקי אחר שאינם מכחישין לגמרי דלא בעינן פיו ולבו שוין. ודין הוא טעמא להרשב"ש ז"ל דפסיק ותני דגם העשוי כבר אסור למוכרו משום דאזלינן בתר דעת הנודר אע"פ שלא

הוציא בפיו אלא שלא יעשה יין למכור. וא"כ הו"ל למימר דאינו אסור אלא שלא יעשה למכור משעת השבועה ואילך שבזה פיו ולבו שוין. אבל בעשוי כבר שאין פיו ולבו שוין הו"ל לומר דשרי. אפ"ה ס"ל דאסור דכיון דאין הפה והלב מכחישין לגמרי כההיא דגמר בלבו פת חטים והוציא פת שעורים. שהרי שוין בעתיד לא בעינן פיו ולבו שוין. ולכך אזלינן בתר לבא. ואין אנו עושים מהכללי שבלב חלקי:

גם מההיא דטיפת צונן שהתיר הרא"ש ז"ל גם באכילה לא קשה ולא מידי להרשב"ש דשאני ההיא דטיפת צונן דלא אמרינן שלא נתכוון זה אלא לשום אכילה ושתיה. וכתב הרא"ש ז"ל בפסקיו וגם באכילה ושתיה מותר שהרי לא הוציא בפיו. ולא דמי לרישא. דאישות בכלל הנאה היא ע"כ. ולפ"ז. אכילה לאו בכלל טעימא היא ולא אסר בפיו אלא טעימא. ואלו בלבו לא נתכוון לאסור אלא אכילה מרובה. ולא טעימא. ומה שאסר הלב התיר הפה. ומה שהתיר הלב אסר הפה. ונמצא שהם מכחישין לגמרי וכההיא דנתכוון לפת חטים והוציא פת שעורים. ולכך התיר הרא"ש ז"ל בשתיהן משום דבעינן פיו ולבו שוין היכא דמכחישין לגמרי. ושאני ההיא דהרשב"ש ז"ל שאינם מכחישין לגמרי:

ובהכי ניחא לן דברי התוס' שבועות ד' כ"ג ע"א בד"ה דלמא למפטר נפשיה. שכתבו דאפילו אמר שבועה שלא אוכל סתם כיון שאין בלבו לאסור עצמו אלא באלו המינים לא מיתסר באחריני אע"ג דבעלמא דברים שבלב אינם דברים. היינו היכא דבלב סותר מה שמוציא בפיו. אבל היכא דאין סותר הויין דברים. ומשטחות דבריהם נראה דהיכא דהלב סותר מה שמוציא בפיו אמרינן דברים שבלב אינם דברים גם לגבי שבועה כמו בעלמא. שהרי לא חילקו בין שבועה לבעלמא. אלא בין הלב סותר לשאינו סותר. אלמא מדמינן דין השבועה לבעלמא. דאלת"ה בקיצור הו"ל למימר דאע"ג דבעלמא דברים שבלב אינם דברים שבועה שאני דבעינן פיו ולבו שוין. אלא ודאי דהתוס' מדמין השבועה לבעלמא. וכשהלב סותר מה שמוציא בפיו אמרינן גם לגבי שבועה דברים שבלב אינם דברים. וא"כ היכא דגמר בלבו חטים והוציא שעורים שהלב סותר מה שמוציא בפיו אמרינן דברים שבלב אינם דברים ואסור בשעורים. וממתניתין דתרומות מוכח דלא אמר כלום דבעינן פיו ולבו שוין וכמ"ש הרי"ף והפוסקים ז"ל אלא ודאי ס"ל להתוספות דהיכא דהלב סותר מה שמוציא בפיו. הוא דבעינן פיו ולבו שוין דבזה מיירי מתניתין דתרומות. ודין השבועה בזה לא דמי לבעלמא דאע"ג דבעלמא דברים שבלב אינם דברים. שבועה שאני דבעינן פיו ולבו שוין. אבל היכא דאינו סותר דבזה מיירי סוגיין שהרי שוין במקצת באותו המין שגמר בלבו לא בעינן פיו ולבו שוין. וא"כ דין השבועה בזה שוה לבעלמא ולפיכך כתבו אע"ג דבעלמא דברים שבלב אינם דברים וא"כ גם בשבועה נימא הכי ובעי

למיפטר מאחריניתא. ולזה חילקו בין היכא דהלב סותר לשאינו סותר. וכשאינו סותר הויין דברים ולא בעי למיפטר נפשיה:

וכן בדף כו' בד"ה גמר שכתבו הא דלא מיתסר אלא בפת חטים דאזלינן בתר דברים שבלב בשאין הפה מכחיש ולא כתבו משום דבעינן פיו ולבו שוין וכמ"ש הרי"ף והר"ן ז"ל אזלי לטעמ' דס"ל דהיכא דאינו מכחיש לא בעינן פיו ולבו שוין. וזהו מה שכתבו בד"ה דילמא וכן משמע קצת לקמן:

ודע כי דבריהם הללו לא אתו כתירוץ שלישי לקושייתם מההיא דנדרים שבד"ה גמר שתירצו דסתם פת הוי דחטים. גם לא כתירוץ ראשון. אלא כתירוץ שני. וכן כתב הרב משמרות כהונא בחידושיו על הש"ס בד"ה גמר. ואפשר שיצדקו דבריהם גם לתירוץ ראשון. דאיכא למידק דמאי מקשו התוספות הא לא בעי למיפטר נפשיה וכו'. דאין זה קושייא. דאיכא למימר דהא דמקשי הש"ס ודילמא למיפטר נפשיה מאחריניתא לא משום שהדין כך הוא. אלא דילמא טעה. ועי' הר"ן ובמפרשים. לכן נראה דהתוס' ס"ל דלא חיישינן לטעות אלא בעם הארץ. אבל בתלמיד חכם לא. ודוחק לומר דהש"ס מיירי דוקא בע"ה ולפיכך מקשי דילמא למיפטר משום דילמא טעה. ובפרט לתירוץ ראשון דסוגיין דשבועות מיירי בת"ח. וא"כ קושיית הש"ס הוא משום דהדין כך הוא:

ונמצינו למדים דלכל התירוצים ס"ל להתוספות דהיכא דהלב אינו סותר לא בעינן פיו ולבו שוין אלא דלשני התירוצים הראשונים אזלינן בתר דברים שבלב ושרי בשאר מינים. אבל לתירוץ שלישי לא אזלינן בתר דברים שבלב ואסור בשאר מינים. ודוקא בגמר בלבו חטים והוציא פת סתם הוא דשרי משום דסתם פת הוי חטים:

והרא"ש ז"ל כתב וז"ל ותירץ הרמב"ן דשני התם שאין טעות בדבריו שכיון בלבו לומר בפיו לעולם. אלא שמחשב בלבו היום הילכך פיו עדיף דדברים שבלב אינם דברים. אבל הכא דהוצאות פיו הוא טעות דבלבו היה לומר פת חטים הילכך הוצאת פיו אינה כלום. ע"כ. וכן תירץ הר"ן והמרדכ"י בשם ראבי"ה ולתירוץ זה בעינן פיו ולבו שוין אף היכא דאינו סותר:

והטו"ר יו"ד סי' ר"י כתב וז"ל אבל אם היה בלבו פת חטים והוציא בשפתיו פת סתם אסור בשל חטים לבד שהוא נקרא פת סתם. וי"א דהיינו דוקא ת"ח אבל ע"ה אסור בכל וא"א הרא"ש ז"ל לא כתב כן ע"כ. ומדכתב שהוא נקרא פת סתם נראה דס"ל כתירוץ ג' של התוס' וכן כתב מוהריב"ל ח"ג סי' קי"ז. ולפ"ז צ"ל דמ"ש הטור וא"א לא כתב כן קאי גם עמ"ש שהוא נקרא פת סתם. והט"ז סק"ג לא הבין כן:

ומדברי מר"ן בב"י מוכח דלא ס"ל לא כתירוץ ג' של התוס' ולא כתירוץ הרמב"ן שהרי כתב אבל לא משמע הכי מדברי הרמב"ם והרא"ש ז"ל שהרי לא נתנו טעם משום דסתם פת דחטים הוא אלא משום דפת חטים פת שמיה. גם על דברי ראבי"ה שהוא כתירוץ הרמב"ן ז"ל כתב ואינו נראה כן מפשטה דגמרא:

גם מור"ם בהגה שכתב דאם נתכוון לפת שעורים והוציא בפיו פת סתם אסור בשל שעורים לבד לא ס"ל כתירוץ ג' של התוס'. וגם לדידהו לא קשה מאי דפסקו בסי' רי"ח כדברי הרשב"ץ. דאפשר דס"ל כמ"ש התוס' בד"ה דילמא דלא בעינן פיו ולבו שוין היכא דאינו סותר אלא דשרי בשאר מינים משום דאזלינן בתר דברים שבלב וס"ל דכמו דאזלינן בתר דברים שבלב להוציא כך אזלינן בתר דברים שבלב להוסיף דאזלינן בכל אתר כוונת הנודר דהא לא בעינן פיו ולבו שוין בשאינו סותר:

ועוד אפשר לומר דס"ל להרשב"ש ז"ל דאחר דמצינו דס"ל להתוס' להאי תירוצא דהיכא דאינו סותר לגמרי לא בעינן פיו ולבו שוין אף הפוסקים דפליגי אהאי סברא יודו היכא דאיכא אומדנא דדוקא היכא דליכא אומדנא הוא דבעינן פיו ולבו שוין. אבל היכא דאיכא אומדנא דייניגן ליה כאלו הוציא מפיו אחר דמינכרא מילתא. שהרי גם לסברת התוס' בהאי תי' מוכרח לחלק כן. דאלת"ה קשה מההיא דפ' הנודר מן הירק דאר"י הכל לפי הנודר היה לבוש וכו'. וכן ההיא דסוף פ' קונם יין היה מסרב בו לישא בת אחותו וכו' דאנו עושים מהכללי חלקי. ואמאי והא אין הפה והלב מכחישין לגמרי דהא שוין בחד צד דבההיא דפ' הנודר דאמר קונם עולה בין טעינה בין לבישה משמע וכמ"ש הרמב"ם ז"ל ועי' האומדנא אמרינן דלא נתכוון אלא לא' מהם ושרי באידך ובמאי דנתכוון שוין בו הפה והלב. וכן ההיא דפ' קונם יין דאמר קונם אשתי נהנית לי לעולם דאמרינן הרי אלו מותרות ליהנות ממנו שאר הנאה שלא נתכוון זה אלא לשום אישות דבהנאת האישות שוין הפה והלב וכיון שאין הלב סותר לגמרי אזלינן בתר פומא ולא נעשה מן הסתמי הכוללי חלקי דבכגון זה לא בעינן פיו ולבו שוין. דבשלמא למ"ש הרי"ף ז"ל אבל אם גמר בלבו להוציא פת חטים והוציא פת סתם אסור בפת חטים דפת חטים פת שמה והנה פיו ולבו שוין. ע"כ. ור"ל אבל בשאר מיני הפת אע"פ שמשמעות דבריו שיהא אסור בכולן. מ"מ לא נתכוון בלבו אלא לפת חטים ואנן בעינן פיו ולבו שוין. וא"כ ה"ה בההיא דפ' הנודר וההיא דפ' קונם הגם דמשמעות לשונו דאסור בכולן מ"מ אינו אסור אלא במאי דנתכוון דפיו ולבו שוין אבל במה שלא נתכוון שרי דפיו איכא לבו ליכא. אבל לס' התוס' דס"ל להאי תי' דהיכא דאינו סותר לגמרי לא בעינן פיו ולבו שוין קשיא. אלא ודאי דס"ל להתוס' דשאני לגבי אומדנא דמינכרא מילתא כ"כ דייניגן ליה כאלו הוציא בפיו

ואנו עושים מהסתמי הכולל חלקי מכח האומדנא. ולדידהו ה"ה וצד כ"ש הוא היכא דהאומדנא באה להוסיף על הלשון כההיא דהרשב"ש ז"ל דדייניגן ליה כאלו הוציא בפיו ואנו עושים מהחלקי כולל דלדידהו ליכא למיפרך דדוקא להוציא אבל להוסיף לא משום דבעינן פיו ולבו שוין דהא לית ליהו האי סברא כשאינו סותר לגמרי וא"כ לקרב הדיעות והסברות קצת דאפושי פלוגתא לא מפשינן נימא דהרי"ף וסיעתו הגם דפליגי על סברת התוס' וס"ל דאע"פ שאינו סותר לגמרי בעינן פיו ולבו שוין. יודו בהיכא דאיכא אומדנא דמינכרא מילתא דלא בעינן פיו ולבו שוין ודייניגן ליה כאלו הוציא בפיו מה שנתכוון:

והילך מ"ש הרב מוהריב"ל ז"ל ח"ב סי' פ' וז"ל ואיברא דלא מצינו דבר זה מפורש בשום מקום שנוכל להוסיף על ההסכמה מחמת האומדנא מאי דלא משמע כלל מהלשון דאם מצינו דאזלינן בתר הכוונה היינו לעשות מהלשון הכללי פרטי כההיא דאר"י בפ' הנודר וכו' וכן נמי הא דאמרינן בשבועות וכו' גמר בלבו וכו' התם נמי לא מהני הכוונה אלא למעוטי הלשון הכללי. אבל גמר בלבו להוציא פת סתם ולאסור עצמו בכל מיני הפת לא מהני הכוונה וכו' ומכל הני הוה משמע דכי היכי דלא מהנייא כוונת הלב להוסיף על מה שהוציא בשפתיו דבעינן בשפתים ולא שגמר בלבו הכי נמי לא מהנייא האומדנא בעין דנ"ד דאומדנא דמוכחא דלש' שכ"י ל"ש קנייה. ומסתברא דלא דמי דאע"ג דלא מהנייא מאי דגמר בלבו להוסיף על מה שהוציא בשפתיו מאי דלא משמע כלל מהלשון היינו משום דבעינן לבטא בשפתים. אבל בנ"ד אע"ג שלא כתבו מתקני ההסכמה אלא שכירות הו"ל כאלו הוציאו מפיהם קנייה נמי כיון דשקולים נינהו וטעמא דשייך בשכי' שייך נמי בקנייה ואין חילוק ביניהם לא הוי גמר בלבו ולא הוציא בשפתיו דממעטינן מן לבטא בשפתים אלא הוציא מפיו קרינן ליה דהשומע מבין דחדא מינייהו נקט. אבל כשגמר בלבו פת סתם לאסור עצמו בכל מיני הפת והוציא פת חטים אין במשמעות פת חטים כל מיני הפת. אבל במאי דתקנו וכתבו ששום יהודי לא ישכור בית שמחזיק בו יהודי. יש במשמע קנייה נמי דחד טעמא אית ליהו ושקולים הם וכדכתיבנא. ע"כ. הרי לך להדייא דלא מדמינן האומדנא לכוונה לבד. ועי' מהרד"ך בית לב' שכתב כן:

והט"ז יו"ד סי' רי"ח סק"ג כתב וז"ל דברים אלו הם דברי הרשב"ץ הביאן ב"י. ולא די שקשה עליו מדברי התלמוד דהא קי"ל דבעינן פיו ולבו שוין. אלא שקשה עליו שסותר דברי עצמו שבסוף סי' ר"ח מביא ב"י דברי רשב"ץ באומר שלא ישא אשה תוך ג' שנים אם אמר לשון שמשמעותו שלא יעשה נישואין עמה והוא עבר ונשאה הו"ל כנשבע על הפת ואכלו דנשאל ומתירין לו אבל אם אמר לשון שמשמעותו שלא תהיה לו לאשה תוך ג' שנים. אין מתירין לו. ופסקו בש"ע שם. הרי לפנינו דבתר משמעות הלשון אזלינן ולא

אמרינן דמה שאמר שלא יעשה נישואין ר"ל שלא תהיה לו לאשה. ה"ן כן הוא באומרו לא יעשה יין אינו מכוון שלא יהיה לו יין דחד מילתא היא וכו' ע"ש:

והנה מאי דקשה מן התלמוד כבר כתבנו הנלע"ד בזה. ומאי דקשה עליו מדברי עצמו. הגם כי נניח דחד מילתא היא כדברי הט"ז לא קשה להרשב"ץ כי ההיא דס' רי"ח היא להרשב"ש בשין כמש"ל וההיא דסי' ר"ח היא להרשב"ץ בצדי בעל התשב"ץ והיא בתשובתו ח"א סי' קנ"ה. ואפשר לדחוק דכוונת הט"ז במ"ש סותר דברי עצמו הוא על מר"ן הש"ע. אלא דנראה דגם על מר"ן לא קשה ולא מידי ופוק חזי מאי דכתב התשב"ץ ח"ב סי' ס"א בתחילת התשובה שרצה להוסיף על הלשון מכח האומדנה כתב וז"ל אבל בהסכמה זו איזה אומדנה דמוכח יש בה שעל השכירות בלי תוספת נתכוונו. שאם עי' מעשה שהוציא אדם אחד לחבירו מדירתו בלי תוספת שכירות היתה הסכמתן. היה בזה אומדנא דמוכח דומה לכל אלו שהם בגמרה. אבל בכאן אין שם אומדנה כלל שנוסיף על ההסכמה מה שלא נזכר בה וכו' ע"ש. וה"ן ההיא דסי' רי"ח שנדר ע"י מעשה שהעלילו עליו אומדנה דמוכח יש שנשבע גם על העשוי כבר ויפסיד גם הקרן כי כל אשר לאיש יתן בעד נפשו. ולא כמ"ש הט"ז דבשביל מורה הסכנה לא נתכוון להפסיד הקרן כ"א מניעת הריוח. אבל ההיא דסי' ר"י איזה אומדנא דמוכח יש בה דמ"ש שלא יעשה נישואין ר"ל שלא תהיה לו לאשה:

שוב מצאנו למהרשד"ם עצמו ז"ל חיו"ד סי' צ"א שכתב שלא להוסיף על הלשון מכח האומדנה. והביא ההיא דהרשב"ץ שהביא הב"י סי' רי"ח ותמה על ראיותיו ובא לכלל ישוב וז"ל. אלא שאני אומר שגם בכאן הלשון סובל הכוונה שלא למכור וההוכחה גדולה עד מאד עד שמוכרח לפרש כי כן נשבע שלא יעשה יין למוכרו כו' ולשון עצמו מושך עצמו ואחר עמו כמו לא לנצח ישכח אביון וכו' וכן הכא שלא לעשות ולא למוכרו ליין אלא שקצר ואע"פ שאין דרך ב"א לדבר כן כיון שמוכרח מכמה צדדים יש לנו לפרש כן. וא"ת א"כ שפירוש דבריו שלא לעשות יין ולא למוכרו ליין א"כ היה אסור לעשות יין אפי' לשתות. לזה מספיק הוכחה שכוין שלא נשבע אלא מחמת העלילה והעלילה לא היתה אלא לפי שהיה מוכר אמרינן שלא כיון שלא לעשות יין למכור ושלא למכור שום יין אפי' שלא עשהו וכו'. יע"ש:

גם הרב ש"ך בנקודות הכסף השיג על הט"ז וז"ל הקשה על הרשב"ץ והמחב"ר ולא קשה מידי דלא קי"ל כשמואל דבעינן פיו ולבו שוין אלא בגמר בלבו להוציא פת חטים והוציא פת שעורים. אבל הכא הא קאמר שלא יעשה למכור א"כ קא חזינן דאפי' בדיבור קפיד אמכירה וא"כ אזלינן בתר הכוונה. ויעשה הוא לאו דוקא. ע"ך:

מעתה דעת מר"ן לא מיכריעה אי ס"ל דמוסיפין על הלשון מכח האומדנה דאע"ג דפסקיה לדיניה של הרשב"ץ ומצאנו לרשד"ם חו"מ ומהר"י הלוי שכתבו בפשוט דדעת הרשב"ץ דמוסיפין על הלשון מכח האומדנא וכמש"ל משמם. לעומת זה מצאנו רשד"ם עצמו יו"ד ונקודות הכסף שכתבו דשאני ההיא דהרשב"ץ דהלשון סובל על צד הדוחק ולכך מכח האומדנא אנו דוחקים את הלשון:

ואם כנים אנחנו בנ"ד שחכמי התק' שפתותיהם דובבות ניכוי שו"ש וכבר כתבנו דלשון זה יורה דלא דברו חו"ר התק' כ"א על מי שכותבין עיקר ותוס' ומתון על רביעים ולא ע' מי שכותבין סך מסויים. אם כן נדון דידן שראובן ואשתו שהם מתושבי טיטואן שכותבין ח"י מאות סך מסויים הוי פלוגתא דרבוותא דלמ"ד דמוסיפין על הלשון מכח האומדנא א"כ גם על אלו שכותבין סך מסויים תקנו הגם דלא משמע מהלשון ונכנסו ראובן ואשתו הנז' תחת כנפי התקנה החדשה הנז' יען שכאן נמצאו וכאן היו דרים פה בזמן התק' הנז'. והבחירה ביד ראובן או לחלוק או לפרוע הכתובה לצד שצדדנו כיון דלמילי דאיסורא וכו' וכמש"ל בתחי' דברינו] ולמ"ד אין מוסיפין הרי ראובן הנז' אחוז בחבלי תקנת רבותינו הראשונים זיע"א:

וכד דייקינן נראה דחכמי התקנה לא תקנו על אלו שכותבין סך מסויים. ואף הסוברים דמוסיפין על הלשון מכח האומדנא. בנ"ד יודו. והיינו טעמא. דכתובות שהם כהאי גוונא הם לא שכיחי כ"כ פה מחז"ק דמעט מזער הם הכותבין סך מסויים. שהרי בבחור ובתולה ולא אחד בהם שכותב סך מסויים. ובאלמון וגרוש ואלמנה וגרושה יש ויש ורובם על רביעים וכבר מילתייהו אמורי בכולי תלמודא מילתא דשכיחא גזרו בה רבנן. מילתא דלא שכיחא לא גזרו בה רבנן:

והגם שהרד"ך כתב דלא מיקרי מילתא דלא שכיחא אלא שיהיה הדבר פלא ולא יכול להעלות על לב לשערו. הרי מהר"י טאיטאצאק ומהר"י בי רב ז"ל חולקים עליו וכמ"ש מהרשד"ם חו"מ סי' רכ"ח שמהריט"ט כתב למוהר"י בי רב והסכים לדעתו. גם הכנה"ג ח"מ סי' רכ"ה בהגה"ט אות ט"ל כתב וז"ל דמהר"י אשכנזי בתשו' כ"י כתב דמהר"י קולון בשורש ז' חולק עליו וסובר דאע"פ שלא יהיה הדבר פלא אלא דלא שכיח טובא אמרינן מילתא דלא שכיח לא אתנו עלה ואין דברי הרד"ך עומדות בפני מהריק"ו ע"כ. ונראין דבריו עכ"ל. גם הרב שער אפרים סי' ס"ח כתב וז"ל והנה פליאה בעיני דבר זה הפלא אשר כתב הרב מהרד"ך כי במחי' מקדושת תורתו לא זו הדרך כי לפי דבריו בעצמו קשה שכתב דלא נקרא מילתא דלא שכיחא אלא דבר הפלא שלא יוכל להעלות על הלב לשערו וכו' א"כ לפ"ז קשה הגמרא שמביא לפני מהא דמצא בתוך התרנגולת בציס

גמורות דמיקרי מילתא דלא שכיחא לא גזרו וכו'. ושם אינו דבר פלא שלא יוכל להעלות על לב ואדרבא זהו כמעט מצוי אף שבודאי אינו מצוי כ"כ דעכ"פ מיקרי מילתא דלא שכיחא. אבל מ"מ אינו שם דבר הפלא ופלא כלל אלא ודאי שיש חילוק בין מילתא דלא שכיחא לאונסא דלא שכיח. כי מילתא דלא שכיח מיקרי אף שאינו דבר פלא ואפ"ה לא גזרו וכו' וה"ה משכנתא וכו' ומשא"כ אונסא דלא שכיח הוא דבר פלא דוקא שלא יוכל להעלות על הלב כי בעצמו הוא לא שכיח וזהו גבי שומרים דחייבים בפשיעה ובגניבה ואבידה שיכול לשמור עצמו. ומשא"כ באונס דלא שכיח. וא"כ מ"ש בגמרא גבי עובדא דשומשמי דרבה פטרי קשה למה הלא קבל עליו כל אונסא דמתייליד מאי אמרת לפי דלא שכיח קשה הלא כל אונס לא שכיח לכן מפרש הרמב"ם שזה האונס הוא דבר פלא ולא יוכל להעלות על הלב לשערו דבר זה הפלא וזהו מיקרי אונס דלא שכיח. ומשא"כ מילתא דלא שכיחא הוא לענין אחר וזהו ברור לענ"ד. ועי' במהרשד"ם חו"מ סי' ש"ן שכ' גבי שטרי ערכאות שפסולים מן התורה ולא הוכשרו אלא מתק' דרבנן ואיכא מאן דאמר דלא תקנו אלא בשטר מכר אבל בשטר צוואה והודאה ומחילה וכיוצא לא תקנו בהם דאפ"ג דנראה שאין חילוק בין שטר מכר לשטר אחר כיון דזה וזה אינו אלא לראיה. אפ"ה י"ל ששטר מכר מצוי מאד וצריך ראיה ביד הלוקח לעולם ומפני תיקון העולם תיקנו שיועיל שטר מכר העשוי בערכאותיהם. אמנם בשאר שטרות דלא שכיחי כולי האי לא תיקון ויש כיוצא בזה הרבה. ע"כ. ועי' מהרשד"ם חו"מ סי' רכ"ח:

הרי לפניך חבל נביאים כולם מתנבאים בסגנון אחד דלא כהרד"ך ז"ל דאונסא דלא שכיח לחוד. ומילתא דלא שכיח לחוד ולא ראי זה כראי זה. כי טעם אונסא דלא שכיח הוא משום דאמרינן דאונס כזה לא אסיק אדעתיה ולהכי צריך שיהיה הדבר פלא ולא יוכל להעלותו על לב לשערו. אבל מילתא דלא שכיח לאו היינו טעמא משום דלא אסיק אדעתייהו דרבנן. אלא דדרך החכמים היא שלא לחוש לתקן במילתא דלא שכיחא הגם דאסיקו אדעתייהו האי מילתא ולא מתקני כ"א במילתא דשכיחא טובא. וא"כ למ"ש דכתובות שיש בהם סך מסויים ואת רבע לא זכרו לא שכיחי טובא פה מחז"ק. א"כ נימא דלא תקנו עליהם ובפרט דמשמעות הלשון הכי מוכח:

ולפ"ז נוכל לומר ולחזק הצד הא' שכתבנו בתחילת דברינו שחכמי התק'. לא התקינו על הנשואות במקום אחר שהיו דרים פה בזמן התק יען כי במילי דכתובה אוחזים מעשה אבותיהם בידיהם ואכתי הם נגררים בעקבות מנהג עירם אשר שם נישאו ותקנה זו היא במילי דכתובה. בדברינו אלה יתחזק יותר והוא כי לענ"ד נראה דזה הוי מילתא דלא שכיח טובא שהנשואות בעירם יעקרו דירתם למתא אחריתי וקצת יש להסתייע ממ"ש

הרב מחנה אפרים ז"ל סי' א' ביעקב שהשביע את בניו לקיים את כל הנמצא כתוב בספר מבלי שידעו מה היה כתוב שם וימצא כתוב ששלשת בניו לא ידורו בעיר הזאת אלא כל א' ילך וידור בעיר אחרת. והשיב הרב דהאי מילתא לא אסיקו אדעתייהו דלא עביד איניש דטב ליה בארץ מולדתו למיעקר דירתיה משם ולמיזל באתרא אחריני. אי משום יקרא דנפשיה. אי משום בני חיי ומזוני דתליין במזלא. ואי משום סכנת דרכים. והוי אונס דלא שכיח. ע"ש. והסכים עמו רב תנא הוא המש"ל ז"ל. והגם דהרב לא מיירי כ"א במאן דטב ליה בארץ מולדתו הוא משום דמדמי ליה לאונסא דלא שכיח שהוא פלא דטעמא דידיה הוא משום דלא אסיק אדעתיה. ואנן מיירי במילתא דלא שכיחא דלא היינו טעמא משום דלא אסיקו אדעתייהו. אלא משום שאין דרך חכמים לחוש לתקן במילתא דלא שכיחא ואע"ג דאסיק אדעתייהו. ולפ"ז נוכל לומר דגם בכאן דביש ליה בארץ מולדתו שהוא מן הצועקים ואינם נענים אי לא אזיל למתא אחריתי. מ"מ הרי ריחיים בצווארו. זוהי אשתו והוא מושבע ועומד שלא יוציאנה ממדינה זו למדינה אחריתי ככתוב בשטר הכתובה וחן מקום על יושביו ואף אם היא נשמעת לו קרוביה מעכבים ודעת נשים קלה נשמעת להם עד שכמעט תתגרש ולא תלך עמו ויש שהבעל מצד עצמו אינו רוצה לעקור דירתו מארץ מולדתו הגם כי ביש ליה במתיה ואל קשה. ואלה קשה מאל. באופן דמדברי הרמ"א למדנו דמאן דטב ליה במתיה הוי פלא ולא יוכל להעלות על לב לשערו. ולענד"ן דמאן דביש ליה במתיה הגם שאיננו פלא מ"מ הוי מילתא דלא שכיחא טובא אחרי שהוא מושבע ועומד שלא יוציאנה וכו' וכל אחד מצי מיעכב באידך וצא ולמד מאהלי קדר שהם לחורב ביום ולקרח בלילה שאינם הולכים לדור במדינות מכמה סיבות ומיעוטא דמיעוטא הם העוזבים ארץ מולדתם והולכים אל ארץ אחרת לגור שם:

הדרן למ"ש לעיל דבנ"ד גם רבנן דס"ל דמוסיפין על הלשון מכח האומדנא יודו דאדרבה זיל לאידך גיסא דאיכא אומדנא להפך. דהלא אורחייהו דרבנן דלא מתקני במילתא דלא שכיחא. וא"כ לא תקנו אלא בכתובות המרובעות דשכיחי ולא בכתובות המסויימות דלא שכיחי:

וכן מצינו להרב הגדול מהר"י טיטאיצאק ז"ל הביא דבריו מהרדכ"ץ ז"ל בית לב' וז"ל בנ"ד אין להכניס משכנתא בכלל השכי' משום אומדנא כיון שבלשון שכירות לא שייך משכנתא כלל כ"ש שהאומדנא היא בהפך בשכירות דשכיחא גזרו. במשכנתא דלא שכיחא לא גזרו ולא תקנו כדאמרינן בכולי תלמודא מילתא דלא שכיחא לא גזרו בה רבנן. ע"כ. ומינה לנ"ד דכמו דהתם בתקנת החזקה פסק הרב דאין מוסיפין על הלשון מכח

האומדנא והוסיף לומר דכ"ש הוא שהאומדנה היא להפך דבמשכנתא דלא שכיחא לא גזרו בה רבנן אף אנן נמי נימא בנ"ד בתקנת הבחירה שהאומדנא היא להפך דבכתובות שיש בהם סך מסויים דלא שכיחי טובא לא תקון ולא גרע ממשכנתא:

ומהר"א ששון סי' קמ"ז כתב וזל"ה הטעם השני הוא שהרי המאורע הזה אינו כתוב בפירוש בהסכמה רק אנו רוצים לדמות מה שאירע עתה בנדון זה שנטל המלך הקרקעות בסיבת המרד למה שכתוב בהסכמה שכל איש ישראל שימכור קרקעו לעכו"ם שישאר לו החזקה וכו'. ע"ש שהביא דברי מהרשד"ם סי' רכ"ח שנפל מחלוקת בזה והרבני דורו מהר"י בי רב ומהרימ"ט ז"ל עם מהרד"ך ז"ל ושפליגי בפלוגתא דא ג"כ הרב בעל תרומת הדשן ורשב"ץ ז"ל ולא הכריע אלא דמסיק וז"ל הנה יש לומר דמאי דקאמרי הרב ז"ל וגם הרד"ך ז"ל וגם הרשב"ץ ז"ל שדעתו בפירוש להוסיף אפי' בדבר שהלשון מורה הפך ממה שאנו רוצים לאסור הנה מאי דקאמרי כל הנך רבוותא היינו משום שהאומדנא ההיה היא טובה וחזקה. אבל בנ"ד אדרבא האומדנא היא שמעולם לא תקנו בעלי התקנה למי שדינו דין מורד במלכות דאדרבא אומדנא דמוכח הוא שהיו מתקנים שלא ישאר לו שום זכות וכח וזה אצלי ברור. עכ"ל:

גם הרב דברי יוסף אירגאם ז"ל סי' מ"ג הביא פלוגתא דרבוותא הנז'. ודברי מהר"א ששון ז"ל הנז' וכתב וז"ל הרי דאפי' מאן דאזיל בתר האומדנא להוסיף בהסכמה. אין זה אלא כשהאומדנא היא טובה וחזקה וא"כ אפילו תימא דכוונת תקנה זו היתה משום שלא יחסרו מזונות האשה הא'. מ"מ אין כאן אומדנא דמוכח להוסיף בתקנה זו מי שנשתטית אשתו דאע"ג דהפקחת והשוטה שוות הן לחשש זה שמא יחסרו מזונותיהן מ"מ אין להם ערך ויחס ולא ראי זה כראי זה. דבשלמא באשה פקחת שהיא ראויה לו וכו' ראוי לחוש לתיקונה וכו' אבל באשה שוטה שאינה ראויה לו וכו' אין סברא שיתקנו וכו' ע"ש. ועי' התשב"ץ ח"ב סי' ס"א. והכא נמי בנ"ד דאיכא אומדנא להפך כמ"ש נימא דלא תקון משום דהוי מילתא דלא שכיחא

איברא דמצינו שהרב מהרדכ"ץ ז"ל חלק על הרב מהר"י טיטאיצאק ז"ל וז"ל ובמחילה לענ"ד נראה דאין הנדון דומה לראיה שהרי כל היכא דאמרינן מילתא דלא שכיחא לא גזרו בה רבנן לא משתמע אלא בדבר חומרא וגדר שהחמירו וגדרו על התורה ולפיכך אמרינן כשגדרו והחמירו לא גדרו אלא על מילתא דשכיחא ודי לנו להחמיר ולגדור בזה דשכיח וכו' אבל בנ"ד אינו גזירה שאין הענין לגדור גדר לתורה ולאו היינו חומרא אלא מילתא באנפי נפשה שראו לזכות את ישראל ואיש על מקומו יבוא בשל"ם פשיטא שעל כל צד זכייה ותועלת תקנו ע"כ:

ואנן בעניותין קשיא לן טובא על הרב מהרדכ"ץ ז"ל מש"ס ערוך פ' הזהב ד' מ"ו דאמרינן התם יש דמים שהן כחליפין כיצד החליף דמי שור בפרה או דמי חמור בשור מאי טעמה דרב נחמן סבר לה כר"י דאמר דבר תורה מעות קונות ומפני מה אמרו משיכה קונה גזירה שמא יאמר לו נשרפו חטיך בעלייה ומילתא דשכיחא גזרו בה רבנן ומילתא דלא שכיחא לא גזרו בה רבנן ובדף מ"ו אמרינן דרב הונא דאמר מכור לי באלו קנה סבר לה כר"י דאמר דבר תורה וכו' ומילתא דלא שכיחא לא גזרו בה רבנן. וכן פסקו רבנן. ועי' ס' קצ"ט ס' א' ב' והרי כל הני אינם גדר וחומרא אלא תקנה בעלמא ודמיא לתקנה דמהרדכ"ץ ז"ל ואפ"ה אמרי' מילתא דלא שכיחא לא גזרו ולא תקנו. וצע"ג:

וזאת מצאנו להרב כנה"ג חומ"ש סי' רכ"ה בהגה"ט אות מ' שכתב וז"ל לא אמרינן מילתא דלא שכיחא לא אתנו עלה אלא בדבר חומרא וגדר אבל בדבר שאינו חומרא וגדר לא. הרד"ך בית לב'. ומוהר"י אשכנזי בתשו' הקשה עליו מדברי הגמרא ומדברי מהריק"ו והסכים דאפילו בדבר דלא הוי חומרא וגדר אמרינן מילתא דלא שכיחא לא אתנו עלה ע"כ. ואולי שקושיית מוהר"י אשכנזי היא קושייתינו כי הספרים הנז' אינם מצויים אצלינו:

שוב אחר החיפוש מצאנו להרב שער אפרים סי' ס"ח שהביא דברי הרד"ך ז"ל וכתב עליו ואני שמעתי ולא אבן לפי דבריו מה יענה בסוגייא דהזהב ובקידושין דאין מטבע נעשה חליפין ומקשה שם בגמרא הניחה וכו' אלא לרב נחמן מאי איכא למימר. ומשני סבר כר"י דאמר ד"ת מעות קונות וכו' ומילתא דלא שכיחא וכו'. והתם מאי חומרא וגדר איכא רק מפני תיקון העולם וא"כ ה"ה במשכנתא ושכירות כמו בנדון של מהרד"ך אינו אלא מפני תיקון העולם וג"כ שייך מילתא דלא שכיחא וכו' ע"כ:

גם הרב חכם צבי סי' ס"א הקשה על מהרד"ך מסוגייא דהזהב ומסוגייא דשבועות יעו"ש וסיים וז"ל וכבר הר' ז"ל בסוף דבריו תבריה לגזיזיה כנראה מתשובה זו דלא בעא למשכוני נפשיה בהחליט למימר דבממונא אף במילי דלא שכיח גזרו ביה וכו' ע"ש שהאריך ושכן מצא להרב הגדול מוהריב"ל ח"א סי' ע"ו שכתב בפי' שאף בתקנת חכמים אמרינן מילתא דלא שכיחה לא גזרו בה רבנן והביא ההיא דהזהב ע"כ:

והמש"ל ה"ל מלוה ולוה פ"ד ה' י"ד דה' כתב מהריב"ל הביא פלוגתא דרבוותא הנז' ותמה על מהרדכ"ץ ז"ל ממ"ש הרשב"א ז"ל דהא דאמרנן ולמכור בנכסי אביו עד שיהיה בן עשרים שנה היינו דוקא בנכסי אביו אבל בנכסי שאר מורישם לא ואע"ג דטעמא דנכסי אביו שייך בנכסי שאר מורישם מ"מ כיון דההיא מילתא דלא שכיח לא תקינו לה רבנן. והא התם לא הוי משום גדר אלא משום דבאו לו בירושה דלא טרח ביהו וממילא

אתי ליה לא קפיד עלייהו ומזבין ליהו לכולהו משום דתינוק מיקרבא דעתיה לגבי זוזי וטעם זה שייך ג"כ בנכסי שאר מורישם וכת' וכו' אלא ודאי מדלא כתב כן משמע דלא ס"ל חילוק זה וא"כ הדרא קושיין לדוכתה מדברי הרשב"א וצ"ע:

עוד כתב וז"ל והא דאמרינן בנזיר פ' כהן גדול דהנכנס לארץ העמים בשידה תיבה ומגדל טהור משום דהוי מילתא דלא שכיח ולא גזרו בה רבנן אע"פ דלטעמא דמשום אוירא גזירה הוי גדר ולא יצא מהארץ לחו"ל. והאי טעמא שייך ג"כ בנכנס בשידה תיבה ומגדל. הא לא קשיא משום דרכי דטעמא דסבר דאע"ג דלא שכיחא גזרו בה רבנן הוי מטעמא דהרדב"ץ דהכא לא שייך לחלק בין שכיחא ללא שכיחא כיון דטעמא שוה בתרווייהו ואדרבא מהכא הוי סייעתא משום דלא מצינו מחלוקת במילתא דלא שכיח אי גזרו בה רבנן או לאו אלא ודאי דשאני ההיא דארץ העמים דדמי לתקנה דהרדב"ץ ופליגי רבי ורבי יוסי בר יהודה בפלוגתא דמהרי"ט ומהרדכ"ץ ועי' בפסקים וכתבים סי' רס"ו שכתב דבתקנות רבינו תם אין לחלק בין מילתא דשכיח ללא שכיח והיינו משום דהתקנה היתה משום ותם לריק וכל היכא דשייך האי טעמא תיקנו ואפי' בדבר דלא שכיח וכמ"ש מהרדכ"ץ. עכ"ל:

ומהתימה על הרב תנא דכולי תלמודא כמאן דמניח בכיסתיה דמי ושקיל וטרי בדברי מהרידכ"ץ איך לא הרגיש בקושיין:

עוד יש לתמוה על הרב שכתב ואדרבא מהכא הוי סייעתא משום דלא מצינו מחלוקת וכו'. דהא אמרינן בפ' הדר על מאי דתנן במתניתין הדר עם העכו"ם בחצר הרי זה אוסר עליו. ראב"י אומר לעולם אינו אוסר עד שיהיו שני ישראלים אוסרים זה על זה. ואמרינן בגמרא בגזירה שמא ילמוד ממעשיו קמפלגי. ראב"י סבר כיון דעכו"ם חשודי אשפיכות דמים. תרי דשכיחי דדיירי גזרו ביהו. חד דלא שכיח לא גזרו ביה רבנן. ורבי אמר סבר זמנין דמקרי ודייר. והרי גזרה זו היא חומרא וגדר על התורה שמא ילמוד ממעשיו ופליגי בה ראב"י ור"מ והיאך כתב הרב דלא מצינו מחלוקת בזה. ושמא י"ל דהרב לא חשיב לפלוגתא דרבי מאיר פלוגתא דכיון דר"מ הוא דס"ל דאע"ג דחד לא שכיח גזרו דזמנין דמקרי ודייר. דר"מ לטעמיה דבעלמא חייש למיעוטא. והא דכתב הרב דלא מצינו מחלוקת בזה. הוא למאן דלא חייש למיעוטא:

והרב מה"ר שון ז"ל סי' קמ"ז הביא פלוגתא דהרד"ך ומהרי"ט ז"ל. וכתב הנה המעיין שם יראה שלא. כתב הרב הרד"ך ז"ל שם בפישטות באופן שאין לנו לדחות דברי הרב הגדול מהרי"ט שהם ודאות אצלו ובעיני הרב הגדול מהר"י בי רב ג"כ מפני ספיקו של הרד"ך וכ"ש שמהרשד"ם ז"ל שם בתשובה הנז' שכתבתי למעלה יראה המעיין שם

שעושה עיקר מהך טעמא דמילתא דלא שכיח וכו'. גם הרב מהריב"ל ז"ל בא בראש כלל ז' סמך בתקנת החזקות על זאת הטענה וכו' ע"ש. גם הרב דברי יוסף אירגאס ז"ל סי' מ"ג הביא דברי הרבנים הנז' ומסיק וז"ל ונמצינו למדין בפישטות דכל מילתא דלא שכיחא אינו נכנס בכלל הסכמה או השבועה או התנאי זולת כי היכא שפירשו שהם כוללין אותו אף דלא שכיח אבל אם כתבו סתם ולא פירשוהו צריכין אנו לדון שלא עלא על לבם לתקן על דבר דלא שכיח ואינו נכנס בכלל ההסכמה ולפיכך גם בנדון דידן שהתקנה היא סתמית צריכין אנו לדון שלא נתכוונו לתקן שישלם הכתובה היכא שנשתטית אשתו מאחר שהוא דבר דלא שכיח. עכ"ל:

ועיין טור חומ"ש סי' ס' ס"ז וסוס"י קי"א ומר"ן השו"ע סי' ס' ס"א וז"ל ועכשיו אע"פ שנהגו לכתוב בכל השטרות שהוא משעבד לו מטלטלי אגב מקרקעי נהגו שאינו טורף מהמטלטלים שמכר או נתן או משכן מפני תקנת השוק ואפי' למנהג זה אם היה ללוה שט"ח על אחר ומכרו בע"ח גובה ממנו דלא שייך בשטרות תק"ה דלא שכיח ע"ך. ולא ראינו מי שחולק בזה. אלא דמצינו להכנה"ג סי' ס' בהגה"ט אות כ"ג שכ' וז"ל. רבינו ב"י לא הביא בזה שום חולק גם בספרו הקצר פסק כן ולא הגיה עליו בעל המפה ז"ל כלום גם לגדולי האחרונים ז"ל בספריהם ראיתי כותבין כן בפשוט. ואנוכי הרואה שהרשב"א ז"ל בתשובה סי' תתקי"ד הביאה רב"י סי' ק"ד מחו' ד' סובר דאף בשטרות שייך תקנת השוק שכתב ואפי' עשאן אפותיקי ומכרן אין בע"ח חוזר וגובה מהם כ"ש כשגבה אותם ב"ח מאוחר ע"ך ויראה דהכי קאמר ועוד דאפי' נאמר דהשטרות גופן ממון ועשאן אפותי' ומכרן אין ב"ח חוזר וגובה מהם מפני תק"ה ולענין הלכה כיון דכל הבאים אחרי הרא"ש ז"ל החזיקו בסברתו הכי נקטינן. ע"ך:

ואנן בעניותין אחר המחילה מרבנותיה דרבינו הכנה"ג ז"ל דלענ"ד נראה דכוונת הרשב"א ז"ל במ"ש ואפי' עשאן אפותיקי וכו' הוא משום דס"ל דהשטרות אינם אלא שעבוד ואין גופם ממון ושעבוד לא משתע' באגב דבזה מיירי באותה תשובה ואינם אלא גמר דבריו למ"ש קודם וטעם א' הוא ולא יצא הרשב"א ז"ל לידון בדבר חדש שהרי העיקר חסר מן הספר ונמצא דלא פליגי הרשב"א והרא"ש ז"ל אלא אי משתעבדי שטרי באגב אם לאו דהרשב"א ז"ל ס"ל דלא משתעבדי ואם מכרן אין בע"ח גובה מהם מדינא ולהרא"ש ז"ל משתעבדי ובע"ח גובה מהם. אבל לענין תק"ה אי שייכי בשטרות או לאו לא פליגי. ועיין ש"כ סי' ס' סק"ט שתמה על הב"י שלא הביא מחלוקת בההיא דהרא"ש דס"ל דשטרי משתעבדי באגב שהרי הרשב"א בתשו' תתקי"ד הנז' חולק וס"ל שאין הב"ח יכול לגבות מן השט"ח שמכר אף לפי דינא דש"ס ושיש אף להרשב"א נ"מ בזה שכ'

הרא"ש ז"ל דבשטרות לא שייך תק"ה לענין אם מכר מתחילה השט"ח בקנין המועיל וחזר ומכרו לאחר הלוקח הראשון מוציא מיד הלוקח הב' בחנם דלא שייך בשטרות תק"ה דלא שכיח. ע"כ. ומפשט דבריו נראה דס"ל להש"ך דגם הרשב"א יסבור כהרא"ש דלא שייך בשטרות תק"ה מדכתב הנ"מ במ"ש הרא"ש להרשב"א שלוקח א' מוציא מיד לוקח ב'. ואלו לדעת הכנה"ג בדברי הרשב"א לוקח אחד אינו מוציא מיד לוקח ב' שהרי שייך בהם תק"ה:

שוב מצאנו להכנה"ג עצמו סי' ק"ד בהגב"י אות כ"ג אההיא תשובה דהרשב"א הנז' שכ' וז"ל עשאו אפותיקי וכו'. נ"ב אמר המאסף משום דס"ל דשטרות אין גופן ממון אלא שעבוד ושעבוד אינו נקנה אגב קרקע אבל להרא"ש וכו' אם מכרן ב"ח גובה מהם וכו' ע"כ. הרי שהכנה"ג עצמו מפרש שמ"ש הרשב"א ואפי' עשאו אפותיקי וכו' הוא כמ"ש אנן בעניותין דטעמא הוי משום דשטרי לא משתעבדי באגב ולא כמ"ש הכנה"ג בסי' ס' הטעם דשייך בשטרו' תק"ה. והוא פלא איך לא זכר שר מ"ש הוא בעצמו:

איך שיהיה נלמוד מכאן דאף בתקנה דאינה גדר וחומרא לא תיקנו במילתא דלא שכיח. דהא תק"ה תקנה בעלמא היא לטובת ישראל שאין בה צד חומרא ואפ"ה בשטרות לא תיקנו משום דלא שכיחי ואין לומר דשאני תק"ה דלא תיקון בשטרות הוא משום דאין השוק מתקלקל אם בע"ח גובה משטרות שמכר דדבר דלא שכיח לא ימשך ממנו קלקול והכי דייק לישנא דלא שייך בשטרות תק"ה וכו' שכתבו הרא"ש והטור והש"ע ולא כתבו דלא עשו בשטרות וכו'. דליתא דאם אינו נמשך הקלקול לשאר מטלטלי יהיה נמשך לגבי שטרות מיהא דאין לך אדם שיקנה שטר מחבירו ושבקיה ללישנא דלא שייך דנקטי הרא"ש והטור והש"ע דאיהו דחיק ומוקי אנפשיה ור"ל דלא שייך שיעשו תק"ה בשטרות וכו'. והרב הלבוש כתב שלא עשו בשטרות וכו' ור"ל שלא עשו בשטרות תק"ה הגם שיתקלקל השוק דאין לך אדם שקונה שטר מחבירו. גם מ"ש הסמ"ע סי' קי"א ס"ק ל"ו אבל בנתינת שט"ח לא שייך האי טעמא דמילתא דלא שכיח הוא. ע"כ צריך לידחק ולפרש דלא שייך האי טעמא דלא יקנה וכו' שהגם שיהיה כן ולא יקנה שום אדם שטר וכו' לא חיישינן דמילתא דלא שכיחא לא עשו בה רבנן תק"ה. וההכרח לא יגונה דמהיכא תיתי שלא יהיה נמשך קלקול דמ"ש משאר מטלטלין דנמשך מהם קלקול. וכת' משום דלא שכיחי בא' לא ירגישו. והא חברך חברא אית ליה ורוב שנים יודיעו שברוב השנים ודאי שיארע כן פעמים רבות ויודע הדבר. אלא ודאי דלא חששו לקלקול השוק שיהיה בשטרות משום דלא שכיחי:

ובפרק השולח ד' ל"ז אמרינן אין כותבין פרוזבול אלא על הקרקע. ופרש"י אם יש קרקע ללוה דלא תיקנו אלא בזמן שהחוב כשאר רוב שטרות שאין נגבין מן הקרקע דהוי מילתא דשכיחא כדאמרי' בכמה דוכתי דבמילתא דלא שכיח לא עבוד רבנן תקנתא ע"כ. וכן כתבו התוס' משום דמילתא דשכיחא היא שמלוה למי שיש לו קרקע לפי שאין יכול לכלותו. ע"כ. ועי' בב"י ובסמ"ע סימן ס"ז ס"ק מ"א:

גם בסי' קכ"ג ס"א כתב מר"ן אבל הגאונים תקנו שכותבין הרשאה אף על המלוה בין בשטר בין בעידי קנין אע"פ שכפר בה בב"ד כדי שלא יטול כל אחד ממון חבירו וילך לו למדינה אחרת אבל על מלוה ע"פ שכפר לא תיקנו שיכתבו הרשאה ע"כ. וכתב הסמ"ע סק"ה אבל על מלוה ע"פ וכו' משום דלא שכיח שילוה אדם לחבירו בלא שטר מש"ה לא חששו בכה"ג שילוה לו ע"פ וילך למדינת הים דבדבר דלא שכיח לא תקנו וכמ"ש הטו"ר והמחב"ר בסי' ס"ז בתקנת פרוזבול דלא תקנוהו בלוה שאין קרקע. ע"כ ועי' פרישה וב"ח וש"ך. אלא דמר"ן בב"י תמה אמאי לא תקנו גם במלוה ע"פ ולא בא לכלל ישוב:

ומדברי סמ"ע הללו יש לתמוה על מ"ש הסמ"ע עצמו סי' סז' ס"ק ט"ל שתמה על מור"ם שכ' וה"ה שיוכל למסור בב"ד חובותיו שבע"פ. דלא הו"ל למור"ם לכתוב כן דמהיכא תיתי לחלק כיון דלא כתב המחב"ר דבשט"ח איירי. והלא לפי דבריו דבסי' קכ"ג דמלוה ע"פ לא שכיח ולא תיקון בה הגאונים ולפ"ז גם לגבי פרוזבול נימא דלא תיקון פרוזבול במלוה ע"פ דלא שכיח וא"כ טובא אתא לאשמועינן מור"ם ז"ל דאפ"ה תיקון:

והנה מוכרחין אנו לומר דמ"ש מור"ם וה"ה במלוה ע"פ לאו משום דס"ל דבממונא אף במילתא דלא שכיחא תקון וכהרד"ך. אלא דס"ל דהכי תקון בפי' דהא דאמרינן מילתא דלא שכיחא לא תקון היינו היכא דהתקנה היתה בסתם אמרינן דמילתא דל"ש לא תקון אבל לפעמים היו מתקנים אף במילתא דל"ש ואין למידין תקנות רז"ל זה מזה כמ"ש בפוס':

אלא דקשיא לן ממ"ש הטור סי' קז' גבי תקנת הגאונים דמטלטלי דיתמי משתעבדי שכתב וי"א שתק' הגאונים לא היתה אלא במלוה בשטר אבל במלוה ע"פ לא תקנו שאין בה משום נעילת דלת דלא שכיח וכו' ולא נהגו כן אלא אף במלוה ע"פ גובין מהם. ע"כ. וכן פסק מר"ן בסי' קז' ס"א וז"ל. אבל הגאונים תקנו שיהא בע"ח גובה מהיורשים מטלטלים שהניח אביהם הילכך האידנא כופין אותם לפרוע חובות אביהם אפי' היא מע"פ ע"כ. והיא סברת הרי"ף ז"ל שכתב בפ' הגוזל ומאכיל והשתא דמטל' משתעבדי לבע"ח חייבין לשלם וכו' וקיי"ל השתא דמע"פ גובה מן היורשים בין מקרקע בין ממט' ע"כ. וכן כתב הרא"ש ז"ל שם. גם הרב הנמקי הביא דברי הרי"ף ז"ל. וכן כתב הרמב"ם

ז"ל בפ' ה' מה"ל גזילה הלכה ה' וז"ל כבר תקנו הגאונים לגבות ב"ח מן המלטלים ואפי' במלוה ע"פ. ע"כ. וכן כתב הרא"ש ז"ל סי' שצ"ב ושגם הרשב"א בחידושיו הביא דברי הרב אלפסי ז"ל ושכן נראה דעת כל האחרונים ומלשון הרא"ה בשם רבו הרמב"ן ז"ל נראה כן וגם מלשון בעל העיטור נראה שכן דעתו עי"ש בריב"ש. וסברת י"א שהביא הטור כתבה בעל התרומות בשער ס"א וז"ל ואיכא מאן דאמר דוקא במלוה בשטר תקון לכוף יתמי למפרע ממטלטלי אבל מלוה ע"פ ליכא משום נעילת דלת בפני לוין דהא לא שכיח ולא תקון למיגבא ממטלטלי דשבק להון אבוהון ואוקמוה אדאורייתא וזה דעת ר"ת ורבינו אפרים ע"ש שהביא סמך וראיה לדבריהם מהש"ס ע"ש. והריב"ש ז"ל דקרי לה סברא יחידאה לא ראה כ"א בעל העיטור שהביאה משם ר"ת לב"ד וכמ"ש ה' גידולי תרומה:

וצל"ד מאי טעמייהו דרבנן שלשה עמודי הוראה וסיעתם דסברי מרנן דתקנת הגאונים היא אפי' במלוה ע"פ. והלא מלוה ע"פ היא מילתא דלא שכיחא ובמילתא דלא שכיחא לא תקון רבנן כדקי"ל בכולי תלמודא ודין הוא טעמא לר"ת ורבינו אפרים דלא ס"ל הכי. והכא אי אפשר לישב כמו שישבנו לדעת מור"ם הנ"ז דהכא א"א לומר דבהכי פליגי אם תקנו על מלוה ע"פ בפירוש דהאיך תהיה מחלוקית בזאת בין הפוסקים ובפרט בין הרי"פ ורבינו אפרים תלמידו דהאיך רבינו אפרים יחלוק על רבו בדברי קבלה. ובשלמא אי פליגי בסברא ניחא. וכי תימא דפליגי רבנן בפלוגתא דמהרד"ך ומהריט"ט. קשה מההיא דפ' המקבל וכמש"ל. עוד קשה על מהרד"ך איך לא נשען על עמודי הוראה וסיעתם. ועל מהריט"ט ומוהר"י בי רב ומהרשד"ם ודעמייהו דדחו סברת הרד"ך כמביא למעלה. איך לא הרגישו מסברת רוב הפוס' ועוד בה דממ"ש הריב"ש שהרשב"א בחידושיו הביא דברי הרי"ף יראה דס"ל כהרי"ף. והיה בהני"ח דהרי"ף ס"ל כהרד"ך א"כ גם הרשב"א ס"ל כהרד"ך. ואלו גבי קטן המוכר בנכסי שאר מורישם מצינו דס"ל כהרד"ך וכמש"ל משם המש"ל ונמצאו דברי הרשב"א ז"ל סתראי נינהו. גם דברי הרא"ש ז"ל קשיין אהדדי דכאן ס"ל כהרד"ף דס"ל כהרד"ך ואלו בפ' א' דמס' קמא ד' י"ד כתב וז"ל כתב רב אלפס ז"ל והשתא דתקינו רבנן לבע"ח לגבות מן המטלטלי גובה מיתמי בין מקרקעי בין ממטלטלי וכן הלכה וכתב עליו רבינו אפרים תלמידו ז"ל ליתא להאי סברא דניזקין מילתא דלא שכיחא היא וכי תקון רבנן לבע"ח משום נעילת דלת בפני לוין אי נמי לאשה משום פו"ר. אבל לניזקין לא תקון מידי. ונראה לי דבדורות הללו מטלטלי כמקרקעי לכל מילי שעבוד מדינה דגמרא אפי' בלא תקנה דהוי כגמלייא דערבייא ואשלי דקמחונייא דאמרינן בכתובות ד' ס"ז אשה גובא פורנא מהם ע"כ. והביאו הטור חו"מ סי' תי"ט. הרי

דלא חלק הרא"ש ז"ל על רבינו אפרים אלא משום דבדורות הללו משתעבדי מדינא ולא מהתק'. אבל אי הוה ס"ל דלא משתעבדי מדינה כ"א מן התק' הוה אמרינן דבניזקין דלא שכיחי לא תקון וכרבינו אפרים. ולפ"ז הרי"ף ז"ל ורבינו אפרים תלמידו אזלו לטעמייהו דפליגי אי תקון במלוה ע"פ דלא שכיח אם לאו. דהרי"ף סבר לה כהרד"ך ורבינו אפרים סבר לה כמהרי"ט. אלא להרא"ש קשייא דהתם במלוה ע"פ סבר לה כהרד"ך וסבירא ליה דהגאונים תקנו אף במלוה ע"פ דלא שכיח. ואלו בניזקין ס"ל כרבינו אפרים דס"ל כמהרי"ט:

ולכאורה מקום יש בראש לישב ולומר והוא דיש לדקדק בל' הרא"ש במ"ש וכי תקון רבנן לבע"ח. משום נעילת דלת וכו' אי נמי לאשה משום פו"ר דלאו רישיה סיפיה דמתחילה בא בנותן טעם לרבינו אפרים דבניקין מילתא דלא שכיחא ולפ"ז אף אם היה טעמם בתקנת בע"ח או אשה שייך בניזקין לא היו מתקנים משום דלא שכיחי. ואח"כ כתב וכי תקון רבנן לבע"ח משום נעילת דלת בפני לוין אי נמי לאשה משום פו"ר דלשון זה יורה יורה דטעם רבינו אפרים הוא משום דלא שייך טעם בע"ח ואשה בניזקין ואפי' מאי דמסיים אבל לניזקין לא תיקון מידי הוא משום דלא שייך בהם הני תרי טעמי דבע"ח ואשה. ורבא' בש"מ לקמא כתב וז"ל כתב הרב המאר"י ז"ל מת המזיק קודם שישלם אין ב"ד נזקקין למטלטלים דיתומים והאידנא דתקון גאונים ז"ל לגבות ממטלטלי דיתמי גובה אף ממטלטלי דיתמי להריא"ף ולהרמב"ם ז"ל ורבינו אפרים תלמיד הריא"ף ז"ל חולק לומר שאין אומרים כן אלא בבע"ח משום נעילת דלת ולכתובת אשה משום חינה אבל לניזקי' אין כאן תקנה. ואין דבריו נראין דאף לזה יש תקנה שלא להרבות בניזקין. ע"כ. ומלשון זה נראה שהרב המאיר"י ז"ל ס"ל דטעמו דרבינו אפרים הוא משום דלא שייך בניזקין טעם בע"ח ואשה ולא משום דניזקין מילתא דלא שכיחא. גם בספרי הרי"ף שבידינו איתא להאי סברא בדברי הרי"ף ז"ל ולא כתב דנזיקין מילתא דל"ש וז"ל ואיכא מאן דפריך דכי תקינו רבנן לבע"ח משום שלא תנעול דלת בפני לוין אבל לניזקין לא תיקון מידי ע"כ. ונמצא דלפי דברי הרב המאיר"י ז"ל גם רבינו אפרים ז"ל ס"ל דאי הוה שייך טעמא דבע"ח ואשה בניזקין הוו מתקני ביהו אף דלא שכיחי. אלא דלהרא"ש ז"ל א"א לומר הכי שהרי כתב בפי' דניזקין מילתא דלא שכיחא. ואפשר לומר דמ"ש הרא"ש ז"ל וכי תיקון רבנן וכו' הוא כמו ועוד וכי וכו' ותרי טעמי קמ"ל ולפ"ז יתישבו דברי הרא"ש ז"ל דהיא דמלוה ע"פ עם ההיא דניזקין דלעולם ס"ל להרא"ש ז"ל דהיכא דשייך טעמא אף שהיא מילתא דלא שכיחא תקון בה רבנן ולכך כתב דבמלוה ע"פ תקינו הגאונים אף שהיא מילתא דלא שכיחא ומה שהוצרך לחלוק על רבינו אפרים בניזקין

מטעמא דהאידנא משתעבדי מדינה והלא אף אם לא משתעבדי כ"א מהתק' היה חולק שהרי ס"ל אף בדלא שכיח תקנו. הוא משום טעם ב' שכתב הרא"ש לרבינו אפרים דטעם בע"א ואשה לא שייך בניזקין דמ"ש הרב המאירי שלא להרבות בניזקין לא ס"ל לרבינו אפרים ולהרא"ש ז"ל וא"כ אם האידנא מטלטלי דיתמי לא משתעבדי כ"א מהתקנה דוקא לא הוו מתקני בניזקין דלא שייך בהו טעם תקנתם ולכך כתב הרא"ש דהאידנא משתעבדי מדינא וא"כ אף בניזקין משתע' מדינא דאין זה מהתק' כדי שנאמר כיון דלא שייך בהו טעם התקנה אינו גובה:

אלא דבדברי הטור א"א לפרש כן שהרי כתב וז"ל והר' אפרים כתב דלא תקנו זה אלא לבע"ח משום נעילת דלת ולשון זה הנמשך ממנו הוא. אבל לניזקין דלא שייך נעילת דלת וכו' והטור סיים בדבריו אבל לניזקין דלא שכיחי לא תקנו ולמאי דסיים צריך שיהיה פתח דבריו דלא תקנו אלא בבע"ח דשכיח ופתח בנד וכו' וא"א לישבו כמש"ל בל' הרא"ש וה' שלטי הגבורים כתב וז"ל ורבינו אפרים כתב והביא דבריו הרא"ש והטו"ר חו"מ סי' תי"ט דניזקין אינו גובה ממטלטלי דיתמי דכי תקון רבנן לגבות ממטלטלי דיתמי היינו דוקא לבע"ח משום נעילת דלת בפני לוין אי נמי לאשה משום פו"ר אבל לניזקין דמילתא דלא שכיחא היא לא תיקון מידי. ע"כ. והוא כלשון הטור. ולפ"ז צריך לישב דמ"ש הטו"ר דלא תקנו אלא לבע"ח משום נעילת דלת אי נמי לאשה משום פו"ר אין זה מעיקר החילוק. אלא עיקר החילוק הוא משום דבע"ח שכיח. ואגב אורחיה קמ"ל טעם התקנה. ושיעור דבריו כך הוא. דלא תקנו אלא בבע"ח דשכיח משום נעילת דלת. אבל לניזקין דלא שכיחי לא תקנו וכו'. וכי תימא אמאי הוצרך להאי טעמא דניזקין מילתא דלא שכיחא. ת"ל דלא שייך בהו לא נעילת דלת ולא פו"ר. י"ל דלא שייך בהו טעמא דשלא להרבות בניזקין וכדכתב הרב המאירי"י ז"ל ולכך הוצרך לומר דניזקין לא שכיחי. ונמצא לפ"ז דס"ל להרא"ש דמילתא דלא שכיחא לא תקון בה רבנן ולא חלק על רבינו אפרים אלא משום דהאידנא משתעבדי מדינא אבל אם לא היו משתעבדי כ"א מהתק' הוה אמרינן דבניזקין לא תקנו משום דלא שכיחי. וכן כתב בפרישה סי' תי"ט בפירוש דברי הרא"ש ז"ל וז"ל ונ"מ דאם היה גובה מכח א"כ בדבר דלא שכיח לא היה גובה משא"כ מדינה דגמרא. ע"כ. וכן כתב המש"ל ז"ל פ' כ"א מה"ל מלוה ולוה הל' א' עמ"ש מהר"ם מלובלין ז"ל דדמי קא"ן פאס"י לא שייך בהו תקנת הגאונים כלל. כתב וז"ל ויש להביא קצת סמך לסברא זו מההיא דכתב הרא"ש ז"ל סוף פ' קמא דקמא בשם רבינו אפרים דבניזקין לא תקנו הגאונים דמטלטלי משתעבדי לניזקין משום דניזקין לא שכיחי. אף אנו נאמר דלא תקנו הגאונים אלא במטלטלי דשכיחי אבל קא"ן פאס"י

לא שכיחו ולא תקנו. ואף הרא"ש שנחלק על רבינו אפרים הוא מטעם דבדורות אלו מטלטלי כמקרקעי דעלייהו סמכי דומייא דגמלייא דערבייא וכו' ע"ש. ומהר"י כולי ז"ל הרב המגיה כתב על דברי המש"ל ז"ל א"ה עי' מש"ל פ' ד' מהלכות אלו דין י"ד בשם מהרד"ך ע"כ. ונמצא דס"ל להרא"ש דבתק' מילתא דל"ש לא תקון וכמהרי"ט. וא"כ הדרא קושייא לדוכתה דהתם במלוה ע"פ ס"ל להרא"ש דתקון בה הגאונים אע"ג דלא שכיח אלמא ס"ל כהרד"ך. ובניזקין ס"ל כמהרי"ט:

זאת ועוד לפי הנאה זו דאמרינן דפליגי הרי"ף וסיעתו עם רבינו אפרים ור"ת בפלוגתא דהרד"ך ומהרי"ט יקשה על הפרישה והב"ח והסמ"ע והש"ך דמתרצי מאי דתמה הב"י סי' קכ"ג על הרמב"ם שכתב אבל על מלוה ע"פ שכתב לא תקנו שיכתבו הרשאה. שמאחר שתקנת הגאונים לכתוב הרשאה על מלוה לא היתה אלא מפני שלא יטול כל אחד ממון חבירו וילך לו אף במלוה ע"פ היה להם לתקן כן והניח הדבר בקושיא. ותירצו הם דכיון דמלוה ע"פ לא שכיח לא תקון בה הגאונים. ולפי הנחה זו דין הוא טעמא להב"י שלא תירץ הכי שהרי הרמב"ם הוא מן הסוברים דתק' הגאונים לגבי מטלטלי דיתמי איכא אף במלוה ע"פ דל"ש וכסברת הרד"ך דכל תקנה דהוי לתועלת ולא גדר וחומרא תקנו אף בדלא שכיח. אלא להפרישה והסמ"ע והב"ח והש"ך קשה אחר דהרמב"ם ס"ל דבמלוה ע"פ עצמה תקנו לגבי מטלטלי דיתמי הגם דלא שכיח דס"ל כהרד"ך גם בהרשאה הו"ל לתקן גם במלוה ע"פ הגם דלא שכיח:

ולמ"ש הרשב"א ז"ל בחידושיו לקמא ד' י"ד וז"ל וגם זה אינו מתישב בעיני דמטלטלי דיתמי לא משתעבד' אינה תורה ולמ"ד שעבודא דאורייתא אף הניזקין ובע"ח ד"ת גובין אף ממטלטלי דיתמי דמינא תיתי דלא. ולמאן דאמר שעבודא לאו דאורייתא אף מן הקרקעות אינם נגבים לא בעל חוב ולא הניזקין אלא מן התק'. ע"כ. והיה בהני"ח דהרי"ף ודעמיה ז"ל ס"ל כהרשב"א ז"ל ומצינו להרי"ף והרמב"ם ז"ל דס"ל דשעבודא דאורייתא ואפ' מן התורה מטלטלי דיתמי משתעבדי אלא דחכמים תקנו דלא משתעבדי ושוב הגאונים תקנו דמשתעבדי ונמצא שתקנת הגאונים באה לקיים דבר תורה. ולפ"ז היה אפשר לומר דבזה פליגי דהרי"ף ודעמיה ס"ל דהא דאמרינן בפ' המקבל דמילתא דלא שכיחא לא תקנו היינו דוקא היכא דהתק' באה לעקור דבר תורה כההיא דהתם דפ' המקבל דד"ת מעות קונות וחכמים תקנו דמשיכה קונה ולכך דיינו לעקור ד"ת במילתא דשכיחא לתועלתן של ישראל ולהניח דבר תורה מיהא במילתא דלא שכיחא שאין בה היזק כ"כ. אבל היכא דהתק' היא לקיים דבר תורה כההיא דתקנו הגאונים מטלטלי דיתמי משתעבדי לבע"ח דחזר הדין לסיני וכמ"ש הרשב"א. הלא טוב הוא שיתקנו אף

במילתא דלא שכיח אחר דשייך בהו התועלת וגם התק' היא לקיים ד"ת. ובזה אתי שפיר מ"ש המש"ל משם הרשב"א ז"ל גבי קטן שיכול למכור בנכסי שאר מורישם דכיון דלא שכיח לא תקון בה רבנן. דהא דפחות מבן עשרים אינו יכול למכור קרקע שירש אינה תורה כ"א מהתק' ולכך במילתא דלא שכיחא אוקמוה אדאורייתא. אבל ר"ת ורבינו אפרים ז"ל ס"ל דהא דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי דבר תורה ולא מן התק'. והכי דייק לישנא דבעל התרומות ז"ל שכתב בדעת ר"ת ורבינו אפרים אבל מלוה ע"פ וכו' לא שכיח וכו' ואוקמוה אדאורייתא ע"כ. ומדכתב ואוקמוה אדאורייתא אלמא ס"ל דכך הוא הדין מן התורה ולא מן התק' ולכך ס"ל דלא תקון במילתא דלא שכיח דדמיא להההיא דפ' המקבל דהיינו לעקור ד"ת במילתא דשכיחא ולהניח ד"ת במילתא דל"ש. ובזה אתי שפיר ג"כ דלא תיקשי למוהרי"ט ודעמיה מסברת רוב הפוס' דס"ל דבמלוה ע"פ תקנו הגם דלא שכיח. דשאני התם התק' היא לקיים דבר תורה. אבל תקנת החזקות התק' היא לעקור ד"ת ולכך במילתא דלא שכיחא לא תקון ואוקמוה אדאורייתא. ואפי' להאי תירוצה אכתי קשיין דברי הרא"ש אהדדי:

וכ"ז לא יגהה מזור שהרי מצינו להרמב"ם ז"ל בפ' י"א מהל' מלוה ולוה הלכה ז' וז"ל אבל הבא ליפרע מן היורש וכו' לא יפרע מן המטלטלין וכו' שהמטלטלין אינם תחת שעבוד בע"ח מן התורה ע"כ. וכן כתב הטור בריש סי' ק"ז דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי מן התורה. ע"כ ומן הטור נשמע להרא"ש דהכי ס"ל. ולפ"ז מאי דתקון הגאונים דמשתעבדי הוא לעקור ד"ת וא"כ דמייא להההיא דפ' המקבל והדרא קושיין לדוכתה. ועי' קהלת יעקב בתוספת דרבנן אות שי"ן ש"ג. ובלא"ה למ"ש הש"ך סי' ט"ל דהרא"ש ס"ל שעבוד לאו דאורייתא לא אתי האי תירוצה:

עוד יש מקום לומר דהא דפליגי הפוסקים בתק' הגאונים שתקנו מטלטלי דיתמי משתעבדי אי גם במלוה ע"פ ובניזקין תקנו אם לאו. הוא משום דפליגי אי הם שכיחי אם לאו דהרי"פ והרמב"ם ז"ל ס"ל דשכיח. ואידך ס"ל דלא שכיח. ולהנחה זו ניחא מאי דקשה מפ' המקבל. וניחא דברי רשב"א אהדדי וגם דברי הרא"ש ז"ל. ולפ"ז ס"ל לכל הפוס' הנז' כמהרי"ט. אלא דעדיין קשה על הפרישא והסמ"ע והב"ח והש"ך ז"ל דסי' קכ"ג שהרי הרמב"ם ס"ל דמלוה ע"פ שכיחא. ולב"י ניחא זאת ועוד שהדבר בעצמו קשה לאומרו שהיאך תהיה מחלוקת כזאת בין הפוסקים דהוי כמחלוקת במציאות:

והנלע"**ד** לישב הוא במ"ש הריב"ש סי' שצ"ב וז"ל ועוד זיל בתר טעמא אף בלא תקנת הגאונים קי"ל מצוה על היתומים לפרוע חוב אביהם אפי' ממטלטלי וכו' אלא שנחלקו המפרשים אין כופין אותם וכו' מ"מ לכ"ע מצוה על היתומים לפרוע חוב אביהם אפי'

ממטלטלי בין במלוה בשטר בין במלוה ע"פ כל היכא דליכא למיחש לפירעון דבכולהו איכא משום כבוד אביהם וא"כ הגאונים שתקנו לגבות מהן ממטלטלי נראה שעשו כך אם מפני שראו מפני תיקון העולם שראוי לכופן במצוה זו אפי' בגביית מטלטלי בב"ד ואף בשאר יורשים שאינם בנים לא פלוג כיון שרוב היורשים הם בנים וכו' או מפני שראו שעתה נכסי רוב העולם אינם קרקעות אלא מטלטלין וסחורה והלוה סומך עליהם כמו בקרקעות דומיא דמאי דאמרינן בגמרא גמלים של ערבייא אשה גובה פורנא מהם. ואם מפני טעמים אלו מלוה ע"פ ומלוה בשטר שוין. ע"כ. וא"כ אנן נמי נימא דטעמייהו דרבנן הרי"ף ודעמיה דס"ל דתקון רבנן אף במלוה ע"פ וכן בניזקין אע"ג דלא שכיחא ואמרינן בפ' המקבל דבמילתא דלא שכיחא לא תקון רבנן אף שהתק' היא לתועלת ולא גדר וחומרא. דשאני הכא דבלא"ה מצוה על היתומים לפרוע אף ממטלטלין ויען הדבר דבר מצוה להכי תקנו אף במילתא דלא שכיחא אע"ג דהריב"ש ז"ל לא האיר עינינו בזה לומר דאע"ג דלא שכיחא תקון בה רבנן מהאי טעמא. שהרי לא זכר כ"א דברי בעל העיטור בשם ר"ת שלא נתן טעם לדבריו ואדרבא ממ"ש קודם לזה ועוד שכל הפוסקים פסקו דשעבודא דאורייתא וכו' ואפי' ראוי שתהיה תקנת הגאונים שוה בשניהם ע"כ. משמע דס"ל דהוי שכיחא דלאלת"ה מאי האי דקאמר ראוי שתהיה תקנת הגאונים שוה בשניהם. הא מלוה ע"פ לא שכיחא וא"כ אף דשעבודא דאורייתא ראוי לומר דלא תקון בה הגאונים. מ"מ נראה דטעם זה מספיק אף למ"ש דמלוה ע"פ לא שכיחא. ועוד נראה דאף הריב"ש ז"ל ס"ל דמלוה ע"פ לא שכיחא שהרי באמצע התשובה הביא דברי הטור שכתב מילתא בטעמא אבל מלוה ע"פ לא תקנו שאין בו משום נעילת דלת דלא שכיח. ואלו היה טעמו של הריב"ש משום דהוי שכיח לא הוה שתיק מינה. וא"כ מה שכתב ראוי שתהיה וכו' סמך על מ"ש אח"ך אחר סמוך ועוד זיל בתר טעמא וכו' וכמ"ש אנן בעניותין. אבל ר"ת ורבינו אפרים לא ס"ל לחלק בין היכא דאיכא מצוה לדליכא מצוה דבכולם אמרינן מילתא דלא שכיחא לא תקון. וגם לדרך זה ניחא בכל מאי דתמהנו לעיל זולתי דברי הרא"ש אם לא שנאמר דמה שהוצרך הרא"ש לומר דהוי שעבודא מדינה הוא לדברי רבינו אפרים. אבל לדידיה אף אי הוי מהתק' הוו מתקני בניזקין. וכמו שצ"ל במלוה ע"פ. ולמ"ש הרב מש"ל הנז' צריך לידחק דטעמו של הרא"ש במלוה ע"פ או משום דהוי שכיחא. או דקים ליה שכך היתה התק' בפירוש. וכן יש לדקדק קצת מדברי הריב"ש בסי' הנז' שכתב תקנת הגאונים ז"ל שיגבה בע"ח ממטלטלי דיתמי בכל ענין היא בין במלוה בשטר בין במלוה ע"פ. ומי לנו יודע ובקי בתקנת הגאונים גדול מן הרב

אלפאסי ז"ל והוא כתב וכו' ע"כ. ולשון זה שכתב הריב"ש הכי משמע שהרי"ף ז"ל יודע ובקי שכך היתה התקנה בפירוש:

עולה מן המדב'ר דאף בממונה מילתא דלא שכיח לא תקון וכמש"ל משם כל הנך רבוותא ואף מהרדכ"ץ ז"ל לא אמרה בהחליט וכמ"ש מהר"א ששון ז"ל והרב חכם צבי כמביא למעלה. וא"כ כ"ש בנדון דידן דהלשון מוכיח דלא היתה התק' כ"א לכתובות שיש בהם עיקר ותוספת ומו"ן על רבעים דשייך ביהו ניכוי שו"ש ולא לכתובות שיש בהם סך מסויים דלא שייך ביהו ניכוי שו"ש. אפי' למ"ד דאזלינן בתר האומדנא להוסיף על הלשון. בנ"ד יודו דאין מוסיפין ואדרבא זיל לאידך גיסא. דהא איכא אומדנא אחיריתי דלא תקנו אלא לכתובות המרובעות הנז' דשכיחי ולא לכתו' המסויימות דלא שכיחי. ומש"ל דלא שכיחי טובא שהנשואות יעקרו דירתם למתא אחריתי. יצטרף דבר זה עם הצד הא' שכתבנו בתחי' דברינו:

איברא דמצינו להרב קהלת יעקב ח"ב רמ"ט שכתב וז"ל אע"ג דבעלמא בכל תקנות אמרינן מילתא דל"ש לא תקון בתקנת הכתובה גם מילתא דל"ש נכלל בכלל התק'. הראנ"ח ח"א סי' פ"ו. ע"כ. וספר הראנ"ח ז"ל אינו מצוי אצלינו לראות הדברים בשרשן אם הדברים כפשטן אם לאו. אלא דמ"מ מצינו לרב תנא ה"ל מלוה ולוה כשהביא מחלוקת מהרדכ"ץ ומהרי"ט סיים וז"ל ועיין בפסקים וכתבים סי' רס"ו שכתב דבתק' ר"ת אין לחלק בין מילתא דשכיח ללא שכיח והיינו משום דהתק' היתה משום ותם לריק וכל היכא דשייך האי טעמא תקנו אפי' בדבר דלא שכיח וכמ"ש מהרדכ"ץ ע"כ. ומדסיים הרב מש"ל על הפסקים וכתבים דמירי בכתובה וכמ"ש מהרדכ"ץ אלמא לא שאני ליה להמש"ל בין כתובה לבעלמא ומש"ה כתב וכמ"ש מהרדכ"ץ דאלו למוהרי"ט וסיעתו אף בכתובה מילתא דל"ש לא תקון. גם הרב באר מיים חיים לרב אדא ז"ל סי' א' כתב וז"ל ותו מי איכא דמתקן כהאי גוונא והא מילתא דלא שכיחא היא ומילתא דל"ש לא מתקני בה רבנן מידי אפי' במידי דאיסורא כ"ש בממון הקל. ע"כ. והרב מירי שם בתקנת החלוקה שתקנו רבותינו המגורשים זיע"א ואפ"ה כתב דמילתא דל"ש לא תקון רבנן אלמא לא שמיע ליה להא דהראנ"ח ז"ל:

ותבט עיני להרב פסקים וכתבים ז"ל ומדבריו מוכח דס"ל כהרב מוהרדכ"ץ מדאייתי ראיה מתוס' כתו' דלא איירי בכתובה. ולפ"ז לפום ריהטא יש לדחות מש"ל לדעת רב תנא. אלא דלענד"ן דאינו דיחוי דלמהראנ"ח ז"ל ממ"ש הרב פסקים וכתבים על תקנת ר"ת אין להכריע דס"ל כמהרדכ"ץ אלא מדאייתי ראיה מהתוס' כתובות והמש"ל הכריע דדעת הרב פסקים וכתבים כמהרדכ"ץ מדבריו על תקנת ר"ת:

גם הרב חכם צבי בתשו' הנז' כתב על הרב פסקים וכתבים וז"ל ומ"ש עוד הרב ז"ל ואף מטעם זה יש לחלק אם נתפשטה בארץ גזירת ר"ת שתיקן להחזיר תוך שנה ראשונה א"כ היה צריך להחזיר אפי' באונסא דלא שכיח כדמוכח מתשו' הרא"ש שדחה סברא דאומדנא מטעם דלא שכיח. ותקנת ר"ת נזקק לס' אחרת. ע"כ. הרואה יראה דיש לדחות ראיה זו דאיכא למימר הרא"ש רבותא אשמועינן דאפי' במתה כדרכה א"ץ להחזיר נכסי מלוג לאפוקי מדעת השואל דאתי עליה מדין ק"ו. ע"כ. הרי להדייא דס"ל להרב דאף בתק' ר"ת תק' כתובה מילתא דלא שכיח לא תקון:

גם הרב דברי יוסף אירגאס ז"ל בתשו' הנז' מיירי בתק' הכתו' ואפ"ה כתב מאחר שהתקנה היא סתמית צריכין אנו לדון שלא נתכוונו שישליש הכתובה היכא שנשתטית אשתו מאחר שהוא דבר דלא שכיח. ואולי דמהראנ"ח ז"ל מיירי כאשר יהיה אופן התקנה על מנה מאתים:

מעתה נדעה נרדפה לדעת כאשר יהיה האופן ספיקא דדינא או פלוגתא דרבוותא מהו הדין. והנה מצינו דיד בעל התק' על התחתונה אפי' כשהוא מוחזק. שהרי כתב הרא"ש ז"ל בכלל נ"ה והביאה הטור בנו בא"ה סי' קי"ח בענין התקנה שהאלמנה והיורשים חולקים כל עזבון המת ויצא על המת שט"ח דיד התק' על התחתונה ומחלק היורשים יפרעו החוב ע"ש ופסקה מר"ן ס"ו הרי שאע"פ שהנכסים בחזקת היורשים מוציאין מהם דלא אתי ספק דתק' ומוציא ודאי דדינא. גם בתחילת כלל ס"ח בענין שתקנו שיחתמו על כל שטר שלשה עדים לכתחילה ואם בדיעבד חתמו שני עדים מקצת אומרים שנהגו שלא לגבות בו. וי"א בדעבד לא נהגו שלא לגבות בו. והשיב דאין למנוע לגבות בשביל ספק תקנה ע"ש. הרי מבואר כמ"ש:

ומהרימ"ט ז"ל חיו"ד סי' מ' כ' וז"ל הדין דין אמת דלא אתי ספק דרבנן ומפקיע חיוב ודאי מן התורה וכיוצא בזה כתב הרא"ש ז"ל בענין תקנת ירושת האשה שכל ספק שיארע בו יד התק' על התחתונה שהיא באה להוציא מיד ירושה של תורה ומסתמא שאפי' תפסו היורשים מוציאין מידם ואפי' אם היורשים היו חייבים לה מעות הבעל מוציאין מידם דיד התק' על התחתונה וכן בתק' שיחתמו ג' עדים בשטר כתב כיון שיש ספק אם נהגו לגבות בדיעבד בשנים אין למנוע לגבות מפני ספק תקנתכם. ע"כ:

והרב פני משה ח"א סי' נ"ד בענין מי שנתן עיניו באשתו לגרשה דאיכא מאן דאמר דאין הבעל יורשה מהתק'. ופסק הרב דכיון דהבעל יורש מן התורה ויש מחלוקת בתק' אם אינו יורשה אחר שנתן עיניו לגרשה לא אתי ספק תקנה ומוציא מידי ודאי דאורייתא ואף דיורשי האשה היו תפוסים וכתב דדוגמא לזה כתב מהרשד"ם חו"מ סי' רמ"ג. והביא עוד

ראיה מההיא דכתב מר"ן מוהריק"א בתשו' באשה שהיה לה כתובה ר"ן פרחים והתנה עמה שאם תתאלמן ולא יהיו לה בנים תקח מאתים פרחים לבד ונתאלמנה ונשארה לה בת אחת לבד וצדד שם הרב אם הוי בכלל התנאי כיון שלא נשאר לה בנים זכרים. וסיים דאפי' הוי ספק אם בת בכלל בנים לא אמרינן יד בעל השטר על התחתונה דכל תנאי או תקנה שבא להוציא מד"ת יד בעל התנאי על התחתונה כמו שיעו"ש. הא התם שהבעל הוא תפוס והיה ספק בדבר ועל הכל דן הרב בספיקו שאם להוציא מיד הבעל מטעמא כיון שמן הדין הוא כך לא אתי ספק תקנה ומפיק מדינה. וא"כ ה"ה בנדון דידן וכנז' ע"כ. הביאה המבי"ט ח"א סי' ק"ב:

גם הרב מחנה אפרים ז"ל הלכות גביית חוב סי' ב' כתב וזל"ה הרי מבואר שהקילו כח התקנה דכל דבר שיש ספק בה חזר הדבר לד"ת אפי' להוציא מיד המחוזק בנכסים. ואף דמהריב"ל ח"א סי' מ"ו נראה דפליג עליה וגם הרב פרמ"א ח"א סי' י"א האריך בפרט זה והעלה דהמחזיק בנכסים מצי למימר קי"ל אפי' היכא דיש ספק בתקנה. הנה הדבר ברור דלא נאמרו דבריהם אלא גבי תקנת חז"ל דאלימא טובה וחמירי דברי סופרי' אשר כח בם להפקיע ממונא ואף בספק שיהיה בתקנתם ראוי שלא להוציא מיד המוחזק. אבל תקנת בני העיר וכו' בכה"ג ודאי דאין כח ביד שום אדם לבטל ד"ת מפני ס' תקנתם ע"ש:

גם המש"ל בפ' כ"א מהל' מלוה ולוה האריך בענין זה וכתב דבעיקר הדין דכל ספק בתקנה דאפי' תפס מוציאין ממנו נראה שהוא מוסכם מהכל. ע"ש. ועי' מקריק"ש בתשו' סי' ס"ח:

ובפתחי תשובה סי' י"ח סק"ח כתב ועי' בתשו' נאות דשא סי' צ"א שכתב דהיכא דע"פ הדין זולת התקנה חייב הנתבע לשלם והוא בא לפטור עצמו מכח התקנה ויש ספק בלשון התקנה בכה"ג לא אמרינן המע"ה רק אמרינן אוקמא אדינא וחייב לשלם וכן מבואר מדברי הרשב"א שהובא בב"י סס"י י"ג וכו' ע"ש:

ועמ"ש מר"ן הש"ע סי' קצ"ח ס"ו דשכירות המטלטלין נקנה בכסף. כתב הרב פתחי תשובה סק"ח משם האחרונים שהוא תמוה דאיך סתם כדברי הנמק"י דפ' הזהב אף להוציא מן המשכיר בדבר שרש"י ותוספות והרשב"א ז"ל והסכמת האחרונים ז"ל היו להפך. ובא לכלל ישוב משם הרב שער משפט ע"פ מ"ש הה"מ פ"ד מהל' גזילה וכו' ולפ"ז ה"ן כיון דד"ת מעות קונות אלא שחז"ל תקנו דלבעי משיכה וא"כ כיון דאיכא ספיקא דפלוגתא דרבוותא אי תקנת חז"ל היתה ג"כ בשכירות מטלטלין. מוקמי' לה אדינא דאורייתא דמעות קונות ומוציאין מיד המשכיר דלא אתי ספק תקנה ומוציא מידי ודאי דאורייתא וכו' ע"ש:

אתה הראת חבל נביאים מתנבאים בסגנון אחד דאם בא הנתבע להחזיק במה שבידו מחמת ספק התקנה לאו כל כמיניה ומוציאין ממנו. וא"כ בנ"ד שהבעל רוצה ליתן כתובה ע"פ התקנה של שנת ובחר"ת וטוען שאחרי שכן נמצאו וכאן היו בזמן התקנה גם עליהם תעבור כוס התקנה וכבר הוכחנו לעיל דלענד"ן דלדידהו עדיין התק' הראשונה של רבותינו הראשונים זיע"א ככחה אז כחה עתה. ואף שלא נאמר דבר זה בהחליט ונניח הדבר בספיקא דדינא. מ"מ הבעל שרוצה לפרוע כתובה ולא לחלוק ורוצה להחזיק במה שבידו בעודף שבין החצי לכתובה. אין לו זכייה כ"א מספק תקנה אם גם הם נכנסו תחת כנפי התקנה אם לאו. ויורשי האשה באים להוציא ורוצים לחלוק כפי התקנה הקדומה דרבותינו ראשונים כמלאכים זיע"א דליכא בה שום ספיקא. וא"כ לאו כל כמיניה אף להחזיק במה שבידו מכח ספק תקנה. דלא אתי ספק תקנה ומוציא מידי ודאי דדינא וכמ"ש משם כל הנך רבוותא:

וכי תימא אכתי יש לפקפק דלא אמרו הנך רבוותא אלא דלא אתי ספק תקנה ומוציא מידי דאורייתא אבל בנ"ד יורשי האשה אינם זוכים בחצי כ"א מן התק'. והבעל יורש אשתו ד"ת למאן דאמר. ואף להרמב"ם ז"ל דס"ל דלא הוי אלא מד"ס אין זה אלא בשיעור הכתובה אבל העודף על הכתובה עד החצי הוי דבעל לכ"ע ואינם זוכים בו יורשי האשה כ"א מן התקנה. וא"כ הבעל שרוצה לפרוע כתובה ולהחזיק בעודף דהוי דידיה מן התורה נימא דאף מכח ספק תקנה יכול להחזיק ואוקמה אדין תורה ולא אדין התקנה. זה אינו דאחר שקבלו עליהם התקנה הרי זכותן מבוררת ולא איכפת לן במה שאין הדין כך:

והראיה לזה ממ"ש המש"ל שם וז"ל והנראה אצלי דע"כ לא אמרינן דכל היכא דאיכא ספק בתקנה מוקמינן ליה אדינא ואפי' תפס מוציאין מידו וכו' כגון תקנת ההשבון דמדינא הבעל יורש ואין ליורשי האשה שום זכות כלל בנכסים כ"א מכח התק' וכיון שיש ספק בתק' מוקמינן ליה אדינא. ע"כ. ואי אמרת דדוקא היכא דמוקמינן אדינא דאורייתא הוא דאמרינן לא אתי ספק דרבנן ומוציא מידי ודאי דינה דאורייתא אבל היכא דהאי ספק תקנתא אינו מוציא כ"א מדינא דרבנן כנ"ד יכול להחזיק במה שבידו מכח ספק תקנתא דרבנן ואדרבא ממון העודף הוי שלו מדינא דאורייתא. א"כ קשה על המש"ל שכתב דבתקנת ההשבון לא אתי ספק תקנה ומפיק מדינא. דהתינח למ"ד ירושת הבעל דאורייתא ויורשי האשה אין להם זכייה מדאורייתא כ"א דוקא מהתק' ובאים להחזיק התפוס בידם מכח ספק תקנה מוציאין מידם ונותנין לבעל לאוקומי דינא דאורייתא. אלא למ"ד ירושת הבעל דרבנן ולדבריהם יורשי האשה הם היורשים מדאורייתא והיכי קאמר המש"ל ז"ל דמוציאין ונותנין לבעל לאוקומי אדינא. והלא יורשי האשה הבאים מכח

ספק תקנה הם היורשים מדאורייתא והבעל אינו יורש כ"א מדרבנן. ואין לומר דהמש"ל מיירי למ"ד ירושת הבעל דאורייתא. דהו"ל לפרש דבריו ולא לסתום. ועוד שהרי סמוך ונראה על דברי הרב פני משה הוא מותיב דהתינח למ"ד ירושת הבעל מן התורה אך הן רבים הסוברים דירושת הבעל דרבנן וכו' ע"ש. ואיך תוך כדי דיבור יסתום דבריו גם הוא למ"ד ירושת הבעל דאורייתא. והרי במאי דגמגם הוא על הרב פני משה. יש לגמגם עליו. אלא ודאי דס"ל להמש"ל דאף למ"ד ירושת הבעל דרבנן נמי הוי דינא הכי דמאחר דרבנן תקנו שהבעל יורש ולא איכפת לן במאי דלא הוי דינא דאורייתא הכי. שכיון שתקנו רבנן שהבעל יורש הרי זכותו מבוררת ואינם יכולים יורשי האשה להחזיק מכח ספק תקנה. וה"ה נמי בנ"ד:

ועוד יש לדקדק כן ממ"ש שם המש"ל וז"ל ועוד יש לחקור וכו' עד וכיון שיש ספק בתקנה הוה לן למיזל בתר דינא ואפי' תפס לא מהני. ע"כ. וכבר כתבנו למעלה דדעת הרשב"א היא דהא דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי אינה תורה כ"א מדרבנן. ואם נאמר דלא אזלינן בתר דינא היכא הבא להחזיק מס' תקנה אלא בתר דינא דאורייתא ולא בתר דינא דרבנן. א"כ לא תצדק חקירת המש"ל כ"א לרבנן דפליגי עליה דהרשב"א וס"ל דמטלטלי דיתמי לא משתעבדי מן התורה ולכך היכא דיש ספק בתקנה מוקמינן ליה אדינא דאורייתא. אבל להרשב"א דס"ל מן התורה משתעבדי א"כ אף היכא דיש ספק בתקנה לא אזלינן בתר דינא דרבנן דאמרי לא משתעבדי דהא מן התורה משתעבדי ומסתמיות דבריו דחקירתו לכ"ע ובפרט לרגיל בדבריו ומכל זה מוכח דהיכא דאיכא ספק תקנה אזלינן אף בתר דינא דרבנן ואף להוציא. וה"ה נמי בנ"ד:

ותו בנ"ד אין אנו צריכין למ"ש כיון דבכל שטרי כתובות כתוב לאמר שמקבלים בקוש"ח כל ענייני התק' וכל תנאי שבממון קיים וא"כ חזרה החלוקה דבר תורה. וכן מצינו לרב אדא ז"ל בס' באר מיים חיים ד' ק"ז וז"ל ועוד אפי' לפי דעתם הרי בכאן מתנה הבעל עם האשה שיתנהגו ע"פ התקנה וא"כ הוי מן הדין דכל תנאי שמתנה קודם התנאי קיים ואפי' במתנה שלא יירשנה וכו' ואכ' בכתובה זו שמתחייב להתנהג ע"פ תקנות הקהלות א"כ הרי כתובה זו כחוב דעלמא בין אם מת הוא תחילה בין אם מתה היא תחילה הרי נתחייב ליורשים החצי בעד כתובה זו ואע"ג דהבעל יורש את אשתו הרי יכול להתנות קודם הנישואין כדאיתא בא"ה סי' צ"ב ס"ז. ע"כ:

עוד מצינו להרב הנז' ד' ל"ב ע"ד שקיים מתנה אחת שנתן אחד במצוה מחמת מיתה לאשתו קו"ט וכמד"ן ושייר לבניו ולבנותיו מתקאל לכל א' וראה למי שערער על מתנה זו שלא נעשית בחבר עיר וכו' וכתב דאי מספיקא לן אם פשטה תקנה זו אם לאו מוקמינן

לה אדין תורה דדמי למ"ש הרב בש"ע בא"ה סי' קי"ח דכל ס' שיהיה בתק' נעמדינו על ד"ת. ע"כ. ואנהרינהו לעיינין בשני דברים. חדא דהבא מכח ספק תקנה ידו על התחתונה אף כשהוא מוחזק ובא להחזיק במה שבידו מכח ס' תקנה. שהרי בנדון הרב היורשים מוחזקים בקרקעות וכו' ופסק הרב דאם באים מכח ס' תקנה ידם על התחתונה. ואידך הא דאמרן דספק התקנה אוקמוה אף אדינא דרבנן. שהגם דד"ת מסייע להבא מכח ס' תקנה אפ"ה אמרינן דידו על התחתונה ואוקמוה אדינא דרבנן ולא איכפת לן במה שאין דין תורה כך. דמאחר שקבלו עליהם תקנת חז"ל נסתלק אותו דין תורה והוי כאלו אינו. וא"כ זה הבא מודאי תקנה זכותו הוי מבוררת מיהא. וזה הבא מכח ספק תקנה אין זכותו מבוררת ולכך ידו על התחתונה. דמאחר דצד הזכות שיש לו הוא מספק תקנה אחשבוהו רבנן כאלו אין לו ולא דמי לספיקא דדינא. ודבר זה הוא להדייא בדברי הרב שהרי מדין תורה צריך כל דבר לפי קניינו אלא שחכמים התקינו שאינו צריך קנין ודברי ש"מ ככתובים וכמסורים דמו כדי שלא תטרף דעתו ונמצא לפי ד"ת לא הוייא מתנה. ולתקנת חכמים הוייא מתנה. ושוב רבותינו רבני פאס הרא' התקינו דבעי תוכחת ובמקום דיש להסתפק אי פשטה תקנתם פסק הרב דיד היורשים על התחתונה הגם דכפי ד"ת מתנה זו בטילה אפ"ה אוקמוה אדינא דתק' חז"ל שהתקינו דדברי ש"מ ככתובים וכמסורים דמו ולא הצריכו תוכחת:

ומסתברא לן דכמו דאמרינן דזה הבא מכח ספק תקנה דידו על התחתונה ומוקמינן ליה אדינא דרבנן חכמי התלמוד. כך אמרינן דהבא מכח ס' תקנה ידו על התחתונה ומוקמינן ליה אדינא דתקנ' דרבנן בתראי. דגם זה הבא מכח ודאי דתקנתא דרבנן בתראי הרי זכותו מבוררת. וזה הבא מכח ס' תקנתא שאחריה אין זכותו מבוררת. ומאחר שאין לו צד זכות כ"א מספק תקנה הוי כאלו אין לו שום צד זכות כלל. ואפי' למ"ש הרב מחנה אפרים דמהריב"ל ופרמ"א ז"ל מחלקים בין תקנת חכמי התלמוד לתק' טובי העיר וכמש"ל. היינו לזה הבא מכח ספק תקנה. דהבא מכח ספק תקנת חז"ל הוי זכות אלימא כספיקא דדינא. אבל הבא מכח ס' תקנת טובי העיר הלא היא זעירא וחלשה וקלישא טובא זכותיה. לא כן הבא מכח ודאי תקנה מל' תקנת התלמוד או תקנת טובי העיר דמאחר שקבלו עליהם אותה תקנה הרי זכותו מבוררת. ובפרט בנ"ד דזה רוצה להחזיק מכח ס' תקנתא דב"ד שלפנינו דלכאורה נראה דכל הני טעמי שכתבו בתקנתם לא יספיקו לבטל תקנת אבותינו ורבותינו ראשונים כמלאכים זיע"א. ואפשר דטעמייהו ג"כ לא יספיקו לנ"ד וכיוצא בו אחר שאינם מכירים בטבעם ובמהותם ועניניהם אפשר שלא יכשלו באותם הדברים שחששו להם חכמי התק'. וכבר כתב הרב פסקים וכתבים דבתקנות

בחילוק כל דהו אמרינן הבו דלא לוסיף עלה. א"כ אף אנן נמי נימא דאין לך בו אלא חידושו ותו לא מידי דודאי ידו על התחתונה ומוקמינן ליהו אתקנתא דרבנן הראשונים זיע"א שהצריכו חלוקה:

ויצטרף למ"ש דבנ"ד אין הבעל זוכה כ"א ע"י תלתא קי"ל. זה יצא ראשונה קי"ל כהצד השני כיון דלמילי דאיסורא וכו' הרי הם כבני העיר א"כ גם עליהם היתה דעת חכמי התק' וכמ"ש בתחילת דברינו. ועל השנות משום דאין זה מספיק דאינו נכלל נ"ד במשמעות הלשון והלשון מורה להפך וכמש"ל. בעי קי"ל שנית כמאן דאמר דמוסיפין על הלשון מכח האומדנא. ואל השלשה משום דאכתי אינו מספיק דנ"ד הוא מילתא דלא שכיח וקי"ל בכולי תלמודא דמילתא דלא שכיח לא גזור. אפי' בעי קי"ל שלישית במ"ד דבמילתא דלא הוי חומרא וגדר תקון אף במילתא דלא שכיח. ונמצא דאין הבעל זוכה כ"א ע"י תלת קי"ל. ואלו יורשי האשה בחדא מנייהו סגי ליהו. או כהצד הרא'. או דאין מוסיפין על הלשון. או דבמילתא דלא שכיח לא תקון. ועי' כנה"ג בכללי הקי"ל אות פ"א מ"ש משם מהריב"ל והראנ"ח דבג' ספיקות מפקינן מיד המוחזק. ועיין תוספות בכתובו' ד' ט' ע"ב ד"ה אי למיתב לה כתו'. וכו'

ולמ"ש מהר"א ששון וחכם צבי ז"ל דמהרד"ך לא אמרה בהחלט ולפ"ז לא נמצאת סברא זאת בהחלט דבדבר שאינו חומרא וגדר אף במילתא דלא שכיח תקון כ"א להרב פסקים וכתבים כמ"ש המש"ל ופליגי עליה כולהו רבוותא הרשב"א ז"ל שהביא המש"ל ז"ל ומהריט"ט ומוהר"י בי רב ומוהריב"ל. ומהרשד"ם ומהר"א ששון ומוהר"י אשכנזי שהביא הכנה"ג ושער אפרים וחכם צבי ודברי יוסף וכו' ז"ל וכבר כתב הכנה"ג בכללי הקי"ל אות ט"ו דלא אמרינן קי"ל כפלוני היחיד היכא שכל חכמי ישראל חלוקים עליו ובפרט למש"ל אנן בעניותין שכן היא דעת מר"ן ז"ל:

ואף למ"ש הראנ"ח דבתקנת הכתובה גם מילתא דלא שכיח נכלל בכלל התק'. כבר כתבנו דברי רבנים אחרים דמיירי בכתובה ואפ"ה כתבו דמילתא דלא שכיח לא תקון. וצדדנו דאפשר דהראנ"ח איירי במנה ובמאתים. והגם שנאמר דפליגי הרי כתב הכנה"ג אות הנז' דלא אמרינן קי"ל אפי' כחד לגבי תרי ושהכי אזלא סוגייא דעלמא. ואף למ"ש הרב חשק שלמה בכללי הקי"ל אות י"ט דיכול לומר קי"ל אפי' כחד לגבי תלת מ"מ תועיל תת כח סברת האחרונים שהביא הכנה"ג וסהדותיה להיות סניף למה שכתב לעיל:

והילך מ"ש הרב ויאמר יצחק ז"ל משם מהר"י חזאן ז"ל בס' חק"ל וז"ל נתתי לבי וכו' הרי כבר ידוע דכל ספק או מחלוקת פוסקים בתק' יד בעל התק' על התחתונה אפ שהוא מוחזק דמספק אוקמיה אד"ת כמ"ש הרא"ש כלל נ"ה סי' ז' הביאה הטא"ה סי' קי"ח

וכ"כ הריב"ל ח"א סי' מ"ה ומ"ו. והריק"ש בתשו' סי' ס"ח. ובתשו' גו"ר ח"מ כלל ו' ס' ה' והרב מש"ל בפ' כ"א מהל' מלוה ולוה ושאר פוסקים דאף אם ימצא חולק ע"ז שגם בתק' מצי למימר קי"ל. מ"מ בצירוף דהוי ספק בתפיסה יש לצדד דלא מצי למימר קי"ל ומפקינן מיניה. עכ"ל:

קנצי למילין כי חיובה רמייא על ראובן הנז' לחלוק עם יורשי האשה כפי תקנת רבותינו הראשוני' זיע"א. ותו לא מידי. זהו הנלע"ד בזה. הכ"ד הח"פ פאס יע"א שתא טבתא **התרמ"ד** ליצירה:

ע"ה ב"ה

שלמה אבן דנאן הי"ו

סימן יא

שאלה מעשה שהיה שיש רחבה ברחוב היהודים בתוך האלמלאח שבדובדו יע"א. והיא מוחזקת להם להניח שם המוכרים תבואה וקטנית ומיני ירקות ומיני פרקמטייא וסחורות למי שאין לו חנות קבועה ודרך כבושה לרבים מזה כמה וכמה דורות דור אחר דור. והן היום עמד יהודי אחד מבני מצר הרחבה ותלה את עצמו בחברת עכו"ם אשר פיהם דיבר שוא שהרחבה ההיא כתובה בערכאות לבית הת'פלה שלהם. וקנה הוא מהם חלק מה והוסיף אותו בבנין חצרו שמצד רה"ר הנז'. ע"ז יורו המורים יושבי כסאות למשפט אם מחוייב הוא לסתור בניינו ולהשיב את הגזילה אשר גזל להחזיר הרחבה לכמות שהיתה או לא. ויבא שכמ"ה:

ע"ה

אברהם אבן סוסאן הי"ו

תשובה הנה בפרק המוכר פירות ד' ק' אמר רב יהודה מצר שהחזיקו בו רבים אסור לקלקלו ופירש רשב"ם. החזיקו בו רבים. שהשווהו ותקנוהו להילוך והבעלים ידעו ושתקו אסור לקלקלו דודאי לרבים מחל. וכ"ש מתני' שנתן להם ההוא דרך בידים הילכך מה שנתן נתן וכגון שהחזיקו. ע"כ. ולכאורה משמע דלא החזיקו אלא בהשווהו ותקנוהו להילוך אבל בהילוך לחוד לא החזיקו דתיקון המקום עדיף מהילוך. שכן מבואר ברשב"ם ז"ל במאי דפריש שם אדברי חכמים דפליגי ארבי אליעזר וסבירא להו דאין הילוך מועיל כלום עד שיחזיק. כתב וז"ל עד שיחזיק להשוות קרקע לחרישה או נעל גדר ופרץ והא דאמרינן בפק' דב"ק אימת הוייא חזקה מכי דייש אמצרי. לאו בהילוך מיירי אלא בהגבהת המצר ודש הקרקע לתקן את המצר ולחזיקו דהיינו נעל גדר וכו'

והט' דפירש במלתיה דרב יהודה שהשווהו ותקנוהו להילוך דבהילוך לחוד לא הוייא חזקה וכדעת חכמים:

ואולם חזיתיה לרב"א בש"מ בההיא סוגייא שכתב וז"ל הרשב"א ז"ל ורבי אליעזר רבים במאי קנו ליה בהילוכה. מסתברא דלרבי אליעזר דוקא קא פריך ומשום דאותו דרך שביררו להם לא מדעת הבעלים ביררו ולא נעשו להילוך. אבל בדרב יהודה ומתני' לא מבעייא ליה דכיון שהבעלים מדעת עצמן נתנו להילוכן של רבים הרי הוא כשביל של כרמים דמודו ליה רבנן לרבי אליעזר דנקנה בהילוך. ומהדרינן דלרבי אליעזר אפילו בכל קרקע נקנה בכל שהוא שכן זכה אברהם אבינו בהילוכו בארץ. ע"כ:

מבואר להדייא דלמתני' ולרב יהודה דאיירי בדהחזיקו מדעת הבעלים בהילוך לחוד הויא חזקה. ואף דרבנן ס"ל דאין הילוך מועיל כלום. הרי אמרינן אמר רבי יוסי ברבי חנינא מודים חכמים לר"א בשביל של כרמים הואיל ונעשה להילוך נקנה בהילוך. והטעם דמקשה הש"ס לר"א ולא מקשי אמתני' ורב יהודה משום דלמתני' ורב יהודה דהוי ברשות הבעלים ומדעתם הוי כנעשה להילוך והוי כשביל של כרמים. אבל לר"א דאיירי התם ברבים שביררו דרך לעצמם דהוי שלא מדעת הבעלים לא נעשה להילוך. וע"ז מתרץ הש"ס דאליבא דר"א אפילו לא נעשה להילוך נקנה בהילוך דהילוך לר"א כנעל גדר ופרץ:

וכן כתב הרשב"א ז"ל בתשו' אלף קנ"ב שנשאל אהא דאמרינן מצר שהחזיקו בו רבים אסור לקלקלו בכמה הוייא חזקתם. והשיב לכאורה משמע משעה שהלכו בו רבים. והביא ההיא סוגייא דפ' המוכר פירות עד ור"א במאי קנו ליה. וכ' ע"ז משמע שהחזיקו בו בהילוך. ושוב כ' אלא דבשלהי חזקת הבתים משמע דאפי' קודם הילוך מכיון שפלשו המבוי לעבור בו הרבים ואי נמי שהרחיבו להם דרך לעבור בו קנו והחזיקו במעשה זה. והביא ההיא סוגייא דשלהי פ' חזקת ד' ס'. וכ' ע"ז אלמא משעה שכנסו שוב אינו מחזיר הכותלים למקומן. דאי לא לימא להחזיר כותלים לאחר שהחזיקו בו רבים. ושוב כ' ומשום דסתמא דמילתא הכי הוא דאין הרבים נמנעים מעבור בו מיד נקטי ליה סתמא. ודכוותה תנן סתמא נמי בעירובין וכו'. וסיים עלה אלמא דאע"ג דההיא דר"א דוקא כשביררו והחזיקו בו בהילוך לא נמנעו. מלשנות סתם חצר שנפרצה לר"ה ולא קתני והחזיקו בהילוך רבים. ע"כ:

וכתבתי סדר סגנון דברי הרשב"א דמצאתי לרבינו הכנה"ג ח"מ סי' תנ"ז בהגה"ט אות יו"ד דברים תמוהים שכ' וז"ל כ' הרשב"א ז"ל בתשו' סי' אלף קנ"ב דמצר שהחזיקו בו רבים שאסור לקלקלו לאו דוקא החזיקו בו בהילוך אלא כיון שפלשו המבוי לעבור בו

רבים ואי נמי שהרחיבו להם דרך לעבור בו קנו גם מדברי רשב"ם ז"ל פ' המוכר פירות בפירושה דהאי מימרא מוכח דכל שתקנוהו להילוך אע"פ שלא הלכו אסור לקלקלו. ע"כ:

ואחרי נשיקת הרצפה. בעניותי לא הבינותי. דאיך כ' בפשוט לדעת הרשב"א. והלא מה שהעתיק הכנה"ג מדברי הרשב"א ז"ל. הם ממ"ש הרשב"א אלא דבשלהי חזקת הבתים משמע וכו'. ושם פירש הרשב"א דמשמע ליה כן מדלא אמרו להחזיר כותלים לאחר שהחזיקו בו רבים. ומשמעות זה הדר דחאה הרשב"א גופיה. דמשום דסתמא דמילתא הכי הוא דאין הרבים נמנעין מעבור בו מיד נקטי ליה סתמא ושכן תנן דכוותה בעירובין. באופן דמריהטת לשון הרשב"א וסגנון דבריו מורים דלא סגי ליה בלא הילוך:

ועוד לא ידענא מ"ש דמדברי רשב"ם מוכח דכל שתקנוהו להילוך אע"פ שלא הלכו. והא מדברי רשב"ם מוכח דהשוו‍הו ותקנוהו להילוך הוא דמהני אבל הילוך לחוד לא מהני. וכמ"ש רשב"ם לדעת חכמים דס"ל דהילוך לא מהני. והשוו קרקע לחרישה מהני והיינו דאמרו מכי דיש אמצרי דהוי כנעל וכו'. אבל הרשב"א ז"ל לא איירי בהשוו הקרקע ותקנוהו כלל. אלא במה שהרחיבו את הדרך דלא תקון בגוף הקרקע מידי דזה ודאי גרע אף מן ההילוך. באופן דדברי רבינו הכנה"ג תמוהים הם בעיני. וצ"ע:

וחזיתיה להפרמ"א ח"א סי' פ"ד שכ' וז"ל ויש מי שרצה לומר דהא דאמרינן מצר שהחזיקו בו רבים וכו' לא מהני חזקה לרבים בהילוך בלבד אלא צריך שיחזיקו בקרקע וכיון שכן בנ"ד דלא היה שם כ"א הילוך בלבד לא מהני וראיתו ממ"ש רשב"ם בפ' המוכר פירות ד' ק' על מ"ש שם מצר שהחזיקו בו רבים פי' רשב"ם החזיקו בו רבים שהשוו‍הו ותקנוהו להילוך והבעלים ידעו ושתקו אסור לקלקלו בודאי לרבים מחל וכ"ש מתני' שנתן להם דרך בידים הילכך מה שנתן נתן וכגון שהחזיקו ע"כ והכי אמר התם לקמיה בברייתא דתניא הלך בה לאורכה ולרוחבה קנה מקום הילוכו דר"א וחכמים אומרים אין הילוך מועיל כלום וכו' עד שיחזיק וכו' הרי דלדברי חכמים אין הילוך מועיל כלום ובודאי דהלכה כחכמים וא"כ בנ"ד לא מהני חזקתם כיון שלא היה שם אלא הילוך בלבד. ע"כ. והפרמ"א ז"ל דחה ראיתם לענין כונס בתוך שלו דבזה מהני ההילוך אף לדעת חכמים דלא אמרו חכמים דלא מהני אלא בדין קונה קרקע בחזקה אבל בכונס בתוך שלו דהרי זה כמפקיר רשותו זכו הרבים בהילוך לבד והט' דלא פירש רשב"ם התם בשלהי חזקת הבתים כדפי' בפ' המוכר דדוקא בההיא דהמוכר הוא דצריך השוו‍הו ותקנוהו ולא מהני בהילוך משום דמוקמינן השתא טעמא דמתני' משום מצר שהחזיקו וכו' ואלו הוי בהילוך לבד לא מתוקמא שפיר מתני' דהא מתני' מיירי שהיתה דרך רבים

עוברת דרך שדהו ונטלה ונתן להם מן הצד ואלו הוי החזקה באותו השדה בהילוך לבד לא מוכחא מילתא דהוי לקנין כיון שיש להם דרך שם באיזה מקום שירצו הולכים אבל כל שתקנוהו והשווהו לדרך שנתן להם מוכחא מילתא שהרבים רוצים לקנות אותו דרך ולהכי לא מצי למימר שקולו דידכו והבו לי דידי ע"כ תוכן דבריו בקיצור:

ואמה"ר דבריו דחוקים. דהגם דטעמא דמתניתין הוא מההיא דרב יהודה דמצר שהחזיקו וכו'. מ"מ רב יהודה איירי בכל אופן שיהיה. בין כאשר יהיה האופן כההיא דמתני' דהתם. או כההיא דכונס בתוך שלו דשלהי פ' חזקת וכיוצא בזה בכל אופן. וכבר העתקנו לשונו. שמתחילה כתב החזיקו בו רבים שהושווהו ותקנוהו להילוך וכו' ואח"ך כ' וכ"ש מתניתין וכו' שהחזיקו. ולדברי הפרמ"א לא היה לרשב"ם לכתוב שהושווהו וכו' בתחילת הדיבור דאכתי לא איירי בטעמא דמתני'. אלא בסוף דבריו אחר שכ' וכ"ש מתני' וכו' וכגון שהחזיקו. כאן היה לו לכתוב שהושווהו וכו'. כי היכי דלא נטעי דאיירי בכל מילי דאיירי בהו רב יהודה. גם מה שחילק דבכונס לתוך שלו יודו חכמים משום דהוי כמפקיר רשות וזכו הרבים בהילוך. אינו מוכרח דמאחר דס"ל לחכמים דאין ההילוך מועיל כלום בקונה קרקע בחזקה א"כ גם בהפקר לא יועיל דאין הפקרו של זה מוסיף כח בקניינו של זה. אלא מדאפקריה נסתלק זה וכל הרוצה ליטול יבוא ויטול אך צריך קנין המועיל:

וכבר כתבנו תשובת הרשב"א דאלף קנ"ב דס"ל להדייא דהילוך מהני אף בההוא גוונא דמתני' דפ' המוכר. שהרי משם הביא ראיה כמש"ל. ושכ"כ גם בחידושיו וכמ"ש בשמו רב"א בש"מ ז"ל כמש"ל דלא כהפרמ"א ז"ל. וזו תשו' ג"כ להיש מי שכתב שהביא הפרמ"א ז"ל שהביאו ראיה מדברי חכמים דאין ההילוך מועיל. דאין זו ראיה. דזה הוא כשביל של כרמים דמודים בו חכמים וכמ"ש הרשב"א. ואולם מה שהביאו מדברי רשב"ם נראה לכאורה דראיה מוכרחת היא. ולפ"ז הוייא פלוגתא דרבוותא רשב"ם ז"ל והרשב"א ז"ל:

אכן בתר ההשקפה פורתא נראה דל"פ וכחדא שריין. דכבר השרישונו רבותינו דאופשי פלוגתא לא מפשינן. דהנה הש"ס הקשה וטעמא מאי. ומשני משום דרב יהודה מצר וכו'. והדר הקשה ורבי אליעזר רבים במאי קנו ליה ומשני בהילוכא דתניא וכו'. ופ' רשב"ם הג' ולרבא בר רב הונא מתני' טעמא מאי וכו' החזיקו בו רבים שהשווהו וכו'. ולר"א אליבא דרבא בר רב הונא דאמר אין הלכה ומוקי וכו' ואפ"ה קאמר רבי אליעזר מה שביררו בבירור בעלמא בלא חזקה במאי קנו ליה וכו' בדיבורא קנו ליה. ומשני בהילוכא דהאי שביררו הוא ההילוך ובענין זה ביררו אותם שהלכו לשם. ע"כ. וקא קשיא

ליה לרשב"ם ז"ל דמאי טעמא לא קשייא ליה לתלמודא לרבא בר רב הונא על מילתיה דרב יהודה ואמתני' דמוקמינן לה מטעמא דרב יהודה וקושיא זו קשיתיה להרשב"א בחידושיו כמש"ל. אלא דלפי תירוצו של הרשב"א לא פלטינן מדוחקא. דלהרשב"א ז"ל הט' דלא קשיא ליה ארב יהודה ואמתניתין. משום דאינהו איירי מדעת הבעלים והוי נעשה להילוך והרי הוא כשביל של כרמים דמודו ביה חכמים. וכדקאמר ריב"ח. ואולם לר"א דאיירי בביררו להם מעצמן שלא מדעת הבעלים ולא נעשה להילוך קא קשיא ליה במאי קנו דהילוך אינו מועיל ומהדרינן דלר"א אפי' בכל קרקע מהני הילוך דתניא וכו'. ולתירוץ זה מוכרחים אנו לידחק ולומר דהמקשה הוה ידע מילתא דריב"ח דהוא אמורא ולכך לא הקשה לרב יהודה. אבל הברייתא לא הוה ידע ולכך הקשה לר"א. וע"ז פי' רשב"ם בדרך אחרת דנוכל לומר דאף דהמקשה ידע לברייתא אפ"ה קשיא ליה לר"א דאמר מה שביררו ביררו בבירור בעלמא בלא חזקה. אבל לרב יהודה דנקט במילתיה האי לישנא דשהחזיקו לא קשיא ליה ואף דנאמר דהמק' לא ידע האי דינא דשביל של כרמים דאמר ריב"ח דמודו בו חכמים אפ"ה כיון דנקט לשון שהחזיקו אנו מפרשים האי שהחזיקו היינו שהשווהו ותקנוהו וכו' דהוי כנעל גדר ופרץ. ואולם אחר דהביא תלמודא מילתיה דריב"ח דמודו חכמים בשביל של כרמים. גם לשון שהחזיקו דנקט רב יהודה אנו מפרשים כן דהיינו דהחזיקו בהילוכו דהוה ליה כשביל של כרמים וכמ"ש הרשב"א כיון דרב יהודה איירי מדעת הבעלים:

וחזינא ליה למהרשד"ם ז"ל חח"מ סי' רל"ח שכתב וז"ל עוד כ' בפי' משנה שדרך הרבים דמתני' היינו מעמד שמתקבצים שם להספד ע"כ א"כ נראה שצריך תנאי שני ודוקא לענין כזה יש חזקה לרבים אבל במה שעוברים דרך שם לא איכפת ליה דלא הוי חזקה משום דלא הוו חזקה אלא היכא דאיכא חסרון לבעל הקרקע ולא מיחה דאז איכא למימר כיון שלא מיחה הוי ראיה שנתן או מחל ושוב א"י לחזור בו וכיוצא בזה מצאתי שאלה מהרשב"א ז"ל יציאה וביאה אם צריך חזקה ג"ש. תשובה דבר ברור הוא שצריך חזקה ג"ש שהרי יש בזה חסור קרקע שהרי משתמש בחצרו ממש ונכנס ויוצא בו ואם בא זה לבנות ולסתום חצרו בפניו הרי זה מוחה בידו כדי שלא יאבד דרך ביאתו ע"כ והיא בב"י ח"מ סי' קנ"ג וכו' למדנו מתשו' זו דהיכא דאיכא חסור קרקע אי הוה ג"ש מהני למהוי חזקה הלא"ה אלא דליכא חסרון קרקע אין ראיה משני חזקה משום דלא איכפת ליה משו"ה לא מיחא ועוד אני אומר שצריך טעם שיאמרו הרבים שנתנה להם הלא"ה לא זכו הרבים בדרך זה וכו' שלפי דעתי שאם המקום ההוא לא היה בו חסרון לבעל המצר במה שהיו עוברים ושבים באותו דרך אין חזקת הרבים כיון שלא היה יכול למחות בעל

המצר וכל היכא דליכא מחאה ליכא חזקה וגם אפי' היה שם חסרון קרקע היה צריך ראיה שנתנה להם הלא"א יכול לסתום כל עוד שחצר א' מב' אלו הדברים חסרון קרקע ונתינה בידים עכ"ל:

ובעניותי אחר נשיקת הרצפה לא יכולתי להלום את דברי הרב ז"ל. והילך פירוש המשנה דהרמב"ם ז"ל. מי שהיתה דרך הרבים עוברת בתוך שדהו וכו' מעמד מקום שמתקבצים שם להספד וכבר ביארנו במה שקדם משיחת בית קב וטעם שמה שלו הגיעו ולא יוכל להסיר הדרך ממנו לפי שיש בידינו עיקר מצר שהחזיקו בו רבים אסור לקלקלו ע"כ. וכוונת הרמב"ם ז"ל היא פשוטה. כי ברישא דמתני' קתני מי שהיתה דרך הרבים עוברת וכו' ואח"ך קתני שיעור כל הדרכים דרך היחיד ודרך הרבים ודרך הקבר לענין מקח וממכר ואח"ך קתני המעמד דייני צפורי אמרו בית ארבעה קבין. ובא הרמב"ם ז"ל לפרש פי' המעמד דקתני מתני'. עי' בש"ס ד' ק' ע"ב. וכדומה דעינא פקיחא דמהרשד"ם ז"ל לא שלטא בההיא שעתא בלישנא דמתני'. כ"א בפי' הרמב"ם ז"ל ולא זכר שר לשון מעמד דתנן בסיפא דמתני'. ואפ"ה לא ידעתי איך לא נרגש הרב ז"ל במה דהפסיק הענין לפירושו במ"ש וכבר ביארנו וכו' בית קב. ועוד בה כי דברי הרשב"א בתשו' דאלף קנ"ב הנז' המה תיובתיה. ויען כי לתמיהה זו קדמני הרב מוהר"ר ליב סרוואל ז"ל הוב"ד בתשו' מהר"י הלוי ז"ל סי' נ"ז. אציגה נא דבריו כדי שלא להאריך וז"ל ביותר יש לתמוה על הרב הלא תשו' אחרת מן הרשב"א סי' אלף קנ"ב על הא דאמר רב יהודה אמר רב מצר שהחזיקו בו רבים אסור לקלקלו בכמה הוי חזקתיה ומשיב דלכאורה משמע משעה שהלכו בו וכו' עד אלא דבשלהי ח"ה משמע דאפי' קודם הילוך מכיון שפלשו המבוי לעבור בו רבים. הא קמן דלכל הפחות מכיון שהלכו בו החזיקו וא"כ דבריו אלו סותרים מה שכ' בתשו' שהביא מוהרי"ק משמו סי' קנ"ג אלא דיש לחלק בין יחיד לרבים דרבים החזיקו משעה שהלכו ויחיד צריך ג"ש וכו' ע"כ

עוד ראיתי למהרשד"ם שם שכתב וז"ל עוד ראיתי שכ' הרמב"ם הלכות נזקי ממון שלהי פי"ג וז"ל מי שהיתה דרך הרבים עוברת בתוך שדהו נטלה ונתנה להם מן הצד מה שנתן נתן וזכו בו וזה שנטל לא זכה בו וכמה רחב דרך הרבים אין פחות מששה עשר אמה ע"כ ואם דרך הרבים דאמרינן שאם החזיקו בו באיזה דרך שהיה שייך דין זה למה הוצרך הרמב"ם למימר בכמה וכו' יהיה מה שיהיה במה שהחזיקו החזיקו אלא שנראה מתוך דבריו דהאי דאמרינן מצר שהחזיקו בו רבים וכו' לא מיירי אלא כשהוא רחב י"ו אמה. הלא"ה לא הוי חזקה. ע"כ:

ובעניותי אפשר לומר ולפרש בכוונת הרמב"ם ז"ל כמ"ש התוס' בפ' לא יחפור ד' כ"ו ע"ב בד"ה עד דאמרי ליה וז"ל כי קאמר רב יהודה מצר שהחזיקו בו רבים אסור לקלקלו ה"מ תוך י"ו אמה אבל חוץ לי"ו אמה מותר לקלקלו כיון שמניח י"ו אמה כדין ר"ה. ע"כ. וכ"כ הכנה"ג סי' תי"ז בהגה"ט אות י"ז בשם תשו' הרי"ף דכל שהניח י"ו אמה אין יכולין לעכב עליו. וכ"כ רבינו בצלאל במקובצת בפסק הלכה אמתני' דהיתה דרך הרבים עוברת בתוך שדהו וכו'. והיינו דאמר הרמב"ם וכמה דרך הרבים וכו' ר"ל כמה הוא שיעור דרך הרבים שצריך שיניח להם ואינו רשאי לקלקל אין פחות מי"ו אמה ר"ל אינו מניח להם פחות מי"ו אמה. אבל היותר מי"ו אמה מותר לקלקל:

באופן דמדברי הרשב"א ז"ל מבואר דמצר שהחזיקו בו רבים בהילוך לחוד קנו מיד ואינו צריך ג"ש. ואולם בעינן דהחזיקו מדעתו וכמ"ש רשב"ם והבעלים ידעו ושתקו. והתוס' פ"ק דבתרא כתבו מצר שהחזיקו בו רבים אסור לקלקלו היינו כשהחזיקו ברשות אבל אם באים להחזיק שלא ברשות יש למחות בידם ולנקוט פיזרא וליתיב ע"כ. וכ"פ מור"ם ח"מ סי' שע"ז וז"ל מצר שהחזיקו בו רבים ברשות אסור לקלקלו. ע"כ:

וזאת מצאתי באהלות פ' י"ח משנה ד' אהא דתנן התם שדה בוכין לא נטעת ולא נזרעת. פי' הרא"ש ז"ל וז"ל שדה בוכין מפרש בפ"ק דמ"ק שדה רחוק מבית הקברות ומושיבין שם המטה ובוכין ומספידים לא נטעת ולא נזרעת. מפרש התם מפני שכבר נתיאשו הבעלים והו"ל מצר שהחזיקו בו רבים ואסור לקלקלו ודוקא נתיאשו אז הוי חזקה אבל לא נתיאשו אפי' החזיקו לא הוי חזקה ע"כ. וכ"כ ר"ש ז"ל ורבינו עובדיה ז"ל. ונראה דליכא מאן דפליג בזה דאי לא נתיאשו הוי שלא ברשות. וליכא מאן דאמר דאף שלא ברשות החזיקו אלא רבי אליעזר אליבא דרבא בר רב הונא וקאמר אין הלכה כר"א. עי' ד' ק':

וכי תימא איך קאמר הרשב"א בתשו' הנז' דמשעה שהלכו בו רבים קנו. וניחוש דילמא לא נתיאשו. דהא ודאי מסתמא אמרינן דנתיאשו דמכי ידע הו"ל למחות ומדלא מיחה הו"ל נתיאשו ומחל לרבים:

ורב"א בשם בפסק הלכה כ' דקי"ל כרב יהודה דאמר מצר שהחזיקו כו' וכגון שהחזיקו להלוך ברשות בעל השדה כעין משנתינו שנתן להם דרך מן הצד וכגון מי שסותר כותל שיש לו ברה"ר והרחיב להם את הדרך כיון שהחזיקו להלוך בה אינו מחזיר כותלים למקומן כבראשונה. ע"כ:

ולכאורה נראה דכ"ז יצדק במצר דישראל דהחזיקו בו רבים דקנו אותו בחזקה. אבל כאשר יהיה האופן דהמצר ההוא היה של עכו"ם נימא דלא קנו אותו דבמאי קנו ליה.

וכדפריך הש"ס התם ד' ק'. ומאי דמשני התם דקנו ליה בהילוך הוא דוקא במצר דישראל. אבל במצר דגוי לא. שהרי כ' מר"ן ח"מ סי' קצ"ד ס"א וז"ל הגוי אינו קונה בחזקה ולא בכסף אלא בשטר הוא שקונה עם נתינת הכסף וישראל הקונה מגוי הרי הוא כגוי ואינו קונה אלא בשטר ע"כ. מבואר דדעת מר"ן דגוי אינו מקנה לישראל בחזקה. ואם כן אי הוה המצר דגוי נימא דלא קנו ליה רבים דבמאי קנו ליה דאי בחזקה הא לא קניא בגוי: **ואולם** כד דייקינן פורתא נראה דלאו מילתא היא. דהא אף במצר דישראל צריכין אנו לומר דטעמא דקנו ליה רבים בחזקה הוא דאמרינן דמשעה שכנס לתוך רשותו הרי זה שמפקיר רשותו אף דלא הפקיר בפירוש לגבי רבים חשבינן ליה כמפקירו וזכו הרבים בחזקה מן ההפקר. וכמ"ש הפרמ"א ח"א סי' פ"ד. העתקתי קצת מדבריו למעלה. וא"כ כ"ש לגבי מצר של גוי נימא הכי דמשעה שכנס לתוך רשותו ה"ז כמפקיר רשותו וזכו הרבים בחזקה מן ההפקר. וכההיא דכ' מר"ן שם ס"ב וז"ל מאחר שהגוי אינו קונה קרקע מישראל ולא מקנהו לישראל אלא בשטר. ישראל שלקח שדה מהגוי ונתן דמים וקודם שיחזיק בה בא ישראל אחר והחזיק בה כדרך שמחזיקים בנכסי הגר זכה אחרון ונותן לראשון את הדמים מפני שהגוי מעת שלקח הדמים סילק רשותו וישראל לא קנה עד שיגיע השטר לידו ונמצאו נכסים אלו כנכסי מדבר שכל המחזיק בהם זכה ואחריותו על הגוי המוכר. ע"כ:

הרי מבואר דכשסלק העכו"ם רשותו הוה ליה כהפקר והמחזיק בהן זכה. ועדיפא מינה כ' מר"ן בב"י ובכ"מ דאף אם לא נתכוון לזכות מן ההפקר עלתה לו חזקה. שהרי עמ"ש הה"מ ז"ל דמשמע מדברי הרמב"ם שאם החזיק הראשון תחילה זכה. כתב וז"ל וא"ת הרי הרמב"ם כתב בפ"א מהל' מכירה שהעכו"ם אינו קונה בחזקה וישראל הבא מחמת העכו"ם הרי הוא כעכו"ם ומשמע דהיינו לומר שישראל הקונה מן העכו"ם אינו קונה בחזקה ובפ"א מהל' זכייה כ' שהעכו"ם אינו קונה קרקע מישראל אלא בשטר ואינו מקנה קרקע לישראל אלא בשטר. וא"כ היאך דקדק הה"מ בדבריו שאם נתן דמים והחזיר זכה. וי"ל כיון שהעכו"ם קבל הכסף נסתלק ולא הוי קרקע דעכו"ם אלא הפקר ואע"ג שזה אינו מתכוין לזכות מן ההפקר מ"מ כיון שהחזיק לשם קנין עלתה לו חזקה. ע"כ. ואין להאריך בענין זה. ועי' שם בסי' קצ"ד בטור וב"י:

ומעתה נבוא לנ"ד שהרחבה ההיא מוחזקת להם למכור שם תבואה וכו' ודרך כבושה לרבים כמה וכמה דור אחר דור כמבואר בשאלה. דזכו בה הרבים מדרב יהודה דאמר מצר שהחזיקו בו וכו'. ואף לצד שיתברר דשל עכו"ם היתה. מ"מ מכי ידעי ושתקי נסתלקה רשות העכו"ם והו"ל הפקר וזכו בו הרבים בחזקתם וכמש"ל דכיון דבישראל

אמרינן דהו"ל כמפקיר רשותו כ"ש דאמרינן הכי בעכו"ם. ועיין בסמ"ע סי' שע"ז סק"ב שכתב דכל שרבים מוחזקים בו עתה לפנינו טוענין להם ואמרינן דבודאי ברשות החזיקו בו:

ועדיפא מינה מצינו אף ביחיד המוחזק בנכסי העכו"ם. כאשר נבאר להלן בס"ד. ותחילה נבאר. הנה הרמב"ם ז"ל בפ' י"ג מהל' טוען הלכה א' וז"ל ואלו שאין מעמידין הקרקע בידן אע"פ שאכלם ג"ש וכו'. ובהלכה ב' כ' וכן ראשי גליות של אותו זמן והגזלן והעכו"ם אין אכילתן ראיה מפני שהן בעל זרוע וכו' וכן המחזיק בנכסיהן אין אכילתו ראיה ע"כ. והטור ח"מ סי' קמ"ט סט"ז כ' עכו"ם אין לו חזקה בשל ישראל אלא בשטר מפני זה הטעם בעצמו שהוא אלם ע"כ. ולא ידעתי אמאי לא פירש נמי דאין מחזיקין בנכסיו מהאי טעמא כמו שפי' בס' י"ב וז"ל דבי ריש גלותא אין מחזיקין בנכסי אחרים מפני שיריאין למחות בהן ואין אחרים מחזיקין בנכסיהן מפני שבוטחים בחילם ואינן חוששין למחות ע"כ. ובס' י"ד כ' הגזלן אין לו חזקה מפני שיריאין למחות בו וגם אין מחזיקין בנכסיו מפני שאינו חושש למחות ע"כ. וכן נמי יש לתמוה על מר"ן דבס' י"ג גבי גזלן העתיק דברי הרמב"ם דסוף פ' י"ג הל' י"א והוסיף וכן המחזיק בנכסיו אינה ראיה. ובס' י"ד גבי עכו"ם לא פירש דהמחזיק בנכסיו אינה ראיה. ויכולין אנו לומר דסמכי אמאי דפירשו בגזלן. דתרווייהו מחד טעמא נינהו. וכמ"ש הטור עצמו גבי עכו"ם מפני זה הטעם בעצמו שהוא אלם:

אלא דיש לדחות דאפשר דס"ל לרבינו הטור ומר"ן ז"ל דאנן מחזיקינן בנכסי העכו"ם. דהנה מצינו להרא"ש בתשו' כלל י"ח סי' ט"ו שכתב וז"ל וששאלת ראובן שי"ל בית אצל שכנו ע"א ופתח ראובן חלון מביתו על גגו של עכו"ם והחזיק בו כמה שנים לאחר זמן מכר העכו"ם ביתו לישראל ובא ישראל הקונה להגביה ביתו ולבנות בפני החלון של ראובן ובא ראובן וערער אתה מאפיל על אורות חלוני שהחזקת בו יותר משני חזקה. תשובה טענת ראובן אינה טענה דאמרינן בפ' חזקת הבתים הבא מחמת עכו"ם הרי הוא כעכו"ם ואלו בעוד שהיה הבית של העכו"ם אם העכו"ם רוצה לבנות בפני חלונות של ראובן לא היה ראובן יכול למחות עליו בדיני העכו"ם כי אין חזקה לאורה אלא כך דיניהם שכל אחד פותח לרשות חבירו וכשחבירו רוצה סותם את אורו בבנין ואפי' החזיק בו כמה שנים ואפי' לקחו מאחר כך נהגו העכו"ם בארצנו ואני סבור שכך מנהגם בכל המקומות שאין דין חזקת אורה בין העכו"ם וכל כח וזכות שהיה לעכו"ם קנה הישראל מן העכו"ם ואין ראובן יכול למחות עליו. ע"כ. הבי"ד הטור סי' קנ"ד ס' כ"ט. ומדהוצרך להאי טעמא דהבא מכח העכו"ם ולא כתב בפשוט מטעמא דאין מחזיקין בנכסי העכו"ם

שאינו חושש למחות. נוכל לומר דס"ל להרא"ש ז"ל דמחזקינן בנכסי עכו"ם. ובמרדכי פ' חזקת הבתים משם מהר"ם כ' טעם זה להדייא וז"ל וגדולה מזו נ"ל דאם נודע הדבר בעדים שלא היה לראובן מתחילה חזקת אורה על העכו"ם ואחר זמן פתח חלונותיו לחצר העכו"ם והחזיק ג"ש ועתה טוען לקחתי מן העכו"ם אינה חזקה מדי דהוה אהני דבי ריש גלותא דלא מחזיקי בהו ולא מחזיקי להו לפי שהם עשירים ויש להם בתים ושדות הרבה ועוד שסומכין על זה שכל שעה שירצו יטלו בזרוע ובאלמות ואין חוששין למחות כ"ש הכא דלא חשש העכו"ם למחות שבדיניהם לא הוי חזקה וא"כ הו"ל לאיזדהורי בשטרו לעולם. ע"כ. ועי' בב"י שם מח"ו י"א. גם מתשו' הגאון שהביא שם הטור דפליגא אההיא בהרא"ש. משמע כן. שכן כתב וז"ל וראיתי תשובה לגאון שאסור לו לקונה לסתום שאין לו לעשות אלא ד"ת ולא אשכחן דקאי ישראל במקום עכו"ם אלא לגריעותא מה עכו"ם אין לו חזקה אלא בשטר אף ישראל אין לו חזקה אלא בשטר. ע"כ. ואי ס"ל לגאון דאין מחזיקין בנכסי עכו"ם א"כ מאי קאמר שאין לו לעשות אלא דין תורה והא ד"ת נמי הכי הוא. וכן יש להוכיח ג"כ מתשו' רב צמח גאון שהביא המרדכי שם ע"ש ומר"ן שם ס' י"ח פסק כדברי הגאון:

ואם כנים הדברים. א"כ הט' דהטור ומר"ן דלא כתבו דאין מחזיקין בנכסיהן. דהטור סבר כהרא"ש אביו ז"ל. ומר"ן משום דפסק כהגאון:

איברא דגם זה יש לדחות דהא אפי' אם נאמר דסברי הגאון והרא"ש ז"ל דמחזיקין בנכסי עכו"ם. אכתי איכא לאקשוי. כאשר הקשה הדרישה שם בשם י"מ והמט"ש שם הגה"ט אות ח"ן וז"ל מאחר דקי"ל חזקה מכח מחאה קא אתי וכל היכא דלא מצי למחות לא עלתא לו חזקה אם כן למה נתן טעם הרא"ש דהבא מכח עכו"ם כו' הא כיון דעכו"ם לא מצי למחות לא עלתא לו חזקה ול"ל בכחו אז וגם לדברי הגאון ק' שכתב שאין לו לעשות אלא ד"ת הא מד"ת הוי הכי דמצי לסתום כיון דלא עלתה לו חזקה:

והדרישה תירץ וז"ל ולענ"ד לא ק"מ דלא אמרו הרא"ש וסייעתו כל היכא דאין בו משום מחאה אין בו משום חזקה אלא היכא דבא להחזיק ישראל מישראל דבעינן חזקה שיש בה טענת קנייה או מתנה בפירוש דאמרינן כיון דלא מצי מחי הו"ל לאחזוקי בשטרא משא"כ כאן דמיירי דישראל זה לא טען שקנה החלון מהעכו"ם ולא היה בידו שטר קנין מעולם אלא טען שזכיתי בו כזוכה מההפקר כיון שהחזקתי בו לפני העכו"ם כמה שנים ואין הישראל הלוקח מעכו"ם יכול להאפל בדבר שכבר זכיתי בו וע"ז השיב הרא"ש דזכייתו לפני העכו"ם לא הוי זכייה גמורה שהרי עכו"ם היה לו כח לסתמו ולוקח ישראל זה יש לו כח כמוהו לסתום אותו בבניינו ומטעם זה כתב ג"כ הגאון דאין לו לעשות אלא

בד"ת שג"כ מיירי שהישראל לא טען שקנהו מעכו"ם אלא שזכה בחלונו זה שהחזיק בו לפני העכו"ם כמה שנים וס"ל להגאון דאף דהעכו"ם היה בו כח להאפיל עליו מ"מ ישראל שקנה ממנו נקרא מזיק כשבא להאפיל באור שהיה לזה כמה שנים וכו' ע"כ:

ולפי דבריו אין להוכיח מדברי הגאון והרא"ש ז"ל דלעולם ס"ל דלא מחזיקינן בנכסי עכו"ם. והכא שאני דלא בא בטענה. אלא דהחזיק בזכות זה כמה שנים כזוכה מן ההפקר. דהרא"ש ז"ל ס"ל כיון דהעכו"ם יכול לבנות ולסתום גם לוקח זה יש לו רשות כמותו. והגאון ז"ל ס"ל דאף דהעכו"ם היה יכול לסתום בבניינו מ"מ ישראל שקנה ממנו אינו יכול. ועי' בפרישה:

ומ"מ נלמד. דאם לגבי יחיד עשו שאינו זוכה כזוכה דאף דכפי האמת אין כאן הפקר אפ"ה סבר הגאון ז"ל דחשבינן ליה מוחזק כזוכה מן ההפקר. וא"כ כ"ש דנד"ד דרבים הם המוחזקים דאם בדישראל חשבינן להו כזוכה מן ההפקר כמש"ל בשם הפרמ"א. כ"ש דבדעכו"ם דחשבינן ליה כהפקר וזכו בו רבים. ואף הרא"ש דפליג על הגאון. בנד"ד יודה. דע"כ לא פליג אלא התם לגבי יחיד אבל לגבי רבים דמצינו דחשו חכמים להפסידה דרבים דהא אמרו מצר שהחזיקו וכו' כמ"ש במרדכי סוף פרק לא יחפור:

איברא דהמט"ש ז"ל שם כתב וז"ל. והרואה יראה דאין בישובו מספיק להכרח הרא"ש מטעם דבא מכח עכו"ם וגם מ"ש לדברי הגאון דמדין תורה אינו יכול זה להאפיל הא סוף סוף כיון דזה אין לו חזקה אמאי לא יאפיל זה כיון דהוא ניזוק בראיה וכו' באופן דלא נתקררה דעתי בהבנת דברי הרא"ש והגאון ז"ל. ע"כ:

ולדידי חזי לי פירוש דברי הגאון ע"פ דברי הרב בעל העיטור הוב"ד בהגהות מיימוניות פ' י"ג מהל' טוען ונטען וז"ל וכתב ר"ח אי טעין ואמר יהיב לי ההוא עכו"ם שטרא דזבנא מינך ואזדהרי ביה תלת שנין ואירכס מהימן דכמאן דאמר קמי דידי זבניה דמי הילכך ישראל דזבין ארעא מעכו"ם איבעי ליה למחויי דילמא טעין הכי ומפרש הרי הוא כעכו"ם דקאמר בכל דוכתא כאילו אותו העכו"ם בא מישראל. דתניא פ' הגוזל בתרא ישראל ועכו"ם שבאו לפניך אם אתה יכול לזכותו בדין ישראל זכהו בדין עכו"ם וכו' וא"ל באין עליו בעקיפין וש"מ ישראל שיש לו חלון בחצר עכו"ם ובא ישראל וקנה החצר מן העכו"ם אע"פ שבדיני העכו"ם היה יכול לסותמו כיון דישראל עם ישראל הוא וישראל הבא מחמת עכו"ם הרי הוא כאילו אותו העכו"ם בא עם ישראל שמזכין אותו בדין ישראל ואין לו לעכו"ם לסותמו כך ישראל הבא מכחו אין לו לסותמו דכי אתא לידיה אותו חלון בהיתר אתא לידיה דקי"ל גזל העכו"ם שרי ואפי' לרבי עקיבא דוקא

גזל ממש אבל הפקעת הלואתו כיון דליכא חילול ה' שרי וכ"ש דדינא דאין לסתום לאו גזל הוא ואין לו להאפיל. ע"כ:

והרמב"ן ז"ל בתשו' סי' ט"ז הרבה להשיב על הרב בה"ע ובכלל דבריו כ' וז"ל ועוד שלא אמרו אלא לזכותו בדיני ישראל אם הדין מזכהו שלא בדיניהם אבל כאן הדין אחד בין בדינינו בין בדיניהם שכל החזקות מכח המחאה הם באים וכל שאין בה מחאה כגון המחזיק בנכסי קטן ואי נמי בדאיתיה בשכוניה גואי וכיוצא בו וכן נמי כשאין חושש למחות או שמתיירא למחות לא עלתה לו חזקה ואפי' בדינינו וכדאמרו בי ריש גלותא לא מחזיקי ולא מיחזקי בהו וכן גזלן אין לו חזקה דלא למטניהו לחמריה לשחוור וכן כל כיוצא באלו וכיון שכן הדין נותן בכל מקום שאין חוששין למחות שלא תעלה לו חזקה וכל שאינו נזהר בשטרו במקומו כאלו לא עלתה לו חזקה וכל שאין נזהר בשטרו ברמאה מחזיקינן ליה וכאותה שאמרו בעובדא דרבא בר שרשום לקוחה בידי לא מצית אמרת דהא נפיק עלה קלא דארעא דיתמי וכענין דאמר נמי פרק המקבל מלוה אומר חמשה ולוה אומר שלשה שטרא כיון דלגוביינא קאי מיזהר זהיר ביה וכיון שהדין כן אף בדיני ישראל בכל מי שאינו חושש למחות והעכו"ם אינו חושש למחות או מפני שהוא אלם כדינא דריש גלותא או מפני שבדיניהם אין לאיש חזקה שורת הדין נותן אפ' בדינינו שלא תהא לו חזקה ולמה נזכה זה ונחייב זה ואם ממדת העקיפין אין באין בעקיפין על ישראל בשביל ישראל. ע"כ:

ומהר"ש ן' חסון ז"ל במשפטים ישרים סי' כ"א כתב שצריכין אנו לומר שלא נעלמו מהרב בעה"ע כל אלו הקושיות שהקשה עליו הרמב"ן ז"ל והאריך הרב שם בפירוקן. ועל אותה קושיא שהעתקנו כ' וז"ל עוד הקשה עליו שהרי לא אמרו אלא לזכותו בדיני ישראל אם הדין מזכהו שלא בדיניהם אבל כאן הדין אחד בין בדינינו בין בדיניהם שכל החזקות מחמת מחאה הם באים וכו'. ונראה דגם לזה יש לתרץ דודאי אחר דקי"ל דהפקעת הלואתו מותרת היכא דליכא חילול ה' וא"כ בכאן שכבר זכה זה בחלון וגם בדיני ישראל אם שני ישראלים היה הדין דיש לו חזקה דודאי דליכא חילול כלל אם נאמר לו שכבר זכה הישראל בחלון ואנו דנין אותך כדין שני ישראלים דודאי עדיף מהפקעת הלואתו וכמ"ש הרב הנ"ז בלשונו ז"ל וכ"ש דבדינינו אין לסתום דלאו גזל הוא וכו' הכוונה אפי' היה גזל ממ"ש היינו אומרים דהוא שלו כל היכא דליכא חילול ה' כ"ש זה שמדעתו פתח דאינו גזל ממש שודאי אמרינן שקנה שעבודו בחצר העכו"ם שלא יאפיל עליו. ע"כ:

ודבריו מדוקדקים בדברי הרב בעה"ע. ובזה הוסרה קושיית הדרישה והמט"ש מעל הגאון והרא"ש ז"ל דהגם דהיכא דלא מצי מחי ליכא חזקה והכא העכו"ם לא מצי מחי אי

משום דאינו חושש למחות מפני שהוא אלם כדינא דבי ריש גלותא או מפני שבדיניהם אינו יכול למחות וא"כ ליכא חזקה. אפ"ה סבר הגאון כיון דבדינינו בין שני ישראלים הויא חזקה. ליכא חילול ה' אי דיינינן לעכו"ם עם ישראל הכי. ועדיף מהפקעת הלואתו דשרי היכא דליכא חילול ה' אפי' גזל עכו"ם אסור. וזה הישראל הבא מכח העכו"ם הרי הוא כעכו"ם הבא עם ישראל לדין. אבל הרא"ש ז"ל ס"ל הבא מכח העכו"ם הרי הוא כעכו"ם ויש לו כל כח העכו"ם וכיון דהעכו"ם בדיניהם יכול לסותמו בבניינו גם ישראל הבא מכחו כן. והטעם דהוצרך לטעם זה. דלולי האי טעמא הוה אמרינן דאינו יכול לסתום אף היכא דליכא חזקה מחמת דלא מצי מחי. מטעמא דעדיף מהפקעת הלואתו:

והרב חוט המשולש בטור הראשון סי' ז"ן הביא דברי הרב בעה"ע וכתב דבעה"ע כ' כן משם רב שרירא גאון בתשו' ושכן כתבו תלמידי רבינו יונה משמו והעיד דהרשב"ץ והרשב"ש ז"ל קיימו דברי הגאון ובעה"ע הלכה למעשה אף שהרא"ש חולק עליו. ועוד כתב וז"ל אבל הרשב"א ז"ל בתשו' עם היותו חלוק על ראיית הרב בעה"ע ודחה ראיותיו מ"מ הוא מודה בדינו שכך אמר בסוף אותה תשובה זה אני אומר לענין הלכה אבל מה אעשה והנה הרב בולם את פינו עם דברי הגאון ע"כ

וכבר כתבנו דדעת מר"ן כפסק הגאון וכ"כ הב"ח דהב"י פסק בש"ע כדעת הגאון:

והכנה"ג הגה"ט אות ס"ו כ' וז"ל מדברי רבינו בהעה"ט ז"ל מוכח שתופס בדברי הגאון ז"ל נגד אביו הרא"ש וכן סתם רבינו ב"י בספרו הקצר וכ"כ מהר"ם מטראני בח"ב סי' צ"ו. ובח"ג סי' נ"ג ובמהר"י הלוי סי' נ"ח גם מהר"ר בצלאל בתשובותיו סי' ל"ד כ' שדעת הראב"ד והרשב"א והגאונים וה' המאירי והרמב"ם והעיטור והרשב"ץ כדעת הגאון ואין לזוז מדבריהם ע"כ:

והמט"ש הגה"ט אות נ"ט כ' וז"ל לענין הלכה מדברי מר"ן ז"ל נראה דס"ל כהגאון והסכים להרשב"א דקאי כוותיה וכן פסק בס' הקצר סי"ח הגם שבסי"ט נראה דס"ל להיפך וסותר אדידיה וכמ"ש מהריק"ש והסמ"ע והכנה"ג בס"ק ס"ו מיהו נראה דלדעת מר"ן תרווייהו הויין הלכתא אחר דאיהו מסכים לס' הרשב"א עם הגאון ודין זה דסי"ט הוא תשו' הרשב"א א"כ ע"כ לא פליגי אדברי הגאון או כחילוק הסמ"ע או מטעם חילוק אחר דשניא ליה דא מן דא אחר דכבר גילה לנו דהרשב"א קאי בשיטת הגאון הגם דזה אינו כמ"ש בהגב"י מ"מ מדהביא דין הרשב"א לפסק הלכה סמוך ונראה לדין הקודם הא ודאי דצ"ל דיש חילוק ביניהם. ע"כ:

ומינה לנדון דידן. והט' דהא אם חורבה זו היתה מעיקרא דישראל והחזיקו בו רבים. הויא חזקה וקנו אותה אף מדינא. דמאחר שהחזיקו דור אחר דור מאן חשיב לאורועי

חזקתם והלכה רווחת הבא מחמת ירושה אינו צריך טענה. וא"כ אנן נמי טענינן לדור אחרון כי אבותיהם דור הראשון קנאוה מהבעלים באו"ה כפ"ה. דאם ליחיד טענינן כ"ש דטענינן לרבים. ועי' מהרשד"ם ח"מ סי' רס"ב שכ' וז"ל כלל הדברים שכפי הדין איני רואה טענה בה יוכל להסמך בן ראובן הטוען ותובע מן הקהל ואם כי הקהל לא טענו טענה אחרת כ"א שאינם יודעים דבר ושמעולם לא ידעו שר' יעקב השמש מכר לשום אדם טוענין ליורשים כי המוכרים הנז' בשטר המכירה הלכו לב"ע וכל מה שהם היו יכולים לטעון טענינן לבניהם ולדור אשר קמו אחריהם. ע"כ:

ואף דהתם מיירי בשאר טענות ולא בטענה שעם החזקה. מ"מ נילף מינה לנד"ד. שהרי הא מילתא דאמור רבנן הבא מחמת ירושה אין צריך טענה היא בנין אב למאי דאמרינן בכל דוכתא טענינן ליורשים עי' במס' בתרא ד' כ"ג. וכן הוא להדייא בתשו' הרא"ש ריש כלל פ"ו שאחר שהביא משנה דפ' חזקת דקתני הבא מחמת ירושה אינו צריך טענה תני עלה ומהכא ילפינן בכל דוכתא דטענין ליורש כל מידי דמצי אבוהון למיטען:

ולפ"ז ילפינן חדא מחדא. והכא נמי טענינן להו. ואם כן אף אם יתברר דשל עכו"ם היתה ונימא דלא מחזיקינן בהו משום דהעכו"ם לא מחי משום דאינו חושש וכדינא דריש גלותא. אפ"ה דנין לעכו"ם כדין ישראל עם ישראל דכיון דליכא חילול ה' לא גרע מהפקעת הלואתו דשרי:

ואפשר דבנד"ד אף הרמב"ן ז"ל יודה. שהרי בתשובתו הנז' כ' וז"ל עוד חזק בעה"ע את דבריו משום דכי אתא לידיה החלון בדין אתא לידיה. דקי"ל גזלן לא הוחזק בגזילותיו שיוכל בגזילותיו לגזול אותו כל זמן וכל עת שירצה וישראל זה כשפתח חלונותיו על חצרו של עכו"ם מה גזלו לא גזלו אלא שמכניס יום יום אויר חצירו של עכו"ם בחלונותיו ומה שנהנה נהנה אבל לומר לו כמה שנהנתי עד היום מאויר חצירך החזקתי ליהנות לעולם זו אינה תורה דבשלמא הפותח בחצר חבירו ובא בטענת מכר או מתנה יש לו חזקה ומדין מחאה דכל שלא מיחא ראיה שמכר או נתן לחבירו שעבוד הרחקת ד' אמות אבל בטוען טענת גזילה ואומר כבר באה גזילה לידי וזכיתי מכח גזילתי מה שכבר לקח ונהנה נהנה. אבל מכאן ולהבא כשבא לגזול דבר יום ביומו אין שומעין לו ע"כ:

ומהר"ש ן' חסון ז"ל בתשו' הנ"ז כ' על זה וז"ל ונראה לע"ד שודאי שההכרח שהביא הרב ז"ל בדבריו לומר שודאי שבעל החצר הוא מוחזק באויר חצרו ובעל החלון הוא מוציא ממנו דודאי הרב באה"ע אינו חולק עליו אלא שסובר שבעת שפתח החלון ונהנה כבר קנה שעבוד ד' אמות בתוך החצר העכו"ם שהרי אם היה העכו"ם בא לפנינו היינו אומרים לו כן שלא עדיף מישראל אחר וא"כ ישראל הבא מכחו לא עדיף ממנו ועל

כרחנו לומר שאותו פתיחת החלון חשוב כמשיכה במטלטלין או נעל וגדר בקרקע כן גם כן פתיחת החלון אחר שהוא נהנה מן הד' אמות חשוב חזקה בהם כאכילת הקרקע. דאי לא תימא הכי כשבא בטענת שנתן לו הזכות ההוא במה קנאו שלא יוכל לחזור בו אחר שלא עשה שום קנין בו ראוי הוא שיוכל לחזור דהכי קי"ל בכל ענייני ממון אלא ודאי פתיחת החלון והנאתו הוי כחזקה בקרקע וא"כ אחר שזה פתח החלון ונהנה כבר זכה בשעבוד ד' אמות בחצר העכו"ם. ע"כ:

ונראה דעד כאן לא פליג הרמב"ן ז"ל אלא התם משום דס"ל דהגזילה דפתיחת החלון כל יום מוסיף לגזול מחדש מה שלא גזל אתמול דהיינו שמכניס יום יום מאויר חצירו של עכו"ם. ומאחר דליכא טענת מכר או מתנה לא נקנה לו שעבוד ד' אמות. וא"כ מה שנהנה נהנה. אבל לגזול מחדש דבר יום ביומו אין שומעין לו. ואף ע"ז פליג הגאון וס"ל דפתיחת החלון והנאתו הו"ל כחזקה בקרקע וזכה בשעבוד ד' אמות בחצר העכו"ם ואין כאן גזילה מחדש דמאי דגזל גזל דכל הד' אמות שנכנס ממנה האויר מדי יום יום זכה בשעבודם מעיקרא כשפתח ונהנה. וא"כ בנד"ד דגזילה חדא היא. אפשר דכ"ע יודו דמשעה ראשונה לקחו מה שלקחו:

באופן דאם נאמר דדעת הגאון וכולהו רבוותא ומר"ן דסברי כוותיה ס"ל דאנן מחזיקינן בנכסי עכו"ם כאשר צדדנו מעיקרא. א"כ זכו הרבים בנד"ד מטעמא דאית להו חזקה דור הולך ודור בא וטענינן להו אנן. דטענינן ליורשים:

ואם נאמר דדעת הגאון היא כמ"ש הדרישה. וא"כ נוכל לומר דדעת הגאון והנך רבוותא ס"ל דאין מחזיקין בנכסי עכו"ם. דאפושי פלוגתא לא מפשינן. מ"מ מדברי הגאון נלמד לנד"ד במכ"ש דאם לגבי יחיד עשו שאינו זוכה כזוכה. כ"ש לגבי רבים:

ואם נאמר דאין תירוצו של ה' הדרישה מספיק וכמש"ל משם המט"ש ז"ל וא"כ צריכין למ"ש אנן בעניותין לפרש דברי הגאון ע"פ דברי הרב בעה"ע וכמאי דמפרש ליה מהר"ש חסון ז"ל א"כ זכו בנד"ד לדעת הגאון והנך רבוותא ומר"ן דסברי כוותיה. ואפשר דגם הרמב"ן ז"ל יודה וכמש"ל ובפרט בהצמדם עם טעמא קמא דמצר שהחזיקו בו רבים. דכל הני מילי דכתבינן יוסיפו תת כח בהך טעמא כאשר יראה הרואה:

וכ"ז הוא אף אם יתברר להם ע"פ שטר הכשר בדינינו דמימי קדם היתה הרחבה ההיא של העכו"ם ההם המוכרים לאותו יהודי הנז' בשאלה. אבל אם לא נתברר או אם נתברר ע"פ שטר הכתוב בערכאותיהם. הוי כאלו לא נתברר. ועי' מר"ן סי' ס"ח ס"א ועי' כנה"ג שם. וה' בית אברהם בקונטריס מאמר המלך קונט' א' שכתב וזל"ה אבל במלכות עכו"ם אע"ג שהמלכות מקפדת שלא יכתבו שטרות כ"א בערכאותיהם מ"מ

סתם ערכאותיהם מקבלי שוחדא לאצלויי דינא ועדיהם המה כזבים לכל דבריהם בסעיף סלע ואין מקפידים כלל דליכא עלייהו אימתה דמלכותא כנודע לבקי בהם וכמה פעמים נראה בעליל שהעדים העידו בפני הערכאות עדות שקר ע"י שוחד בחיק וגם שופט אחד חתם בצוואה אחת מזוייפת ע"י שהשחיד לשופט ואח"ך נתברר הזיוף וכ"כ מוהרש"ך ח"ג סי' קי"א דערכאות שבעכו"ם כולהו מקבלי שוחדא וכ"כ ה' מהר"א ששון ז"ל סי' ק"ה וכו' ע"כ. יעו"ש ובשאר ספרן של צדיקים דאין להאריך בזה כי למפורסמות אין צריך ראיה ומעשים בכל יום דמקבלי שוחדא נינהו:

וכתב מהרשד"ם חח"מ סי' רכ"ג וזל"ה אם טענה זו טענה להוציא המערער החזקה מיד המחזיק עאכ"ו שתועיל להחזיק הקרקע במה שהוא בידו זה כמה שנים שאין הוא צריך טענה כלל וזה ברור אחר שאין זה המערער טוען שלקחה מאדם שאנו יודעים שהיה לו זכות בחזקה הנז' וכהא דאמרינן בגמרא ההוא דאמר ליה לחבריה מאי בעית בהאי ארעא א"ל מפלניא זבינתא דאמר לי דזבנא מינך אמר לו את לאו קא מודית דהאי ארעא דידי היא ואת לא זבינתא מינאי זיל לאו בעל דברים דידי את אמר רבא דינא קאמר ליה ופירש רשב"ם וז"ל. ומסקנא דמילתא דמוקמי' ליה ביד המערער והיינו טעמא דכיון דמודה דשלו היה הקרקע מתחילה כו' עד זיל מקרקע שלי לאו בעל דברים דידי את ואני מוחזק יותר ממך שאתה לא החזקת שלש שנים ואפי' החזיק בה שלש שנים וכן הלכה. הרי שהספיק למערער להוציא למחזיק מן הקרקע לפי שהמחזיק לא היה טוען שלקחו ממי שברור לנו שהיה שלו אלא שטען שלקח הקרקע ממי שאין ידוע לנו שהיה שלו כ"ש וק"ו שלא נוציא לרבי שבתי מקרקע שידוע לנו שהחזיק בו כמה שנים בטענת מערער הטוען שלקח ממי שאין ידוע שהיה לו זכות מעולם וכו' ע"כ:

ומינה לנדון דידן. ולאפס הפנאי לא יכולתי להאריך בכל פרט כמצטרך כאשר היה עם לבבי ללקט אורות מספרן ש"ץ ולהשתעשע באמרי נעם דב"ק. ודברי הפ"ת דסי' שע"ז וסי' תי"ז לא זכרנום כי לא ראיתם עד אחרי כותבי את אשר השיגה ידי כפי קוצר השג יד. ואיידי דטרידנא לא מצינא לחזות בנועם שיח דב"ק:

מעתה אותו היהודי שתלה עצמו בחברת עכו"ם הארץ וקנה מהם חלק מה מהרחבה והוסיף אותו בבנין חצירו כמ"ש כ"ז בשאלה. איהו דאפסיד אנפשיה. כי נתן עיניו בו משום ריוח ביתא. עד אשר נטע שם אהלו בגזלנותא. אנא דאמרי שוא עמלו בוניו בו. שהצבור צריכים לו. ועליה רמי לנתוש ולנתוץ ולא יקום חילו. הכ"ד הח"פ פאס יע"א בשבט דהאי שתא

וז'ר ל'א יקר'ב אליכ'ם לפ"ק. וצוויי"מ. וימ"ן זעירא דרבנן. ע"ה ב"ה

שלמה אבן דנאן הי"ו

סימן יב

זה נוסח שטר צוואה. באחד עשר יום לח' אב הרחמן שלח אחרינו הי' אברהם בה"י יעקב ה"ן אמסלם ומצאנו אותו מוטל על ערש דוי אכן הוא מיושב בדעתו משיב על הן הן ועל לאו לאו כמשפט הבריאים וציוה לפנינו מחמת מיתה שהר' אברהם בהר' יעקב ה"ן מרעילי יהיה אפוטרופוס לפקח בנכסיו בכל מאמצי כחו ותחי' ורא"ש יקנה לו תכריכין וצורכי קבורה ובנין וכו' ורטלאיין שמן למאור לעילוי נשמתו ויתן להי' יעקב ן' שלמה מוייל ן' אחותו סך עשרה מתק' ולאחותו שעדיין בחיים סך עשרים מתקאלים ז"ש פריחא שבכפר למלאח מכפרי תאפילאלת סך עשרים מתקאלים ועוד ציוה מחמת מיתה שיעשה לו למנוחתו האפוט' הנז' ספר תורה כפי רצונו וכפי ראות עיניו. יעדיף או יחסיר ומה שיותר אחר כל אלה מנכסיו לבד כו"ח וזכות שי"ל בהחצר הנ"ק צ'אר ן' תורא שבשכונת הנוואייל יתן לבניה של מסעודא אחותו שבכפר הנ"ז והחלקים שי"ל בהחצר הנ"ז אין רשות לשום א' לא האפוט' הנ"ז ולא היורשים למכור ולא למשכין כו"ע זולת ההנאה של השכי' הנ"ז ינתן למוהר הבתולות העניות או אם יהיה עני שי"ל סעודת מילה מה שימצא מונח משכי' החלקים של החצר הנ"ז הרי זה בכי יותן לשני מצות הנ"ל ולא לשום ענין אחר לד"ע וכשמענו דבריו אלה הוכחנוהו בתוכחת מגולה ע"פ החכם המורה הי"ו ב' פעמים על עון אעבורי אחסנתא דלא ניחא קמי שמייא בהכי ולא קבל התוכ' לטעם הכמוס אצלו והאמין להאפוט' הנ"ז נא"ג ומפו"ך בלי להזדדק שו"ש ק"ו וחס"ל והדר"ה וידענו נאמנה שלא ניתק מחולי זה לחולי אחר ולראיה שכך צוה מחמת מיתה ח"פ בח' הנ"ז בש' ובריתי"ך ינצורו לפ"ק. והשו"ק. עד כאן נמצא כתוב וחתו' סופר ועד:

נדרשתי מהרב כמהור"ר מסעוד אביחצירא הי"ו מו"ץ בעיר תאפילאלת יע"א מ'ר בריה דרב החסיד המפורסם כמהור"ר יעקב אביחצירא זלה"ה. לחוות דעתי קלה כמות שהיא. בהאי תפקידתא. אי היא קיימה אליבא דהלכתא. ואם כי שמעתתא בעיא צילותא. והאידנא לא צילא דעתא. שהזמן גרמא. טרדין עלי אדמה. מ"מ לעשות רצון צדיק חפצתי. הנה כי כן עתה באתי. ואולם בדרך קצרה בענין הנוגע לדינא כפי קוצר השג יד:

ואחזה אנכי דהרב הנז' במכתב אשר שלח דן את הדין ומילתא אגב אורחיה קמ"ל. וזל"ה מועתק מלשון ערבי. מפאת הצוואה אין בה ממש כלל ועיקר ולגבי העניים בטילה מכל וכל לפי שלא נתן להם כי אם פירות ושכי' קרקע ודבר זה פשוט אצל החכמים דבר שלא

בא לעולם אין בו זכייה ושום הקדש ושום נדר לעניים לא צוה בו כי לשון הקדש ידוע ולשון נדר ידוע ובזאת אין כאן הקדש ואין כאן נדר כלל ועיקר. עד כאן:

ומשתמעון מלוהי דהרב הנז' הי"ו. דהאומר ינתן לעניים בהאי גוונא דידן שכתוב בצוואה השכי' ינתן למוהר הבתולות העניות וכו' לא הוי לשון נדר. ותו מדבריו הנז' משמע דאי הוה חשיב ליה להאי לישנא דינתן לשון נדר. הוא היה אומר דהצוואה קיימת. ולא כן אנכי עמדי דלדידי חזי לי דהאומר ינתן לעניים כמ"ש בצוואה זו הוי לשון נדר לדעת מר"ן ז"ל שאנו נגררין אחריו. שהרי מצינו לרבינו בעה"ט חו"מ סי' רי"ב ס"ח שהב"ד הרמב"ם דף כ"ב מהל' מכי' וז"ל וכ' עוד דין העניים והנדרים אינו כדין ההדיוט וכו' לפי שאין אדם מקדש דבשלב"ל וכו' לך נא ראה. ורבינו הב"י כ' אדברי הרמב"ם ז"ל הללו וז"ל וכוונתו היא לומר שכשם שאין ההדיוט זוכה בדשב"ל כך אין העניים זוכים בדשב"ל ולפיכך האומר פירות דקל זה לעניים והפירות לא באו לעולם לא זכו בהם עניים אבל כשאומר פירות דקל זה אתן לעניים נדר הוא שנדר וחייב לקיימו מטעם נדר לא מטעם שזכו בו העניים דהא ודאי אינם זוכים בדבר שלא בא לעולם וכו' עי"ש:

ובש"ע ס"ז כ' דין הקדש ודין העניים וכו' והואיל והדבר כן אם צוה אדם כשהוא שכ"מ ואמר כל מה שיוצא אילן זה לעניים או כל שכר בית זה לעניים זכו בהם העניים. ע"כ. ועי' שם בס"ט ובמה שהקשה מור"ם ז"ל במפה שם שכ' דדברי מר"ן סתראי נינהו. והרב הדרישה ז"ל האריך. בכוונת מר"ן הב"י וכ' דדעת מר"ן היא דבפירות בהמה והאילן ושכר הבית דהם כבר שלו וההולדות והוצאות הפירות והשכי' הוא בא מאיליו ואומר יהיה הקדש או יהיה אסורים עלי מהני מתורת נדר אף שלענין ההקנאות איש לרעהו מחשיב דשב"ל ולא חל עליהם הקנין וכן כשאומר לבניו בשעה שהוא שכ"מ שינתן לעניים דזכו העניים משא"כ האומר חוב שיש לי על פ' יהיה הקדש או בית זה לכשאקחנו יהיה הקדש כיון דדברים הללו אינם באים ממילא אלא מחוסרים גבייה וקנייה וה"ה האומר מה שתוציא שדה זו יהיה לעניים שאינו דבר הנעשה ממי' אלא אחר החרישה והזריעה וכמה מלאכות משום הכי לא חל עליו הנדר אלא א"כ אמר לכשיבוא לידי אקדשנו או אתננו להקדש שאז חל הנדר על גופו שמחוייב לקיימו ובזה אתו שפיר דברי מר"ן ז"ל ולא פלגן בהדייהו. עש"ב. וע' בהסמ"ע סקכ"ב:

והכנה"ג סי' הנז' הגה"ט אות מ"ד תמה ג"כ על מר"ן הש"ע שבס"ז פסק כהרמב"ם ז"ל ובס"ט פסק כהרא"ש ז"ל. והביא דברי הסמ"ע במ"ש לחלק. וכ' ולי נראה לחלק דבשלמא כשתלד בהמתי שהבהמה שלו אבל תולדות אע"פ שהם עדיין לא באו לעולם כח ההקדש

לעשות זה כאילו הקנה הבהמה לולדותיה דודאי מהני דומיא דדקל לפירותיו אבל בשדה זו לכשאקחנו יהיה הקדש לא שייך לומר הכי ולא קנה. ע"כ:

והמט"ש ז"ל סי' הנז' הגה"ט אות ל"ו הב"ד הכנה"ג ז"ל הנז' ותמה עליו וז"ל ולענ"ד לא ידעתי מה בא לחדש הרב על דברי הסמ"ע דהוא הוא מ"ש הסמ"ע דהנך הם דברים הבאים ממילא אבל מיהא הם באים על עיקר שבידו משא"ך גבי בית דהוא דבר שאינו בידו. ע"כ:

ואהמ"ר נוראות נפלאתי. הלא לחילוק הסמ"ע ז"ל האומר מה שתוציא שדה זו יהיה לעניים לא מהני אע"ג שהשדה היא שלו. כיון דהוצאת השדה אינו דבר הנעשה ממילא אלא אחר החרישה והזריעה וכמה מלאכות וכמפורש בהדרישה וכמש"ל. ואולם לחילוקו של רבינו הכנה"ג אף בזה מהני. דכיון דהשדה היא שלו. אלים כח ההקדש לעשות כאלו הקנה השדה לפירותיה. דלדידיה דמי האומר מה שתוציא שדה זו שהשדה שלו. לאומר מה שתלד בהמתי שהבהמה היא שלו. משא"ך להסמ"ע ז"ל דזה בא ממילא. וזה אינו בא ממילא:

והנה מ"ש מר"ן ז"ל אם צוה אדם כשהוא שכ"מ וכו' שכר בית זה לעניים זכו בהם העניים. אירי באומר ינתן לעניים וכן הוא בלשון הטור להדייא. וכן פירש הב"י גופיה שכ' וז"ל אבל אי איכא למידק על דברי הרמב"ם ז"ל אינו אלא במה שאמר שאם צוה שכ"מ ואמר כל מה שיוציא אילן זה לעניים זכו בהם העניים ואף אם נאמר שכוונתו לומר שאמר כל מה שיוציא אילן זה ינתן לעניים וכלשון רבינו מ"מ מי מחוייב לתתו לעניים השכ"מ ליתיה בעולם והיורשים לא נדרו ולא חל עליהם נדר מורישם וזוהי השגת הראב"ד שכתב רבינו ונראה לי שהרמב"ם סובר דכיון שאומר מורישם כל מה שיוציא אילן זה לעניים והם שמעו ושתקו סבור וקביל והו"ל כאלו נדרו הם בעצמם וחייבים לקיים נדרם. ע"כ. והרב הדרישה בפירושו על דברי הב"י כ' וזל"ה דדוקה כשלא הזכיר לשון יתן ולא לשון יהיה אלא סתם פירות דקל זה לעניים לא חל עליו הנדר הא אם אמר יהיה לעניים הו"ל כאלו אמר אתן לעניים והא דסיים וכ' אבל אם אמר אתן לעניים ולא כ' לשון יהיה משום דס"ל דשוים הם ומטעמא דכתיבנה ומשו"ה מסיק הב"י וכ' דאיכא למידק על הרמב"ם במ"ש שאם צוה שכ"מ ואמר כל מה שיוציא אילן זה לעניים זכו העניים וה"ל דמשמע מזה דס"ל אף שלא אמר לא לשון אתן ולא לשון יהיה וכו' ע"ש. ונמצא לפ"ז דהכי סגנון דברי מר"ן במ"ש איכא למידק בדברי הרמב"ם. דמעיקרא קא דייק דכיון דלא קאמר לא לשון יהיה וכו' אלא לעניים סתם היאך קאמר זכו העניים.

וניחא ליה במאי דפירש כפי' הטו"ר דאיירי באומר ינתן לעניים אלא דשוב קשיא ליה מי מחוייב לתתו וכו':

באופן דכל שהוא בא ממילא כגון פירות בהמה ואילן ושכר בית אף לשון יהיה הקדש או ינתן מהני:

והרב מהר"מ רבקש ז"ל חו"מ סי' רי"ב אות ת' כ' וז"ל ולענ"ד נראה שדין זה הוא נמשך למש"ל ויש מי שאומר כי כל זה מ"ש ע"ס הסימן הם דברי הרא"ש בתשו' שם וחלוקת הסעיף שרשמו ט' אינו מחלוקת המחבר והא דלא הביא דעת הרא"ש לעיל כי נראה לו דעת הרמב"ם עיקר אך כשהביא דין קנה קרקע וכו' שהיא משאלות ששאלו להרא"ש והביא דעת היש מי שאומר דאע"ג וכו' והם דברי הרא"ש סיים ג"כ כל דברי הרא"ש שם בתשו' אע"ג דלא ס"ל הכי כיון שהוא נכלל בתוך מ"ש ויש מי שאומר לא מנעו מלכותבו:

ואהמ"ר לא ידעתי מה יענה הרב במ"ש מר"ן ביו"ד סי' רנ"ח ס"ח וז"ל אם יש לו חוב על אחר ואומר יהיה להקדש או לצדקה אינו כלום אבל אם אמר חוב שי"ל על פ' כשיבוא לידי אקדשנו או אתננו לצדקה חייב להשלים דבריו וכו' ע"כ. והן הן דברי הרא"ש שהביא רבינו הטור בחו"מ סי' רי"ב. והתם לא שייך לתרץ כדברי הרב. ואולם לדברי הסמ"ע אתי שפיר. דשאני ההיא דלא בא ממילא ומחוסר גבייה וכמבואר בפרישה:

וחזיתיה להרב עין משפט חיו"ד סי' ז' שפירש בדברי מר"ן דלא כהסמ"ע וזל"ה ולפ"ז צ"ל דהכי פירש הב"י והכ"מ דברי הרמב"ם דיהיה הקדש פירושו דעכשיו מקדישו לכשיבוא בעולם שיהיה הקדש ואסר חפצה אנפשיה מעכשיו ובזה אין שייך חייב לקיים דברו דלא הטיל עליו שום חיוב בדברו לקיימו אלא הטיל שם הקדש על החפץ וכיון שאינו מוקדש ממילא לא אמר כלום ואין שייך חייב לקיים דברו אלא במאי דשייך דבדיבורו רמי עליו לקיימו וכדכתיבנה דהיינו במא דאמר אתנהו לצדקה וא"כ הכי כוונת הרמב"ם לדעת הכ"מ והב"י אע"פ שאינו מתקדש וכיון שכן כשאמר יהיה לא אמר כלום ה"ז חייב לקיים דברו כלומר במאי דרמי עליו חיובא לקיים דברו דהיינו במאי דאמר אתנהו לצדקה דנתחייב הוא גופיה בדיבורו ובמה שסיים הש"ע דאם אמר כל מה שיוציא אילן זה לעניים דזכו בהם העניים כבר פירש הא גופיה בכ"מ דכוונתו לומר יתן לעניים כלומר האי לעניים דהכא אין פירושו דעכשיו מקדישו לעניים אלא צוה לבניו מה שיוציא אילן זה יתן לעניים ומלשון צוה נדייק הכי דאי כוונתו דעכשיו מקדישו לעניים אין שייך לשון צוה דצוה משמעותו דצוה להם לעשות וכשמוקדש מעכשיו אין על היורשים לצוותו להם דכבר הדבר עשוי ועומד אלא הודעה בלבד הוא דצריך להודועי שכבר הקדישו לעניים והו"ל למימר אם אמר וכו' ע"כ:

אתה הראת דהגם דהרב פליג אהנך רבוותא מור"ם והסמ"ע והכנה"ג דס"ל דדעת מר"ן דיהיה לעניים הוי לשון נדר. ואיהו ס"ל דיהיה הוי פירושו דמקדישו עכשיו ולא הוי נדר. מ"מ מודה בלשון ינתן לעניים דהוי נדר ופירש דבזה איירי מר"ן כמ"ש אם צוה השכיב מרע וכו' זכו בהם העניים:

קושטא הוא. דאהמ"ר דוחק הוא בעיני. דאיך נוכל לומר דהאומר ינתן לעניים הוי לשון נדר והאומר יהיה לעניים לא הוי נדר. דאם בלשון ינתן לעניים דהוי משמעותו ע"י אחרים קאמר הרב דהוי נדר. כ"ש לשון יהיה לעניים דהוי נדר. והגם דאינו מתקדש משום דהוי דשב"ל מ"מ חייב משום נדר. דלעולם לא גרע לשון יהיה לעניים מלשון ינתן לעניים. והילך מ"ש הכנה"ג חו"מ סי' רי"ב הגה"ט אות ל"ג וז"ל ומדברי מהריב"ל בח"א סי' נ"ט מוכח דחלוקת יהיה קדש עדיף מתנתן או לפחות יש ספק בדבר שהרי הוא ז"ל הכריח דהרמב"ם סובר דינתן חייב לקיים משום נדר מפני שכך הביא הנוסחה רבינו בעה"ט ז"ל והוצרך להכריח שהיא הנוסחה האמתית ואם חלוקת יהיה קדש לא עדיף מתנתן או לפחות יש ספק בדבר אפי' לנוסחת הה"מ מוכרח לומר דהרמב"ם סובר דתנתן חייב לקיים דברו משום נדר דכיון דס"ל דיהיה קדש דהוי דומה בדומה לתנתן חייב לקיים דבריו. ע"כ:

עוד כ' שם וז"ל ומפני שראיתי אני רבים לוחמים על הרמב"ם ועל רבינו בעה"ט ועל רבינו ב"י אציגה נא הנלע"ד בדבריהם ז"ל המובן מפשט דברי הרמב"ם ז"ל שאע"פ שהאומר מה שתלד בהמתי קדש מה שתעלה מצודתי קדש מה שתוציא שדה מן הפירות קדש לא אמר כלום דאין אדם מקדיש דשב"ל ומשום נדר ליכא כיון שלא נדר לעשות כן אבל האומר יהיה קדש או יהיה אסור עלי או אתננו לצדקה אע"פ שאינו מתקדש לפי שאינו בעולם ה"ז חייב לקיים דברו משום דכתיב ככל היוצא מפיו יעשה וכל כך הוא האומר יהיה קדש או יהיה אסור או אתננו לצדקה כמו הרי עלי להקדישו הרי עלי ליתן לעניים וע"פ זה סיים רמב"ם ז"ל את דבריו וכ' הואיל והדבר כן אם צוה אדם כשהוא שכ"מ ואומר כל מה שיוציא אילן זה ינתן לעניים זכו העניים כלומר כיון דבבריא אתן חייב משום נדר בשכ"מ שאמר ינתן חייב דכל כך הוא ינתן בשכ"מ כמו אתן דבבריא דבבריא צ"ל אתן ואם לא אמר אתן אלא תנתן דמשמע ע"י אחרים לא אמר כלום כי הוא אינו מחייב את עצמו ולאחרים אין להם בנכסיו כלום אבל בשכ"מ ינתן הוי כמו אתן כי הוא מצוה את בניו אחריו שיתנוהו לעניים וכו' עש"ב:

באופן דממה שכתנו נתבאר דמ"ש מר"ן בס"ז אם צוה אדם וכו' או שכר בית זה לעניים היינו באומר ינתן לעניים. וכדפירשה רבינו בעה"ט והב"י ושאר רבוותא הנ"ז:

והנה מ"ש מר"ן זכו בהם העניים. הא ודאי דאין כאן זכייה גמורה. אלא שחייב לקיים. דברו שכ"ב רבינו הב"י להדייא וז"ל אבל כשאמר פירות דקל זה אתן לעניים נדר הוא שנדר וחייב לקיימו מטעם נדר לא מטעם שזכו בו העניים. דהא ודאי אינם זוכים בדשב"ל. עכ"ד הב"ד למעלה:

וחזיתיה להרב מחנה אפרים ז"ל הלכות צדקה סי' ב' שכ' דמכאן משמע דבדבר שבא לעולם זכו עניים זכייה ממש אלמא ס"ל למר"ן דגם בהקדש עניים אמרינן אמ"ל כמס"ל ואלו בסי' קכ"ה כ' הב"י עמ"ש הטור דאם אמר הולך מנה זה לפ' עני דאינו יכול לחזור משום דאמ"ל כמס"ל דאשגרת לישן הוא דנקיט דלא אמרו הכי אלא בהקדש בד"ה אבל בהקדש עניים דין הדיוט יש לו ע"ש. ולדברי הרב. דברי הב"י פלגן בהדייהו:

ואהמ"ר לדידי חזי לי. דדברי מר"ן דסי' רי"ב סובבים אל מ"ש בסי' קכ"ה דלא מיקרי גבוה אלא ענייני ההקדש אבל הכא לגבי עניים לא שייך לומר אלא נעשה נדר. ואשמועינן הכא דלא נימא דמדברי הרמב"ם ז"ל הללו שכ' זכו בהם העניים נשמע איפכא ונימא דגם בהקדש עניים גבוה מקרי ולזה קאמר זכו העניים והט' משום דאמ"ל כמש"ל. לזה מר הוא דקאמר דאין כאן אלא חיוב מטעם נדר ולא מטעם שזכו בו העניים. והאי זכו עניים דנקט הרמב"ם לאו דוקא הוא. והראיה לזה דאמרינן דהאי זכו לאו דוקא. דהא ודאי אינם זוכים בדשב"ל. וא"כ מוכרח הוא לומר דהאי זכו ל"ד. וא"כ אין לך ללמוד מהאי לישנא דזכו דגם בעניים אמרינן אמ"ל כמס"ל. שהרי בלא"ה מוכרחין אנו לומר דאין כאן זכייה גמו'. ובזה אתו שפיר דברי מר"ן אהדדי ולאו סתראי נינהו. וכ"כ הב"י גם בסי' רמ"ג וז"ל ומ"ש ואם המקבל עני אינו יכול לחזור בו דאמ"ל כמס"ל אין דברי רבינו מכוונים דלא אמרינן אמ"ל כמס"ל אלא לגבי הקדש וכו'. ע"כ

מעתה במאי דאנן קיימין דכתוב בצוואה הנז' והחלקים שי"ל בהחצר הנז' אין רשות לשו"א וכו' זולת ההנאה של השכי' הנז' ינתן למוהר הבתולות וכו'. ולא קא יהיב כ"א שכר הבית דהוי דשב"ל אע"ג דאינו מתקדש מטעם דשב"ל מ"מ הא איכא חיובא משום נדר. משום בפיך זו צדקה. דלשון ינתן הוי לשון נדר לדעת כולהו רבוותא דלעיל ומר"ן דגרירנא בתריה בהדייהו:

ואולם צריכים אנו לדעת כאשר יהיה האופן כה"ג דידן שמת הנודר אי חייבים היורשים לקיים או לא. ומצינו למרן בתשו' באבק"ר סי' פ"ג ע"ע מי שהקדיש סך מה לעניי א"י דאין בטענת היורשים ממש ומ'ר הוא דקאמר התם דאפי' אם תהיה מתנת בריא ממש אע"פ דלית בה קנין היא קיימת משום דצדקה היא ואין ליורשים שום טענה בדבר. ע"כ ע"ש. ומור"ם בתשו' סי' מ"ז הביא כל דברי תשו' מר"ן הנז' ופליג עליה כמו שיעו"ש וכ'

אין היורשים צריכין לקיים נדרו כ"ז שלא זכו העניים מכח קנין וכמו שפסק הריב"ש סי' שכ"ח ושל"ה דאם נשבע לקיים קנין שלב"ל אע"ג דהוא חייב לקיומיה מצד שבועתו מ"מ אם מת אין היורשים צריכין לקיומיה וה"ה בנד"ד מאחר דהוא אינו חייב לקיומיה אלא מכח נדר אין לכוף ליתומים לקיים נדרו ע"ש. ע"כ:

וחזיתיה להרב שע"א ח"מ סי' כ"ו דף ס"ה ע"ד שכ' שהרב בני יעקב ז"ל ד' פ"ו ע"ג תמה על תשו' מר"ן הלזו דאחר דאיהו סובר דלא אמרינן קים לי בהקדש עניים ואין לו חיובא רק מתורת נדר א"כ כשמת הנותן אמאי חייב היורש הלא הרב ב"י גופיה בסי' רי"ב תמה כזאת על הרמב"ם ולא מצא מענה לדבריו כ"א באומרו דקאי בששמעו היורשים ושתקו דהו"ל כאלו נדרו הם בעצמם והרי ה'ן נסתר מחמתו והצ"ע. ע"ש. ולדברי הרב מח"א הל' צדקה סי' ב' שהב"ד למעלה דמשמע ליה מדברי הב"י דסי' רי"ב דס"ל אף בהקדש עניים אמרינן אמ"ל כמש"ל היכא דהוי דבר שבא לעולם וזכו עניים זכייה גמו' ודוקא באומר פירות דקל זה אתן לעניים דהוי דשב"ל הוא דלא זכו בו עניים ואינו חייב אלא מטעם נדר. אתו שפיר דברי מר"ן אהדדי. דההיא דתשו' איירי בישנו בעולם ולכך זכו עניים משום דאמ"ל כמס"ל והתם בסי' רי"ב איירי בדשב"ל. ומ'ר הוא דס"ל התם דאף בהקדש עניים אמרינן אמ"ל כמס"ל. ואולם למ"ש אנן בעניותין בפי' דברי הב"י דלא ליהוו דבריו פלגן בהדייהו דלעולם ס"ל דבהקדש עניים לא אמרינן אמ"ל כמס"ל וכן ראיתי להרב שע"א שם שכ' שכן היא דעת מר"ן ושכ"כ ה' בני יעקב דף פ"ג ע"ג בדעת מר"ן ושכ"כ ה' משאת משה ח"ב ח"מ סי' פ"ד דאנן בתר מר"ן וסיעתו גררינן דלא אמרינן אמ"ל כמס"ל בהקדש עניים ע"ש. הדרא קושיית ה' בני יעקב לדוכתה. ומני"ר השע"א ז"ל יצא לחלק דשאני ההיא דמר"ן בב"י דסי' רי"ב דאיירי בדשב"ל ואין כאן שעבוד נכסי כלל כדי שיתחייבו יורשיו משא"כ ההיא דתשובה דאיירי שיתנו מנכסיו לעניי א"י כו"ך ובו בפרק הא אית ליה נכסי אישתעבדו נכסי לאותו נדר מההיא שעתא וכי נמי מת יורשיו חייבים לשלם נדרו את שחל להיות בחשבונו בחייו כיון דהא איתא בעינא וברשותו הוא באותו פרק וחל הנדר על הנכסים בעצמם וכן ראה בתשו' משאת משה ח"א יו"ד סי' י"ט דמ'ר ניהו חילק ידע כן לתשו' מהר"מ אלשיך דקשיין אהדדי כמו שיעו"ש. ושוב ראה למהר"מ גאלנטי ז"ל בתשו' ד"ן ח"מ סי' ז"ך ד' רכ"ו ע"ב דאתא ואייתי בידיה מה שהשיג מור"ם בתשו' סי' מ"ח על מר"ן דלא יש מי שחייב ליורשים אלא הרמב"ם אבל הרי"ף והתוס' והרא"ש והראב"ד חולקים ע"ז מ'ר הוא דקאמר דכולהו רבוותא מודו באותו נדון דמר"ן שהיה הדבר הנקדש בעין דחייבים היורשים ליתנם משום דחיוב גמור חייב הנודר ומשתעבדי הנכסים לפירעון הקדש עניים כיון שהיו בעין אע"פ ששרשו דין נדר היינו

לשמא בעלמא שאינו כהקדש גמור דאסיר לאשתמושי אבל לענין פירעון וחיוב היורשים חייבים לפרוע פרעות ולא פליגי אהרמב"ם אלא כשההקדש הוא דבר שלא בא לעולם וכשבא לעולם כבר היה מת וכו' וא"כ דברי מר"ן צדקה וכו' כמשיע"ש. וסיים הרי הדבר מפורש כמ"ש בעניותי וממילא לא יש שום סתירה וניגוד על מר"ן מניה וביה. ע"כ:

ואולם תמה אנכי על רבינו מור"ם ז"ל בתשו' הנז'. דמעיקרא הקשה על מר"ן דאף אם הרמב"ם חולק יחיד הוא בדבר נגד כל הנך רבוותא. ושוב כ' אלא דהה"ם הכריח ספכ"ב דהל' מכי' דאף דעת הרמב"ם כן הוא דלא זכו העניים בזה שכ' ומ"ש דאם צוה וכו' היינו טעמא דמלד"ה ולא מטעם דזכו בו העניים ובנד"ד ליכא למימר דזכו מטעם מלד"ה דלא אמרינן כן אלא בהושלש מתחילה לכך ואע"ג דהר"ן בפק' דגיטין כ' דהרמב"ן חולק וס"ל דבכל ענין מלד"ה ולדברי הה"מ גם הרמב"ם חולק בזה מ"מ נראה דלפ' אלא כמו שפירש הריטב"א דברי הרמ"א הביאו הב"י סוס"י רנ"ב וז"ל אפי' לא הושלש מתחילה לכך ואפי' לא הוציא ממון מתחת ידו כל שצוה ליורשים או למי שספק בידו לעשות וקבל עליו או שתק יש בו משום מלד"ה אבל אם צוה על היורשים שלא בפניהם אין בו משום מלד"ה ע"כ וא"כ בנד"ד דלא צריכין לקיים משום מלד"א שלא היה יורש אצל הצוואה וכו' ע"ש. ולא ידעתי אמאי לא קמתמה עליה דה"ן נסת"ר מחמתו ממ"ש בב"י סי' רי"ב שכ' להדייא שכוונת הרמב"ם ז"ל שחייב לקיימו מטעם נדר לא מטעם שזכו בו העניים והקשה מי מחוייב לתתו שהיורשים לא נדרו ולא חל עליהם נדר מורישם וניחא ליה למר"ן דכששמעו ושתקו סבור וקביל. וכ' הכנה"ג בסי' זה הגב"י אות כט' וז"ל לפי תירוץ זה אם היורשים לא היו באותו מעמד לא קנה ההקדש וכו' ע"ש. וכ"כ ה' מהרמ"ג בתשו' הנז' דדעת מר"ן בב"י היא היינו דוקא אם היו שם היורשים כשצוה ושמעו ושתקו ע"ש. ולקמן בע"ה יתבאר ענין זה. וא"כ בנדון תשו' מר"ן שלא היה היורש אצל הצוואה וכמ"ש מור"ם ז"ל בהשגתו א"כ אין על היורשים כלום. דהא מור"ם לא שמיע ליה לחלק כחילוקו של מהרמ"ג מדקמקשה עליה דהרמב"ם יחיד הוא בדבר. וא"כ עדיפא מינה הו"ל להקשות מדידיה אדידיה ומתוך דבריו מוכח שספר הב"י היה לפניו. מדכתב שם שהב"י בסימן רנ"ב הב"ד הריטב"א:

והכנה"ג הגה"ט אות לג' הביא ההוא תירוצא דמר"ן בב"י דאוקי דברי הרמב"ם כששמעו ושתקו דסבור וקביל וגם כתי' הה"מ דאמר דטעמיה דהרמב"ם משום מלד"ה. ותמה דלדברי מר"ן הי"ל להרמב"ם ז"ל לסיים דאם היורשי' אינם נותנים. עוברים משום כל היוצא מפיו. אבל לפ"ד הה"מ שאינם מחוייבי' ליתן אלא משום מלד"ה. לכן לא כ' הרמב"ם ז"ל שצריך לקיים דבורם אלא כ' זכו בהם העניים כלומר מטעם מלד"ה. ע"כ:

ולכאורה יש לתמוה. דהרמב"ם בתחילת הלכה זו כ' והואיל והדבר כן וכו' וקאי אמ"ש בסוף הלכה שלפניה שכ' אע"פ שאינו וכו' ה"ז חייב לקיים דברו שנאמר ככל היוצא מפיו יעשה. וע"ז קאמר והואל והדבר כן וכו'. ומסגנון לשון זה משמע דטעמא דמילתא הוא הואיל והדבר כן שחייב לקיים דברו. ולתירוץ הה"מ לא אתי שפיר לשון זה. וראיתי להרב קצה"ח סי' רי"ב סק"ג שכ' אדברי הה"מ וז"ל והיינו דאע"ג דהיכא דלא הושלש מתחילה לכך לא אמרינן מלד"ה אבל הכא שהיה מחוייב בדבר אם היה קיים עדיפא ולא גרע מהושלש מתחילה לכך. ע"כ. וכן מצאתי להרב מהרימ"ט ח"א סי' ט"ל שכ' ע"ד הרמב"ם הנז' וז"ל אי נמי יש לפרש דבריו ז"ל מטעם דמלד"ה כדאמרינן בס"פ מציאת האשה דכופין את היורשים עליה ואע"ג דלר"ת ז"ל לא אמרינן הכי אלא כשהשלישו מחיים ביד אחר כההיא דהמשליש מעות לבתו דס"פ מציאת האשה וההיא דהולך מנה לפ' דספק' דגיטין הכא עדיף טפי שהקנהו מחיים בלשון נדר וצוה היורשים עליה מצוה עליהם לקיים דבריו זהו מה שנלע"ד בדעתו של הרב ז"ל ולא שאמר שכשאדם מקנה דשב"ל יהיה חייב לקיים מטעם נדר ואם מת חייבים יורשים ליתן. ע"כ. ולא ידעתי למה לא כ' הרב שכ"כ הה"מ ז"ל:

והשתא אתי שפיר האי לישנא דבהואיל וכו'. שהרי לא אמרינן בכה"ג דלא הושלש מתחילה לשם כך מלד"ה אלא משום שהואיל והדבר כן שחייב לקיים וכו'. ולא כמ"ש מור"ם בתשו' הנז' דלדברי המ"מ גם הרמב"ן חולק בזה וס"ל כמו שפי' הריטב"א דברי הרמ"א דבעי צוה ליורשים. דלדידיה קשה מאי והואיל והא בלא"ה אפי' בלא נדר כן הדין נותן דמלד"ה. ובודאי דגם הכנה"ג הכי שמיע ליה. והט' דניחא ליה לשון הרמב"ם לתירוץ הה"מ ובסי' רנ"ב הגב"י אות כ"ז הביא דברי מהרימ"ט הנז' ובזה ניחא לן מאי דחזינן ליה להכנה"ג בהגהות בית יוסף אות כ"ט דקמתמה על תירוץ מר"ן ז"ל וז"ל לפי תירוץ זה אם לא היו היורשים באותו מעמד לא קנה ההקדש וזה תימה דדברי הרמב"ם ז"ל בסתם נאמרו. ולמ"ש מור"ם ז"ל גם על תי' הה"מ יש תימה זו. שהרי ס"ל דלא אמרינן מלד"ה אפי' לדעת הה"מ אלא כשהיה היורש אצל הצוואה. אלא ודאי דלא שמיע ליה ההיא דמור"ם. וניחא ליה בדברי מהרימ"ט רבו. ועי' בכנה"ג סי' רנ"ב הגב"י אות ל"ב שהביא פלוגתא באם צוה בדשב"ל אי אמרינן מלד"ה ולא זכר שר את דברי הה"מ ומוהרימ"ט רבו דאיירי בדשב"ל וקא יהבי טעמא משום מלד"ה וס"ל שכן דעת הרמב"ם. והיינו טעמא דשאני הכא דאיכא לשון נדר ופלוגתא דרבוותא הנז' בדליכא לשון נדר:

נחזור למאי דאנן קיימין ביה. שצוה ששכי' הבית ינתן לעניים. דהן הן דברי הרמב"ם ומר"ן הנז' ולדברי הה"מ הט' משום מלד"ה. ואע"ג דלדברי מור"ם בתשו' הה"מ ס"ל דלא

בעי הושלש ואנן קי"ל דבעי הושלש וכמ"ש מר"ן להדייא ס"ב שכ' מלד"ה אפי' בריא שצוה ומת והוא שנותנו עכשיו לשליש לשם כך. ע"כ. ולפ"ז ההוא תירוצא דהה"מ לדידן לאו אליבא דהלכתא הוא. מ"מ הרי כתבנו דמהרימ"ט והכנה"ג והקצה"ח כולהו רבוותא ס"ל דלעולם בעינן הושלש אלא דהכא גבי נדר לא בעינן הושלש. ואע"ג שכ' הב"י בסוס"י רנ"ב משם הריטב"א אבל אם צוה על היורשים שלא בפניהם אין בו משום מלד"ה ע"ש. ובנד"ד לא היו היורשים אצל הצוואה. ומור"ם בתשו' כ' דנ"ל דלפ' הה"מ בזה. ומהט' כ' בנדון דידיה דלא צריכין לקיים דברי המת שלא היה יורש אצל הצוואה. מ"מ כ"ז הוא לדידיה דס"ל דלשון נדר לא הוסיף תת כח כלל ולזה מר הוא דקאמר דהה"מ ז"ל חולק על ר"ת ז"ל וס"ל דלא בעי הושלש אלא דמסתברא ליה דלא פליג אההיא דהריטב"א דמצריך שיהיה היורש אצל הצוואה. ואולם לדעת הנך רבוותא מהרימ"ט והכנה"ג והקצה"ח דס"ל דה"ה לא פליג אר"ת אלא דלשון נדר שחייב לקיימו לא גרע מהושלש. א"כ אינו צריך שיהיה היורש אצל הצוואה. וע"כ לא קאמר הריטב"א הכי אלא לרבוותא החולקים אר"ת דס"ל לא בעי הושלש לכך צריך שיהיה היורש אצל הצוואה. ואולם לר"ת וסיעתיה דבעי הושלש. לא צריך. כאשר יראה הרואה במשמעות דבריו שהביא הב"י. וכיון דנדר הוי כהושלש אינו צריך שיהיה היורש בעת הצוואה:

ומור"ם ז"ל סי' רנ"ב כ' וז"ל מי שנשבע או נדר ליתן לפ' כו"כ ומת ולא נתן יורשיו פיטורים ואין בזה משום מלד"ה. ב"י בשם הריטב"א. ע"כ. וכ' הסמ"ע יורשיו פטורים. שם סיים בטעמו וכ' כיון שלא נתן גם לא צוה להיורשים ליתן. ע"כ. דוק מיניה. דאם צוה להיורשים הרי הם חייבים לקיים דברי המת. וזה תימא. איך כ' כן אדברי מור"ם. דהגם דהריטבא כ"כ כמ"ש בב"י. מ"מ הריטב"א לטעמיה דפליג אר"ת וס"ל דלא בעי הושלש אלא העיקר הוא כשצוה היורשים. ומור"ם אזיל בזה כדעת מר"ן דפסיק ותני כר"ת דבעי הושלש. וא"כ מאי אהני אם צוה היורשים כשלא הושלש. גם על הש"ך שם יש לתמוה. שבסק"ז הביא דברי הסמ"ע וכ' עליו משמע דאף דלא הושלש לשם כך כיון דצוה ליורשיו ליתן אמרינן ביה מלד"ה וכ"כ ריטב"א ובב"י הביאו. ע"כ. ולא ידעתי איך לא ערער על הסמ"ע שהביא סיום דברי הריטב"א אדברי מור"ם דהלא הריטב"א לטעמיה אזיל דלא בעי הושלש. אבל מור"ם ס"ל כמר"ן דפסק כדיעה א' שהביא הריטב"א שכתב להדייא אבל כל שלא הוציא מעות מתחת ידו אע"פ שצוה את היורשים לעשות אין בו משום מלד"ה ע"ש. וא"כ לדיעה זו צריך לסיים בטעמא דמילתא כיון שלא הושלש:

והנלע"ד דהסמ"ע והש"ך ז"ל אין כוונתם לומר טעם זה לדעת מור"ם. דהא ודאי מור"ם לא ס"ל כן. ולכך השמיט סיום דברי הריטב"א. אלא משום דדעת זו דהריטב"א לא נזכרה

בש"ע כלל לא בדברי מר"ן ולא בדברי מור"ם במפה. לכן בדברי הריטב"א הללו שהביא מור"ם כ' הסמ"ע שם סיים בטעמו ולא קאמר בטעמא. ור"ל דהאי טעמא לדידיה לא לדעת מור"ם. וכוונתו לזכור דעת הריטב"א שחולק עליהם. ולפי שהסמ"ע לא ביאר דעת הריטב"א להדייא. לכן כ' הש"ך אדברי הסמ"ע משמע דאף וכו'. וע"ז סיים וכ"כ הריטב"א ובב"י הביאו. והיינו תשו' הריטב"א הא' שהביא הב"י שם שכ' הריטב"א פלוגתא דרבוותא ואיהו ס"ל דכשצוה להיורשים מהני:

איך שיהיה דעת הריטב"א היא. דאי אין כאן אלא לשון נדר או שבועה אין חייבים היורשים ואין בו מלד"ה ומדהביאו מרן בב"י ולא ערער אלמא ס"ל כוותיה. וכמ"ש במ"א משם הכנה"ג בתשו' בכמה מקומות. וגם מור"ם הביאו במפה להלכה. וכ"כ בסי' רט' גבי נשבע בדשב"ל וז"ל ולכן אם לא נוכל לכוף אותו לקיים שבועתו כגון שמת אין הקנין כלום. והוא מתשו' ריב"ש סי' של"ה אשר מתשו' זו השיג מור"ם בתשו' סי' מח' על תשובת מר"ן שהביא בסי' מז' כמביא למעלה:

ואחזה אנכי דדברי מר"ן סתראי נינהו. דכאן בסי' רנ"ב הביא בב"י דברי הריטב"א להלכה דלשון נדר אינו מועיל לחייב היורשים. ובתשו' הנ"ז פסק דזכו העניים. ואיך שייך כאן לתרץ ולחלק כחילוק השע"א ומהרמ"ג הנ"ז. שהרי הריטב"א איירי בסתם בין בדשב"ל בין בישנו בעולם. ויש לתמוה ג"כ אמור"ם ז"ל שלא השיגו גם מדברי הריטב"א הללו שהביאם בב"י:

וחזיתיה להרב כמהור"ר חסדאי הכהן ז"ל בתשו' הובאה בספר פרמ"א ח"א ד' כ"ה שכ' וזל"ה ובהרב הגדול מוהר"א ן' חיים ראיתי שכ' בסי' קג' דאפשר דגבי נודר ונשבע להקדיש או ליתן לעניים שהוא דבר מצוה חייבים היורשים לשלם אבל אם נשבע בדבר הרשות אין היורשים מחוייבים וכו' ובזה נראה להסכים דעת הרמב"ם ז"ל עם מ"ש הריטב"א והריב"ש דאין היורשים מחוייבים לסלק מה שנתחייב אביהם בשבועה בדבר הרשות ושאני הכא לדבר מצוה ע"כ:

מעתה אתו שפיר דברי מר"ן כחדא נפקין וכחדא שריין. ולאו סתראי נינהו. דבתשובה איירי בנודר צדקה לעניים. ולכך קאמר זכו העניים. ואלו בב"י סי' רנ"ב שהביא דברי הריטב"א שכ' שבשבועה אין חייבים היורשים היינו בנשבע לדבר הרשות. וממילא רווחא להשגת מור"ם בתשו' על מר"ן מההיא דהריב"ש דדבר מצוה שאני. וכמ"ש מהראנ"ח ז"ל:

ואולם כ"ז לא יגהה מזור למאי דאנן קיימין. בתר דאשכחן למר"ן בב"י סי' רי"ב דהוצרך לתרץ דבמה ששמעו ושתקו סבור וקביל. קושטא קאי. דרבים לוחמים על מר"ן בתירוץ

זה. והרב מהרמ"ג בתשו' שהובאה בד"ן סי' כ"ז כ' ואע"פ שמימיו אנו שותים וכל בית ישראל חבירים בזה דברי הרמב"ם ז"ל אינם סובלים פירושו שהיא אוקמתא בדברי הרמב"ם ז"ל דאיירי בשעמדו שם היורשים ושתקו מה שאין נשמע כן מדברי הרמב"ם ז"ל והרב מהרימ"ט בחלק א' וב' דחה פירוש זה בכבוד ובמורא גדול ע"ש:

גם רבינו הכנה"ג בסי' רי"ב הגה"ט אות ל"ג כ' איברא שדבריו תמוהים וכו' ע"ש. ובהגב"י אות כ"ט כ' דזה תימה דדברי הרמב"ם ז"ל בסתם נאמרו ומצאתי בתשו' כ"י למהרמ"י ז"ל כ' והיותר נראה להרמב"ם ז"ל דבנודר עליו לצדקה חל הנדר וב"ד יורדין לנכסיו כשיבוא לעולם בע"כ וכיון שכן כשמת המקדיש נכסים היו משועבדים לזה ההקדש ונפרעים מהיורשים ע"כ. ופירוש מהרמ"י ז"ל הנז' הוא כפי' מהרמ"ג הנז' ז"ל. כל מאי דמחלק מהרמ"ג ז"ל הוא לדעת הפוס' דכ' מורם בתשו' דפליגי על הרמב"ם ז"ל דלדידהו ס"ל לחלק בין דבר שבא לעולם לדשב"ל. ואלו להרמב"ם לא ס"ל לחלק כן אלא אפי' בדשב"ל זכו עניים ונשתעבדו הנכסים כמו שיעו"ש. והסמ"ע סי' הנז' אחר שהביא תירוץ הב"י כ' ובפרישה כתבתי דנ"ל דטעם הרמב"ם הוא דכל שאומר כן הו"ל כאלו הקנה הבית לעניים עד שקבלו השכי' וכן האילן לפירות ואין בניו יורשים אותו הדבר עד שיקיימו תחילה לנדר ע"כ. והב"ח אחר שהביא תירוץ הב"י כ' ואין ספק שזה דוחק ויותר נראה דכיון דדברי שכ"מ ככתובים וכמסורים דמו כדי שלא תטרף דעתו כ"ש במה שנדר לעניים חיישינן לטירוף דעתו ואע"ג דנדר במה שלא בא לעולם אפ"ה חל השעבוד על נכסיו ע"כ:

אתה הראת חבל נביאים מתנבאים דהאי תירוצא דהרב"י דחיק ורחיק הוא ועי' להרב אורח משפט ח"מ סי' כ"ה בכללי הקי"ל אות יט':

מ"מ אנן מה נענה. הלא אבותינו ורבותינו זיע"א קיימו וקבלו עליהם ועל זרעם כל דברי מר"ן הקדוש ז"ל בין בב"י ובין בש"ע כמפורש בפסקי הא' זיע"א. וכיון שמר"ן הקדוש ס"ל כן אנו אין בידינו להחליט להפך. והגם דרבים לוחמים עליו מ"מ הדבר יצא מפי המלך אין להשיב. וכבר אמרו כ' כל אשר יעשה כפסק מר"ן עביד כמאתן רבנן וכמ"ש הברכ"י ז"ל ח"מ סי' כ"ה. ובפרט שכן היא דעת מור"ם ז"ל בסי' רי"ב שכ' וז"ל ודווקא אם הנודר קיים אבל אם כבר מת אינו כלום שהרי אינו כאן שיקיים נדרו. ע"כ:

אלא דאכתי בעי חיקור דין בהבנת דברי מר"ן הב"י שכ' שהרמב"ם סובר דכיון שאומר מורישם כל מה שיוצא אילן זה לעניים והם שמעו ושתקו סבור וקביל וכו' דממשמעות לשון זה נוכל לפרש ולומר דלא שאני ליה למר"ן בין היו היורשים באותו מעמד ושמעו מפיו ובין לא היו באותו מעמד אלא שאח"ך שמעו שכן צוה מורישם ובאותה שעה שתקו

ושוב צווחו. שבכל גוונא אמרינן כיון ששמעו ושתקו סבור וקביל. אכן הסמ"ע סקי"ט כ' וז"ל הב"י דהיינו כשבניו היו באותו מעמד. כשצוה וכו' ע"כ והכנה"ג הגב"י אות כט' כ' וז"ל לפי תירוץ זה אם היורשים לא היו באותו מעמד לא קנה ההקדש וכו' גם מהרמ"ג ז"ל בתשו' הנז' כשהביא לשון מר"ן כ' דהי' דוקא אם היו שם היורשים כשצוה ושמעו ושתקו ע"כ. ומדבריהם דרבנן ז"ל נראה דלא מהני שמעו ושתקו כ"א דווקא אם היו באותו מעמד. דאם באנו לו' דכולהו רבוותא הנז' לא לכך נחתי אלא סתמא ואורחא דמילתא נקטי ולעולם דלדעת הב"י כל היכא ששמעו ושתקו מהני. זה נראה לי דוחק. ואם כן צריכין אנו לדעת טעמא דמילתא. דהלא מלשון מר"ן אין הכרח:

והנלע"ד הוא. משום דיש להקשות אדברי מר"ן ז"ל דמה יועיל כששמעו ושתקו דאמרינן הרי סבור וקביל. והרי אין כאן כי אם מחשבה בלב. ואנן בעינן שיוציא בשפתיו. דאע"ג דכתיב כל נדיב לב. הא אמרינן דחולין מקדשים לא ילפינן וכמ"ש רבינו בעה"ט ח"מ סי' רי"ב סי"ב משם תשו' הרא"ש ז"ל. והב"ד מר"ן בש"ע שם ס"ח בסברא שנית בשם ויש מי שאומר. לכן ס"ל לרבנן דצריך שיהיו היורשים באותו מעמד. דאז אמרינן דכששמעו הדבר מפי המורישׁ ושתקו הו"ל כאלו הוציאו מפיהם. אך כאשר לא היו באותו מעמד אף ששמעו ושתקו לא הוי אלא דברים שבלב ולא מהני ליהו הוצאת פ"ה דידיה וכיון שלא חלה עליהם בשעה ראשונה שלא היו שם לא תחול אח"ך. וכה"ג כ' הר"ן ז"ל בפק' דקדושין הב"ד מור"ם ז"ל בד"מ יו"ד סי' רנ"ח וז"לה המוכר דבר לצדקה ואומר בכך אתננו ואין כאן נדר משום אמירה לגבוה ואין נקנה אלא בדמים אפי' איתיקר אח"ך והוי אח"ך רווחא להקדש מ"מ כיון שאין הדבור חל בשעתו אי אפשר לו לחול אחר זמן. ומינה למאי דאנן קיימין ביה דכיון דהדבור לא חל עליהם בשעתו שלא היו שם היורשים שוב לא יחול אחר זמן כששמעו ושתקו ואין כאן כ"א דברים שבלב. וא"כ בנד"ד שלא היו היורשים באותו מעמד אף אם יתברר שאח"ך שמעו ושתקו לא מהני והגם כי כתבנו במ"א כי הרב הגדול מוהר"ר אי"ש הצרפתי זלה"ה הוא היה אומר דאע"ג דאנן קי"ל דיש ויש הלכה כבתרא מ"מ היכא דהכריע מור"ם כי"א קמא אנן הכי נקטינן. ומשתמש בכלל זה הרב הגדול כמוהר"י ן' וואליד ז"ל בספרו ויאמר יצחק בכמה מקומות לך נא ראה. וכאן הכריע כי"א קמא שכ' ויש להחמיר כס' א'. ואין לומר דאין זו הכרעה רק חומרא בעלמא. שהרי ביו"ד סי' רמ"ח סי"ג הביא מור"ם ב' הסברות וכ' והעיקר כס' א' וציין לח"מ סי' זה:

מ"מ בזה נראה דלא אזלינן בתר הכרעת מור"ם. והט' שהרי מר"ן בב"י יו"ד סי' רנ"ח הביא תשו' הרא"ש הנז' וכ' עלה בבד"ה וכן פסק הרב אלפס והתוס' והרא"ש דפ' שור

שנגח והרמב"ם בפ"ח ממתנות עניים ע"כ. וכיון דאנהרנהו לעיינין שכן היא ס' ג' עמודי הוראה אשר הב"י נשען עליהם תמיד כאשר השרישנו כידוע ואפי' תרי מגו תלתא. א"כ הא ודאי דאנן הכי נקטינן. שבודאי שכן הוא דעת מר"ן דהא איכא כולהו תלתא עמודי הוראה. וכ"ש דגם התוס' אית ליהו הכי:

מעתה אשכחנא פתרא למה דיש לתמוה על רבינו הטור שהביא תשו' הרא"ש הנז' להלכה בח"מ סי' ריי"ב. אחרי שהרא"ש בפסקיו בפק' דתענית כתב דגבי צדקה מועיל גמר ללבו וכמ"ש מהריק"ו שורש קס"א כאשר הב"ד מר"ן בב"י יו"ד סי' רנ"ח. וכ' הב"י ח"מ סי' ק"י משם הר' יהודה בן הרא"ש דכשהפסקים עם התשו' סותרים. העיקר הם הפסקים. ועי' בטור ח"מ סי' ע"ב סל"ד במ"ש והאחרונה היא. וכ"כ מהרימ"ט ח"מ סי' כ"ג וז"ל וכבר אמרו שלעולם אנו סומכין על דבריו שבהלכות יותר מדבריו שבתשו' כמ"ש הטור מפני שהיא באחרונה ע"כ. וא"כ היאך סמך רבינו הטור על דבריו שבתשו' הפך דבריו בפסקים אכן אנהרנהו לעיינין מר"ן בבד"ה שכ' שכן היא דעת הרא"ש בהלכות פ' שור שנגח. ואמטו להכי פסק הטור כהך תשובה. והט' משום שכן היא דעתו בהלכות וגם בתשו'. ותרתי טב מחדא. ועי' כנה"ג ח"מ סי' ריי"ב הגה"ט אות מ"ב. ואמנם רבינו הב"י ביו"ד סי' ר"א כ' דהא דמשמע מדברי הטור ח"מ סי' ע"ב דכדברי הרא"ש בפסקים נקטינן נגד דבריו בתשו' אפשר לומר דלאו כללא כייל לכל מקום אלא בההיא תשו' דוקא קאמר שהיה ידוע לו דדבריו בפסקים היו אחרונים לו ע"ש. ועי' כנה"ג ח"מ סי' ע"ב הגה"ט אות ס"ט דמר"ן גופיה בתשו' אה"ע סי' ב' כ' שכלל זה לעולם. ע"ש:

וחזיתיה להפרמ"א ח"א סוס"י ז' שתמה על תירוץ מר"ן התימא הנ"ל וז"ל ודבריו אלו הם תמוהים כיון דקי"ל דברים שבלב אינם דברים וכדאמר שמואל בפ"ג דשבועות גמר בלבו צריך שיוציא בשפתיו וכדכתב הרא"ש ריש כלל יג' יעו"ש וא"ך איך יתחייבו היורשים לתת פירות האילן וכדומה לעניים כאלו נדרו הם עצמם והרי אין נדרם נדר מה שלא הוציאו בשפתם ע"כ:

ואהמ"ר תמיה אני על תמיהת הרב. דמאי קמקשה מ"ש הרא"ש ז"ל אחר דכמה רבוותא פליגי עליה והביאם הב"י יו"ד סי' רנ"ח דהמרדכי כ' דהגאון בתשו' ורש"י בתשו' ס"ל דגמר בלבו ליתן צדקה כאלו הוציא בפיו ומהרי"ק שורש קס"א כ' שהרא"ש בתשו' הנ"ז תופס כר"י ושר"ת חולק וכן דעת רבינו פרץ ז"ל והרא"ש גופיה בפ"ק דתענית ושכן הסכים מהרי"ק ע"ש. ומר"ן גופיה בח"מ סי' ריי"ב הביא ב' הסברות. וכן דעת מור"ם ביו"ד סי' רנ"ח. ואי קשיא הא הו"ל להקשות ממ"ש מר"ן בבד"ה על דעת הרא"ש שבתשו' הנ"ז שכן היא דעת ג' עמודי הוראה וגם התוספות. דמר"ן גופיה אזיל בתרייהו. ויותר היה

לו להקשות בכח ממ"ש שכן היא דעת הרמב"ם בפ"ח ממתנות עניים כהרא"ש בתשו' הנ"ז וא"כ איך קאמר לדעת הרמב"ם להפך. וכמדומה כי כעת לא זכר שר את כל הנ"ל. ולעיקר קושיית הרב לדידי חזי לי דלא קשה כלל. וכמש"ל:

עוד נראה לענ"ד לומר. דהא דבעי שיהיו היורשים באותו. מעמד. הט' דמצינו להכנה"ג הגה"ט אות ט"ל דתמה על תי' הב"י וז"ל איברא שדבריו תמוהים דלמה נאמר דשתיקותם הו"ל כאלו הם נדרו. ע"כ. ומשתמען מלוהי דאין כוונתו להקשות דאף דנימא דסבור וקביל הרי ליכא הוצאת פה וכקושית הפרמ"א ז"ל. אלא דקשיא ליה אעיקרא דדינא. דמי יימר דמדשתקו סבור וקביל. דדילמא הא דשתקו משום דלא חשו לדבריו כלל. ואנן בעניותין יש לנו ראיה לדברי מר"ן ז"ל שהרי המרדכי פ' ז"ב והבי"ד לפסק הלכה מור"ם ז"ל במפה ח"מ סי' פ"א ס"ז וז"ל מי שהתנה עם בחור ללמוד עם בן חבירו בפני אבי הבן ואבי הבן שתק שתיקה כהודאה דמיא ואע"פ שלא דבר האב כלום דהו"ל לאסוקי אדעתיה ולמחות. ע"כ. ומינה להההיא דמר"ן ז"ל. דכיון דהיורשים שומעים השכיב מרע מורישם נודר הו"ל לגלות דעתם דלא ניחא ליהו ולא מקבלי עלייהו ומדלא מיחו אלמא סבור וקביל. וכיון שכן הא ודאי דלא אמרינן כן אלא כשהיו באותו מעמד. דומיא דההיא דהמרדכ"י ומור"ם ז"ל שכ' בפני אבי הבן. דמשמע הא שלא בפני אבי הבן הגם דשמע אח"ך ושתק ולא נימא בהכי הא שתיקה כהודאה הכא נמי לא אמרינן כששתקו סבור וקביל אלא כשהיו היורשים באותו מעמד בפני היורש:

ומעתה במאי דאנן קיימין דלא הוו היורשים באותו מעמד. שהיו בעיר אחרת שדרים בה. אין היורשים חייבים לקיים נדר מורישם. והגם דנימא דאפשר דלבתר כן שמעו כל מה שאמר המוריש ושתקו אלא ששוב אח"כ צווחו. אפ"ה לא אמרינן בכה"ג סבור וקביל. ומה גם דאין כאן אלא ספיקא. דמי יימר ששמעו שלא נתן כי אם השכי' דהוי דבר שלא בא לעולם דאז הדין הוא דבלא סבור וקביל לא מהני. דדילמא היו סוברים שהיתה הצוואה באו"ה שהקנה דקל לפירותיו שאינם יכולים למחות. וא"כ מידי ספיקא לא נפקא. והיורשים הם המוחזקים דלא אמרינן בצדקה לעניים ספיקא לחומרא. דדין ספק צדקה לעניים כדין ספק דהדיוט וכמ"ש מור"ם בתשו' סי' מ"ח וכ"כ מהרימ"ט ח"א סי' ט"ל דספק שבין אדם לעניים כשאר ספיקות ואזלינן בהו לקולא ובחח"מ סי' ן' כ' דלגבי צדקה לעניים כל היכא דאיכא פלוגתא דרבוותא לא מפקינן ממונא. ועי' מחנה אפרים הל' צדקה ס' ב' והכנה"ג ח"מ סי' רי"ב הגב"י אות כ"ה והמט"ש הגב"י אות כ"ג וכ"ה. ועי' בש"ע יו"ד סי' רנ"ט ס"ה ומ"ש הש"ך שם. והכנה"ג ח"מ סי' ר"ן הגב"י אות ט"ו שהאריך בזה והשיג גם על הש"ך וכ' דמ"ש שם דחייב ליתן לצדקה הוא במעות של

צדקה דליכא למימר העמד ממון על חזקתו וכדאוקמה מוה"ר ז"ל ח"מ סי' ט"ל לתשו' מהר"י אדרב"י ז"ל או בממון דאיהו לא קיים ליה בנפשיה והדבר ספק אצלו דאזלינן לחומרא אבל היכא דאיהו קים ליה בנפשיה או שהממון בחזקתו אפילו לגבי עצמו נקטינן לקולא וכו' ע"ש. ובאות י"ו כ' אפי' למאן דפוסק לחומרא היינו דוקא כשההקדש הקדש אלא שאנו מסופקים אם יכול לחזור או לא אבל היכא דהספק הוא אם חל ההקדש או לא נקטינן לקולא הרשב"א בתשו' ח"א סי' תרנ"ו הראנ"ח ח"א סי' כ"ה ע"כ. וכ"כ ה' עין משפט חיו"ד סי' ז' וזל"ה לא חייל נדרא מספיקא והם מוחזקים והמע"ה כדפסק מר"ן בש"ע סי' ר"ן דאם הקדיש כל נכסיו ועמד חוזר אף דהוי ספיקא בגמרא. נקטינן לקולא כמבואר בב"י וגם הפוס' דפסקו לחומרא הא כבר כ' הרשב"א והראנ"ח הביאם הכנה"ג דהיינו דוקא כשהוא הקדש אלא דאנו מסופקים אם עמד חוזר אם לאו אבל היכא דהספק אם חל ההקדש על דבר שאינו בעולם א"ל לא. ע"כ:

אחרי כותבי. ראיתי להרה"ג כמוהר"י ן' וואליד ז"ל בספרו ויאמר יצחק חיו"ד סי' ס"ו שנשאל במי שכתב בכתב יד שהוא מתנדב כו"כ ונלב"ע אם חייבים היורשים לפרוע חוב אביהם מפני אמ"ל כמס"ל ומני"ר כ' שם על דברי הפוס' הנז' שם שחייבו היורשים לקיים מה שנדר אביהם דעדיין יש לחקור חקירה א' דאפשר שלא הוציא בפיו הנדר. וע"ז אסף וקבץ דברים הנאמרים בספקא ואסופא דמילתא הב"ד מר"ן ח"מ סי' רי"ב שכ' ב' הסברות ומור"ם הכריע כדעה א' ואנן קי"ל כהכרעתו כשמביא מר"ן י"א וי"א ומ"מ ה"ד לגבי הנודר אם צריך לקיים נדרו ולחוש לעצמו או לא אבל לכ"ע אין כופין אותו בכך וכמ"ש בהגהת יו"ד הנז' יעו"ש וא"כ אין בידינו לחייב ליורשים כיון שלא הוציא בפיו ולא יהיה אלא ספק אם הוציא הדבר בפיו א"ל מספיקא לא מפקינן ממונא מיד היורשים המוחזקים והמע"ה דגם לגבי הקדש אמרינן נמי. עכת"ד:

המבואר מדברי הרב דאי הוה ברור ליה שיצאו הדברים מפי המוריש לא היה נשאר לו מה לחקור עוד ולית דין ולית דיין ופשוט הוא דחייבים היורשים ומסגנון דבריו משמע דהט' מפני אמ"ל כמס"ל יען כי הוא הטעם האמור בשאלה שם:

ואהמ"ר ממני"ר כל דברי התשו' ההיא נפלאו ממני. דהא דאמ"ל כמס"ל אי אמרינן בהקדש עניים פלוגתא דרבוותא היא. ועי' מ"ש מר"ן בבד"ה יו"ד סי' רנ"ח משם תשו' הרשב"א דלא אמרינן כן בהקדש עניים ועי' מהרימ"ט ח"א סי' כ"ב מ"ש בזה. והמחנה אפרים בהל' צדקה סי' ב'. והגם דמור"ם ביו"ד סי' רנ"ח סי"ב כ' גבי צדקה אמ"ל כמס"ל. מ"מ הרי דעת מר"ן בב"י להפך וכמ"ש בב"י ח"מ סי' קכ"ה וסי' רמ"ג אדברי הטור אין דברי רבינו מכוונים שלא אמרו אמ"ל כמס"ל אלא לגבי הקדש וכו' ע"ש. ואנן בעניותין

כתבנו למעלה משם הרב שע"א ז"ל ח"מ דף ס"ה ע"ד שהרב בני יעקב ד' פ"ג ע"ג והרב משאת משה ח"ב ח"מ סי' כ"ד וכ' דאנן בתר מר"ן וסיעתו גררינן דלא אמרינן אמ"ל כמס"ל בהקדש עניים. הן אמת. דמצינו למר"ן ז"ל בתשו' אבק"ר סי' פ"ג שחייב את היורש לקיים את נדרו ואע"ג דמ'ר הוא דס"ל דלא אמרינן אמ"ל כמס"ל בהקדש עניים והט' משום דכיון דהדבר ישנו בעולם חל השעבוד על הנכסים וכמ"ש למעלה משם מהרמ"ג והשע"א ז"ל. וא"כ גם בנדון הרב היה ראוי לומר כן אי איירי בישנו בעולם מטעם זה. ולא מטעם המלך:

אלא דגם זה לא יגהה מזור שהרי מור"ם ז"ל תשובתו בצדו בסי' מ"ח ופליג עליה דמר"ן ועי' בשע"א ד' ס"ה ע"ג שכ' פלוגתא דרבוותא בזה. וכבר ידוע דקבלת הקדמונים זיע"א דברי מר"ן לא היתה כ"א על הב"י והש"ע דוקא וכמ"ש בסי' ה' וי"ץ גופיה בדינים נפרדים שבסוף חח"מ אות ב' משם מוהריב"ע ומוהריב"ץ ז"ל. ושם נאמר שאם נמצא חולק עליו אז המורה יכריע ע"פ הרוב או ע"פ ראיותיו ע"ש וא"כ היורשים המוחזקים יכולים לומר קי"ל כמ"ד דאין היורשים חייבים לקיים נדר מורישם דגם בהקדש אמרינן הכי וכמש"ל וכמ"ש ה' וי"ץ גופיה.

גם מ"ש הרב אבל לכ"ע אין כופין אותו בכך כשלא הוציא בפיו וכמ"ש בהגהות יו"ד ע"כ. הנה למד הרב כן ממ"ש מור"ם שם בדעה א' וז"ל אם חשב בלבו ליתן איזה דבר לצדקה חייב לקיים מחשבתו וא"ץ אמירה אלא דאם אמר כופין אותו לקיים ע"כ. ומשמע ליה להרב דאם לא אמר רק חשב אין כופין אותו אפי' לדעה זו:

ואהמ"ר לא שלטו עיני מאורי אור קדשו במקור הדברים בהמרדכ"י בפ"ק דקידושין שכ' וז"ל כיצד אמ"ל כמס"ל האומר שור זה עולה וכו' וה"ה נמי במחשבה בלא אמירה כדכתיב כל נדיב לב כדילפינן בפ"ג דשבועות אלא משום דהכא מיירי שכופין אותו ב"ד לתת ואין אנו יודעין מחשבתו עד שיאמר אבל ירא שמים חייב משיחשב ע"כ:

הרי מבואר דהא דאין כופין ע"י מחשבה היינו משום דאין אנו יודעין מחשבתו. וא"כ כאשר יהיה האופן כנדון הרב שכתב בכתב יד שהוא מתנדב כו"כ דמחשבה ודאי מיהא איכא וליכא ספיקא קמי הרב אלא אם הוציא בפיו. הא ודאי דלדיעה זו כופין:

קנצי למילין דהאי גוונא דאנן קיימין ביה דהוי דשב"ל. היינו הך דמר"ן בב"י סי' רי"ב שהב"ד למעלה דמצריך שיהיו היורשים באותו מעמד ושמעו ושתקו. וכיון דבנד"ד לא היו היורשים באותו מעמד כשצוה השכ"מ מורישם לא חל עליהם נדר המוריש כלל לדעת מר"ן בב"י דגררינן בתריה. ולא צרכינן בזה תו לדגל הקי"ל ועי' המט"ש ח"מ סי' רי"ב הגב"י אות זך שכ' אם הבנים החזיקו כמה שנים בצדקת אבותם לא מקרי לגבי

דידהו נדר מים רבים יו"ד סי' ס"ג ד' ס' ע"ב. ע"כ. וכ"ש בנד"ד ששמעתי באומרים כי לפי דעתם היתה באו"ה שאינם יכולים למחות. וגם מצד מלד"ה נמי ליכא. דאנן בעינן הושלש לשם כך כמש"ל וליכא. ומ"מ מצד הטוב והישר נכון הוא לקיים מה שצוה מורישם. ואולם אם לא אבו שמוע. הדין יקוב את ההר. זהו הנלע"ד בזה וליה עינינו יצילנו מכל שגיאה. ויאיר עינינו במאור תורתו הנפלאה נאם החו"פ פאס יע"א בטבת דהאי שתא צדיק כתמ"ר יפרח לפ"ק וקיים. זעירא דרבנן עבד ה' שלמה אבן דנאן הי"ו ראיתי מ"ש הרב עליון למעלה האריך הרחיב ברוח מבינתו וזו הלכה העלה דכיון שלא היו היורשים באותו מעמד לא חל עליהם נדר המוריש לדעת מר"ן. וגם מצד מלד"ה ליכא כיון שלא הושלש לשם כך. גם אני מסכים הולך עמו והדד"א ולראיה ח"פ ר"ח אדר הסמוך לניסן שנה הנ"ז וקיים. איש צעיר יוסף סירירו ס"ט

פעולת צדיק עליון למעלה קריתי ושניתי ופעולתו אמת ודבריו נכונים וטעמם ונימוקם עמם וסוף דבריו ערבו לי מצוף דבש ומצוה לקיים דברי חכמים לעשות הישר והטוב ואלו הדין וכו' ולראיה ע"ד אמת ח"פ:

ע"ה יהודה בנימין סירירו י"ץ

סימן יג

זה נוסח מה שצריך להעתיק משטר א' כדי לכתוב עליו פס"ד:

אחרי מות האשה לונא בת כהה"ר נחמיה הלוי ז"ל. זכתה בעזבונה בתה מסעודא בת כר' יצחק ה"ן דוד וחיון וידי"ן דיב נ"ע אשת הי' אברהם אזולאי ועלה בסכי הירושה הנז' סך אלף צ'ורוס וחמשה צ'ורוס ספאניול מוב"ה. והן היום נתרצו ביניהם איש וביתו הנז'. שהסך הנז' יהיה ביד כמוהר"ר יוסף סירירו הי"ו בכמה"ר רפאל יהושע ציון הי"ו. לתתו בהכשר והקרן ישאר קיים. עד דור שלישי של האשה מסעודא הנז' יובן עד שיגדל הזרע ההוא ויהיה ראוי לקבל מעותיו ואז יזכה בקרן הנז' ורשאי לקחתו מיד האפוט' הנ"ז. ולא יכנס הקרן הנז' לכלל חלוקה בין איש וביתו הנז' במיתת א' משניהם. וכן בין זרע האשה הנז' וזוגיהם עד דור שלישי כנז'. ולא יהנו האשה ובעלה הנז' וזרעה וזרע זרעה כ"א בריוחים שיסגלו המעות הנז'. בכן הע"ע בקש"מ בדל"ב ובשח"ך כ"א למ"ש איש וביתו הנז' והוה"ג שניהם יחד וחי"ע חו"ג וקבלו על עצמם ועל זרעם ועל זרע זרעם כנז' את כל הרשום בכתב מראש ועד סוף. ובכהקוש"ח הוה"ג ונחו"ג ומינו לכמוהרי"ס הנז' הי"ו אפוט' על הסך הנז' ולבאי כחו או למי שיראה בעיניו למנות במקומו. מהיום וכל ימי משך הזמן הנז' ויטול בשט"ו וכו'. ומעתה האמינו וכו' והוע"ה שט"ז מובח"ו סובדי"ץ.

וכתחז"ל דלא כאס' וכטו"ד. ומינו אותנו איש וביתו הנ"ל שלוחים גמורים לכתוב ולחתום סט"ז בכל לשון של זכות ויפוי כח המועילים לקיומו ולא תגמר שליחותינו אפי' אחרי צאתו מתחת ידינו אלף פעמים כי בידינו לחזור ולתקן כל פרט המצטרך ולהעלותו על ספר. בשבט סופר. עד אשר יצא כנגה צדקו ולא יורע כח שט"ז מחמת חסרות ויתרות או לישנא דמשתמע לתרי אנפי שהכל יהיה נדרש לתועלתו וקיומו לכל פרטיו. ונ"ה בקושח"ך עכמדו"ל מרו"ס מיד איש וביתו הנ"ל. והי"ז וכו'. ע"ך נמ"ך וחתומים שני סובדי"ץ ה"ה כהה"ר יוסף הלוי וכהה"ר שלמה ששון יש"ץ:

איש ואשה הנ"ל דחיקא ליהו שעתא. ואין ידם משגת לכלכל את עוליהם. ואגב דוחקה עמדו והתירו את שבועתם. והמה בקשו לשלוח יד גם בהקרן הנז'. וידידינו הרב הו"ד יוסף הפקיד נר"ו. מעכב על ידם ולא רצה ליתן להם מן הקרן כ"א ע"פ בדי"ץ. ובכן נדרשנו מהם לחוות דעתינו מה הוא הדין. ואם כי הייתי דוחה אותם מיום ליום ימים כבירים. כי היתה נסיבה. מ"מ למרבית ההפצרות לא יכולתי להתאפק. אז אמרתי חובה היא עלי לחוות דעתי כפי מה שיורוני מה"ש. וזה החלי. וה' אלד'ים יעזור לי:

הנה לכאורה לא ידענא מה אדון בהאי שטרא. אי חשבינן ליה ש' מתנתא ונימא דבאומרם ואז יזכה וכו'. כוונתם היא ליתן סכי הקרן לדור שלישי. והא דהוצרכו להתנות שלא יכנס לכלל חלוקה וכו'. אפשר לו' סרס השטר ודרשהו. דבשביל שרצו שיהיה הקרן קיים וגם לא יכנס לכלל חלוקה. אמטו להכי נתנוהו לדור ג' או אפשר דהא דהוצרכו להתנות כן. הוא בשביל אם ב"מ חדל להיות להם או לבניהם דור שני זרע. דמוכרח הוא שהקרן ההוא להדור ההוא. דאלת"ה מאן אכלינהו:

או נימא דאין כאן מתנה כלל. אלא הנחלה ממשמשת ובאה מדור לדור. אכן בכח הקוש"ח קבלו עליהם ועל זרעם וכו' שלא יהנו מן הקרן עד אשר יגדל זרעם דור ג' ואז הוחלט השבועה לדור ההוא. ולצד זה כיון דעבדי התרה מהני כאשר יתבאר להלן בע"ה:

או נימא דאין כאן כ"א ריצוי שנתרצו לעשות. וכל דברי השטר הנז' נמשכים אמלת נתרצו ביניהם הכתו' בהצעת השטר. ואין הריצוי מתנה. אלא שלא יוכלו למחות זב"ז מלעשות כן. והשתא שחזרו שניהם. אין כאן אפי' איסור שבועה כמ"ש להלן בע"ה:

והנה אי קושטא הוא כהצד הא' דמתנה הוי. בעי חיקור דין בכמה ריעותות דאשתכחו בהאי שטרא. הא' דכתיב ביה ואם יזכו בקרן דהוי קנין דברים. הב' דקי"ל דמטבע אינו נקנה בחליפין. הג' דקי"ל אין אדם מקנה למי שלב"ל. והן קדם. אובין ואדון בריעותא הא'. דהנה מצינו למר"ן ז"ל סי' רנ"ג ס"א שכתב יטול יחזיק יזכה יקנה כולם לשון מתנה

הם. ובסכ' כתב לשונות אלו של מתנה וכו' י"א שמועילים בבריא וי"א שאינם מועילים. ואנן קי"ל דיש ויש הלכה כבתרא:

איברא דנראה דדעת מר"ן ז"ל היא דבאומר מעכשיו מועילין אף בבריא. דטעמא מאי אמור רבנן דאינם מועילים. הוא לפי שהם לשון עתיד והוי קנין דברים. ומצינו למר"ן ז"ל סי' רמ"ה ס"ד שכ' יש מי שאומר שאם אמר אתננו לו מעכשיו בין בשטר בין בקנין קנה לאלתר ע"כ. ומבואר הט' בטור שם דכיון שאמר מעכשיו אין זה לשון הבטחה אלא בהאי שטרא ובהאי קנין מקני ליה גופא דארעא ע"כ. ומינה ללשונות הללו. וכ"כ הרב מהר"י אירגאס ז"ל סי' כ"ט וז"ל אבל כד מעיינן בה נראה דאין כאן מחלוקת דבנד"ד כ"ע מודים שהמתנות נקנו מה"ד שהרי ע"כ לא נחלקו בהני לישני דיטול יזכה ויחלוק אם הם לשון הקנאה או לא אלא כשאמר סתם יטול בנכסי או יחלוק בנכסי ואינו מפרש שהמתנה יחול מעכשיו אבל כשמפרש שנותן מעכשיו הכל מודים דקנה תדע שהרי אפי' בלשון אתן דמודו הרמב"ן והטו"ר דק"ד הוא אם אמר מעכשיו קנה וכמ"ש הטור בסי' רמ"ה גם המבי"ט בח"ב סי' כ"ו וריי"ח וכו' וה' משפט צדק ח"ב סי' ל"ו כתבו דבמחלוקת הפוס' אם לשון עתיד הוי קנין דברים במעכשיו קנה לכ"ע ולא הוי ק"ד יעו"ש ע"כ. וא"כ בנ"ד הרי כתוב מעכשיו שהרי כתוב בשטר בכן הע"ע בקש"מ וכו'. וכתב הרב מוהר"ש אב"ץ ז"ל כתי' וז"ל תיבת מעכשיו שאנו כותבין בתחלת השטר ובסופו דהיינו שבתחילה אנו כותבין הע"ע בקש"מ וכו' ובסוף אנו כותבין ונ"ה בקנין שלם מעכשיו וכו' תועיל גם לאיזה פרטים ואיזה חלוקות שבאמצע השטר שלא נתבאר בהכי תי' מעכשיו דאכולהו פרטים קאי האי מעכשיו שבתחילה ושבסוף וכך היו דנים מוהרמ"ס ומוהר"ר רוי"ה ומוהריב"ע ז"ל. שו"ת מוהריב"ץ ז"ל. ודלא ממ"ש הרב מוהר"ר ר"ב ז"ל בספרו משם הסמ"ע סי' ר"ז סקל"ח ע"כ:

ואהמ"ר אין כוונת ה' מוהר"ר ז"ל כן ודבריו הלא הם כתובים בספרו הנד"מ ח"א סי' א' וז"ל במקום דצריך לכתוב מעכשיו אף שכתב השטר בקש"מ לא מהני. סמ"ע סי' ר"ז סקל"ח. ע"ש ע"כ. וזה ימים העירותי על דברי הרב. דהיכן מצא דין זה בסמ"ע שם. דהתם לא איירי בהכי. שהרי עמ"ש מר"ן שם לגבי אסמכתא אם באתי וכו' קני בית זה מעכשיו וקנו מידו על כך ה"ז קנה. כ' הסמ"ע וקנו מידו ה"ה שאר קניינים נמי אלא קמ"ל דאפי' קנו מידו דהוא קנין סודר אפ"ה לא אמרינן דמסתמא הוא כמעכשיו דאל"כ איך יקנה אחר דהדר סודרא למריה אלא צ"ל בפי' מעכשיו ועי' פרישה. ע"כ:

אתה הראת דהסמ"ע לא איירי בהיכא דכתוב בשטר בקש"מ ולא אתא אלא לאשמועינן דלא אמרינן סתם קנין כמעכשיו. דמי. ולכאורה בהשקפה א' היה נראה להגיה בדברי

ה' מוהר"ר רב ז"ל ולמחוק אות מ' מתיבת בקש"מ ולהניח תי' בק"ש דר"ל קנין שלים. ובזה אתו שפיר דברי הרב דבהכי איירי הסמ"ע. ואולם היכא דכתוב בשטר בקש"מ הא ודאי דמהני ולא פליג מוהר"ר רב עלייהו דרבנן ראשונים כמלאכים מוהרמ"ס ומוהר"ר רוי"ה ומוהריב"ע ומוהריב"ץ ז"ל. שהיו דנים כן:

ואולם בתר ההשקפה פורתא אפשר לי עוד לומר דס"ל למוהר"ר רב דע"כ ל"ק רבנן דקאי האי מעכשיו אכולהו פרטי. אלא משום דכותבין בסוף ונ"ה בקש"מ עכמדו"ל. דתיבות אלו ה'כל כ'ל. פירושם הוא דקאי האי קנין והאי מעכשיו ע"כ פרט ופרט. וכאלו כתב מעכשיו בשטר במקום שכתוב הפרט ההוא. אבל היכא דאין כתוב רק בקש"מ בין בתחילה בין בסוף ולא כ' ונ"ה בקש"מ עכמדו"ל. אז אמרינן דלא קאי האי מעכשיו אדבר שהוא עיקר השטר. ולא על הפרטים הנזכרים בו שאינם מעיקרי השטר. וכה"ג מצינו להרב המבי"ט ז"ל ח"א סי' קכ"ט שכ' וז"ל ונראה לי דהאי דקי"ל כרבי יוסי דזמנו של שטר מוכיח עליו וא"ץ מעכשיו היינו כשהוזכר הזמן על תנאי זה אבל הכא שעיקר השטר היה על תנאי השטר לא אמרינן דזמנו של שטר מוכיח עליו דלא נכתב השטר ע"ז. ע"כ. ושמע מינה דיש דברים הכתוב' בשטר ואפ"ה אינם נקראים מעיקרי השטר. ולא אמרינן בהי זשש"ט מוכיח עליו. דלא נכתב אלא בשביל עיקר השטר. ה"ן נימא. דהאי מעכשיו דכתוב' בשטר בתחילה או בסוף. דלא נכתב אלא אדבר שהוא עיקר השטר:

וראה זה מצאתי להרב מוהר"ר יצחק ברכה ז"ל הוב"ד בס' ב"ד של שלמה ס' ב' שהביא דברי המבי"ט הנז' וע"ז הב"ד מוהרש"ך ז"ל בח"ג סי' ז' שכ' וז"ל ועתה אומר אי מהני המעכשיו הכתוב' בסוף השטר איני רואה מקום להסתפק דכיון שכתוב' בשטר וקנינא מעכשיו וכו' ואם באנו לפקפק יען כי בתחילת השטר בא החיוב בלא מעכשיו באופן שבאו דבריו בל' אסמכתא גם בזה אין לפקפק דמילתא דפשיטא דאע"פ שלא נכתב למעלה בתחילת החיוב לשון מעכשיו כיון שהזכירו למטה גבי וקנינא סגי לסלק האסמכתא דהלכה רווחת הכל הולך אחר התחתון אפי' בשתי לשונות סותרות כ"ש בנ"ד שאין כאן סתירה רק שבא לחזק ולקיים כל מה שכתוב למעלה שאין אנו צריכין לומר תחתון עיקר דכה"ג עליון ותחתון כהדדי נינהו ולא בא התחתון כ"א לפרש מ"ש בעליון לקיימו ולחזקו וכל מה שאני כותב הוא אפי' אם לא היה כתוב בשטר דלמטה רק וקנינא מעכשיו אפ"ה אין לפקפק כ"ש דבנד"ד בזה השטר שנכתב כתו' למטה ולקיים כל הנז"ל נטל ראובן קנין גמור מעכשיו וכו' באופן שנכתב מעכשיו אצל קיום החיוב ואין מקום לחלק בין למטה ולמעלה. עכ"ל:

וע"ז כ' הרב מהר"י ברכה ז"ל הרי שכתב הדבר בפשיטות דמ"ש למטה לקיים כל הכתוב לעיל חשיב שפיר כמזכיר תחילת החיוב ממש ומהני ביה בסיפא ל' מעכשיו וגם לענין זמנו ש"ש מהני לדידיה כמ"ש למעלה בפשיטות אלא שעתה בא להשיב לשואל שנסתפק על מעכשיו הכתוב בסוף וא"כ נימא בפשיטות דע"כ לא קאמר ה' המבי"ט ז"ל אלא כשאין חוזר למטה לקיים את כל הכתוב לעיל אבל בנ"ד יודה למ"ש ה' מהרש"ך וליכא מאן דפליג בהא וכמ"ש וכל אלו הם דברים פשוטים א"ץ לכותבם. ומזה יצא ללמוד וז"ל דבנ"ד שבשטר היה חזר כל עניינו של שטר וכ' כדרך שכותבין בשטרי דידן כ"ז גמרו ונתחיי' השות' הנז' ככל הכתוב לעיל שהדברים חוזרים על תנאי הזה של חיוב העלילה ועוד כתוב למטה וקנינא וכו' על כל הכתוב לעיל גם נשבעו וכו' לאשר ולקיים את כל הכתוב ומפורש עליהם לעיל ותכף אומר והי"ז ביום ובחדש ובשנה דהיינו זמן ש"ש הרי שהזמן סמוך ונראה על כל הכתוב ומפורש עליהם לעיל וזו א' מהם. ע"כ:

ונמצינו למידין מדברי הרב דהיכא דאין כתב כל כנז"ל. פליגי בה ה' המבי"ט ומהרש"ך ז"ל. דלהמבי"ט לא קאי הזמן כ"א אעיקר השטר ולא על דבר שאינו מעיקר השטר. וה"ה למעכשיו. ומהרש"ך ס"ל דקאי אכולהו. ואולם היכא דכתוב בשטר והכל כנז"ל אף המבי"ט מודה. וא"כ אפשר דהרב מוהר"ר רב ז"ל ס"ל כהמבי"ט. וס"ל שכן היא דעת רבותינו הא' זיע"א דלא אמרינן דקאי האי מעכשיו אכולה פרטי אלא משום מאי דכתבינן בסוף השטר ונ"ה בקש"מ עכמדו"ל. ואלשון זה קא סמכי רבנן דחשיב לשון זה כאלו נכתב המעכשיו במקומו. אבל כשלא יש בשטר כ"א בקש"מ בין בתחילה בין בסוף לא מהני מידי. דלא קאי אלא אעיקר השטר. ובכה"ג איירי מוהר"ר ר"ב. ומשום דאיכא למימר דהגם דהמעכשיו שבתי' בקש"מ אין בה מועיל לדבר שאינו מעיקר השטר ת"ל מטעם הק"ס שיש בתי' בקש"מ דסתם קנין הוי כמעכשיו דאלת"ה לא מקני משום דהדר סודרא למריה. לזאת הביא מהסמ"ע דלא אמרינן כן. ומעתה א"ץ להגיה בדברי הרב. דלא בא אלא לרמוז על ק"ש שבקש"מ ולא על המם שבה:

ומהר"ש לאניידו ז"ל שם בסי' ג' ד' קמ"ז ע"א כ' עליו וז"ל אכתי לא פלטינן מהריעותא של האסמכתא בנ"ד וזמנו ש"ש לא אהני לן כלל כפי מה שלמדנו מדברי ה' המבי"ט כי מי לא ידע בכל אלה שהזמן הולך וחוזר על כל מה שכתוב לעיל וגם על תנאי עלילה אלא דאנא הכי קאמינא שהזמן עיקרו לא נכתב בשביל זה התנאי לפי שאינו מעיקרו של שטר אלא הזמן אעיקרא קאי על עיקרו של שטר ואגב אהדורי קמהדר גם על זה התנאי ובכגון דא לא אמרינן זש"ש מוכיח עליו שהרי לא נכתב הזמן בשביל זה אלא מכללא אתמר בכלל שאר הדברים שהן עיקרו של שטר ואין למידין מן הכללות למה שנכתב

באגב והן הנה דברי ה' המבי"ט שכ' אבל הכא שעיקר השטר היה על תנאי השטר לא אמרינן דזמנו ש"ש מוכיח עליו דלא נכתב השטר ע"ז ע"כ הרי שלא כתב שאין הזמן חוזר על זה אלא דלא אמרינן זש"ש מוכיח עליו. מוכח דכוונתו לומר דאף דאית ביה זמן וחוזר הוא על הכל מ"מ זש"ש מוכיח עליו ליכא למימר על זה כיון דלא נכתב השטר ע"ז ואינו מעיקרו של שטר מסוף דבריו ניכר שראש דבריו אמת הוא שמ"ש שם דהא דקי"ל זש"ש מוכיח עליו היינו כשהוזכר הזמן על תנאי זה ר"ל כשהוזכר עיקר הזמן בשביל זה וזה פשוט לענ"ד והסברא נותנת שכן הדין נותן ומסתיימא מילתא ממ"ש מר"ן הב"י בסי' רנ"ח ע"ד ה' המגיד וז"ל ואין דבריו נוחים לי דהא טעמא דרבי יוסי שאמר זש"ש מוכיח עליו הוי משום דאל"כ זמן שכתב בשטר למה וכו' יעו"ש ע"כ. וכו'. וטובא איכא לפלוגי בהא בין מעכשיו דודאי אכולה מילתא מהני לזמנו ש"ש דלא מהני למילתא שאינה מעיקרי השטר וכו' עש"ב:

באופן דהמבואר מדבריו הוא דלאו היינו טעמא דהמבי"ט משום דהזמן אינו חוזר אלא אעיקר השטר ולא אשארא. דהא ודאי דהזמן הכתו' בשטר אכולהו ענייני דשטר קאי. אלא טעמא דידיה הוא. דעיקר הזמן נכתב על עיקר השטר והשאר אתיא מכללא ואין לומר זש"ש מוכיח והוי כמעכשיו אלא על הדבר העיקרי שנכתב בשבילו ולא על דבר שאינו מעיקר השטר הגם שהזמן חוזר גם עליו אפ"ה לא אמרינן זש"ש מוכיח כיון שלא נכתב בשבילו. אבל לגבי מעכשיו אין לחלק בין דבר שהוא עיקר השטר לשאינו עיקר. דהא ודאי גם גבי מעכשיו אמרינן דקאי אכולהו וא"כ הרי כתו' בכולהו דדוקא גבי זמן אמרינן דאשארא לא הוי זמן כמעכשיו כיון דעיקרו לא נכתב בשביל זה לא דרשינן ליה כמעכשיו אבל לגבי מעכשיו הא איכא מעכשיו להדייא:

ולפ"ז המעכשיו שבתי' בקש"מ מהני לכולהו פרטי בתחי' בין בסוף ובחדא מנייהו סגי וכדאשכחן גבי זמן דקי"ל זש"ש מוכיח עליו דהוי כמעכשיו וכ' הסמ"ע סי' רנ"ח סק"א וז"ל ומדסתמו הפוסקים משמע דס"ל דאין חילוק בין נכתב הזמן בתחילת השטר בין בסופו ע"כ. וכ"כ הכנה"ג משם מהר"מ די בוטון ס' מ':

באופן דלדברי הרב מהר"י ברכה ז"ל האי בקש"מ לבד דכתו' בשטר בין בתחילה בין בסוף הוי פלוגתא דרבוותא. לדעת המבי"ט האי מעכשיו אינו חוזר כ"א אעיקר השטר. ולדעת מהרש"ך קאי אכולהו. ולדברי מהר"ש לאניידו ז"ל לכ"ע אכולהו קאי אפי' על דבר שאינו מעיקר השטר ובין למ"ר ובין למ"ר האי מעכשיו קאי אעיקר השטר לכ"ע. ול"פ אלא בדבר שאינו מעיקרי השטר. וא"כ במאי דאנן קיימין. הגם שלא נכתב בשטר ונ"ה בקש"מ עכמדו"ל. וליכא בשטר אלא הע"ע בקש"מ לחוד אחר שכל מגמת פניהם

בשט"ז הוא שיהיה הקרן קיים בדור שלישי. א"כ המתנה שנתנו לדור שלישי הוא עיקרו של שטר. וא"כ האי מעכשיו קאי אמ"ש בשטר ואז יזכה וכו' וכאלו אמר ואז מעכשיו יזכה וכו':

מעתה נחזור לדברי הסמ"ע שרמז לו מוהר"ר ר"ב ז"ל שלא החליט דין זה לכל מקום כדמשמע מסתמיות לשונו דמוהר"ר ר"ב ז"ל. שהרי בסמ"ע ציין להפרישה. ושם נאמר דהיינו היכא דאומר בלשון דאי והוא דעת הר"ן כמ"ש בב"י ובדרישה ע"ש. ועי' בב"י סי' קצ"ה מחויב פלוגתא דרבוותא דפליגי אמרינן סתם קנין כמעכשיו. ובמח"ו כ"ג הביא דברי מהר"ר איסרלן דהיכא דמקני סתמא ולא פירש לאחר זמן דהוי ממילה מעכשיו דמסתמא לא הקנה מילי דכדי. ע"ש. ומור"ם במפה שם פסק דברי מהרא"י להלכה וז"ל ובסתם אמרינן דהוי מעכשיו באו"ה דודאי בכדי לא הוי עביד. ע"כ. ואין לתמוה דכאן פסק הרב דסתם קנין כמעכשיו. ולקמן בס' רמ"ה גבי אתננו כ' וז"ל ואפי' קנו מידו דהוי קנין דברים. ע"כ ואמאי והלא לדידיה ס"ל דסתם קנין הוי כמעכשיו. ובס"ד מבואר דמעכשיו מהני בלשון אתננו. דדוקא באומר לשון שאין משמעותו להבא בזה הוא דס"ל דאף דלא פירש שהוא מקנה לו מעכשיו אין צריך דסתם קנין הוי כמעכשיו אבל באומר לשון דמשמעותו להבא כגון אתננו וכיוצא דהוי ק"ד לא אמרינן בזה דסתם קנין הוי כמעכשיו אלא עד שיפרש מעכשיו להדייא:

וכן מצאתי לרבינו הכנה"ג סי' ר"ג הגה"ט אות י"ג שהביא ההיא דמהרא"י ז"ל וכ' וז"ל וכתבתי בתשו' שלא אמר הרב ז"ל כך אלא דוקא בנדון שלו שאין בלשון הקנין לשון גרוע אלא שחסר משם הפירוש ולכן כדי שלא נאמר דהקנה מילי דכדי אמרינן סתמו כפירושו וכאלו אמר מעכשיו ולשון הקנין אינו זז ממקומו אלא שצריך להוסיף עליו אבל היכא שהלשון בעצמו גרוע ולא חל הקנין מפני דהוי ק"ד אין לנו לומר שכוונתו כך כדי שלא יהיה מילי דכדי. ע"כ:

ואולם מצאתי לרבינו הב"י באה"ע סי' נ"ב שכ' וז"ל כ' הר"ש בן הרשב"ץ בתשו' מי שנדר לתת לבת אחותו בשעת נישואין בראש כל הקהל מתנה מרובה לכאורה נדר כזה אינו כלום שאומר אתן אינו כלום אפי' קנו מידו לפי שהוא ק"ד ולא תועיל המתנה אלא במעכשיו או במתנת ש"מ וכו'. וע"ז כ' מר"ן הב"י יש לתמוה דכיון דקי"ל דכל קנין כמעכשיו הוא כשקנו מידו לתת מתנה אמאי לא קנה כמו כשאומר מעכשיו. ע"כ מבואר מדברי מר"ן הב"י דגם גבי ק"ד אמרינן סתם קנין כמעכשיו:

ולעומת זה מצאתי להרב המגיד בפ"ח מהל' זכייה ומתנה הלכה ו' דקמתמה לאידך גיסא דהתם הביא הרב את דברי הרשב"א ז"ל שכ' דאם קנו מידו באתן מהני. וכ' על דבריו

וצ"ע באתן לך היאך יקנה שהרי נתבאר בפי"ד דהכותב בשטר אתננו לא קנה כדאיתא בגיטין ואפשר לדעתם דטפי עדיף קנין משטר. ע"כ:

עין רואה בדבריהם דרבנן ה' המגיד ומר"ן שהם מן הקצה אל הקצה. דמר"ן קמתמה אמ"ד לא קנה. והה"מ אמ"ד קנה. ועוד בה. דלא בא לכלל ישוב מטעמיה דמר"ן משום דסתם קנין הוי כמעכשיו אלא מטעמא אחרינא דקנין עדיף. ונראה דהט' דהה"מ כמ"ש הרשב"א בתשו' שהביא מר"ן הב"י בחו"מ סי' קצ"ה מחו' כתב וז"ל על מי שיצא עליו שטר שכתו' בו אתן לך כו"כ וכל אתן ואעשה אינו כלום. והשיב דכל שקנו מידו אע"פ שלא אמר בלשון חיוב חייב דקנין מילתא אלימתא היא ומתקן הענין וכאלו מחייב עצמו באותו דבר שאמר ליתן וכדאסיקנא בריש הכותב דמגופה של קרקע קנו מידו וכו' ע"ש:

הרי דלא אתי עלה הרשב"א מטעמא דסתם קנין הוי כמעכשיו. אלא מטעמא דקנין מתקן הענין וכאלו מחייב עצמו. אלא שהה"מ הקשה שהרי בקנין שטר לא אמרינן כן. ומתרץ דקנין עדיף. אלא דצריכים אנו לדעת אמאי הרשב"א גופיה לא בא בנותן טעם משום דסתם קנין כמעכשיו. ולמ"ש לחלק לדעת מור"ם אתי שפיר. דלא אמרינן גבי ק"ד סתם קנין כמעכשיו אי נמי אפשר לומר דס"ל להרשב"א דיש קנין בלא מעכשיו וכמ"ש הה"מ בפי"א מהלכות מכירה ה"ל י"ג וי"ח שכן היא דעת הרמב"ם ועיין בכ"מ. ובב"י סי' ר"ז

באופן דדעת מר"ן בב"י אה"ע דמהני קנין בלשון אתן. מטעם דסתם קנין כמעכשיו ולא ס"ל לחלק כמו שחילקנו לדעת מור"ם. וא"כ אפשר לומר דמ"ש מר"ן בחומ"ש סי' רמ"ה ס"ב וז"ל שאם קנו מידו מהני לשון אתן ע"כ. להלכה כ' כן. ואע"ג דכ' וי"א בואו דמשמע דפליגי אדעה קמייתא וכדמשמע מהגהת מור"ם שהגיה בדיעא קמייתא שסתם מר"ן וז"ל ואפי' קנו מידו דהוי ק"ד. טור בשם הרמ"א ע"כ. אפ"ה כיון דמר"ן השמיטה ובב"י אה"ע מבואר שכן דעתו. אמרינן דדעת מר"ן היא לפסוק כוהי"א שס"ב. וכה"ג אשכחנא להש"ך סי' מ"ב סק"ב שכ"כ אדברי מור"ם שכותב וי"א בוא"ו ולא פליגא. ומור"ם שהגיה כן הוא לפי דלפום ריהטא כן הוא ממשמעות לשון וי"א בוא"ו. דאלת"ה קשיין דברי מר"ן אהדדי דאנן קי"ל סתם ויש. הלכה כסתם. ושם בא"ה כ' להפך:

ואפשר לומר דחזר בו מר"ן. שהרי אדברי הרמ"א שהביא הטור חו"מ סי' רמ"ה כ' הב"י כ"כ הרשב"ץ שכ"כ הרמב"ן בשם תשו' הרי"ף וכן נראה דעת הרא"ש ע"כ. ולא השיג ע"ז כאשר השיג בב"י אה"ע. והש"ך סי' רמ"ה סק"ב כ' דמר"ן בב"י אה"ע נעלם ממנו דין זה דהרמ"א ובחנם השיג אהרשב"ץ וצייי"ן להב"י דסי' רמ"ה ונראה דכוונתו לומר דכאן עינא דשפיר חזי לדין זה ולכך לא השיג כלום. ולפ"ז חזרה הוי. וא"כ לא ברירן לן מה היא דעת מר"ן. ועי' מ"ש המט"ש סי' רמ"ה הגב"י אות ז' שהביא להקת פוסקים אחרונים

ואסופא דמילתא כ' ומדברי הפוס' הללו רובא ס"ל דמילתא כדנא מידי פלוגתא לא נפקא ע"כ. וא"כ יכול הנותן לו' קי"ל דהוי ק"ד ולא מהני קנין. ונראה דלדידן לא צריכנא דקי"ל. דאנן אזילנא בתריה דמור"ם היכא דלא פליג על מר"ן להדייא. והרי מור"ם פסק דלא מהני קנין בלשון אתן:

וחזיתיה למהרא"ש ז"ל סי' קל"ג שכ' וז"ל אבל עדיין נשאר מקום למגמגם לגמגם ולומר שהיאך יועיל לשון מעכשיו לעקור משמעות אתננו שהוא לשון להבא ולהפיס דעתו נראה לי לדבר על לבו עוד במ"ש רש"י ז"ל בפ' השולח שהוא עיקר דין זה דתניא התם ת"ר האומר נתתי שדה פ' לפ' וכו' אתננה לפ' ר' מאיר אומר קנה וחכמים אומרים לא קנה ופי' רש"י ז"ל ר' מאיר סובר דבאומר אתננו משמע בשטר זה שאני מוסר לו עכשיו וחכמים אומרים לא קנה שאין זה אלא שמבטיח שיתננה לו לאח"ז ובשטר אחר ועדיין לא עשה עכ"ל א"כ מעתה נאמר דכיון שאפי' בלשון אתננו ס"ל לרבי מאיר שהוא בשט"ז שהוא מוסר לו עכשיו א"ך הרי לנו שלשון אתננו אינו מוכרח שהוא להבא דוקא אלא אדרבא חזינן שהוא בהווה לדעת ר' מאיר כמו אם אמר הריני נותן לך וכו' וא"כ מינה לדעת רבנן נימא שאינו אלא לשון מסופק ולהכי התם לא קנה כיון דאיכא ספק בכוונתו אבל כשהוא אומר מעכשיו הרי גילה שדעתו הוא מעכשיו ולהכי מהני בלשון הוא אבל כשלא אמר מעכשיו לא מהני כן נ"ל לישב דבריו הטור ז"ל. ע"כ. והסכים לדעתו הרב שיו"ט ז"ל סי' ט"ל עי"ש. ובסוף תשובתו כ' איך שיהיה למאן דאתן עלה איכא למימר כס' הרב מהרא"ש דאפי' לרבנן לשון אתן דלא קנה מטעם ספיקא הוא דיד בעל השטר על התחתונה. ע"כ:

וקשיא לי דהא בכה"ג שנתבטל השטר לגמרי לא אמרינן יד בעל השטר על התחתונה וכמ"ש בסי' מ"ב ס"ט וז"ל לא אמרינן יד בעל השטר על התחתונה אלא בכל כי הני גווני דלעיל שאין השטר בטל לגמרי אבל בדבר שהשטר בטל בו לא וכו':

ולמ"ש מור"ם וי"א היינו דוקא בדבר דליכא למיתלי בטעות אבל בדבר שאפשר שטעה בו הנותן כגון דאמר לשון דלא מהני במתנה ודאי נתבטל השטר ע"כ אתי שפיר. דהכא נמי אמרינן דדילמא כוונתו באתננו להבא וטעה וסבור דמהני. ועי' בש"ך שם סק"ך שכ' גם הדעה הא' מודה בזה ומ"ש הר' בלשון וי"א וכו' היינו משום דבדיעה הא' לא הוזכר חילוק זה בפירוש וכן דרכו בכמה מקומות. ע"כ. ולפ"ז אנו למידין דתלינן בטעות אפי' היכא דליכא מ"ד דמהני כה"ג דאתננו דאמרינן אף הוא היה מתכוון דמהני הגם דליכא מ"ד דמהני לשון להבא. ונראה שכן הוא דעת הסמ"ע שכ' שם סקכ"ו וז"ל שאפשר שטעה בו הנותן וכו' נראה דמיירי בלשונות שמקנה לו בו המתנות כגון שדה זו אתננו

לו וכמ"ש בריש ס' רמ"ה ומשום דכה"ג לא שייך למימר אין כוונת אדם על דבר שעל ידו יתבטל השטר דאמרינן הוא לא נתכוון לבטלו אלא שטעה וסבר דלשון זה יועיל ובאמת אינו מועיל ע"כ. וכוונתו היא כמ"ש דאירי בשטר שכתוב בו שדה זו אתננו לו ולשון זה ספיקא הוי כדעת מהרא"ש ז"ל ואמרינן שטעה סבר דלשון זה יועיל אף כשהוא מתכוון להבא ובאמת אינו מועיל. זהו כוונת דבריו. כאשר להרב שיו"ט ז"ל סי' הנז' שאחר שהביא דברי מהרא"ש ז"ל כ' וכן מדברי הסמ"ע בחו"מ סי' מ"ב סקכ"ו דטעמא דאתננו הוא משום דיד בעל השטר על התחתונה יעו"ש ע"כ:

והש"ך סקכ"ב לא אסיק אדעתיה דברי מהרא"ש ז"ל דס"ל דאתננו הוי ספיקא. ולכך נקט בדבריו כאשר יהיה האופן שאין כתוב בשטר אתננו להדייא. רק אפשר לפרשו בלשון אתננו ואפשר לפרשו בלשון אחר. והשיג על הסמ"ע דבלישנא דאתננו דליכא מ"ד דמהני אין לומר שהנותן טעה. עוד הקשה עליו וכ' ולא ידענא מאי נראה דקאמר ולמה המציא ענין אחר הו"ל לאתויי אני מניח וכו' דמהרי"ק ע"ש:

ולמאי דכתבינן לק"מ. דדעת הסמ"ע כמהרא"ש דאתננו גופיה ספיקא הוי. וזהו שכ' הסמ"ע נראה דמיירי וכו' שדה זו אתננו וכו' דהיינו שכן כתב להדייא ולא כדמשמע מהש"ך דכוונת הסמ"ע היא שנוכל לפרש בו כן. ויען דלפ"ז נמצא מקור דין זה דמור"ם נובע ממקור מים חיים מההיא ברייתא דשטר שכתוב בו אתננו דלדעת חכמים לא קנה משום דלשון אתננו ספיקא הוי ואמרינן יד בעל השטר על התחתונה הגם דבטל השטר לגמרי. והט' משום דתלינן בטעות. אמטו להכי לא אייתי בידיה הסמ"ע הך דאני מניח דמהרי"ק והמציא ההיא דאתננו להוסיף תת כח לסי' זו ולומר דשורשה דהאי מילתא תלמוד ערוך הוא. ולפי שלא נמצא כתו' כן להדייא לרבנים הראשונים שקדמוהו וכל הפוס' סתמו את דבריהם ולא כתבו דאתננו ספיקא הוי. לזה כ' הסמ"ע נראה ומימלא אתה למד דאף היכא דליכא מ"ד דמהני אפ"ה קא אמרינן דילמא הנותן טעה שהרי באתננו קא אמרי חכמים דלא קנה. והט' משום דאמרינן דדילמא מתכוון להבא וטעה וסבר דמהני הגם דליכא מ"ד דמהני. דאפי' לר"מ דס"ל דקנה היינו משום דפשיטא ליה שהוא לשון הווה. ולמאי דאמרינן דאתננו ספיקא הוי. א"כ ה"ה הני לישני דאינם מועילים בבריא כגון יטול יזכה. למ"ד דקי"ל כוותיה. משום דס"ל דמשמעותם להבא והוו כמו אתן. דלדידיה שוין. וכולהו איתן מושבם. מידי ספיקא לא נפקי. וטעמא דאינם מועילים הוא משום דיד בעל השטר על התחתונה א"כ בשטרי דידן דכתבינן דלא כאס' וטו"ד. אמרינן דידו עה"ע וכדפ' מר"ן סי' מ"ב ס"י וז"ל הרבה מהפרשי' כתבו שעכשיו שנהגו לכתו' דלא כאס' ודלא כטו"ד אמרי' בכל לשון מסופק יד בעה"ש עה"ע. ע"כ:

ואמנם הא ודאי ההיא דמהרא"ש ז"ל לאו אליבא דכ"ע היא. שהרי כ' הרב"ח ז"ל סי' מ"ב וז"ל ומהרי"ק בשורש צ"ד חלק ואמר דדוקא כשהספק נופל בכוונת הנותן וכו' וע"ש ולא משמע הכי בדברי הה"מ פכ"ג ממלוה וג' פ' גפ' גבי שטר שזמנו שבת ע"ש וכו'. ע"כ. ואי ס"ל כמהרא"ש איך יחלוקו על ההיא דמהרי"ק. והלא תלמוד ערוך הוא. אלא ודאי ס"ל להה"מ והני' לדעת הב"ח דלשון אתננו לא הוי ספיקא. וכדמוכח ג"כ מדברי הש"ך הנז'. ולדעת הב"ח אפשר לומר דכוונת מור"ם במ"ש וי"א בוא'ו הוא לחלוק. וא"כ יוכל הנותן לומר קי"ל כמ"ד דאתננו משמעותה בפשוט הוא להבא ולאו טעמא הוא משום דספיקא הוי ויד בעהשה"ת כי היכי דלועיל האי לישנא דלא כאס' וכו':

קנצי למילין מהני מילי מעלייתא דכתבינן. כי ההיא ריעותא קמייתא דלשון יזכה דהוי ק"ד. לא הורע כחה רק מצד מה שכתוב בשטר תיבת מעכשיו. אבל לא הורע כחה מטעם דסתם קנין הוי כמעכשיו וגם לא מצד מ"ש בשטר דלא כאס' וכו'. וכמבואר הכל לעיל:

עוד איכא טעמא אחרינא לאלומי כח מתנה זו ולאורועי כח ריעותא זו דק"ד. ממ"ש בשטר וחי"ע חו"ג וקבלו וכו'. ובלשון חיוב הוי אתן ק"ד. כדמשמע מדברי הרשב"א שהביא הב"י סי' קצ"ה מחו' כ' שכ' דכל שקנו מידו אע"פ שלא אמר בל' חיוב דקנין מילתא אלימתא היא ומתקן הענין וכאלו מחייב עצמו באותו דבר שאמר ליתן. ובסו"ד כ' שהקנין מחזק הענין כאלו מחייב עצמו ליתן ע"ש. אלמא פשיטא ליה דחיוב ודאי מהני באתן ולא אתא אלא לאשמועי' דגם ק"ס הוי כחיוב. וכן מוכח ג"כ ממ"ש הב"י שם מחו' יב' שכ' וז"ל יש מהגאונים שאמרו דכל לשון עתיד שאעשה כך או שאתן כך הוי ק"ד ויש מי שאומר דכל האומר אתן כו"ך לאו ק"ד הוא אלא הרי הוא כאלו קנו מידו בחיוב אותו סך ע"כ. משמע דבלשון חיוב ודאי דמהני. וכ"כ הסמ"ע סי' ס' ס"ק י"ח וז"ל ואפי' לדעת האומרים דאם קנו מידו ליתן או אתן לא קנה דהו"ל ק"ד וכמ"ש מור"ם בשמו לקמן סי' רמ"ה ס"א מ"מ בזה שחייב נפשו ליתן לזה הכל מודים דקנה וכ"מ מהגהת מורם שכ' בסמוך על שטר שכתוב בו מחמת שנתתי וכו' וז"ל אבל לא שעבד עצמו להתחייב עכ"ל דמשמע הא שעבד עצמו להתחייב הא חייב אפי' בלשון נתתי אף שלמ"ד זה נתתי הוי כמו אתן וק"ל. ע"כ. והעתיק דבריו הש"ך סקכ"ד ולא חלק עליו:

ואחר נשיקת הרצפה נוראות נפלאתי מה דמות יערוך ה' הסמ"ע ז"ל נתתי לאתן. והלא בפי' השולח ד' מ' אמרינן ת"ר האומר נתתי שדה פ' לפ'. נתתיה לפ'. הרי היא שלו. אתננה לפ' ר"מ אמר קנה וחכ"א לא קנה. והביאו הב"י ריש סי' רמ"ה. הרי דלא פליגי ר"מ וחכמים אלא באתננה. אבל בנתתי מודים חכמים לר"מ דלא הוי ק"ד. אלא שדברו חכמים בהווה. ובבא להקנות השדה בלשונות הללו עסקינן. ולא בדרך הודאה. ולכך

אמרו בגמ' האי האומר דקתני כותב הוא. וכדפי' הר"ן הביאו הב"י שם אלא דפליגי שם הרמ"א והרשב"א ז"ל. דהרשב"א ס"ל דע"כ לק' רבנן דאתננה הוי להבא אלא בקנין שטר. אבל בק"ס דעדיף טפי ומתקן הענין מודו דמהני וכמש"ל משם הה"מ והרשב"א. וההמ"ה ס"ל דק"ס לא עדיף מקנין שטר. וכמו דבקנין שטר לדעת חכמים לא מהני דלהבא הוי. הן בק"ס. והן הן דעת האומרים שהביא הסמ"ע. אבל בנתתי אף בקנין שטר. כשהוא בא להקנות הוא לשון הווה. ובסי' ס' לא איירי מר"ן הש"ע בהאי ריעותא דק"ד כלל ולא הוזכר בדברי מר"ן שם כ"א מה שטען שמעון שלא היו בידו הק' זהובים ואין אדם מקנה דבר שלב"ל. ומר"ן הוסיף עוד לומר שאם הזהובים הם מטבע שנושאים ונותנים בהם אין מטבע נקנה בחליפין. וע"ז הגיה מור"ם אבל לא שעבד עצמו להתחייב. אבל האי ריעותא דק"ד לא נזכרה שם כלל אפי' ברמז דלא שייכא שם כלל. דלכ"ע נתתי הוי הווה ואפי' בקנין שטר. וכעת צ"ע:

איך שיהיה מדברי הסמ"ע מבואר דבלשון חיוב לא הוי אתן ק"ד:

גם הרב מהר"י אירגאס ז"ל סי' כ"ט כ' וז"ל עוד מטעם אחר אין בזה ק"ד והוא משום דשעבד גופו ונכסיו והקנין על שעבוד גופו חל מיד ולא ק"ד הוא וכמ"ש מהרא"ש בסי' קלג' ובעל לחם רב בסי' קמ"ז ק"ן ור"ח וריי"ח ע"כ. וכ"כ הכנה"ג חו"מ סי' ר"ג הגה"ט אות ל"ג משם סיעת האח'. והגם דבסו"ד כ' וז"ל אבל מהרש"ך ח"א סי' ק"א נראה כחולק בזה ובביאור הוכיח הרב ז"ל בח"ג סי' ע"ד מתשובת הרשב"א שהביא רבינו ב"י סי' ר"ו שאפי' נשתעבד ונתחייב למכור וקנו מידו לא מהני דהוי קד' ועי' במהר"ש הלוי ח"מ סי' ד' ע"כ:

הרי הכנה"ג אה"ע סי' נ"א כ' דמהר"ש הנ"ז רצה להכריח מתשו' רשב"ץ דהאומר אני מתחייב שאתן לפ' כו"ך לא מהני. והכנה"ג שם דחה דבריו. ועי' מהרא"ש סי' קל"ג שהכריח מתשו' הרשב"א שהביא הב"י סי' ס' דמחייב עצמו בקנין לא הוי ק"ד. וכ' שכן היא דעת הרמ"א שהביא הטור סי' קנ"ז ושכך היא דעת שאר כל הפוס' כולם כמעט אין בהם שום א' שיסבור שהקנין על השעבוד לא יועיל כמו אם קנו מידו מגופה של קרקע וכן ג"כ כמתחייב למכור או מתחייב ליתן. ופירש גם ההיא תשו' דהרשב"א שהביא הב"י בסי' ר"ו הנז' עד"ז. וכ' שהדבר מוכרח כן מדברי הרשב"א עצמו בתשו' הנז' ע"ש:

באופן דכיון דדעת מהר"מ מטראני ומהרא"ש והראד"ב והסמ"ע ומהרע"י בתשו' כת"י ומהרש"ח כולהו רבוותא ס"ל דבלשון חיוב לא הוי ק"ד כמ"ש משמם הכנה"ג סי' כ"ג אות ל"ג וכן דעת הש"ך ומהר"י אירגאס כמש"ל וכ"כ המט"ש סי' רמ"ה הגה"ט אות י"ט ז"ל בלשון חיוב שמתחייב לתת ודאי דמהני עדות ביעקב סי' ק"ן ד' ר"ס ע"ב הרב

אנג'יל סי' מ"ה אדרת אליהו סי' י"ט קרית מלך רב סי' ג' ד'. הא ודאי דהכי נקיטינן. ואין המוחזק יכול לומר קי"ל כמהרש"ך ומהר"ש הלוי. דלק"כ מהרש"ך אלא משום שהוכיח כן מתשו' הרשב"א שהביא הב"י בסי' ר"ו. וכבר מהרא"ש הוכיח שאין כן דעת הרשב"א מתשו' אחרות דידיה ושהדבר מוכרח ג"כ גם מההיא תשו' גופה וגם מהר"ש הלוי שרצה להוכיח מתשו' רשב"ץ פליג עליה רבינו הכנה"ג וכ' עליו וליתא ע"ש. וכ"כ ה' אורח משפט סי' כ"ה אות נ"ז וז"ל היכא שפוסק א' הבין ס' אחת כדעת פוסק אחר ומכח זה דן את הדין ובא רעהו וחקר וראה והכריח בראיות ברורות שמה שהבין אותו פוסק האחרון בדעת הפוסק הא' אינו אמת אין לצרפו אפי' לפוסק הב' לומר קי"ל כ"כ הכנה"ג סי' ע"א הגב"י אות ג"ל ע"ש:

ומהאי טעמא. אין לערער ג"כ אהאי שטרא מהריעותא הב' דקי"ל אין מטבע נקנה בחליפין כמ"ש סי' ר"ג. דהיינו דוקא כשאין כאן לשון חיוב. אבל אם יש לשון חיוב מהני: **והגם** דמצינו להכנה"ג בתשו' סי' קס"ד שכ' וז"ל ואפי' תימא דאף בזה נתחייב בלשון חיוב. הא דמטבע נקנה בלשון חיוב במחלוקת היא שנויה ומחלוקתם תלוי בההיא דר"פ הנושא חייב אני לך מנה בשטר הביאה הרב בעה"ט בחו"מ סי' מ' ומהר"מ איסרלס ז"ל בסי' צ"ב הסכים דלכ"ע מהני וכן מוכיחין דברי הסמ"ע בסי' י"ב אות י"ט וכ"כ מהרש"ח ז"ל בתשו' סי' ס"ו ומהרח"ש בתשו' הובאה בס' משפט צדק ח"א סי' ב' אבל בסי' הנז' ד' ן' ע"ב מחב' ובסי' יו"ד ויז' כ' דכיון דאיכא פלוגתא דרבוותא המע"ה ועי"ש בסי' ל' ול"ו ובס"א סי' אב"ג ובמהרשד"ם חח"מ סי' כ"ט ושל"ג ע"כ. וכ"כ בתשו' סי' קס"ה וכ"כ בכנה"ג סי' ר"ג הגה"ט אות מ"ד:

מ"מ הרי מצינו לרבינו ב"י בסי' ס' סט"ו דס"ל דבלשון חיוב נקנין שכ' שם וזל"ה שהרי"ף מודה בההיא דהרא"ש שאדם יכול להתחייב בדבר שאינו חייב אע"פ שאין לו נכסים לפי שגופו ועצמו הוא מחייב ומש"ע וכו' וכן מצאתי להרא"ש שכ' בתשו' סוף כלל ל"ו צריך לדקדק בלשון שרגילין לכתוב אם כותבין אני נותן לפ' כו"כ מעות אגב קרקע קונה ואם בקנין חליפין בלא אגב אין מטבע נקנה בחליפין ואם כותבין חייב אני מנה לך בשטר חייב כדאיתא בר"פ הנושא וכו' ע"כ הרי שחלק בין מחייב לנותן. עכ"ל הרב"י:

ומלשון זה משמע ומוכח דהכי ס"ל. וכמו שיתב' להלן. וכן היא דעת מור"ם. שעמ"ש מר"ן שם בסי' ו' ראובן שהוציא שטר וכו' שנתתי לו ק' זהובים ושעבדתי וכו' אם הזהובים שבשטר הוא מטבע שנושאים ונותנים בו אין מטבע נקנה בחליפין ואם אין וכו' נקנים בחליפין אלא שצריך שיהיו ברשותו. ועמ"ש מר"ן ושעבדתי וכו'. הגיה מור"ם משם הב"י וז"ל אבל לא שעבד עצמו להתחייב ע"כ. דמשמע הא ש"ע עצמו להתחייב אף שאין

מטבע נקנין וא"ץ שיהיו ברשותו. וכדמשמע ליה להסמ"ע סקי"ח מדברי מור"ם הללו הב"ד לעיל. ומאחר דמר"ן בב"י ומור"ם במפה הכי ס"ל הכי נקטינן. דאנן בתריה דמרן בב"י. או בש"ע אזלינן. שכ"כ בפסקי הראשו' זלה"ה שהרב הרשב"א ז"ל שאל להרב מוהריב"ע זלה"ה ע"ז והשיבו לכו אל יוסף אף בהכרעתו בב"י לבד. והוב"ד אלו בדינים נפרדים שב"ס וי"ץ חח"מ אות כ'. ואזלינן ג"כ בתריה דמור"ם היכא דלא פליג אמר"ן כמפורש בפסקי הראשו' זיע"א ובחד מנייהו מלכי סגי. והכא הא איכא דעת שניהם וגם דעת רובא דרבוותא:

וחזיתיה להגאון החק"ל ז"ל חו"מ ח"א סי' לב' דכ' דבחיוב וקנין מהני כמ"ש הב"י בשם תשו' הרא"ש בסי' ס' וכן נקיט בפשוט מור"ם בתשו' סי' צ"ב ומר"ן ב"י בתשו' בדיני נישואין ובתשו' מהר"ש חיון סי' ט"ו ומהרח"ש הובא בתשו' משפט צדק ח"א סי' ב' ומהרשד"ם כ' דאין המתחייב יוכל לו' קי"ל. וכ' עוד החק"ל וכת' הרי לרש"י וריא"ז ור"ח שהביא הטור בסי' מ' שפירשו דהא דחייב אני לך מנה בשטר שחייב הוא מטעם הודאה מינה דבבא להתחייב מעכשיו אינו מועיל. גם זה אינו שכבר הכריע ה' משפט צדק דבחיוב וקנין כנ"ד כ"ע מודו. עוד כ' באמצע הסימן וז"לה אבל כעין נ"ד דבחיוב גרידא הא איכא ס' רש"י וריא"ז ור"ח דס"ל דאינו מועיל כ"א בהודאה והרי המתחייב מצי אמר קי"ל כרש"י וריא"ז ור"ח. אך בחיו' וקנין כ"ע מודו דמהני ע"כ. מבואר מדבריו שרש"י וריא"ז ור"ח שפירשו ההיא דפ' הנושא דחייב אני לך מנה בשטר דבהודאה איירי ולא בבא להתחייב ומינה דס"ל דחיוב לא מהני במטבע. ה"ד בחיוב גרידא בלא קנין. אך בחיוב וקנין כ"ע מודו דמהני. ואולם מדברי רבינו הכנה"ג בתשו' סי' קס"ד שהבאנו למעלה מבואר דלא כהרב. שהרי כתב שם בדף קצ"ז ע"א וזל"ה וכת' תינח שטרות אבל מעות במה קנאם בקנין לא קנאם דאין מטבע נקנה בחליפין ואי משום לשון חיוב הא דמטבע נקנה בלשון חיוב במחלוקת היא שנויה מחלוקתם תלוי בההיא דר"פ הנושא חייב אני לך מנה בשטר הביאה הבעה"ט ז"ל חו"מ סי' מ' וכו' ע"ש. הרי דהרב איירי בחיוב וקנין ואפ"ה כ' דמדי פלוגתא לא נפקא דלהנהו רבוותא דמפרשי ההיא דפ' הנושא מטעם הודאה ולא בבא להתחייב וס"ל דאין חיוב מועיל במטבע היינו אפילו בחיוב וקנין דבהכי איירי הרב. וכתב עלה דלא נפקא מידי פלוגתא:

ומצאתי לה' אורח משפט סי' ס' הגב"י אות ט' שכ' וז"ל חיוב בקנין אי מהני לקנות מטבע מדי פלוגתא לא נפיק ומצי המוחזק לומר קי"ל מורי הגאון מ"א בחק"ל מ"ב חו"מ סי' ג' סי"א ע"כ. ודברי הרב הללו הם כמ"ש הכנה"ג. אכן הם הפך דברי הרב גופיה

שהבאנו למעלה. ואנן אין בידינו חלק החק"ל ההוא שהביא ה' אורח משפט. כדי לראות הדברים בשרשן:

וכ"ז הוא באתרא דתפסי דגל הקי"ל. ולא סמכי אתכא דמר"ן. אבל אנן בתריה דמר"ן גרירנא. וכבר כתבנו דדעת מר"ן בב"י היא דחיוב מהני במטבע:

ואולם זאת מצאתי לרב אחרון פני יצחק. ח"מ סי' י"ט שחקר לדעת מה היא דעת מר"ן אי ס"ל דמהני לשון חיוב במטבע א"ל. ומתחילה הביא מכמה מקומות ואתיא מכללא דסי' ס' ס"ו ומ"ש מר"ן בב"י שם דמודה הרי"ף בלשון חיוב שהבאנו למעלה. דדעת מר"ן היא שחיוב מהני במטבע ושוב כ' דאין מכל זה ראיה חותכת. דמנה דקאמר מר"ן שוה מנה קאמר וכמ"ש איהו גופיה בב"י סי' רנ"ג בההיא דאם תלד אשתי וכו' באופן דאכתי אין בידינו אות ומופת חותך לומר ולהכריח בדעת מר"ן דס"ל דמהני חיוב למטבע וכו' עוד דבתשו' החק"ל חו"מ ח"ג סי' ג' וד' מבואר דאפליגו בדעת מר"ן תרי אשלי רברבי גדול הדור שלפנינו הגאון ה' החק"ל והגאון ה' מהר"מ סוזין. דהרב מהרמ"ש ס"ל דלא מהני ל' חיוב במטבע כלל וכ"מ שתמצא בדברי מר"ן לשון חיוב מנה צ"ל דשוה מנה קאמר. והרב החק"ל דחה דבריו וס"ל דדעת מר"ן דמהני והכריע כן מכמה מקומות. וזה הלכה העלה הרב פני יצחק. דיכול המתחייב לומר קי"ל כרבוותא דסברי דלא מהני לשון חיוב למטבע כלל וקי"ל כהרב מהרמ"ס ז"ל דס"ל הכי גם בדעת מר"ן עי"ש. וכבר כתבנו דאנו אין בידינו החלק ההוא של הרב החק"ל שכתוב בו פלוגתא דרבנן הנז'. ומ"מ האמת יורה דרכו דדעת מר"ן היא דמהני חיוב. וילפינן לה מההיא דסי' ס' שהבאנו למעלה. דהתם פליג הב"י ארבינו הטור וס"ל דהרי"ף לא איירי בלשון חיוב. וע"ז כ' וכן מצאתי להרא"ש וכו' ואם בקנין חליפין בלא אגב אין מטבע נקנה בחליפין ואם כותבין חייב אני לך מנה בשטר חייב כדאיתא בר"פ הנושא ע"כ. הרי שחילק בין מחייב לנותן. ע"כ דברי מר"ן הב"י. ומדכתב מר"ן אדברי הרא"ש הרי שחילק בין מחייב לנותן. אלמא ס"ל דהר"אש לאו בשוה מנה איירי אלא במטבע ממש ויש חילוק בין חיוב לנותן. וכן הוא האמת בפשט לשון הרא"ש ז"ל. דעמ"ש בתחילה אין מטבע נקנה בחליפין ולא איירי בשוה מנה אלא במטבע ממש. ע"ז כ' ואם כותבין חייב אני וכו' אלמא ס"ל דבמטבע מהני לשון חיוב. וכבר כ' הכנה"ג בתשו' ח"ב סי' מ"ו ובסי' פ"א דכשמביא בב"י איזה סברא ולא ערער עליה ולא כ' עליה חולקים כן הוא דעתו. ובפרט הכא דעל מה שחילק בדעת הרי"ף בין לשון חיוב. ע"ז מביא מהרא"ש שחילק כן. ונמצא לפ"ז שכן היא דעת שני עמודי הוראה לדעת מר"ן וכבר ידוע דאתכא דידהו קא סמיך. וכן מוכח מדברי מור"ם שם בסי' ו' שכ' מר"ן אם הזהובים שבשטר מטבע וכו' אין מטבע נקנה בחליפין.

ומורם הגיה שם משם רבינו הב"י אבל לא שעבד עצמו להתחייב ע"כ. דמשמע דדעתו היא ושכן היא דעת הב"י דאם שעבד עצמו נקנה המטבע. וכן משמע ליה להסמ"ע שם סקי"ח. ומאחר שכן הוא. הא ודאי דל"מ למימר קי"ל כה' מהרמ"ס ז"ל. ובפרט לדידן דגרירנא בתריה דמור"ם היכא דל"פ אמר"ן. א"כ הגם דנאמר דדעת מר"ן לא בריר לן ומדי פלוגתא לא נפקא. אפ"ה סמי מכאן דעת מר"ן. הא איכה דעת מור"ם וכ"ש הכא דמבואר מדברי מור"ם שכן היא דעת מר"ן בב"י וכן הם מעשים בכל יום דמקנין המטבעות בלשון חיוב ועוף לא צווח. צפור לא צפצף. וכן מצאתי פס"ד א' כת"י לחו"ר טיטוואן יע"א ב"ד של ארבע הלא הוא כמוס עמדי. הרב כמוהר"ר יצחק נהון זלה"ה ובית דינו שכתבו בפשוט שכן היא דעת מר"ן. וחו"ר עה"ק חברון תו' ב"ד של שלש כתבו ע"ד וזל"ה אולם הדרך הב' אשר כתבו כן כיון שהקנית הזכות לה כלשון חיוב מהני הוא הדרך הנכון והאמת והגם דרבה המבוכה בזה אי מהני לשון חיוב להקנות במטבע ויכול המוחזק לומר קי"ל כידוע כבר כתבו הרבנים הנז' היו דזו אינה משלנו אחר דאנן בדידן קבלנו עלינו הוראת מר"ן ז"ל והוא ז"ל פ' סי' מ' כרוב הפוס' וכמעט כולם דס"ל דההיא דפ' הנושא חייב אני לך מנה בשטר הוא אף בבא להתחייב ודלא כרש"י וסיעתו דס"ל דמיירי בדרך הודאה את"ד והנה אמת כי במ"ש הרבנים הנז' בדעת מר"ן ז"ל דמהני חיוב למטבע עינינו הרואות להרב הגדול ראש"ל כמוהר"מ סוזין ז"ל דס"ל בדעת מר"ן ז"ל דלא מהני חיוב למטבע וכל מקום שתמצא בדברי מר"ן לשון חיוב מנה צ"ל דשוה מנה קאמר כמ"ש בתשו' הוב"ד בס' חק"ל מ"ב חח"מ סי' ג' והגם דהרה"ג מע' הרב החק"ל ז"ל סתר דבריו והוכיח בראיות ברורות דמהני חיוב למטבע לדעת מר"ן ז"ל ולפי הנראה כי חזר בו הרב מס' המלך ז"ל כמו שיראה הרואה שם בס"ד דביטל דעתו נגד מי שגדול הגאון החק"ל ז"ל מ"מ כל חכם לב עיניו יחזו בס' חקי חיים למע' הרה"ג רבין חסידא גדול ירושלים סי' ט"ל וסי' מ"ה שחזר להורות כן בדעת מר"ן שאין מטבע נקנה בחליפין אפי' בל' חיוב ושני תשובות אלו המה מאוחרות הרבה לתשו' שבסי' חק"ל ז"ל ועי' בס' מים קדושים ס' ג' שתמה על הרב החסיד ז"ל שלא פקפק בזה עי"ש ועי' בס' פני יצחק לרב חביבא כמוהר"י אבולעפייא הי"ו חח"מ סי' י"ט ובאה"ע סי' י"ז שהאריך בזה וזו הלכה העלה דדבר זה במחלוקת הוא שינוי בדעת מר"ן ז"ל ויכול המוחזק לומר קי"ל כרבוותא דסברי דלא מהני חיוב למטבע כלל וקי"ל כהרה"ג מס' המלך ז"ל דס"ל הכי גם בדעת מר"ן ז"ל עש"ב אמנם במעט התבוננות הא ודאי בורכא היא כי הנה ידוע ומפורסם שהוראת הרה"ג מ"ע מוהרמ"ס ז"ל תמוהא היא מאוד כי בכמה מקומות בב"י ובתשו' אבק"ר ובתשו' אה"ע מבואר בהדייא דעת מר"ן ז"ל דמהני חיוב למטבע כאשר אסף

וקבץ אותם הגאון החק"ל ז"ל שם גם הרה"ג בס' חקי חיים ז"ל שם תמה ע"ד ע"ש ובודאי דאין לומר קי"ל כוותיה ועל מ"ש רב חביבא כמוהר"י אבולעפייא הי"ו שסמך עצמו אחר דגל הקי"ל בזה כבר הכו על קדקדו שני צנתרות הזהב הרבנים כמוהר"ב פינטו הי"ו וכמוהר"ר שמח גגין הי"ו הוב"ד בס' ישמח לב עש"ב ועי' להרב משנת דר"א ז"ל סי' ק"ה הוב"ד בס' ישמח לב הנז' דסוגיין דעלמא הכי אזלא דכל השטרות המה עולים בחיוב ושעבוד להקנאת המטבעות ומפקי ממונא בשופי ע"ש וזה ברור וא"ץ לפנים. עכ"ד. ועי' להרב וי"ץ ז"ל חח"מ ד' קע"ד שאחר שהביא דברי מר"ן בב"י סי' ס' ולהקת הפוס' דסברי דמהני חיוב במטבע. שוב כ' דאכתי לא פלטי מפלוגתא והביא תשו' הכנה"ג דסי' קס"ד וסי' קס"ה ודברי מהרשד"ם חו"מ סי' של"ג וה' משפט צדק סי' יו"ד ד' כ"ב ע"ש והיינו משום דתשובתו היתה לאתרא דתפסי דגל הקי"ל כמבואר שם בשאלה. ואולם לדידן דגרירנא בתר מר"ן ומור"ם כבר כתבנו דלדידהו ס"ל דמהני חיוב במטבע. וההיא דהגאון מהר"מ סוזין ז"ל דעת יחידאה היא:

ולחזק הדבר אערכה לפניך מ"ש הרב ישרי לב משם מהראנ"ח ח"א סי' ס"ז ומהר"י הלוי כלל ב' סי' י"א דפוסק שיש ס' בדבריו מסתמא יש לומר דס"ל כדעת המרובים. אף אתה אמור דהכא נמי דהגם דנימא דדעת מר"ן מידי ספיקא לא נפקא אי שוה מנה קאמר וכדעת ה' מהרמ"ס הנז' או מטבע ממש וכדעת ה' החק"ל וסיעתיה. אפ"ה כיון דדעת רובא דרבוותא ס"ל דחיוב מהני במטבע. מסתמא דעתו כדעת המרובים:

אך מ"ש ה' וי"ץ וז"ל גם ה' מהרשד"ם חו"מ סי' של"ג כ' וז"ל ועוד אני אומר אע"פ שקנו מידו שאין מעות נקנים בחליפין אע"פ שהיה אפשר לומר שבדרך חיוב אדם מתחייב ומשתעבד אפי' לדבר שלב"ל מי יודע איך היה החיוב ע"כ ומדכתב דין בדרך אפשר מ"ש דלא פסיקא ליה מילתא ע"כ:

עיין בהרב החק"ל ח"א סי' ל"ב שכתב דמהרשד"ם בסי' כ"ח נקיט בפשוט דחיוב מועיל במטבע ובדבר שלב"ל ובסי' רפ"ח כתב דהטור בסי' ס' כ' בדעת הרי"ף דחיוב ל"מ במטבע. וע"ז כ' החק"ל. הנה מלבד דאין הכרח כדברי הטור שהבין כן בדעת הרי"ף וכמ"ש הב"י הרי גם לדבריו יחיד הוא בדבר זה ובסי' של"ג כ' דאע"פ שהיה אפשר לומר דבדרך חיוב מתחייב אדם במטבע ואפי' לדבר שלב"ל מי יודע איך היה החיוב הנה מ"ש בדרך אפשר כיון דלדעתו הרי"ף חולק לזה מ"מ כבר כ' בסי' שע"ג דמ"מ אין המתחייב יוכל לו קי"ל וכת' הרי לרש"י וריא"ז ור"ח וכו' העתקנוה למעלה] ע"כ:

הרי דדעת מהרשד"ם היא שאין המוחזק יכול לו' קי"ל. דלההיא פלוגתא דרש"י וריא"ז ור"ח שפירשו בההיא דפ' הנושא חייב אני לך מנה מטעם הודאה ולא בבא להתחייב

דלדידהו לא מהני חיוב במטבע. דהרשד"ם ס"ל דלפ' אלא בחיוב גרידא. אבל בחיוב בקנין כ"ע מודו. וכההכרעת ה' משפט צדק בסי' יו"ד ויו כאשר כ' החק"ל משמו. הב"ד למעלה. אלא משום דאכתי לא פלטינן מדעת הרי"ף לדעת הטור בסי' ס' וכמ"ש מהרשד"ם בסי' רפ"ח. לזה כ' בסי' של"ג היה אפשר. ויען שהיא דעת יחיד וגם אין הכרח לפ' הטור כדפליג עליה הרב"י שם. לכן פסק בסי' שע"ג דאין יוכל לומר קי"ל ובסי' כח נקט בפשוט דמטבע נקנה בחיוב:

גם מ"ש ה' וי"ץ וז"ל וה' משפט צדק סי' יו"ד ד' כ"ב ע"א כ' וא"כ בנ"ד נמי אע"פ שמטבע אינו נקנה בחליפין הרי היה יכול הסופר לכתוב לשון חיוב וכו' והוא אמר שיכתבו בכל לשון של זכות ויפוי כח וכו' א"כ הטעות בא מן הסופר וכו' וא"ת ניחא לדעת הנהו רבוותא דסברי דההיא דפ' הנושא דחייב לך מנה בשטר דבבא להתחייב מיירי משמע דמטבע נקנה בל' חיוב אכן לדעת התו' ור"ח דסברי דבהודאה מיירי דאם לחיוב במה נקנים משמע דבלשון חיוב אינם נקנים המטבעות וכו' לזה נאמר דאחר דיש קנין ג"כ יודו דנקנין גם אלין רבוותא ואפי' דנאמר דיחלקו ג"כ מ"מ אחר שכתו' בשטר חמישית מנכסיו נקנים המטבעות וכו' ע"כ. מבואר מדבריו דאפי' בקנין דוקא כשכתב מנכסיו אמרינן דשוה קאמר אבל כשמקנה לו זהובים מספקא ליה לשון חיוב לדעת התו' ור"ח. ע"כ:

ואהמ"ר לא ידעתי היכן מבואר כן בדברי ה' מש"ץ דספוקי מספקא ליה לדעת התו' ור"ח. שהרי משתמען מלוהי דהיכא דאיכא חיוב בקנין כ"ע מודו. וכמ"ש הגאון החק"ל בח"א סי' ל"ב להדייא שכן הכריע הרב משפט צדק. וכמש"ל. ומ"ש הרב משפט צדק ואפילו דנאמר דיחלקו וכו' אינו אלא לרווחא דמילתא:

מעתה נדעה נרדפה לאותה ריעותא ג' שהקנו לזרעם אחריהם דור ג' וקי"ל אין אד"מ למי שלב"ל. דהא ודאי ההיא ריעותא אלים כחה לנתוש ולנתוץ. כח מתנה זו. והגם דאיכא לשון חיוב. מידי פלוגתא לא נפקא. כדאשכחן בתשו' רבינו בצלאל סי' י"א ד' מ"ז ע"ד שאחר שהביא דברי מהריב"ל דח"ב סי' כ"ד שכ' דאלת"ה היכי מצי לחייב עצמו להחזיר ליורשים שאינם בעולם וכדאמר בגיטין בפ' קמא גבי מעמד שלשתן וכו'. כ' אשתמטתיה לרב ז"ל הא דכ' הרב בעה"ט בחוה"מ סי' ס' וז"ל והמחייב את עצמו בדבר שלב"ל או בא לעולם ה"מ כשהקנה לו בל' מכר או בל' מתנה אבל בלשון חיוב חייב לפיכך וכו' ע"כ וזהו מוסכם מכל בעלי הוראה ז"ל וכו' ע"ש:

והרב משה"ר מע' אות ח' תמה על רבינו בצלאל וכו' דאין הדמיון וזיווגם עולה יפה דבשלמא המחייב עצמו בדבר שלב"ל איכא למימר אע"ג שהדבר לא בא לעולם הא מיהא

גופו ישנו בעולם להתחייב אבל לכשיתחייב לדבר שלב"ל מה יושיעינו זה שהמתחייב ישנו בעולם. וכ' עוד שגם ה' בני יעקב ד' פט' ע"א וד' צ' תמה ע"ד רבינו בצלאל והכריע כדעת ה' מהריב"ל ושכן דעת ה' ב"ד חו"מ סי' י"ב ואולם ה' גו"ר ז"ל כלל ד' סי' ד' דף ס"ז ע"ג כ' בפשוט כדברי רב"ץ יע"ש:

והרב וי"ץ ח"ב ד' קע"ב ע"ד כ' וז"ל ומה שיש להסתפק הוא אם יזכו אחריו זרעו או נימא כיון שלא היו בעולם בשעת המתנה לא זכו ותחזור המתנה ליורשי הנותן והגם שכתו' בשטר איך אני מחייב עצמי ונכסי וכו' לקיים כל פו"פ וכו' א"כ אחר שמצינו במקנה דבר שלב"ל שאם כ' בלשון חיוב קנה נימא דה"ה נמי למי שלב"ל וכן מצינו להרב מהריב"ל ח"ב סי' כד' וכ"כ ה' גו"ר ח' אה"ע כלל ד' סי' ה' מ"מ כנגד זה מצינו להרב מהרימ"ט ח"א סי' ל"ח דמקנה למי שלב"ל גרע ממקנה דבר שלב"ל ואף בל' חיוב ל"מ וכ"כ בח"ב חו"מ סי' פ"א הב"ד ה' בעל ערך השלחן סי' ס' אות ל' וכן הביא שם מפוס' אחרים יעו"ש באופן דלשון חיוב הכתו' בשטר לא יגהה מזור לפרט זה. ע"כ:

הנה מ"ש ה' דס' מהריב"ל כ"ד היא דשויין מקנה למי שלב"ל למקנה דבר שלב"ל. הוא מן התימא. והרי לפניך תשו' רב"ץ שהבאנו למעלה דהרב מהריב"ל בסי' הנז' לא ס"ל כן. ואולי שט"ס יש. ועוד תמיה אני על ה' משה"ר ז"ל וה' וי"ץ ז"ל איך נעלם מנייהו מלכי שכן היא דעת מר"ן ז"ל בסי' ס"א ס"ד שכתב וז"ל ואפי' כתוב בו שנתחייב לכל מוציאו בין יהודי בין עכו"ם ודוקא שהמוציא היה ילוד בשעת הלואה אבל אם נולד לאחר מכאן לא דלא היה יכול להשתעבד למי שלב"ל. ע"כ והיא דעת הרשב"א סי' תתקנא הביאה רבי' הב"י שם. וכ"כ בסי' ס"ו סכ"ו וז"ל י"א שאם כ' לוה למלוה משתעבדנא לך ולכל דאתי מחמתך ומכרו למי שהיה נולד בשעת הלואה שוב אינו יכול למחול. וכ"כ הכנה"ג בסי' ס"ו הגה"ט אות ג' וז"ל אם כתוב בשטר ששעבד הלוה למלוה עצמו ולכל מי שיבוא עליו בשטר זה יכול לגבות ממנו כל מי שיבוא עליו בש' זה ריא"ז הוב"ד בשה"ג. ובאות ד' כ' וז"ל אם הבא עליו בשט"ז לא היה בעולם בשעת השעבוד אינו יכול לגבות ממנו כלום ריא"ז שם:

והמט"ש סי' ס"ו הגה"ט אות ז' כ' וז"ל אם הבא עליו בשט"ז לא היה בעולם בשעת השעבוד אינו יכול לגבות ממנו כלום. ריא"ז הביאה הכנה"ג ולא זכר שר שדין זה הביאו מר"ן ז"ל לעיל סי' ס"א ס"ו בשם הרשב"א ז"ל ופסקו בס' הקצר שם ס"ד ונישנית כאן סכ"ו. ע"כ. ואין שכחה לפני כסא כבודו. כי דברי מר"ן הרי שלחן ערוך לפניך ולא נצרכה אלא להביא מן החדש ללקט אורות המפוזרים. איך שיהיה. דעת הרשב"א וריא"ז ומר"ן ומהריב"ל ומהרימ"ט והרב"ד וה' בני יעקב והמשה"ר דלא מהני לשון חיוב במקנה למי

שלב"ל והכי נקטינן. ודלא כמ"ש רב"ץ וה' גו"ר וכ"כ הרב שער אשר ח"ב סי' כ"ו ד' נ"ה ע"ב משם רבני עה"ק ירושלם דרבו האומרים דלא קנה אף בלשון חיוב ושכן היא דעת מר"ן בש"ע סימן ס"א:

ויען דבהאי שטרא איכא כמה לישני שפירי. שכ"כ והוע"ה וכו' וכתחז"ל וכו' ומינו אותנו איש וביתו הנ"ל ש"ג לכתו' ולחתו' שט"ז בכל לשון ש"ז ויפוי כח המועילים לקיומו וכו':

הנה כי כן צריכין אנחנו לברר אם יש כח בהני לישני לחזוקי ולקיומי כח מתנתא דא ולהחליש כח הנהו תלתא ריעותי דאית בה. דרבה המבוכה בין הפוס' אי הני לישני שפירי מהני לתקוני כל ריעותי דאשתכחו בשטרא אם לאו:

והנה רבינו הב"י בסי' ע"א כ' וז"ל והריטב"א כ' בתשו' דבר התלוי בתנאי וכו' ואינו נכלל בלשון כחומר כל שטרי אלה דברים שאין הסופר בקי בדקדוקן ודברים שהם תחת הכלל וכו' וכ"כ רבינו האיי בתשו' האי מאן דמקבל עליה למכתב שטרא בכל לישנא דזכותא אע"ג דלא ידע ספרא לאחזוקי כראוי כיון דכתיב ביה ואחריות שטרא דנא קבלית עלי כחומר כל שטרות דנהיגי בישראל קיים לכל כללי דתחות ענייניה וכו' ע"כ. ומור"ם במפה סי' ס"א ס"ד הביא דברי רבינו האיי להלכה. ומהרשד"ם ז"ל חח"מ סי' כ"ח על שטר דאית ביה תנאי דאית ביה אסמכתא כ' וז"ל עוד טעם ג' וגדול הוא שהרי כתוב בתחילת השטר הוו עלי עדים וכתבו בכל לשון של זכות ויפוי כח וכו' וכ' הריטב"א בתשו' הביאה הב"י סי' ע"א וז"ל דבר וכו' וכ"כ רבינו האיי וכו' ע"כ וכ"כ רבינו ירוחם נתיב ד' ח"א התשו' של רבינו האיי ז"ל ובשטר זה שאנו עומדים עליו כתב שצוה ואמר כתבו בכל לשון ש"ז ויפוי כח והנה כ' הרמב"ם ז"ל בסוף פי"א מ"ה מכ"י סדר נכון וישר לסלק כל ערעור מאסמכתא והוא כשיכתוב הודה פ' איך הוא חייב לפ' וכו' יעויין במקומו ומעתה אני אומר וכו' ואם לשון שטר זה כמו שהוא אינו מחוייב לראובן נמצא שבא הטעות מן הסופר שהרי הוא צוה שיכתוב בכל לשון ש"ז ויפוי כח וא"כ אחר שאפשר לכתוב על אופן של זכות שלא יהיה בו גרעון כלל מאסמכתא וע"ז נטל ק"ג וש"ח נלע"ד שזכה שמעון בדינו וחייב ראובן לשלם וכו'. ע"כ:

ומור"ם בד"מ סי' רי"ב כ' וז"ל וכ' המרדכי פ' מ"ש ששאל רבינו שמחה את רבינו ברוך על שטר שלא היה כתוב בו קנין הפירות כראוי שלא הקנה לו קרקע לפירותיו אלא נתנו לו כח ליקח הפירות של קרקע והשיב אחרי שכ' בשטר המתנה שנתנו לו כח בפירות של קרקע בק"ג מעכשיו אג"ק וקבלו עליהם ככל שטרי פירות העשוים כתיקון חכמים נמצא שהעדים מעידים שהשטר נעשה כתיקון חכמים ותיקון חכמים הוא להקנות קרקע לפירותיה. ע"כ. ופסקו במפה שם סס"א וז"ל ש' שלא היה כתוב בו קנין פירות כראוי

רק כתוב בו שנתן לו כח ליקח הפירות כתיקון חכמים הרי הודה שהקנה לו כתיקון חכמים ויש לפרש שנתן לו בלשון המועיל ע"כ:

ורבינו הטור בסי' רמ"א ס"יד גבי תנאי כפול כ' משם הרא"ש ז"ל וז"ל יש לדקדק אם יש בשטר תנאי כפול או בסוף השטר וקנינא מניה כחומר כל תנאים וקניינים העשויים כתיקון חכמים וכו' ע"כ. ופסקו מר"ן שם סי"ב וז"ל בד"א כשהיה תנאי זה כדין וכו' או שכתוב בסוף השטר וקנינא מניה כחומר וכו':

וחזיתיה לה' מעשה חייא ס' ט' שכ' וזל"ה דמאי דכ' הרא"ש דמהני אין הפירוש דאף שלא נעשה הדבר בפועל כתחז"ל אחר שהקונה נטל קנין שיהיה חומרו וחוזקו כדבר הנעשה כהוגן וכתחז"ל הרי הוא כמוהו וכפ"ז הם דברי העדים אל נוטל הקנין אשר יתחייב ויטביע מכח קניינו החומר ההוא אף שבפועל לא נעשה כי זה הוא ק"ד ותו לא מהני כי לא נעשה אינו ישנו אמנם פי' דברי הרא"ש דמהני הוא כי יודה שנעשה הדבר כהוגן ואף שבלשון השטר בסיפור והודעת העדים הדברים שעברו לא הזכירו דרך פרט מ"מ הודעו דנעשה הדבר בפועל בסוף השטר דרך כלל ואחר שהעדים הם מעידים שנעשה בפועל כסדר וכתיקון חז"ל מפיהם אנו חיים וניתן להם האמנה וכו' וא"כ בנ"ד בנושא אשר כזה אשר אין דרך לחז"ל להקנות מתנה כזו מהטעם הנ"ל דהוי דשב"ל אף שהאריכו למעניתם וקנינא כחומר וכו' לא הועילו כי אם כוונתם שנעשה הדבר בפועל כתיקון דקני שגו ברואה שאין דרך להעשות ואם כוונתם שרצו להתפיס ולהטביע חומר הדבר הנעשה כתיקון בנושא הזה אף שאין בטבעו צודק אותו התיקון פקו פליליה כנז' כי אין ההתלות וההתפסה מועילים לעשות אינו ישנו והוא ק"ד וכו' ע"כ:

ומהרשד"ם חח"מ סי' רס"ב כ' וז"ל עוד שנית אומר שהרי כתוב ורצו הממונים הנז' שיסודר לקונה שטר מכירה מוח' בכל חיזוקי סופרי ב"ד ובכל תוקף בארוכה לעצת ולראית ת"ח גם לבסוף כ' מכי' גמו' שו"ק חתו' וחלו' עם התנאים הנז' ומלת התנאים הנז' חוזר לכל הנז' בתנאים הידו' לת"ח וכ"כ הרא"ש בתשו' אחר שהכריח דבממון נמי בעינן תנאי כפול וכל משפטי התנאים וז"ל הילכך יש לדקדק בשט"ז וכו' או כתוב השטר וקנינא מניה כחומר וכו' ע"כ א"כ אף אנו נאמר בנ"ד נמי כיון שמעיקרא כ' ולראית ת"ח היודע לעשותם בכל משפטם ובכל תקותם ע"כ:

והכנה"ג סי' רמ"א הגה"ט אות ע"ה כ' דמהרשד"ם בההיא תשו' דסי' רס"ב והרב מעשה חייא פליגי אהדדי. ופשוט הוא. ונמצינו למידין דלדעת ה' מעשה חייא אם לא נזכר הקנין בפועל בפרט אלא שקבל עליו כחומר וכו' בדרך כלל לא מהני. ולמהרשד"ם מהני. ואחזה אנכי דלדעת ה' מעשה חייא ז"ל בפי' דברי הרא"ש ז"ל. א"כ הרא"ש פליג אההיא

דרבינו האיי ז"ל והריטב"א ורבינו ירוחם ומר"ן שהביא דבריהם להלכה בב"י סי' ע"א ומור"ם שפסק כן במפה. וגם מהרשד"ם בההיא תשו' דסי' כ"ח שלמד מדבריהם לנד"ד דאיירי באומר כתבו בכל לשון ש"ז וכו'. דלדברי ה' מעשה חייא הא ודאי דלא מהני לשון זה כיון שלא נזכר הקנין בפועל כאשר יראה הרואה בדבריו כפשוט. וכ"כ ה' בית דינו של שלמה ח"מ סי' א' דלדעת הרב מעשה חייא לא מהני האי לישנא דנותן דאומר כתבו בכל לשון וכו' ע"ש. ואולם לדבריהם דרבנן רבינו האיי והריטב"א וסיעתם הא ודאי דמהני לשון זה. וכדיליף לה מהרשד"ם בסי' כ"ח. מדבריהם. וכן נראה בפשוט ממשמעות דברים. שהרי הריטב"א כתב ואינו נכנס בלשון כחומר כל שטרי. אלא דברים שאין הסופר בקי בדקדוקן וכו'. וכן רבינו האיי כ' האי מאן דמקבל וכו' אע"ג דלא ידע ספרא וכו' ומאחר דלא ידע ספרא הוי אומר דלא נזכרו. ואם נזכרו בטעו' הוי כלא הוזכרו. ואפ"ה ס"ל דמהני לשון זה שהוא קנין דרך כלל:

ומאחר דמר"ן ז"ל הביא דבריהם בב"י. הגם דלא העלה דין זה על שלחנו. אנן אתכא דידיה קא סמיכנא אף על מ"ש בב"י לחוד. והגם דמצינו לאיזה מהאחרונים דערערו ע"ז כאשר יעויין בספרתם אנו אין בידינו אלא המקובל מאבותינו ורבותינו הראשו' זיע"א דהלכתא כוותיה דמר"ן בין בב"י בין בש"ע ולא איכפת לן אם לא העלה על שלחנו כידוע. וכבר כתבנו לעיל משם הכנה"ג דאם הזכיר מר"ן בב"י איזה סברא ולא הביא חולק עליה ולא קרא עליה ערער שכן היא דעתו. ובפרט דמור"ם במפה פסקה להלכה ואנן נגררין בתריה היכא דאינו חולק על מר"ן. והכא הא איכא דעת שניהם:

ומעתה נתברר לנו דלית הלכתא כהרב מעשה חייא במ"ש דכשלא נזכר הקנין בפרט הגם שנכנס בלשון כלל כגון שהקנו ממנו שקבל עליו כחומר וכו' או כתחז"ל וכו' לא מהני:

אלא דאכתי בעי חיקור דין מה היא דעת מר"ן גם במאי דפשיטא ליה להרב מעשה חייא דכשהעדים מעידים שנעשה כתחז"ל מהימנן להו הגם שלא העידו בדרך פרט. אי גם מר"ן ס"ל דמהימנן להו או לא. דממ"ש בס' רמ"א וקנינא מניה כחומר וכ'. הגם דפשט משמעות לשון זה הוא דהוי לישנא דסהדי שמעידים שהקנו ממנו כחומר וכו' ור"ל שהקנין היה בפרט ומעידים בדרך כלל. וכדפי' ה' מעשה חייא. מ"מ הא איכא דעת ה' מהרשד"ם בסי' רס"ב דיליף מניה לנד"ד שקנו לעצת ולראיה ת"ח שהמכר יהיה קיים עם התנאים ושיהיו התנאים נעשים כמו שמתנה אותם ת"ח היודע לעשותם בכל משפטם ובכל חוקותם. והגם שלא נזכרו משפטיהם וחוקותיהם בפרט. דמוכח דס"ל לפרש דמ"ש וקנינא מניה כחומר וכו' היינו דקנו מניה בדרך כלל ולעולם לא נזכר הקנין בפרט. וכ"כ ה' בית דינו של שלמה ח"מ סי' א' ד' קל"ג ע"ג דאחר שהביא דברי הרא"ש

שהביא רבינו הטור סי' רמ"א כ' וז"ל לכאורה יש פתחון פה ללמוד מזה דכשהעדים מדברים בשם עצמן מהני כתחז"ל ולדידי מהא נמי לא אירייא דאם איתא להא הכי הו"ל למיכתב שנעשה הדבר הזה כחומר כל תנאים וכו' מדכתב וקנינא מניה כחומר וכו' מוכח דהכי קאמר שקנו מידו שקבל עליו כחומר וכו' והדברים ממשמשין ובאים בשם הנותן שקבל עליו לשון זה דכחומר וכו' וכן מתבאר מדברי מהרשד"ם בתשו' סי' רס"ב על נ"ד שכתב ורצו הממונים הנז' שיסודר וכו' לעצת וראית ת"ח וכו' ע"כ הרי מתבאר מדבריו שהדברים ממשמשין ובאין משם המקנים דאלו הוה בלשון העדים צריכין אנו לומר שהעדים ביארו בפירוש מה הם משפטי התנאים והרב ז"ל כ' שסמכו על ת"ח היודע ולא בחנו דבריהם הא אין עליך לומר אלא שהדברים בשם הנותן וכיון שקבל עליו לראית ת"ח דיו וא"ץ לפרש משפטי התנאים בפירוש כמש"ל. עכ"ל:

ואם כן לא איתפרש לן דעת מר"ן בזה דאשכחנא דפליגי בה רבוותא בלישנא דסהדי היכא שמעידים שנעשה כתחז"ל ולא העידו שהקנין היה בפרט אי מהני אי לא שכן מצינו בס' פ"מ ח"ב סי' י"ד שהרבנים מהרד"א ומהרש"ג ז"ל בתשו' דברי הרשד"ם ז"ל אהדדי דבסי' כ"ח תקן המתנה כטופסי דשטרי ואלו בסי' רמ"א דחה תשו' רבינו ברוך בשתי ידים וס"ל דלשון זה אינו מועיל וה' מהרד"א ז"ל כתב לחלק בין כשהעדים מדברים משם הנותן לכשמדברים משם עצמם. והעדיף כשהעדים מדברים משם הנותן שאמר להם כתבו בכל לשון של זכות אז גזר אומר דהאי לישנא מספיק לתקוני תברי דשטרא כיון שהנותן רצה שיסודר בלשון המועיל והעדים הם שטעו שלא כתבו התיקונים המועילים ובכי הא הוא דכ' מהרשד"ם סי' כ"ח דהך לישנא דכתבי בכל לשון של זכות מתקן אך כשהעדים הם המדברים מצד עצמם שנעשה כתיקון המועיל אז לא תוסיף תת כחה דמי יודע אם העדים כוונו לכך ובכי הא הוא דכתב מהרשד"ם בסי' רע"א וש"ט. ע"כ תורף כוונתו באופן ראשון:

ומהרש"ג ז"ל מיחליפא שיטתיה ואזיל לאידך גיסא דאדרבא מעדיף כשהעידים הם המדברים בשם עצמם שמעידים שהשטר נעשה כתיקון חכמים יש לומר שבכלל עדותם הוא שמעידים שאף אם לא נכתבו בשטר בפרטות כל פרטי ההקנאות מ"מ כך היו שהנותן פרט אותם בעת שהקנה מתנתו להמקבל אלא שלא חשו לכותבם בפרטות תוך השטר והיא הויא ההיא דרבינו ברוך שהביא המרדכי פ' מ"ש שהביאה מהרשד"ם בתשו' הנז' אך כשהם מעידים משם הנותן שאמר להם לשון זה דכתבו כל לשון של זכות אין בכלל עדותם שהנותן פרט דרכי ההקנאות רק שאמר להם לשון זה דכתבו כל לשון זכות בכלל וכיון שהנותן לא פרט בפרטות אופני ההקנאות לא מהני ולא מידי. ע"כ.

והסכים עמו ה' כ"מ שם. והוכרחו לתרץ בהנהו תשו' דמהרשד"ם ז"ל כפי האופן הב' דמהרד"א שחילק דשנה ושנה כשהריעותא הוא מחמת הלשון כגון ההיא דמהרשד"ם דסי' כ"ח שלא היה ריעותא בקנין מצד עצמו רק מטעם אסמכתא והאסמכתא הוא מחמת לשון כל דאי אז לשון זה דכתבו לשון של זכות מהני דלחיסור לשון מהני הך לישנא לתקוני אך הנהו דסי' רע"א ודסי' ש"ט שהקנין מצד עצמו לא היה קנין המועיל דאתיליד ביה ריעותא אז אין כח בהני לישני לתקן הענין ע"כ ת"ד. ועי' בפ"מ ח"א סי' ס"ו

המבואר מדבריהם דרבנן. דמהרד"א ס"ל דעדיף לישנא דנותן מלישנא דסהדי. ובזה אתו שפיר תשו' הרשד"ם אהדדי. דההיא דסי' כ"ח איירי שהמתחייב אומר כתבו בכל לשון של זכות. ולזה אף דלא נכתב האופן של זכות אין קפידא בכך. שהרי בעל דבר גמר ומשעבד נפשיה לכל צד ואופן של זכות דתקון רבנן הגם דאיהו והעדים לא ידעי מאי תקון רבנן. משא"ך בההיא דסי' רע"א שהוא לישנא דסהדי דלס' רבינו ברוך מהני. בזה קאמר מהרשד"ם דליתא להא דרב ולא מהני. והט' משום דאנו צריכין לומר שבשעת הקנין פירשו להדייא תקנת חכמים. ומאן לימא לן דבההיא שעתא כוונו לכך. ואולם לדעת הרב מהרש"ג והפ"מ ס"ל דטפי עדיף לישנא דסהדי מלישנא דנותן תגדל התימא על מהרשד"ם דבסי' רע"א דאיירי בלישנא דסהדי דטפי עדיף אפ"ה פליג וס"ל דההיא דר"ב לאו אליבא דהלכתא היא. וא"כ אמאי בסי' כ"ח דאיירי בלישנא דנותן שהוא גרע טפי כ' דמהני. לזה הוכרחו לתרץ כפי האופן הב' דמהרד"א ז"ל דההיא דסי' כ"ח לא היה ריעותא בקנין מצד עצמו. אבל כשהריעותא באה מחמת גוף הקנין אין כל הלשונות הללו מעלים ומורידים:

וכי תימא לפ"ז צריכין אנו לומר ג"כ דאי אפשר לברר דדעת מר"ן ומור"ם היא דלישנא דכתבו ותנו מהני מדהביאו דרבינו האיי להלכה כמש"ל. שהרי לדעת מהרש"ג והפ"מ דס"ל דלישנא דסהדי עדיף ס"ל דע"כ לא קאמר מהרשד"ם בסי' כ"ח דכתבו ותנו מהני ומילף יליף לה מההיא דרבינו האיי אלא היכא דליכא ריעותא בקנין וליכא אלא חיסור לשון כההיא דאסמכתא. ולדברי הפ"מ שם דוקא באסמכתא כאשר יראה הרואה שם. וא"כ מוכרחין אנו לומר לדרך זו. דס"ל למהרשד"ם דבזה איירי רבינו האיי והריטב"א ורבינו ירוחם. דא"א לומר דפליג עלייהו. וא"כ הוא. מי יוציאנו מספק זה דגם מר"ן הכי ס"ל:

הא לאו מילתא היא. שהרי מצינו להרב מהר"ש לאניידו ז"ל סי' א' שאסף וקבץ להקת נביאים ראשונים ואחרונים דפליגי על הפ"מ ז"ל וסיעתו וכ' שם דהרא"ה בס' גו"ר ח"ב כלל ה' סי' ה' שכתב דאשתמיט מנייהו דהרבנים הנז' תשו' מהרשד"ם סי' ש"א ובס' זרע

אברהם ח"ב ח"מ סי' ר' תשו' למהר"ר חיים עשאל ז"ל הרבה להקשות על הפ"מ בחילוקו ועל מהרש"ג והנאהו חילוק מוהרד"א ז"ל. וכ' עוד ואנן בדידן שמהרשד"ם גופיה שכתבו מה שכתבו לדעתו חולק עליהם ממ"ש בסי' ש"א וכמש"ל וגם ה' בעל לחם רב והרב בעל בני אהרן ומוהר"י הלוי וה' בעל משפט צדק וה' רבנים שעמו מהרש"ל ומהרא"ש ומהרח"ש ומהרשי"ץ ומהרש"ח ובודאי דאלו חזו ליהו הפ"מ וסיעתו הוו הדרי. וכ"כ ה' כרם שלמה דאלו שמעי הוו הדרי. ולדעתי מהראנ"ח וגם הרמב"ן ז"ל ור"ח פליגי עלייהו דהפ"מ וסיעתו. עוד כתב ולדעתי כי אין לומר בזה. דבמחלוקת היא שנויה כיון שהפ"מ וסיעתו לא הביאו דברי הראשו' שכתבנו וחלקו עליהם וא"כ יש לנו לומר דאשתמיט מנייהו ואי הוו חזו להו הוו הדרי בהו. ע"כ ת"ד:

וכן מוכח גם מההיא דמהרשד"ם דסי' רס"ב דפ' הכנה"ג דתשו' זו פליגא אההיא תשו' של ה' מעשה חייא וכמש"ל. וכיון שכן הוא. הא ודאי דמסתמא אנו אומרים שכן היא דעת מר"ן. ועי' מ"ש לעיל משם הרב ישרי לב:

ואפילו נאמר דסוף סוף מיד' ספיקא לא יצאנו שהרי רבוותא האומרים כן רבים וגדולים הם ולאו קטלי קני באגמא הוו חו'. וא"כ נימא דניחוש דדילמא גם מר"ן הכי ס"ל ולא פלטינן מידי ספיקא. מ"מ הרי מצינו למור"ם שכ' בסי' רי"ב וז"ל שטר וכו' הרי הודה שהקנה לו כתיקון חכמים וכו' כמביא למעלה. ומשתמען מלוהי בפשוט דאיירי בלישנא דנותן ואנן בתריה דמור"ם גרירנא היכא דלפ' אמר"ן להדייא. וכ"ש הכא דרובא דרבוותא הכי ס"ל וכמש"ל:

ואין לתמוה על מור"ם ז"ל דמאחר דקא יליף ליה להאי דינא מההיא דר"ב שהביא המרדכי. א"כ אמאי כתב האיי דינא בלישנא דנותן שקבל וכו' והלא ר"ב איירי בלישנא דסהדי שכן מבואר בדברי הפ"מ ז"ל בין בחילוקו של מהרד"א בין בחילוקו של מהרש"ג כאשר יראה הרואה שם. דלדידי חזי דמשתמען מלוהי דר"ב דאיירי בלישנא דנותן שקבל וכו'. שהרי בלשון ר"ב שהעתיק הד"מ הבאנו דבריו למעלה. כתוב שכ' בשטר המתנה שנתנו לו וכו' וקבלו עליהם וכו' כתק' חכמים. נמצא שהעדים מעידים שהשטר נעשה כתיקון חכמים וכן הוא הלשון במרדכי גופיה. ור"ל שהעדים מעידים שהנותנים קבלו עליהם כתק' חכמים. שאין הכוונה לומר שהם מעידים שהם עשו להם תקנת חכמים שהוא לישנא דסהדי דלשון וקבלו וכו' לאו הכי משמע. וא"כ אי קשיא על הרבנים הנז' ז"ל הוא דקשיא. דלשון וקבלו לא אתי שפיר לפירושם. וכ"כ ה' בית דינו של שלמה בסי' א' ד' קל"ה ע"א משם ה' תורת חסד למהר"ר חסדאי הכהן ז"ל רבו של הפמ"א ז"ל שכ' וזל"ה דיש מי שרצה להליץ עליו. שמהרשד"ם הבין להההיא דרבינו ברוך שאין הדברים

באים משם הנותן שקבל עליו חומר שטר זה כתחז"ל אלא העדים הם מעידים בלשון עצמן שנעשה כראוי ומשו"ה דחאה להההיא דר"ב ובזה אין לתמוה על מהרשד"ם וכ' שפירוש זה דחוק בדברי ר"ב מצד הלשון שכתו' וקבלו עליהם כחומר וכו'. וכן הסכים ה' בית דינו של שלמה שם בפירוש דברי ר"ב מדקדוק לשון וקבלו וכו' וז"ל בדף קל"ב ע"א דהכי פירושו דמאחר שהעדים מעידים שנעשה כתחז"ל והיינו ע"י שקבלו עליהם המקנים ככל שטרי העשוים כתחז"ל וכו' וסעד לזה מצאתי בה' המפה בסי' רי"ב שהביא דברי רב בזה"ל שטר וכו' הרי הודה שהקנה לו וכו' הרי שמפני הודאתו של בעל דבר היינו דאהנייא ואף שכתב וי"ל שנתן לו באו"ה לאו למימרא שפירש במתנתו מהו או"ה אלא לומר באיזה אופן שיהיה המועיל גמר ומשעבד נפשיה ואע"ג דלא ידע מה הוא ע"כ: **והמשה"ר** מע' א' סוף אות ו' הביא ההיא דר"ב והשמיט בהעתקה לשון וקבלו וכו' ותמה וכ' וז"ל אלא שאני רואה שינוי מדברי ר"ב לדברי מור"ם דר"ב תלה זייניה בהעדאת העדים שהעידו שעשו כהוגן אמנם מור"ם תלה כיפי במה שהודה שהקנה לו כתיקון חכמים ולא כהעדאת העדים ובשטר שכתוב בו שראובן נתן לדור בביתו וקנו ממנו ע"ז כ' מור"ם שם. שיש לפרש שקנה ממנו בענין המועיל עכ"ל מלשון זה מוכח דקאי אהעדאת העדים משמע מזה דדעת מור"ם דלא שאני לן בין אם אמר הנותן שנתן לו באו"ה ובין אם אמרו העדים המעידים שעשו באו"ה דבתרווייהו מוקמינן המתנה ביד המקבל ולא מרעינן לשטרא ובסי' רמ"א סי"ב פ' מר"ן שאם כתוב בסוף השטר וקנינא מניה כחומר וכו' מהני לקיים התנאים ע"ש הנה מדברי מר"ן הש"ע למדנו דכשהעידים מעידים שקנו ממנו כתי' חכמים ומדברי מור"ם למדנו בהודאת הנותן והעדאת העדים שוים לטובה להעמיד השטר בחזקתו וכו' ע"ש:

ואחד הרואה בדברי הרב ז"ל במע' הלזו. עיניו יחזו. מסגנון ושטחיות דבריו כי המציא לנו דרך אחרת בפי' דברי מור"ם. דהכוונה במ"ש הרי הודה וכו'. אין הכוונה שהודה שקבל כמו שכתב לעיל. אלא ר"ל שהוא מודה דרך כלל שהקנה לו כתי' חכמים ונכנס בהודאתו שהקנה לו בפרטיות. באו"ה. והיינו דכ' מור"ם ויש לפרש שנתן לו באו"ה. ומפרש ג"כ דברי ר"ב דאיירי בלישנא דסהדי שמעידים שהנותן נתן לו כתק' חכמים בדרך כלל ונכנס בעדותן שפרטו דרך ההקנאה. וכמ"ש מהרד"א לדעת מהרשד"ם וכן היא דעת הפ"מ כאשר יראה הרואה שם בדבריהם. וכן מפרש ג"כ בדברי הרא"ש שהביא מר"ן בסי' רמ"א סי"ב דהכוונה היא שהעדים מעידים דקנו מינה כחומר וכו':

ועפ"ז דין הרב בנד"ד שהיה כתו' בשטר והכל היה בקש"מ בכל אופן תי' רז"ל. וכתב הרב והלשון הזה נראה שהעדים מעידים שהכל נעשה בכל אופן תי' רז"ל וכו' ודומה למ"ש ר"ב וכו' ע"ש:

ואנן בעניותין כבר כתבנו דמידי פלוגתא לא נפקא דמהרשד"ם בסי' רס"ב מפרש לדברי הרא"ש דהיינו שהעדים מעידים שקבל עליו הנותן כחומר וכו'. ולהרב מעשה חייא איירי שהעדים מעידים שנעשה כחומר גם כתבנו דגם בפי' ר"ב פליגי רבוותא דאיכא דמפ"ל בלשון העדים וכמ"ש הפ"מ. וכמו שכן היא דעת המשה"ר במע' הלזו. ולעומת זה האיכא רבוותא דדחיקא להו לפרש כן ממאי דכ' וקבלו וכו' ומפרשי דהכוונה היא שהעדים מעידים שקבלו כתחז"ל. וכמש"ל משם ה' תורת חסד וה' ב"ד ש"ש. וכן מוכח ג"כ מדברי מהרש"ח בסי' י"ג שהביא ההיא דרב"י על נד"ד שכתו' בשטר שאמר הנותן כתבו בכל לשון ש"ז. וכבר כתבנו דאיכא פלוגתא בין רבוותא. דאיכא מ"ד דלא מהני לישנא דסהדי משום דאנו צריכין לאמר שפרטו הקנין ומי יאמר דידעי ובחנו בכך אבל לישנא דנותן שקבל וכיוצא מהני דגמר ומשעבד נפשיה לכל מילי. ואיכא מ"ד דאדרבא לישנא דסהדי עדיף דודאי פרטי ליה לקנין ומהימנן להו. אבל לישנא דנותן שקבל ל"מ כיון דלא נפרט הקנין וכיון שכן איך החליט הרב לומר דדעת מר"ן ומור"ם דלישנא דסהדי מהני. ורבים לוחמים בפירוש דבריהם ורובא דרובא סברי לאידך גיסא:

גם מה שהוכיח מדברי מור"ם שכ' ש' שכתוב וכו'. אהמ"ר לא זכיתי להבין דבריו דמה ענין זל"ז. דשאני ההיא דלישנא דסהדי כיון שמעידים בדרך כלל אפשר לומר דס"ל דלא מהני דדילמא לא ידעי ולא בחנו דרך תח"זל וכמש"ל. אבל בההיא דקנין באחרונה דיש חילוק בין האומר קנו ממני שאני נותן לו לדור בביתי דאז הקנין קאי אדסמיך ליה שהוא הדירה ול"מ. ובין האומר אני נותן לו לדור בביתי וקנו ממנו דאז הקנין אדס"ל שהוא הבית לדירה ומגופה של קרקע קנו מידו. ולזה ש' שכתו' בו שראובן נתן לדור בביתו וקנו ממנו. הרי מעידים שהקנין היה באחרונא ובודאי דמהימנן להו שכר היה כשאר כל העדויות:

איך שיהיה לכאורה אפ"ל דנקוט מיהא. דמאחר דהמשה"ר ז"ל אזיל ומפרש בדברי מור"ם דאיירי בהודאה הנותן שהודה שנתן לן באו"ה ונכנס בהודאתו שפרט ההקנאה וס"ל למור"ם דר"ב איירי בהעדאת העדים אלא שהוא תלה כיפי במה שהודה משום דס"ל דהודאת הנותן והעדאת העדים שוים הם. א"כ לצד דבאנו לחוש להנך רבוותא דס"ל דלישנא דסהדי עדיף. א"כ גם דעת מור"ם מידי ספיקא לא נפקא דאפשר דכוונתו כהמשה"ר ודלא כמו שהוכחנו למעלה:

ואולם בתר ההשקפה פורתא. הא ודאי לאו מילתא היא והט' דאף דלשון מור"ם סובל ב' הפירושים ולפי פי' ה' ב"ד ש"ש הוו דברי מור"ם כדברי ר"ב שממנו חוצבו ואין שינוי ביניהם. משא"כ לפי המשה"ר וכמ"ש איהו גופיה שכ' אלא שאני רואה שינוי לא אסיק אדעתיה האי פירושא ואי אסיק אדעתיה הדר. דאין מדרך הפוס' להעתיק דברי הפוסק ולשנותו מאופן לאופן:

ולדידי חזי לי. כי המשה"ר גופיה הדר הוא במע' ל' אות ג' דשם האריך ה' למעניתו בענין זה והביא לנו דברי רבינו האיי ז"ל ורבוותא דעמיה. ואח"ך הביא דברי ר"ב וכ' עליו מדבריו למדנו דאזיל ומודה לדעת הגאון דהאי לישנא דקביל עליה לכתוב כשטרי דנהיגי בישראל וכתחז"ל היינו תקנתייהו לתקוני ההקנאה לפי מאי דסליק בדינא. וע"ז הביא דברי הרא"ש שהביא הטור סי' רמ"א. ושוב הקשה תשו' רשד"ם אהדדי ומתרץ ליה כחילוקו של מהרד"א דעדיף לישנא דנותן מלישנא דסהדי. והקשה שם על מר"ן בש"ע שהשמיט ההיא דרבינו האי וכ' וז"ל והנכון אצלי דמר"ן ז"ל כבר יצא י"ח מדין זה במ"ש בסי' רמ"א גבי משפטי התנאים דהיכא דכתיב בשטר כחומר וכחוזק וכתחז"ל התנאי קיים ומשום דאורחיה דמר"ן ז"ל סירכיה דהטור ז"ל נקיט ואזיל והטור ז"ל כ' לתשו' הלזו שם לכך התם רהוטי רהוט מר"ן ז"ל אבתריה וקבעה להלכה שם והגאון והרא"ש ז"ל אמרו דבר א' לענין דינא ע"כ ע"ש. באופן דהמבואר בדבריו שם דרבינו האיי והרא"ש ור"ב כולם אמרו דבר א' וכולהו אייריי בנותן שקבל כחומר וכו' או כתחז"ל. ועי"ן רואה בדברי הרב שם. שעל דברי ר"ב כ' שפסקו מור"ם. וע"ד הרא"ש כ' שפסקו מר"ן ולא כ' שם שיש שינוי בין דברי מור"ם לדברי ר"ב. ואם הכא נמע' א' שאין ביניהם כ"א שינוי בעלמא אבל לענין הדין שוין הם יען דהודאת הנותן כהעדאת עדים. אפ"ה נדחק מזה וכ' אלא שאני רואה שינוי וכו'. הכא במע' ל' דמצינו לו דפי' דר"ב אייריי בנותן שקבל וכשיטת רבינו האיי וגם כ' דעדיף לישנא דנותן מלישנא דסהדי א"כ אפ"ל דר"ב ס"ל דל"מ העדאת עדים או הודאת נותן. ואי ס"ל דמור"ם מייריי בהודאת נותן הי"ל להקשות בכח ע"ד מור"ם. אלא ודאי מדשתק ולא ערער הא ודאי דס"ל דדברי מור"ם בהודה שקבל וכדברי ר"ב ממש וכפי' ה' ב"ד ש"ש:

כלל העולה דכשהדברים ממשמשין ובאין משם הנותן כגון שאמר כתבו ותנו בכל ש"ז וכו' או שהעדים מעידים שהנותן קבל עליו כחומר וכו' או כתחז"ל. לשון זה מהני לרובא דרבוותא. ומר"ן ומור"ם בהדייהו וכמש"ל. ואע"ג דהנותן והעדים לא ידעו מה היא תחז"ל אפ"ה איהו גמר ומשעבד נפשיה לכל מאי דתיקון רבנן. ומועיל לשון זה לתקן כל ריעותי דשטרא הגם שלא נכתב בשטר קנין המועיל. ועי' כנה"ג סי' ר"ג הגה"ט אות ל"ח שכ'

וז"ל אפי' אין כתוב מעכשיו כל שכתוב ואמר כתבו בכל לשון זכות ויפות כח לכ"ע לא הוי ק"ד וקנה. משפט צדק ח"ב סי' יו"ד. הראד"ב סי' קצ"ג. ובאות מ"ח כ' כתוב בשטר וצוה ואמר כתבו בכ"ל זכות ויפוי כח אפי' מטבע נקנה בחליפין. ע"כ. ואע"ג דהכנה"ג שם בסו"ד כ' וז"ל ובתשו' כתי' למהר"ר עזריה יהושע ז"ל כ' כיון דאיכא פלוגתא אי מהני לישנא דכהוגן וכתי' חז"ל להשלים ההקנאה הצריכה המע"ה וכ"ש אם אין כתוב כהוגן וכתי' חז"ל אלא שכתוב כתבו בכל לשון זכות ויפוי כח. ע"כ. אנן אבתריה דמר"ן ומור"ם גרירנא. וכבר ביררנו מספרן ש"ץ דהכי ס"ל:

מעתה בשט"ז שכתו' ומינה אותנו איש וביתו הנ"ל ש"ג לכתוב ולחתום שט"ז בכל לשון ש"ז ויפוי כח המועילים לקיומו וכו'. לשון זה אלים חיליה להחליש הנך תרי ריעותי. ההיא דק"ד וההיא דמטבע:

ואולם ההיא ריעותא ג' דקי"ל אין אדם מקנה למי שלב"ל אכתי אלימתא היא ואין כח בהני לישני להתיש כחה וטעם הדבר הוא. דאין הני לישני יכולים לתקן אלא במידי דתיקון ביהו רבנן קנין באיזה אופן המועיל אלא שלא נזכר האופן המועיל ההוא בשטר ההוא אז אמרינן כיון דאיכא הני לישני הרי גמר ומשעבד נפשיה לאותו או"ה וכתו' בשטר בדרך פרט דמי. ואולם כאשר יהיה האופן כה"ג דאנן קיימין ביה דהקנו למי שלב"ל דלית תקנתה להקנאה זו מדרבנן דאף בלשון חיוב לא מהני כמש"ל. א"כ מה יועילו הני לישני. דלא קמשעבד נפשיה אלא לתקנתא דרבנן. ועי' במהרשד"ם סי' כ"ח שהב"ד למעלה שמבואר כן בדבריו שכ' והנה כ' הרמב"ם וכו' וא"כ אחר שאפשר ליכתב על אופן של זכות וכו' ע"ש. וגם ה' מש"ץ סי' יו"ד העתקנו דבריו למעלה משם ה' וי"ץ כ' וז"ל וא"כ בנד"ד נמי אע"פ שמטבע אינו נקנה בחליפין הרי יכול הסופר לכתוב לשון חיוב והוא אמר שיכתבו בכ"ל ש"ז וכו' ע"כ. וה' פ"מ ח"ב סי' י"ד ד' כ"ז ע"ב כ' וז"ל ולא עוד אלא דבנ"ד אף מהרש"ח יודה דהאי לישנא אינו מעלה ומוריד לגבי ההקנאה שהקנה בדשב"ל שהוא במה שעתיד לקנות עד עת פטירתו דלגבי הך מילתא אין תקנה דאף דנתקון לישניה ונימא דבלשון חיוב נתן הנותן מכח הך לישנא אכתי אפי' בלשון חיוב אינו מועיל כיון דהוי דבר שאין לו קצבה וכו'. ע"ש. וה' ב"ד ש"ש בסוס"י א' כ' וז"ל ועוד דכל האי מילתא דנד"ד לית לה תקנתא בדרבנן בשום אופן שהרי עיקר התק' הוא בלשון חיוב והכא לא מהני כיון שמת קודם שבא לעולם וכג"ד לית לה תקנתא כלל וא"כ מאי אהני לן דכתחז"ל דהא לית לה תקנתא דרבנן ע"כ. וה' וי"ץ ח"ב ד' קע"ד ע"ג כ' וז"ל אלא דעם כל זאת לא יצאנו ידי חובתינו בזה דתינח לגבי מלוה בשטר דאמרינן שהקנה אותם בכתו"מ כדינו וגם לגבי הממון שהוא ברשותו אמרינן שהקנה אותו אג"ק וכ"כ

פקדונות שביד אחרים אבל לגבי מע"פ שחייבים לו שאין להם שום הקנאה כ"א במע"ג מה יועיל מ"ש בשטר כל הני לישני שפירי ע"כ. באופן דדבר זה פשוט הוא בספרן ש"ץ אין צריך להאריך בו:

מעתה נשאר לנו לברר מהו הדין מחמת חומר השבועה הכתו' בשטר. ואי מהני התרה דעבוד אי לאו:

והנה ידוע דשלש מחלוקות בדבר. דאיכא מ"ד דשבועה משוה קנין. ואיכא מ"ד דלא משוה קנין אך חייב לאשלומי מכח השבועה. ואיכא מ"ד דקנין אין כאן שבועה אין כאן. ודעה א' היא דעת ה' השואל מהריב"ש סי' של"ה. ודעה ב' היא דעת הריב"ש. והב"ד הסמ"ע סי' ר"ז סקנ"ג. ודעה ג' הביאה הכנה"ג סי' ר"ז הגב"י אות ר"ח. ועי"ש אות ר"ט. ועי' בסי' ס' הגב"י מאות נ"א ואילך:

ומור"ם במפה סי' ר"ט כ' וז"ל ואם נשבע לקיים המקח אע"פ שלב"ל צריך לקיים שבועתו כדלעיל סי' ר"ז סי"ט וסי' ע"ג ס"ח ומיהו אינו נקנה בקנין ולכן אם לא נוכל לכוף אותו לקיים שבועתו כגון שמת אין הקנין כלום וכן אם שאל על שבועתו. ריב"ש סי' של"ה. ע"כ. ולדעת הסמ"ע בסי' ר"ז סקנ"ג דבאסמכתא וכל דבר שהקנין מועיל. השבועה עושה קנין. אבל בדשב"ל ודכוותיה דאין הקנין מועיל אין השבועה עושה קנין ולא השווה מור"ם ההיא דאסמכתא למ"ש בסי' ר"ט אלא היכא דליכא באסמכתא קנין כ"א שבועה. וחלק עליו הב"ח והש"ך סקכ"ז שהריב"ש לא השיב כן אלא לדעת השואל אבל ליה לא ס"ל ע"ש:

וממ"ש הריב"ש סי' של"ה וז"ל ומ"ש הרא"ש ז"ל בתשו' במי שהקנה לתת לחבירו מחצית מה שירויח דאע"ג דאין אדם מקנה דבר שלב"ל אם נשבע להשלים חייב וחבירו קנה דינו אמת שחייב להשלים מכח שבועתו כדי לקיימה וכו' אבל לומר שקנה מן הדין ושהשבועה תקיים הקנין ותעשה מה שלב"ל כאלו בא אין זה נכון ואין ראוי להבין זה מכוונתו. ע"כ. ובסי' שמ"א כ' וז"ל ומה תאמר בההיא שכ' הרא"ש ז"ל במי שהקנה לחבירו מחצית מה שירויח וכו' ואם כדבריך שהשבו' מקיימת הקנין לא היה לר"ב ז"ל להאריך בלשונו ולומר שחייב להשלים וחבירו קנה אלא לומר אם נשבע להשלים קנה והייתי יודע דכיון שקנה חייב להשלים מן הדין וגם כדי לקיים שבועתו אבל נראה שכוונתו ז"ל היא דאע"ג דאין הקנין מועיל מה"ד חייב להשלים כדי לקיים שבועתו וכופין אותו להשלים וחבירו קנה מכיון שהשלים. ע"כ:

מדברי הרב הללו מבואר דדעת ה' השואל היא דאף בדשב"ל וכיוצא דאין הקנין מועיל. השבועה משוה קנין. ובסי' שמ"ד כ' שאלת להודיעך דעתי בראובן הקנה קנקן של יין

משמעון בכו"כ המדה ולא משך זולתי שטוען שמעון כי נשבע לו ראובן לפרוע לו כל מה שיעלה לזמן פ' וראובן משיב איני נזכר משבועה זו והרני חוזר בי כי לא היה ביניהו לא קנין ולא מעות ושמעון אומר ישבע שאינו נזכר וכו'. וע"ז השיב הרב כבר כתבתי לך דעתי פעם אחרת דאין השבועה מקיימת הקנין אלא שחייב להשלים מכח שבועתו כדי שלא יעבור עליה וכו' אבל במה שאין בו חיוב ממון כלל בשום מקום אע"פ שב"ד מנדין אותו עד שיקיים שבועתו אין זה חיוב ממון וכשכופר אין משביעין אותו אבל לפי דעתך שהשבועה שנשבע להשלים מקיימת הקנין כמו שכתבת בדין האסמכתא וגם בכאן כתבת שהרי כשיודה ישלם אם כן לפ"ז הרי כאן תבי' חיוב ממון וכו' ע"כ:

מובאר מדברי הרב. דדעת ה' השואל היא דאף דליכא קנין כ"א שבועה לחוד אפ"ה נקיט ואזיל דהשבו' משוה קנין. וא"כ מוכרחין אנו לומר. דע"כ לא קאמר הסמ"ע אלא לדעת הריב"ש ומור"ם לפום מאי דס"ל להסמ"ע דהריב"ש אזיל ומודה לדידיה דהרב השואל דאזיל כדעת ר"ת. וה' ב"ד ש"ש ז"ל ח"מ סי' א' הב"ד הסמ"ע הנז' וכ' וז"ל אלא שבב"ח הרבה להקשות עליו והעלה דאף לענין אסמכתא אף אי קנו מניה בקנין ונשבע אין השבועה עושה קנין ואפי' אם תפס מפקינן מניה וכן הסכים הש"ך וכ' שכן נ"ל עיקר והא ודאי דכוותייהו נקטינן דבתראי נינהו והלכתא כבתראי. ע"כ:

ולפ"ז הוברר לנו דעת מור"ם דאזיל ונקיט כהריב"ש. דס"ל דאין השבו' משוה קנין אף באסמכתא וכל דבר שהקנין מועיל. ואף בדאיכא קנין ושבועה. ועי' כנה"ג סי' כ"ז הגב"י אות ר"ו דפליגי רבוותא בדעת הר"מ שהביא מר"ן שם סי"ט אי ס"ל כהרב השואל אי כהריב"ש. וה' ב"ד ש"ש בסי' הנז' האריך למעניתו בענין זה ואסופה דמילתא כ' וז"ל וא"כ רבים אשר אתנו דס"ל דהשבועה אינה עושה קנין לדעת הר"מ ולא נשאר לנו אלא דברי מהרשד"ם דסי' כ"ח וקע"ה אבל בסי' רע"ד כ' בהפך כמש"ל וא"כ ודאי דמר"ן ז"ל ס"ל כרבים בדעת הר"מ ומה גם דסגי לן בתרי גברי רברבי למימר קי"ל וכמ"ש הכנה"ג בסי' כ"ה בכללי הקי"ל דפוסק שסובלים דבריו ב' פירושים יכול המו"ח ל' קי"ל כהאי פוסק כפי זה הפי' יעו"ש באות י"ט ע"כ:

וכתב ה' המט"ש סי' ס' הגב"י אות מ' גבי פלוגתא דרבוותא דפליגי אי קנין אין כאן שבועה אין כאן וז"ל ולענין הלכה לכאורה נראה דכיון דמידי פלוגתא לא נפקא הו"ל כשאר מחלוקת דבעלמא דכל דיש ב' מסייעים למוחזק מצי למימר קי"ל ואף דהכא הוי המחלוקת אי מצי לומר קי"ל או לא הא קי"ל דאפילו הכי מצי למימר קי"ל כמבואר בכללי הקי"ל והגם דאיכא חומר שבועה וכה"ג ס"ל לרבוותא דאם כשאומר קי"ל עובר על שבועתו לא מצי למימר קי"ל כמ"ש בכללי הקי"ל סק"ס כבר מבואר דבמידי דאיכא

דררא דממונא מצי למימר קי"ל וכמ"ש ג"כ הרב לב שמח ז"ל בדף ע"א מ"מ יד עניי אנן ואין בנו כח להכריע אחר דכבר עמד ע"ז הרב כנה"ג ז"ל בתשו' ח"א סי' ע"ג וסגר לנו המדבר דאעפ"כ סוגיין דעלמא אזלא הכי ע"כ:

והרה"ג מוריב"אע זלה"ה הוב"ד בסי' מוצ"ב הנד"מ ח"א ס"פ ע"ח אחר שהביא פלוגתא דרבוותא בזה כ' וז"ל האמנם לא אשתמיט שום פוסק דלימא שהשבועה גומרת הקנין לעשותו קנין גמור וכמ"ש הריב"ש שמ"א ושאר דוכתי וא"כ מאי דנהוג השתא ספרי דווקני לכתוב קנין למ"ש ושבו' למ"ש היינו כדי לאפוקי נפשין מפלוגתא לבל נאמר שהשבו' היא לזרז הפירעון וקנין אין כאן וכו' אבל לומר דבמ"ש למ"ש נעלה אותה גם עלה שתועיל לעשותו ק"ג זו לא אמרה אדם מעולם. ע"כ. וכ"כ הרה"ג מוהריב"ץ זלה"ה שם ד' ע"ט ע"ב וזל"ה דלשון זה מועיל שלא נאמר שהשבו' באה לזרז הקנין לבד ותלויה היא בו ואם הקנין אינו מועיל גם השבו' לא תועיל לכך כ' קנין למ"ש ושבועה למ"ש. ע"כ. וכן מבואר בדברי הרב מוהריב"ם ז"ל המובא שם:

העולה ממ"ש דאין השבו' משוה קנין. ואולם בעי לאשלומי מכח חומר השבועה ולא אמרינן קנין א"כ שבו' א"כ דהכי אזלא סוגיין דעלמא. ובפרט בשטרי דידן דכתבינן כ"א למ"ש. ואם נשאל על שבועתו מהני לדעת ר"ת דס"ל דנדר שהוא להנאתו של חבירו אע"פ שאין מתירין אותו אלא מדעתו וב"ד דמזדקיק ליה לאו שפיר עביד מ"מ אם התירוהו בדיעבד מותר לו וכמ"ש הריב"ש סי' של"ה והב"ד הסמ"ע סי' כ"ז סקנ"ג ופסקו מור"ם סי' ר"ט ס"ד. ועי' מ"ש מר"ן בש"ע יו"ד סי' רכ"ח שכ' דסתם שם כדעת ר"ת ז"ל. וא"כ בנ"ד כיון דנשאלו על שבועתם והתירוה מהני ואף לדעת הסמ"ע אחר דהו' הקנין למי שלב"ל:

וכל מה שכתבנו בהנך תלת ריעותי דק"ד ודמטבע וקנין למי שלב"ל. הוא לפי הדרך הא' שדרכנו בה בפי' לשון השטר שכתבנו דבאומרם ואז יזכו וכו' כוונתם היא ליתן הקרן לדור ג'. ואולם ספרי דווקני דהאי שטרא המה בחרו להם הדרך הב' דאין כאן מתנה כלל אלא הנחלה ממשמשת ובאה מדור לדור אכן בכח הקוש"ח קבלו עליהם וע"ז וכו' שלא יהנו מן הקרן עד אשר יגדל דור ג' ואז הוחלה השבו'. ויען כי יראת ה' על פניהם מחומר העדות לא החליטו להעיד בדבר להדייא אף כי קרוב להם הדבר מאד מאד שמעשה שהיה כך היה. ולדרך זה אריה דשבו' הוא דרביע עלייהו. וכיון דנשאלו על שבועתם והתירוה מותרת וכמש"ל והדרך הג' שכתבנו דאין כאן כ"א ריצוי שנתרצו לעשות וכל דברי הש' הנז' נמשכים אמלת נתרצו ביניהם הכתו' בהצעת השטר ואין הריצוי מתנה אלא שלא יוכלו למחות זב"ז מלעשות כן והשתא שחזרו שניהם אין כאן אפי' איסור שבועה. הדרך הזה מצאנוהו שגיא כח בתשו' ה' מעשה חייא ז"ל סי' ט'

שדן ה' שם בתנאי כתו' שהתנו איש ואשתו וז"ל התנאי עוד התנו ביניהם החתן והכלה ונתרצו שכ"א מהם שישאר בחיים ישלוט בכל הנכסים שימצאו כנ"ל ובתנאי שלא יוכל שו"א מהם להורישם לשום איש בעולם אע"פ שיהיה יורש גמור אבל מעו"מ כ"א מהם היינו החתן והכל"ה מניחים ליורשיהם רביע סק'ודו ובזה עוקרים הירושה מהם ורוצים בכוונה מוחלטת שמכל הנכסים שימצאו להם אחרי מות א' יקנו קרקעות ומפירותיהם שירויחו היינו כל הפירות שירויחו יחלקום בין ישיבות צפת ובין חברת קברים וקופה של צדקה וכו' ככל התנאים האלו נתרצו החתן והכל"ה כבגו"ר וכו' וכחומר כל שטרי וכו' וקנינא אנן סהדי מן החתן והכלה וכו'. וע"ז כ' הרב וז"ל גם יראה מטעמא אחרינא דתנאי הכתו' לזכות העניים והישיבות אין בו ממש כי לא הוזכר שום מתנה כי אלו נאמר והנכסים אשר ישארו אחרי מות א' מהם יקנו מהם קרקעות וכל פירותיהם יחלקו לישיבות וכו' הוי לשון מתנה אמנם הוסיפו והאריכו לגרוע באמור ורוצים בכוונה מוחלטת שהנכסים וכו' ומלת יקנו ויחלוקו מוסבות אל הריצוי דקודם שיתרצו במי שיעשה כן אמנם אינם מצוים שיעשה כן והמתרצה בדבר לא יקרא נותן או מצוה ול"מ להרמב"ן ודעמיה דס"ל גבי קידושין דהאומר ע"מ שירצא אבא היינו שלא ימחה ויהיה פי' בנד"ד מילת ריצוי שלא ימחו בעושה מתנה זו וכו' ובודאי דלא עדיף האי לישנא מהכותב אתננו שדה זו לפ' דלא קנה כדכ' הרמב"ם פ"ד מה' זכייה והטור סי' רמ"א אבל אמר אתננו אפי' אם קנו מידו לא קנה דק"ד הוא ולא מחייב לקיומיה וגרע ודאי דאם אמר אתננו מעכשיו קנה וכדכתב הטור בתר הכי ובנ"ד אפי' אמר מעכשיו איננו מועיל דגריעות לשון אתננו הוא כי יראה הבטחה שיתן לאחר זמן לא עתה ובאומרו מעכשיו הורה כי לא הוי הבטחה כ"א מתנה אחר שהוא מעכשיו אמנם בנ"ד דגריעות לשון ריצוי הוא כי המתרצה במתנה לאו נותן מיקרי אין למעכשיו שייכות לאשוויי לשון ריצוי לשון מתנה. ע"כ:

והכנה"ג סי' רמ"ה הגה"ט אות ח' עמ"ש הטור ומיהו אם אמר לו אתננו מעכשיו כ' וז"ל נב' אמנם אם אמר אני רוצה שמכל הנכסים יקנו וכו' אין זה מתנה ואפי' מעכשיו לא קנה. ע"כ:

ומינה לנדון דאנן קיימין ביה דאין כאן כ"א ריצוי ולא מתנה. ואולם שטר החוב שנתחייבו בו לידידינו הרב כמוהר"ר הו'ד יוסף עינינו הי"ו לעת שיחזרו בהם שריר וקיים הוא חזק כראי מוצק ואם נתפייסו ביניהם מה טוב ומה נעים. זה מה שנלע"ד בזה. וצור ישראל יצילנו מכל שגיאה. ויאיר עינינו במאור תורתו הנפלאה. אכי"ר. נאם

החו"פ פאס יע"א בח' מנחם מ"ש על מי מנו"חת ינהלנ"י וכו היא שנת תרנ"ט לפ"ק.
וקיים. זעירא דרבנן:
ע"ה ב"ה שלמה אבן דנאן הי"ו

סימן יד

ראובן אומן מתקן כלים של בעלי בתים ושמעון נתן לו כלי שלו לתקנו והלך ראובן האומן ולוה מלוי ונתן לו את כלי שמעון למשכון בעד הלואתו וכשנודע הדבר לשמעון בעל הכלי רצה להוציאו מלוי בחנם ולוי אינו רוצה ליתנו לו עד שיתן לו מה שהלוהו עליו דעליו קא סמיך ונדרשתי לחוות דעתי בזה:

הנה בטו"ר סי' שנ"ו מבואר דבגנב מפורסם פלוגתא דרבוותא דהרי"ף ז"ל והרמב"ם ז"ל סברי דלא עשו בו ת"ה ור"י ז"ל והרא"ש ז"ל ס"ל דגם בגנב מפורסם עשו ת"ה אלא אם ידע הלוקח ודאי שהוא גנוב אז צריך להחזירו בחנם. ומר"ן בש"ע פסק דלא עשו בו ת"ה ואנן בתריה דמר"ן גרירנא. וכ' המשה"ר מ"ע ג' אות ל"א וז"ל ראובן נתן בגד לחייט לתופרו ומסר לו חפצים הצריכים לתפירת אותו הבגד ומכללם אלקייא"ץ והוא משי שזהו המעמיד את הבגד ועמד החייט ומשכנו אצל שמעון והחייט לית ליה מגרמיה כלום לשלומי אי חשיב החייט כגנב מפורסם דהכל יודעים שאין דרכו למכור הקאייטא"ן או לא ובסס"י שנ"ח פסק מר"ן בש"ע דבאומן שמכר דבר מהדברים שאינו שלו אסור ליקח ממנו ע"ש שזה נראה דאהא מילתא חשיבא כגנב מפורסם וברס"י זה כתב שחזקתו שהוא גנוב ע"ש ועי' להתה"ד סי' ש"ט מה שהאריך ופסקו מור"ם סי' שנ"ו ס"ו ע"ש ומצאתי לה' מוהר"א ששון סי' ק"ט שנשאל מזה ובדף קצ"ז ע"ב כ' דאומן דמי לגנב מפורסם ע"ש ואחז"ר עוד נעשה מעשה בא' הקושר ומתקן ספרים ומשכן ומכר ועמדו בעלי הספרים ליטול את ספריהם חנם אין כסף דכ"ע ידעי דלאו בעל ספרים הוא אלא תופר ומתקן וכך עלתה להם וכעת מצאתי לה' בית דוד סי' קע"ו מהספר דאיתישיל קמיה כי האי ואייתי לדברי התה"ד וה' מהרא"ש והר"ש אלנאזי ז"ל תלי"ת שמו עכ"ל.

מבואר מדבריו דאומן שמכר או משכן לו עשו בו ת"ה משום דדמי לגנב מפורסם:

והנה קיצר הרב במקום שהיה לו להאריך שדברי הרב הם הפך ממה שפסק התה"ד סי' ש"ט דפסק מור"ם כוותיה וז"ל וכן אומן שנותנין לו כלים לתקן ומשכינם צריכין הבעלים ליתן לו מעותיו ע"כ. ומהתימא איך ציין לדבריהם כאשר יראה הרואה בדבריו ולא בא לכלל ישוב כאלו כחדא נפקין וכחדא שריין. וגם המרדכי בריש פ' הגוזל בתרא כ' וז"ל אבל ודאי אם הכובסת משכנה הסדין לאותו יהודי עשו תק"ה במשכנתא וצריך

להחזיר לבעלים כפי אשר קנהו ע"כ. באופן דדברי המשה"ר ז"ל הם דלא כהמרדכ"י והתה"ד ומור"ם ז"ל. ותגדל התימא שהרי מבואר בכמה מקומות בדבריו ובמע' קופ' אות ל"א דבאתרא דידהו אזלי כמור"ם ז"ל כשאינו חולק על מר"ן ז"ל. ואפשר לישב ולומר דמפסק מור"ם לא הוי תיובתיה. דנוכל לומר דמור"ם ז"ל אזיל לטעמיה דפסק בס"ב כר"י והרא"ש ז"ל דאף בגנב מפורסם עשו ת"ה ולזה ס"ל דבאומן שמשכין צריכין הבעלים ליתן לו מעותיו. דאף דאמרינן דהאומן לא גרע מגנב מפורסם. מ"מ הרי אף בגנב מפורסם עשו ת"ה. ונראה דגם המרדכי הכי ס"ל שהרי בפ' הגוזל בתרא הביא ב' הסברות וסברא זו הביא באחרונה. וכבר השרישונו דס' המביאים באחרונה היא העיקר לדעתם ומההיא דהמרדכי משם ראב"ן ז"ל פסקה מור"ם בסוף הסי' סי' יו"ד אין להוכיח להפך דאליבא דמ"ד קאמר כמו שאנו צריכין לומר כן לס' מור"ם ז"ל. עי' סמ"ע ס"ק כ"ג. גם התה"ד מסתמא הכי ס"ל שהרי הרב אזל בתר דגל הקי"ל כאשר יראה הרואה בדבריו שם סי' הנז' בפלוגתא דאומן קונה בשבח כלי ומינה להההיא פלוגתא דהרי"ף והרמב"ם ז"ל ור"י והרא"ש ז"ל דיכול המוחזק לו' קי"ל דגם בגנב מפורסם עשו ת"ה. וכ"כ הכנה"ג בתשו' ח"מ ח"א סי' קל"ח וז"ל ונראה לכאורה דכיון דאיכא פלוגתא דרבוותא יכול המוחזק לו' קי"ל כהרא"ש והכא ג"כ שלוי הוא מוחזק יכול לו' קי"ל כר"י והרא"ש ז"ל דאף בגנב מפורסם עשו בו ת"ה אלא שמצאתי למורי הרב ז"ל בחח"מ סי' י"ב כ' והדבר צריך הכרח אם לא מפקינן מן הלוקח בלא דמים כסברות ר"י והרא"ש או כיון דהני מטלטלי למהדר קיימי ה"ל בחזקת בעליהם ואי משום דמים שנתן אייתי ראיה דעשו ת"ה ויטול. איברא דכיון דמורינו הרב מסתפק בדבר חזרנו למקום הספק דמי יוציא מיד המוחזק ע"כ ולפ"ז נתיישבו דברי המסה"ר דלא ליהוו הפך מדברי המרדכ"י והתה"ד ומור"ם. דאפשר דכולהו אזלו לטעמייהו דגם בגנב מפורסם עשו ת"ה. ואולם להולכים בעקיבות מר"ן דפסק דגנב מפורסם לא עשו ת"ה. גם באומן דלא גרע מגנב מפורסם יחזיר בחנם:

אלא דחזיתיה להכנה"ג סי' שנ"ו בהגה"ט אות ח' שהביא דברי תה"ד דסי' ש"ט וכ' ע"ז וז"ל והביאה בסי' המפה ונראה דהיינו דוקא באומן הממשכן אבל באומן המוכר כלי של בעל הבית לא גרע מגנב מפורסם וכן מצאתי למהרא"ש סי' ק"ט דלא גרע אומן המוכר מגנב מפורסם עכ"ל וכ"כ בתשו' סי' קל"ח הנז' והגם כי הכנה"ג לא פי' להדייא מאי איכא לחלק בין משכון למכר. מ"מ החילוק פשוט הוא ומבואר בתשו' ה' משאת משה חח"מ סי' ט' וז"ל דהא רב המרחק בין קונה מן האומן לממשכן את האומן דבשלמא בקונה מן האומן אמרינן דלא עשו תק"ה משום דאיהו אפסיד אנפשיה דסתמא מאי דאית ליה

לאומן דאחריני הוא שנתנו לו לתקן ולא הי"ל ללוקחו ממנו. ברם היכא דהאומן ממשכן איזה חפץ עשו בו ת"ה וכמ"ש הפוסקים דכיון שלא הלוהו אא"כ הביא משכון אמרינן שלא על אמונתו הלוהו אלא משום דידע בנפשיה שלא יניח המשכון ויפדהו ושייך בו ת"ה כדי שלא תנעול דלת בפני לווין ועי' בסמ"ע סי' שנ"ו ומשו"ה חייבים הבעלים ליתן לו מעותיו משא"כ בקונה מן האומן דודאי לא עשו בו ת"ה ואיהו דאפסיד אנפשיה וזה ברור לע"ד עכ"ל ע"ש וכ"כ המט"ש סי' קל"ו הגה"ט אות ה' וזל"ה ואחר ההשקפה לית תברא על מוהר"ש ז"ל מדברי התה"ד ז"ל דשאני ממשכן ממוכר וכמ"ש הכנה"ג ז"ל סי' שנ"ו הגה"ט סק"ח ע"כ. באופן דסרכין תלתא הכנה"ג והמשאת משה והמט"ש ז"ל כולהו תלתא סברי דשאני ממשכן ממוכר דלא כהמשה"ר ז"ל דלא שאני ליה:

והנה לכאורה דברי הכנה"ג ז"ל תמוהים דיצא לחלק אדברי תה"ד ומור"ם ז"ל דבאומן הממשכן הוא דצריך ליתן דמים מהך טעמא דכתבנו לעיל משם המשאת משה ז"ל. אבל באומן המוכר א"צ ליתן דמים דלא גרע מגנב מפורסם. והלא אף אי חשבינן ליה לאומן כגנב מפורסם. הלא גם בגנב מפורסם פסק להדייא מור"ם ז"ל דעשו ת"ה ואף דהתה"ד לא מצינו כן דעתו להדייא. מ"מ לאחר דתופס דגל הקי"ל ודאי דהכי דעתיה. ובפרט שכן פסק להדייא הכנה"ג בתשו' דסי' קל"ח דיכול הלוקח המוחזק לומר קי"ל וכמש"ל. ואמנם בתר ההשקפה נראה דמשמע ליה להכנה"ג דמדכ' מור"ם בסתם אדברי מר"ן. וכן אומן וכו' משמע דאיירי גם לדעת מר"ן דס"ל דלא עשו ת"ה בגנב מפורסם. ולזה היה מקום לומר דסבר לה מורם דאומן לא הוי כגנב מפורסם אלא כגנב סתם. ולכן אומן הממשכן צריכין הבעלים ליתן לא מעותיו אפילו לדעת מר"ן ולפ"ז ה"ה אומן המוכר דכיון דלא חשבינן ליה לאומן גנב מפורסם א"כ אפי' למר"ן עשו בו ת"ה. לכן כ' הכנה"ג דאין זה דעת מור"ם אלא דס"ל דהאומן הוי כגנב מפורסם. ואתא מור"ם לאשמועינן דבהיכא דהאומן משכן יודה מר"ן דעשו בה ת"ה מטעמא דכתיבנא. אבל לא באומן המוכר משום דלא גרע מגנב מפורסם דלס' מר"ן לא עשו בו ת"ה. אבל לס' מור"ם ז"ל או לתופסי דגל הקי"ל בין אומן הממשכן בין אומן המוכר צריכין ליתן דמים

ובזה ניחא נימא מאי דאיכא לאקשויי על דברי הכנה"ג מדברי המרדכי בריש הגוזל בתרא וז"ל ומכאן הבאתי ראיה על מעשה שבא לידי על כובסת כותית שהיתה רוחצת בגדים לכמה יהודים ואבדה סדין אחת והכותית נטלה סדין אחר מן היהודים אחרים ונתנה לו תמורת סדין שלו אשר אבדה וצויתי להחזיר לו שהרי אותם יהודים אחרים לא נתייאשו מסדין שלהם אלא היו מרדפין אחר הכובסת מפני סדין שלהם וגם קי"ל בפרקין גנב ופרע בחובו גנב ופרע בהקיפו דלא עשו בו ת"ה וצריך להחזיר לבעלים

בחנם ע"כ. אבל וכו' העתקנו סיום דבריו למעלה. והא נדון המרדכי הוי כאומן המוכר דלא שייך ביה הך טעמא דהכנה"ג והמשאת משה. דהרי אינו עומד לפדיום ואפ"ה הוצרך המרדכי לומר דהט' דלא עשו בו ת"ה הוא משום דגנב ופרע בחובו וכו'. אלמא דאי לאו האי טעמא הוא אמרינן דעשו בו ת"ה. וזה נראה לכאורה הפך ממש הכנה"ג דבאומן המוכר לא עשו תק"ה. ולמ"ש ניחא דכל כוונת הכנה"ג הוא לומר דהא דמשמע מסתמיות דברי מור"ם דגם מר"ן יודה הוא דוקא במשכון אבל לא במוכר דלא עשו בו ת"ה בגנב מפורסם וה"ה באומן דלא גרע. אבל לדבריהם דרבנן דסברי דגם בגנב מפורסם עשו תק"ה גם באומן ל"ש מכר ל"ש משכן. וכבר כתבנו דהכי ס"ל להמרדכ"י מדהביא ס' זו באחרונה כאשר השרשונו חז"ל. ולכן הוצרך להאי טעמא דגנב ופרע בחובו וכן אנו צריכים לומר בדברי הפרישא ח"מ סי' קל"ו דעמ"ש הטור ואם יבוא בעל הטלית ויאמר לא צויתי לאומן למכור טליתי ולא לקחתי ממנו שום דמים נאמן ויקח טליתו מיד זה ע"כ כ' הפרישא ואין זה יכול לו' תן לי תחילה את שלי כי זה יאמר לו את שלי מצאתי בידך החזירם לי וחזור אתה אחר האומן ולא שייך בזה תק"ה אלא היכא שהוציא מעות וקנה שום חפץ אבל זה הו"ל כמו נפרע בו בחובו ובהקיפו דלא תקנו בו וכמ"ש רבינו בסי' שנ"ו עכ"ל. דהא הוצרך לעקור תק"ה משום דהו"ל כמו נפרע בחובו ובהקיפו הט' משום דקאי אדברי הטור דסבר לה כהרא"ש אביו ז"ל דגם בגנב מפורסם עשו תק"ה:

איברא דמוכרחין אנו לומר דעינא פקיחא דהכנה"ג דשפיר חזי לא שלטא בדברי המרדכי מטעם אחר. והוא דמהמרדכי מוכח דבמשכן ובחובו ובהקיפו עשו בו תק"ה. דדוקא במוכר הוא דאמרינן גנב ופרע בחובו ובהקיפו לא עשו בו ת"ה. שהרי אחרי שכ' אנדון דידיה דאין בו משום תק"ה משום דהוי כגנב ופרע בחובו ובהקיפו סיים וכ' אבל ודאי אם הכובסת משכנא הסדין לאותו יהודי עשו ת"ה במשכנתא וכו' ומדכ' לאותו יהודי משמע לאותו יהודי דאבד לו הסדין דביה אירי דהוי משכן בחובו ואפ"ה כ' דעשו בו ת"ה. ואלו הכנה"ג שם בהגב"י אות י"ג ובתשו' סי' קל"ח הנז' כ' מסברא דנפשיה דגם במשכן בחובו לא עשו ת"ה. ושכן מצא להדייא בתשו' להרשב"א הביאה רבינו הב"י ז"ל סי' ע"ב מחו' כ"ז יע"ש. ולא זכר שר את דברי המרדכ"י ז"ל דנראה דחולק על הרשב"א ז"ל. והמוחזק יכול לומר קי"ל. הן אמת דלדידן דקבלו אבותינו ורבותינו דברי מר"ן בב"י ובש"ע כידוע. ודאי דכהרשב"א קי"ל אחר שהביא דבריו מר"ן בב"י ככתוב אצלי כן במקום אחר משם מהרימ"ט ז"ל:

קנצי למילין לדידן דקי"ל כמר"ן דבגנב מפורסם לא עשו ת"ה. אומן דמכר לא גרע מגנב מפורסם וכמ"ש מהרא"ש ז"ל סי' ק"ט. אבל אומן דמשכן עשו בו ת"ה. וכמ"ש המרדכי

והתה"ד ומור"ם ז"ל וכמ"ש הכנה"ג והמשאת משה והמט"ש ז"ל דרב המרחק בין אומן הממשכן לאומן המוכר. והגם דהרב מהר"ם קרישפין ז"ל הוב"ד בתשו' משאת משה סי' ר"ו דחה דברי מהרא"ש ז"ל גם במכר מההיא דהמרדכי והתה"ד כבר דחה דבריו ה' משאת משה שם בסי' ט' משום דרב המרחק בין מכר האומן למשכן. וזה פשוט. ודלא כה' משה"ר שהם דברי יחיד. ובפרט דגם אם היו רבים עמו. היה המוחזק יכול לומר קי"ל כהכנה"ג והמשאת משה והמט"ש דס"ל דבאומן שמשכן עשו ת"ה. ותל"מ. וצוויי"מ וימ"ן אכי"ר. הכ"ד הח"פ פאס יע"א טבת דהאי שתא והגידו

לך את דבר המשפט לפ"ק. וקיים זעירא דרבנן:

ע"ה ב"ה שלמא אבן דנאן הי"ו

סימן טו

בתלת כחדא הוינא ואסהד קדמנא כה"ר יהודה הרוס החתום בפנים אין פוסט אצוואה די יונה הנ"ב קאל לר' אליהו הרוס הנ"ב סחאל נעמל דליזארא לר' אליהו אלבאז. וואזבו ר' אליהו הרוס הנז' וקאללו יזארתו יעמלוהאלו לחכמים. זא ר' אליהו אלבאז הנז' וקאללו פאס נקבד האד ליזארא. וואזבו יונה הנז' וקאללו כלסי יכון פידך. ועאווד קאלהום יונה הנז' לבניתא דייאלי מא נעטיהא גיר לשלמה ן' כאי דוקא. ועאווד קאלהום יונה הנז' ותלמוד די ווצית יסריוו יכון פייד ר' אליהו אלבאז הנז'. עכס"ע, וקבלנוה כדחזי מן דינא וחת' הכא תמ"ת וקיים וחתו' אני ע"ה החותם כאן ראשון והר' מכלוף אדהאן. וס"ל נמ"כ וז"ן אב"א תב"ת בלי תו"מ. על פי העדאת העד הנז' שהוא א' מעידי הצוואה שהעיד כי שאול שאל האיש המנוח הזה כמה יקצוב לר' אליהו אלבאז בשט"ו ותשו' א' חכם כי שכר טרחו לפי ראות עיני בדי"א. ואח"ך אמר המצוה כלסי יכון פידך. מוכח להדייא שהוא ממנה לר' אליהו אלבאז הנז' להיות אפוט' על נכסיו ויהיה הוא המוציא והמביא פקיד ומשגיח ככל האפוט' ואין דובר אליו דבר. ואף ידינו תכון עמו ומסכימים אנחנו על מינוי החכם הנז' כי הוא גברא דשפיר חזי. ויראת ה' על פניו. וראוי הוא לשמור נכסי יתומים ולפקח בעדם ולרחק הנזק ולקרב התועלת. ולראיה בידו ח"פ בחדש סיון ש"ש ואתה אל תירא לפ"ק וקיים. וחתומים חו"ר העיר כמוהר"ר רחמים יוסף יש"ץ ה"ן אג'ייני. וכמהר"ר רפאל משה יש"ץ ה"ן אלבאז. ונתקיימו כל החתי' בא' מדרכי הקיום. וחת' הכא תמ"ת ולראיה ח"פ וקיים. וחתומים כהה"ר ישועה אג'ייני. וכהה"ר מסעוד עובדיה הי"ו:

עינינו ל'ו ראו בקב"ע הנז' ובמאי דאמור עלה רבני צפרו יע"א. והן אמת כי לא היה ברצוני לעמוד על ענין זה כי אין בלשוני מלה. ותבט עיני בשו'רי שורות לוכסן. כבד פה וכבד לשון. לא כתב ולא לשון. גם זו שהזמן גרמא. טרד'ין על'י. אדמה. איידי דטריד רבו משערות. ושמעתתא בעיא צלותא להבין ולהורות. אבל מה אעשה ההכרח נצחני. לא ישובח ולא יגונה. להיותי נכוה בפוצרין. לא נתנו דבריהם לשיעורין זאת היתה לי לעמוד ע"פ נגמר הדין כפי ערך השג יד כהה ואלקטה באומ'רים בקציר'ת האו'מר. והנה בעתה אגידה ואדברה כי המנוח הנז' הניח אחריו שתי בנות האחת קטנה והאחת גדולה נשואה להר"פ זכרי הי"ו ועד א' העיד שהמנו'ח הנז' צוה ואמר בזה"ל לידידינו הח' הש' והותיק כהה"ר אליהו אלבאז הי"ו כולסי יכון פידך. וחזינן לרבנן קשישי שכתבו דלשון זה מוכח דמינהו אפוט' על נכסיו וגם הם סמכו את ידיהם עליו. ומאהבת הקיצור באו דבריהם סתומים וחתומים כחזיון הסתום. וכמשי"ת בע"ה. וזה החלי. וה' אלד'ים יעזור לי:

קדמה אל אר"ש נדעה נרדפה לדעת כוונת המצוה במ"ש. כלסי יכון פידך. דלכאורה נראה דכוונתו על כל נכסיו וגם על חלק הבת הגדולה. אלא שאין הסכל והסברא מורים כן כי אין האב שם אל לבו למנות אפוט' לגדולים שהם בני דעת וא"כ הוא הא ודאי שאין כוונתו כ"א על חלק הקטנה. ולשון כלסי וכו' יסבול זה דר"ל כל חלק הקטנה הצריך לאפוט' יהיה בידו. ועי' הרשב"ש ז"ל סי' שמ"ד וזל"ה. ועוד שדברי המצוה שאמר בני בל' רבים יכולים להתפרש שלא אמרן אלא על הקטן שצריך לאפוט' שעשוי אדם לקרות בן אחד בלשון רבים כדאמרינן בפ' מי שמת ההוא דאמר להו נכסי לבני וכו'. וכשם דבמקום שיש בן ובת ואמר בלשו' רבים אמרינן שאין דבריו אמורים אלא על הבן הראוי ליורשו ואפ"ה הזכירו בלשון רבים אע"פ שהוא אחד. ה"ה נמי היכא שיש בן ראוי לאפוט' ובן שאינו ראוי לאפוט' ואמר האב שיהיה פלוני אפוט' על בני שלא אמר אלא על הראוי אע"פ שהזכירו בלשון רבים והוא אחד. ע"כ:

גם מהרשד"ם ח"מ סי' תל"ב כ' וזל"ה ומ"ש ואמו תהיה אפוט' כל ימי חייה יש לפרש שכל זמן שיהיה הנער צריך לאפוט' לא יוכל שום ב"ד ולא אדם אחר לומר אין אנו רוצים שתהיה את אפוט' דפשיטא דלא מסתבר כלל לומר שאפי' יהיה הנער גדול ונשוי אשה ויהיה לו בנים שתהיה האם אפוט' דהא ודאי אפוט' לדקנני לא מוקמינן. וכן האב ג"כ לא היה משים לבנו בהיותו גדול כ"כ כנז' אפוט' וא"כ יש לך לומר שהכוונה היא מה שאמרנו שכל זמן שנצטרך הנער אפוט' תהיה היא כל ימי חייה אבל אם תמות אז ב"ד יראו הטוב והישר איש אחר שיהיה אפוט' שלא רצה הוא לפרש ולומר שאם תמות היא

יהיה פ' אלא הניח הדבר סתם כי אז יפקחו לראות הב"ד הטוב בעיניהם ועם שזה מוכח מכח הסברא ואין הלשון מכחישו מ"מ אפי' לא היה מוכח כ"כ יש לדון כן משום דכל היכא דאיכא ספקא כל דהוא איכא לאוקומי ממונא בחזקתו וממון בחזקת היורשים קאי. ע"כ:

מדבריהם יש ללמוד לנ"ד דאחר דלא מסתבר כלל לומר שהאב ימנה אפוט' על הגדולים א"כ נימא דמ"ש כלסי וכו' דלא היתה כוונתו כ"א על כל הנכסים הראוים לבת הקטנה שהיא צריכה אפוט':

ועוד דהגם שנאמר דכוונת המצוה גם על חלק הבת הגדולה אפ"ה יכולה הבת הנשואה לומר אי אפשי באפוט'. שהרי כ' מר"ן הב"י סי' ר"ץ וז"ל כתוב במישרים בנתיב כ"ו ח"א וז"ל כתבו הפוסקים דאם מינה האב אפוט' לגדולים שיכולים לומר אין אנו צריכים לאפוט' ומוציאין מתחת ידו זולתי אם השליש בידו ממון על דעת לעשות כך וכך משום דמלד"ה כדאמרינן גבי המשליש מעות לבתו בפ' מציאת האשה ד' ס"ט עכ"ל. ופסקה מור"ם בהגה סי' הנז' סכ"ו. והנה לכאורה דברי רי"ו ז"ל קשים להולמם עם מ"ש הרמב"ם ז"ל ופסקו מר"ן סי' הנז' וז"ל קטן שהגדיל אפי' היה אוכל ושותה יותר מדאי ומפסיד והולך בדרך רעה אין ב"ד מונעין ממנו ממונו ואין מעמידין לו אפוט' אא"כ צוה מורישו שלא יתנו אלא אם יהיה כשר ומצליח או שלא יתנו עד זמן מרובה ע"כ. הרי להדייא דהאב יכול לעשות אפוט' לבניו הגדולים וכן מצאתי לה' המבי"ט ח"א סי' של"ה וזל"ה ואע"ג דב"ד אפוטרו' לדקנני לא מוקמינן ואבי יתומים נמי אינו צריך למנות אפוט' אלא על בניו הקטנים. אפ"ה אם נראה לו למנות אפי' על הגדולים ג"כ לזמן ידוע מפני שנראה לו שלא היו ראוים עדיין בממון או לסיבה אחרת שנראה לו רשאי הוא ומצוה עליהם לקיים דברו וכמו שנראה מדברי הרמב"ם שכ' קטן שהגדיל וכו' עד זמן מרובה ע"כ. ולשונו זה הביא בח"מ סי' ר"ץ ובסמ"ג וכן בצרור הכסף משמע דאב או מוריש רשאי למנות אפוט' על היורש הגדול ומונעין אותו ב"ד מלהחזיק בממונו עד זמן שצוה המוריש מדכ' קודם אין ב"ד מונעין ממנו ממונו ע"כ. ובסוף התשו' כ' ומה שנמצא במישרים נתיב כו' שכ' כתבו הפוס' דאם מינה האב אפוט' לגדולים וכו' לא נמצא זה כתוב בשום פוסק המצוי אצלינו והרי הרמב"ם וסמ"ג וח"מ וצרור הכסף שמשמע מדבריהם הפך זה כמו שהבאתי למעלה. ע"כ. יעוש"ב:

ולפ"ז יש לתמוה על מר"ן הב"י שלא העיר על דברי רי"ו שהרמב"ם ז"ל חולק. ויותר תימא על מור"ם שקירב את הרחוקים וכתב על דברי הרמב"ם ז"ל דברי רי"ו כאלו כחדא שריין. וגבה טורא בינן:

וע"כ צריכין למשכוני נפשין כדי שיהיה זיווגן עולה יפה בג' פנים. הפן הא' דהרמב"ם ז"ל מיירי היכא דיש בו משום מצוה לד"ה. והפן הב' דרי"ו ז"ל מיירי בשאינו הולך בדרך רעה. ואל השלשה לו בא דע"כ לא ס"ל להרמב"ם שהאב יכול למנות אפוט' לגדולים אלא דוקא כשמינה להם אפוט' בעודם קטנים. אז יכול להרחיב זמן מרובה אף לאחר שיגדילו דמגו דחיילא זמן הקטנות חיילא נמי זמן הגדלות אבל אם מינה להם אפוט' בהיותם גדולים יכולים למחות ובהכי מיירי רי"ו ז"ל:

שוב מצאנו להכנה"ג סי' הנז' בהגב"י אות קס"ז וז"ל ממ"ש הרמב"ם ז"ל ורבינו בעה"ט ז"ל אא"כ צוה המוריש וכו' הוכיח מהר"מ מטראני ז"ל בח"א סי' של"ה דס"ל דיש כח ביד האב למנות אפוט' אפי' לבנו גדול וכו' ומהרי"ל ז"ל הביא דברי רי"ו ז"ל בסי' זה סכ"ו ולא ביאר שהפוסקים חולקים עליו נראה דס"ל דדברי הרמב"ם ורי"ו ז"ל יש להם ישיבה אחת בעולם. וכן נראה מספר המפה שעל מ"ש הרב ז"ל לשון הרמב"ם ז"ל הגיה וכתב עליו לשון רי"ו ז"ל. ונראה שהם ז"ל סוברים שהרמב"ם ז"ל מיירי כשהליש המעות בידו לעשות כו"ך דבהא אפי' רי"ו ז"ל מודה מלד"ה. ועוד אפשר לומר דהרמב"ם מיירי כשיודע שהוא אוכל יותר מדאי ומפסי' ממונו בדרך רעה. שאז ביד האב למנות אפוט' עליו שלא יפסיד ממונו דהוי כקטן. אבל רי"ו מיירי בגדולים בני דעת שיכולים לומר אין אנו צריכין לאפוט'. א"נ דהרמב"ם מיירי כשמינהו המוריש כשהוא קטן וצוה שלא יתנו לו עד זמן פ' או עד שיהא כשר ומצליח. אבל רי"ו מיירי בממנה אפוט' לבניו והם גדולים בעת המינוי ע"כ:

גם בתשובתו ח"מ סי' רי"ו כתב וזל"ה אבל ממה שהרב בב"י הביא דברי רי"ו ולא ביאר שהפוסקים חולקים עליו נראה דס"ל דהרמב"ם ז"ל ורי"ו ז"ל יש להם ישיבה אחת בעולם. וכן נראה מהרב בעל המפה שעל מ"ש הרב דברי הרמב"ם ז"ל בספר הקצר הגיה עליו לשון רי"ו. ע"כ. ע"ש. ותלי"ת שנתכוונו לדעתו דעת עליון:

הן אמת דיש לתמוה מההיא דכ' מר"ן סי' רו"מ ס"ד הכותב כל נכסיו מתנה לא' מבניו וכו' אפי' הוא קטן המוטל בעריסה לא עשאו אלא אפוט'. וכתב הב"י ז"ל וז"ל וכתב הר"ן אהא דמסקי' בבנו אפילו קטן ומוטל בעריסה אפוט' שווייה כתב הרז"ה דדוקא בצריכין אפוט' כגון קטן בין הבנים הקטנים או דליתנהו הכא. הא בגדולים ואיתנהו הכא מתנה גמורה היא והרשב"א ז"ל מסתפק בדבר עכ"ל ואני מצאתי להרשב"א שכתב בתשובה שאין דברי הרז"ה מחוורים והביא ראיה לדבר לסתור דברי הרז"ה. וה"ה בפו' מהלכות זכייה כ' על סברת הרז"ה וליתא וכן הסכימו ז"ל דבכל גווני לא קנה. עכ"ל. והסמ"ע בסק"ו כ' וז"ל אפילו היה בן קטן המוטל בעריסה ואפי' אם שאר אחיו הם גדולים והם

כאן דאיכא תרתי לריעותא הבן גדול א"ץ לאפוט' וגם זה הקטן אינו ראוי לאפוט' ואפ"ה לא חלקו רז"ל. כ"כ ב"י וד"מ בשם הפוסקים ודלא כהרז"ה ע"כ והכנה"ג סי' הנז' בהגב"י אות י"ב כ' וז"ל נ"ב וכן כתב הריטב"א ז"ל מורה צדק וכן הלכה וכמו שנראה מדברי רבינו המחב"ר בספר הקצר וכמ"ש הסמ"ע עכל"ה. וא"כ מ"ש מר"ן הכותב וכו' לא עשאה אלא אפוט' מיירי אף אם שאר אחיו גדולים וכמ"ש הסמ"ע והכנה"ג ושכן מוכח מהב"י וע"ז פסיק ותני לא עשאה אלא אפוט'. ומשמעות לשון זה יורה יורה דאפוט' מיהא הוי אלמא יש כח ביד האב למנות אפוטרופוס גם על בניו הגדולים:

אכן יש להשיב ולומר דלעולם אם שאר האחים גדולים אף אפוט' לא הוי אלא שהוא נתכוון לאפוט' ולא למתנה. ומשום דלא מיירי בסי' רמ"ו כ"א בדיני המתנה ולא בדיני האפוט' לכך לא ביאר מר"ן ז"ל דין האפוט' אי הוי באחים גדולים א"ל. וכי תימא הרי בס"ח כ' וז"ל אם אמר וכו' ולא ייפה כחו וכו' אפי' אפוט' לא עשאו ע"כ. ואי ס"ל דבאחים גדולים לא הוי אפוט'. מ"ט לא ביאר הדבר להדייא כיון דבגדולים נמי מיירי כמו שביאר בס"ח ההיא דלא ייפה כחו אלא סתם וכתב לא עשאו אלא אפוט' דמשמעותו אפוט' מיהא הוי. אפשר לתרץ דהא דשאר אחים גדולים לא שנאה מר"ן להדייא לשלול דעת הרז"ה לעניין מתנה אלא מכללא אתמר ולכך לא השמיענו דין זה דגם אפוט' לא הוי אחר שעיקר הדין לא בא בכתוב להדייא אבל ההיא דלא ייפה כחו דס"ח קאי אכולא מילתא דלא עשאו אלא אפוט':

אי נמי אפשר לומר אחר דדין זה שהאב אינו יכול למנות אפוט' על בניו הגדולים לא זכר שר' מר"ן הש"ע גם בסי' ר"ץ דמיירי בהל' אפוט' ואדרבא כתב לשון הרמב"ם דמשתמע לאידך גיסא וכמ"ש המבי"ט ז"ל אלא דמצינו לרבי' הרמ"ה במפ"ה הגיה על דברי הרמב"ם את דברי ריי"ו אלמא ס"ל דלא פליגי. גם הרב"י הביא לשון ריי"ו בסתמא ולא כתב שהפוס' חולקים עליו אלמא ס"ל דלא פליגי וכמש"ל משם הרב החבי"ב בכנסת ותשובה. ולכאורה היה ראוי שיפרש הענין כדי שלא נאמר בדעת הרמב"ם כמ"ש המבי"ט. אלא ודאי לפי רוב פשיטותו לא הוצרך לבארו. ואם בסי' ר"ץ לא הוצרך לבארו לרוב הפשיטות כ"ש בס' רמ"ו דלא מיירי בהכי בדין האפוט' כ"א בדין המתנה ושאני ההיא דס"ח שחידוש גדול הוא שהרי אפוט' אינו צריך יפוי כח כמ"ש מור"ם בסי' ר"ן סי"ז בהג"ה. ועי' נתיבות המשפט סי' רמ"ו סק"ב. ועי' מש"ל פ"ו מהל' זכייה הל' ד':

וכשאני לעצמי אומר אני דשנייא אפוט' דא דאפקה בלשון מתנה נימא דאלימא טפי ובלשון מתנה יכול האב למנות אפוט' על בניו הגדולים לא כן מינוי אפוט' שהוא בלשון אפוט' אין כח ביד האב למנות על הגדולים ובזה ניחא לן טפי הא דלא הביא המבי"ט

שדחה דברי רי"ו ז"ל ראיה מההיא דהכותב כל נכסיו וכו' לשיטת הרשב"א וסיעתו דמיירי אף בגדולים. והדבר צריך תלמוד:

והרב חלקת מחוקק א"ה סי' ק"ז סק"ב כתב וז"ל לא עשאה אלא אפוט'. אם יש יורשים קטנים או שאין יורשים כאן ניחא דמינה אותם לאפוט'. אבל אם היורשים גדולים יכולין לומר אין צריכין לאפוט' כמבו' בח"מ סי' ר"ץ סכ"ו בהגה. דאפשר דמ"מ כל זמן שלא חלקו צריכין לקבל אותה לאפוט'. ודוחק לומר דאם הרשו' בידם לחלוק. הרשות ג"כ בידם שלא לקבל אותה אפי' לאפוט'. ע"כ. והביא דבריו הב"ש:

נראה דקשיתיה לשון חכמים לא עשאה אלא אפוט' דמשמעותו אפוט' מיהא הוי ולכך תירץ דקודם חלוקה צריכין לקבל אותה לאפוט':

איך שיהיה הדרן לקמייתא אנן בדידן בתרייהו דמרן ומור"ם גרירנא וגברא רבא קא מסהיד עלה הרב החביב ז"ל דסברי מרנן מר"ן ומור"ם ז"ל דהרמב"ם וריו"ו לא פליגי ופסקה מור"ם להדייא הכי נקטינן. וא"כ בנ"ד אשר שמענו מפי המגיד שהבת הנשואה היא גדולה בעת המינוי ואינה הולכת בדרך רעה וגם לא השליש המעות בידו לשם כך. גם הרמב"ם יודה דאין האב יכול למנות אפוט':

זאת ע' שע"א ח"מ סי' כ"ג] ועוד בנ"ד גם המבי"ט יודה דאין כאן אפוט' דהנה מצינו להרשב"ש ז"ל סי' שמ"ד בראובן שהניח ג' בנים הא' קטן והא' נשוי. והא' בחור בן י"ח ובשעת פטירתו אמר שהוא מניח בניו ביד אחיו האח הגדול ובא הבן הבחור לב"ד ותבע נכסיו והבן הגדול מעכב על ידו שאביו מינהו אפוט' עליו. ותשובתו הרמתה. אלא ציוה אביו שישארו נכסיו ביד אחיו הגדול ממנו עד זמן קצוב מצוה לקיים דבריו אבל האב לא קצב לא זמן ולהשאר ביד האפוט' לעולם זה לא עלתה על לב דעת האמת וכשם שאי אפשר לומר עשרים שנה או שלשים שנה כך אי אפשר לומר לא שנה ולא שנתים לא יום ולא יומים יעו"ש. והכא נמי בנ"ד שאמר המצוה כולסי יכון פידך ולא קצב זמן דלא הוי אפוט' על בת הגדולה וכמ"ש הרשב"ש ז"ל:

וצריכין אנו למודעי אם הב"ד יכולין למנות אפוט' על הגדולים א"ל. והנה מצינו שכ' הרמב"ם בפ' יוד מהלכות נחלות ופסקו מר"ן בסי' ר"ץ סכ"ו וז"ל קטן שהגדיל. וכו' אין ב"ד מונעין ממנו ממונו ואין מעמידין לא אפוט' אא"כ צוה וכו' ע"כ. הרי בהדייא דאין ב"ד ממנין אפוט' לגדולים:

אלא דעדיין יש לפקפק שהרי מאור דין זה הוא גבי נכסי שבוי בפ' המפקיד וכמ"ש הד"מ וז"ל קטן שהגדיל וכו' מבואר בהמפקיד דף ט"ל אפוט' לדקנני לא מוקמינן ע"כ. ושם נאמר שבוי שנשבה והניח קמא וכו' ב"ד יורדין לנכסיו ומעמידין אפוט' וקוצר

וכו' ואח"כ מורידין קרוב לנכסיו. ולוקים אפוט' לעולם. אפוט' לדקנני לא מוקמינן. ופירש"י אין ב"ד טורחין לבקש אפוט' לאנשים גדולים שנתמלא זקנם לפי שלא ימצאוהו דבשלמא ליתמי איכא דשמע להו והוי אפוט' לדבר מצוה אבל לדקנני לא שמעי להו. ע"כ. משמע דאם רצו לטרוח או בא מעצמו בלא טירחא רשאין. והרמב"ם פ"ז מהל' הנז' הלכה ה' כ' ולמה לא יעמידו ב"ד אפוט' לעולם וכו' לפי שאין ב"ד חייבים להעמיד אפוט' לגדולים שהם בני דעת. ע"כ. ופסקו מר"ן סי' רפ"ה ס"ב. וכתב הה"מ זוהי הקושיא שהקשו בגמרא ולוקי אפוט' וכו' הרי שהרמב"ם מפרש מאי דאמור רבנן בגמרא אפוט' לדקנני לא מוקמינן. ה"ל אינם חייבים וכמ"ש רש"י. דוק מינה דאם רצו רשאין. וא"כ מ"ש הרמב"ם בפ' יוד ואין מעמידין לו אפוט' וכ' הה"מ מבואר בהמפקיד אפוט' לדקנני לא מוקמינן. מוכרחין אנו לומר דלישנא דגמרא נקט וכבר הרמב"ם עצמו פירש כלישנא דשם אין ב"ד חייבים. וא"כ גם מ"ש הרמב"ם בפי' אין מעמידין וכו' שהוא לישנא דש"ס הכי פירושו שאין ב"ד חייבין אבל לעולם רשאין הם. והרדב"ז ז"ל בסי' קע"ג כ' וז"ל שאלת על הא דאמרין אפוט' לדקנני לא מוקמינן. הרי שהעמידוהו אי מצי למימר לא ניחא לי במאי דעבוד או לא תשובה זו מחלוקת בין הראשונים. כי לדעת הרא"ה ז"ל אם העמידוהו לאו כלום הוא. והרשב"א ז"ל כ' דנהי דאין ב"ד חייבים להעמיד לדקנני אפוט' אבל אם העמידוהו ונתרצה כל מה שעשה עשוי. והר"ן ז"ל כ' שתי הסברות ולא הכריע בהם. אבל מדברי רש"י ז"ל נ"ל שהוא סובר כדעת הרשב"א ז"ל שכתב בפ' המפקיד עלה דהא דפרכינן ולוקים אפוט' לעולם ומתרצי' אפוט' לדקנני לא מוקמינן. כ' אין ב"ד טורחין לבקש אפוט' לאנשים גדולים שנתמלה זקנם לפי שלא ימצאו דבשלמא דיתמי איכא דשמע להו והוי אפוט' לדבר מצוה אבל לדקנני לא שמעי להו. ע"כ. וטעמא דלא טרחו ב"ד אבל אם טרחו ומצאו מי שרצה לשמוע להם להיות אפוט' אפי' על הגדולים הרי הוא עשוי ודין אפוט' יש לו. וכן דקדקתי מל' הרמב"ם ז"ל פ"ז מהל' נחלות שאין ב"ד חייבים להעמיד אפוט' לגדולים שהם בני דעת ע"כ משמע דחיובא ליכא אבל אם עשו מה שעשה עשוי. וכן דעת בעל מ"מ בפי' הנז' ע"כ:

ולפ"ז בנ"ד אי נימא דכוונת הבית דין למנותו אפוטרופוס גם על חלק הבת הגדולה רשאים הם:

אלא דאכתי נראה דלא עשו ולא כלום. שהרי באם היורש מוחה כ' הטור סי' הנז' וז"ל אם יש מי שרוצה להיות אפוט' וכו' אבל דבר זה אינו מצוי שלא ימצאו מי שיעשה זה וכו' לפיכך אין ב"ד מצווין על זה כי לא ימצאו. ומיהו היה אומר א"א הרא"ש ז"ל אפי' אם יתרצה א' להיות אפוט' כיון שאינו מצוי ואין לב"ד לבקש עליו אפי' כשימצא יכול

היורש למחות שלא למנותו ע"כ. ומ"ש הטור אבל דבר זה וכו' הם כדברי רש"י והרמב"ם. גם הרב"י הביא דברי רש"י והרמב"ם על דברי הטור. גם הרא"ש בפרק המפקיד כתב אפוט' דדקנא לא מוקמינן לפי שלא ימצאו ב"ד מי שירצה להשתדל ע"כ. והן הן דברי רש"י והרמב"ם ואפ"ה היה אומר כשימצא יכול היורש למחות. אלמא ס"ל דהא דדייקינן דרשאין. דוקא כשאין היורש מוחה. אבל כשהיורש מוחה אינן רשאין. ולפ"ז אפשר לומר דגם רש"י והרמב"ם ומר"ן ז"ל ס"ל כהרא"ש:

אלא דאינו מוכרח דאפשר דס"ל כדעת הרשב"א שהביא הה"מ והביאו הב"י דס"ל דגם דהיורש מוחה אם נמצא אפוט' מעמידין אותו יעו"ש וב"בח. גם משמעות לשון הרדב"ז הנז"ל מורה כן. מ"מ הרי מור"ם בסי' רפ"ה ס"ב הגיה על דברי מר"ן שהם דברי הרמב"ם מיהו אם היה כאן מי שרוצה להיות אפטרו' וכו' מיהו היורש יכול למחות שלא למנות אפוט' וי"א דאין היורש יכול למחות. ע"כ. וסברא הרא' שכ' בסתם היא סברת הרא"ש שהביא הטור. וסברא ב' שכתב בשם י"א היא סברת הרשב"א. ואחר דמור"ם דגרירנא בתריה במקום דלא גילה דעתו מר"ן סתמא לס' הרא"ש ומה גם דמדסתמה על מר"ן שהם דברי הרמב"ם נראה דסבר לה מר דהרמב"ם ומר"ן ז"ל סברי כהרא"ש ז"ל. הכי נקטינן:

והגם שהבת הנשואה תרצה במינוי האפוט'. מ"מ הבעל יכול לעכב דאינו רוצה ליתן שכר האפוט' וניכ'ה האיש מפירותיו. וגדולה מזו מצינו להכנה"ג א"ה סי' פ"ה בהגה"ט אות ז' עמ"ש הטור ואם אינו מקבל עליו באחריות אז נקראים נ"מ. כ' וז"ל נ"ב אם הם מעות עומדים ביד אחד להסתחר והבעל הגון וירא שמים ומקבל אחריותם יכול הוא עצמו לישא וליתן בהם ויאכל פירות. הר"מ גאלנטי ז"ל סי' ק"ג ע"כ:

ואתה תחזה מכתב עדות יעידון יגידון כי הגון הוא הלא הוא כמוס בידו:

כלל העולה דלגבי חלק הבת הנשואה אין כאן אפוט' מכמה טעמי. חדא דאין כאן אלא עד א'. ואף לפי עדותו יכילנא למימר דלא נתכוון על הגדולה. ואף דנימא דנתכוון גם עליה לא מהני. והגם דסמכו הב"ד נמי את ידיהם עליו אינו מועיל וכמש"ל. ולאפס הפנאי הלכנו בדרך קצרה כי עדיין צריך להרחיב הדברים בכל פרט ופרט מהפרטים הנז' ולדעתינו פשוט דגם רבני עירם הי"ו לא נתכוונו כ"א על הבת הקטנה. ותל"מ. זהו הנלע"ד בזה. וצוויי"מ וימ"ן הכ"ד הח"פ פאס יע"א בחדש

אב הרחמן יה"ל דהאי שתא להבין

ולהורות ליצירה. וקיים. זעירא דרבנן:

ע"ה ב"ה שלמה אבן דנאן הי"ו

ראינו מ"ש עלי'ו למעלה והגינו בכל פעולם. ודעתינו כדעתם. והסכמתינו כהסכמתם. ומעתה יחזיק הבעל הנז' בנכסי אשתו וישא ויתן בהם ואין מוחה בידו. ולראיה ח"פ בזמן הנז'. ע"ה מתתיה סירירו הי"ו ע"ה יוסף סירירו הי"ו

סימן טז

ע"ע הנז'.

הנה הבעל הנז' כבר הביא בידו פס"ד מקצת מחו"ר פאס יע"א על רזא דנא. והוא שהמציא לפניהם קב"ע שהוא ירא שמים ונושא ונותן באמונה. וע"פ העדות ההיא כו"ח בידו שינתנו המעות בידו והוא ישא ויתן בהם. וחילייהו מההיא דמהר"מ גאלנטי סי' ק"ג שהביא הכנה"ג באה"ע סי' פ"ה הגה"ט אות ז' שכתב וז"ל ועומדים ביד אחר להסתחר בהם והבעל הגון וירא שמים ומקבל אחריותם יכול הוא עצמו לישא וליתן בהם. ויאכל פירות. עכ"ל. והנה תחילה האריכו למעניתם לתור ולחפש אם האב המצוה יכול למנות אפוט' על בתו הגדולה הנשואה או לא. והעולה מדבריהם שאינו יכול ואף אם הסכימו ב"ד על מינוי האפוט' דבריהם מהבל ימעטו. והיורש יכול למחות וכמ"ש מור"ם בסי' רפ"ה ס"ב בסברא קמייתא שהביא בסתם שהיורש יכול למחות שלא למנות אפוט' עי"ש. וכתבו שאף שהבת תרצה במינוי האפוט' מ"מ הבעל יכול לעכב שאינו רוצה שיתן שכר האפוט' ונכ"ה לו ינכ"ה מפירותיו. עכת"ד בקצר אמיץ:

קושטא קאי כי יש להשיב חבילות תשובות על כל דבריהם החל וגמור. ובפרט מה שלמדו מדברי מור"ם שכתב שהיורש יכול למחות. וכתבו שאף הבעל יכול לעכב. יוד קרת קא חזינן הכא מי שם לבעל יורש עד שיהיה יכול למחות כיון שאין לו בקרן שנפל לאשתו בירושה אפי' נעי' יתו"מ זולת הפירות בנים אשר יולדו להם מהקרן הוא שלו והבת יורשת נחלה אף אם נניח שכדבריהם כן הוא שאף אחר מינוי האב והסכמת ב"ד יכולה היא למחות. אדרבא היא המעכבת שלא ינתנו ביד בעלה הנז' וחפצה ורצונה שינתנו ביד שליש. ודו"ק. מ"מ ראינו כי האריכות בענין מינוי האפוט' הוא יגיעת בשר כי אין ממנו תועלת לנ"ד לכן נמנענו מלהשיב מה שראוי להשיב כי לדעתינו הדבר פשוט שהטוב והישר הוא שינתנו ביד האפוט' הגון שיהיה אחריות הקרן עליו ויהיו לו נכסים שיש להם אחריות. כי אנו בקיאין בענייני הבעל והאשה הנז' שיבתם וקימתם וכל הנהגתם. ובי דינא בתר בי דינא לא דייקי כי חו"ר העיר אשר לפניהם נגלו תעלומותיהם עמהם בדבר המשפט:

איברא כי מה שנוגע לעיקר הדין נזקקנו להרחיב הביאור בו. והוא לענין אשה שנפלו לה נכסי מלוג מעות בעין מה דינם. אם ילקח בהם קרקע והוא אוכל פירות. או שינתנו ביד שליש והקרן קיים והפירות לבעל. או ינתנו ביד הבעל והוא ישא ויתן בהם ויאכל פירותיהם:

והנה דין זה שרשו פתוח בגמרא כתובות ד' פ' ע"ב וז"ל והלכתא בעל שמכר קרקע לפירות לא עשה ולא כלום. מ"ט אביי אמר שמא תכסיף. רבא אמר משום ריוח ביתא. מאי בנייהו איכא בינייהו ארעא דמקרבא למתא. א"נ בעל אריס הוא. א"נ זוזי וקא עביד בהו עיס'. ע"כ. ופירש"י וז"ל א"נ זוזי וקא עביד ביהו עיס' שהבעל עושה סחורה במעות שקבל מן הלוקח ומשתכר בהם ואיכא ריוח ביתא. ע"כ. ופסק הרמב"ם כרבא. וכן פסק מר"ן באה"ע סי' פ"ה סי"ז וז"ל וכן אם ימכור הפירות לשנים מרובות ועושה סחורה במעות שפיר דמי. ע"כ. וכ' הרב ח"מ ס"ק מ"ב וז"ל ועושה סחורה וכו' אבל אם נפלו לה כספים והוא רוצה לעשות סחורה בהם ולא ליקח הקרקע אין שומעין לו דהקרן צריך להיות קיים לאשה כ"כ הרשב"א עכ"ל. וכ"כ ג"ך ה' ב"ש שם ס"ק ל"ב וז"ל ומעות מזומנים אין מניחין לו להרויח בהם אלא לוקחין בהם ג"כ דבר שפירותיו מרובים והפירות מהם יכול למכור ולהרויח עם המעות. תשו' הרשב"א ועי' הש"ך ח"ג סי' מ"ז עכ"ל. כוונת דבריהם הוא שלא התירו לו חז"ל בגמ' כי אם למכור הפירות לשנים מרובות ויעשה סחורה במעות אבל לעשות סחורה במעות הקרן לא דבעינן שיהיה הקרן קיים לאשה גם שמענו מדברי הרב ב"ש דלאו דוקא ילקח בהם קרקע אלא לוקחים בו דבר שפירותיו מרובים. ואין הכי נמי אם ינתנו ביד שליש גברא דאמיד בנכסי בקבלת אחריות כיון שפירותיו מרובים מקרקע הכי שפיר דמי. ותשו' הרשב"א זו הביאה הרב ב"י בסי' פ"ה וז"ל כתב הרשב"א בתשו' נפלו לה כספים ילקח בהם קרקע והוא אוכל פירות ואם אמר הבעל עבידנא עיס' ומרוחנא טפי ואיכא ריוח ביתא אין שומעין לו. ודברי רבא שאמר בזוזי ועביד בהו עיס' דשומעין לו משום ריוח ביתא לא על דרך זו נאמרו אלא על מוכר פירות נכסי מלוג. אבל קרן זוזי דנפלו לה בנכסי מלוג אין שומעין לו וזה פשוט מאד עכ"ל. הרי שהרשב"א ז"ל כי היכי דלא תטעי לומר מה לי מוכר קרקע לפירותיו ומסתחר בפירות מה לי אם יסתחר במעות הקרן כיון דאיכא ריוח ביתא. לכן פי' שאין דברי רבא אמורים אלא בזוזי שלקח במכירת פירות אבל בזוזי של הקרן אין שומעין לו. והטעם כמ"ש הרב ח"מ הנ"ל שאין שומעין לו דהקרן צריך להיות קיים לאשה ודו"ק. ואם איתא שאם הבעל הגון וירא שמים ויקבל אחריות יכול להסתחר בהם

ליפלוג וליתני בדידה בד"א באדם דעלמא אבל אם הבעל הגון ויקבל אחריות שומעין לו. אלא ודאי דעת הרשב"א ז"ל היא דבכל אופן אין שומעין לו:

והנה הרב באה"ט הביא דברי הרבנים ב"ש וח"מ הנז' בשם הרשב"א בסי' פ"ה ס"ק כ"ב וסיים ועי"ל סק"ג בשם הרב גאלאנטי ע"כ. ובסק"ג הביא דברי מהר"מ גאלאנטי שהביא הרב כנה"ג הנ"ל. ועם היות שיש למשמעות ציון זה שציין על תשובת הרשב"א דברי מהר"ם גאלאנטי ב' פנים או נאמר שבא לרמוז שיש לחלק בדברי הרשב"א בן הגון לשאינו הגון כמ"ש מהר"מ גאלאנטי או נאמר שבא לרמוז עי' מהר"מ גאלאנטי שחולק. אבל הרשב"א ס"ל דבכל אופן אין שומעין לו. מ"מ נראה דעד כאן לא קאמר מהר"מ גאלאנטי שאם הבעל הוא הגון וירא שמים ומקבל אחריותם יכול הוא עצמו לישא וליתן בהם ויאכל פירות אלא בנדון דידיה שהיו הנכסים עומדים ביד אחר ומסתחר בהם והוא באופן ששקולים הם האחר עם הבעל. או אמידי בנכסי. או תרווייהו לא אמידי בנכסי ושניהם מקבלים אחריות בזה יפה כח הבעל והוא קודם לכל אדם. אבל אם הבעל לא אמיד בנכסים שיש להם אחריות והאחר אמיד בנכסי בזה לא דבר הרב דמוטב שינתנו ביד אחר ויהיה הקרן קיים לאשה ולא ינתנו ביד הבעל ויהיה הקרן עומד בספק שמא יכלו ולא תמצא ממה לגבות וריוח ביתא חלף הלך לו ככלות הקרן וראינו לרבותינו שהקפידו על הקרן לבל יאבד הם אמרו ילקח בהם קרקע והוא אוכל פירות. וה"ה נמי לעשות בהם דבר הדומה לקרקע שישאר הקרן קיים:

גם ראה תראה לה' שיטה מקובצת כתובות ד' ע"ט ע"א על מתני' דקתני נפלו לה נכסים משנשאת ילקח בהם קרקע וכו' שהביא דברי מהרימ"ט דחייש לספיקא דשמא יכלו. וז"ל הר"י מטראני אם נפלו לה נכסים לא יאמר הבעל אשתכר בהם והשכר יהיה שלי והקרן קיים לאשה שמא יכלו. עכ"ל. הרי דהרב חייש לשמא ובודאי אף כשקבל עליו אחריות עסקינן. דאי בלא קבל עליו אחריות כ"ע מודו ואף מהר"ם גאלאנטי דאין שומעין לו אלא ודאי בשקבל עליו אחריות ואפ"ה אי איכא למיחש לשמא יכלו ובנד"ד שאין לבעל נכסים שיש להם אחריות אין שומעין לו. ודו"ק:

באופן שנראה פשוט שכפי הדין כיון שהבעל לא אמיד בנכסי כ"ע מודו שינתנו ביד שליש גברא דאמיד ובטוח הקרן שלא יכלה. ובפרט שכבר כתבנו שלפנינו נגלו תעלומותיהם שכן הוא הטוב והישר בעיני אלד"ים ואדם ולראיה וזכות ביד האשה הנז' ח"פ בחדש

אב יה"ל משנת אעלה

בתמר לפ"ק. וקיים:

רחמים אגייני רפאל משה אלבאז רפאל אביטבול ישצ"ו

סימן יז

ע"ע הנז'.

הגם כי בתחילה העלמנו עין עלי באר' פרשן' דתא שיח שפתותינו כי סמכנו על המעיין להביא את ספר וימצא כתוב דבר הנראה וניכר החושה אל העין ופרסומם יספק יספק. מ"מ אחרי רואי מ"ש חו"ר צפרו יע"א אז אמרתי הרי זה עלי חובה להרחיב הדיבור קצת: **תחילת** הכל אציגה נא, משנה ערוכה הלא היא כתובה בפ' האשה שנפלו ד' ע"ט נפלו לה כספים ולקח בהם קרקע והוא אוכל פירות ע"כ. כך היא הנוסחא בש"ס שלנו ובהרא"ש ז"ל. אבל במשנה שבהרי"ף איתא נפלו לה נכסים. ופסקה הרמב"ם הל' אישות פ' כ"ב וז"ל היו לאשה כספים מנצ"ב הרי זה נושא ונותן בהם ואם נכסי מלוג הם וכו' הרי אלו ימכרו וילקח בהם קרקע והוא אוכל פירותיהן ע"כ. וכ' הה"מ כשהן בנצ"ב מפורש בירושלמי פ' מציאת האשה שנושא ונותן בהם וכו' וכשהן בנכסי מלוג מבואר במשנה פ' האשה כספים ילקח בהם קרקע והוא אוכל פירות ע"כ. הרי מבואר שהרמב"ם מפרש מאי דאמור רבנן במשנה נפלו לה כספים ילקח בהם קרקע הוא אפי' בטוען שישא ויתן בהם שאין שומעין לו. וכ"כ הרשב"א בתשו' הביאה הרב"י בסי' פ"ה וז"ל נפלו לה כספים ילקח בהם קרקע וכו' ואם אמר הבעל עבידנא עיס' בזוזי ומרווחנא טובא ואיכא ריוח ביתא אין שומעין לו ודברי רבא שאמר בזוזי ועביד ביה עיס' דשומעין לו משום ריוח ביתא לא על דרך זו נאמרו אלא על מוכר פירות נכסי מלוג אבל קרן זוזי דנפלו לה בנ"מ אין שומעין לו ע"כ:

ואף דנראה שהם גרסי' כספים. מ"מ אף למאן דגריס נפלו לה נכסים הרי במשמע ג"כ נפלו לה כספים מדקתני סתמא. ובמק"ו גריס נפלו לה נכסים וכתב עלה דברי הר"י מטראני וז"ל אם נפלו לה נכסים לא יאמר הבעל אשתכר בהם והשכר יהיה שלי והקרן קיים לאשה שמא יכלו אלא ימכרו וילקח בהם קרקע והוא אוכל פירות הקרקע ע"כ. גם הר"י מטראני ז"ל ממשמעותו דגריס נכסים. וכ"כ הרב נתיבות משפט נכ"ג ח"ז וז"ל ומשמע מפשטא דמתני' דקתני סתמא נפלו לה נכסים דאף בנפלו לה מעות אין הבעל יכול לומר אשתכר בהם והריוח שלי אלא ילקח בהם קרקע וכו' וכן כתבו הרמב"ם והטור. וכן כתוב בחי' הר"י מטראני ז"ל וכו' וכ"כ הרשב"א בתשו' הביאה הב"י בסי' פ"ה וה' ואיכא למידק דכי היכא דבקרן אין שומעין לו שמא יפסיד הקרן. ה"נ במוכר פירות נ"מ בזוזי ועביד בהו עיס' היכי קאמר רבא דהא איכא ריוח ביתא במעות ושמא

יפסיד המעות בעסי' וליכא ריוח ביתא מש"כ בפירות הקרקע דאיכא בהו ריוח ביתא בודאי. וצ"ל דגבי פירות לא חיישינן כולי האי וכל דאיכא ריוח ביתא לפי ההראות בעיס' לא חיישינן להפסיד המעות. ע"כ:

והגאון הרב פני יהושע ז"ל בחידושיו על כתובות כ' וז"ל נפלו לה כספים וכו' כן הנוסחא בכל הספרים שלפנינו ובלשון הרא"ש. אבל בנוסחת המשנה בלשון הרי"ף מצאנו נפלו לה נכסים. וכן נר' מלשון רבינו ירוחם במשנה נכ"ג ועי"ש בס' נתיבות המשפט והתמיהא קיימת עליו שלא שת לבו לנוסחת הספרים שלנו. ולענ"ד דנראה כן מלשון רש"י ז"ל שכ' והוא אוכל פירות והקרן קיימת לה שלא תקנו לה חכמים כו' ולכאורה לשון מיותר הוא אמנם למאי דגרסינן נפלו לה כספים כוונתו מבואר משום דלכאורה טובת הבעל בנפלו לה כספים שיעשה בהם עיס' כדאמרינן בעלמא הפוכי בעיס' טב מינה ממה שיקח הקרקע לכך כ' רש"י דאפ"ה קונין בהם קרקע כדי שיתקיים הקרן שלה אע"ג דפירות הבעל אינן כ"כ כמו הפוכי בעיס' ומשום שלא תקנו לו בקרן כלום וכן נראה להדייא מלשון רש"י בסמוך בשמעתין דשניהם מעכבין דהיכא שקרן מתמעט קצת יכולה לעכב אע"פ שהפירות מרובים וכן נראה קצת מלשון התוספות בד"ה דיקלי ובד"ה אילני. אלא דמלשון הרא"ש ז"ל מבואר להדייא דכל היכא דלא כלייא קרנא לגמרי יפה כח הבעל לקנות דבר העושה פירות יותר. וכ"כ הרמב"ם ז"ל וכן הוא בטוא"ע ובש"ע בפשיטות בלי שום חולק. ע"כ:

ומ"ש אמנם למאי דגרסינן נפלו לה כספים כוונתו מבואר וכו'. ר"ל דכוונת רש"י ליתן טעם למה אין שומעין לו בכספים לישא ויתן בהם כיון דהפוכי בעיס' טב מיניה וכו' ואי גריס נכסים למה לא ביאר רש"י בדבריו דמיירי על הכספים הגם דמשמעות המשנה גם על הכספים מ"מ הרי אף מטלטלין במשמע וא"כ היה לו לרש"י לבאר שדבריו הם על הכספים דוקא ומדסתם דבריו משמע דקאי אכולה מלתא על כל מאי דמתן וא"כ לא יצדק פ' זה בדבריו והוי לשון זה מיותר אבל אי אמרינן דרש"י גריס כספים יצדק פי' זה בדבריו ואינו צריך רש"י לפרש כספים דהא עלה קאי אבל אינו ר"ל דלמאי דגרסי נכסי' לא הוי במשמע כספים ולכך לא יצדק פי' זה בדבריו דהא בכספים יכול לומר שישא ויתן בהם. הדבר זה אי אפשר לאומרו שהרי בודאי שיש במשמע ג"כ כספים. דכספים איקרו נכסי וכמ"ש לעיל:

ובקונטריס אחרון כ' וז"ל נפלו לה כספים וכתבתי דמלשון רש"י משמע דהיכא דהקרן מתמעט קצת לעולם יכולה לעכב אע"פ שהפירות מרובין יותר והיינו טעמא דכספים הכא דאע"ג דהפוכי בעיס' טב מינה אפ"ה לוקחין קרקע ושכן נר' מל' התוספות אלא

דלהרא"ש והרמב"ם ז"ל היכא דלא כלייא קרנא לגמרי לעולם יפה כח הבעל ליקח דבר שפירותיו מרובין וכן הוא בטור ובש"ע וכו'. ולפ"ז צ"ל דהא דלוקחין בכספים קרקע אע"ג דהפוכי בעיס' טב מיניה אפ"ה אפשר דכלייא קרנא לגמרי ע"כ:

נמצינו למידין דאי טעין הבעל שישא ויתן בכספים דהפוכי בעיס' טב והוי פירות מרובים והאשה מעכבת ורוצה שיקח בהם קרקע משום שמא יפסיד והארץ לעולם עומדת דשומעין לה והיא משנה ערוכה ופסקו הפוסקים להאי דינא מהמשנה הנז'. ולרש"י וסיעתו הגם דנימא דלא חיישינן בעיס' להפסיד דכלייא קרנא אלא שהקרן מתמעט קצת. האשה יכולה לעכב. ולהרמב"ם וסיעתו דוקא משום דחיישינן דכלייא קרנא לגמרי. ולא מצינו בדבר זה חולק ומשנה שלימה שנינו:

ולענין אם האשה אינה חפצה בקרקע אלא חוששת שמא הבעל יאכלם או יאבדם ולכך רוצה שתתנם ביד שליש והבעל מעכב שלא יתנם ביד שליש ונכ"ה לו ינכ"ה מה שהקנו וזיכו לו מן השמים בזה לא מיירי המשנה והפוס' הנז'. אבל דין זה פשוט הוא שכה יעשו האיש והאשה שניהם יחד יתנו הנכסי' בעיס' לזולת והקרן אדביני ביני שינתן לזולת גם השטרות יהיו מונחים ביד האשה ובזה לא יש פסידא לשום מהם. או יעשו באופן אחר שיהיה במציאות דליכא פסידא לשום א' מהם מילתא דשוייא לתרווייהו. ולא יהיו ביד שליש שיש פסידא לבעל שמתנכה לו מפירותיו שכר השליש. וכ"ש כשיהיו לה מנכסי מלוג קרקעות דאין שומעין לה אם תרצה למנות עליהם אפוטרופוס דבקרקעו' ליכא למיחש למידי. והשכל והסברא מורין כן:

וגדולה מזאת מצינו להכנה"ג משם הרב המג"ן שכ' וז"ל אם הם מעות ועומדים ביד אחר להסתחר והבעל הגון וירא שמים ומקבל אחריותם יכול הוא עצמו לישא וליתן בהם ויאכל פירות. ע"כ. דקדק וכתב ועומדים ביד אחר להסתחר דר"ל שאין האשה חפצה בקרקע ואינה חוששת לשמא יפסיד אלא חוששת שמא יאכלם או יאבדם דבהכי לא מיירי המשנה והפוס' ולזה פסיק בסכינא חריפא ותני שאם הבעל הגון וירא שמים ומקבל אחריותם שיכול הוא עצמו לישא וליתן בהם. וכיון דאנהרנהו לעייניו הרב המג"ן ז"ל שיכול הוא עצמו לישא וליתן בהם בעומדים ביד אחר להסתחר אם הוא הגון וירא שמים ומקבל אחריותם ולא מצינו חולק ע"ז גם הרב הכנה"ג לא הביא שום חולק ע"ז אלא שאחר שכ' דברי הרב המג"ן סיים וכתב ועי' בס' נ"מ ד' ק"ך ע"ב. והנראה בכוונת דבריו הוא משום דנראה מדברי הרב המג"ן דדוקא בעומדים ביד אחר להסתחר שאינה חפצה בקרקע הוא דיכול לישא וליתן בהם אבל אם האשה חפצה בקרקע שומעין לו. לזה ציין הכנה"ג להרב נ"מ שכ' דהכי דייקינן מלשון המשנה ושכ"כ הרמב"ם והטור והר"י

מטראני והרשב"א ז"ל שאם האשה מעכבת שומעין לה וכמש"ל. וכיון שלא מצינו חולק על הרב המג"ן וגברא רבא דרב גובריה ורב חיליה אמר מילתא. הכי נקטינן. ומדכתב כל הני ראוי והגון וכו' ולא כ' ג"כ אמיד שם דאינו צריך דכולי האי לא חיישינן לגרוע כח הבעל שבכמה מקומות מצינו דידו עדיף מידה יעויין בס' הפוסקים:

אתאן לנ"ד אחר שכבר העלינו להלכה ותצא דינ"א שהיורש יכול למחות שלא למנות אפוט' בין מינהו האב או מינוהו ב"ד וכמש"ל א"כ אף אם רצה וקבל היורש את האפוט' בשמחה רבה הבעל יכול לעכב עליה שלא תרצה אחרי שהדבר תלוי בבחירתה הוי כאלו לא היה שום מינוי לא מן האב ולא מן הב"ד אלא היא מעצמה רצתה למנות אפוט' שיכול הבעל לעכב עליה. ודו"ק בדברינו אלא ותמצאם מאלמים אלומים למ"ש אנן בעניותין למעלה. ומודע לבינה דהא דקרו להר"י מטראני שבמקובצת מהרימ"ט ולא דייקי בשמא לאו שפיר עבוד דקרו ליה הכי דמהרימ"ט הידוע הוא בן פורת להרב המבי"ט. והר"י מטראני המובא במקובצת הוא רבינו ישעיה מטראני הוא רבינו ישעיה הראשון שמביאים הרא"ש והפוס' וקדמון הוא וכמ"ש הרב שם הגדולים ונ"מ לענין קי"ל. ולמירמא דידיה אדידיה כדאמרינן בש"ס קידושין ד' מ"ד ע"א. הכ"ד הח"פ

פאס יע"א בס' ובא בכל אות נפשו בח'

אלול דהאי שתא על עמך

ברכתך סלה. והכל שריר ובריר וקיים:

איש צעיר שלמה אבן דנאן סליט"א

סימן יח

אם החנות שמסתחרים בה היא בחזקת שניהם כגון ששניהם היו מתעסקים בה או אפי' אם אחד בלבד הוא שמתעסק אם החנות לקחוה או סכרוה שניהם הרי היא בחזקת שניהם והסחורות שהיו בחנות בשעת מיתת שלמה הרי הם בחזקת שניהם ועי' ה' ויאמר יצחק סי' נ"ד ואינו נאמן בשום טענה להוציא מחזקת היורשים וכן כ' ה' ויאמר יצחק סי' ז"ן וז"ל בשעה שנלב"ע שלמה קרוב לודאי שהיו סחורות בעין בבית הסחורה הידוע לשניהם ולגבי סחורות אלו ה"ה בחזקת שניהם וכו' ע"ש. והסחורות שבאו מטאנכיר אחר פטירת שלמה אם באו לידי הקומפ' גם הם בחזקת שניהם ודינם כנז'. אבל הסחורות שגבה ימין כשהיה אחיו מוטל על וכו' ובשעת מיתת אחיו היו ברשות ימין ה"ה בחזקתו אע"פ שהיו מונחים תחלה בחנות. וכ"כ ה' דבר משה משם המבי"ט הביאו ה' ויאמר יצחק סי' נ"ח וז"ל והכא בנ"ד אע"פ שיש עדים שהיו שותפים וכו' דאפי' שיש לא' מהם

בחנות איזה דבר שהוא שלו לבד וכו' ואם אח"כ הוציאו מהחנות והניחו בביתו וטען שהוא שלו אע"פ ששותפו מכחישו י"ל חזקה כיון שאין ידוע לעדים דבר שהחזיק א' מהשותפים אם היה בכלל נכסי השותפים כי מה שהיה קודם בחנות אינה ראיה וכו' אפי' שהיו עדים שראום קודם בחנות וכו' עכ"ל ע"ש. ודוקא מה שהוציא מן החנות בחיי שלמה אחיו כשהיה מוטל וכו'. אבל מה שהוציא מן החנות אחר פטירת שלמה לאו כל כמיניה לטעון שהם שלו כיון שבשעת מיתת שלמה שהיא שעת העמדה בדין כאן היו וכאן נמצאו בחנות. ולא דמי למה שהוציא בחייו שאלו ה"ה בחזקתו ויכול לטעון שהם שלו דחזקה כל מה וכו'. ואע"ג דקי"ל בסי' קע"ט השותפין אין להם וכו':

הרי מבואר שם בב"י ובקצר דדוקא בדאיכא עדים שאותם הסחורות הם מממון השותפות ועידי ראיה השתא דעדיין ההיא סחורה ברשות השותף ואיכא סהדי שלא חלקו השותפות. ובנ"ד הגם שהם שותפים רחוק למצוא עדים על כל סחורה שהיא מממון השותפות ואפי' אם המצא ימצא הא בעינן עדי ראה בשעת מיתת ימין וליכא כיון שמכר הסחורות דמטבע אין בו סימן וגם ליכא עדים שלא חלקו כ"א ע"פ הודאתם. ולפ"ז יכול ימין לטעון שהם שלו. ואף אנן נמי טענינן כן ליורשיו להחזיק מה שבידם אף שהוא נגד יורשים אחרים כמבואר בפוסקים:

אכן משטר צואותיהם נלמוד דליכא לימין שום טענה. דאם יטעון חלקנו וכ"ז הוא שלי ושלמה נטל חלקו הרי שלמה צוה שלא חלקו וימין היה מסכים לדבריו כמבואר בדברי הח' הפו' נר"ו. גם מצואת ימין שצוה שכל מה שכתוב בפנקס שתחת ידו וכו' מענייני הגביות שהיה גובה מאת הזולת מדין דלקומפ' שבינו ובן הר"ש אחיו הכל אמיץ. גם בצואתו ע"ע המזונות שהיה זן יורשי אחיו צוה אם כשיגמר טהרת החשבון של הקומפ' שבינו ובין הר"ש אחיו ימצא שעדיין יש בידו משל היתו' וכו' אך אם לא נמצא בידו משלהם וכו'. מבואר דלא חלקו. ואם אמר יאמר דאח"פ שלמה דקדק חשבונו ומצא ששלמה אחיו נטל חלקו ומה שנשאר מהסחו' וכו' הכל שלו. הרי מבואר מצואת ימין שכל הגביות שגבו עדיין הם בשיתוף שניהם ומסופק אם ימצא בידו משל היתו'. ואם יטעון שאח"פ אחיו נתן חלק היורשים לאפוט'. הרי מדצוה על הפנקס של הדין דלקומפ' שבינו ובין אחיו שהוא אמו"ץ. מובן שלא נתן לאפוט' דאם איתא שכבר נתן לאפוט'. למה הטריח את עצמו והוא מוטל וכו' לצוות על הפנקס שהוא אמת והוא פרוע. ועוד מתי דקדק חשבונו והלא גם בשעת מיתתו היה מסופק כמבואר בצוואתו ע"ע המזונות. ובפרט שהיה צריך בדקדוק הח' הברורים שברר אחיו על טהרת החשבון ואין לומר שמא אחר שנתן מה שנתן לאפוט' עדיין הוא מסופק אם ימצא בידו משל היתום אם

לאו. שהרי מצינו לה' כנה"ג סי' ע"ח הגה"ט אות י"ב שכ' וז"ל חוב שאינו מבורר חזקה דלא פרע ואינו נאמן לומר פרעתי ונפרעים מהיורשים. הרדב"ץ ח"א סי' צ' עכ"ל. והרב מטה שמעון סי' הנז' אות ה' הביאו ה' ויאמר יצחק. הביא דברי הכנה"ג ותמה עליו דלמא הביא דין זה מהרדב"ז והלא היא גמרא ערוכה בפ' השות' דבכה"ג. אף אביי ורבא דס"ל דעביד איניש וכו' היינו כשהחוב ברור אבל כשעדיין אינו חוב ברור עליו דמי יימר דמחייבי ליה רבנן לכ"ע לא אמרינן דיכול לומר פרעתי. ותירץ ה' וז"ל ושמא יש לחלק ושאני ההיא דהש"ס דהיינו היכא שאינו ברור שיהיה צד חיוב עליו ולכך אינו נאמן לומר פרעתי. משא"כ הך דהרדב"ז ז"ל דאף דחיובא רביע עליה והוא אמינא דאזיל ופרעיה עד דפייסיה קמ"ל דכיון שאין סכום החיוב ברור לא אמרינן דפרע ונמצא דהוי רבותא ומיהו היכא דלא בריר ליה שחייב הוי דינא דגמרא והביאו גם כן הרי"ף בהלכותיו וכו'. ע"כ: **אלמא** כיון שאין סכום החוב ברור אינו נאמן לומר פרעתי ונפרעין מן היורשים. ואף למה שנסתפק ה' ויאמר יצחק שם סי' נז' דע"כ לא אמרינן דכשהחוב אינו מבורר אינו נאמן וכו' אלא כשאינו מבורר מצד הדין וכו' והט' דכל עוד שלא עמד בדין וחייבו הדיין ליכא למיחש ליפרעון דמי יימר דמחייבי וכו' אבל כשאינו מבורר מצד החשבון יכול לומר דקדקתי חשבוני וכו'. בנ"ד יצאנו מבית הספק שהרי בשעת מיתתו ג"כ היה מסופק ומתי דקדק החשבון ואפי' אינו נאמן לומר פרעתי ואנן נמי לא טענינן כן ליורשיו ועוד אם פרע לאפוט' הו"ל לצוות ע"ז ומלתא כדנא לא הוה שתיק מינה ומדלא צוה ש"מ לא נתן לאפוט':

עוד מצאתי להכנה"ג סי' ק"ח בהגה"ט אות ל"ז שכ' וז"ל מי שיש לו בידו נכסי יתומים ומת לא טענינן ליורשים שמא פרע אביהם שקרוב הדבר לומר שאפי' אם היה הוא בחיים והיה טוען כן שמא לא היה נאמן בלא ראיה דלד' לפי' שבין אדם לחבירו דעביד דפרע ליה בינו לבין דיליה. אבל פ' נכסי יתומי' לא שייך אלא בב"ד וצריך שיושיב ב"ד על כך שיתן חשבון ביניהם. ואפי' תימא דהוא עצמו אם היה טוען כך נאמן מ"מ לא טענינן להו ליורשים. מורי הרב ז"ל בתשו' ח"א סי' ס' עכ"ל. ואף דל"ד לנ"ד מאחר שיש להם אפוט'. אפ"ה מאחר שצריך בדקדוק החשבון הח' הברורים כמו שצוה שלמה הנז' וגם היו מונחים אצלו ע"פ א' מבדי"ץ נראה פשוט דאינן יכול לטעון פרעתי. ואפי' תימא דהוא יכול לטעון אנן לא טענינן ליורשיו וכמ"ש הכנה"ג. וא"כ אם לפי הגביות שנתבררו לב"ד שבעירם נשאר ימין חייב ליורשי אחיו. חייבים הם יורשי ימין לתת להם חלקם. ולפי שהדברים פשוטים לא הוצרכנו להרחיב הדברים ולהאריך. זה מה שנלע"ד בזה.

וליה עינינו יצילינו מכל שגיאה. ויאיר עינינו בתורתו הנפלאה. הכ"ד החו"פ פאס יע"א בשנת הארבעים לפמ"ה בעי"א לחדש
חשון והכל שריד ובריר וקיים. זעירא דרבנן:
ע"ה ב"ה שלמה אבן דנאן היו אכי"ר

סימן יט

שאלה רבני אלפין הרבנים המובהקים חו"ר מתא מחסיא פאס יע"א הי"ו. כאן הבן שואל בראובן שיש לו בית קרו"ח ושמעון שכר בית מהוזלת סמוך לו מר"ח ניסן ש"ש זו ע"ת חמש שנים רצופות וגדלה צעקת ריבה' עד שמייא גם בלילה לא שכב לבם ונשותיהם יותר מהם. והנה בעתה תבע ראובן לשמעון הנז' לדינא דגוא"א על שנה א' דוקא ושמעון משיב כיון ששכור בידי לה' שנים צריך אתה להורידיני לגוא"א למשך ה' שנים ואנן בדי"ץ לא הסכמנו על דעת א' שמוהר"ר רפאל משה אלבאז הי"ו יזיי"א אמר שהדין עם שמעון. שצריך לסלקו מכל הזכות שיש לו בבית הנז' וטעמו דאע"ג דבעלי הקרקע מורידין לדינא דגוא"א בשכי' על שנה א' שאני התם שאינו יכול לסלקו בשכירות לעולם ועד. אבל הכא הא יכול לסלקו מכל וכל מזכות שיש בידו. ולא כן אנכי עמדי ודעתי היא שהדין עם ראובן שיכול לסלקו לשנה א' דאלת"ה א"כ גם בבעלי הק"ר נימא שצריך לסלק זא"ז לשבע שנים דוקא מפני שאינו יכול לחזור לביתו עד משך ז' שנים שכן צוה רבינו יהודה החסיד וצוואתו אישרוהא וקיימוהא אנשי העיר הזאת מחומר הסכנה וה' חיד"א ז"ל תמה על מה שסומכין בא' שמניחין מסמר או טלטל בבית שיצאו ממנה כדי לחזור לביתו בתוך ז' שנים וכ' דפרק המניח לא נזכר בדברי ה' החסיד וחמירא סכנתא ואפ"ה הא קחזינן דמסלקי אהדדי כפי תביעת התובע אם מעט ואם הרבה. והלכה כדברי המכריע. וצוויי"מ וימ"ן כ"ד הח"פ צפרו יע"א בח' אדר השני שנת שלם
על ישראל לפ"ק וקיים:
ע"ה רחמים אגייני הי"ו
תשובה ממ"ש מר"ן סי' קע"ה סי' י"ג וז"ל וכן אם יש להם שדה וכרם וכו' ואפי' יאמר לו גוא"א בשניהם כאחד אין שומעין לו וכו' ושני דברים שתשמישן שוה הא ודאי שיכול לומר כ"א מהם לחבירו גוא"א וכ' מור"ם דהיינו שחולקין אחד נגד חבירו ואחד נוטל אחד והב' ב' והסמ"ע ס"ק ל"א כ' אין שומעין לו הטור מסיק בטעמו וכ' ז"ל שיאמר בא' מספיק לי שהרי כל א' תשמישו בפני עצמו ע"כ פי' שאין הא' צריך להב' לסייעו במלאכתו וכו' ע"כ ובס"ק ל"ב כ' אבל פשיטא דאינו יכול גוד שניהם או אגוד שניהם

דיאמר בא' סגי ע"כ. ומזה נראה ללמוד בשני בעלי קרקע שרצה א' מהם לעשות גוא"א בשכירות בשתי שנים או יותר שיכול הב' לומר בשנה א' יספיק כההיא דמר"ן וכעת לא יש חילוק ביניהם ולפ"ז יכול לומר גוא"א בזה אחר זה. אכן לענד"ן דגם בזא"ז אינו יכול וחילי מתשו' הרשב"ש סי' פ"א וזל"ה ודנתי ביניהם שכיון שיעקב הנז' שכר שלישו של יודא א"י לתבוע ממנו גוא"א שעיקר דינו של גוא"א הוא משום היזק ראיה ובחצר שאין בה דין חלוקה והחצר הנז' אע"פ שאין בה דין חלוקה ויש בה דין גוא"א כיון שיעקב הנז' שכר חלקו של יודא הנז' נתבטלה טענת היזק ראיה תוך זמן השכי' אך אחר עבור זמן השכירות הנז' יש להם דין גוא"א עכ"ל ומינה לנ"ד מאחר שעשו גוא"א על שנה ראשונה נתבטלה טענת היזק ראיה בשנה ההיא וא"י לומר גוא"א על שנה ב'. ואם כנים הדברים א"כ כמו שיאמר הנתבע שנה א' יספיק כן התובע ג"כ יכול לומר שנה א' יספיק וכ"ש הוא וא"כ אתאן לנדון שנחלקו בו חו"ר צפרו הא ודאי שאין הנתבע יכול לכופו לגוד על ה' שנים מטעמא דכתיבנא. ואפי' אם המצא ימצא משפט כתוב מפורש לו מנהג להפך בבעלי קרקע ממש והוא שיכול לגוד בשתי שנים או יותר מ"מ הא ודאי שאם ירצה לגוד על שנה אחת דוקא שאין בעל הקרקע הנתבע יכול לכופו לגוד לשתי שנים וכן מעשים בכל יום וכיון שכן הוא גם בנדון ההוא שנחלקו בו חו"ר צפרו לא יפסיד דינו ועדיין הבחירה בידו לומר גוא"א לשוכר כפי רצונו כמו שהיתה הבחירה בידו עם בעל הקרקע וראיה לזה מההיא דהרשב"א סי' תקי"ג הביאה הב"י סי' הנז' וזל"ה ואפי' לפי הסברא הזו אם לקח אחד מן השוק חלק אחד מהיורשים מסתברא דאית דינא דגוא"א שהרי בודאי היורש הב' שעמד עדיין בחלקו לא הפסיד דינו מפני קנייתו של לוקח זה ע"כ וא"כ גם בנ"ד לא יפסיד בעל הקרקע את דינו ובחירתו שהיתה לו עם בעל הקרקע שכנגדו מפני שכירותו של זה. זאת ועוד מצאנו להרשב"א הביאה הב"י סי' הנז' וז"ל אמר התובע גוא"א בא' מן הבתים טען הנתבע אית לי פסידא וכו' אלא אם תרצה גוא"א בכל הבתים. תשובה הדין עם התובע עכל"ה ה"נ הגם שטען הנתבע שיגוד אותו לה' שנים הלא"ה אית לי פסידא אפי' הדין עם התובע ויכול לומר גוא"א לשנה א' דוקא. ולאפס הפנאי באנו בדרך קצרה איידי דטריד כי בא מועד פ' ערבי פסחים. זהו מה שנלע"ד בזה הכ"ד הח"פ פאס יע"א אדר ב' דהאי שתא טבתא משפטי ה'

אמת צדקו לפר"ק והכל שריר ובריר ואמת וקיים:

ע"ה שלמה אבן דנאן ס"ט וחתמו עמי כמוהר"ר יהושע מונסונייגו וכמוהר"ר יצחק אבן דנאן ז"ל ז"ל

סימן כ

השקפנו בשטר הצואה הנז' ובמ"ש רבני פאס יע"א ורבני מקנאס יע"א ועלתה הסכמתם שהצוואה הנז' בטילה אחר שאין בה תוכחת כפי תקנת אבותינו ורבותינו זיע"א. ולכאורה אכתי מקום יש בראש לפקפק דהנה בצואה הנז' שייר המצוה הנז' ליורשיו. ומצינו להרב קצות החושן ח"מ סי' רפ"ב סק"ג כתב וז"ל התשב"ץ ח"ג סי' קמ"ז כתב וז"ל ובטופסי שטרות ראשונים יש שיור ד' זוזי וכ' גאון ז"ל דמשום כדי שתהא רוח חכמים נוחא הימנו כמ"ש בספר עיטור סופרים דמתנת ש"מ וכו' ע"כ. והרב פני משה ח"א סי' ע' כ' וזל"ה ע"פ סברת הרב בעל העיטור ואשר אתו דלא מיקרי אעא"ח היכא דשייר מידי ליורשיו מהנכסים. וע' ה' ט"ז אה"ע סי' קי"ג סק"א. ועי' ה' ברכ"י יו"ד סי' רמ"ט אות ט"ו שכתב דמדברי תלמידי רבינו יונה שהביא רב"א בש"מ כתובות מוכח דבהניח קצת ליורשיו תו ליכא משום אין רוח חנ"ה וכן משמע קצת מדברי ריב"ש ע"ש. **אתה** הראת דסברי מרנן דהיכא דאיכא שיור לא הוי בכלל אין רוח חנ"ה. ולפ"ז היכא דאיכא שיור בזה לא תקנו רבותינו בעלי התקנות דבעי תוכחת. הוא משום אעא"ח. למה לי תוכחת. וסותר הקודם יוליד סותר הנמשך:

איברא דלעומת זה מצינו להר"ן ז"ל פ' מציאת האשה שכ' וז"ל ואני תמיה וכו' ומשמע ודאי דהכי קאמר עד כמה מחייב ושרי דליכא משום אעא"ח. ומהדרינן עד עישור נכסי אבל טפי מהכי לא. ובעובדא דרב פפא דאיעסק ליה לבריה בי אבא סוראה משמע להדייא דלרבות בפרנסה אסור. ע"כ ע"ש. והביאו מור"ם א"ה סי' קי"ג שכ' וז"ל י"א דאף האב בחיים אין לו להוסיף לבתו יותר מעישור נכסים ע"כ. וכ' ה' ח"מ סק"ה הטעם דהוי כאעא"ח מבניו ובמרדכי וברא"ש הביאו תשובת גאון שראוי לנדות למי שמרבה ליתן לנדן בתו. ע"כ הרי היא לפניך מערכה לקראת מערכה:

והנה מההיא דאבא סוראה דאייתי הר"ן מיניה ראיה וכ' דמיניה נשמע להדייא דלרבות בפרנסה אסור יש להקשות לבעל העיטור שהרי התם שייר ואפ"ה אמרינן דאסור. ואפשר לומר במ"ש הכנה"ג ח"מ סי' רפ"ב בהגה"ט אות ט' וז"ל אמר המאסף שלא אמרו אין רוח חנ"ה אלא דוקא בכותב נכסי' לאחרים והניח לבניו אבל בנותן נכסיו לא' מבניו כגון שריבה לא' ומיעיט לא' אע"ג דאמר שמואל לרב שילה לא תהוי באעא"ח אפי' מברא בישא לברא טבא. אינו בכלל דאין רוח חנ"ה אע"ג שאין ראוי לאדם להיות עד או דיין לאעא"ח אפי' מברא בישא וכו' ע"כ. ולפ"ז נוכל לומר דדיעה זו ס"ל כמ"ש הכנה"ג דהא דשמואל לא משום רוח חנ"ה אלא משום אעא"ח אין ראוי להיות עד או דיין. ומינה

להיכא דשייר דהגם דאין בה משום אין רוח חנ"ה. מ"מ אין ראוי להיות עד או דיין והוי דומייה לההיא דשמואל ולכך לא רצה יהודה בר מרימור

אלא דאכתי יש להעיר על מ"ש הכנה"ג אחר סמוך אות יו"ד וז"ל עוד אני אומר דאפי' אעא"ח מברא בישא לברא טבא היינו דוקא בלשון ירושה ובשעת מיתה. אבל בלשון מתנה ובהיותו בריא אין שום קפידא. ע"כ. והרי בעובדא דאבא סוראה הוה בלשון מתנה ובהיותו בריא ואפ"ה לא רצה יהודה בר מרימור ליכנס עמו. והנלע"ד הוא דדיעה זו גם הכנה"ג סברי דדעת יהודה בר מרימור הוא משום חומרא וחסידות וכמ"ש הט"ז אה"ע סי' קי"ג ע"ע:

ומההיא דאמרינן בכתובות דס"ו מר עוקבא כי הוה נח נפשיה קם בזבזיה לפלגא דממוניה ומותיב הש"ס מההיא דאר"א באושא התקינו המבזבז וכו' ומשני ה"מ מחיים שמא ירד מנכסיו אבל לאחר מיתה לית לן בה. יש להקשות להר"ן ודעימיה אמאי לא מותיב הש"ס ממשנה שלימה הכותב נכסיו לאחרים אין רוח חנ"ה. וכבר הוכיחו מההיא דיוסי ן' יועזר דלא שאני לן בין כותב לאחרים למקדיש. ובפרט למ"ש הכנה"ג סי' הנז' אות ג' משם הרנ"ח אין רוח חנ"ה נ"ב ואיסורא נמי איכא ויש לב"ד למנוע הדבר הזה ולקרותו עבריינא ע"כ. ואף לפירוקא דש"ס קושייתיינו במקומה עומדת. ובשלמא לבעל העיטור וסיעתו לא קשה מהאי משנה שהרי מר עוקבא בזבז פלגא ושייר פלגא ותו ליכא משום אין רוח חנ"ה. אלא להר"ן וסיעתו הגם דשייר פלגא הוי בכלל אין רוח חנ"ה. קושייא:

והרב זרע אמת חיו"ד סי' ק"י סבר לה מ"ר דלדיעה זו צריכים אנו לומר דמר עוקבה לגרמיה הוא דעבד ואין למידין ממנו לכ"ע דדוקא מר עוקבא שהיה עשיר גדול דפלגא שהניח לבניו הניחם עשירים שלא יצטרכו לבריות הוא דשרי ואין בו משום רוח חנ"ה. ע"ש שהוכרח לזה מכח קושיין. וכתב עוד דמטעם זה השמיט הרמב"ם חילוק זה בין מחיים לאחר מיתה וגם מר"ן הב"י הגם שכ' בב"י י"ד סי' רמ"ט וז"ל אבל לאחר מיתה יכול לבזבז כל מה שירצה כדיעב' מר עוקבא שבשעת מיתתו בזבזיה לפלגא דממוניה. ע"כ. מ"מ השמיטו בש"ע והוא מטעם הנז' משום דס"ל דאף דשייר אין רוח חנ"ה ושאני מר עוקבא לגרמיה הוא דיעבד משום דעשיר גדול היה ולזה השמיטו כדין שלא יתן דבריו לשיעורין. ע"כ. ועי' להרב יד מלאכי כלל הש"ע אות ד' שכ' וז"ל דרכו של מוהריק"א בספר הקצר להשמיט כמה דינים שהביאם בב"י מפני שלא מצאם בשאר הפוסקים ומ"מ בב"י הביאם כי הוא מאסף לכל המחנות שזה משפטו ומעשהו. כנה"ג יו"ד סי' ל"א הגב"י אות ע"ד. והרב יד אליהו סי' קמ"ו והרב זרע אברהם חח"מ סי' י"ג

כתבו דכיון דהשמיטו מהלכה נראה שחזר בו מפני שראה חולקים בדבר ע"ש ד' קכ"ה ב' וכן מצאתי להרב מנחת כהן בס' התערובות ח"א ספ"י. אך שם בח"ג פ"ז כתב דכמה דברים שהביא בב"י השמיט בש"ע אף שהם אליבא דהלכתא ע"ש ובדף קל"ח ב' ע"כ. ומסתברא דבהשמטה זו כ"ע יודו דכיון דחילוק זה הוא שנוי להדייא בגמרא לא הוה ליה למר"ן להשמיטו. ונמצא לפ"ז דדעת מר"ן היא אף היכא דשייר אין רוח חנ"ה. אכן מור"ם בהגה שם כתב וז"ל ודוקא כל ימי חייו אבל בשעת מותו אדם יכול ליתן לצדקה כל מה שירצה. ע"כ. ולפ"ז דעתו כס' בעל העיטור ודעימיה דע"י שיור לא הוי בכלל אין רוח חנ"ה. דאי ס"ל כהר"ן ודעמיה דאף ע"י שיור הוי בכלל אין רוח חנ"ה. הא לדידהו דין זה לא קאי לכ"ע דשאני מר עקבא דעשיר גדול היה ואין למדין ממנו לאדם אחר ומדפסקה בהגה משמע דלמידין דין זה אף לשאר ב"א. אלא ודאי דס"ל כבעל העיטור ודעימיה. ולפ"ז קשיא לן שהרי מור"ם גופיה באה"ע סי' קי"ג שכתבנו למעלה כתבה להההיא דהר"ן דאוסר להוסיף לבתו יותר מעישור נכסי משום אעא"ח ואף למאי דמסיים מור"ם באה"ע ואין נוהגים כן וא"כ נוכל לומר דטעם המנהג הוא כיון דיש שיור לא הוי אעא"ח ולכך ביו"ד פסק כס' בעה"ט והוא ע"פ המנהג שכ' באה"ע. מ"מ לא הו"ל למור"ם לכתוב בסתם והו"ל לכתוב דעת החולקים כמ"ש בא"ה. ולולא דמסתפינא היינו צריכים לידחק הרבה ולומר דמ"ש מור"ם ביו"ד לאו למיגמר מיניה לכ"ע קאמר אלא לעשירים גדולים כמו מ"ר עוקבא דוקא. ולפ"ז צריכים אנו לומר דמ"ש בא"ה ואין נוהגים כן הוא מטעם דס"ל דבבריא ובלשון מתנה אין בו משום אעא"ח. עוד אפשר לומר בדוחק דמור"ם ביו"ד לא נחית לדין זה דאין רוח חנ"ה אלא לענין תקנת המבזבז אבל לעולם אסור משום אין רוח חנ"ה. וכיוצא בזה מצינו להרב ט"ז יו"ד סי' צ"ה סק"ג שכ' וז"ל ואין להקשות דמשמע כאן דדוקא עם חלב אסור הדג אבל בפ"ע שרי הא יש בו איסור משום סכנה כמ"ש סי' קנ"ו שיש סכנה אם נתבשל דג עם בשר. דכאן לא נחית לדין זה אלא לענין מה שנוגע לענין נ"ט בר נ"ט. ואע"ג דלא דמי ממש מ"מ על צד מדוחק יש לדמות קצת ואם כנים הדברים נמצא דגם מור"ם ס"ל דאפילו עי' שיור אין רוח חנ"ה:

ועיין להרב פתחי תשובה ח"מ סי' רפ"ב מ"ש בשם הרב חתם סופר. וכ' עליו וז"ל ומשמע מדבריו דדוקא מי שאין לו בנים אבל אם יש לו דל"ש טעם והעברתם איכא קפידא אפי' במקדיש מקצת נכסיו. ולענ"ד איני יודע מנ"ל הא. ולכאורה מ"ש הגאון ז"ל דמבואר בסוגייא דב"ב דה"ה מקדיש לשמים הוא נכון. וכן מ"ש דמוכח בכתובות יג' דה"ה מקצת נכסיו ג"כ הוא נכון. אבל זהו כל חדא באפי נפשה. דהיינו במקדיש דוקא כל נכסיו. ובמקצת נכסיו הוא דוקא להדיוט. אבל שניהם כ"א דהיינו מקדיש ורק מקצת נכסיו. זה

לא מוכח בשום מקום. כי בב"ב הוה עובדא שהקדיש כל נכסיו. ובכתובות הוה עובדא שרצה ליתן נדונייא לבתו. י"ל דבכה"ג דוקא הוי קפידא. אבל במקדיש רק מקצת נכסים י"ל דאין קפידא וכדמשמע נמי בכתובות ס"ז ע"ב גבי מ"ר עוקבא. ע"כ:

ועיין מרדכי פ' מי שמת סי' תרכ"ד שכ' נשאל לרבינו מאיר וכו' ומה שצוותה לר' יצחק על מה שהיה לו בידו לעשות בו המוטב י"ל היינו שיש לו ליתן כל הממון שבידו ליורשים שלה ולא לצדקה כדמוכח פ' י"ן גבי יוסי ן' יועיזר ומוכח התם דלאו שפיר עביד ואין לחלק בין בניו לשאר יורשים דאידי ואידי דאורייתא ע"כ. ע"ש דמבואר התם דלא היו ביד ר' יצחק הנז' כ"א שמנה זקוקים והיו לה נכסים אחרים בחדרה ולא היו לה בנים ואפ"ה כ' המרדכי בשם מהר"ם דיש בה משום אעא"ח וכההיא דיוסי ן' יועיזר דהקדיש כל נכסיו. ומתשו' זו הוכיח הרב זרע אמת דס"ל להמרדכי דאף בהניח קצת נכסים ליורשים הוי בכלל אעא"ח. וזה מבו' להדייא דלא כהרב פתחי תשובה:

גם מה שישב המנהג הרב חתם סופר דמעשים בכל יום דמי שאין לו בנים מצווה לעשות מנכסיו קרן קיימת ודברים טובים הם משום דאמרינן פי"ן והעברתם מי שאין לו. הקב"ה מתמלא עליו עברה ואין עברה אלא גהנם וא"כ רצה להציל עצמו מגהנם בצדקה זו והוא קודם לעצמו מיורשיו. ע"כ אינו מתישב לדברי המרדכי שהרי התם מיירי באין לו בנים ואפ"ה כ' ינתנו ליורשים ולא לצדקה. ותשובה זו ג"כ היא תיובתיה דהרב ב"ד דכתב בשאר יורשים ואף בבת אין בו משום אעא"ח. שהרי המרדכי כ' בהדייא ואין לחלק בין בניו לשאר יורשים. דאידי ואידי דאורייתא. גם הרב חתם סופר שהביא הרב פתחי תשובה ס"ל בהדייא דלא כהרב"ד וס"ל ואע"ג דבש"ס איתא והניח את בניו לאו דוקא בניו אלא יורשיו וכ"כ רמב"ם וש"ע יורשיו דזיל בתר טעמא דילמא נפיק מיניה בנין דמעלו וזה שייך בכל יורשיו וכן מבואר בסמ"ע שכ' דמ"ש שאין נוהגים בו כשורה פי' אע"ג דנוהג כשורה במילי דשמיא וכו' ואי ס"ד דבנו ממש הוא ולא נהג באביו כשורה למרוד בו א"כ מה טוב נשאר לו כו' מבואר מכל זה שאפילו להקדיש רק קצת נכסיו אפי' לא הניח יוצאי חלציו אין לתח' להזדקק לזה. ע"כ:

ונחזור למש"ל דמדהשמיט מר"ן ז"ל האי חילוקה דש"ס דבין מחיים לאחר מיתה ואינו עולה על שלחן מלכים. ס"ל דאף היכא דשייר הוי בכלל אין רוח חנ"ה. ושגם מור"ם ז"ל יש לצדד דהכי ס"ל. ולפ"ז צוואה הנז'. הגם שיש בה שיור יש בה משום אעא"ח ומאחר שלא הוכיחוהו על עון אעא"ח הרי היא בטילה כפי תקנת רבותינו זיע"א. ואין לפקפק בה מההיא דהרב"ד וכמ"ש הרבנים הי"ו למעלה ראש ואנן בעניותין חבל נביאים כולם מתנבאים בסגנון אחד דלא כהרב"ד ז"ל כמביא למעלה:

וכן מצינו להרב מוהריב"ץ ז"ל שביטל צוואה אחת משום שלא היה בה תוכחת הגם שהיה בה שיור וזל"ה ראובן שצוה מחמת מיתה שלא יטלו בנותיו מנכסיו כ"א ה' אוקיות לכל א' והשאר קו"ט וכמד"ן תטלנו אשתו ואחרי מותו הלכה והיתה לאיש אחר וכו' אך ראיתי שהמתנה בטילה בין מין הדין בין מן התק'. הא' מצד התק' שתקנו ז"ל שכל צוואה של אעא"ח צריך שיהיה בה חכם מדייני העיר או מחכמי המעמד וא"ל לא תועיל. ובתק' האחרונה הוסיפו שאף אם לא יהיה מצוי בפועל אלא שהסופרים ילכו וימליכו עם הח' ויבואו ויוכיחו את המצוה תוכחת מגולה בשם החכם סגי. והכא לא עשו כן אלא שעידי הצוואה מעידים שהיה ת"ח אחד עמהם והוכיחוהו כולם ובלי ספק אין אדם מתפעל מתוכחת הת"ח והסופרים כשמוכיחין אוחו מעצמן כמו שמוכיחין אותו בשם חכם ודיין שהתוכחת משמו עושה רושם גדול ואפי' אם יהיה הת"ח רשום ורישומו ניכר לעיני חכמי הדור הגדולים אין תוכחתו עושה רושם כתוכחת אחד מבדי"א וכבר ת"ל היינו רשומים ואפ"ה היינו צריכים למלך עם אחד מב"ד אשר היו בימים ההם והיינו מוכיחין משמו ולא מעצמינו ופוק חזי מעשה רב ואף שבתק' כתוב דייני העיר וחכמי המעמד בזמן הזה אין לנו חכמי המעמד ואין לנו אלא בדי"א. ע"כ. ואנהרינהו לעיינין הרב בתשו' זו ואשמועינן טובא. חדא דליתא להא דהרב"ד דבנדון דידיה לא היו כ"א בנות ואפ"ה כ' דיש בה משום אעא"ח. ותו שמעינן מינה דהגם דאיכא שיור איכא משום אעא"ח שהרי בנדון הרב שייר הנותן לכל א' מבנותיו ה' אוקיות וזה ודאי הוי שיור. ואע"ג דהרב זרע אמת בסי' הנ"ל כ' שיעור השיור הוי פלגא מ"מ הרי אסיק דשיעור השיור הוי שוה דינר ולמדה מכתובת בנין דכרין דלא תקנוהו אלא היכא דיש שם מותר דינר וכדאמרינן כתובות ד' נ"ב והביא ראיה לזה ממהרימ"ט ח"מ ח"ב סי' ו' דלמד הרב ז"ל איסור אעא"ח מדין כתובת בנין דכרין וממילא נראה דכי הכי דהתם סגי דתתקיים הירושה במותר דינר הכא נמי נימא לענין איסור אעא"ח. ע"ש. ואנן בעניותין זכינו לדברי התשב"ץ משם גאון דבשיור ד' זוזי שהם ד' דינרים רוח חנ"ה כמביא למעלה. ובודאי דהגאון מכתובת בנין דכרין יליף לה דסגי במותר דינר אלא לרווחא היו מוסיפין עוד שלש. וא"כ בנדון הרב מוהריב"ץ דשייר ה' אוקיות לכל א' מבנותיו הוי שיור שהרי הדינר יש בו ששה מעין והמעה היא משקל י"ו שעורות ומשקלה פחות מהאלמוזונא עד"ה שמשקלה י"ו חטים ובימי הרב שהיה הכסף בזול למרבה היתה שוה האלמוזונא עד"ה יו"ד פרוטות שלנו של נחשת דוק ותשכח ותמצא שה' אוקיות הם שני דינרין ויותר מעט ההפרש שבין משקל החטים לשיעורים ואפי' תימא שדברי התשב"ץ הם בדוקא וצריך ד' דינרים אפ"ה הרי בנדון הרב שייר לכל א' מבנותיו ה' אוקיות ומיעוט רבים

שנים וא"כ הוו יותר מד' דינרים ואפ"ה כ' הרב מוהריב"ץ ז"ל דמתנה בטילה כיון שאין בה תוכחת. ומי לנו גדול יודע ובקי בתקנות אבותינו ורבותינו הנסתרות והנגלות בפרטי פרטים ואפי' בחדרי חדרים כהרב מוהריב"ץ ז"ל אשר נתן לנו את תורתו תורת אמת ומינה לא ניזוע:

גם הרב באר מים חיים לרב אד"א ז"ל ד' לב' ע"ד כ' וז"ל גם ראיתי למי שערער על מתנה זו שלא נעשית בחבר עיר ונמצא בתקנות דצוואה או מתנה שלא תהיה במעמד חבר עיר המתנה בטילה. והנה אם פשטה אותה תקנה באותם המקומות הרי טוב ואם לא פשטה חזר הדין לסיני וכו' ע"ש. ובנדון הרב היה שיור שהרי בדף הקודם באמצעי התשובה כ' נוסח הצוואה וז"ל לבני ולבנותי אני נותן מהיום ומעכשיו לכל א' עשרה אוקיות מתנה גמורה והנשאר הן קרקע הן טלטל הן כמד"ן אני נותן במתנה גמורה לפלונית אשתי שתזכה בו זכייה גמורה ככל המתנות הכשירות והנהוגות דנהיגי בישראל ע"כ. מבואר להדייא דבמקום שפשטה תקנת רבותינו היכא דאיכא צוואה בלי תוכחת אף דאיכא שיור הצוואה בטילה. גם הרב ויאמר יצחק חח"מ סי' פ"ו בצוואה שהיה בה שיור ולא היה בה תוכחת ורצה לבטלה אלא דמספקא ליה אם נתפשטה תקנה זו בכל ערי המערב. עי"ש ובסי' פ"ט וקצ"א:

מעתה עליונים למעלה הטיבו אשר דברו שכן מעשים בכל יום. גם הרב מ'ר גאון עוזינו מאריה דאתרין א"ב בחכמה נ'ר ישראל ודעמיה רב הו'ד יוסף נר"ו מופלא הסמוך לאי"ש כתבו ולא חילק ידענא. ולא חשו להא דשייר ולא לס' הרב"ד והכל הבליעו בנעימה מועט מחזיק את המרובה ולהפצרת החכם השואל הי"ו הניפו את ידם להביא להקת הפוסקים דלא שמיע להו להא דהרב"ד:

והילך מ"ש מוהריב"ץ בענין אחר וז"ל ושמא יהיה לב האדם נוקפו לומר שכל הפרטים הללו לא באו מפורשים להדייא בלשון התק' וכו' לכן אומר אני דלפי האמת הכל בא בכתב מפרש כגלוף דעזקא אלא שהסופרים שהיו כותבים התקנות היו כותבים בלשון קצרה ונותנים לב"ד ז"ל לחתום וכשהיו ב"ד קובעין המנהג ע"פ התקנה היו קובעין המנהג ע"פ כל הפרטים שהיו בדעתם בשעת התקנה. ע"כ:

אמור מעתה הצוואה הנז' שלא היה בה תוכחת הרי היא בטילה ומבוטלת נפלה לא תוסיף קום והרי היא כחרס הנשבר וכדבר שאין בו ממש. וצוויי"מ וימ"ן הכ"ד הח"פ פאס יע"א דהאי שתא טבתא והשיב

לב אבות על בנים לפר"ק. וקיים. זעירא דרבנן:

ע"ה שלמה אבן דנאן יצ"ו אכי"ר

סימן כא

הע"ע בקש"מ בדל"ב ובש"ח הר' חיים פינטו יצ"ו בה"ר יעקב נ"ע ובכח הקוש"ח הנז' ההו"ג ונתחו"ג וגמר בר"ן והש"ד בלי שום זכר אונס וכפייה והכרח בעולם וגמר וחלק נכסיו עזה"ד ליורשיו בחייו כפי מה שנראה לו. והוא שמכל הנכסים הנמצאים לו במצב פטי' הן קרקע הן טלטל הן סחורה הן מעות בעין הן שט"ח הן פנקס הן פתקה הן כתיבת יד עד"ז. והוא שיורשי הר' יעקב פינטו בנו יטלו חמשה אוקיו' ויורשי הר' יוסף בנו יטלו סך חמשה אוקיות והבחור יצחק בנו יצ"ו יטול חמשה אוקיות והבחור שלמה בנו יצ"ו יטול חמשה אוקיות זהו מה שיטלו כ"א מהארבעה יורשים בתורת ירושה גמו' ובזה הם מסולקים כל היורשים הנז' מעתה ומעכשיו מכל המגיע להם בירושת מורישם הרב חיים פינטו הנז'. הן מה שנוגע להם מה"ד הן מה שנוגע להם מן התקנה. ס"ג בין מהחלק הנוגע ליורשים הנז' בקרקעות הידועים להר' חיים פינטו מורישם יצ"ו הנז' ובין מהחלק הנוגע להם מכל הנכסים והמטלטלים וכו' הנמצאים להר' חיים פינטו מורישם יצ"ו במצב פטירתו כאמור. בענין שאין ליורשים הנז' של הר' חיים פינטו הנז' בכל הנכסי' קרקע וכו' הנמצאים להר' חיים פינטו מורישם הנז' במצב פטירתו כ"א חמשה אוקיות דוקא לכל א' מהם עה"ד הנז' דהיינו שיורשי הר' יעקב פינטו נ"ע בנו יטלו חמשה אוקיות ויורשי הר' יוסף בנו נ"ע יטלו חמשה אוקיות והבחור יצחק בנו יטול חמשה אוקיות והבחור שלמה בנו יטול חמשה אוקיות זהו מה שיטלו היורש' הנז' מהנכסים הנמצאים למורישם הנז' במצב פטירתו ותול"מ. ובעד הסך הנז' שיטלו כ"א מהיורשים הנז' שהוא סך חמשה אוקיות לכל א' מהם הם מסולקים מירושת אביהם הר"ח פינטו הנז' הן קרקע הן טלטל וכו' כנז' ס"ג מעתה ומעכשיו כנז' והנשאר מכל הנכסים קו"ט וכו' שיהיו נמצאים להר' חיים פינטו הנז' כסף ושו"ך וכל מאי דמתקרי נכסי במצב פטי' הכ"ל תזכה בו מעו"מ ושעה א' קודם פטי' של ה"ר חיים פינטו הנז' תזכה בו אסתר של הר' חיים פינטו הנז' בהקנאה גמורה וז"ג כדו"ך לעצמה ולזכותה ולעצם כב"ך בהקנאה וז"ג כדו"ך דלית נגר ובר נגר דיפרקיניה בכל חוזק ותוקף הקנאות וזכיות הנעשות בכל יש' בכל אופן הנאות וצד המועיל כפה"ד וכתחז"ל. בענין שרשאית וזכאית האשה אסתר הנז' בת הר' חיים פינטו הנז' לעשות מכל הנכסים הנמצאים במצב פטי' אביה הנז' קו"ט כסף ושו"ך וכל דמת"ן אחר שיטלו שאר היורשים הנז' סך חמשה אוקיות לכל א' מהם כנז' כל חפצה ורצונה למכור ולמשכן ולמסור ולהחליף ולתת במת"ג לכ"מ שתרצה קואג"ט כסף ושו"ך וכל דמת"ן בכ"ל ולית דימחא בידה ויימר לה מה עבדת כאדם העושה בשלו וכו' הקנאה וז"ג כדו"ך חתוכה וחלוטה לחלוטין ולצמתות הקנאה וז"ג דלא למהדר בה

ודלא להשנאה ולהעדאה מינה לעלמין ולדרי דרין הקנאה וז"ג כדו"ך גלויה ומפו' לעין כל הקנאה וז"ג מוחזקת ומקויימת בכל חיזוקין וקיומין ויפוי כח שבעו' עפה"ד וכתחז"ל והגם שיהיה מתנת בריא עכ"ז הוכחנו אותו להר' חיים פינטו הנז' על אעבורי אחסנתא לגבי שאר יורשיו ונתן לנו כמה וכמה טעמי לשבח על הענין הנז' שעשה ואמר לנו שכך נאה לו וכך נאה לעשות כל מה שעשה מהטעם שגלה לנו. ומה גם שכבר גלה כל מצפוניו לפני משי חן ושפך שיחו לפנינו והסכים עמו על כל מה שזמם לעשות. ומו"מ שטר הקנאה וזכייה זה מו"מ בכחז"ו סבדי"ץ וכו' דלית נגר ובר נגר דיפרקניה אליבא דכל הפוס' קמאי ומציעאי ובתראי ולא יורע כחו מחמת הלשון אי חסיר אי יתיר אי חליף אי דמשתמע לתרי אנפי אלא הכ"ל יהיה נדרש לתועלתו ולקיומו והועה"ך שט"ז מומ"ע ועי"א ועכ"ן וכו' דלא כאס' ודלא כטו"ד ונג"ה בקוש"ח וכו' כנז' מיד הר"ח פינטו הנז' והי"ז בחמישי בשבת שמנה עשר יום לח' שבט משנת תרכ"ה לפ"ק פה טאנג'אר יע"א והכל שו"ב וקיים. ע"כ נמ"ך וחתומים כהה"ר ראובן בן ג'ו. וכה"ר דניאל טולידאנו:

הגם שנוסח שטר מתנה הנז' מבולבל ומטורף כפול ומכ' ברוב דברים שאין בהם ממש ודברים הצריכים שנתמלטו במרוצת הדברים לא נכתבו על נכון. מ"מ לענין דינא נראה שאין זה מעכב והכל הולך אחר הכוונה. דומה למ"ש מר"ן ז"ל בחומ"ש ס"ס ס"א יעו"ש. לכן מהצורך להעתיק תורף המכוון משטר המתנה ועליו נחקור אם יש קיום והעמדה למתנה זו או לאו. זהו מכוון שטר המתנה. הרח"פ נטל קנין כראוי ונתחו"ג שמכל הנכסים שימצאו לו במצב פטי' לא יטלו היורשים ליורשיו כ"א חמשה אוקיות לכ"א דוקא ובזה יסתלקו מירושתו מכל וכל והיה הנשאר קו"ט ומב"ע ושטרות וכו' ומע"פ הכל תזכה בו אסתר בתו מעו"מ ושעה א' קודם מיתה [ירצה גוף מהיום ופי' שעה א' קודם מיתה] הקנאה גמו' וזכייה גמו' כדו"כ בכל חזו"ת הקנאות וזכיות הנעשות בישראל בכל אופן הנאות וצד המועיל כפה"ד וכתחז"ל הקנאה וזכייה גלויה ומפ' לעין כל והועה"כ שטר מוח' ומקום עוי"א בכחז"ו סבדי"ץ ובאח"ג עוי"א ועי"א ועכ"ן וכו' ונג"ה בקוש"ח מיד הרח"פ הנז' זהו תורף שטר המתנה ושאר דברים הבל ואין בם מועיל:

והנה לכאורה היה נראה לסתור ולבטל מתנה זו מכמה טעמים א' דלשון תזכה אינו מועיל בבריא כמ"ש מר"ן בחומ"ש סי' רנ"ג ס"ג לדעת י"א בתרא דנקטינן כוותייהו כפי הכלל המסור בידינו:

ועוד שלא הקנה הנותן כל דבר כדינו וכמשפטו. דמב"ע קי"ל דאין נקנין בק"ס דאין מטבע נקנה בחיליפין. ושטרות וכו' אין ניקנין אלא בכו"מ או בקנין אגב ומלוה ע"פ אינה ניקנית אלא במע"ג וכמו שמפורש כל זה בדברי הפוס':

ועוד דהלכה רווחת בישׁ' דאין אדם יכול להקנות דבר שאינוי מצוי אצלו ברשותו וכיון שכן על מקבלת המתנה רמי להביא ראיה על כל הנמצא לאביה במצב פטי' שכבר היה מצוי ברשותו בשעת המתנה. וא"ל הרי כל הנכסים בחזקת היורשים הראוים לירש מהת'. ואף שלדעת מר"ן בענין זה לא מכרעא שהרי בסי' ס' ס"ו ובסי' רי"א ס"ו פסק שעל התובע להביא ראיה. ובסוס"י ר"ן פסק שעל היורשים להביא ראיה. מ"מ מאחר שמצינו למור"ם ז"ל בס' קי"ב ס"ג שהכריע דעל התובע להביא ראיה ודאי דכוותיה נקטי'. וכן העלה להלכה ויאמר יצחק זלה"ה בח"מ סי' פ"ז וקצ"ד יעו"ש:

ועוד היה נראה לבטל מתנה זו ממ"ש מור"ם ז"ל בחומ"ש סי' ר"ג סיו"ד וז"ל החליף מעות ומט' או מעות וקרקע ביחד. י"א הואל וחליפין אינם קונים במעות נתבטל כל הקנין. וי"א דכל הקנין קיים. וי"א דקיים אצל הקרקע והמטלטלין ובטל אצל המעות. ע"כ. וא"כ בנד"ד נמי לדעה קמייתה נתבטל כל הקנין שהרי בקנין א' הקנה מה שהקנה כבר ומה שעתיד לקנות ואין הקנין מועיל למה שעתיד לקנות וכמ"ש לעיל:

הן אמת דאי מיהא לחוד לא אירייא שהרי מצינו לה' נו"ב במה"ק חח"מ סי' כ"ו שהוכיח בראיה ברורה דבזה לא שייך פלוגתא הנ"ל וכ"ע מודו דזכה במה שקנה מיהא יעו"ש ואף שהגאון חתנו ז"ל פקפק בראיתו בסי' כ"ז הלא חזר הרב בסי' כ"ח וחזק ואמץ דבריו כאשר יראה המעיין לשם. והנה אנחנו מצאנו און לדברי ה' נו"ב הנז' בב"י סי' ר"ט ס"ו הביא בשם בעהע"י ז"ל תשו' לרב פלטוי ז"ל כדברי ה' נו"ב ממ"ש יעו"ש:

אלא שאין זה מספיק לנד"ד שהקנה בקנין א' קו"ט ושטרות וכו' ומב"ע ומע"פ וכלם אינן ניקנין בק"ס זולת קו"ט. וא"כ באנו לפלוגתא הנז' והיורשים שהם מוחזקים בכל הנכסים מהתם יכולים לו' קי"ל כדעה קמייתה דכיון שנתבטל מקצת הקנין נתבטל כלו:

אמנם אחר ההתבוננות בדברי שטר מתנה הנז' נר' דיש בה לשונות המועילים לחזק בדקי רוב חלקיה שהרי כ' מר"ן בחומ"ש סי' ס' ס"ו דאע"ג דאין אדם מקנה דבר שלב"ל או שאינו מצוי ברשותו אם הקנה בל' חיוב מהני יעו"ש. וזה מוסכם מרוב הפוסקים ראשונים ואחרונים. כמו שתראה לה' כנה"ג ז"ל בסי' הנז' הגה"ט אות כ"ט וכ"ש דאנן בדידן כבר קבלנו עלינו דעת מר"ן ז"ל אף שיהיה נגד אלף פוסקים וא"כ בנד"ד שהיה הקנין בל' חיוב כמ"ש בשטר המתנה ונתחו"ג לשון זה מועיל אף למה שעתיד לקנות. וכ"כ הסמ"ע להדייא בסי' ס' סקי"ח יעו"ש:

וכן ראינו לה' משפט צדק ח"ב סי' יו"ד ולהרב בעי חיי בחח"מ סי' קס"ד קס"ה שגם הם ז"ל נשאלו בכיוצא בנד"ד במי שנתן במתנת בריא מה שקנה ומה שעתיד לקנות. ומכח ל' חיוב שהיה בשטר המתנה זיכו למקבל אף במה שעתיד הנותן לקנות כמו שיר' המעיין

בדבריהם שם. והרב בעי חיי ז"ל יליף לה מתשו' הרשב"א ז"ל שהביא מר"ן ז"ל בסי' ר"ן והעתיקה מור"ם ז"ל בסוס"י הנז'. ואף שמדברי מור"ם שם משמע דלא מהני אלא דרך הודאה שמודה שהוא חייב למקבל המתנה כו"כ כמו שיר' המעיין לשם. הא ודאי דלא נעלם מהרב ז"ל דברי מור"ם הנז' אלא דסבר לה מר דלא כ"כ מורם ז"ל לעיכובא לרוחא דמילתא. דבדרך הודאה אפי' קנין לא בעי. אבל אם ירצה לחיי"ע בקנין כראוי ודאי דמהני אף שאינו בדרך הודאה:

ואף דמדברי מהרימ"ט בח"ג סי' פ"א נר' דאף אם יהיה הקנין בל' חיוב אם לא קבל עליו אחריות מה שנתן שיהיה באחריותו עד שיגיע ליד המקבל לא מהני ולא מידי ואינו אלא ק"ד בעלמא. כמו שיראה המעיין בדבריו לשם וכבר העתיק דבריו הרב קצה"ח בסי' ר"ג סק"ב וה' משה"א שם סק"ג וה' פ"ת הביאם בסי' ס' ס"ק יו"ד וז"ל בנש"מ דהגר"ע איגר זצ"ל נ"ב וז"ל ודוקא שמחייב עצמו ליתן הפי' דק"ל ומקבל אחריות באם ישתדפו קודם שיתנם לו שמחוייב ליתן לו דמים אבל במתחייב ליתן פ' דקל ומתנה שלא יתחייב באחריותם לא חל כלל ההתחייבות. מהרי"ט בתשו' סי' פ"א ע"כ. הרי גם בנד"ד קב"ע אחריות בפי' כמ"ש בשטר המתנה ובאח"ג וכו':

ונראה דאף לא קב"ע הנותן בפי' אחריות מה שנתן ש"ד. דסתם משמעות לשון חיוב כך הוא שמקבל אחריות מה שנתחייב ליתן עד שיגיע ליד המקבל והכי דייק לישנא דהגאון רעק"א שהעתיק הרב פ"ת ולא מיעט ה' מהרימ"ט ז"ל. אלא אם מתנה בפירוש שאינו מתחייב באחריותו. וכפ"ז אין סתירה גם להוראת הרבנים הנ"ל מדברי מהרימ"ט הנ"ל. דאף שבנדון דידהו לא קבל הנותן אחריות מה שנתן בפי' לית לן בה דסתמו כפירושו עד שיתנה בפי' שאינו מקבל אחריות עליו:

ומעתה גם לשון תזכה הכתוב בשטר המתנה מועיל שפיר לכ"ע אף בבריא דלא אמרו שאין לשון זה מועיל בבריא אלא משום דמשמע תזכה להבא והוי קנין דברים כמו שיר' המעיין בדברי הטור וב"י לשם. וא"כ הכא בנד"ד כיון שהקנה בלשון חיוב הרי הקנין חל על גופו מיד. וכ"כ הסמ"ע בסי' ס' סקי"ח והש"ך לשם סקכ"ד. ובר מן דין הרי כתוב בשטר המתנה תזכה בו מעו"מ. ובמעכשיו ליכא מאן דפליג וכבר כתב כל זה הרב ויאמר יצחק זלה"ה בחח"מ סי' קצ"ו יעו"ש:

ומטעם זה נראה דהקנין מועיל גם למע"ב הנמצאים לנותן בשעת פטי'. דאע"ג דאין מטבע נקנה בחליפין. מ"מ בלשון חיוב נקנה. כמו שתראה להרב ויאמר יצחק בתשובה הנז':

וגם בשטרות וכו' הנמצאים לנותן בשעת פטי' היה נר' דזכתה בהם מקבלת המתנה שהרי כ' מור"ם ז"ל בסי' ס"א וז"ל והאי מאן דמקבל למכתב שטרא בכל לישני דזכוותא

אע"ג דלא ידע ספרא לאחזוקי כראוי כיון דכ' ביה ואחריות שטרא דנן קבלית עלי ככל שטרות דנהיגי ביש' דלא כאס' ודלא כטו"ד קאי לכל כללי דתחי' עניינא. אבל תנאים כגון נאמנות בהלואה או ביטול מודעה לא חשבינן עד דמפרשי עכ"ל. והם דברי רי"ו בשם רבי האי ז"ל והעתיקם מר"ן ז"ל בב"י בלי שום חולק. ובנד"ד נמי הרי כתוב בשטר המתנה בהקנאה גמו' וכו' ככל חזו"ת הקנאות וכו' בכל אופן הנאות וצד המועיל כפה"ד וכתחז"ל, ובסוף השטר ג"כ כתוב לאמר והועה"ך שטר מוח' וכו' בכל חזו"ת סבדי"א. וא"כ אע"ג דספרא לא ידע להקנות כל דבר כדינו. לא משום זה יורע כח המקבלת אלא חשבינן כאלו הנותן הקנה לו בפועל כל דבר כדינו וכמשפטו והוי כאלו הקנה השטרות בהכ"י בקנין אגב וכאלו אמ"ל בע"פ קני לך אינהו וכל שעבודייהו. וכ"כ רוב האחרונים להדייא כמו שתראה לה' ויאמר יצחק ז"ל בתשו' סי' קצ"ד קצ"ו וכן העלה ה' משה"ר מע' ל' או"ג וכ' שכן הוא דעת מר"ן ומור"ם ז"ל יעו"ש:

איברא שאין זה מועיל רק לשטרות וכו' שזמנם קודם לזמן שטר המתנה דוקא. אבל שטרות וכו' שנעשה אחרי כן ודאי שאינם ניקנין אפי' בקנין אגב. וכמ"ש מור"ם ז"ל. להדייא בסי' ס"ו ס"י יעו"ש:

אלא דגם לשטרות וכו' הקודמים למתנה עמדו לנגדינו דברי ה' פרמ"א ח"ב סי' ס' שכתב דאף לדברי רבי האי ז"ל צריך ב' דברים שיצוה לסופר שיכתוב בכל לשון של זכות וגם שיעידו העדים שכך עשו. יעו"ש שהעמיס זה בדברי רבינו האי ז"ל. וכן ראינו לה' מעשה חייא סי' ט' שכ' דלא מהני אלא כשהעדים מעידים שכן עשו בפועל יעו"ש. ואף שה' גו"ר בחח"מ סי' ה' כלל ד' סתר דברי האומרים כן והעלה להלכה דבמה שיצוה לסופר סגי אף שהסופר לא עשה כן בפועל וכדמשמע מפשט דברי רבי האיי ז"ל. מ"מ אנן בדידן לא עצרנו כח להורות להלכה נגד החולקים ואם מעטים הם ובפרט בנד"ד שהיורשים מוחזקים מן התורה הא ודאי דיכיל למימר קי"ל כדעת החולקים

הן אמת דלגבי הקפת החנות שהוא הפנקס המוזכר בשטר המתנה. כיון דקי"ל דמע"פ אינה נקנית אלא במע"ג. ודאי דלא מהני לכ"ע מה שמצוה לעדים לכתוב בכל לשון של זכות. דלאו בדידיה לחוד תליא מילתא וכמו שתראה לה' ויאמר יצחק ז"ל בסי' קצ"ו שכ' דאף דה' בעי חיי בתשו' סי' קצ"ד צדד לומר דהאי לישנא מועיל גם למע"פ. מ"מ לא אמרה הרב ז"ל אלא בנדון דידיה שהוזכר בש' המתנה קנין אגב להדייא אבל אם לא הוזכר בפירוש אלא דחשבינן ליה כישנו מכח האי לישנא דבכל לשון של זכות זה לא שמענו:

וגם לשון חיוב נראה דלא מהני למע"פ שהרי אין לנותן על הלוים רק חוב בעלמא והוא דבר שאין בו ממש. ואף למאן דס"ל דלשון חיוב מהני אף לדבר שאין בו ממש כגון דירה ואויר כמו שתראה לה' פרמ"א ח"א סי' ח' ט' נראה דמע"פ גרע טפי דבשלמא בהנהו כיון שהבית והאויר שלו וברשותו הם. מצינן למימר שחיי"ע להחזיק ביד הנותן הבית לדור בו והאויר ליהנות ממנו ועל זה נופל לשון חיוב. אבל מע"פ שאינה בידו ואין לו על הלוים רק חוב בעלמא והוא דבר שאין בו ממש איך יצדק עליה לשון חיוב דבמה חיי"ע:

ואף שהיה אפשר לומר דגם במלוה ע"פ נופל לשון חיוב על מה שיגבה מן הלוים דהוי דבר שיש בו ממש. ונראה שזוהי דעת מהרח"ש ז"ל שהביא ה' ויאמר יצחק בסי' קצ"ו כמו שיראה המעיין לשם. מ"מ בנד"ד א"א לומר כן שהרי לא זיכה הנותן אלא מה שימצא לו מכל הנ"ל במצב פטירתו ועל אותה שעה א"א לומר שיתכוון למה שיגבה מההקפות משם ואילך דבאותה שעה כבר מת ועבר ובטל מן העולם הא ודאי לא נתכוון אלא על עצמות החוב והוא דבר שאין בו ממש ואיך יצדק עליו לשון חיוב:

צא ולמד מדברי הרבנים הנ"ל ה"ה ה' מ"ץ ח"ב סי' יו"ד וה' בעי חיי בחח"מ סי' קס"ד וה' ויאמר יצחק בסי' קצ"ו שכולם נשאלו בכיוצא בזה"ד ומכח ל' חיוב זיכו למקבל מתנה בדבר שלא היה מצוי ברשות הנותן בשעת המתנה וכן במעות בעין אף שאינן נקנין בק"ס. ואלו השטרות לא מצאו להם זכות אלא ממ"ש בש' המתנה כו"ח בכל ל' של זכות וכו'. ואמאי לא ניחא ליהו ז"ל לזכות מכח ל' חיוב המוזכר בשטר המתנה. אלא ודאי הט' דאין ל' חיוב מועיל אלא לדבר שיש בו ממש וגופו ממון. אבל הני שטרי כיון שאין גופם ממון מה יועיל מה שחיי"ע ליתנם לו וכי מקבל המתנה לצור ע"פ צלוחיתו הוא צריך. ומינה נמי להקפת החנות ושטרות שנעשו אחר המתנה כנד"ד כיון שאין גופן ממון ואין לו על הלוים רק חוב בעלמא ודאי דלא מהני בהו ל' חיוב:

ולפי זה הדר דינא דכיון שנתבטל הקנין למקצת מצו היורשים לו' קי"ל כדעה קמייתא שכתב מור"ם ז"ל וכדכתבינן לעיל ונתבטל הכל:

אמנם נראה דאין כאן מקום לו' קי"ל לא מבעיא לדעת מאן דתלי להההיא דמור"ם בפלוגתא דתלמודא בקני את וחמור דודאי לא מצו היורשים לומר קי"ל כדעה קמייתא נגד דעת מר"ן שפסק בסי' ר"ט [דהוא אתריה דהאי דינא] להדייא דקנה מחצה אלא אפי' לדברי האומרים דההיא דמור"ם ז"ל שנייא היא כמו שיראה המעיין בספרי הקדש לרבני האחרונים ז"ל. מ"מ מאחר שראינו למור"ם ז"ל בסי' ר"ט דהוא אתריה דהאי דינא טפי לא הביא אלא סברת האומרים דקנה מחצה כמ"ש בס"ד נראה שכן הכריע מס' דנפשיה

וכ"כ הסמ"ע בסי' ר"ג סקי"ט וא"כ לא מצו היורשים לו' קי"ל כנגד הכרעת מור"ם ז"ל לדידן דקי"ל כוותיה דמר במקום שאינו חולק ע"ד מר"ן ז"ל:

ובר מן דין ראה תראה להי בעי חיי ז"ל בח"ב סי' נ"ז שהביא מחלוקת האחרונים ז"ל בענין זה די"א דאין המוחזק יכול להשען על דברי האומר דלא קנה כלום דס' יחיד היא. וי"א דיכול לו' קי"ל והוא ז"ל העלה להלכה דבקרקעות לא מצי למימר קי"ל ובמש"ל מצי למימר קי"ל. ע"ש:

גם אין לגרוע כח מתנה זו משום דהוי דבר שאינו קצוב שהרי אין הנותן והמקבל יודעים מה שיניח אחריו אם מעט ואם הרבה. שכבר כתב מר"ן בסי' ס' ס"ב דלא קי"ל בזה כדעת החולקים עליו. ועי' מש"ץ תשו' הנ"ל:

גם אין לגרוע כחה משום דהוי דבר שאינו מסויים שכ' מר"ן בסי' רמ"ה ס"ד שאינו נקנה לא במכר ולא במתנה. דאף אי חשבינן לנד"ד דבר שאינו מסויים כהתם מ"מ גם בזה לא קי"ל כדעת הרמב"ם ז"ל אלא כדעת היש חולקים שהביא מר"ן שם כפי הכלל המסור בידינו דנקטינן כי"א בתרא שמביא מר"ן ז"ל וכ"כ הרמ"ע ז"ל הביא דבריו הרב פ"ת בסי' הנז' סק"ה וגם הרב ט"ז כ' דהכי נקטינן:

והא פשיטא דלא דמי נד"ד לדבר שאינו מסויים שכ' מר"ן בסי' ר"ט ס"ב דלא מהני ביה קנין לכ"ע מדלא כ' עליו מר"ן ז"ל דיש חולקים כמ"ש בסי' רמ"א וכ"כ הסמ"ע בסי' רמ"א סקי"ג דשאני התם שאין מינו ידוע וכמ"ש התם בטעמו דלא סמכא דעת הלוקח שהרי אינו יודע מה שיש בו אם תבן אם זהב ואין זה אלא כמשחק בקובייא. אבל בנד"ד כיון שפרט קו"ט וכו' הרי מינו ידוע ולדברי הגהות מהרי"ש שם בסימן רמ"א הך דינא דסי' ר"ט לא שייך אלא במכר ולא במתנה וכמ"ש מילתא בטעמא. ועי' להרב מש"ץ בתש' הנ"ל ולה' בעי חיי בחח"מ סי' קס"ד קס"ה:

שוב ראינו דנד"ד לא נכנס בסוג דבר שאינו קצוב ולא בסוג דבר שאינו מסויים דאי לא תימא הכי תימא על עצמך שהרי מוסכם מכל הפוס' שהאומר נכסי לך ואחריך לפ' זוכה הב' במה ששייר הרא' והוא ממש כנד"ד שהרי אין המקנה והקונה יודעים מה שישייר הראשון אם מעט ואם הרבה ואפ"ה לית מאן דחש לה להדייא לא משום דבר שאינו קצוב ולא משום דבר שאינו מסוים. וטעמא דמילתא נר' דלא מיקרי אינו קצוב אלא כההיא שכ' הרמב"ם ז"ל שמתחייב לזון חבירו או לכסותו ה' שנים שהרי אין למזונות או לכסות קצבה למעלה דשמא יתייקרו המזונות או הכסות הרבה הלכך לא סמכא דעת המקנה ואינו גומר בדעתו להתחייב בכך אבל המקנה לחבירו מה שישתייר מנכסיו אחרי מותו או אחרי מות מקבל המתנה הא' הרי נתן קצבה לדבר והוא מה שישתייר

אם מעט ואם הרבה ומה טעם לומר שאינו גומר ליתן הפך כוונתו. והא לא דמייא אלא למ"ש הרב"י ז"ל בסי' ס' בשם הרשב"א ז"ל שהמתחייב לתת לחבירו מעשר תבואתו היוצא השדה שנה שנה אם מעט ואם הרבה דלא מקרי דבר שאינו קצוב ודבר שאינו מסויים נמי לא הוי אלא כההיא דסי' ר"ט שאין מינו ידוע ולכך לא סמכא דעת הקונה ולא הוי אלא כמשחק בקובייא. א"נ כההיא דסי' רמ"א דאע"פ שמינו ידוע מ"מ כיון שלא סיים איזה הקנה לו מאותו המין הרי המקנה יכול לדחותו מכל מה שירצה ליטול אף מאותו המין ולומר לו לא זהו מה שהקנתי לך. אבל הכא הרי מינו ידוע וכיון שפירש לו מה שישתייר ממין פ' אחרי מותו או אחרי מות המקבל הא' הרי סיים מה שהקנה לו ושוב אינו יכול לדחותו הא לא דמייא אלא למקנה לחבירו חלק כו"כ בשדה פ' שאף לדעת הרמב"ם מקרי דבר מסויים וכמ"ש שם. ודידן עדיפא דהתם עדיין המקנה יכול לדחות הקונה ממקום למקום באותה שדה ולכך דינא הוא דנוטל אותו חלק מהפחות שבאותה שדה כמ"ש שם ואפ"ה חשיב ליה ז"ל דבר מסויים. וכ"ש הכא שאין כאן מקום לדחותו כלל:

העולה מהמקובץ דבקרקעות הנמצאים לנותן במצב פטי' פשיטא דזכתה בהם מקבלת המתנה ולא מצו היורשים לו' קי"ל וכמ"ש הרב בעי חיי ז"ל וגם במט"ל ומע"ב נראה דזכתה לדידן דקי"ל כהכרעת מור"ם ז"ל. ואולם בשטרות וכו' שזמנם קודם לזמן המתנה אף דלדעת רוב האחרונים ז"ל כיון שכתוב בשטר המתנה כל הנהו לישני שפירי זכתה בהם ג"כ מ"מ כיון שהיורשים מוחזקים יכולין לו' קי"ל כדעת מיעוט החולקים. ובהקפת החנות שהוא הפנקס המוזכר בשטר המתנה וכן השטרות וכו' שזמנם אחר זמן המתנה נראה דלא זכתה בהם לכ"ע. זה מה שנלע"ד להלכה דוקא ולמעשה עד שיסכימו עמנו יושבי כסאות למשפט אנשי אמת. ואם תסכים דעתם לפשר בכי טוב גם אנחנו נענה אחריהם אמן וצו"מ וימ"ן נאם החו"פ צפרו יע"א בחדש אלול המרוצה שנת

הדרכתיך במעגלי יושר לפ"ג וקיים:

רפאל משה אלבאז סי"ט שלום אזולאי סי"ט חיים אברהם אליהו שטרית סי"ט אבא אלבאז ס"ט

סימן כב

ע"ע הנז'.

הדין דין אמת כמ"ש הרבנים עליונים למעלה. והם ברוח מבינתם האריכו למעניתם. במלתא דלא שכיחא שטרות וכתי' ומטבע וכו'. כי הנה כעת לא נמצא מט"ל ולא שטרות

וכו' רק קרקעות ותל"מ. כי היורשים והמחזיקים בקרקעות מכח המתנה והמכר הלא המה דור שלישי להר"ח הזקן הנותן ולכן לא ידעו אם היו או לא היו. לא נשאר לפנינו לדון רק על הקרקעות אם המתנה קיימת. ועל הקרקעות הדבר פשוט כמ"ש הרבנים הנז' בראיות נכוחות שזכתה הבת. וטעמם ונימוקם עמם הע"י כי"ר. וסבה היתה כי לא גליתי דעתי דעת הדיוט בזה בתחלה:

האמנם מה שהיה נראה לכאורה לדון במתנה זו. אם יהיה האופן ויתברר שנלב"ע הבת מקבלת המתנה בחיי הנותן הרח"ף הזקן ואח"כ מת הנותן אם זכו יורשי הבת בהאי מתנה. אם נאמר דלא נתן לה המתנה אלא לה ליהנות ממנה אם יפטר הוא בחייה. אבל אם תפטר היא בחיי הנותן כי לא באו לידה ולא נהנת ממנה אדעתא דהכי לא נתן לה. והגם שכ' בשטר המתנה תזכה בו אסתר לעצמה וכו' ולעצם כב"ך. הנה הזכייה מן האב לבת לא היה כ"א לה דוקא וכשתזכה היא יהיה לה ולעצם ב"ך. וכיון שמתה בחיי האב לא זכתה היא לשיזכה ב"ך אחריה. ועוד בלאו אומדן דעתיה דנותן אית לן למימר דכיון דלא זכתה היא שלא באה לידה המתנה לא יזכו יורשיה. או נאמר דכיון דנתן לה גופה מהיום כבר זכתה בו מאותו יום שכ' והקנה לה. ואף אם מתה בחיי הנותן ואח"ך מת הנותן כבר זכו יורשיה בגוף ויזכו אחר מיתת הנותן בהפירות ממילא

האמנם נראה דאין מקום לספק זה ודינו פשוט בפוס'. דאף אם מת המקבל בחיי הנותן ואח"ך מת הנותן יזכו יורשי המקבל. הרשב"ם ז"ל בפ' יש נוחלין ד' קל"ו על מ"ש במשנה שם הכותב נכסיו לבנו לאחר מותו האב אינו יכול למכור וכו' והבן אינו יכול וכו' שהם ברשות האב מכר האב מכורין עד שימות וכו'. וכ' רשב"ם שם אבל לכשימות האב יטול הבן גם הגוף גם הפי' או הוא או הבא מכחו. לש' מת האב בחיי הבן לש' מת הבן בחיי האב. שהפי' מכר האב אבל הגוף קנוי לגמרי לבן וכו'. ע"כ. וכ"כ רב"י הטור ז"ל בסי' נז"ר ומר"ן ז"ל בב"י ובש"ע שם. עוד שם בגמ' מכר הבן בחיי האב ומת הבן בחיי האב פלוגתא דר"י ור"ל לר"י לא קנה לוקח דקנין פי' כקנין הגוף ולר"ל קנה לוקח קנין פי' לאו כקנין הגוף דמי. וכתב שם רשב"ם ז"ל על מ"ש ר"י דלא קנה לוקח ז"ל אפי' לכשימות האב אח"ך שמעולם לא היו ראוים לבא ליד הבן אלא יחזרו לשאר יורשי האב [אבל התו' ז"ל כ' שם דיחזרו ליורשי הבן וטעמם ז"ל דבמיתת הבן נפלו הנכסים לפני בניו וכשמת זקנו קנאם הבן בקבר ממילא ואח"ך ירשם בן הבן וכו' יעו"ש] ומיהו היכא דלא מכרם הבן בחיי האב היה מודה ר"י שאע"פ שמת הבן ואח"ך מת האב אפ"ה יורשי הבן יורשים את מתנתו יעו"ש טעמא דמלתא. ואפסיקא הלכתא כר"ל דקנין פי' לאו כקנין הגוף דמי וקנה לוקח וכן פסקו הפוס' ז"ל והרמב"ם בפי"ב מהל' זכייה ומתנה ורבינו

הטור ז"ל שם ומר"ן ז"ל שם ובסי' רי"א יעו"ש. המורם מן האמור דאף אם מת הבן בחיי האב ואח"כ מת האב דזכו יורשי הבן ואף לר"י דפליג אר"ל במכר הבן ומת בחיי אביו דלא קנה לוקח וכו' מודה בהא דאם לא מכר הבן ומת בחיי האב דזכו יורשים. ובמכר הבן בחיי אביו הרי קי"ל כר"ל דקנה לוקח וכמ"ש הפוסקים ז"ל:

ואולם לכאורה יש להבין דאף לס' ר"ל דקנין פי' לאו כקנין הגוף וקונה לוקח כשימות האב הנותן דזה ניחא לגבי הגוף שקנאו הבן בחייו ואף דנשאר לאב הפי' קנין פי' לאו כקנין הגוף דמי. אבל לגבי הפי' דלא זכה בהם הבן בחייו רק אחר מיתת האב אף אם נאמר דהבן יורש אותם בקבר. בשלמא היכא דלא מכר הבן אית לן למימר דהוא ירשם בקבר והורישם לבן. אבל במכר הבן לית לן למימר שהורישם ללוקח דהלוקח לאו בר ירושה הוא. ומ"ש התו' ז"ל במכר הבן וכו' שירשם בקבר והורישם לבנו היינו לס' ר"י דלא קנה לוקח דכשמת הבן חוזר הגוף ליורשיו וכשמת האב יורש הבן הפי' בקבר ומורישם לבן וזה פשוט. אבל לס' ר"ל קשה:

שוב מצינו לה' מהר"ם אלשיך ז"ל בסי' ח"י שדקדק כן. ובא לכלל ישוב. והן קדם הביא מחלוקת הרמב"ן ז"ל ורבינו אפרים ז"ל בכותב נכסיו לבתו מהיום ולאח"מ ומתה הבת בחיי האב אי הוי ראוי לגבי הבעל. דהרמב"ן ס"ל דלא הוי ראוי וירית לה בעל. ולרבינו אפרים ז"ל הוי ראוי ולא ירית לה בעל. והאריך ה' בראיות לס' הרמב"ן ז"ל. ושוב כ' דיש לדקדק לס' הרמב"ן דאה"נ דהוי מוחזק מעכשיו בגוף אבל פירי לא ירית ליה אלא לאחר מיתה. וכד מיית ברישה עדיין לא הוריש לה אביה הפי' והוי ראוי וכו'. וסיים ה' וכ' דק"ו זו קשה נמי לר"ל דקנה לוקח. דהא אין הבן שמת קודם לאב יורש הפי' אלא בקבר ואין מוריש את הלוקח. דלא שייכה ירושה בקבר אלא לראוי ליורשו. לא ללוקח כלל. ותירץ ז"ל בקיצור דהמקנה קרקע מהיום ופי' לאח"מ משייר לנפשיה כח מהקרקע ליניקת הפי' מידי דהוה למוכר קרקע ומשייר אילנות וכו' ומ"ה קאמר ר"י דכקנין הגוף דמי וכו'. ומ"ה קאמר דלא קנה לוקח משום דאינו יורש הבן אותו שיור מהאב אלא בקבר ואז אינו יכול לזכות ללוקח וכו'. אבל לר"ל לאו כקנין הגוף דמי וכאלו לא נשאר לאב שום כח בגוף. וא"כ לא נשאר לו מה שיצטרך להוריש במותו כדי לומר שיורשו בקבר וכו' ומ"ה בהסתלק האב ממילא אוכל פי' הלוקח וכו'. והביא עוד מ"ש רשב"ם ז"ל שכ' שאם מת הבן בחיי האב שבן הבן יורשו. וקאמר בפי' הטעם שמשנתן האב הגוף מהיום קנה הבן לגמרי משעה שכ' והוריש לבנו כל כחו. הרי בפירוש שלא משום לתא שמוריש את בנו בקבר כשמת האב קאמר. אלא משום דמע' זכה הבן לגמרי וכו'. וכן התו' שלא

הוצרכו לדחוק ולו' שבן הב'ן יורש את אביו בקבר אלא לדעת ר"י דאמר דלא קנה לוקח וכו' ע"כ. יעו"ש שהאריך וישב בזה סוגיית הש"ס:

והנה שם בפ' יש נוחלין דקל"ה ב' ובמציעה די"ט איתא. איזוהי מתנת בריא שהיא כמש"מ דלא קני אלא לאח"מ כל שכ' בה מהיום ולאח"מ ע"כ. ופי' רשב"ם ז"ל דלא קני פי' אלא לאח"מ דומיא דמש"מ שאינו קונה אלא לאח"מ. ומיהו בהכי עדיפא מש"מ דמש"מ יכול לחזור בו אבל מ"ב מהיום ולאח"מ אינו יכול למכור הגוף כל ימי חייו אלא פי' ע"כ. והרמב"ם ז"ל דין י"ב כ' מ"ב שכתוב בו מהיום ולאח"מ הרי היא כמש"מ שאינו קונה אלא לאח"מ. שמשמע דברים אלו שאע"פ שקונה הגוף מהיום אינו זוכה בו ואוכל פי' אלא לאח"מ. וכ' שם הה"מ ז"ל ברייתא בפ' יש נוחלין. ופירש"י והרמב"ן בדברי רב"י לו' שאינו כמש"מ שיכול לחזור בו וכו' אלא שדומה לה שאינו אוכל פי' מעתה וכו'. ע"כ. ונר' פשוט דמ"ש הרמב"ם ז"ל שאינו זוכה בו. פי' שאינו זוכה בגוף להיותו נהנה בפי' אלא לאח"מ. אבל הגוף קנוי לו לגמרי לכל מילי. ואם מת הבן בחיי יורשיו יורשים מתנתו. וכן אם מכר הבן בחיי האב ואח"כ מת האב קנה לוקח. וכדר"ל וכמש"ל מדברי הפוסקים ז"ל והרמב"ם עצמו בדין י"ג. ומ"ש הרמב"ם ז"ל דבהא עדיפא מ"ב מהיום ולאח"מ דאינו יכול לחזור בו וכו' וכ"כ ה"ה ז"ל. לאו דוקא דאינו יכול לחזור בו אלא דלכל מילי עדיפא:

איברא דמצי' להרשב"ש ז"ל בתשו' סי' קל"ד באשה שנתנה חצי נדונייתה שימצא לה אחר מותה לבתה מהיום ולאח"מ וכו' ומתה הבת והניחה בן וכו'. והשיב הרב ז"ל הבן הזה אין לו זכות בנכסי הזקנה מג' טעמי. הא' מפני שכתב בו מהיום ולאח"מ ובפ"ק דמציעה אמרי' איזו היא מ"ב שהיא כמש"מ וכו' וכ"כ הרמב"ם ז"ל בפי"ב מהל' זו"מ ובנדון זה כבר מתה הבת קודם הזקנה ולא זכתה כלל. עכל"ה. ובסי' ק"ץ דקדק כן מל' הרמב"ם ז"ל שכ' ואינו זוכה בו ואוכל פי' עד לאח"מ ולא כ' ולא זיכה בפי' עד אח"מ או שלא זכה בו לאכול פי' [כן העתיק רב"י הדור ז"ל ל' הרמב"ם ז"ל] שהיה במשמע מל' אלו שקנה הגוף מעכשיו קנין גמור. לא כ' אלא בל' זה וכו'. דמשמע שאף הגוף לא זכה בו עד לאח"מ א"כ הרי הוא כמש"מ ממש ולא כמ"ב וכו' יעו"ש:

והנה אמת כי לפי מיעוט דעתינו וחולשת שכלנו לא זכינו להשיג עומק שכלו ודעתו הרמה בזה כי נראה שדבריו אלו ז"ל הם הפך ס' כל הפוס' ז"ל שכ' דאף אם מת קודם זכו יורשיו שהגוף קנוי לו לגמרי וכו'. וכמ"ש רשב"ם ז"ל. ולא נשאר לאב רק אכי' פי' ולא הוי אלא כאלו התנה ע"ד שאין לו שייכות בקרקע וכו'. וכמ"ש ה' מהר"ם אלשיך כתבנו דבריו לעיל. ובהכי תריץ יתיב סי' ר"ל וסוגיית הגמ' וכמש"ל. ובלא"ה היכי מצינן

למי' דלהרמב"ם ז"ל מתנה כזו היא ממ"ש כמש"ם ונמצא דאם מת הבן בחיי אביו הנותן דלא זכו יורשיו דא"כ כשמת הבן בטלה המתנה וחזרה לאב. וא"כ היכי אמר ר"ל דמכר הבן ומת בחיי האב בקנה לוקח דקניין פי' לאו כקנין הגוף דמי והפסיקא הלכתא הכי ופסקוה הפוסקים והרמב"ם ז"ל. דזה ניחה היכא דנשאר הגוף לבן. אבל היכא דמת הבן דהדרא ארעא למאריה האב הנותן. אי הוי כמש"מ ממש מהיכן יזכה הלוקח. וכל כחו הוי מכח הבן והשתא דמת הבן והופקע זכותו שהי"ל באותו קרקע לא יש לו שום זכות ללוקח דלא עדיף מגברא דאתי מחמתיה. וכן מצינו לה' מהר"ם אלשיך ז"ל בסי' ח"ן להכריח דמ"ש בברייתא איזו היא מ"ב שהיא כמש"מ דפי' הוי לענין שלא יזכה בפי' עד אח"מ הנותן אבל לגבי הקרקע מ"ב אלימתא היא יעו"ש:

וכבר מצי' לה' מט"ש ז"ל בסי' נז"ר אות י"ג שהביא תשו' הרשב"ש ז"ל הנז' וכתב עליו ולא הבנתי ד"ק. דהא דלא זכי עד לאח"מ היינו לגבי פי'. אבל הגוף קנוי לו מעכשיו ע"כ. וחזר ושנאה באות ח"י עמ"ש רב"י הטור דאינו זוכה בו לאכול הפי' עד לאח"מ הביא דברי הרשב"ש וכ' עליו דזה ליתא אלא לגבי פי' וכו' ע"כ. הנה ה' מט"ש ז"ל כ' דבריו בקצר אמיץ דהא דלא זכי היינו לגבי פי' אבל הגוף קנוי לו מעכשיו. דזה שהגוף קנוי לו מעכשיו גם הרשב"ש ז"ל ס"ל כן שהגוף קנוי לו מעכשיו והיינו לענין שאינו יכול לחזור בו או ליתנו או למוכרו לאחר וכמ"ש הוא עצמו בסי' קל"ב יעו"ש. אלא דזה הוא בחיי המקבל אבל אם מת המקבל בחיי הנותן ס"ל להרשב"ש ז"ל דלא זכו יורשיו ואתי עלה מדקדוק לשון הרמב"ם ז"ל וכמש"ל:

ואפשר לומר דכוונת ה' מט"ש ז"ל. הוא כמ"ש אנן בעניותין מדברי הפוס' ז"ל דהגוף קנוי לבן קנין גמור ובכן אם מת בחיי האב יורשיו עומדים במקומו לזכות במתנה ומ"ש הרמב"ם הרי היא כמש"מ היינו דוקא הפי' דלא זכה בהם עד אח"מ הנותן. אבל למילי אחריני הוייא כמ"ב לגמרי. וזהו מ"ש ה' מט"ש ז"ל אבל הגוף קנוי לו מעכשיו ר"ל קנוי לגמרי לדידיה הוי ואם מת יורשיו יורשים אותו וזהו נמי מ"ש באות י"ח דזה ליתא אלא לגבי פי' ר"ל דלא דמייא למש"מ אלא לגבי פי' שלא יזכה בהם עד לאח"מ הנותן ותל"מ:

שוב מצינו להגאון מופת דורינו בסה"ק שער אשר ז"ל בחח"מ סי' כ"ו דל"ב שהביא תשו' הרשב"ש הנז' ומאי דה"ק עליו ה' מט"ש. וכ' על דברי ה' מט"ש ז"ל ולא ידעתי מאי קאמר דודאי הגוף קנוי לו מעכשיו וכמו שבא מפורש בדברי הרשב"ש ז"ל בסי' קל"ג. אך אינו אלא לענין שלא יוכל לחזור וליתנה לאחרים וכו' אבל זכות החלטית אפי' בגופו של קרקע אין לו כ"א לאח"מ. דלענין הזכייה דין מש"מ ממש יהבינן ליה וכו'.

וכמו שדקדק מדברי הרמב"ם ז"ל בסי' ק"ץ. ולכן מ'ר הוא דאמר בסי' קל"ה דמה"ט אין לבן כלום כיון דמעי' לא זכתה הבת ע"כ:

והנה אמת שדברי ה' מט"ש ז"ל באו בקיצור ואפשר שכוונתו כמ"ש. האמנם אחר בקשת המחילה מקדושת עצמותיו ז"ל אמינה דלא ריוה צמאוננו בזה להבין דברי הרשב"ש ז"ל דנראין הפך דעת כל הפוס' ז"ל דמוכח מנייהו דהזכייה היא זכייה החלטית ואין לאב רק אכי' פי' כל ימי חייו. והם אמרו שאם מת הבן בחיי האב יורשיו זוכים במתנתו וכמש"ל וצל"ע:

עוד כ' ה' ש"א שם וז"ל. ושוב ראיתי בס' מהריט"ץ ז"ל סי' נ"א שדקדק מדברי הרמב"ם ז"ל כמ"ש הרשב"ש ז"ל ושני נביאים נתנבאו בסגנון א' רק ההפרש ביניהם דלמהריט"ץ בנותן מתנה לאיש זר הוא שאינו זוכה זכייה גמו' גם בגוף הקרקע כ"א לאח"מ. משא"כ בנותן מתנה לבנו. ולהרשב"ש גם בנותן לבנו דינא הכי. וכ' שם שה' חק"ל ז"ל ח"מ מ"ב סי' ד' הרעיש הרעשה גדולה שדברי מהריט"ץ ז"ל הם הפך תורה שלימה חבל ראשונים ואחרונים שאמרו גופא קני מהיום וכו'. וה' ש"א ז"ל תמה על החק"ל ז"ל דמה ראה על ככה ומה הגיע על עוצם שכלו ועיונו הזך שלא עלה על לבו לחלק ולומר שלא אמרו הפוס' דגופא קני מהיום אלא דוקא לענין חזרה וכו' וכן מפורש בהרמב"ם עצמו דקאמר אע"פ שקנה הגוף מהיום. ומפרש מהריט"ץ ז"ל דהיינו דליתיה בחזרה. אך לענין הזכייה עצמית אינו אלא לאח"מ כדין מש"מ ממש ונ"מ לענין מזונות האלמ' שקודמת וכו'. וכן דאמרינן ירושה אין לה הפסק כדברי הרשב"ש סי' ק"ץ. וגם שאם מת המקבל בחיי הנותן אינו יכול בנו של המקבל מתנה לאחר מיתתו של הנותן לבא ולזכות במתנתו של אביו באידך של הרשב"ש ז"ל בסי' קל"ה וכו' עכל"ה. וסי' חק"ל לא. נמצא אצלינו לראות דבריו הקדושים זלה"ה:

והאמנם הגם דדברי מהריט"ץ זלה"ה אינם צריכים סעד דמי כמוהו מורה וראויין הדברים למי שאמרן זיע"א. אולם הרואה יראה דהאי דינא דחדית לן ה' ז"ל מדקדוק דברי הרמב"ם ז"ל לחלק בין מתנה לאחר למתנה לבנו. דבמתנה לאחר אף בגוף לית ביה קנייא עצמית ולא אהני ליה רק לענין דאין יכול לחזור בו כמ"ש בדבריו ז"ל. לא נמצא בשום פוסק אחר. ואדרבא עין רואה לרשב"ם ז"ל שם שעל מ"ש במשנה הכותב נכסיו לבנו וכו' כ' הוא ז"ל דה"ה לאחר יעו"ש. ועלה קאי פלוגתא דר"י ור"ל אי קנה לוקח. ואפסיקא הלכתא כר"ל וכו' דקנין פי' של האב לא הוי כקנין הגוף וקנין הגוף של הבן הוי קנין גמור לגמרי וכמ"ש הפוס' ז"ל כתבנו דבריהם לעיל. וא"כ נראה דה"ה לאחר:

וכן מצינו הדבר מפורש לה' פמ"א ז"ל ח"ב סי' א' שנשאל על הנותן מתנה גוף מהיום וכו' אם מת בחיי הנותן אם זכו יורשיו. ואחר שהביא ה' ז"ל דברי רשב"ם ושאר פוס' דהגוף קנוי לגמרי לבן ואם מת הבן יורשיו יורשים את כחו. כ' וז"ל ואין לחלק ולומר דדוקא בנותן האב וכו' דדעתו של אדם קרובה אצל בניו אבל הנותן מתנה לאחר אין הגוף קנוי לו שירש אותו יורש המקבל וכו'. כי לא מצינו חילוק זה כ"א לענין פי' המחוברים לקרקע וכדפי' רשב"ם ז"ל דקל"ט וכו' וכיון שלא מצינו חלוק כ"א לענין הפי' איך נחלק לענין הקרקע. ועם שהוא פשוט וכו' יש להביא ראיה מאותה שאמרו מכר הבן וכו' ואפסקא הלכתא כר"ל. והא לוקח דומייא דאחר הוי דלא שייך לומר דעתו של אדם ואעפ"כ זכה הלוקח מכח הבן. כ"ש בן המקבל אע"פ שהוא אחר דזוכה בנכסים וכו' ע"כ יעו"ש:

ועיין עוד לה' מ"ץ ז"ל בח"ב סי' י"א שקיל וטרי עם ה' מהרח"ש ז"ל הביא דברי הרמב"ם ז"ל וה"ה ז"ל הנז' וכ' ז"ל והנה מה שלא כתב ה"ה שהיא כמ"ב רק לענין החזרה ולא כתב שהיא כמ"ב שלא תזון האלמ' ממנה. נאמר דה"ה אלא משום דבחזרה יש חולקין כמ"ש ה"ה הזכיר החלוקה דהיא וכו' יעו"ש. מבואר יוצא דמפרש דברי הרמב"ם כפשטן שהיא כמ"ב לגמרי ואין האלמנה ניזונית ממנה:

הן אמת דאנן יד עניי אנן להכריע בין הפוס' ז"ל לענין דינא. ואולם נראה דמר"ן ז"ל דאתכא דידיה סמכינן ס"ל דדברי הרמב"ם הם כפשטן. דלא דמייא האי מתנתא דגוף מהיום וכו' למש"מ כ"א דוקא לענין הפי' דלא זכי בהו עד לאח"מ אבל לכל מילי הרי היא כמש"מ ואין האלמנה ניזונית ממנה. שכ' בב"י אה"ע סי' קי"א ז"ל כ' הרמב"ם ז"ל בפי"ט שאם נתן כל נכסיו לאחרים במש"מ הואיל ומש"מ אינו קונה אלא לאח"מ הרי המתנה וחיוב התנאים באים כ"א ולפיכך בנים יורשין כתו' אמן שמתה בחיי בעלה. וסיים וכ' בבד"ה וז"ל ואם נתנה במ"ב מהיום ולאח"מ אע"פ שכ' הרמב"ם בפי"ב מהלכות זכייה שהיא כמש"מ היינו לענין הפי' אבל לענין הגוף דין מ"ב יש לה וכן מפו' בדברי הרמב"ם שם וכ"כ המרדכי בפ' יש נוחלין בשם תשו' הר"מ ע"כ. וכ"כ בש"ע שם. ואע"ג דבסי' צ"ג בענין מזונות האלמנה לא כ' מר"ן מזה. נראה דה"ה דכחדא הויין וכחדא שריין דטעם א' להם. וכבר בב"י ח"מ סי' רנ"ב הביא סי' הר"י בן הרא"ש ז"ל דמ"ב מהיום ולאח"מ הוי כמש"מ וכו' ואלמ' ניזונית ממנה. וסיים מר"ן ז"ל דרבים לוחמים לו וסברי דדינא כמ"ב ואינה ניזונית מהם והאריכו בראיות וכו' ע"כ. יעו"ש. נמצא דמר"ן ס"ל דהיא כמ"ב ואין אלמנה ניזונית ממנה:

ונלע"ד ואם דל הוא לומר דלענין דינא אף ה' מהריט"ץ ז"ל לא פסיקא ליה דאלמ' תזון ממנה כאשר יראה המעיין בתשו' הרמתה. וכל עצמו לא בא רק לאלומי כחה של מתנת האב לבן שהיא מתנה לגמרי כמ"ב ולא תזון האל' ממנה ושגם הרי בן הרא"ש יודה בה. וכן נראה מלשונו ז"ל שאחר שדקדק מדברי הרמב"ם ז"ל שמתנתו לאחר הוי ממש כמש"מ וכו' ולא יפה כחו כ"א לענין חזרה כ' בדרך אפשר שגם מזונות האלמ' יקדמו לו כס' הר"י בן הרא"ש ז"ל יעו"ש. ואפ"ל דהגם דמדקדוק לשון הרמב"ם יש להוכיח כן דשנייא מתנה לאחר ודינה כמש"מ לגמרי. עכ"ז למעבד עובדא לא פסיקא ליה:

וכל זה אינו ענין לנד"ד רק בא בדרך אגב. דנד"ד הוי מתנה לבת וכו' ובזה כולם שוין לטובה דיורשי הבת המקבלת זכו בהאי מתנה וכאמור. זולתי דברי הרשב"ש ז"ל כי מעומק מושגם לא זכינו להבינם. ואולם לענין דינא ודאי דעבדינן הלכתא ככל הפוס' ז"ל דזכו היורשים ובכן המתנה דנד"ד זכו בה יורשי הבת. והמכי' שמכרו היורשים להרי"ף נ"ע קיימת ע"פ הדין הגמור. ובניו הי"ו ליחדו וליכלו ירושת אביהם. ואנו לי"ה עינינו. מכל שגיאה יצילנו. ובמאור תורתו יאיר עינינו. להבין ולהשכיל עומק הדין ומצוי ההלכה כי"ר. הכ"ד איש צעיר חרגא דיומא לא שמיה הח"פ טאנכיר יע"א בע"א לטבת דהאי שתא טבתא

ששון ושמחה ישיגו לפ"ק:

אחרי כותבי נתתי אל לבי וראיתי בעין שכלי. כי אף אם ימצא שום פקפוק בשטר המתנה מאיזה צד שיהיה מה שאינו. כי נלע"ד ואם דל הוא שהמתנה קיימת אין בה שום פקפוק וכמ"ש. בלא"ה אית להו להני יורשים המחזיקים זכייה דאורייתא מכח החזקה שהחזיקו בקרקעות המה ואביהם וכבר יש בידם שטר קב"ע מב' עדים כשרים ה"ה כהר"י נהון וכהר"י איזאנקוט י"ץ אשר העידו בגודלן על חזקתם בקרקעות הנז'. הא' העיד שמיום שנלב"ע הרח"ף הזקן [הנה הוא נותן המתנה לבת] היה הרי"ף דר בחצר אשר בהא לכראזין [הנה הוא דקור"ח אשר אנו דנים עליה] והיה משכירה לאחרים. והב' העיד ג"כ כמ"ש דמיום שנלב"ע הרח"ף הנז' היה הרי"ף דר בחצר הנז' כאדם העושה בשלו ומעולם לא מיחא בו שום אדם. והנה אמת כי לדבר הזה אין אנו צריכים לשטרי עדויות כי הוא דבר ידוע ומפורסם לכל באי שער עירינו מקטנם ועד גדולם שהקרו"ח הנז' הוא ידוע להרי"ף וליורשיו אחריו. גם אנא זעירא נער הייתי גם זקנתי ולדעתי שהקרו"ח הוא להרי"ף וכו' שהיו תמיד דרים ומשתמשים בו בונים וסותרים כאדם העושה בשלו. גם החנות הידו' להם אית להו שטרי קב"ע מעד א' המעיד שהיתה שכורה בידו מאת הרי"ף כמה שנים. והיה פורע השכי' להרי"ף או לבניו. ובלא"ה כולי עלמא ידעי לה להאי

מילתא שהחנות הנז' הנה היא של הרי"ף וליורשיו אחריו. והנה כי כן הקרקעות הנז' בחזקתייהו קיימי. וכדקי"ל דמי שהחזיק ג' שנים ולא מיחא בו שום אדם זכה בחזקתו. והגם דקי"ל ג"כ דחזקה שאין עמה טענה לא הויה חזקה היינו לגבי דידיה אבל לגבי יורשים לא בעי שום טענה וכמ"ש בסי' קמ"ו וזה פשוט:

והוא"ל כי יורשי הרח"פ הזקן אשר הניח אחריו. היו ד' בנים שלמה ויצחק נלב"ע בלי זרע. ושנים יעקב ויוסף נשאו נשים והניחו זרע. יעקב הניח אחריו חיים ומשה. משה היה במתא דנא כל ימי היותו על האדמה הוא וכל ב"ב. חיים היה במחז"ק עד שנת תרכ"ב כאשר נתברר לנו בראיה ברורה ובש' תרכ"ב הלך לו לערי בראזיל והניח את בניו וב"ב בעירום ובחוסר כל. והי"ל חלק בחצר אחרת שמשכנה בהיותו במחז"ק והיו בניו וב"ב ממשכנים אותו כפעם בפעם ותוס' על המש' בהסכמתינו. ומכלל בני חיים הנז' היה יעקב הבא לערער. יוסף הניח אחריו חיים ויאודא ובת אחת. חיים הלך לו לערי בראזיל בש' תרכ"א יאודא ואחותו הלכו להם לערי אפריק והנה הנם עד היום:

והנה מה שהוכרחתי לבאר זה הוא כי הגם שפסקו ז"ל דאף אם החזיק שלא בפני המערער והוא במדינה אחרת חזקתו חזקה. היינו אם שיירות מציות ממקום שהחזיק בו למקום המערער וכמ"ש מר"ן ז"ל בסי' קמ"ג וקמ"ו. ובנד"ד שהיו בערי בראזיל יש להסתפק אם מהכא להתם מקרי שיירות מצויות. הגם כי לפעמים איכא עובר ושב מהתם להכא וכו' אינו אלא מזמן לזמן. ומה גם בימים החולפים כידוע. ועי' תוס' פ' חזקת דקל"ח ע"ב ד"ה דסתם יאודה וכו' שכתבו דלענין מחאה בעינן דשכיחא טובא יעו"ש. אך ע"פ האמור נתברר שהרי"ף החזיק בפני אביהם של המערערים יותר מג' שנים שהרח"ף הזקן נלב"ע בש' תר"י או תרי"א והם הלכו לערי בראזיל בש' תרכ"א או תרכ"ב. נמצא דמפטירת הרח"ף עד שהלכו לערי בראזיל הוי יותר מיו"ד שנים ועל הרוב שהיו עמו במדינה כל אותו זמן וכמ"ש המחזיקים וכו'. ואנן בדידן נתברר לנו בירור גמור כי חיים אבי יעקב המערער היה במתא דנא מש' תרי"ח עד ש' תרכ"ב דהוי יותר מג' שנים. ולגבי יאודא והבת ליכא לספוקי שהיו בערי אפריק ואיכא שיירות מצויות כידוע:

והנה אמת כי רוב מה שבא כתוב בזה שנתברר וכו' הוא ע"פ המחזיקים. ואולם הם גם הם אין החיוב לברר וכו'. רק לרוחא דמלתא טרחו לברר וכו' אבל לדינא על המערערים להביא ראיה וכמ"ש מר"ן ז"ל בסי' קמ"ג שאם אינו ידוע שלא היה המערער במדינה אין שומעין לו במה שאומר וכו'. והוא מדברי הרא"ש ז"ל. וטעמא טעים דכיון שזה החזיק בשופי ג' שנים. והחזקה נשמעת במדינה אחרת עליו להביא ראיה שהיה במקום שלא היתה מחאתו נשמעת וכו' יעו"ש:

ואין לדחות ולומר דזה ניחא אם היה המוריש קיים ובידו לברר אם לא היה במקום שאין מחאתו נשמעת. אבל לגבי הני יורשי המערערים דלא ידעי במלי דאבוהון אפשר שעל המחזיקים להביא ראיה. ודמי למאי דקי"ל בסי' ס"ב באחד מן האחין שהיה נושא ונותן בתוך הבית ושטרות עשויות על שמו וכו' דעליו להביא ראיה ואם מת על האחים להביא ראיה וכו' יעו"ש. זה אינו. דשאני התם כיון שהיו השטרות עשויות ע"ש סברא הוא דהוי ממונו אלא דבחייב אמרינן אם איתא דהוי שלו א"א דלא יוכל להביא ראיה וכו'. משא"כ לאחר מותו הבן לא ידע וכו' וכמ"ש הסמ"ע שם. אכן בנד"ד הסברא להפך שקרוו"ח הוי של המוחזקים שהחזיקו בה יותר מג' שנים על המערער להביא ראיה אף שהוא יורש ולא אמרינן דלא ידע וכו' ועל המחזיק להביא ראיה. דלא אתמר הכי רק בהך דהתם שהסברא היא שהיא ממונו:

ונלע"ד ג"כ דאין לטעון בעד המערערים דאף שכבר אביהם מחה בזמן שהחזיק המחזיק וכתב לו שטר מחאתו כפי הדין והני יורשים לא ידעי במילי דאבוהון ושטר הי"ל ונאבד. דאנן לא טענינן ליורשים אלא דוקא להחזיק מה שבידם ולא להוציא מאחרים. וכמ"ש הרש"כ ז"ל בסי' ע"ב ס"ק קמ"ב יעו"ש. וה' דברי גאונים ז"ל כ' דהרש"ך ז"ל כ"כ מדעתו כמבואר בל' וכו'. ולא זכר שר כי הדבר מבואר בתשו' מהר"ם וכו' וכ"כ הרשבא ז"ל בתשו' ח"ב סי' מ"ב ומהר"י ן' מיגש בתשו' סי' קכ"א וכ"כ מהרשד"ם ז"ל סי' רצ"א ורצ"ג ורצ"ד וכו' יעו"ש איברא דנר' דמידי פלוגתא לא נפקא. הנה מדברי ה' בח' ז"ל שרמז הש"ך ז"ל בההיא דסי' ע"ב מוכח דס"ל דאף להוציא טענינן ליורשים יעו"ש. גם ה' כנה"ג ז"ל בסי' ק"ח הגה"ט אות מ"ב הביא מ"ש ה' מהרשד"ם ז"ל דלא טענינן ליורש אלא להחזיק וכו'. וסיים שה' מהרי"א ז"ל בסי' שכ"ח כ' דאף להוציא טענינן להו ושכ"כ הריב"ש ז"ל בסי' רי"א וכו' יעו"ש. ואולם בנד"ד דהוי יורש נגד יורש נראה דלכ"ע לא טענינן להו להוציא. ואדרבא מצינן דביורש נגד יורש אף להחזיק לא טענינן להו. וכמ"ש רב"י הטור ז"ל בסי' ק"ח דין י"ז ז"ל. וכן הדין שיש ליורשי המלוה עם הלוה וכו' כך יש להם עם יורשי הלוה וכו'. אלא שזה יש ביניהם שכשהטוענים עם הלוה וכו'. אבל כשטוענים עם יורשי הלוה צריכים גם הם לישבע שלא נפרעו הם עצמם מאביהם שאם היה אביהם קיים וכו'. וזהו לדעת הראב"ד ז"ל אבל בעהע"י ז"ל כ' שאין צריכים לישבע שלא נפרעו וכו'. שאין טוענין ליורש במקום שיש חוב ליורש אחר. ומסתבר כדברי הראב"ד ז"ל שלעולם טוענין להחזיק הממון במקומו עכל"ה:

והנה דרך אגב מצי' לה' כנה"ג בסי' קנ"ג הגה ב"י אות ל"ב שתפס על ה' מהרש"ג ז"ל שכתב דלא טענינן ללוקח נגד לוקח. וחיליה ממ"ש הטור ז"ל סי' ק"ח דין ד'. ותמה

עליו ה' כנה"ג ז"ל שרבינו הטור ז"ל הביא מחלוקתו בצדו בשם הרמ"א ז"ל וכו' וגם בסי"ז הביא מחלוקת זה בשם הראב"ד ז"ל ובעהע"י ז"ל. וסיים הרב כנה"ג ז"ל דאף דרבי' המחבר שם בסי' הקצר סתם כדעת בעל העי' שאין טוענין ליורש במקום שיש יורש אחר. מן הנגלה במקום דאיכא פלוגתא דרבוותא המע"ה וכו'. עכ"ל יעו"ש:

והנה מחמת קוצר המשיג לא זכיתי להבין דב"ק במ"ש כי מר"ן ז"ל בס' הקצר סתם כדעת בעהע"י ז"ל דנראה דאף כי לא באו דבריו בפי' דטענינן להו וכו' סתמו כפירושו דטענינן וכו'. שהרי בס"א במע"פ כ' בפי' דאפי' יורשי הלוה אינן טוענין כלל אנן טענינן להו שמא פרע אביהם והיא ס' הרמ"א ז"ל שהביא רבי' הטור ז"ל בס"ד ודלא כס' בעהע"י ז"ל. והיא הס' הראשונה שהביא הטור שם וכמ"ש מר"ן ז"ל שם בבד"ה זל"ה. ולקמן בסי' זה כ' רבינו הס' הא' כי היא ס' ה' בעהע"י ושהראב"ד והרמ"א פליגי עליה יעו"ש. וכ"כ הגאון מהר"ר ל"ב בהגהותיו דכוונת מר"ן ז"ל בבד"ה לציין דהס' הא' היא של בעהע"י ז"ל יעו"ש. והוא ז"ל פסק שם כס' הרמ"א ז"ל והיא כס' הראב"ד ז"ל בסי"ז ודלא כס' בעהע"י ומוכח בפשי' דלא שאני ליה בין מע"פ למלוה בשטר. וא"כ אף דלא פי' בס"ט על מלוה בשטר סתמו כפירושו דטענינן להו וכסברת הראב"ד ז"ל:

ואין לדחות ולומר דהגם דהאי דינא דמע"פ ומלוה בשטר ממקום אחד הוא פלוגתא דרבנן הרמ"א והראב"ד ז"ל עם בעהע"י ז"ל. עכ"ז מר"ן ז"ל בקצר נ"ל לפסק הלכה כהרמ"א והראב"ד ז"ל במע"פ וכ"ה בעהע"י במלוה בשטר. וטעמיה ז"ל דשאני מלוה ע"פ ממלוה בשטר דשבועה של המלוה קילא היא דאין פותחין בה אם לא ישאל הלוה וכו'. ודומה לזה מצי' לרבינו הטור בסי' פ"ב שהביא פלוגתא דרבוותא היכא שמת המלוה ויורשיו מוציאין השטר והלא טוען פרוע די"א כיון ששבועה זו קילא שהרי אין פותחין בה וכו' נוטלין היורשים בלא שבועה. וה' שר שלם כ' כיון שאין המלוה כאן לישבע נשבע הלוה ונפטר. ורב אלפס כ' שיורשים נשבעים ונוטלים יעו"ש. נקוט מיהא דמטעמא דשבועה זו קילא ס"ל להי"א דהיורשין נוטלין מהלוה בלי שבועה:

עוד זאת מצי' לה' כנה"ג ז"ל שם בסי' פ"ב אות כ"ד שכ' לישב מה שה"ק ה' מהרש"ך ז"ל לס' ה' שר של"ם מהא דאמרי' לא שאנו אלא כשמת מלוה בחיי לוה ואח"ך מת לוה וכו'. ולפי דבריו אמאי יגבו יורשי מלוה בשבועה. נטעון ליורשי לוה מאי דהוה מצי אבוהון למיטען פרוע הוא וכו' ונשבעין ונפטרין. וה' כנה"ג בא לכלל ישוב דה' שר שלם ס"ל דלפרוע אדם חובו ולהניח השטר ביד המלוה הוי מילתא דלא שכיחא. ואי טוען לה הלוה מהימן אבל לא טענינן להו ליתמי וכו'. דומיא דנאנסו דאי טעין לה הלוה גופיה בעצמו נאמן ונשבע ונפטר. ולא טענינן להו ליורשים משום דלא שכיח. כדכתבו התו'

וכו' ע"כ יעו"ש. והגם דאנן לא קי"ל כהי"א הנז' ולא כס' ה' שר שלם ז"ל ואם טען הלוה ישבעו לי נשבעין ונוטלין וכמ"ש מר"ן ז"ל ס"ה עכ"ז נקוט מיהא פלגא דיש סברא לחלק בין מלוה ע"פ לבשטר דאע"ג דבמלוה ע"פ טענינן להו שמא פרע אביהם ופטור. במלוה בשטר לא טענינן להו לחייב יורשי המלוה לישבע מהני טעמי אי משום דקילא שבו' מלוה בשטר וכמ"ש הי"א הנז' אי משום מלתא דלא שכיחא וכמ"ש הכנה"ג ז"ל. ותהני לן האי סב' לו' דאע"ג דצריכין יורשי המלוה הבאים בשטר לישבע ה"ד אם טענו כן היורשים אבל אנן לא טענינן להו. והנה כי כן אפשר לומר דאף שפסק מר"ן ז"ל בס"א כדין מלוה ע"פ כס' הרמ"א דטעני' להו וכו' ודלא כס' ה' בעהע"י. בדין ט' דהוי מלוה בשטר סתם לן כדעת בעהע"י דאנן לא טענינן להו וכו':

אלא דזה הוא ניחא אם היה מבואר בפי' בס"ט דלא טעני' להו וכו' אזי הוה לן למשכוני נפשין לחלק מע"פ למלוה בש'. וכמ"ש. אמנם כיון שבאו דבריו בסתם אית לן למימר דילמד סתום מן המפורש בס"א כדין מע"פ. ועוד כי נראה פשוט מדבריו ז"ל בס"ט דפסק כס' הראב"ד ז"ל דסיים וכ' שאם טענו יתמי הלוה אמר לנו אבא פרעתי לאביהם אין להם שבועה שלא נפרעו הם בעצמם ע"כ. והוא ממ"ש הב"י זל"ה ונר' מדברי בעל התרו' ז"ל דהא דמצריך הראב"ד ליורשי מלוה לישבע שלא נפרעו בם עצמם היינו בדשתקו יתמי לוה הלכך טעני' להו כל מאי דאפשר למטען אבל כי טעני' יתמי לוה וכו' אין עליהם שבו' שלא נפרעו הם בעצמם ע"כ. מבואר יוצא דלא הוצרך לזה רק לס' הראב"ד ז"ל. והאמת כן הוא דלס' בעהע"י אף אם שתקו יתמי הלוה אנן לא טעני' להו. ויורשי המלוה נוטלין בלי שבו'. כ"ש היכא דטענו יורשי הלוה אמר לנו אבא פרעתי לאביהם שאין על יורשי המלוה שבועה שלא נפרעו הם. מוכח מזה דפשי' דמר"ן ז"ל סתם לן כס' הראב"ד גם במלוה בש' דטעני' להו ליורשי הלוה וע"ז הוצרך לסיים בהאי דינא שאם טענו היורשים אמר לנו אבא וכו' אין עליהם שבועה. ודברי הרב כנה"ג צל"ע:

איך שיהיה נקטינן דלס' בעהע"י ז"ל אפי' להחזיק ביד היורשים לא טענינן להו במקום שיש חוב ליורש אחיו. ולס' הראב"ד ז"ל וכן פסקו הטור ומר"ן ז"ל וכמ"ש להחזיק הממון בידם טענינן להו אף נגד יורש אחר. אבל להוציא כ"ע לא פליגי דלא טעני' להו נגד יורשים אחרים. ובכן בנד"ד דהני יורשים הם מוחזקים דאית להו חזקה גלויה ומפו' בידם מכמה שנים בחזקתייהו קיימי. ולא טעני' ליורשים המערערים הבאים להוציא שאביהם היה בידו שטר מחאה וכו'. או שהיה במקום רחוק שלא היתה נשמעת מחאתו וכו':

האמנם לכאורה היה נראה דכל מ"ש ניחא אם היו באים היורשים המחזקים בטענת ירושה מכח החזקה דוקא ולא היה בידם שטרי זכיות אשר סמכו עליהם שטר המתנה

מן האב אל הבת ושטר קנייה מאביהם וכו'. אזי הדבר פשוט שהיו זוכים מכח חזקתם וכו' משא"כ הכא שבא לדון בשטרי זכיותם המתנה והקנייה אם יש לפקפק בהני שטרי ולבטלם. נראה דאין לדון עוד על החזקה דמוכח דחזקתם היתה מכח שטר המתנה וכו'. וכשיתבטל השטר נתבטלה החזקה. דשטר אין כאן. חזקה אין כאן. וכדקי"ל בסי' ק"ם ס"ד דהבא לידון בשטר ובחזקה נדון בשטר. ואם טען אח"ך שנאבד השטר אינו נאמן. וכן אם הביא השטר ונמצא בטל נתבטלה החזקה. וכ' הסמ"ע ז"ל שם כגון שהיו העדים קרובים או פסולים וכו' יעו"ש. ונראה דה"ה אם נתבטל השטר מאיזה טעם שיהיה דנתבטלה החזקה דהחזקה מכח שטרא קאתייא. ושטרא אין כאן. חזקה אין כאן וכמ"ש. זה היה נראה לכאורה:

ואולם מצינו ראינו להפוס' ז"ל דסברי מרנן דלא אתמר האי מלתא דהבא לידון בשטר ובחזקה נדון בשטר. אלא דוקא לגבי המחזיק הא' אשר קנה או נתן לו במתנה וכו' דבידו לברר וכו' וכשאינו מברר איגלאי מלתא דחזקתו באה לו מכח האי שטרא ריעא ואבד חזקתו. משא"כ לגבי יורשים כנד"ד דלא ידעי במילי דאבוהון ואין בידם לברר. נדונים בחזקה דאית להו. ואית לן למימר ולטעון בעדם כי אביהם המחזיק הא' היה בידו שטר מכר מהר"ח הזקן הנותן המתנה לבת מוקדם למתנה הנז' או נאמר כי אחר שנבל"ע הר"ח הנז' וזכתה הבת וקנה הרי"ף המחזיק הנז' מיורשיה חשש לאיזה פקפוק וטרח עם יורשי הר"ח במתן דמים והסכימו וקיימו המתנה או עשו לו שטר מכר להרי"ף ונאבד אותו שטר אחר שעברו שני חזקה. ואיך שיהיה כיון שחזקתם מבוררת יש לנו לטעון כ"מ דאפשר לטעון להעמידם על חזקתם:

וכן מצי' לה' מוהרימ"ט ז"ל ח"ג סי' כ"ח. בראובן שקנה מלוי ולוי מיהודה ויורש יעקב אשר לו היו ידועים חזקת הבתים בא לערער בטענה שהיה קטן בזמן פטירת אביו ולא היה יודע למחות. והשיב ה' ז"ל מאחר דראובן הוציא כל שטרותיו וכו' ונראה איך קנה משמעון וכו'. אם יתברר שחזקת יהודה היה בזמן שהיה המערער קטן נתבטלו כל החזקות הבאים מכחו. נהי דאם לא היה מוציא השטרות וכו' עכשיו שהוציא השטרות צריך לידון בהם כדאמרי' וכו' אלא דנראה דאע"ג דאמרי' וכו' ה"ד כשהיה בעצמו בעל השטר ונעשה ע"י בהא אמרינן צריך לברר ולקיים חזקתו מתוך שטרותיו וכו' אבל בכגון לוקח זה שהחזיק שני חזקה וכו' אע"פ שמתוכן ניכר שתחי' חזקתו של יהודה הלוקח הא' היתה בהיות המערער קטן עדיין אפשר לו' שהיה ביד הלוקח הא' שטרות וראויות שקנה מאביו בחיים וכו' ולא תימא וכו' טוענין ללוקח מדי דהמוכר הבא מכחו לא מצי למטען וכו'. הא ליתא דכיון דהוא מוחזק בחזקתו קיימי. וטעמא דאמרי' הבא לידון

בשטר ובחזקה נדון בשטר היינו משום דקי"ל כר' יוסי דצריך לברר טענתו. והיכא דלא מצי לברר דלאו עליה רמי לברור פטור מלברר וכו'. עכל"ה יעו"ש:

וכן מצי' ג"כ לה' פמ"א בח"א סי' ע"ג. בראובן שירש קרקע מיעקב אביו שהחזיק בו כמה שנים והראה שטר שקנה אביו מ"ש וש' מאל' לוי ולוי מיהודה. ויורשי לוי טוענין לראובן הביא ראיה דאל' לוי גבתה כתו' קרקע זה וכו'. והשיב ה' ז"ל כמ"ש דלא אמרי' הבא לידון בשטר וכו'. אלא בלוקח עצמו וכו'. ואפשר שהיה ביד ש"מ שטר גוביינא זה ולא ידע יעקב וכו'. והביא ראיה לזה דהא אפי' בלוקח עצמו מהמערער כ' הרי"ף והתו' ושאר פוס' דאף רבי דאמר דצריך לברר אם א"א לו לברר כגון שמתו עדיו וכו' נדון בחזקה. ה"נ כיון שאין ביד זה היורש לברר זכותו כי האלמנה גבתה הקרקע בכתו' וכו'. והביא נמי ההיא דמהרימ"ט ז"ל שכתבנו לעיל יעו"ש:

ולכאורה היה נראה דכמו זר נחשב לומר בכגון נד"ד אם יש לפקפק מדינא בשטרות אשר המציא והנם בטלים וכו' שהיה בידו שטרות אחרים ונאבדו ממנו אחר עבור שני חזקה וכו' וכמש"ל. דהא חזינן דהני שטרי ריעי נזהר בהם לשומרם וכו'. ואיך ולמה השטר העיקרי אשר בו סמך חזקתו לא נזהר בו. אתמהה. ואולם הא לאו מילתא היא. דאנן כיורשים קיימינן וכו' דלא ידעי במילי דאבוהון ויש לנו לומר שהאמת כן הוא דבהני שטרי ריעי לא נזהר בהם לשומרם ובדרך מקרה נמצאו אצל היורשים וחזקת אביהם היה על סמך השטר האחר שנאבד ממנו אחר עבור שני חזקה:

ונלע"ד דאף אם היה המוריש חי ובא לב"ד ובידו הני שטרי ריעי וטען ואמר שהיה בידו שטר מכר אחר כראוי אלא דלאחר עבור שני חזקה לא נזהר בו לשומרו ונאבד ממנו ואלו נמצאו לו בדרך מקרה די"ל שהוא נאמן וחזקתו חזקה. דאף דקי"ל הבא לדון בשטר וכו' ואינו נאמן וכו' ונתבטלה החזקה וכו'. ה"ד היכא דראינו ריעותא בפנינו דבתחי' אמר דאית ליה שטר וכשאמרו לו להביאו חזר ואמר שנאבד חזינן ריעותא בדבריו שאם האמת אתו שהיה לו שטר באותו פרק שאמר שי"ל שטר היה זהיר ביה או היה מביאו מתחילה. אבל היכא דלא חזינן ריעותא ואפשר לומר כי האמת כן הוא וכו' וחזקתו קיימת.

ודומה לזה מצי' להאורות ז"ל שכ' לישב מאי דק"ל לה' ב"ח ז"ל דמה יעשה זה שאבד שטרו. רמז דבריו הש"ך ז"ל יעו"ש. וכ' האורות ז"ל דלק"מ דפשיטא אם מתחי' בא לב"ד ואמר שאבד שטרו דמהימן וזה עיקר טעמא של החזקה. דאחר ג"ש לא מזדהר אינש וכו' משא"כ זה שבא ואמר ששטרו בידו ואח"כ כשאמרו לו הב"ד להביא השטר אמר שנאבד. בזה ריעותא לפנינו ולא שייך עוד ג"ש נזהר דהא הודה שהיה נזהר עד בואו לב"ד. וכיון שבא לב"ד הי"ל להזהר יותר דהא רואה שי"ל מערערין וכו' עכל"ה יעו"ש.

ונראה דה"ה בהא דהביא השטר ריע בידו וטען שהיה בידו שטר כשר וכו' דליכא שום ריעותא לפנינו כי לפי דבריו דרך מקרה נמצא זה השטר ואפשר לו' שהאמת כן הוא. וזה פשוט דלא דמי למ"ש הפוס' ז"ל דאם נמצא בטל שהיו העדים קרובים או פסולים ומכ"ש אם היה מזוייף דנתבטלה החזקה. דהתם ודאי סמך חזקתו על האי שטרא הוי ושטרא אין כאן חזקה אין כאן. משא"כ כשבא ואמר דחזקתו היתה על סמך השטר כשר שהי"ל ונאבד ואלו בדרך מקרה נמצאו וכו'. וכמ"ש:

עוד טעמא אחרינא איכא להאמינו במה שאמר שהי"ל שטר כשר וכו' מכח מגו שאם היה רוצה היה בא בחזקתו חזקת ג"ש שי"ל ולא היה ממציא שום שטר רי"ע לפני ב"ד. ודומה למ"ש מר"ן ז"ל בס"ס קמ"ו. הביא המערער עדים וכו' וזה טוען לקחתיה ממך וכו' והרי שטרי מקויים. טען המערער שהוא מזויף והודה לו וכו'. אבל שטר כשר הי"ל ונאבד וכו' הואיל ואלו רצה היה עומד בשטרו שהרי מקויים הוא ה"ז נאמן וכו'. וכ' ה' הסמ"ע שם דמיירי שלא החזיק ג"ש ושכ"כ הטור בשם רשב"ם והרא"ש ז"ל לאפוקי רי"ב ז"ל שם שפי' דמיירי בהחזיק וכן מסיק הש"ך ז"ל דלא כהב"ח ז"ל שפסק כדעת רי"ב ז"ל יעו"ש. הרי התם מטעם מגו שהיה עומד בשטרו וכו' הוא נאמן לומר ששטר אחר הי"ל ואבד אף שלא הי"ל חזקת שנים אף אנן נמי נימא היכא דאית ליה חזקה דנאמן לומר שטר אחר כשר הי"ל וכו' במגו דאם היה רוצה לא היה ממציא זה בפני ב"ד והיה זוכה בחזקתו דוקא:

וכ"ז להתלמד במקום אחר. דבנד"ד דביורשים עסקי' טענינן להו שהאמת כן הוא שאביהם לא היה נזהר בהני שטרי ריעי רק בשטר העיקרי ואחר עבור ג"ש שוב לא נזהר בו ונאבד ממנו והני בדרך מקרה נמצאו אצל היורשים וכמש"ל. ואע"פ דהני יורשים אין בידם רק שטרי ריעי אמרינן כי אביהם היה בידו שטר אחר כשר וכו'. דומה למ"ש ה' מהרימ"ץ ז"ל דאע"פ שמתוכן ניכר שתחי' חזקתו של יהודה הלוקח הא' בהיות זה המערער קטן וכו'. מ"מ עדיין אפשר שהיה ביד הלוקח הא' שטרות וראיות מאביו בחיים וכו' יעו"ש. וסיים ה' וזל"ה דאע"פ שיש עדים שכשמת אביו היה דר בבתים ההם אכתי אפשר לו' שמכרם לו בתנאי שיהיה דר בבתים או בשכי' היה דר וכו' יעו"ש. והרואה יראה כמה מהדוחק י"ל כן ועכ"ז זיכה ה' ללוקח בזה. וכללא דמלתא הוי דכיון שהחזיק כדינו הן אמת שאם היה הא' דבידו לברר נדון בשטר. אבל לגבי יורש או לוקח דאין בידם לברר טעני' להו כ"מ דאפשר למטען ולהעמידם על חזקתם:

וכן מצי' לגאון ה' מהר"י ן' מיגש ז"ל בתשו' כי באה בתשו' הרמב"ם ז"ל סי' רי"ד רמז דבריו ה' מטה שמעון ז"ל זל"ה. ועוד כי לא אמרו בזה הבא לידון בשטר ובחזקה כי זה

נאמר על מי שבא לערער מחמת עצמו. אמנם הבא מחמת מורישו אף שיש בשטר איזה חסרון לית לן בה. ונאמר שיש צד אחר בביאת בית זה לשמעון. כי לזה אמרו טוענין ליורש וליתו' וכו' ע"כ יעו"ש:

ועד אחרין ה' משה"ר ז"ל מע' יו"ד אות וי"ו זל"ה. אע"ג דקי"ל הבא לדון בשטר ובחזקה וכו' ואם נמצא השטר בטל בטלה החזקה. היינו דוקא במחזיק עצמו אבל לא ביורש ונדון בחזקה. ועי' בתשו' פמ"א סי' ע"ג שנשאל וכו' וזכהו ה' ז"ל ע"כ. היא התשו' אשר כתבנו לעיל:

קנצי למילין דלכל הדברות תורה יוצאה בהינומא דיורשי הרי"ף נ"ע אית להו זכייה דאורייתא ע"פ הדין הגמור. אי מכח השטרות אשר בידם. ואי מכח החזקה שהוחזקו האב ויורשיו וכאמור. וצי"מ וימ"ן כ"ד הצבי החו"פ טאנכיר יע"א בסיון דהאי שתא

וששון לפ"ג וקיים:

ע"ה מרדכי בן ג'ו סי"ט

סימן כג

ע"ע הנז'.

בשגם דברי או"ע מע' הרב הפוסק כי גדול מרדכי הי"ו אינם צריכים חזוק שמאירים את דבריהם ונוגה כאור קרנים. ומה גם מאיש שוגה ולשונו תהגה היזמי והיגי גם בלא דעת לבטא בשפתים. ויולד את חסרון חכמה מפוארה ועלמות אין מספר מלמעלה מנה ומלמטה מאתים. גם חסו"ר נלוה ספרים הרבה וכל בעלי אסופות כל כניסי"ה שהיא לשם שמים. ואת אחרונים אל"ף למט"ה שמעון אשר יבטה והנה מציב לו יד אהרן אשר בחר בו ה' על ארי"ח במשפ"ט הרובץ בתוך יאוריו בין המשפטי"ם. ושאר בנותהון כי ברבים היו במקום תורה למקוצעות המשכן בירכתים. ונוסף גם כי הקיפו עלי יחד טרדי"ן עלי אדמה מלבד תמידין כסדרן ומוספים עלות עלי. אכן לעשות רצון המלאך הדובר בי עתה באתי כיאודה ועוד לקרא לחוות דעתי קלא כמות שהיה להלכה דוקא ע"פ דברי מע' הרב הפוסק הי"ו. אע"פ שלא נשאלתי משני הצדדים וכ"ש ממע' הרב הדין הפוסק הי"ו. בכל זאת כיון שהדבר ידוע כי אין אני מקובל פה לדון ד"מ. גם באתי לגלות דעתי כנז' דוקא. וכאן אין חשש עורכי הדיינים דהא קי"ל טוענין ליורש. ומה גם כי איני מחדש טענה מחודשת. ובכן אין חשש מאזהרת רמ"א ז"ל בח"מ סי' טו"ב ס"ז ועי' בהרב משכנות הרועים ז"ל מערכת המם אות ר"י עש"ב:

ואבא היום בקצ'ר של קיימא. הנה בשאלה לא פורש בביאור דעת המערער וטענתו. גם לא פורש בביאור אם שטר המקנה עשוי כהלכתו. אכן ממרוצת הדברים נראה כי הלא מראש נסתפקו אם המתנה קיימת וממילא יתקיים גם שטר המקנה כי מצד עצמו אין שום חשש פסול רק להיותו תלוי במתנה. ומע' הרב הפוסק הי"ו האריך למעניתו בקיום המתנה וממילא נתקיימו שניהם. ולבסוף ברוח מבינתו חדש בטובו פסק שני שאף אלו יונח מה שאינו כי המקנה בטלה וממילה גם המקנה בטילם ח"ו. כי לפי דעתו דעת עליון הי"ו הם חזקים מצד עצמם. בכל זאת משום יגדיל תורה ויאדיר האריך הרחיב לקיים מצד הירושה בלבד:

וכשאני לעצמי אף אני אבחר דרכו האחרון בלבד כי איני מופנה לעיין בכל מ"ש הרב הי"ו גם בכל מה שפלפל בחכמה הפלה ופלה. כי לדעתי דרכו האחרון הוא הנחוץ לענין זה והוא הוא המוביל אל המטרה בנקל עד מהרה [ואם שניהם כאחד טובים]. אך למיעוט הפנאי כד חסריה וכו' וכמו צער בנפשי כי לא יכול משה להתעלם באהבים ולהשתעשע בדב"ק טוב ראשונים ואת אחרונים כי חביבים עלי דברי דודים. רק בדבר הנחוץ:

אפריון נמטיה למע' הרב הפוסק הי"ו שנטפל לברר עדות החזקה לפנים משה"ד. והרחיב הדברים בתוס' נופך שפיר. באופן כי אין לחוש אולי כי בעת שנלב"ע הזקן המוריש אז היורש אבי המערער היה קטן דקי"ל אין מחזיקין בנכסי קטן אפי' הגדיל. כיון שבשנת תרכ"ב היה לו אשה ובנים א"כ הרי החזיקו בפניו לפחות ג"ש אחר שהגדיל ודי בזה לדעת מר"ן הש"ע ז"ל סי' רמ"ט סי"ט. גם אין לחוש אולי היה המערער אז קטן מאחר שכבר נגמרו שני החזקה בחיי אביו כנז' שם. ובלא"ה צא וחשוב מאז ועד אתה כמה שני גדלות למערער עצמו. באופן כי הוחזקה בפני אבי המערער שהוא היורש הא' ובפני המערער עצמו. גם אין לחוש אם נתקבלה העדות שלא בפני בע"ד עי' ח"מ סימן כ"ח ט"ו וסי' ק"מ סי' יו"ד. כיון שהדבר מפורסם לכל בני העיר וזה זמן רב יותר מ"מ שנים. ואף המערער עצמו לא יוכל להכחיש. גם מה שהיו המחזיקים סותרי' ובונים וכו'. גם מה שהניח אבי המערער אשתו ובניו סובלים דוחק הפרנסה והיו מוכרחים למשכן מקום אחר כנז'. ואורך הזמן הנז' מאמץ כח החזקה. כי מה זו שתיקה. כי לענ"ד נראה כי אע"פ שאמרו בפ' חזקת דאפי' יאודה וגליל אע"ג דסמיכי אהדדי ושלא בשעת חירום כבשעת חירום דמי מפני שאין השיירות מצויות וכתבו התוס' ז"ל וכו' וכמ"ש ה' הפו' הי"ו:

מ"מ בזה"ז אפי' מסוף העולם וע"ס חשיבי שיירות מצויות ע"י הפוסטאס הקבועים בכ"מ קטון וגדול. וכל העולם כותבים עתה. דברי דודים. ומסחר. ובשורות והודעות. חדשות ונצורות. ובפרט מאן דכאיב ליה כאבא. דוחק פרנסה. או זרים אוכלים נחלתו. או לפקוד

אשתו ובניו ושלום משפחתו וגם בזמן מלחמה לא ישנו את תפקידם. וכל הכותבים כנז' מודיעים גם חדשות זולתם. טענות ותואנות חזקות ומחאות. ומה גם אם אדם מיחה בפניהם בקום עשה בכדי שלא תועיל החזקה לפו"ד. ומה גם אם יש שם קרובים הנוגעים בנחלה. כי הם יכולים להודיע למערער [והם עצמם יכולים למחות מצד עצמם] והוא יודיע או ישלח הרשאה למחות. או ימחה שם בפני עדים והם יודיעו:

ואע"פ שכתב רמ"א ז"ל בסי' קמ"ו ס"ה דל"מ מפי כתבם. היינו לגבי העדים שמוחה בפניהם שהם כותבים שטר המחאה. אכן שאר המודיעים א"נ העדים עצמם אם יפרסמו גם מפי כתבם נלע"ד דשפיר דמי. ובכן הדר דינא דעל המערער היה מוטל להביא ראיה:

גם מה שצדד הרב הפוסק הי"ו. דאולי אחר שמת אבי המערער הדר דינא דעל המחזיקים להביא ראיה ותלי זייניה בההיא דריש סי' ס"ב בח"מ. ותירץ יתיב בטוב טעם. אין ספק כי הרב הי"ו איידי דחביבא ליה דקב"ה חדי בפלפולא אכפל תנא להכי. דבלא"ה לא יעלה על לב לומר כן דא"כ לא שבקת חיי ומה כח חזקה יפה. ועוד אטו טענינן ליתמי מאי דלא מצי אביהם למטען שהיורשים יביאו ראיה. והך דינא דסי' ס"ב שבקיה דדחיק ומוקי אנפשיה דהא אותביה רפ' מהך קושיא גופא וסליק בקשיא ע"ש ב"ב דנ"ב ע"א ובכ"ז פסקוהו הפוסקים ז"ל. משום דמסתבר טעמא דשמואל אפי' בחייו אלא משום דתניא כוותיה דרב ומודה רב לשמואל במת. ואפי' בחייו נמי היכא דלא אפשר לברר ע"ש. והוצרכו הראשונים ז"ל להסביר טעם הדין וכמ"ש הסמ"ע ועי' הריב"ש ז"ל סי' קס"ט. ומלבד שאין להעלות על לב סתירה לנדון דידן אלא שמשם ראיה לנדון דידן דבשאין יכולים היורשים המחזיקים להביא ראיה מוקמינן להו אחזקתייהו כי התם וכמו שהביא ראיה זו מהרימ"ט ז"ל בנ"ד [אין הס' הנז' אתנו] שרמזו הרב הפוסק הי"ו והבי"ד הרב פמ"א ז"ל ח"א סי' ע"ג בסוף התשובה והיא התשובה שציין מע' ה' הפוסק הי"ו ג"כ:

וגם מה שצדד הרב הפוסק הי"ו כי אולי אבי המערערים כבר וכו' וכתב לו שטר מחאתו כדינו אלא דהני וכו' וע"ז העמיק הרחיב בעומק שכלו כרוב גדלו באו"ב. ולבסוף אסיק דלא טענינן להו לא טענה זו ולא הקודמת. אנא דאמרי אין זה כ"א רוח'ב לב משום יגדיל תורה ולהתלמד במקום אחר כרמוז בדברי ה' הפוסק הי"ו באיזה מקומות. וע"כ לא זכיתי לעיין בדב"ק כי טובים דודיו ולהתלמד אף אני כמוהו לחסרון הפנאי מאחר שלנדון שלנו אין ספק כי אין אנחנו יכולים לטעון כנז' מה דלא מצי אבוהון למטען ודוקא בפרוזבול אמרינן פרוזבול היה לי ואבד ועי' הרמב"ם ז"ל פ"ט מהל' שמטה ויובל מ"ה כ"ד עד ה' כ"ח או דאית ליה מגו וכההיא דסוס"י קמ"ו. או אחר שני חזקה. הא לא"ה לא דא"כ כל אדם יאמר שט"ח היה לי וכיוצא ואבד להוציא מיד המוחזק. ואף אם יצויר שטוען

אמת שכן היה איהו דאפסיד אנפשיה שהיה לו לשמרו לעולם. ואם אבד אבד זכותו. ודוקא אחר שהחזיק ג"ש במקנתו ושום אדם לא מחה בו שאז נחה דעתו אינו נזהר עוד לשמור שטרו. אבל שטרי תביעות צריך לשמרם לעולם ולהודיע לבניו ולפרסם הדבר. ואם לא עשה כן יפסידו זכותם. משא"כ במחזיק והוא עומד בתוך שלו ואין אומר אליו השב. ועי' הריב"ש ז"ל סי' קס"ט עמ"ש שנשבעה בב"ד ואבדה שטר הכתו' מפני אונס הגזרה וכו' ע"ש. [עי' בתו' ר"פ ז"ב דר"ג ע"ב דה' ורבנן:

ואולם זו היא שקשה לענ"ד להבין כוונת הרב הפוסק הי"ו. דאף אלו יוכח שיש להסתפק בזה ויותר מזה שאף אם אמת היה הדבר שאבי המערער עשה שטר מחאה כפי הדין ולא אבד והביאוהו המערערים לפניו ומקויים. והמחזיקים מודים בו שנכתב כפי הדין. מה יועיל להפסיד טענת חזקה או טענת ירושה. כיון שלא עשה כן בסוף כל "ש כ"ז שהיה חי. ואף כי לאחרי מותו היה למערערים לעשות כן ועי' סי' קמ"ו ס"ה ומלבד הטעם שכתב סמ"ע יכול לטעון שפייס אותם בדמים בן מחאה למחאה וקיימו בידם שטר המקנה. כ"ש וק"ו כשאין שם אפי' מחאה א' וכ"ש שכבר נתקיימה החזקה מדי היותו בעיר עד שנסע בשנת תרכ"ב כמתבאר מדברי הרב הפוסק הי"ו ששום אדם לא מחה בו. עם היותם סובלים דוחק הפרנסה. והמה רואים עם שאר היורשים את המחזיקים סותרים ובונים למעלה מ"מ שנים בקרקע מורישם ושותקים. א"כ מה מקום למחאה. וז"פ ואין ספק כי עיקר כוונת הרב הפוסק הי"ו משום יגדיל וכו' ולהתלמד וכו' ע"כ הכניס פרט זה ולתוס' נופך אע"פ שאין צורך:

אתאן לעיקר הדין מה שהכריע הרב הפוסק הי"ו וזכה את המחזיקים מכח טענת ירושה אף אלו יונח מה שאינו דהנך שטרי חספא בעלמא נינהו. מ"מ טענינן ליורש ככל הבא כתוב בפסק הרב הי"ו וחילק ידע מההיא דקי"ל בסי' ק"מ ס"ד דנדון בשטר דהיינו דוקא לגבי המחזיק עצמו דיכול לברר. לא כן למי שבא מחמת ירושה והביא ראיות מתשובת רבינו מהר"י הלוי ן' מיגש ז"ל לא זכינו לאורו] בתשובות הרמב"ם ז"ל עם היות כי הלשון מגומגם עכ"פ כוונתו מבוארת כמ"ש ה' הפוסק הי"ו. וכן הביא גם משו"ת מהרימ"ט ופמ"א ז"ל ועד אחרן הרב משה"ר ז"ל שרמז דברי ה' פמ"א ז"ל הנז' בה' פסוקא:

אומר אני כי עם היות דברי הרב הפוסק הי"ו נאמנו מאד וראיותיו מכריעות מצד עצמן. ומה מני יהלוך דבר מסייע אין בו ממ"ש. מ"מ כדי שלא תהיה ביאה ריקנית הנני בא להרחיב דבר הרבנים הגאונים ז"ל הנז' דממקומו הוא מוכרע ומכרח חילוקה דרבנן זיע"א. שהרי עיקרא דדינא דהבא לדון בשטר ובחזקה דנדון בשטר במחלוקת הוא שנוי בב"ב קס"ט ע"ב ולרשב"ג נדון בחזקה ומסקינן בדף ק"ע ע"א דבלברר הוא דפליגי ולר'

יצחק נפחא הלכתא כרבי דצריך לברר. ורב גדל א"ר פסק הלכתא בהדייא. אלא דיש חלופי גרסאות אי פסק כרבי או כרשב"ג עי' רשב"ם והרי"ף שלפנינו ועי' בחדושי אנש"ש ובני' ז"ל ובתו' ז"ל והסברא נותנת דפ' כרשב"ג דאי כרבי ל"ל למפסק הלכתא בהדייא עי' רשב"ם וני' ז"ל ובפירוש דעת רבי דצריך לברר פליגי דלרש"י ז"ל בר"פ ז"ב וכן דעת רשב"ם בפרק ג"פ שם דאם לא בירר הפסיד. ולדעת ר"ת ז"ל דוקא לכתחילה ואם לא בירר לא הפסיד ובשבועות דמ"א בד"ה כל מלתא הביאו ראיה לפי' ר"ת מהירושלמי [עד שאני תמה מה ראו על ככה החולקים לעשות מחלוקת בין התלמודים וי"ל] ורשב"ם ודעמיה פסקו כרשב"ג. והרמב"ם ז"ל [ולדעת הה"מ ז"ל וחידושי אנשי שם כן הוא דעת הרי"ף ז"ל ועי' בב"י סי' ע' ס"ג] והרא"ש ז"ל והטור ז"ל והש"ע יחד כולם פסקו כרבי דצריך לברר ומ"מ אם אי אפשר לברר כגון שמתו העדים או הלכו למד"ה לא הפסיד ונדון בחזקה גם לרבי. וכתב הרא"ש ז"ל בפ' ג"פ בסי' כ"ז וז"ל משמע ודוקה וכו' אבל ישנן לעדים צריך לברר וכ"כ ר"ח שאם טען ואמר אבד שטרי אינו נאמן לדברי רבי ובס' המקח נמי כתב שאם לא הביא השטר או שהביא ונמצא בטל נתבטלה נמי החזקה והכי משמע בפ' ז"ב שאם נמצאו קרובים או פסולים לא ברר ע"ש שרמז לגירסא אחרת שגורס רשב"ם ז"ל וכתב שהגאונים ז"ל כתבו כמו כמ"ש הוא ז"ל. וכן הוא פסק הש"ע אלמא דוקא לרבי הוא דאמרינן שאם לא הביא או הביא ונמצא בטל שנתבטלה החזקה מכלל דלרשב"ג דאין צריך לברר אפי' אם נמצא השטר בטל לא נתבטלה החזקה אפי' כל לגבי המחזיק עצמו. ואפי' אמר פרעתיך בפני פלוני ופלוני והביאם ואמרו להד"מ כתבו התוס' דלרשב"ג לא הפסיד לפי' רשב"ם. ואפי' לרבי נמי בכה"ג לא הפסיד לפי' ר"ת ז"ל ע"ש בתוס' ז"ל בפי' ג"פ דק"ע ע"ב ד"ה אלא. וכ"כ התוס' ז"ל בשבועות דמ"א ע"ב בד"ה כל מלתא ובתוס' ר"פ ז"ב דכ"ג ד"ה ורבנן:

והוצרכתי לכל זה שלא תאמר דלרשב"ג נהי דאין צריך להביא השטר אבל אם עבר והביא ונמצא בטל דבטלה נמי חזקה וכמ"ס התוס' ז"ל שם בב"ב בסוף הדיבור הנז' למ"ד הוחזק כפרן ע"ש. דלא כתבו זה אלא לישב כי היכי דלא תהוי מלתא דסבר רב ששת למימר כתנאי ע"כ נדחקו לומר דלא פליגי רשב"ג אלא לכתחילה. אבל לפום מאי דקי"ל כרבא דלא הפסיד פליגי גם בדיעבד וכמ"ש הם ז"ל בין לרשב"ם בין לר"ת ז"ל וכדמוכח מדברי הרא"ש ז"ל הנז' בהדייא ודו"ק. ועי' הרב הנמק"י ז"ל שם בפ' ג"פ דפריש מלתיה דרשב"ג בעבר והביא דאומרים לו קיים שטרך וכו' ע"ש ודו"ק:

איכו השתא נהדר אנפין לנדון דידן דל"מ לרשב"ם ז"ל ודעימיה דפסקו כרשב"ג דאפי' במחזיק עצמו הבא בשטר ובחזקה. ונמצא השטר בטל. אפ"ה נדון בחזקה ולא הפסיד.

ול"מ נמי לפי' ר"ת ז"ל אליבא דנפשיה וכ"ש אליבא דרבא דאפי' לרבי אם לא ברר לא הפסיד ואפי' אם באו עדים ואמרו להד"מ לא הפסיד אלא אפי' להרא"ש ז"ל ודעמיה דס"ל דאם נתבטל השטר נתבטלה החזקה:

מ"מ הרי כתבו דאם טען המערער טענת מזוייף. וא"א לברר כגון שמתו העדים או הלכו למד"ה וכו' נדון בחזקה גם לרבי גם לגבי המחיזק הראשון עצמו אע"פ שבטענת מזוייף קי"ל דהשטר פסול כ"ז שלא נתקיים ומוציאין מידו כמ"ש בסי' ק"מ ס"ג. ולא אמרינן דכיון דה"ש פסול א"כ נתבטלה החזקה כיון דחזקה מכח שטר קאתייא וכדמסקינן בר"פ ז"ב דכ"ג ע"ב אלא מוקמינן ליה אחזקתיה ומהימן בשבועה שקנאה אע"ג דאיפסיל שטרא. משום דהשתא אי אפשר לברורי וממילא דלאו דוקא כי טוען מזוייף ומתו וכו' דיינין ליה בחזקה. אלא ה"ה נמי כל טענות במשמע דלא אפשר לברורי דינא הכי מעין מ"ש הרב פמ"א ז"ל שם בנדונו:

ואפשר דבנ"ד גם אלו היה המחזיק הראשון הקונה מיורשי הבת ממציא השטרות בב"ד אחר שהחזיק ונמצא בשטר המתנה גמגום וכיוצא איהו גופיה היה יכול לידון בחזקה גרידא דטענינן ללוקח כי אולי מקבלת המתנה היה לה שטר אחר יותר מתוקן ויורשיה נתנו לי זה ואנכי לא ידעתי כי יש זולתו וכ"ש כי לא הבנתי כי יש בו גמגום זה דלאו כ"ע דינא גמירי וכמ"ס הפמ"א ז"ל שם דלא אמרו לברר אלא בקונה עצמו מן המערער לא בקונה מאמצעי שהרי אין בידו לברר. ואפי' אם יאמרו יורשי הבת כי לא היה להם אחר אינם נאמנים וכמ"ש שם ופשוט:

וממילא הרי אתה דן במלתא דאתיא בקל וחומר בנדון שלפנינו דביורשים עסקינן:

ובלא זה הדבר מבואר מאליו דנד"ד לא נכנס מעולם במחלוקת רבי ורבנן. שהרי הם נחלקו בשטר ובחזקה ובנ"ד איננו כן וקורא לו שם חדש בשטר ובירושה. ואי אפשר לומר דאידי ואידי חד שיעורא דדוקא הבא בחזקה צריך טענא והיינו שקנאה ויש לו שטר וחזקה מכח שטר קאתיא כדמסיק בפ' ז"ב לרבנן דקי"ל כוותייהו. וכיון שנתבטל השטר בטלה החזקה הבאה מכחו אמטו להכי סבר רבי דנדון בשטר נ"מ לבטול הא מקמי הא לפי' רשב"ם ז"ל בדעת רבי:

ברם טענת ירושה אינה צריכה טענה וכיון שכן לאו מכח שטרא קא אתיא ואף אי בטלה שטר לא בטלה טענת ירושה. משא"ך בחזקה גרידתא לא קני אלא מכח שטרא. אלא דכי ליתיה אמרינן דטפי מתלת שנין וכו' וסמכינן עלה בסתמא כי ליתיה מהט'. הלכך כי איתיה סבר רבי דצריך לאתויי ולברורי מילתיה דאי לא חזי בטלה לה חזקה ופשוט:

משא"ך בשטר וירושה ואין ספק כי רבי אזיל ומודה לרשב"ג בה דאין צריך לברר כלל וכי היכי דלרשב"ג בשטר ובחזקה אפי' נמצא השטר בטל לא בטלה חזקה. הכא נמי דכוותה לרבי בירושה והא דידן עדיפא דאלו התם בשטר ובחזקה נהי דנדון בחזקה לרשב"ג אף כי מפסיל שטרא. מ"מ רמי שבועה עליה שלקחה לחזק הטענה שלקחה ממנו וכמ"ש הנמק"י ז"ל כיון דחזקה גרידתה מגן שויא והשטר נפסל. מוקמינן ליה אדיניה כשלא הביא השטר וכמ"ש בסי' ק"מ ס"א:

אכן בנדון שלפנינו שא"ץ טענה כלל. אף אם יפסיל השטר ונדון בירושה בלבד די בזה ואין צריך שבועה כלל. כיון דגם לרבי נדון בטענות ירושה גרידתה:

ואע"פ שמא שכתבנו דבכה"ג גם רבי מודה הוא סברה ברורה ואינה צריך ראיה. בכל זאת שפר קדמי להביא ראיה ממאי דקי"ל דהמלוה את חבירו בעדים א"צ וכו' דנאמן לומר פרעתי. ואפ"ה כי קאמר פרעתיך בפני פ' ופ' צריך להביאם לדעת ר' יצחק נפחא אליבא דרבי. ואם לא הביאם הפסיד לדעת רשב"ם ורוב הראשונים זולת ר"ת ז"ל וכ"ש אם באו אותם עדים ואמרו להד"מ דתו לא מהימן לדעת רבי דקי"ל כוותיה

ואפ"ה קי"ל בח"מ סי' ע' ס"ב דאפילו באו העדים ואמרו להד"מ דנאמן. והטעם כ' שם בב"י בשם הרשב"א והר"ן והה"מ ז"ל וז"ל דדוקא הבא לידון בשטר ובחזקה אמר רבי צריך לברר משום דאסיקנא ר"פ ז"ב דחזקה מכח שטר קא אתיא שאם נמצא השטר פסול גם חזקתו בטלה אבל בטוען פרעתי וכו' טענת הפירעון אינה באה מכח העדים אלא מילתא יתרתא הוא. דאמר ולכך אפי' באו עדים ואמרו להד"מ נאמן ואפי' רבי מודה בהא. ור' יצחק נפחא ס"ל וכו' דאפי' בהכי פליגי וכיון דאסיקנא דלא כוותיה בפ' ז"ב [דחזקה מכח שטר קאתיא] וכו' ההיא דרבי יצחק נפחא אדחיא לה וכו' יע"ש אף אנו נאמר ככל החזיון הלז כל לגבי טענת ירושה דלאו מכח שטר קאתיא וכנז"ל:

ואע"ג דבהך דאומר פרעתיך בפני וכו' ובאו ואמרו להד"מ דנאמן היינו בשבועה וכמ"ש שם בב"י ובש"ע. היינו משום דמעיקרא נמי כי לא אמר רק פרעתי ולא אמר בפני פ' ופ' לא מהימן אלא בשבו'. לא כן בנ"ד וכמוחש ופו"ב:

וכ"ת מה נענה לדעת רש"י דלא מחלק וס"ל דגם באמר בפני פ' ופ' גם באמר יש לי כתי עדים צריך לברר כמו הבא לידון בשטר ובחזקה ואם לא ברר הפסיד אפי' בהנך דלש' בהו הך טעמא דמכח שטר קא אתיא וכמ"ש בהג"א בפ' ז"ב אליבא דרש"י ז"ל. וא"כ אפשר דגם בשטר וירושה יסבור כן אע"ג דלאו מכח ש' קאתיא:

לזאת אשיב דמלבד דאנן אתכא דמר"ן ז"ל בש"ע סמכינן. ומר"ן ז"ל חלק משטר וחזקה כחילוק הרשב"א ז"ל ודעמיה והוא דעת הרי"ף והרא"ש ז"ל שהשמיטו הך דרבי יצחק

נפחא גם הה"מ ז"ל כתב שכן הוא דעת הרמב"ם ז"ל ומצינו למר"ן ז"ל חלק ביניהם כמתבאר בסי' ק"מ ס"ב למ"ש בש"ע סי' ע' ס"ב:

בר מן דין ומן דין אומר אני דגם רש"י ז"ל מודה בנ"ד דדוקא באומר יש לי שתי כתי עדים ובאומר בפני פ' ופ' נהי דאם אמר פרעתי לא היה צריך כלום. מ"מ השתא דאמר הא שעביד נפשיה כיון דבידו לברר אחר שהוא הפורע הוא היודע ועד ע"כ דין הוא שאם לא הביאם שיפסיד וכ"ש אם אמרו להד"מ. משא"כ בנ"ד שהוא מחמת ירושה וא"א לו לברר. אע"פ שאמר יש לי שטרות. אף אם תאמר צריך לברר ולאמת דבריו. דיו להביאם לב"ד. אבל אינו חייב לברר אם כשרים הם או פסולים דאטו הוא הקונה מיד המערער שבידו לברר. הוא חשב כי הם אלו השטרות הכשרים. ואם אין בם מועיל הרי אמת דבריו. ודי בזה:

וכיוצא בזה כתב רש"י ז"ל גופיה בר"פ ז"ב דאפי' באומר יש לו שתי כתי עדים שהוא עצמו האומר ובכ"ז כל שהביא השתי כתי עדים אע"פ שנפסלה הראשונה לא הפסיד ללישנא קמא שכתב רש"י ז"ל לפי הגרסא שהיתה לפניו וז"ל בד"ה מחלוקת ואם בקש ומצא כת אחרת אע"פ שהראשונה נפסלה הרי ברר דבריו שאמר להביאם והביא והוא לא דק דסבור דכשרים היו. ע"כ:

ואפי' להגרסא השנית שהגיה רש"י ז"ל וקרי ליה התם לישנא בתרא [הרי"ף גריס בגרסא ראשונה וכן הרשב"א ז"ל ודעמיה הנז"ל ודוק היטב] ומר סבר דלרבי אם אמר יש לי שתי כתי עדים צריך להיותם כלם כשרים ואם נפסלה כת א' הפסיד. היינו משום דהוא הוא הממציא העדים להעיד על ההלואה. והגיד בב"ד שיש לו שתי כתי עדים במאמר א' נעשה כאומר שלא יתחייב הלוה כ"א ע"פ שני כתות כשרים לרבי. וה"ן כי אמר בפני פ' ופ' הוי כאלו אמר שלא יפטר רק בעדות הנז' לרש"י אליבא דרבי. וכן הדין בשטר ובחזקה לדעת רש"י ז"ל אליבא דרבי ורבנן. ולאו משום דחזקה מכח שטרא קא אתיא דלא מסיק הכי אלא לר"מ דהתם להך לישנא בתרא ע"ש. מש"ה אי לא אייתי השתי כתות. או הך פ' ופ'. או השטר. הפסיד יען הוא המעיד העדים נגד הלוה והוא הפורע בפניהם והוא הקונה בשטר וחייב עצמו להביאם דבלא"ה לא יהיה נדון ויפסיד. ע"כ אם לא הביאם או הביאם ונמצאו פסולים יפסיד דעליו היה לברור את כלם שיהיו כשרים ולא יוכל לישמט ולומר דמייתי שהם כשרים דעליו היה מוטל לדקדק ולבררם. משא"כ בנ"ד שלא היה מוטל עליו כתיבת השטר. ומצי אמר דמייתי שהוא כשר ודי אם יביאנו או יהיה נאמן באומרו שאבד וז"ב ומוכרח:

דאלת"ה אדמפלגי רבי ורשב"ג בשטר ובחזקה. ליפליגו בשטר וירושה להודיעך כחו דרבי דהלכתא כוותיה דאפ"ה אם לא ברר הפסיד. וכ"ש בשטר ובחזקה דאיכא למימר חזקה מכח שטר קא אתיא. ואפי' ללישנא בתרא דרש"י ז"ל דס"ל דכי אמרינן הכי הוא לר"מ לדעת רבי. אבל לרבנן דקי"ל כוותייהו אפי' באומר יש לי שתי כתי עדים צריך שיברר שיהיו כלם כשרים אע"ג דלא תלו עדים בעדים וכנז"ל:

מ"מ איכא רבוותא אי הוו פליגי בשטר וירושה דאע"ג דאין בידו לברר אפ"ה אם לא ברר הפסיד. ועוד אי הוו פליגי בשטר וירושה לא הוה מצי מוקים תלמודא מלתיה דר"מ כרבי דהרי גם בשטר וירושה דלאו מכח שטר קאתיא אפ"ה צריך לברר ודו"ק. ומדלא פליגי בשטר וירושה וכנז' מוכח מלתא דלכ"ע נדון בחזקת הירושה בלבד:

הכלל העולה הוא דבנ"ד אפי' לדעת הפוסקים ז"ל בשטר ובחזקה כרבי ודלא כרשב"ג ומפרשים דכל דלא ברר הפסיד היינו במלתא דאפשר לברורי ולאפוקי במתו העדים או הלכו להם למד"ה וה"ה כל מלתא דאי אפשר לברר וכנז"ל דלא הפסיד:

ואפי' לדעת המחמירים ז"ל הנז' לומר דאם לא ברר הפסיד היינו אם נמצא הפסול בשטר המקנה עצמו שמכחו באה החזקה דעליה קיימא פלוגתא דרבי ורשב"ג. דעל הקונה היה מוטל לברר מקנתו אם השטר עשוי כדין. אבל אם הפסול נפל בשטר זכות המוכר דעל המוכר היה מוטל הבירור. תו לא איכפת ליה ללוקח דטענינן ללוקח דכיון דהמוכר דר בה אפי' יום אחד ואח"ך מכר לזה בשטר יש לו קול והו"ל למערער למחות וטוענין להם שודאי אותו מוכר קנאה כדין וכהלכה מהמערער. ומפני זה מכרה לזה כמבואר כ"ז בפוסקים ז"ל עי' סי' קמ"ד בבאה"ט סק"ב בשם סמ"ע מהטור ז"ל:

ואע"פ שהמוכר נתן ללוקח שטר הזכות שבידו וזה המציאו לפני ב"ד ונמצא פסול לא איכפת ליה ללוקח לברר מה שהי"ל לברר המוכר. ושטר זה מעולם לא נכנס במחלוקת רבי ורשב"ג דאין חזקת הלוקח באה אלא מכח שטר המקנה שבידו שקנה ממי שדר יום א' באותו קרקע ועל אותו שטר הוא שנחלקו וכיון שאותו שטר נמצא כשר. אף אם שטר המוכר נפסל למה יפסיד חזקתו. יכול לומר בשופי דל מהכא שטר זכות המוכר. ואדון בחזקה ושטר מקנתי עם דירת המוכר יום א'. כי אני בראותי אותו דר קניתי ממנו כפי הדין ולא חששתי לראות זכותו. ואולי נתן לי זכות אחר ואבד. או הוא לא חשש לתת לי העיקרי. שכתב המוריש. או שקנה מהמערער עצמו. וכאלה טענות כי נתן גם את הכל בידי וברוב הימים אבדו ונשכחו ממני. והרי המצאתי מה שמוטל עלי שטר מקנתי ועדי חזקתי כאשר אמרתי:

וכל זה היה יכול לומר גם המחזיק הראשון הבא לידון בשטר ובחזקה ממש. כ"ש יורשיו הבאים לדון בשטר ובירושה. כי אז אפי' נמצא פסול גמור ברור גם בשטר המקנה וגם אלו אביהם לא החזיק אלא דר יום א' מאחר שהם החזיקו אחריו כדין. ידונו בחזקת הירושה בלבד לכ"ע. גם לדעת רש"י בלב' וכנז"ל. כ"ש היכא דגם הקונה החזיק כדין דאז אפי' הם לא דרו כלל דטענינן ללוקח וליורש. גם יחד. כ"ש בהחזיקו שניהם ועוד רבות בשנים למעלה מ"מ וכו' וכו'. וכבר נתבאר שגם אם ימציא המערער שטר מחאה שעשה אביהם בזמנו כדינו לאו כלום הוא וכנז"ל. וזכו היורשים במה שירשו מאביהם בלי חיוב שבועה וכנז"ל והדין דין אמת כמ"ש הרב הפוסק הי"ו בראיותיו המעריכות אף אלו יצוייר כי שטר המתנה בטל ומבוטל כאפס וכאין. כ"ש לפי מסקנת הרב הפוסק הי"ו בפסק שטר המתנה כי הוא עשוי באמת ויושר אליבא דהלכתה ומי כמוהו מורה אמת לאמתו:

ועם היות בראש אמי'ר אמרתי אני שלא לעיין באותו פסק וגם בכל משא ומתן טובים השנים מחסרון הפנאי והעדר הצורך למבוקש:

בכ"ז יען חביבים עלי דברי פי ח"ח ושלא להניח הנייר חלק לגמרי. ע"כ אמרתי ויהי מה ארוצה אעברה נא ואראה בדרך העברה בעיקר מה שנסתפק ותבט עיני בשור"י דמספ"ל למ'ר אם הבת מתה בחיי הנותן וכו' משום אומדנא וכו' והדר פשטה כיון דלרוב ככל הפוס' ז"ל גופא קנתה מהיום לגמרי. זולתי הרשב"ש ז"ל העומד מנגד והרב מוה"ר שער אשר ז"ל שקיים דבריו וסו"ד החליט הרב דלא כהרשב"ש ז"ל וכו' ובפרט דדעת הש"ע נראה דסבר דלאו כוותיה זת"ד קדשו הי"ו ומשם בארה:

וכשאני לעצמי לא ידעתי נפשי מה ראה על ככה להסתפק בזה אעיקרא דדינא. דאי משום אומדנא. אין ספק בדבר דבכגו"ד אין שום אומדנא דמוכח כלל. דבלא"ה אפי' במתנה דקי"ל אומדין דעת הנותן היינו דוקא באומדנא דמוכח מעין ההיא דר"ש ן' מנסיא וכיוצא כנודע. ועוד דאם איתא א"כ מה הועיל ידידינו הרב הפוסק הי"ו במה שהוכח הוכיח דגופא קני מהיום לגמרי דס"ס הרי לא זכתה ליהנות היא אסתר מהפירות שהוא התכלית העיקרי.. כי מה יתן ומה יוסיף לה כ"ז שלא זכתה בפירות. ואם נפשיך לומר שהיתה יכולה למכור הקרן וליהנות בדמים. יש להשיב חדא שהרי לא מכרה ולא נהנית. ועוד א"כ מאי קשיתיה מהרשב"ש ז"ל. דאטו להרשב"ש ז"ל מי לא היתה יכולה למכור הקרן וליהנות בטובת הנאה כדרך מכירת כתובת אשה ודו"ק. דאטו הרשב"ש ז"ל יחלוק אמאי דאפסיקא הלכתא כר"ל וממילא דאם מכרה על הספק אם ימות וכו' כמו כתובה דממכרה קיים שהרי גם להרשב"ש ז"ל עכ"ל שהוא מודה למאי דקי"ל דגופא

קני מהיום דהיינו לומר לפחות דאין האב יכול לחזור בו. וא"כ למה לא יהיה ממכרה קיים וכנז' ככתובה מיהא. שאם מת האב יזכה לוקח ואם מתה היא קודם יפסיד. וס"ס גם להרשב"ש ז"ל איכא מציאות הנאה ואין לחלק בין רב למעט ודו"ק:

ואם כוונת האומדנא היא שתהיה היא נהנית בפועל ממש שתוכל הפירות היא תחילה הרי מתה ולא זכתה לזה ומה הנאה היה לה בקנית הגוף לגמרי. ואם מפני שהיא צהלה ושמחה על התקוה שהיתה מיחלת ליהנות. גם לרשב"ם ז"ל כיון שאינו יכול לחזור בה היתה לו שמחה ותקוה ממש כי אז בעת המתנה בודאי לא עלה על לבה שהיא תמות בחיי אביה. ועוד שאם אתה אומר דהנאה כזו חשיבא להאב הנותן ובהכי מקיים אומדן דעתיה אף שלא נהנית בפועל. כיון שנהנית היא בתקוה לבד. ומפני כן נתרצה להחליט גופא מהיום לגמרי. לדעת הסוברים כן. כ"ש שיתרצה להחליט המתנה גם ליורשיה שהרי הדבר ידוע שזו הנאה לה יותר מהנאת עצמה. באופן כי איני רואה שום אומדנא לומר דלא כיון להקנות לה רק אם היא תזכה ותהנה היא בעצמה וז"ב לכל מי שיעמיק מעט בדבר. דמאחר שאנו רואים דעת האב להעביר הנחלה מבניו הזכרים ולתתם לבתו בודאי דדעתיה קריבא גבה טובא ונפשו אותה למעבד ניחא לה. והוא היודע אהבתה לבניה ודניחא לה בהם יותר מעצמה ושמחה שלימה היא לה בודאי כיון לעשות לה רצונה בכל אופן שיהיה ומכוין מסתמא להקנות גם ליורשיה גרידא וז"פ:

קושטא קאי דקי"ל דכי כתב בשטר סתמא לה ולא הזכיר יורשי' ולא ב"כ. דאמרינן לו ולא ליורשיו לו ולא לב"כ. היינו משום דכיון דדרשינן לשון הדיוט והוא כתב לה ולא זכר שם יורשים וב"כ אמרינן דגלי דעתיה דדוקא קאמר ולא משום אומדנא כלל. שהרי קי"ל דאע"ג דקי"ל הכי דלו ולא ליורשיו. היינו דוקא אי אכתי לא מטא ליד מקבל. אבל אם זכה אפי' שעה א' המקבל זכו יורשיו נמי ופשוט:

וע"כ כותבים לו ולב"כ לצאת מחששא זו דהיינו לו אם יהיה חי או לב"כ אם ימות הוא. דאי אפשר לומר דלשניהם ביחד קאמר שהוא נותן לו ולב"כ ביחד שיזכו בו בבת אחת. גם אי אפשר לומר שיזכה בו הוא תחלה ואח"ך באי כחו. דאם זכה בו הוא תחילה והרי הוא שלו מה מקום לומר שיזכו בו ב"כ. דמלתא דפשי' היא דרשאי האדם לעשות כרצונו בשלו למכור וכו'. וכ"ש אם מת דיזכו יורשיו. דאל"כ אמאן תרמיה אטו חלק ובלק אכלי להו. א"ו דמאי דכתבינן הכי. הוא לומר או לו או לב"כ וכנז' וברור. וכיון שכן אף אלו יונח דהכא בנ"ד איכא אומדנא. הרי כשכתב בשטר המתנה לעצמה ולעצם כב"כ ע"ש א"כ הרי בטל האומדנא ואמר שתזכה היא או לעצם כב"כ וכמו שפירשנו. וראיתי שגם הרב הפוסק הי"ו נרגש מזה שכ' גם ב"כ ע"ש. אלא שבכ"ז כתב לדחות זה והחזיק בספקו

ע"ש. ולא ירדתי לסוף כוונת דב"ק אולי השמיט בה הסופר איזה דברים איך שיהיה איני רואה מקום להסתפק. ואם מפני שהקדים בשטר וכ' תזכה בו אסתר וכו' לעצמה וכו'. מה בכך והרי מוכח להקדימה כי מצד אהבתה הוא שנתעורר לעשות זה ואי לאו לא היה מעביר הנחלה ואחר שהחליט לתת לה החליט שגם כל הבאים מכחה יזכו אם תמות היא קודם מכחה לשמחה שלימה. וע"כ כתב ולכל עצם ב"כ ואו או קאמר ומוכרח כנז':

ואם מפני שהאריך הסופר לכתוב לעצמה ולזכותה. דריש הרב הפוסק הי"ו הך לישנא יתירה לומר דודאי הסופר ידע דהנותן לא רצה לזכות ליורשים רק אחר שתזכה היא. הרי אין משם ראיה דמלבד דאין יתרון הדברים הנ"ז מוכיח זה כלל. ואולי כן מנהג סופרי המערב לכתוב. ואם איתא דהאב קפיד להכי היה לו לסופר לכתוב לשון מבואר כלשון הש"ס ואחריך לפלוני וכיוצא. לא ברמז ובפרט אחר שעתיד להזכיר ב"כ בהדייא שמורה ההפך ודו"ק:

ואעיקרא דדינא אולי אין שום יתרון כי כן נהגו לכתוב וכנ"ז. ואף אם אינו כן שבקיה דדחיק ומוקי אנפשיה. דאל"כ צא ופרוס לי כל אותם כפלים ויתרון דברים הכתובים באותו שטר. כי אנכי הרואה למוד אותו השבט עט סופר עם היותו חכם לארוך שלחן במדבר ועוד שגם בב"כ כתב ולעצם כב"כ. לאפוקי מאי כתב עצם. ולאתויי מאי כתב כל לרבות:

ובלא"ה אין בלשון הנ"ז שום משמעות רק שב"כ יזכו מחמתה בין בחייה אם תמכור אחר שתזכה בין אם תמות קודם יזכו יורשיה וב"כ מחמתה ופשוט ועי' משה"ר מע' הב' אות ב' וג' ע"ש. וכיון שאין כאן בנדון דידן שום אומדנא ואפי' אם היתה הרי נתבטלה באומרו לה עצמה ולעצם כל ב"כ שכוונתו לומר לה לעצמה אם תחיה. או לעצם כב"ך אם תמות קודם א"כ כשקנה האב גופא מהיום ופירי לאח"מ לא לה לבדה הקנה. כ"א גם לכל ב"כ הקנה. ונ"מ שאם מכרה או נתנה קודם ואח"כ מתה אע"פ שמתה בחיי אביה הנותן ולא אתה לידה הרי נכנס הקונה תחתיה לקנות גם הפירות דהא או או קאמר וכ"ש שיורשיה זוכים בכל וכנ"ז שהרי הם בכלל ב"כ כנודע ולכלם כיון להקנות רצוני למי שיהיה שייך לו מב"כ בעת שיפטר הנותן. או היא או הקונה ממנה או יורשיה ופשוט וברור:

וא"ך בנ"ד אף אם נאמר דלדעת הרשב"ש ז"ל בסי' קל"ה דאסתר לא קנתה גם הגוף כיון שמתה קודם אביה. מ"מ הרי יורשיה שהיו חיים וקיימים אז קנו הכל ביחד הגוף מיום שמתה אמם שאז חל קנינם שהקנה להם עצמם הנותן מכי אמר לעצמה או לעצם כב"ך. והפירות קנו אחר מות הנותן:

ומ"ש הרשב"ש ז"ל שה בין אינו זוכה בנכסי הזקנה מפני שאמו מתה בחיי הזקנה הנותנת שהוא כנד"ד היינו משום שהזקנה לא נתנה רק לבתה. וע"כ דוקא אלו זכתה הבת היה זוכה הבן אחריה מדין ירושה. אבל כיון שמתה והיא לא זכתה כלל לדעת הרב ז"ל שם א"כ מאין יזכה בנה לא כן בנד"ד שכך זיכה הנותן ליורשיה באמירת ב"כ כמו שזיכה לאמם. ואם אמם לא זכתה הרי היורשים זכו מצד עצמם. ופשוט דגם הרשב"ש ז"ל אינו מנגד לנדון כלל. וגם הוא מודה דאחר מות הזקן זכו היורשים במתנת אמם אף שהיא לא זכתה:

וגם בנדון הרשב"ש ז"ל אלו כתבה הזקנה שתזכה בתה וב"כ או יורשיה מהיום ולאח"מ. אין ספק שהיה מודה הרב ז"ל בה דזכה בנה מצד עצמה:

וכ"ת הרי הרשב"ש ז"ל כתב דמשלשה טעמים אין זכות לבן. הא' מפני שאמו לא זכתה. והב' משום שהיא לא נתנה אלא לה ולא לבנה וכו' ולפי דברינו אין כאן שני טעמים שהרי אלו נתנה לה ולב"כ דהיינו בנה היתה זוכה לבנה לגמרי מצד וכנז'. וא"כ אין כאן אלא טעם א' והיכי פלגינהו בתרתי:

הא ודאי בורכא היא כי אין ספק כי הם שני טעמים נפרדים. הא' הוא דאף אי לא הוה דרשינן לה ולא לבנה. דהך לישנא משמע דאתא לאפוקי בנה. אלא דהוה אמרינן דחשיב כאלו אמר לה ואחריה לבנה או שכתב כן בהדייא לבתה ואחריה לבנה אפ"ה לטעם הראשון לא זכה בנה דהא אין הבן זוכה אלא לאחר שתזכה היא וכיון שהיא לא זכתה ממילא דהוא נמי לא זכה וכדקי"ל בח"מ סי' רמ"ח ס"ג דמת ב' בחיי א' לא זכה ג' ויחזרו ליורשי א'. וזה לפי דעת הרב ז"ל דהבת לא זכתה בגוף לגמרי. לא כן לדעת רוב בכל הפוס' ז"ל דזכתה בחייה בגוף לגמרי ופשוט דזכו היורשים אע"ג דלא אתא ליד אמם:

ברם לטעם השני שכתב הרשב"ש ז"ל דדרשינן לה ולא לבנה דקפידא הוי. א"כ אפי' אלו האם זכתה זכייה גמורה כדת וכהלכה וכדעת החולקים עליו הנז'. עכ"ז אם לא הספיקא לזכות וליהנות מהפירות אפי' שעה שהרי מתה קודם אביה. אזי לא יזכה בנה שהרי הזקנה הקפידה לה ולא לבנה. עד שתגיע לידה ותהנה היא תחלה ואז יירשנה בנה. וכ"ז הוא בכתב. ל"ה. סתמא. או. לה ולאחריה וכנז"ל. אבל אם כ' לה ולב"ך. כנד"ד זו היא חלוקה שלישית שהרי הקנה מאז בפירוש גם לב"כ. שאף אם היא לא תזכה. יזכו יורשיה שנשארו אחרי מות הזקן בגוף ובפירות גם לדעת הרשב"ש ז"ל וק"ל. ואחר ששערתי כן בכוונת הרב ז"ל מצאתי ראיתי תשובת הרשב"ש ז"ל עצמו בסי' רע"ו בתוך התשו' ע"ש ממ"ש וז"ל ואף במה שכ' שיתן לבנה לא נכתב כראוי וכו' ואפי' נכתב כראוי וכו' וכו' עד שבמתנה אומדים וכו' ע"ש ותמצא נחת:

איברא דעיקר דברי מהריט"ץ ז"ל וכ"ש דברי הרשב"ש ז"ל קשים מאד שסמכו עצמם על דקדוק קטן מלשון הרמב"ם ז"ל והניחו פשטי הסוגיות והפוס' ז"ל והרמב"ם ז"ל עצמו וכדברי החק"ל ז"ל [בקשתיה הרבה בישיבה האחרת ולא מצאתיהו רק שו"ת הרשב"ש ז"ל מצאתי שם] וכדברי הרב הפוסק הי"ו. גם ודאי המט"ש ז"ל [איננו פה עמנו] כיון למ"ש הפוסק הי"ו. גם דברי הגאון ז"ל שם קשים וכמ"ש הריף הי"ו. ולפום ריהטא נראה דברי הרשב"ש ז"ל דלא כמאן ודלא כר' יוחנן נמי דהרי אף לרי"ו נמי דקנין פי' כקנין הגוף דמי אפ"ה אם מת הבן בחיי האב נהי דלא קנה לוקח אבל יורשי הבן יורשים וכ"ש לר"ל וזה דלא כהרשב"ש ז"ל. עי' ב"ב ד' קל"ו ריש ע"ב לא קנה לוקח ע"ש בדברי רשב"ם ז"ל בד"ה לא קנה לוקח וע"ש בתוס' וצע"ג:

איך שיהיה לענ"ד המתנה קיימת אליבא דכ"ע ואפי' לדעת הרשב"ש ז"ל ואכמ"ל יותר. וא"כ חזר הדין דהמחזיקים זכו זכייה מעליא בכל מכל הצדדים הן מצד השטרות הן מצד החזקה הן מצד הירושה וכדברי הרב הפוסק הי"ו. דברי החו"פ כיבראלטאר היום חמישי לחדש תמוז יה"ל דהאי שתא תרנ"ז הישר בעיני ה' לפ"ק וצור ישראל יצילינו משגיאות ויאיר לנו לעינים:

ע"ה רפאל חיים משה ן' נאיים סי"ט

וזאת תשובתי ע"ע הנז'

סימן כד

נדרשתי לחוות דעתי בהאי מתנתא. אי קיימא אליבא דהלכתא. או ריעא ולית בה מששא ואוקמוה אנחלה דאורייתא. הן קדם אחור נסוגותי ותמנ'ע היתה. איידי דטריד טרד'ין עלי אדמה דין גרמ'א דעציר'אה משום דבעיא צילותא. ואתיא מכללא מ'ר לא עביד פר'ישא. אין ערוך אמרים בעי דרישא. את בצ'ר במד'בר כי שיח וכי שיג העמק שאלה והיה העלמ'ה. ואיכא שינויי טובא מינים ממינים. כמראה האופ'נים. לא ראי זה כראי זה הצד השוה ענני כבוד הקיפוני. ולבלתי סור מן המצוה ימין ושמאל. מסרבין לקטן ולא לגדול. ולמען אהבתו הנפלאה ית'ר חוב'ב לא מהיום גם מתמול הרהבתי בנפשי עז אז אמרתי אגלה דעתי. מה שתעלה מצודתי. יואל אל לאמי'ץ את כחי אשפוך שיחי. וזה החלי. וה' יעזור לי:

הנה רב אח'אי ורב רח'ומאי ר"מ ור"מ. הרב המופלא וכבוד ה' מלא. כמוהר"ר מרדכי ן' ג'ו הי"ו אשר עמדו לפניו למשפט ולפניו נגלו תעלומותיהם וסדרו טענותיהם. לא גילה לנו את דבריהם ואולם מתוך הפס"ד נודע לנו כי מעשה שהיה כך היה. כי הרח"פ

הזקן נתן הקרקעות ההם אשר נידונים עליהם לבתו כמבואר בשטר המתנה. ויורשי הבת ההיא מכרוהו להרי"ף נ"ע. וידוע הוא להם כי מיום שמת הרח"פ החזיקו בו הרי"ף ויורשיו אחריו. ועתה בא אחד מיורשי הרח"פ לערער. ויורשי הרי"ף המוחזקים בו הוציאו שטרי זכיותיהם את שטר המתנה ואת שטר המכירה. ומרוב עונותיה דמ'ר הגיש משפטם לפני מורי הוראה. אך את שטר המתנה לבד. ובזמן החולף לא כביר סדרו חו"ר צפרו יע"א פס"ד ע"ע המתנה לבד. וגם הרב הפוסק הי"ו ש'ר המס'כים על הענין הנז'. והאריך הרחיב בתשובתו הרמתה בענין המתנה ותו לא. אכן אחרי מופלג יצא לידון בדבר חדש וסדר פס"ד אחר ואתא לאשמועינן דאף דנימא דמתנה זו ריעא. הרי אית להו זכייה מצד החזקה וקי"ל דהבא מחמת ירושה וכו' כמ"ש בסי' קמ"ו. ואחד הרואה ולבבו יבין דלא באו יורשי הרי"ף לידון כ"א בשטרי זכיות המתנה והמכירה. וכן הוא להדייא ג"כ בדברי הרה"פ לך נא ראה שכתב בזה"ל משא"כ הכא שבא לידון בשטר זכיות המתנה והקנייה. ואפ"ה סבר לה מ'ר דאית ליהו זכייה מכח החזקה אף דנניח דשטר מתנה מפסיל ובטיל. וע"ז שרטיט וכתב וז"ל:

האמנם לכאורה היה נראה דכל מ"ש ניחא אם היו באים היורשים המחזיקים בטענת ירושה מכח החזקה דוקא ולא היה בידם שטרי זכיות אשר סמכו עליהם שטר המתנה מן האב אל הבת ושטר קנייה מאביהם וכו'. אזי הדבר פשוט שהיו זוכים מכח חזקתם וכו' משא"כ הכא שבא לידון בשטרי זכיותם המתנה והקנייה אם יש לפקפק בהני שטרי ולבטלם. נראה דאין לדון עוד על החזקה דמוכח דחזקתם היתה מכח שטר המתנה וכו' וכשיתבטל השטר נתבטלה החזקה. דשטר אין כאן חזקה אין כאן. וכדקי"ל בסי' ק"ם ס"ד דהבא לידון בשטר ובחזקה נדון בשטר. ואם טען אח"כ שנאבד השטר אינו נאמן. וכן אם הביא השטר ונמצא בטל נתבטלה החזקה. וכ' הסמ"ע ז"ל שם כגון שהיו העדים קרובים או פסולים וכו' יעו"ש. ונראה דה"ה אם נתבטל השטר מאיזה טעם שיהיה דנתבטלה החזקה דהחזקה מכח שטרא קאתייא ושטרא אין כאן. חזקה אין כאן. וכמ"ש. זה היה נראה לכאורה. ואולם מצינו ראינו להפוס' ז"ל דסברי מרנן דלא אתמר האי מלתא דהבא לידון בשטר ובחזקה נדון בשטר. אלא דוקא לגבי המחזיק הא' אשר קנה או נתן לו במתנה וכו' דבידו לברר וכו' וכשאינו מברר איגלאי מלתא דחזקתו באה לו מכח האי שטרא ריעא ואבד חזקתו משא"כ לגבי יורשים כנד"ד דלא ידעי במילי דאבוהון ואין בידם לברר. נדונים בחזקה דאית להו ואית לן למימר ולטעון בעדם כי אביהם המחזיק הא' היה בידו שטר מכר מהר"ח הזקן הנותן המתנה לבת מוקדם למתנה הנז'. או נאמר כי אחר שנלב"ע הר"ח הנז' וזכתה הבת וקנה הרי"ף המחזיק הנז' מיורשי'. חשש לאיזה

פקפוק וטרח עם יורשי הר"ח במתן דמים והסכימו וקיימו המת' או עשו לו שטר מכר להרי"ף ונאבד אותו שטר אחר שעברו שני חזקה. ואיך שיהיה כיון שחזקתם מבוררת יש לנו לטעון כ"מ דאפשר לטעון להעמידם על חזקתם. וכן מצינו לה' מוהרימ"ט ז"ל ח"ג סי' כ"ח בראובן שקנה מלוי ולוי מיאודה ויורש יעקב אשר לו היו ידועים חזקת הבתים בא לערער בטענה שהיה קטן בזמן פטירת אביו ולא היה יודע למחות. והשיב ה' ז"ל מאחר דראובן הוציא כל שטרותיו וכו' ונראה איך קנה משמעון וכו' אם יתברר שחזקת יאודה היה בזמן שהיה המערער קטן נתבטלו כל החזקות הבאים מכחו. נהי דאם לא היה מוציא השטרות וכו'. עכשיו שהוציא השטרות צריך לידון בהם כדאמרינן וכו'. אלא דנראה דאע"ג דאמרי' וכו' ה"ד כשהיה בעצמו בעל השטר ונעשה ע"י בהא אמרינן צריך לברר ולקיים חזקתו מתוך שטרותיו וכו'. אבל בכגון לוקח זה שהחזיק שני חזקה וכו' אע"פ שמתוכן ניכר שתחי' חזקתו של יאודה הלוקח הא' היתה בהיות המערער קטן עדיין אפשר לומר שהיה ביד הלוקח הא' שטרות וראיות שקנה מאביו בחיים וכו' ולא תימא וכו' טוענין ללוקח מדי דהמוכר הבא מכחו לא מצי למיטען וכו'. הא ליתא דכיון דהוא מוחזק בחזקתו קיימי. וטעמא דאמרי' הבא לידון בשטר ובחזקה נדון בשטר היינו משום דקי"ל כרבי יוסי דצריך לברר טענתו. והיכא דלא מצי לברר דלאו עליה רמי לברור פטור מלברר וכו' עכל"ה יעו"ש. וכן מצי' ג"כ לה' פמ"א בח"א סי' ע"ג בראובן שירש קרקע מיעקב אביו שהחזיק בו כמה שנים והראה שטר שקנה אביו מ"ש וש' מאל' לוי ולוי מיאודה. ויורשי לוי טוענין לראובן הבא ראיה דאל' לוי גבתה כתו' קרקע זה וכו' והשיב הרב ז"ל כמ"ש דלא אמרינן הבא לידון בשטר וכו' אלא בלוקח עצמו וכו' ואפשר שהיה ביד ש"מ שטר גוביי' זה ולא ידע יעקב וכו' והביא ראיה לזה דהא אפי' בלוקח עצמו מהמערער כ' הרי"ף והתו' ושאר פוס' דאף רבי דאמר דצריך לברר אם א"א לו לברר כגון שמתו עדיו וכו' נדון בחזקה. ה"נ כיון שאין ביד זה היורש לברר זכותו כי האל' גבתה הקרקע בכתו' וכו'. והביא נמי ההיא דמהרימ"ט ז"ל שכתבנו לעיל יעו"ש. עכ"ל הרה"פ הי"ו:

וכתב עליה הנפק מעלת ידידינו הרב המופלא מוהר"ר משה ן' נאיים הי"ו. ולדעתו דעת עליון דרך זו נחוץ כי הוא המוביל אל המטרה כאשר יראה הרואה בדב"ק והאריך הרחיב ברוח מבינתו ואייתי בידיה פלוגתא דרשב"ג ורבי וגם פלוגתא דרביותא הנאמרים באמת בהאי עניינא וזו הלכה העלה וז"ל. הכלל העולה הוא דבנ"ד אפי' לדעת הפוסקים ז"ל בשטר ובחזקה כרבי ודלא כרשב"ג ומפרשים דכל דלא ברר הפסיד היינו במילתא דאפשר לברורי ולאפוקי במתו העדים או הלכו למד"ה וה"ה כל מילתא דאי אפשר לברר

וכנז"ל דלא הפסיד. ואפי' לדעת המחמירים ז"ל הנז' לומר דאם לא ברר הפסיד היינו אם נמצא הפסול בשטר המקנה עצמו שמכחו באה החזקה דעליה קיימא פלוגתא דרבי ורשב"ג. דעל הקונה היה מוטל לברר מקנתו אם השטר עשוי כדין. אבל אם הפיסול נפל בשטר זכות המוכר דעל המוכר היה מוטל הבירור. תו לא איכפת ליה ללוקח דטענינן ללוקח דכיון דהמוכר דר בה אפי' יום א' ואח"ך מכר לזה בשטר יש לו קול והו"ל למערער למחות וטוענין להם שודאי אותו מוכר קנאה כדין וכהלכה מהמערער. ומפני זה מכרה לזה כמבואר כ"ז בפוס' ז"ל עי' ס' קמ"ד בבאה"ט סק"ב בשם סמ"ע מהטו"ר ז"ל. ואע"פ שהמוכר נתן ללוקח שטר הזכות שבידו וזה המציאו לפני בית דין ונמצא פסול לא איכפת ליה ללוקח לברר מה שהי"ל לברר המוכר. ושטר זה מעולם לא נכנס במחלוקת רבי ורשב"ג דאין חזקת הלוקח באה אלא מכח שטר המקנה שבידו שקנה ממי שדר יום אחד באותו קרקע ועל אותו שטר הוא שנחלקו. וכיון שאותו שטר נמצא כשר. אף אם שטר המוכר נפסל. למה יפסיד חזקתו. יכול לומר בשופי דל מהכא שטר זכות המוכר. ואדון בחזקה ושטר מקנתי עם דירת המוכר יום א'. כי אני בראותי אותו דר קניתי ממנו כפי הדין ולא חששתי לראות זכותו. ואולי נתן לי זכות אחר ואבד. או הוא לא חשש לתת לי העיקרי. שכתב המורישׁ. או שקנה מהמערער עצמו. וכאלה טענות כי נתן גם את הכל בידי וברוב הימים אבדו ונשכחו ממני. והרי המצאתי מה שמוטל עלי שטר מקנתי ועדי חזקתי כאשר אמרתי. עכ"ל:

ואשר אני אחזה לי. דכפי הנחה זו דשטרא ריעא הוא וכפי המשוער המובן מהפס"ד. דהיורש לא בא לידון מעיקרא כ"א במתנה. כל מאי דפשיטא ליהו מילתא למילף למאי דאנן קיימי' ביה. ממאי דכתבו הרבנים מהרימ"ט ז"ל והפרמ"א ז"ל וכו'. לא שמיע לי. דהא ודאי האי מילתא דקאמרי רבנן מהרימ"ט והפרמ"א ז"ל דהיורש כיון שאי אפשר לו לברר א"ץ לברר. דברים של טעם הם ונאים למי שאמרן. וכבר הביאו ראיה לדבריהם. דהא אפי' בלוקח ראשון מן המערער. כתבו הרי"פ והתוס' ושאר פוסקים גבי ההיא דנידון בשטר. ואף רבי לא אמר אלא לברר. דאם א"א לו לברר כגון שמתו עדיו או הלכו למד"ה נידון בחזקה. ה"ן כיון שאין היורש יכול לברר א"ץ לברר דהא ודאי לא גרע היורש מהלוקח המערער:

ואולם ע"כ לא קאמרי רבנן אלא היכא דלא מיפסיל ובטיל השטר לגמרי. אלא דנשאר איזה דבר שצריך להתברר. דבזה הוא דאמרינן כיון דלא הוה רמי עליה דיורש לברר לא ידע לברורי. ולכך נידון בחזקה. דדוקא בלוקח מהמערער דעליה דידיה רמי לברורי. אמרינן ליה דאם האמת אתו היה יכול לברר. ואם לא ברר הפסיד ובטלה גם החזקה.

זולת במתו עדיו או הלכו למד"ה דאז גם בלוקח הוי א"א לברר. אבל היכא דאשתכח שטרא בטלה כה"ג לדידן. כפי הנחת הרה"פ הי"ו. דאז הוי כנמצא השטר מזוייף. אז הוי דין היורש כדין הלוקח מהמערער. דכיון דבטל השטר בטלה גם החזקה. דבכה"ג לא מיירי מהרימ"ט והפרמ"א ז"ל. שהרי בנדון מהרימ"ט ראובן הוציא שטרי זכיות שהוא קנה משמעון ושמעון מלוי ולוי מיהודה ולפי מספר השנים היתה חזקת יהודה מהקטן. ואולם אינו מתברר מתוך השטרות ממי זכה יהודה דלא הוציא ראובן שטר זכותו של יהודה. הן אמת שאם היה מתברר שחזקתו של יהודה היתה מהקטן. היתה בטילה. ונתבטלו גם כל החזקות הבאות מכחו. אלא שאין לנו בירור בזה. דאפשר שיהודה קנהו מאבי הקטן. ואולם כאשר יהיה האופן דשטרא ריעא ובטל לגמרי ובטילה החזקה גם לגבי היורשים אמרינן כן. והיינו טעמא דבנמצא השטר מזוייף או בטל. בטלה החזקה מדינא ולא מצד החומרא. ולכך אין חילוק בין היורש ללוקח מהמערער. אבל היכא דלא נמצא בטל ואינו צריך אלא בירור. מהדין לא בטלה חזקה ואינו צריך לברר אלא מצד החומרא. בזה הוא דקאמרי רבנן דביורש שאינו יכול לברר אינו צריך לברר:

וזה נלמד מדברי הה"מ ז"ל בפט"ו מהט"ו שכ' על דברי הרי"ף ז"ל וז"ל ומכלל דבריהם שאם נמצא השטר מזוייף הרי חזקתו בטילה ולכך אנו מצריכין אותו לברר. ע"כ. ולפ"ז צריכין אנו לומר דבנמצא השטר מזוייף או בטל דגם חזקתו בטילה. שהוא מן הדין ולא חומרא בעלמא. דאלת"ה היאך אנו מצרכין אותו לברר משום שמא ימצא מזוייף. והלא אפי' אם ימצא מזוייף. מהדין חזקתו קיימת ואינה אלא חומרא בעלמא. וא"כ הבו דלא להוסיף עלה ולהחמיר כ"כ. אלא ודאי דבנמצא מזוייף דינא הוא ולא חומרא:

ומוהרימ"ט ז"ל גופיה באותה תשובה שהביא ממנה ראיה הרה"פ הי"ו. כ' על חילוקה דידיה וז"ל ולא תימא וכי טוענין ללוקח מידי דלא מצי מוכר הבא מכחו לטעון שאלו היה הקרקע ביד הלוקח הא'. אם לא היה מביא ראיה בעדים או בשטר היה מפסי' וזה הבא מכחו נטעון לו בלא שום ראיה. הא ליתא דכיון דהוא מוחזק בחזקתו קיימא וכו'. וראיה מהא דאמרינן בפ' חזקת א' מן האחין שהיה נושא ונותן בתוך הבית והיו אונות ושט' יוצאים על שמו וכו' א"ר עליו להביא ראיה וכו' אמר שמואל ומודה לי אבא שאם מת. על האחין להביא ראיה. מתקיף לה ר"פ כלום טענינן ליתמי מידי דלא מצי אבוהון למיטען וכו' וכתבו התוס' והרא"ש ז"ל דאע"ג דבעלמא לא טענינן ליתמי מאי דלא מצי אבוהון הכא שאני משום דכיון שיוצאים על שמו מסתברא לאוקומי בחזקתיה אלא דבחייו מחמיר רב להזקיקו להביא ראיה לפי שבידו להביא ראיה אבל אחר מותו שאין ביד היתומים להביא ראיה סמכינן אהא דנכתבו על שמו ומוקמינן להו בחזקתייהו וכו'

במילתא שהלוקח מוחזק ואין מתבקש ממנו אלא בירור בעלמא לפי שאם האמת אתו יכול הוא לברר בזמן שאין יכול לברר לא הפסיד שהרי אמרו מתו עדיו או הלכו למ"ה נדון בחזקה. והא נמי כיוצא בו הוא ע"כ:

המבואר מדבריו. דכמו ההיא דא' מן האחין כיון שיוצאים השטרות על שמו הוו בחזקתיה. אלא דבחייו מחמיר רב להזקיקו להביא ראיה משום שהוא יכול להביא ראיה. אבל כשמת שאין בידם להביא ראיה מוקמינן להו אחזקתייהו ולא מחמירינן ליה דמוקמינן להו אדינא. ה"ן בלוקח שהוא מוחזק ולא אמרו צריך לברר אלא משום חומרא משום שהוא יכול לברר שהרי במתו עדיו או הלכו למ"ה שאינו יכול לברר אמרינן דלא הפסיד ונידון בחזקה. וא"כ ביורשין שאינם יכולים לברר לא מחמירי' להו דהא דאמרינן לא טענינן ליתמי מאי דלא הוה מצי אבוהון למיטען והיה צריך ראיה. היינו בדאין כאן חזקה דמן הדין היה צריך להביא ראיה. אבל היכא דאיכא חזקה אלא דבאבוהון דבידו להביא ראיה מחמירין. ביורשים שאין בידם להביא ראיה לא מחמירינן כההיא דא' מן האחין

ובהצטרף דברי מהרימ"ט ז"ל הללו עם מה שהוכחנו מדברי הה"מ ז"ל דבנמצא השטר מזוייף או בטל דמדינא אינה חזקה ואינה משום חומרא. א"כ גם ביורשים נמי אינה חזקה מהאי טעמא דקי"ל בעלמא דלא טענינן ליתמי מאי דלא הוה מצי אבוהון למיטען בלא ראיה. ולא דמי להההיא דא' מן האחין דאיכא חזקה. וחומרא בעלמא הוא דהחמיר רב על אבוהון דיכול ולא על היורשים שאינם יכולים לברר:

ובזה אתי שפיר דלא בא מהרימ"ט ז"ל כ"א בטענה זו דאפשר יהודה שהוא המוחזק הא' קנאה מאבי הקטן. ולא בא באותם טענות דהוה נקיט מעיקרא קודם דאשמועינן ההיא דיורש א"ץ לברר שכתב דאם לא היה מוציא השטרות טענינן לראובן ששמעון קנאה מהמערער בגדול אבל עכשיו שהוציא השטר הרי קי"ל הבא לידון בשטר ובחזקה נידון בשטר וכאן הרי מתוך שטרותיו שהוציא הוברר הדבר שעיקר חזקתו של ראשון היתה בהיות המערער קטן ואין להם חזקה וכו'. ולפי דברי הרה"פ דסבר לה מ'ר בדעת מהרימ"ט ז"ל דהאי דינא דהבא לידון בש' ובחזקה נידון בשטר אינו אלא בלוקח מהמערער ולא ביורש שאינו יכול לברר דנידון בחזקה אף דנמצא השטר בטל לגמרי א"כ מאחר דאם לא הוציא ראובן שטרי זכיות הוה טענינן ליה דאפשר ראובן קנאו מהמערער בגדול. א"כ גם עתה שהוציא שטרי זכיות טענינן ליה דאפי' אם נניח דיהודה לא קנאה מאבי הקטן ולא החזיק אלא בהיות המערער קטן והמכירה בטלה ובטל השטר לגמרי.

אפ"ה לא איכפת לדברי הרה"פ הי"ו דס"ל דכל לגבי יורש או לוקח לא אזלינן בתר שטרא אלא בתר חזקה:

ולמ"ש אנן בעניותין את' שפיר. דכל דנמצא השטר מזוייף או המכי' בטילה דאיתרע שטרא לגמרי. נידון בשטר בין יורש בין לוקח מהמערער. ולזה לא בא הרב כ"א בטענת יהודה דאין זה צריך אלא בירור בעלמא ולא איתרע שטרא לגמרי. דע"י טענה זו נעשו כל השטרי זכיות חזקים. ואולם אידך טענה דראובן קנאו מהמערער בהיותו גדול דבטלו כל שטרי זכיות לא טענינן. וכמש"ל:

גם ההיא דהפרמ"א ז"ל איירי בראובן שהוציא שטרי זכיותיו שיעקב אביו קנאה משמעון ושמעון מאל' לוי. ולא ידעינן אם האלמנה גבתה בכתו' א"ל. ולפי שאין צריך כאן אלא בירור. לזה כתב הרב דזה דבר ברור דהיוריש א"ץ לברר. [ולקמן יש הכרח לזה מתשו' אחרים של הפרמ"א גופיה]:

באופן דלא אמרו מהרימ"ט והפרמ"א ז"ל דהיורש א"ץ לברר. אלא היכא דלא בטל השטר לגמרי ולא היה צריך אלא בירור לאיזה חסרון שיש בדבר. דדוקא על אבוהון החמירו משום שיוכל לברר אם האמת אתו. אבל על היורשים שאינם יכולים לברר לא החמירו. אך אם נמצא השטר בטל לגמרי כגון שנמצאת המכי' בטילה דהוי כנמצא מזוייף. גם ביורש' אמרינן כיון דבטל השטר בטלה החזקה:

ואשכחנא להראד"ב ז"ל שכ"כ להדייא בסי' רי"ט דאתשיל בראובן שהוא נשוי עם לאה והיו לו ב' חצרות א' ישן וא' חדש. ואח"כ נשא אשה אחרת עליה בחייה. ונתן לשנייה חצר החדש במת"ג ולאה לא נתרצית לחתום לו. ואח"כ מת ראובן. ולאה רצתה לגבות כתובתה. ובאו ב"ד מומחים וגבו לה החצר הישן עם קצת זכות מהחצר החדש הנז' כדי להשלים סך כתובת לאה וכתבו לה שטר גובייאנא ואחר זמן מכרה השנייה לשמעון חצר החדש הנז' כפי מה שהיה כתוב בשטר המתנה הנז'. ואח"ז מכרה לאה ג"כ ללוי החצר הישן עם אותו זכות שגבו לה ב"ד מקצת החצר החדש. עתה שמעון ולוי מערערים זע"ז. וע"ז השיב הרב דברים פשוטים אני רואה כאן. דודאי החצר נשתעבד לכתובת האשה הא'. ומה שמכר או נתן הבעל בלא רשות האשה לא מהני אלא עד שעת טירפא וכו'. וא"כ מה שקנה שמעון מהחצר החדש מן השנייה מן החלק שהגבו לראשונה לא קנה כלום. אבל אם החזיק שמעון שני חזקה. היה נראה לכאורה דיש מקום עיון משום דקי"ל דטוענין ללוקח וכיון שהחזיקה השנייה בחצר החדש שעה אחת אחר שהגבו ב"ד לראשונה. והחזיק בה שמעון הקונה ג' שנים אחריה. נאמר דקנתה אותו החלק השנייה מן הראשונה אחר שהגבו לה ב"ד ואח"כ מכרתו לשמעון. דטוענין ללוקח כדכתיבנא.

וכד מעיינינן אשכיחינן דלאו מילתא היא כלל. חדא שהוא בא מכח שטר המתנה שנתנו לשנייה. וכיון דחזקה מכח שטר קא אתי דכבר הוא מודה דלא לקח אלא מחמת שטר זה. בטל השטר בטלה החזקה. ודמיא למאי דכתב הה"מ בפט"ו מהט"ו דהיכא דהוציא שטר והחזיק ונמצא השטר. מזוייף הרי חזקתו בטלה והטעם דחזקה מכח שטר קאתי. ה"ה והוא הטעם בנ"ד דכיון שזה מודה דלא מכרה לו האשה אלא מכח שטר מתנה. כיון דהמתנה נתבטלה בטל החזקה ע"כ:

מעתה צא ולמד למאי דאנן קיימין ביה. דאם באנו לדון ולהניח דמתנה זו ריעא ובטלה. גם החזקות הבאות מכחה בטלות הן. ואף דקי"ל טוענין ליורשים וללקוחות. מ"מ אחר שלא באו לידון אלא מכח שטר המתנה. אנן לא טענינן להו. וגם ממילא אתה למד דפלוגתא דרשב"ג ורבי איירי אף בשטר זכות דמוכר. ודלא כמ"ש הרה"פ מוהרמ"ן ה"יו מסברא דנפשיה דשטר זה לא נכנס במחלוקת רשב"ג ורבי. שהרי ההיא דהראד"ב ז"ל בשטר זכות דמוכר איירי וקא יליף לה מההיא דהה"מ ז"ל וזה פשוט:

תו מצינו להתו' בפ' חזקת ד' ל"א ע"א גבי זה אומר של אבותי וזה אומר שלא אבותי האי אייתי סהדי דאבהתיה היא והאי אייתי סהדי דאכלה שני חזקה אמר אביי מה לו לשקר במקום עדים לא אמרינן. והקשו התוס' אמאי הוא במקום עדים. נימא של אבותי היתה יום א' ונאמר שלקחוה מאבותיו דהא טוענין ליורש וכו'. ותירץ ר"י דשל אבותי משמע שהיתה מעולם של אבותי ולא שלקחוה עד שיפרש בדבריו. ע"כ. וכ"כ רבינו בצלאל ז"ל במקובצת משם הרשב"א ז"ל וזל"ה וע"כ נראה יותר מה שאמרו רבותי ע"י שאין טוענין לא ליורש ולא ללוקח כ"ז שהו' טוען בעצמו טענת ברי. אלא כ"ז שהוא טוען בספק דכל טענת יורש ולוקח בשמא היא. וזה שטען של אבותי ברי טען. שלא הי"ל אלא מאבותי ירשתיה ועוד אני מוסיף על דברי רז"ל שאין טוענין ליורש וללוקח עד שנשאל אותם מה טענתם כי שמא יטענו טענת ברי ועליה אנו דנים וכן יש להוכיח מעובדא דההוא דעשאה סימן לאחר דפ' שני דייני גזירות. ע"כ:

גם רבינו בעה"ט ז"ל סי' קמ"ו כ' וז"ל אבל עתה שטען של אבותי שמשמע שר"ל ולא של אבותיך והודה שלא לקחוה מאבותיו של זה. לפיכך אין מפרשין דבריו לומר שאבותיו לקחוה מאבותיו של זה אא"כ יפרש הוא בעצמו ע"כ. ורבינו הב"י ז"ל הביא ע"ז דברי הה"מ ז"ל שכ' וז"ל ויש מקשים והלא כל טענת יורש היא בשמא וטוענין ליורש וכו' ויש אומרים שכל זמן שהיורש טוען ברי באיזה דבר שיהיה אין אנו טוענין לו שום דבר וגם זה עיקר ע"כ. עוד כ' רבינו הב"י ז"ל בחו"מ סי' י"ז מחו"ב וז"ל כ' רבינו ירוחם בני"א ח"ב הא דאמרינן טוענין ללוקח או ליורש דוקא בטענת ספק שאינו טוען הוא. אבל בטענה

שהוא עצמו טוען אין טוענין לו לבטל טענתו ולפיכך אין טוענין לו עד שנשאל את פיו מהו טענתו שמא יטעון ברי ועליה דנין כך כתבו המפרשים בפ' חזקת וכ"כ הרשב"א בתשו' עכ"ל:

גם הנמ"י ז"ל כ' בפ' חזקת וז"לה ואף אנן לא מצינן למטען שמא אבותיו לקחוהו מאבותיו של זה כיון דסהדי לא מסהדי שלא מכרוה לעולם. דכיון דאיהו טעין של אבותי כלומר לעולם כדפירשנו הא מודה דלא קנו והודאת בע"ד כמאה עדים דמי. כ"כ הרנב"ר בחידושיו. ע"כ:

אתה הראת. חבל נביאים ואמבוה דרבנן ומר"ן מלכא בהדייהו דסברי מרנן דלא טענינן ליורשי' או ללקוחות אלא היכא שהם לא באו בטענה וכמו שהצגנו לפניך לשון הרב"י משם ריי"ו ז"ל שכ' דוקא בטענת ס' שאינו טוען הוא או בטוען מאבותי ירשתי כמ"ש הרשב"א ורבינו בעה"ט כמביא למעלה. אבל בבא בטענת עצמו אנן לא טענינן ליה הפך מטענתו והט' דהודאת בע"ד כק' עדים דמי כמבואר בדברי הנ"י ז"ל הנ"ל. ואפ' נגד משמעות דבריו לא טענינן. כההיא דזה אומר של אבותי דמשמעות דבריו של אבותיו מעולם ולא לקחוה מאבותיו של זה. ואיהו גופיה יכול לפרש דבריו ולומר של אבותי שלקחוה מאבותיך. ומהימן דאינו עוקר דבריו הראשונים אלא מוסיף עליהם. אפ"ה אנן לא טענינן ליה נגד משמעות פשט דבריו [כמ"ש בש"ס ובפוס'] ומינה למאי דאנן קיימין ביה דיורשים אלו לא באו לידון אלא מכח שטר המתנה. דודאי כאשר יהיה האופן דמתנה זו ריעא מצד הדין. הנה כפי הנחה זו אנן לא טענינן להו מצד אחר שהוא הפך טענתם שלא החזיקו אלא מכח המתנה. וצד כ"ש הוא. שהרי מתברר מתוך שטרי זכיות דחזקתם באה מכח המתנה. וא"כ ודאי דלא טענינן ליהו הפך מהעדאת עדים דחתימי בשטרא. דאם אמרו דלא טענינן ליהו בדטען יורש משום הודאת בע"ד. כ"ש דלא טענינן להו הפך מהעדאת עדים. כ"ש הכא דאיכא טענת היורש שלא בא אלא מכח המתנה והעדאת עדי השטר:

וכן מצינו למהרש"ג ז"ל סי' מ"א שכ' וזל"ה ובנ"ד הוי כמו נמצא השטר מזוייף כי שכבר כתבתי דלא מהני לה הוצאה ולא החוג'יט וכיון שכן גם החזקה הבא מחמתן לא מהני וכו' ואין לומר דכיון דבנ"ד שאחר כ"כ זמן אין הבנות בעולם אלא הנתבעים הם יורשי הבנות א"כ טענינן ליתמי דשמא הבנות לא ירדו לבתים ולחנויות מחמת הצואה אלא שראו שאין הצואה קיימת ולקחו מהבן ומתורת מקח וממכר ירדו לבתים דהא קי"ל דטוענין ליתמי וא"כ יש להם חזקה עם טענה וכו' יעו"ש דאסיק דאין טוענין מתרי טעמי. ובטעם הב' כ' וז"ל ועוד מטעמא אחרינא ולע"ד שאין טוענין להם כיון שהם טוענין

ברי ובאים בטענה שמכח הצואה והחוג'יט החזיקו בבתים והחנויות וכיון שהם טוענים טענת בריא לא טענינן להו אלא דיינינן להו כפי טענתם ועי' במ"ש ה' מוהרי"ק ח"מ סי' י"ז מחו"ב וסי' קמ"ו דין ט"ל ודין מ"א וסי' ר"ץ דין י"ו ותשו' רשב"א סי' תתקס"א וסי' אלף וב'. וה' מוהרי"ק בסוס"י קנ"ג הביאה יותר באורך דמכל המקומות הנ"ל נראה דכל היכא דטען היתום או הלוקח לא טענינן להו וכיון שכן בנ"ד שכת הבנות טוענין דמחמת הצואה והחוג'יט ירדו להחזיק בקרקעות אין חזקתן חזקה ואין טוענין להם שום טענה ע"כ:

והרשב"ץ ז"ל בח"א סי' נ"ב אתשיל בראובן שמשכן קרקעו לעכו"ם א' ונתן בידו רשות למוכרו ומת ראובן והעכו"ם מכרו לשמעון בכח ההרשאה ומת שמעון אם יוכל יורש ראובן לטרוף מיורש שמעון. וע"ז השיב הרב דמכירה זו בטילה מכמה טעמים ואח"כ כ' וז"ל ואע"ג דאחזיק האי לוקח בקרקע זו שני חזקה אין חזקתו כלום לפי שחזק' זו מכח מכירה זו באה וכיון שאינה כלום אף החזקה אינה כלום והכי תניא בתוספתא המחזיק בשדה מחמת אונו ונמצאת אונו פסולה אינה חזקה וכ"כ הרמב"ם ז"ל בפי"ד מ"ה טוען האוכל שני חזקה מחמת שטר שיש בידו ונמצא השטר בטל בטלה החזקה ותחזור השדה עם כל פירותיה לבעלים ואע"ג שקרקע זה נפל ביד יורש הרי דינו כאלו אביו היה קיים דלא אמרינן בכל כה"ג טוענין ליורש דאיך נטעון עליהם טענות שקר במה שאנו יודעים שהוא אינו מחזיק בקרקע זו אלא מחמת מכר זה שהוא בטל ויתמי דאכלי דלאו דידהו ליזלו בתר שבקייהו. דאע"ג דקי"ל טוענין ליורש לאו בכל מילי טענינן ליהו אלא במילי דשכיחי אבל במילי דלא שכיחי אע"ג דאבוהון אי הוה קיים הוה טען הכי אנן לא טענינן אלא במידי דשכיח והכי מוכח בפ' המוכר את הבית גבי שטר כיס דטענינן להו החזרתי ולא טענינן ליהו נאנסו עכל"ה:

ומתורתו של הרב נלמד לנד"ד דאף אם היה בענין דלא בא היורש לידון מכח שטר המתנה אלא דאתרמי ובא לידינו וראינו דמתוכו מתברר ע"פ עדי השטר דחזקה זו באה להם מכח המתנה. כיון דמתנה זו בטילה בטלה החזקה ולא טענינן ליה הפך ממה שהוברר לנו מעדי השטר משום דהוי כמילתא דלא שכיחא. דהא דאיתשיל הרב בההוא עובדא דידיה. לא קאמר הרב דהיורש בא מכח השטר. ומשתמען מלוהי שהיה ידוע להם ע"פ עדים. שמעשה שהיה כך היה. וקאמר הרב דכיון דהמכירה בטילה בטלה החזקה ולא טענינן להו הפך ממה שאנו יודעים שהוא אינו מחזיק בקרקע זו אלא מחמת מכר זה שהוא בטל. וא"כ כ"ש בנד"ד דהיורש בא מכח השטר דבא בטענת עצמו דלכולהו רבוותא הנ"ל לא טענינן ליה:

איברא דמצינו להרשב"א ז"ל בת"א ח"ב סי' רכ"ו דאתשיל בלאה שקנתה קרקע מרחל ורחל מיעקב ושמעון ומתה לאה והניחה בן קטן בן שש שנים ועמד ראובן אחי יעקב ושמעון הנז' וערער שהקרקע הוא שלו שנתנה לו שרה אמו בשטר וכו'. וע"ז כתב הרב ואפי' הביא ראובן שאותו המקום נפל לאמו שרה בירושה מבית אביה וכו' דעו שאם החזיקו יעקב ושמעון או רחל או בין כולם שני חזקה קודם שמיחה ראובן. כיון שלקחתו רחל בשטר אין במחאתו ולא כלום. שאני אומר אולי קנאוהו יעקב ושמעון מראובן זה. או שמא רחל קנאתו ממנו דטוענין ליתום הזה לפי שאמו לקחתו וטוענין ללוקח. ואפי' מיחה ביעקב וברחל בסוף כל שלש ושלש ואח"כ החזיקה בו לאה יום אחד ואח"כ ירשו התנוק הזה מלאה אמו והחזיק בו תשלום שני חזקה טוענין לו שמא אמו קנתה אותו מראובן זה דטוענין ליורש ואע"פ שמיחה בראשונים היה לו למחות כדי שלא יטענו שהם לקחוהו ממנו. שאע"פ שיצא שטר שלאה אמו של זה קנאתו מרחל וכבר מיחה זה ברחל כדינו בסוף כל שלש ושלש. שמא לאחר מכאן מכרו ללאה. ולאה גם היא קנתה אותו מרחל. משום דעביד איניש דזבין דיניה כדאמרי' בפ' ח"ה ההוא דאמר ליה לחבריה מאי בעית בהאי ארעא. א"ל מפלניא זבנתה ואכלתיה שני חזקה. א"ל פלניא גזלנא הוא. א"ל והא אית לי סהדי דאתית לאורתא גבאי ואמרת לי זיל זבנה ניהליה. א"ל אמינא אזבין דיני. א"ר דינא קאמר ליה עביד איניש דזבין דיניה. ע"כ:

ומתורתו של רבינו הרשב"א ז"ל למדנו דאע"ג דנמצא שטר שלאה קנתה מרחל ושטרא ריעא הוא דהא קרקע זה של ראובן הוא של אמו שנפל לה בירושה מבית אביה והיא נתתו לו וכבר ראובן מיחא ברחל. אפ"ה טענינן ליורש דאפשר לאה מעיקרא קנאתו מראובן ושוב קנאתו מרחל דעביד איניש דזבין דיניה אלא דשטר מכירה מראובן נאבד דטפי מתלת שנין לא מזדהר איניש בשטריה. וא"כ לכאורה נראה דאף אנן נמי נימא בנד"ד דהרי"ף מתחי' קנה קרקע זה מיורשי הרח"פ ואח"כ קנהו ג"כ מיורשי הבת משום דעביד איניש דזבין דיניה:

ואולם כד דייקינן פורתא אין נראה לומר כן. והט' משום דהרשב"א ז"ל איירי ביורש שלא בא לידון מכח שטרי זכיות. דהא ביורש בן שש שנים איירי שאינו יודע לטעון וא"כ אין כאן טענת ברי דיורש והודאת בע"ד דכמאה עדים דמי. אלא שכאן היו וכאן נמצאו להם שטרות שמתוכם מתברר שלא קנתה מרחל. ומשום דאף בזה איכא למימר דלא טענינן להו אחר שמה שטוענין הוא הפך מהידוע לנו ע"פ עדי השטר דהוי מילתא דלא שכיחא. וכמש"ל משם הרשב"ץ ז"ל. לזה אשמועינן דאין לחוש לזה וטענינן להו. והט' משום דעביד איניש דזבין דיניה. ואולם כאשר יהיה האופן כה"ג דידן דהיורש בא לידון

מכח שטרא והיה בהני"ח דשטרא בטילה הוא. אנן לא טענינן ליה. יען שהיורש הודה שלא החזיק בקרקע אלא מכח שטר זה והודאת בע"ד כק' עדים דמי. ואנן לא נוכל לטעון לו להחזיקו מצד אחר שהוא הפך מהודאתו:

אלא דקשה לי קצת דאמאי הרשב"א ז"ל אזיל להאי טעמא דעביד איניש דזבין דיניה. והלא הרשב"א ז"ל הוא מכת הסוברים דטענינן ליתמי מילתא דלא שכיחא. וכמ"ש מהרשד"ם ז"ל ח"מ סי' קצ"ח. ואפשר לומר דלרווחא דמילתא בא בנותן טעם אליבא דכ"ע:

וחזיתיה להפרמ"א ז"ל ח"א סי' ק"ה שכ' וז"ל ראיתי למהרשד"ם דברים ראוי להפליא עליהם בח"מ סי' רכ"ז על ראובן שקנה משמעון חזקה ומוקטעא מחנות ובית. ואח"כ נשרפה העיר והחנות. ובנה משלו וממונו גרוטא וחנות ועליה על גביו והלך מן העיר ונשרפה החנות ועליה ונשרפה הגרוטא לבדה. ובא לוי ובנה חנות ועליה ודר בו ומכרה ליהודה. ומת יהודה ונשארה ביד יורשיו. ובא ראובן לתבוע מאת היורשים. וכ' בתוך התשובה אלא שאפשר שאם לוי המוכר ליהודה קיים ויתברר שהוא מכר החזקה הנז' ליהודה המוריש אז ראובן יבוא ללוי לדין וכו' כלל הדברים אני אומר שהדין שיש לו לראובן אינו עם היורשים אלא עם לוי שמכר ליהודה ע"כ. ופליאה דעת ממני כיון שנתברר בעדים שלא בא הגרוטא ביד יהודה המוריש אלא ע"י לוי וללוי אין לו זכות שהרי חייב להחזירו לראובן. היכי בעי לזכות ליורשי יהודה כיון שלא זכו בה הבעלים הרא'. ודומה לזה כ' הרשב"א וכו' ה"ן אין יורשי יהודה באים בטענה שלקחוה מראובן אלא שירשוה מיהודה וכבר נתברר בעדים שלוי מכר החזקה ליהודה וכיון שאין ללוי זכות באותו קרקע היכי קאמר שיש זכות ליורשים. וכ"ת שאני הכא דאיכא טענין ליתמי. אי משום הא לא אירייא דהא כ' הה"מ פט"ו מהל' טוען דכ"ז שהיורש טוען ברי באיזה דבר שיהיה אין אנו טוענין לו שום דבר כ"ש הכא שנתברר בעדים שיהודה קנה מלוי. אין טוענין שום טענה אחרת. וי"ל דאכתי איכא למימר דטענינן ליורשי יהודה דאולי קנה יהודה מראובן ואע"פ שיש עדים שקנה מלוי עביד איניש דזבין דיניה דטענה זו כתבה הרשב"א בח"ב סי' רכ"ו בענין ממש דומה לזה וכו' עכת"ד:

ואחר נשיקת הרצפה לא ידענא מאי קא קשיא ליה להפרמ"א ז"ל מההיא דהה"מ ז"ל. דהלא ההיא דהה"מ ז"ל איירי ביורש הבא בטענת ברי דלא טענינן ליה מטעמא דהודאת בע"ד כמש"ל בשם הנמק"י. ואלו ההיא דמהרשד"ם ז"ל לא איירי ביורש הבא בטענת ברי אלא שירשה מיהודה כאשר יראה הרואה בדבריו. ומה שיש לכאורה להקשות על מהרשד"ם הוא מההיא דהרשב"ץ ז"ל דכיון שנתברר בעדים שיהודה קנה מלוי אין

טוענין לו שום טענה אחרת דכל שהוא נגד הידוע לנו הוי מילתא דלא שכיחא כמ"ש הרשב"ץ ז"ל כמש"ל. אלא דהא נמי לא קשיא כלל דמדי הוא טעמא להרשב"ץ ז"ל הוא משום דהוי מילתא דלא שכיחא. הרי מצינו למהרשד"ם בתשו' ח"מ סי' קצ"ח דס"ל דטענינן ליתמי מילתא דלא שכיחא:

והמט"ש סי' קמ"ו בהגב"י אות ב' כ' וז"ל ה"ה נמי היכא דבאים בטענה שירשוה מיהודה וכבר נתברר בעדים דיהודה לקחה מלוי כיון דאין ללוי זכות באותו קרקעו אף ליורשים הבאים מכח יהודה אין להם חזקה עי' פרמ"א ח"א סי' ק"ה ד' קפ"ה ע"ג ע"כ:

ואהמח"ר דברים תמוהים הם. דהלא הפרמ"א גופיה הדר ביה ממאי דקא מתמה מעיקרא על מהרשד"ם ז"ל. ובא בנותן טעם משום דעביד איניש וכו'. ואפשר לידחק ולומר דמיעקרא כ' ה' דעת עצמו אלא שלבסוף ציין להפרמ"א ז"ל לומר שהוא חולק:

תו איכא טעמא אחרינא מצאנוהו שגיא כח למהרש"ג ז"ל בתשו' הנז' [ראשית דבריו כבר הצגנו לפניך למעלה קחנו משם] וז"ל ואין לומר דכיון דבנ"ד וכו' די"ל דודאי גם התובע הוא יורש וכבר ידוע מ"ש הטו"ר בסי' ק"ח שהוא פלוגתא דרבוותא אי טענינן ליתמי נגד יתמי וכיון שהוא פלוגתא דרבוו' כבר כתבתי שיורשי הבן המוחזקים והבתים והחנויות בחזקתן הן עומדים עכ"ל:

והש"ך סי' ק"ח סקי"ז אמ"ש מר"ן וז"ל אלא כשטוענין עם יורשי הלוה צריכים ג"כ לישבע שלא נפרעו הם עצמם מאביהם ע"כ. כ' וז"ל כ' הריטב"א פרק הכותב הא דתנן וכן היתומים מן היתומי' לא יפרעו אלא בשבועה. כ' בע"ה ז"ל דדוקא דטענו אידך אמר לנו פרעתי כדאמרי' בסמוך הלא"ה לא טענינן ליהו שאין טוענין ליורש לחובתו של יורש זה ע"כ. ומשתמעין מלוהי. דהש"ך שהביא דברי הריטב"א הללו אדברי מר"ן שכן היא דעת מר"ן. וכ"כ הכנה"ג בסי' קנ"ג הגב"י אות לב' וזל"ה ורבינו המחב"ר ז"ל בספרו הקצר סתם כדעת בעה"ע שאין טוענין ליורש במקום שיש יורש אחר ע"כ. ומהר"י באורים ז"ל הב"ד הש"ך ז"ל וכ' עליו ולא הבנתי איך העתיק הדברים סתם כאלו הם נאמרים להלכה ומורים כן. וגם מה צורך שהריטב"א הביאו בשם העיטור. הא אמורים בסי' זה בטו"ר דלא טענינן ליתומים מול יתומים רק בדטוענים אמר לנו אבינו והרב"ד חולק והטו"ר הסכים להראב"ד וכ' דכן מסתבר ולכך השמיטו דעתו המחב"ר ורמ"א ולכן דברי הש"ך תמוהים. ע"כ:

גם הרה"ף ה"ו הניח דברי הכנה"ג בצ"ע כמ"ש דמר"ן בקצר סתם כדעת בעה"ע ז"ל. דמאחר בס"א במע"פ פ' להדייא דאנן טענינן להו. א"כ אף דלא פי' בס"ט גבי מלוה בשטר אפ"ה אית לן למימר ילמד סתום מן המפורש יעו"ש בדב"ק:

והנלע"ד במה שיש להקשות על רבינו בעה"ט ז"ל הוא. דמאחר דבס"ד אשמועינן פלוגתא דרבוות' במע"פ דלדעה קמייתא לא טענינן. ולהרמ"א ז"ל טענינן. אמאי איכפל תו לאשמועינן גבי מלוה בשטר בס' יז' דלבה"ע לא טענינן ולהראב"ד ז"ל טענינן:

ותו אמאי בס"ד כ"כ משם הרמ"א. ובסי' י"ז כתבה משם הראב"ד:

ותו אמאי הוצרך להכריע ולומר דמסתברא כהראב"ד ז"ל. והלא די במה שהכריע בס"ד במע"פ כהרמ"א ותו אמאי האריך בלשונו בסי"ז לומר ומסתברא כדברי הראב"ד שלעולם טוענין להחזיק הממון במקומו ע"כ. ואלו בס"ד כ' אדברי הרמ"א וה"ן מסתברא ותו לא:

וכדי לישב כ"ז אציג לפניך את דברי הב"ח ז"ל בסי' י"ז שכ' משם מהרש"ל ז"ל. וצ"ע הלא פלוגתא זו כתבה רבינו לעיל בשם הרמ"א ומפני מה תלה עכשיו יותר בדברי הראב"ד מדברי הרמ"א ע"כ. ולפע"ד יראה דהרמ"א לא איירי אלא במע"פ. ולכן הביא דבריו למעלה דמדבר במע"פ. ואיכא למימר דהתם הוא דטענינן ליורשי לוה לפוטרן אפי' כנגד יורשי מלוה כיון דלא באו בשטר. אבל בבאו בשטר מקויים דאיכא הוכחה מן השטר לא אמר ביה הרמ"א מידי. ולכן הביא ס' הראב"ד כאן דמיירי בשטר דאפ"ה טענינן ליורש. והיינו דקאמר רבינו ומסתבר כדברי הראב"ד ז"ל שלעולם טוענין להחזיק הממון במקומו. כלומר לעולם טוענין אע"פ דיורשי מלוה נקטי שטרא בידייהו. והיה צריך לכתוב גם למעלה הפלוגתא דרבוותא דאפי' במע"פ נמי איכא מ"ד דאי שתק אין ב"ד טוענין ליורש לחוב לשאר היורשין. ע"כ לשון הב"ח:

הנה בדברי הרב. הוסרו כל התמיהות. וא"ש הכל א"ץ לכפול הדברים. ועיניך תחזינה בהאי צריכותא דעביד הרב בהני תרי פלוגתא דרבוותא דפליגי במע"פ ובמלוה בשטר. והיינו דבמלוה בשטר בא להודיעך כחה דהראב"ד דהגם דאיכא ליורשי מלוה הוכחה בשטר מקויים אפ"ה טענינן ליורשי לוה. ובמע"פ בא להודיעך כחה דאידך מ"ד דלא טענינן אף דליכא ליורשי מלוה שום הוכחה. וא"כ לפי דעתו. מר"ן דפ' בס"א גבי מע"פ דטענינן ובס"ט גבי מלוה בשטר סתם לן דבריו. הא ודאי דלא נוכל לומר דילמד סתום מן המפורש. כיון שהמפורש איירי במע"פ דליכא הוכחה. א"כ התם הוא דטענינן. אבל במלוה בשטר דאיכא הוכחה. אימא דלא טענינן. ומעתה אף אתה אמור. גם הכנה"ג והש"ך הכי ס"ל. ומה שלא הביא הש"ך כ"א דברי הריטב"א ולא דברי רבינו בעה"ט. הוא משום דדברי הטור עיני כל אדם חזו בו. ולא הוצרך כ"א להביא מן החדש לאפושי גברי לאלומי כח סברא זו. ונמצינו למדים דלדעת הב"ח והש"ך והכנה"ג ז"ל. דדעת מר"ן היא דכל היכא דאיכא הוכחה. לא טענינן ליתמי נגד יתמי. ומינה לנד"ד דיורש זה בא לערער מחמת שהיא של אבותיו ואין מי שיכחיש דבר זה. דזה ודאי הוכחה גדולה היא.

ולא טענינן ליורשים המחזיקים כדי לחוב ליורשים. ואפי' תימא דגם דעת מר"ן מידי פלוגתא לא נפקא. וכדס"ל להרב האורים מ"מ. הכי כתבנו משם מהרש"ג ז"ל שכ' אנדון דידיה דיורשי הבן הם המוחזקים. והט' דארעא בחזקת מרה קמא קיימא. ומינה למאי דאנן קיימין ביה אנן נמי נימא דיורשי הרח"פ הם המוחזקים:

ואולם חזי הוית. דהא דמהרש"ג ז"ל. מידי פלוגתא לא נפקא. דדבר זה נפתח בגדולים בפ' חזקת ד' ל"ב גבי ההוא דאמר לחבריה מאי בעית בהאי ארעא. א"ל מינך זבינתא והא שטרא וכו'. ופליגי בה רבה ורב יוסף. ואמר רב אידי בר אבין הלכתא כוותיה דרבה בארעה דהיכא דקיימא ארעא תיקום והלכתא כוותיה דרב יוסף בזוזי דהיכא דקיימי זוזי לוקמי. ופי' רשב"ם ז"ל דמספקא ליה לרב אידי כמאן הלכתא הילכך בארעא פסק כרבה דהיכא דקיימא ארעא תיקום. דהמע"ה ובזוזי כרב יוסף שהלוה מוחזק והתוס' ז"ל בד"ה והלכתא. הקשו עליו מההיא דכתובות ד' פ' דאמרינן אוקי תרי בהדי תרי ואוקי נכסי בחזקת בר שטיא. וחילקו בין ספיקא דתרי ותרי לספיקא דדינא בפלוגתא דרבוותא וכתבו דדוחק הוא תו הקשו [דהלכתא בארעא כרבה וכרב יוסף בזוזי] דהלכתא משמע דלגמרי פוסק כרבה ולא מספק. וכתבו משם ר"י דהט' דהלכתא בארעא כרבה וכרב יוסף בזוזי משום דאמרינן מיגו לאוקומי ממונא ואית לן לאוקומי ארעא בחזקת מרה דקיימא השתא. ע"כ. ונמצינו למדים. דלשיטת ר"י ז"ל דוקא הכא דאיכא מיגו הוא דאמרינן היכא דקיימא ארעא תיקום. ואין למידין מזה למקום אחר דאיכא פלוגתא דרבוותא וליכא מיגו. ואולם לשיטת רשב"ם כל היכא דאיכא פלוגתא דרבוותא אמרינן ארעא היכא דקיימא השתא תיקום. ועי' מהרימ"ט ח"מ סי' ע"ה:

והמש"ל פ"ז מהל' שכי' הביא להקת הפוס' דאזלי בשיטת רשב"ם ז"ל. ואסופא דמילתא כ' כללו של דבר דכל הני רבוותא קיימי כשיטת רשב"ם ז"ל ולא מצינו מי שיחלוק עליו בפי' כי אם ר"י בעל התוס' ויחידאה הוא. ע"כ:

והמט"ש ז"ל סי' ק"מ בהגה"ט אות י"ז ב' ולענין הלכה בפלוגתא דרבוותא לא אמרינן קרקע בחזקת מרה קיימא קאי אלא היכא דקיימא תיקום וכס' רשב"ם והכי אזלא סוגיין. ע"כ:

וגדולה מזאת מצינו למהרימ"ט ז"ל בח"א סי' קי"ד שכ' דהט' דפסק מר"ן ז"ל כמ"ד יש חזקה להיזק ראיה. לפי שראה הרב ז"ל במחלוקת היא שנויה תפס סברה זו לסייע את המוחזק כאותה שאמרו הלכתא כוותיה דרבה בארעא היכא דקיימא ארעא תיקום ע"כ. והב"ד המש"ל ז"ל שם:

גם הרב שע"א ז"ל ח"מ סי' כ"ו ד' מ"ג ע"ד הב"ד מהרימ"ט ז"ל וכתב דכן נמשך אחריו בתשובה מהר"י כולי בס"ס עזרת נשים דנ"ט ע"א דמר"ן קאי בשיטת רשב"ם ורבים דעמיה והוסיף נופך משלו לומר דכן ג"כ נראה ממה שפסק מר"ן בר"ס ק"ן בפלוגתא דיורד ברשות כמ"ד דיש לה חזקה כמו שיוע"ש. וכן נמשך אחריהם גם הרב מהרח"פ נר"ו בס' חקקי לב חו"מ סי' טו"ב דמר"ן בדרך זו הלך כדעת רשב"ם ודעמיה ע"כ:

ומאחר עלות חבל נביאים ומר"ן ז"ל דגרירנא אבתריה בהדייהו לדעת ארבעה מלכים מהרימ"ט ז"ל והמש"ל ז"ל ומהרי"ך ז"ל ומהרח"פ ז"ל ודאי דהכי נקיטינן דלא כמהרש"ג ז"ל. והגם דהרב שע"א ז"ל שם דחה דבריהם וכ' וז"ל אמנם אחד הרואה יראה דלא מיכריעה מידי מההיא דפסק מר"ן בסי' קנ"ד דקאי בדעת רשב"ם. משום דאיכא למימר דההיא לאו מתורת ספק הוא דפסק מר"ן כמ"ד דיש חזקה להיזק ראיה אלא מתורת ודאי. דהכי פסיקא ליה מילתא לפי מאי דכייל לן מר דהיכא דקיימי שנים מעמודי הוראה בדעת אחד הכי נקיטינן. וכיון דהרמב"ם והרא"ש סברי הכי וכדעת ר"י ן' מיגאש מהט' הוא דפסק הלכתא כוותייהו. וכמש"ר הדבר מפורש בתשו' אבקת רוכל סי' ק"ך דמר ניהו גופיה מפרש ואזיל דמהט' הוא דפסיק ותני הכי כמו שיעו"ש ע"כ. מ"מ לא שבקינן דברי מהרימ"ט והמש"ל ומהרי"ך ומהרח"פ ז"ל דכולהו סברי שכן היא דעת מר"ן. מקמי הרב שע"א דדחה את דבריהם:

וזאת אגיד כי לכאורה נפלאתי איך הכריעו מההיא דס' קנ"ד שכן היא דעת מר"ן. והדבר ידוע דדרכו של מר"ן ז"ל לילך אחר שלשה עמודי הוראה הרי"ף והרמב"ם והרא"ש ז"ל או אחר רובם ומי הגיד להם דמר"ן מספיקא פסק כן ולא מדינה ובדדחה דבריהם הרב שע"א:

ואולם כד דייקנא אשכחנא דקושטא הוא כמ"ש הרבנים הנז' וכל הכרעתם הוא ממאי דפס' ז"ל דיש חזקה להיזק ראיה לאלתר ולא בעי ג"ש. דהרא"ש ז"ל ס"ל כדעת ר"ת ז"ל דבעי ג"ש. והרי"ף ז"ל ס"ל דאין חזקה להיזק ראיה כלל דבקוטרא וב"ה הוא. ולהרמב"ם ז"ל לדעת הטו"ר ז"ל ס"ל דאין חזקה להיזק ראיה. אלא דהב"י ז"ל פליג עליה וס"ל דלהרמב"ם ז"ל יש חזקה להיזק ראיה כהרא"ש ולא כהרי"ף ז"ל אלא דבזה פליגי דלהרמב"ם ז"ל החזיק לאלתר ולהרא"ש ז"ל עד דאיכא ג"ש כמבואר כ"ז בסי' קנ"ד בטור ובב"י ז"ל. וא"כ מאי דפסק מר"ן דהחזיק לאלתר הוא לדעת הרמב"ם לבד. דאלו להרי"ף ז"ל אין לו חזקה כלל ולהרא"ש עד דאיכא ג"ש. וא"כ בתוך הג"ש לדעת תרווייהו אין לו חזקה. וא"כ מוכרחין אנו לומר דהאי דפסק מר"ן דהוייא חזקה לאלתר. לאו מההוא כללא דכייל לן כמ"ש השע"א ז"ל. דנהפוך הוא דלשני עמודי הוראה לית

ליה חזקה בתוך שלש. א"ו דהט' משום דס"ל כרשב"ם ז"ל וכמ"ש מהרימ"ט ז"ל ורבוותא דעמיה. והכי דייקי דברי מהרימ"ט בתשובתו שם שמתחילה הב"ד האומרים דאין לו חזקה כלל ושיש אומרים שיש לו חזקה ולא עוד אלא אפי' לאלתר כמ"ש הרמב"ם. ושוב כתב וכן תפס הרב מהרי"ק ז"ל לעיקר בפסקיו דמדשתק הוי חזקה לאלתר ולפי שראה הרב שבמחלוקת היא שנויה וכו' ע"כ. ואחד הרואה דמשתמען מלוהי דעיקר הכרעתו בדעת מר"ן היא ממאי דפסק מדשתק הוי חזקה לאלתר ודלא כמאי דסבר השע"א ז"ל דהכרעתם היא ממאי דפסק יש חזקה. וכן מוכרח לומר לדעת המש"ל דס"ל דבחזקה ג"ש אף ר"י יודה וכמ"ש להלן:

ובר מן דין הרי מצינו לרבינו הב"י בסוס"י קנ"ה שכ' וז"ל וז"ל הרשב"א ח"ג סי' קס"ב כבר ראית שדעת נוטה לדעת רבינו יעקב דכל נזקים אלו וכו' ומ"מ רוב חכמי ישראל וגם רבותינו נ"ע לא הסכימו לכך ולפיכך למעשה אני אומר שאם כבר פתח לו חלונותיו. אין מחייבין אותו לסותמם ולא לסלק דומה למ"ש ארעא היכא דקיימא תיקום ע"כ. ע"ש. ומצינו למהרימ"ט ז"ל חלק חו"מ סי' ע"ה שכ' על תשו' זו. דהרשב"א תפס שיטת רשב"ם ז"ל ע"ש:

גם המש"ל בפ"ז מהל' שכ"י כ' דמוכרח דהרשב"א אזיל בשיטתיה דרשב"ם דאי הוה ס"ל כפי' ר"י דטעמא משום מיגו. מה דמיון הביא לנדון שלו ע"כ. וכבר השרישנו רבינו הכנה"ג ז"ל בתשו' ח"ב סי' מ"ו ובסי' פ"א ובכמה מקומות דכשמביא בב"י איזה סברא ולא ערער עליה ולא כ' עליה חולקים שכן היא דעתו ע"ש. וכן ראיתי ג"כ להדייא במהרימ"ט ז"ל ואיני זוכר כעת איה מקום כבודו. וא"כ אפי' למאי דסבר השע"א ז"ל דאין להכריע דעת מר"ן מההיא דסי' קנ"ד. הרי יש להכריע שכן היא דעתו בב"י מההיא דסי' קנ"ה. ואנן גרירנא בתריה דמר"ן ז"ל במ"ש בב"י או בש"ע כי כן קיימו וקבלו עליהם אבותינו ורבותינו הא' נ"ן זיע"א כמ"ש בפסקי הא':

והן אמת כי ראיתי להרב שע"א ז"ל שהביא דברי א' מרבני דורו שכ' דאנן אתכא דמר"ן סמכי' דאיהו ס"ל כר"י דהט' משום מיגו דאי בעי אמר שטרא מעליא הוא כמ"ש בש"ע חו"מ סי' קמ"ו וא"כ בדליכא מיגו הוי דינו כתרי ותרי דאמרינן אוקי ארעא בחזקת מרה קמא. ומני"ר השע"א ז"ל דחה דבריו ושרטט וכתב וז"ל ואין דמיונו עולא יפה משום דודאי היכא שמכחישין זל"ז בטענותיהם ליכא מאן דפליג ואף רשב"ם יודה דאי ליכא מיגו אוקמינן ארעא בחזקת מרא קמא וכההיא דאמרינן בפ' מי שמת במתנה שלא נתפרש אם היה ש"מ או בריא והרי הם מכחישים זא"ז דקי"ל אוקי ארעא בחזקת מרה קמא ופסקו הרמב"ם ספ"ט מ"ה זכייה וטוש"ע בסי' רנ"א וכן בספיקא דתרי ותרי הו"ל

כמו הכחשה בטענות. משא"כ בספיקא דדינא בפלוגתא דרבוותא דחדית לן רשב"ם דלא הוי כמו ס' דתרי ותרי ודינא הוא דאוקמינן ארעא בחזקת מאן דקאי השתא גם כי לית ליה מיגו ונמשכו אחריו כמה מן הפוס' ראשונים ואחרונים מאן לימא לן דגם מר"ן לא משיך ואזיל אבתרייהו וכו'. ע"כ:

וקושטא הוא דמההיא דסי' קמ"ו לא מכרעא לומר דדעת מר"ן כדעת ר"י ולא כדעת רשב"ם ז"ל דבהאי דינא בין למ'ר ובין למ'ר בעינן מיגו. שהרי דין זה היינו ההוא עובדא דפ' חזקת דאייתינן לעיל דאפליגו בה רבה ורב יוסף. ולכ"ע בעי מיגו אלא דפליגי אי מהני האי מיגו דמה לו לשקר אם לא. דלרבה מהני ולרב יוסף לא מהני. ובמאי דפסק רב אידי כרבה בארעא וכרב יוסי בזוזי הוא דפליגי רשב"ם ור"י בטעם דבריו כמש"ל. והאי דנקט מר"ן ז"ל הואיל ואלו רצה וכו' הם דברי רבה דאמר מה לו לשקר דפסק רב אידי כוותיה. וא"כ היאך נוכל להכריח מדברי מר"ן הללו שהם כדברי רבה. דאזיל מ'ר לשיטת ר"י. והלא מידי הוא טעמא לרבה הוא משום דחשיב ליה מיגו. והשע"א ז"ל לא פירש דבריו וקצר כמובן מעצמו. ומוכרח לומר דכוונתו במה שדוחה הוא כמ"ש. אלא דבא בנותן טעם אעיקרא דדינא דהוצרך מר"ן להאי טעמא דמיגו משום דכשמכחישין זל"ז בטענות צריך מגו. ולזה הביא ראיה מההיא דפ' מ"ש וכו'. ואולם לא ידענא אמאי הוצרך הרב להביא ראיה ממקומות אחרים. אחר שבמקור הדין שממנו נובעים דברי מר"ן מצינו דלכ"ע צריך מיגו:

באופן דלדעת רשב"ם ורבים דעמיה וגם מר"ן מלכא בהדייהו לדעת ארבעה מלכים אדירים מצוקי ארץ מהרימ"ט והמש"ל ומהרי"ך ומהרח"פ ז"ל ושכן נלע"ד קלה כמות שהיא וכמש"ל דבפלוגתא דרבוותא מאן דקאי השתא בארעא הוא המוחזק. וא"כ לא מהני לדידן דגרירנא בתר מר"ן הך טעמא קמא דקא יהיב מהרש"ג ז"ל. וזה דוקא לדעת התוס' דס"ל לחלק לשיטת רשב"ם בין ספיקא דתרי ותרי לספיקא דדינא דפלוגתא דרבוותא כי היכי דלא תיקשי לרשב"ם ז"ל מההיא דכתובות גבי דבר שטיא דאמרינן אוקי תרי להדי תרי ואוקי ארעא בחזקת מרה קמא:

ואולם חזיתיה לרבינו מוהרימ"ט ז"ל ח"מ סי' ע"ה דלא ניחא ליה למ'ר לחלק כן דדחיק ורחיק וכמ"ש התוס' גופייהו. ואיהו מפרק לה לקושית התוס' וזה תוכן דבריו אחר ההתבוננות כפי קוצר השג יד. והוא דשאני ההיא דפ' חזקת דע"י השטר שהוציא קודם דגחין ולחיש. הוציא הקרקע מחזקת מרה קמא והועמד בחזקתו והיה זוכה בדין. ואף דאח"כ גחין ולחיש לא הורע חזקתו בזה דאכתי קא טעין שטרא מעליא הו"ל ואירכס. ואף דאיכא מ"ד דלא מהימן בטענה זו ומידי פלוגתא לא נפקא דפליגי בה רבה ורב יוסף.

אפ"ה לא איתרע חזקתיה בזה. דהא לא פליגי אלא אי מהימנן ליה במיגו כי האי. ואפי' רב יוסף לא קאמר אלא דלא מהימנן ליה במיגו כי האי. אבל אינו מכחיש לומר דודאי לא קנה. וכיון דאין כאן מי שיכחישו לא איתרע חזקתו שהחזיקו ע"י השטר שהוציא קודם שילחוש. אכן ההיא דבר שטיא דאיכא חד צד מצדדי הספק דמכחיש דאיכא תרי סהדי אחריני דקאמרי כשהוא שוטה זבין דלפי דבריהם אין כאן מכר כלל ולכן אף דאפיק שטרא הרי איתרע ואמרי' אוקי תרי להדי תרי. ואוקי ארעא בחזקת מרה קמא ע"כ

וע"פ תורתו של רבינו מהרימ"ט ז"ל אפשר לומר דגם מהרש"ג ז"ל הכי ס"ל. ונאמר דמ"ש בפלוגתא דרבוותא יורשי הבן הם המוחזקים. הוא אפי' לדעת רשב"ם. דע"כ לא קאמר רשב"ם אלא התם דקודם דלחיש היה זוכה בדין להחזיק ע"י השטר. ואף אחר דלחיש לא איתרע חזקתיה דהיה זוכה בדין קודם שילחוש דהרי הוא טוען שטר כשר היה לו. וגם המ"ד דפליג ומחייב לא מכחיש ליה אלא דאינו מאמינו בטענה זו במיגו כהאי. ואולם בההיא דמהרש"ג דשטר הצואה שהוציאו יורשי הבת הוא בטל מן הדין ואכתי ברשות מרה קמא קאי. אלא שרצה הרב להעמידה בידם משום דאפשר לקחו מהבן ומתורת מקח וממכר ולא מצד הצוואה ולזה כ' כיון דאיכא פלוגתא דרבוותא אי טעני' ליתמי נגד יתמי לא טענינן להו. והגם דפלוגתא דרבוותא דהכא הוי כפלוגתא דרבה ורב יוסף דהכא נמי ליכא הכחשה שהרי אף להנך רבוותא דפליגי וס"ל דלא טענינן. לא נוכל להכחיש ולומר דודאי לא קנו. אפ"ה לא טענינן להו דארעא בחזקת מרה קמא קאי. שהרי מעולם לא הועמדה בחזקת יורשי הבת דקיימי בה השתא אפי' בשהוציאו שטר הצוואה כדי שנאמר השתא דאיכא פלוגתא העמידינה ברשות מאן דקאי השתא. דלא מקרי יצאה מרשות מרה קמא והועמדה ברשותו אלא דוקא אם היה הדין באותה שעה להעמידה בחזקתו. ולזה אף דנתגלגל הדבר ובא לידי ספק אמרי' דארעא היכא דקיימא תיקום כה"ג דפ' חזקת דע"י השטר שהוציא היה הדין נותן להעמידה בחזקתו קודם דלחיש:

וכן מצאתי לרב"א בש"מ בפ' חזקת שכ' אההוא עובדא וזל"ה. ה"ז נאמן שהרי מכיון שאמר שיש שטר מכר בידו כבר היה זוכה בדין בשדה זו ולא היה צריך להוציא אחר מתוכה שהרי היה מחזיק ובא בשדה זו וכשחזר וטען שהוא שטר אמנה אלא ששטר המכר היה בידו ואבד אין השדה יוצאה מחזקתו וכו'. ומינה לנ"ד דכאשר נניח דמתנה זו בטלה מן הדין הרי לא יצא הקרקע מחזקת מרה קמא. וכיון דאיכא פלוגתא דרבוותא לא טענינן אפי' לדעת רשב"ם לדעת מהרימ"ט ז"ל:

אכן ממהרימ"ט גופיה. יש לדון איפכא. דאשכחנא ליה דהוצרך לשיטתיה לבא לכלל ישוב אהרשב"א ז"ל דתפיס שיטת רשב"ם. כדאשכחן ליה בההיא תשו' שהביא הב"י

בסוס"י קנ"ה וכמש"ל. משום דקשיא ליה דבשלמא לדברי התוספות דהחילוק הוא בין ספיקא דתרי ותרי לפלוגתא דרבוותא. ניחא הא דיליף הרשב"א מינה להיא פלוגתא דר"ת ושאר רבוותא דפליגי אי מועיל שטרא גבי היזק ראיה וקוטרא וב"ה דאם בא לסתום אינו רשאי דומיא דמ"ש ארעא היכא דקיימא תיקום. אך לדעת מהרימ"ט ז"ל לאו בכל פלוגתא דרבוותא אמרינן כן. אלא כההיא דפ' חזקת דע"י השטר שהוציא היה מחזיק מהדין. ואף אחר דלחיש נתגלגל הדבר ובא לידי פלוגתא דרבוותא. מ"מ אין נמשך מההיא פלוגתא להכחיש דבריו ולומר דודאי לא קנה בשטר כשר. אלא דלא מהימנן ליה. אך בנדון הרשב"א אף אם הוציא השטר לא היה יכול להחזיק בדין לדעת רבוותא דסברי דאף שטרא אינו מועיל בהיזק ראיה וקוטרא וכו' ולדידהו הוי כאומר אין כאן מכר. ולא דמיא להההיא דרבה דפ' חזקת:

והנה לא העתקנו לשון מהרימ"ט ז"ל אלא הבנת דבריו כפי עניות דעתי. יען ראיתי להפרמ"א ז"ל ח"א סי' כ"ו שהקשה על מ"ש מהרימ"ט בסוף התשובה אדברי הרשב"א וזל"ה מ"מ לא דמיא להההיא דארעא היכא דקיימה תיקום דהתם ע"י השטר הועמדה בידו כי היכי דלא תקשי לה מההיא דבר שטיא כ"ש לדברי התוס' אין ממנה ראיה ע"כ. וע"ז כ' הפרמ"א ז"ל שנדו ממנו ושותא דמר לא ידענא דהא לפי דבריו של לוקח ע"י שטר הועמדה בידו להההיא זכותא אלא שיש ספק אי מהימן ע"פ חזקתו דומה להההיא דרבה דע"י שטר כשר הועמדה בידו אלא שיש ספק אי מהימן ע"י מיגו ומה לי מיגו מסופק ומה לי חזקה מסופקת ע"כ:

ואהמ"ר ונשיקת הרצפה לא יכולתי להלום דבריו ולא ידענא מא קא קשיא ליה על רבינו מהרימ"ט כי כפי מה שפירשנו אנן בעניותין בכוונת דבריו. הא ודאי דלשטתיה לא דמיא ההיא דהרשב"א להההיא דרבה. וכבר ביארנו כל הצורך אין צורך לכפול הדברים:

איך שיהיה. הדרן למאי דאתן עלה. דמהרימ"ט ז"ל תריץ אהרשב"א ז"ל וז"ל. ונ"ל שאף הרשב"א לא למד הימנא אלא לענין שבא מחמת טענת מכר דנקט שטרא בידיה לומר דמאחר שבאמת מכר בשטר הרי עמד הקרקע בחזקתו. ולא נפל לנו ספק במחלוקת של חכמים אלא אם יכול לחזור ולומר סבור הייתי שאני יכול לקבל. ועכשיו איני יכול לקבל אמרינן ארעא דקיימא עד השתא תיקום ומספיקא לא מבטלינן זכותו שהחזיק עד עתה ברשותו. דאפי' תימא שהקרקע מעיקרו בחזקת בעליו עומד. מ"מ הו"ל השתא כמאן דתפיס במטלטלי שכ' הרא"ש שם בכתובות דמהני דלא דמי לתקפו כהן. משום שתפס קודם שנולד הספק א"כ לפי שטוען בריא. וכאן איכא תרתי שתפיסתו ברשות בעלים קודם שנולד הספק שחזר בו בעל החצר. והו"ל תפוס בטענת בריא. אבל היכא

דבא שלא מחמת טענה אלא מכח סבלנות בעלמא ובזה נחלקו שלא עלתה לו חזקה וכו' אף כאן החצר ידוע ובעל החלון אינו טוען בריא שמחל לו בפירוש ומפני הסבלנות אינו יכול להתחזק בה וכו' ע"ש:

מעתה נובין ונדון למאי דאנן קיימין ביה. דאף למאי דכתבינן לעיל דלא דמי האי גוונא דידן להההיא דרבה. כפי חילוקו דמוהרימ"ט ז"ל. מ"מ הא דמיא להההיא דהרשב"א למאי דפריש מהרימ"ט גופיה. שהרי נכנסו בקרקע ברשות מכח שטר המתנה. וא"כ היכא דאיכא פלוגתא דרבוותא אמרינן דהו"ל כמאן דתפיס במטלטלי שהרי תפס ברשות הבעלים קודם שנולד הספק שבא המערער. וכההיא דהרשב"א לדעת מהרימ"ט ז"ל. וגם בנדון מהרש"ג ז"ל יכולים אנו לומר כן:

ובפרט לדידן דגרירנא בתר מר"ן ז"ל דודאי לא ס"ל כהאי חילוקא דמהרימ"ט ז"ל ומ"ר ניהו גופיה יודה בזה. דהא כתבינן לעיל. דאיהו גופיה כתב דדעת מר"ן דפסק יש חזקה להיזק ראיה. הוא משום דס"ל כרשב"ם ז"ל. ומהרימ"ט בתשו' זו דסי' ע"ה כ' דכה"ג דפלוגתא זו דהיזק ראיה. מרה קמא הוא המוחזק אף לדעת רשב"ם ז"ל דלא דמיא לדרבה אלא לדבר שטיא. ואף להרשב"א דוקא בבא מחמת מכר. אבל לא בבא מחמת סבלנות שראה ושתק. דבפלוגתא זו לא החזיק. ואלו מר"ן ז"ל פסק בהיזק ראיה חזקה אף בבא מחמת סבלנות וכמ"ש בסי' קנ"ד ס"ז או שראה הניזק ולא ערער. א"ו דמר"ן ס"ל כדעת התוס' דההחילוק הוא לשיטת רשב"ם בין ספיקא דתרי ותרי לספיקא דפלוגתא דרבוותא. ומ'ר ניהו אזיל ופסיק כדעת רשב"ם ז"ל דבפלוגתא דרבוותא ארעא בחזקת מאן דקיימא השתא תיקום:

אחר כותבי חזי הוית לה' עין משפט ז"ל סי' ד' דפ"ח ע"ג שכ' וזל"ה. התוס' ס"ל דלא מחלקינן בין ספיקא דעלמא להיכא דהוי ספיקא דדינא כמאן הלכה וכן נראה דס"ל להב"י סי' פ"ג ס"ה דפירש הסוג' דבתרא דעובדא דרבה ורב יוסף דאמר רב אידי ארעא היכא דקיימא תיקום לענין דינא דמיגו להוציא לא אמרינן וכיון דפירש ההיא סוגייא הכי ולא לענין ספיקא שוב לא משכחנא בשום מקום לחלק בין ספיקא דדינא לשאר ספיקי דעלמא וכו'. ע"ש:

ואהמ"ר ונשיקת הרצפה לא זכיתי להלום דב"ק. דלא יצדקו דברי הרב. אלא אם היה מר"ן הב"י איירי בנותן טעם אמאי דפסיק רב אידי הלכתא כרב יוסף בזוזי וקא יהיב טעמא משום מיגו. אבל מר"ן לא איירי בטעמא דרב אידי. אלא קא יהיב טעמא אעיקרא דדינא אמאי פליג רב יוסף ארבה. ואציג לפניך את דברי מר"ן הב"י ז"ל דכתב אדברי רבינו בעה"ט ס"ה דאיירי בהאי דינא דזוזי דפ' חזקת וז"ל. מעשה ואפליגו בה רבה

ורב יוסף ואסיקנא דבשטר הלואה הלכתא כרב יוסף דאמר אמאי סמכת אהאי שטרא חספא בעלמא הוא וכ' התוס' שי"א שהטעם שאין אנו אומרים מגו דאי בעי אמר אינו מזייף נאמן לומר שטרא הוה לי ואירכס משום דמיגו לאפוקי ממונא לא אמרינן ור"י אומר דהיינו טעמא דלא אמרינן מיגו כי האי כיון דליכא מיגו אם לא שישקר תחילה כי הכא שהוצרך לשקר תחילה ולומר שטרא מעליא הוא והיינו דאמר רב יוסף אמאי קא סמכת אהאי שטרא כלומר במה אתה רוצה לזכות בשטר זה האי שטרא זייפא בעלמא הוא והואיל וכן הוא אין לנו להאמינו במה שהיה יכול לשקר יותר ממה שהוא משקר שהוציא שטר מזויף בב"ד ע"כ. והנה מ"ש הב"י. וכתבו התוס'. לא קאי אמ"ש ואסיקנא דבשטר הלואה הלכתא כרב יוסף. אלא קאי אמאי דקאמר רב יוסף אמאי סמכת וכו'. שהרי דברי הב"י הללו הם לקוחים מהתוס' שם בד"ה אמאי קא סמכת וכו'. דהתם קא מקשי ארב יוסף אמאי פליג ארבה בההוא עובדא דארעא וליהמניה במגו דאי בעי אמר שטרא מעליא הוא ותירץ ריב"ם דלא אמרינן מגו להוציא ור"י חולק משום דאין לשון רב יוסף מורה על פירוש זה ותירץ משום דלית הכא מגו אא"כ שקר א"נ משום דהוי חוזר וטוען. ע"ש ובהרא"ש. וכל דבריהם בדיבור זה הם בנותן טעם לרב יוסף דאמר אמאי קא סמכת וכו' ולא מהימנן ליה במיגו. וגם רשב"ם בד"ה אמאי קא סמכת בא לכלל ישוב כי היכי דלא תקשי לרב יוסף. לך נא ראה. אלא דהתוס' לא ניחא להו בטעמא דידיה כמבואר כ"ז בהרא"ש ודברי התוס' הללו הן הן הדברים הנאמרים בב"י שם. וכל פלוגתייהו דר"י ורשב"ם. הם בטעמא דרב אידי כמבואר שם בד"ה והלכתא. וא"כ מהיכן הוכיח הרב דמר"ן אזיל בשיטת ר"י. ונהפוך הוא דמדברי מר"ן הללו יש להוכיח דאזיל בשיטת רשב"ם. משום דיש להקשות דלדעת ר"י דטעמא דרב יוסף דלא המניה במיגו הוא מהני תרי טעמי הנז' ונמצא דלרבה דקא סבר מהימנן ליה במיגו לא חייש להנך טעמי וס"ל דמיגו טוב הוא. ורב אידי דפסק הלכתא כרבה בארעא. לאו מספק. אלא לגמרי. אכן בזוזי הלכתא כרב יוסף משום דהוי מיגו להוציא ולא מהנך טעמי דרב יוסף דלא מתוקמי אליבא דרבה. ואי הב"י ס"ל כשיטת ר"י לא הו"ל להביא גבי האי דינא דזוזי הני טעמי דקא יהיב ר"י אליבא דרב יוסף. דלדידיה לא מתוקמי אליבא דרבה. אלא הך טעמא דמיגו להוציא וכו'. אך אי נימא דמר"ן אזיל בשיטת רשב"ם ניחא. דלדידיה לאו לגמרי פסק רב אידי כרבה. אלא משום דמספקא ליה. ובארעא לא חיישינן להנך טעמי כרבה. ובזוזי חיישינן להו כרב יוסף. וכ"ז פשוט הוא. ודברי הרב עין משפט תמוהים וצ"ע:

ועיין להש"ך סי' פ"ג שכ' אדברי התוס' הנז' וזל"ה. והיינו לפי פירושם שכ' דלא מספיקא פסק רב אידי הכי. אבל אין פירושם מוכרח. דנהי דבקרקע לא מהני תפיסא בספיקא דדינא ומוקמינן לה בחזקת מרה קמא וכמ"ש בספרי תקפו כהן באריכות. י"ל דהכא היה נראה לרב אידי סברתו של רבה יותר אלא שלא היה בידו להכריע לכך פסק בקרקע כרבה ולא רצה לעשות מעשה להוציא מהלוקח נגד סברתו של רבה וזה דעת רשב"ם שכ' דמספקא ליה לרב אידי הלכתא כמאן וכו'. ע"ש. ולפי דבריו אין למדים מההיא לשאר פלוגתא דרבוותא אפי' לדעת רשב"ם. דדוקא הכא הוא דאמרינן כיון דאיכא פלוגתא ארעא היכא דקיימא תיקום משום דדעת רב אידי היתה נוטה יותר לדעת רבה. וא"כ אף אנן נמי נימא דאפשר דגם מר"ן יסבור כן. ולפ"ז אין להוכיח מדברי הב"י הנז' דס"ל דבפלוגתא דרבוותא אמרי' ארעא היכא דקיימא תיקום. דהגם דנימא דמדבריו מוכח דאזיל בשיטת רשב"ם דסבר האי דפסק רב אידי הלכתא כרבה הוא מספיקא וכמש"ל. מ"מ אין ללמוד ממנה למקום אחר:

ואולם מההיא דפסק מר"ן יש חזקה להיזק ראיה דמינה הכריעו מהרימ"ט ז"ל ודעמיה דדעת מר"ן כרשב"ם וכמש"ל. יש להוכיח דדעת מר"ן בפירוש רשב"ם דלא כהש"ך ז"ל. דהא חזינא ליה דקאמר לה אף בשאר פלוגתא דרבוותא. וכן מוכח נמי גם מההיא תשובת הרשב"א שהביא הב"י סוס"י קנ"ד גבי שטר אי מועיל בקוטרא וב"ה דפליגי ר"ת ורבוותא כמש"ל:

אכן ראיתי לה' עין משפט ס' ד' דפ"ח ע"ג שנטה לפרש כפי' הש"ך והב"ד ונסתייע ממנו. ומתוך דבריו כ' וכן הרשב"א מפני דחייש לדברי רבותיו ורוב חכמי ישראל סמך על דבריהם להניח הדבר כמות שהוא ולעולם דס"ל דבעלמא היכא דהספק שקול אף בפלוגתא דרבוותא מוקמינן לה בחזקת מרה קמא. ואף דמסגנון דבריו משתמען מלוהי דהדר ביה דכ' הן אמת דלפי דברי התוס' ליכא למימר הכי וכדמשמע מדברי הש"ך אלא ס"ל דכל היכא דאיכא פלוגתא דרבוותא מוקמינן בה מי שהוא השתא וכן משמע דס"ל להרא"ש ז"ל בההיא שהיה שם דבר הניזק כ' הר' יונה דהוי חזקה אם בא בטענה שמכר לו או שנתן לו רשות לעשות והוא הולך לשיטתו שהוא פסק כרב אלפס שאין המזיק רשאי לסמוך אע"פ שאין שם דבר הניזוק וכיון שהיה יכול למחות ולא מיחא הוי חזקה. אבל א"א הרא"ש ז"ל כ' שאין להם חזקה לפי שלא היה יכול הניזק למחות כדברי ר"ת שכל דבר רשאי לסמוך כשאין שם דבר הניזוק וכיון שלא היה יכול למחות בו אין לזה חזקה ע"כ:

הרי דלהר' יונה דס"ל כהרי"ף דאינו רשאי לסמוך אף כשאין שם דבר הניזוק ולדידהו יכול למחות כיון דלא מיחא הוי חזקה. אף דאיכא ר"ת ורבוותא דפליגי וס"ל דאינו יכול למחות. ואף דהרא"ש ז"ל לא פליג אלא משום דאיהו גופיה ס"ל כר"ת כמ"ש בטור שם סי' מ"ח. ואמאי והא יכול הניזק לומר סבור הייתי כר"ת שאיני יכול למחות ולזה לא אסיק דעתי למחות. וכההיא דהפ"מ דכ' דכיון דאיכא מ"ד שהמכירה מכירה אפשר שרחל סברה שכך הוא הד'ין במוחלט. ועי' קידושין יג' פריך רב אחאי. ובהר"ן שם ובש"ך ח"מ ס"ו סקנ"ו:

מעתה נדעה נרדפה לחוות דעתינו בהאי מתנתא. דאשכחנא בה דהנותן נתן כל נכסיו קו"ט וכו' ולא הקנה כל דבר לפי קניינו. אלא בחדא מחתא מחתינהו הכל כאשר לכל בקנין סודר. והגם שמעלת ידידינו הרה"ף כמוהר"ם ן' ג'ו הי"ו שרטט וכתב כי הנה כעת לא נמצא מטלטלין ולא שטרות וכו' רק קרקעות ותול"מ. מ"מ כיון דבשעת המתנה נתן הנותן הכ"ל בק"ס לחוד. הא איכא למ"ד דבהתבטל מקצת המתנה. יתבטל הכל כאשר יתבאר להלן בע"ה. ועוד בה דקא זכי לה בלשון תזכה דקי"ל דאין לשון זה מועיל בבריא כמ"ש בסי' רנ"ג לס' שניה. וכבר פקחו עיניהם ע"ז חו"ר צפרו יע"א וזת"ד. והנה לכאורה היה נראה לסתור ולבטל מתנה זו מכמה טעמים. א' דלשון תזכה אינו מועיל בבריא וכמ"ש מר"ן בחומ"ש סי' רנ"ג ס"ג לדעת י"א בתרא דנקטינן כוותייהו כפי הכלל המסור בידינו. ועוד ממ"ש מור"ם סי' ר"ג סיו"ד וז"ל החליף מעות או מ"ט או מעות וקרקע ביחד. י"א הואיל וחליפין אינם קונים במעות נתבטל כל הקנין. וי"א דכל הקנין קיים וי"א דקיים אצל הקרקע והמט"ל ובטל אצל המעות ע"כ וא"כ בנ"ד נמי לדעה קמייתא נתבטל כל הקנין שהרי בקנין הקנה מה שקנה כבר ומה שעתיד לקנות ואין הקנין מועיל למה שעתיד לקנות והיורשים שהם מוחזקים בכל הנכסים מהת' יכולים לומר קי"ל כדעה קמייתא דכיון שנתבטל מקצת הקנין נתבטל כולו. ומסקנת מילתייהו דלשון תזכה הכתוב בשטר המתנה מועיל שפיר לכ"ע אף בבריא דלא אמרו שאין לשון זה מועיל בבריא אלא משום דמשמע להבא והוי קנין דברים כמו שיראה המעיין בהטור וב"י לשם. וא"כ הכא בנד"ד כיון שהקנה בלשון חיוב הרי הקנין חל על גופו מיד וכ"כ הסמ"ע בסי' ס' והש"ך לשם סקכ"ד. ובר מן דין הרי כתוב בשטר המתנה תזכה מעו"מ. ובמעכשיו ליכא מאן דפליג וכבר כ' כ"ז ה' ויאמר יצחק ז"ל ח"מ סי' קצ"ה יעו"ש. ובאידך טעמא כתבו דאין כאן מקום לומר קי"ל לא מבעיא למאן דתלי ההיא דמור"ם בפלוגתא דתלמודא בקני את וחמור דודאי לא מצו היורשים לומר קי"ל כדעה קמייתא נגד דעת מר"ן שפסק בסי' ר"ט להדייא דקנה מחצה. אלא אפי' לדברי האומרים דההיא דמור"ם

ז"ל שנייא היא כמו שיראה המעיין בסה"ק לרבני האחרונים ז"ל. מ"מ מאחר שראינו למור"ם ז"ל בסי' ר"ט דהוא אתריה דהאי דינא טפי לא הביא אלא ס' האומרים דקנה מחצה כמ"ש בס"ד. נראה שכן הכרע מסברא דנפשיה. וכ"כ הסמ"ע בסי' ר"ג סקי"ט. וא"כ לא מצו היורשים לומר קי"ל כנגד הכרעת מור"ם ז"ל לדידן דקי"ל כוותיה דמ'ר במקום שאינו חולק ע"ד מר"ן ז"ל. ובר מן דין הלא תראה לה' בעי חיי ז"ל בח"ב סי' נ"ז שהביא מחלוקת האח' ז"ל בענין זה די"א דאין המוחזק יכול להשען על דברי האומר דלא קנה כלום דס' יחיד היא וי"א דיכול לומר קי"ל והוא ז"ל העלה להלכה דבקרקעות לא מצי למימר קי"ל ובמט"ל מצי למימר קי"ל ע"ש. עכת"ד:

הנה ההיא דהמרדכי ז"ל הביאה גם מר"ן ז"ל בב"י סי' ר"ג. אלא דלדידן אין אנו צריכין לכ"ז. דהכלל המסור בידינו דיש ויש הלכה כבתרא. הוא בין בדברי מר"ן בין בדברי מור"ם שאנו נגררין אחריהם. שהי"א שהביאו באחרונה הכי נקטינן אפי' היא שלישת. ואם לדידהו לא ס"ל הכי הו"ל לפרש לדבריהם שאין המערב נגרר אחריהם:

אלא דכ"ז לא יגהה מזור למאי דאנן קיימין ביה. דאף דנימא דסמי מכאן ההיא פלוגתא דרבוותא שהביאו המרדכי ומור"ם ז"ל מהטעמים הנז'. מ"מ אכתי לא איפרק וריעא מתנתא דא לדעת מר"ן. ונציע הדברים בקצרה. דבפ' מ"ש ד' קמ"ג ע"א פליגי אמוראי באומר קני את וחמור דרב נחמן אמר קנה מחצה ורב הממונא אמר לא קנה כלום ורב ששת אמר קנה הכל. והרמב"ם בפ' כ"ב מהל' מכי' פסק כרב נחמן משום דקי"ל כוותיה בדיני. וכ"פ מר"ן בח"מ סי' ר"י ס"ג. ובפ' האיש מקדש ד' נ"א פליגי אביי ורבא בקידושין שאין מסורין לביאה. ואביי סבר דהוו קידושין. ופריך רבא לאביי ממתניתין דהתם דקתני מעשה בחמש נשים ובהם שתי אחיות ואמר להם הרי כולכם מקודשות לי בכלכלה זו ואמרו חכמים אין אחיות מקודשות. אחיות הוא דאינם מקודשות הא נכריות מקודשות היכי דמי אי דאמר להו כולכם. קני את וחמור הוא. וקני את וחמור לא קנה. אלא דאמר להו אחת מכם וקתני דאין אחיות מקודשות. ומשני אביי בדאמר הראויה לביאה תתקדש לי דהשתא ודאי אין אחיות מקודשות. וכ' הר"ן ז"ל בפ' האיש מקדש וז"ל והרי"ף ז"ל לא הביא מזה וכ' משנתינו כצורתה ולא העמידה באומר הראויה מכם לביאה תתקדש לי וטעמו ז"ל משום דלא אצטריכנא לאוקמה בהכי אלא משום פירכא דאת וחמור הוא כלומר ותקשי למ"ד לא קנה ואע"ג דקי"ל קנה אשכחן דכוותה פירכא אליבא דלאו כהלכתא ומיהו לדידן דקי"ל דאת וחמור קנה מחצה מתוקמא לן מתני' אליבא דקי"ל כוותיה כפשטה בדאמר כולכם ולא קשיא לן מידי אבל בעל הלכות והרמב"ם ז"ל בפט' מה' אישות העמידו משנתינו דוקא באומר הראויה מכם לביאה

מקודשת לי הלא"ה אין אחת מהם מקודשית ויש לתמוה למה. ונ"ל שהם סוברים דהכא אליבא דהלכתא מקשינן דאפי' לדידן דקי"ל קנה מחצה הכא לא מקדשא חדא מנייהו משום דבשלמא במקנה איכא למימר שדעתו הוא שיקנה מי שיוכל לקנות שאין טעם לומר שמפני שזה אין לו יד לקנות שלא יקנה מי שיש לו יד. אבל מקדש זה קונה הוא אותם נשים בכלכלה של תאנים ולא נתנה להם אלא כדי שיזכה בכולם שכן דרך הלוקח ליקח רע ויפה כאחת משום יפה ומוכרין יעשו פשרה ביניהם וכשם שלוקח ממוכר אחד יכול לומר כל מקחי אני רוצה ולא חציו בחצי דמיו כדמוכח בפ' בית כור וכו' כך ראוי שיהיה הדין בלוקח אחד משני מוכרין ע"כ:

ובהרא"ש פ' האיש מקדש כ' ויש מחלקין דהתם דמפיק להו בתרי ואמר את וחמור קאמר רב נחמן דקנה מחצה אבל הכא דבחדא לישנא מפיק להו דאמר כולכם מודה רב נחמן דלא קנה. ע"כ:

ורבינו בעה"ט אה"ע סי' מ"א כ' היו עמהם נכריות ואמר כולכם מקודשות לי וקבלה אחת מהן בשביל כולם להרי"ף אחיות אינן מקודשות ונכריות כולן מקודשות ולבעל הלכות אף נכריות אינן מקודשות וכו':

ורבינו הב"י ז"ל הביא דברי הר"ן והרא"ש ז"ל הנז' ואח"ך כ' ומ"ש להרי"ף וכו' ולבעל הלכות וכו' כבר נתבאר טעם מחלוקתם בסמוך:

ובש"ע כתב ואם אמר כולכם מקודשות לי נכריות מקודשות. ואחיות אינן מקודשות. וי"א שאף נכריות אינן מקודשות. הלכך נכריות מקודשות מספק. ע"כ. וס' א' היא ס' הרי"ף ז"ל דס"ל דבכל גוונא סבר רב נחמן קנה מחצה וההיא סוגייא דפרק האיש מקדש לאו אליבא דהלכתא היא. וס' ב' היא דעת הרמב"ם ז"ל דס"ל דבההיא מודה רב נחמן או מטעם הר"ן ז"ל או מטעם הי"מ שכתב הרא"ש ז"ל. ומאחר דמר"ן ז"ל ס"ל גבי קידושין דנכריות מקודשות מספק. ממילא אתה למד דלענין ממונא ס"ל דאין להוציא מיד המוחזק:

ולכאורה יש לתמוה. שהרי מר"ן ז"ל בב"י כ' וז"ל. ומ"ש רבינו שהרא"ש כ' כרב אלפס אינו נראה בעיני שהרי הרא"ש לא הכריע בין ב' הסברות ע"כ. והנה מוכרחין אנו לומר דדעת מר"ן היא. דהרא"ש ס"ל כבעל הלכות והרמב"ם ז"ל. והגם דמשתמען מלוהי בב"י דלא מכרעא ליה מילתא כמאן פסק הרא"ש ז"ל. מ"מ א"א לפרש כן. שהרי כ' בב"י ח"מ סי' ה' אמ"ש הטור וכן היא מסקנת א"א הרא"ש ז"ל הוא ממ"ש דעת ר"ת ור"י בתחילה ואח"ך דעת רב אלפס ומאחר שהביא דעת רב אלפס לבסוף משמע ליה שכך הוא מסקנתו. ע"כ וכ"כ בכמה מקומות כידוע. ומדברי מר"ן הללו היה אומר הרה"ג הרשב"א

ז"ל יש סמך לכלל המסור בידינו בדעת מר"ן עצמו בפסקיו שבכל מקום שכותב י"א וי"א הלכה כי"א בתרא כאשר ראיתי שכתב כן הרב עדות ביהוסיף סאמון ז"ל ס' נ"ט ד' ס"ב ע"ד וא"כ הו"ל למרן להקשות דאדרבה דעת הרא"ש ז"ל כבעל הלכות שהרי בפ' האיש מקדש הביא בתחילה דעת הרי"ף ושוב כ' סברת בעל הלכות ור"י והיש מחלקין דכולהו לא ס"ל כהרי"ף ז"ל. וכמו שכן הקשה הב"ח ז"ל על הטור ז"ל דבפסקיו משמע דמסקנתו כבעל הלכות ע"כ. אלא ודאי צ"ל דכוונת מרן היא. דכיון דלא הכריע הרא"ש ז"ל להדייא כהרי"ף ז"ל. א"כ הדרינן לכללין דדעתו כס' בתרא. אלא דלפום ריהטא לא כ"כ להדייא. אבל אין כוונתו לומר דכיון דלא הכריע להדייא כהרי"ף נשאר הדבר בספק ולא מכרעא דעת הרא"ש ז"ל. דא"א לומר כן אחר שכ' ס' ההלכות באחרונה ונמצא לפ"ז דדעת מר"ן ז"ל. ודעת הרא"ש ז"ל כדעת הרמב"ם ז"ל שהיא כדעת בעל הלכות ז"ל. וא"כ הוו ליהו תרי מיגו תלתא עמודי הוראה. וא"כ אמאי פסק בש"ע דנכריות מקודשות מספק דחייש לדעת הרי"ף ז"ל. והלא כללא כייל לן מ'ר דכל היכא דאיכא תרי מגו תלתא עמודי הוראה הכי נקטי' ואפי' להוציא. ועי' באה"ע ס' כ"ח סט"ו גבי התקדשי לי בשכר מלאכה זו שכ' בסתם דאינה מקודשת שהיא ס' הרי"ף והרמב"ם ז"ל. ושוב כ' וי"א שהיא מקודשת שהיא דעת הרא"ש ז"ל ולא הכריע לומר שהיא מקודשת מספק. ואפשר דמר"ן ז"ל חייש ליק'ר סהדותא דרבינו הטור שכ' וא"א הרא"ש כ' כהרי"ף. דאפשר עינא דשפיר חזי באיזה תשו' הרא"ש ז"ל כ"י אשר עינינו לא ראו. והגם דדחיק ורחיק לומר כן. דלפחות הו"ל להעיר עמ"ש הרא"ש ז"ל דברי בעל הלכות באחרונה. מ"מ ההכרח לא יגונה ולכך כ' מר"ן דנכריות מקודשות מספק:

ולדידי חזי לי דאפשר לישב דברי הטור ז"ל כי היכי דלא תקשי עליה קושית הרב"י והב"ח ז"ל. והוא ע"פ מה שהשרישנו ה' יד מלאכי ז"ל בכללי הרא"ש ז"ל אות כ"ח שהרא"ש ז"ל ברוב דבריו נמשך אחר הרי"ף אם לא שחולק עליו בפירוש. ע"ש שכ"כ משם רבוותא מהאחרונים ז"ל. וא"כ נאמר דדעת הטור כן היא. דמאחר שכ' הרא"ש ז"ל דעת הרי"ף ז"ל ולא חלק עליו להדייא. הרי כאלו הכריע להדייא כדעת הרי"ף. ולכך לא איכפת ליה במה שהביא ס' ההלכות לבסוף:

וחזיתיה לה' קרבן נתנאל ז"ל בפ' האיש מקדש שכ' ורבינו שם בפ' מ"ש סי' ו' לא נחית לחלק בזה ש"מ דהסכים עם רב אלפס וכמ"ש הטו"ר אה"ע סוס"י מ"א ובזה נסתלק תמיהת הרב"י והב"ח ז"ל. ע"כ:

ואינו מוכרח. שהרי גם הרמב"ם ז"ל בהל' מכירה פכ"ב פסק בהחלט דקנה מחצה ולא חילק כלום. ואפ"ה אמרינן דדעתו דיש לחלק מדכתב בפ"ט דאישות דוקא באומר

הראויה וכו'. א"כ גם בהרא"ש ז"ל נאמר כן דאע"ג דב"פ מ"ש כ' כלשון הש"ס ממ"ש וכ' והלכתא כרב נחמן בדיני ולא נחית לחלק מידי. מ"מ הרי בפ' האיש מקדש שהוא מקור לחלק. ביאר כל הצורך. ואין ראיה מדסתם. ולא חילק בפ' מ"ש. דס"ל כהרי"ף. אחר שביאר כאן בפ' האיש מקדש והביא ס' ההלכות באחרונה. ולדברי ה' קרבן נתנאל ז"ל. קשיין דברי הרא"ש אהדדי. דבפ' האיש מקדש ס"ל כההלכות מדהביא דבריו באחרונה. ובפ' מ"ש ס"ל כהרי"ף ז"ל. ועוד אמאי הטור חשיב משמעות דברי הרא"ש ז"ל דב"פ מ"ש לעיקר יותר מדבריו דפ' האיש מקדש שהביא דברי ההלכות באחרונה דמשתמען מלוהי שכן היא דעתו להלכה כס' האחרונה. וכי תימא דזו אינה קושיא. דכיון דסדר נשים קדים לס' ניזקין. אמרינן דמסתמא הרא"ש ז"ל למד מס' קידושין תחילה. ולזה מ'ר קא חשיב דמשמעות דבריו דפ' מ"ש לעיקר. יען כי הם דבריו האח' מ"מ הרי כ' ה' יד מלאכי בכללי הרא"ש אות ל"ד דאפשר דהרא"ש למד ס' נזיקין קודם לס' מועד דאין סדר למשנה מזמן התנאים מכ"ש בפוסקים. ע"ש שכ"כ משם ה' חוט השני סי' צ"ו והכנה"ג בכללי הפוס' אות פ"ה בשם תשו' מוהריק"א. ואולם למ"ש הרב שם בשם הרב שדה יהושע ארש"י ז"ל דמסתמא פירשה באחרונה. מיתרצה הא:

והנה מההיא סוגיא דפ' האיש מקדש. קשיא לי על רבינו הכנה"ג בח"מ סי' ר"י הגה"ט אות זין דקשיא ליה על רבינו הטור שבחו"מ סתם כהרמ"א ז"ל דאפי' הוכר העובר חשיב דשלב"ל ואלו באה"ע סי' מ' גבי קידושין הביא פלוגתא בזה דלהרמב"ם ז"ל מקודשת ולהרמ"א אינה מקודשת. ואסיק אדעתיה לחלק בין קידושין לקנין. וחזר בו משום דבתשו' הרא"ש ז"ל כלל ק"ב סי' יו"ד כ' שמהר"ר יחיאל היה רוצה לומר דאם הוכר עוברה הוי דבר שבא לעולם מדאמרי' בקידושין אליבא דראב"י דהלכתא כוותיה ל"ש אלא דאין אשתו מעוברת אבל אשתו מעוברת מקודשת והרא"ש ז"ל דחה דבריו וכ' דלא קי"ל הכי אלא כרב נחמן דלדידיה אפי' כשהוכר עוברה הוי דשלב"ל ומדברי שניהם נלמד שאין דעתם לחלק בין לקנין לקידושין דאם איתא דמחלקין בין קנין לקידושין מה ראיה מביא רבינו יחיאל מקידושין לקנין גם הרא"ש הוצרך לדחות משום דלא קי"ל הכי. אפי' דקי"ל הכי. קידושין שאני. ומזה חזר לקושיתו על הטור:

ואהמח"ר לא ידענא אמאי הוצרך הרב להביא ראיה מרבינו יחיאל והרא"ש ז"ל. והלא תלמוד ערוך הוא דלא מחלקינן בין קנין לקידושין. מדקא פריך ליה רבא לאביי ממתני' דחמש נשים וכו' ואמרו חכמים אין אחיות מקודשות הא נכריות מקודשות היכי דמי אי דאמר להו כולכם קני את וחמור הוא וקני את וחמור לא קנה ומשני אביי בדאמר הראויה לביאה תתקדש לי. ואי. ס"ד דמחלקין בין קנין לקידושין. מאי קושיא. שאני קני את

וחמור דלענין קנין אתמר בפ' מ"ש ולכך לא קנה ולא ילפינן מינה לענין קידושין. דלגבי קידושין נימא דכ"ע מודו דקנה מחצה ולכך נכריות מקודשות. ואף אביי אמאי הוצרך לשנויי בדאמר הראויה וכו'. הו"ל לאוקומי מתני' כפשטה בדאמר כולכם ואפ"ה נכריות מקודשות ול"ד לקני את וחמור דלא קנה דקידושין שאני. ואפי' להרי"ף ז"ל ורבוותא דעמיה דס"ל דהאי שינוייא דאביי לאו אליבא דהלכתא הוא. היינו מטעמא דקי"ל כרב נחמן דקנה מחצה. ולכ"ע לא מחלקינן בין קנין לקידושין. וצ"ע:

איך שיהיה מר"ן בב"י פליג על הטור וס"ל דדעת הרא"ש ז"ל כדעת בעל הלכות והרמב"ם ז"ל דלאו בכל גוונא אמר רב נחמן דקי"ל הלכתא כוותיה דקני את וחמור קנה מחצה. אלא דיש לחלק או כחילוקו דהר"ן או כהיש מחלקין שהביא הרא"ש ז"ל שהביא דבריהם רבינו הב"י ז"ל. וא"כ הכי נקטינן כיון דתרי מגו תלתא עמודי הוראה ס"ל הכי. ואע"ג דגבי קידושין חיישׁ מר"ן בש"ע לדעת הרי"ף ז"ל. אפשר לומר דהיינו דוקא התם דמשום חומרא דקידושין לא רצה לסמוך על דעת עצמו שהרא"ש ז"ל ס"ל כהרמב"ם ז"ל כיון דרבינו הטור מ'ר בריה כ' להדיא שהרא"ש ז"ל כ' כהרי"ף ז"ל. אבל לגבי קנין לא כיון דדברי הרא"ש דפ' האיש מקדש מוכחים דלא כוותיה שהרי הביא דברי בעל הלכות באחרונה. וכמו שכן היא דעת הטו"ר גופיה בכמה מקומות. ואשנויי דחיקי לא ניקום ונסמוך:

ואף אם יד הדוחה נטויה לדחות. מ"מ נקוט מיהא דמאחר דמר"ן ס"ל בש"ע גבי קידושין דנכריות מקודשות מספק. ממילא אתה למד דלענין ממונא אין להוציא מיד המוחזק דכבר כתבנו דלא מחלקינן בין קנין לקידושין כדמוכח מהש"ס ומהפוס' הנז' ורבינו יחיאל והרא"ש והכנה"ג ז"ל דכל היכא דאמרינן בקנין קנה ה"ן בקידושין וכל היכא דבקנין לא קנה ה"ן לגבי קידושין. וכי היכי דבקידושין הוי קידושין מספק. ה"ן לגבי קנין אין להוציא מיד המוחזק:

ומעתה בין תבין במאי דאנן קיימין דכתוב בשטר והנשאר מכל הנכסים קו"ט וכו' כסף ושו"ך וכמד"ן הכל כאשר לכל תזכה בו מעו"מ וכו' תזכה בו אסתר וכו'. הרי כלל כל נכסיו במאי דאמר הכ"ל תזכה בו וכו'. וכיון דאפיק להו בחד מלה במאי דאמר הכ"ל. ה"ז דומה לאומר כולכם מקודשות לי לדעת הי"מ שהביא הרא"ש ז"ל והב"י ז"ל. ואולם לתירוץ הר"ן דס"ל לחלק בין קונה למקנה. לכאורה נראה לפי פשטן של דברים. דבנד"ד דבנותן איירי. אף להרמב"ם קנה מחצה. ומ"מ מידי ספיקא לא נפקא. דמאחר דמר"ן ז"ל בב"י בא בנותן טעם לדברי הרמב"ם ז"ל וע"ז הביא דברי הי"מ שכ' הרא"ש ז"ל ודברי הר"ן ז"ל. וא"כ מה שלמדנו מדבריו בש"ע דאזיל מר לחומרא דגם לענין ממונא לא מפקינן

מיד המוחזק. לא מכרעא לן מאיזה טעם סובר כן. אחר שהביא דברי שניהם בב"י. אי מטעם הי"מ שהביא הרא"ש ז"ל משום דאפיק להו בחד מלה וא"כ בנד"ד דכייל ליהו דאמר הכ"ל. נימא לדעת הרמב"ם לא קנה הכ"ל. או מאידך טעמא דהר"ן דמחלק בין קונה למקנה. וא"כ בנד"ד דבמקנה עסקינן. קנה מחצה אף לדעת הרמב"ם. ומידי ספיקא בדעת מר"ן לא נפקא:

ואולם כד דייקנא אשכחנה דגם לטעמיה דהר"ן. בנד"ד לא קנה כלום לדעת הרמב"ם ז"ל דמצינו למוהרימ"ט ז"ל ח"מ סי' נ"ב שהקשה על הר"ן וז"ל ולכאורה אין חילוקו ברור דמה בין מקנה לקונה שאם הקונה מקפיד ואינו רוצה לקנות זה בלא זה כדמוכח בההיא דכור וכו' גם המקנה יש לו להקפיד שאינו רוצה להקנות ולמכור אלא רע ויפה ביחד וכו' ונראה דהא דמפליג בין מקנה לקונה היינו בין מקנה לב' קונים לקונה מב' מוכרים שהקונה מב' מוכרים חשיב כקונה מא' מהטעם שכ' לפי שהלוקח לוקח כא' רע ויפה והמוכרים עושים פשרה ביניהם לפיכך נעשים כמוכר א' והלוקח אומר כל מקחי אני צריך אבל במוכר לב' בידוע שהקונים כל א' נוטל את שלו ואין ביטול קנין חבירו מעכב עליו לפיכך קנה מחצה ע"כ

הרי מבואר דס"ל להר"ן דבמקנה לא' כה"ג דידן הו"ל כקונה דלא קנה כלום. דדוקא במקנה לב' כההיא דאת וחמור דקנה מחצה. וא"כ בנ"ד לכולהו טעמי לא קנה כלום לדעת הרמב"ם ז"ל. ומר"ן חייש לה להך סברא שלא להוציא מיד המוחזק. וכבר כתבו חו"ר צפרו יע"א פעמים שלש בפס"ד דידהו דיורשי הנותן הם המוחזקים:

איברא דה' מהרימ"ט ז"ל שם כתב וזל"ה למדנו שאין להקנאה מקום שתתבטל כולה בהתבטל מקצתה אם לא כ"א מ"ב דרכים או שנאמר הואל וכלל בה דבר הברור וידוע שאינו נתפס בקניינו משטר היה בו כדברי הראב"ד ז"ל או שנאמר שיש קפידה למקנה שתהא כל הקנאתו קיימת ולא מקצתה והר"ן ז"ל ושאר רבוותא שחילקו בין מפיק להו בחד כלל למפיק בתרי פרטים אינם יוצאים מב' טעמים אלו או מטעם דקפדה או מטעם השטאה בדבר הברור. גם כ' שם וז"ל אין מקום לקפידא שתנוח אלא בהקנאה של מקח וממכר שהקונה רוצה שיהיה כל מקחו בידו כדכ' הר"ן ז"ל וגם המקנה אינו מקנה אלא ע"ד למכור הכל וליקח הדמים ביחד אבל בנותן מתנה בין לא' בין לב' אין סברא שיקפיד ויתלה של זה בזה כ"ש בנותן לא' נכסיו והיו בהם דברים שאין נקנין לא מצי למימר כסבור שהייתי קונה כולם נתתי וכי מתנה מרובה רוצה ליתן לו עכשיו אפי' מועטת לא יהיב ע"כ. עוד כ' שם ואחר דביררנו דגבי מתנה לא שייך אלא טעמא דהשטאה הכא בנ"ד נראה עוד דלא יוכל לומר שכוון להשטות דהשטאה לא אמרי' אלא באומר דברים

בע"פ אבל בכתי' חשיב טפי מאתם עדי וכו' כ"ש בנ"ד שקרא סופר ועדים וצוה לכתו' ולחתום ועוד שכתוב בשטר הוו עלי עדים וכתבו וחתמו בכל לשון של זכות וכו' גלי דעתיה דללשון של זכות נתכוון ולא ללשון של חובה וכו' ע"כ. והסכים עמו ה' מהר"י באסן ז"ל הוב"ד שם:

ומדברי ה' נלמוד לנ"ד דלא אמרינן בהתבטל מקצתה תתבטל כולה. והט' כיון דמתנה היא לא שייך טעמא דהקפדה. דאם מתנה מרובה רוצה כ"ש במועט ממנה. וגם אידך טעמא דהשטאה לא שייך. דאם בכתי' קאמר הרב. כ"ש בנד"ד דאיכא שטר גמור וגם כתוב בו בהקנאה וז"ג כדו"ך דלית נגר ובר נגר דיפרקיניה בכל חוזק ותוקף וכו' בכל אופן הנאות וצד המועיל כפה"ד וכתחז"ל. דכל משמעות לשון זה יורה יורה דלא נתכוון להשטות. כ"א לזכות נתכוון דומיא להההיא דמהרימ"ט ז"ל:

אכן חזיתיה להּ שע"א ז"ל ח"מ סי' כ"ו ד' נ"ה ע"ג שהביא דעת מהרימ"ט והסכמת מהר"י באסן ז"ל ושכן הסכים ה' אדמ"ק ז"ל. וכ' דגם בזה רבו החולקים וכמו שהוב"ד בתשו' חק"ל ח"מ מ"ב סי' י"ב ע"כ:

ומאחר דמידי פלוגתא לא נפקא ואיכא מ"ד דאף במתנה נמי לא קנה כלום. הדר דינא דאין מוציאין מיד המוחזק. וע"ע בשע"א שם ד' נ"ה ע"ב שכ' וז"ל. תו חזינן למעלת הרבנים הי"ו דאשכחו ריעותא אחריתי והם יוצאין בגרעון דאיכא בהאי שטרא מטעם דהקנה לנולדים ושאינם נולדים ורבו האומרים דמי שאינם נולדים ל"ק אפי' בלשון חיוב ושעבוד ויכולים היורשים לומר קי"ל ובפרט דכן הוא דעת מר"ן בש"ע סי' ס"א וכיון שאינם נולדים ל"ק גם הנולדים ל"ק משום דכל שזיכה לכולם בקנין אחד כשם שלא זכו שאינם נולדים גם הנולדים לא זכו וכמו שביטל מהרש"ח סי' טו"ב הוואקו"פ דנ"ד מהאי טעמא והגם דפסק מר"ן סס"י ר"י כמ"ד דקנה מחצה אינו אלא באפיק להו בתרי מילי הוא וחמור אבל בחד מלה חזינן למר"ן באה"ע סי' מ"א דאזיל מ'ר לחומרא להצריכה גט משום ספק איסור וא"כ לפי דעתו ג"כ בדיני ממונות לא מפקינן מיד המוחזק ע"כ. והשע"א ז"ל שם פליג עלייהו וכ' וזל"ה דאף היכא שכללם במלה אחת דעת רוב הפוס' דקנה מחצה וכמ"ש מהרימ"ט ח"מ סי' ה' ו' וב"ן וכמתבאר ג"כ מדברי הפוס' סי' ר"י וגם מר"ן דאזיל לחומרא באה"ע סי' מ"א וחייש מ'ר למ"ד דלא קנה כלום אין בידינו להכריע שהוא מטעם דכללם במלה אחת כדברי הי"מ שהביא הרא"ש ויתכן שהוא מאידך טעמא שהביא הר"ן שיש חילוק בין קונים למקנים וכמו שהביא שתי סברות אלו בב"י שם וא"כ עדיין יכולים אנו לומר דקאי מרן בשיטת רוב הפוס' הסוברים דגם במלה א' קנה מחצה

וסו"ס כיון שאין בידינו מופת חותך בדעת מר"ן מאי דעתו היכא שכללם במלה אחת אזלינן אחר הרוב וקנו הנולדים ע"כ:

ואסופא דמילתא כ' וז"ל ושוב ראיתי שכן פסק מר"ן להדיא בש"ע סי' ס"א ס"ד ויו"ד דגם היכא שכתוב בשטר לכל המוציאו סתם וכללם במלה אחת לנולדים ובלתי נולדים דשפיר קנו הנולדים וכמו שבא מפורש בדברי ה' תומים שם סק"ב ע"כ:

איברא שכ"כ ה' תומים וז"ל. ומזה ראיה דקני את וחמור אע"ג דחמור לא קנה הוא קני דאל"כ כיון דאמר סתם לכל המוציאו אף הנולדים אח"כ בכלל. וא"כ נימא מיגו דלא חל עליהם אף על הנולדים כבר לא יחול דהו"ל דקני את וחמור אלא שמע מינה דקני ע"כ:

ואהמח"ר לדידי חזי לי דמהא אין הכרע כלל. דהא אף מ"ד היכא דאפיק להו בחד מלה לא קנה. ה"ד היכא דידעינן בודאי דנתכוון להם דהיינו שפרט אותם תחילה ואח"כ כיילינהו דודאי בההוא כללא נתכוון לכל הפרט או כההיא דחמש נשים דהיו יושבות לפניו ואמר כולכם דודאי לכולם נתכוון. אבל בההיא דלכל המוציאו נוכל לומר דלכל המוציאו בנולדים קאמר. וחילוק זה מצאתיהו מבואר להדייא בתשו' ה' מהר"י הלוי ז"ל סי' ס"ו דאתשיל בנותן לאשתו הבית וכל נכסיו שבתוכה. וע"ז כ' הרב דדוקא היכא שהמקנה הזכיר בפי' בשעת הקנין מטלטלין ומעות אז לא קנה כלל דהוי ממש כאת וחמור אבל היכא שלא הזכיר כלל בלשונו מעות ושטרות וחובות רק כל נכסיו נוכל לומר מאי כל נכסי דקאמר אותם הנכסים הנקנין בקנין סודר וההיא דהי"מ שהביא הרא"ש בפ' האיש מקדש התם היו כולם לפניו ועמהן היה מדבר ורואה הוא אותם עכת"ד עש"ב. ודון מינה במכ"ש. דאם בנדון הרב דאמר הנותן הבית וכל נכסיו שבתוכה ואפ"ה קאמר הרב דנוכל לומר אותם הנכסים הנקנין בק"ס קאמר. וכ"ש בההיא דלכל המוציאו דקרוב הדבר לומר דל"ק אלא על הנולדים:

והרב משפט צדק ח"ב סוס"י יו"ד כ' וז"ל ואין לומר דמאחר דלא קנה השטרות לא קנה השאר ויאמר היורש קי"ל כמ"ש המרדכי באותו מעשה שכתבנו למעלה די"א דלא קנה כלום דדמי לאת וחמור וכו'. דיש לומר דבנד"ד יודו דשאני התם דפירשו מעות בפירוש אבל הכא לא קאמר רק נכסי סתם ואע"ג דבשטרות בכלל נכסי הוא לא קאמר רק בדברים שיועיל ולא בשטרות דלא יועיל ע"כ:

גם הרב שמחת יו"ט ז"ל סי' י"ז כ' וזל"ה כיון דאי אמרינן דכוון לבניו דאחר מיתה הרי כלל בדיבור א' הנולדים ושאינם נולדים ולא קנו מסתמא אמרינן דלא כוון כ"א לבנים דשעת חיוב ע"ש דאייתי ראיה לדבריו מהיא דה' משפט צדק הנז'. ועי' גם במשה"א סי' ס"א ס"ק דדחה דברי התומים דההיא דמיא לאת או חמור ולא לאת וחמור ע"ש:

ואף לדבריהם דרבנן דמדמין ההיא דלכל המוציאו לאת וחמור וקא סברי דדעת מר"ן היא דאף דאפיק להו בחד מלה אפ"ה קנה מי שיש לו יד לקנות ואפי' להוציא. וא"כ מוכרח לומר דמר"ן באה"ע דנכריות אינן מקודשת אלא מספק. היינו מאידך טעמא דהר"ן דמחלק בין קונה למקנה. ולמאי דפריש מהרימ"ט ז"ל בדברי הר"ן דבמקנה לא' הו"ל כקונה דלא קנה כמש"ל. צריכים לומר דההיא דלכל המציאו הוי כמקנה לשנים הנולדים ושאינם נולדים. וא"כ היכא דמקנה לא' לדעת מר"ן אין להוציא מיד המוחזק. דע"כ לא הכריעו מההיא דסי' ס"א. אלא דלא ס"ל כהנך י"מ שהביא הרא"ש ז"ל. אבל שנאמר דלא ס"ל כפי' הר"ן ז"ל לא. דאלת"ה קשה ההיא דאה"ע אמאי לא הוו קידושין אלא מספק. ובלא"ה אין להכריע מזה הפך חילוק הר"ן. דההיא דלכל המוציאו במקנה היא. באופן דאף לדברי ה' התומים והשע"א ז"ל. בנד"ד דעסקינן בנותן לא'. לדעת מר"ן לפירוש מהרימ"ט בדברי הר"ן אין להוציא מיד המוחזק. ואף דבמתנה לא פלטינן מידי פלוגתא מ"מ יכול המוחזק לומר קי"ל. ולס' חו"ר צפרו בפשוט. יורשי הנותן הוא המוחזק:

וחזיתיה להמשה"ר מ"ע ק' אות מ"א שכ' וז"ל קני את וחמור קי"ל דקנה מחצה כמ"ש בטוש"ע סוס"י ר"י ע"ש כ' הרמב"ם ז"ל בפ"ט מהל' אישות דה"מ כשאמר בשני ענינים חלוקים את וחמור אבל כלל שתיהן בב"א לא קנה ע"ש ועע"י בהר"ן והרא"ש ז"ל מיהו אנן בדידן דגרירי בתריה דמר"ן הש"ע וכבר נתבאר בחלק אה"ע סי' מ"א דלא ס"ל הכי וס"ל כמ"ד דסוגיית קידושין אדחייא מהלכתא ע"ש לא שאני לן ע"כ:

ואהמ"ר דברי תימא הם. שהרי מר"ן שם כתב נכריות מקודשות מספק. אלמא לא מכרעא ליה מילתא. ולכך אינן מקודשות אלא מספק:

והט"ז שם סק"ד כ' הלכך נכריות מקודשות מספק פירוש שכיון שיש כאן ב' עדות יש לנו להחמיר ע"כ. וצ"ע:

גם מ"ש חו"ר צפרו גבי לשון תזכה דהוי קנין דברים דבמעכשיו ליכא מאן דפליג וכן בלשון חיוב נמי דכיון שהקנה בלשון חיוב הרי הקנין חל על גופו מיד ובנד"ד הרי הקנה בלשון חיוב וכתוב בשטר המתנה תזכה בו מעו"מ וא"כ גם לשון תזכה הכתוב בשטר המתנה מועיל שפיר אף בבריא וכמ"ש כ"ז ה' ויאמר יצחק חח"מ סי' קצ"ו יעו"ש עכת"ד. עי' להכנה"ג ז"ל ח"מ סי' ר"ג בהגה"ט אות ל"ב שהביא פלוגתא בזה דלדעת מהרא"ש ז"ל סי' קל"ג והראד"ב ז"ל סי' קצ"ג וריי"ח דאפי' במעכשיו הוי קנין דברים. ושם באות ל"ג כ' דגם בהקנה בלשון חיוב מידי פלוגתא לא נפקא דלדעת מהרש"ך ח"א סי' ק"א ובח"ג סי' פ"ד ומהר"ש הלוי ח"מ סי' ה' דאפילו נשתעבד ונתחייב למכור וקנו מידו לא מהני דהוי ק"ד ועי' בכנה"ג אה"ע סי' נ"א אות ט' שדחה ראית מהרא"ש הלוי ז"ל. באופן

דכל מה שכתבו חו"ר צפרו לקיים המתנה. אחד הרואה ולבבו יבין דכ"ז מידי פלוגתא לא נפקא. ולדבריהם דכתבו בפשוט דיורש הנותן הוא המוחזק. א"כ ריעא מתנה זו וזה דבר השמט'ה מינייהו מלכי כל מאי דכתיבנא.

ואולם קושטא הוא. דבנד"ד אין יורשי הנותן קרוים מוחזקים דלא נוכל לומר בפשוט דהיורש הוא המוחזק ולא מקבל המתנה. אלא היכא דהקרקעות לאו ברשותיה דמקבל קיימי, אבל היכא דהקרקעות ברשותיה דמקבל ואית בדבר ספיקא דדינא דפלוגתא דרבוותא כה"ג דאנן קיימין ביה. באנו לפלוגתא דר""י ורשב"ם ז"ל. דר"י ס"ל אוקי ארעא בחזקת מ"ק. ורשב"ם ס"ל דארעא היכא דקיימא תיקום. כמבואר כ"ז למעלה עיין עליהם. וכבר כתבנו דלדעת ארבעה מלכים מהרימ"ט והמש"ל ומהרי"ך ומהרח"פ ז"ל דדעת מר"ן בש"ע כדעת רשב"ם וגם אנן בעניותין הכי מכרעא לן כמש"ל:

ואף אם באנו לחוש לס' הרב שהביא דבריו השע"א ז"ל והעין משפט ז"ל דס"ל דמר"ן אזיל בשיטת ר"י וכמש"ל ונימא דהשתא דמידי פלוגתא לא נפקא דאיכא מ"ד דדעת מר"ן ז"ל כדעת ר"י ז"ל ואיכא מ"ד דס"ל כדעת רשב"ם ז"ל א"כ לא מכרעא מילתא מי מיקרי מוחזק לדעת מר"ן ושכן היא דעת השע"א ז"ל דדעת מר"ן לא מכרעא. ועוד נחוש נמי לדברי קצת מן רבוותא דשקלי וטרי במחלוקת ר"י ורשב"ם ז"ל ואסופא דמלתייהו הם אמרו דכיון דפליגי מי נקרא מוחזק אזלינן אחר הרוב דעיקר הדין הגם שהוא נגד רוב מהחזקה כמש"ר להשע"א שם:

הנה בפלוגתא דק"ד אי מהני ביה לשון מעכשיו או לשון חיוב. הרואה יראה בהכנה"ג שם דרובא דרבוותא ס"ל דמהני. ובההיא פלוגתא דקני את וחמור. הגם דמצינו לריא"ז ז"ל הבי"ד השה"ג ומהר"י אסרלן סי' קע"ג דפסקו כרב המנונא דלא קנה כלום כמ"ש הפ"מ ח"ב סי' י"ד והמט"ש סי' ר"ג הגב"י אות ד' מ"מ רובא דרבוותא ומר"ן בהדייהו פסקי כרב נחמן דקנה מחצה דקי"ל כר"ן בדיני כמ"ש מהר"י הלוי סי' ס"ו. ובפרט לדידן דגרירנא בתריה דמר"ן ובההיא פלוגתא דהמרדכי שהביא מור"ם במפה. נבוכו בה רבני האחרו' בעיקר טעמא במאי פליגי הני רבוותא כאשר עיניך תחזינה מישרים בספרן ש"ץ. וחזיתיה לרבי' הכנה"ג בתשו' ח"ב סי' נ"ז שכ' וזל"ה והכא רוב הפוס' סוברים דקנה הקרקעות והמטלטלים אע"פ שלא קנה המעות. שהרי הסוברים דקנה ג"כ מעות סוברים דקנה הקרקעות והמטלטלים והו"ל רבים לגבי הסוברים דלא קנה אף הקרקעות והמטלטלים ע"כ:

ואהמ"ר לא זכיתי להבין איך הוכיח יוכיח מזה דהרוב הוא הסוברים דקו"ט קנה. דדילמא הסוברים דלא קנה כלום חל להיות בחשבונם יותר מכל בעלי שני הסברות

האחרות. והכרח הרב לא יצדק אלא אם היינו מונים רוב הסברות ולא רוב הסוברים. אבל אנו אין אנו מונים אלא רוב הסוברים ולא רוב הסברות. והגם דכ' מהר"י הלוי סי' ס"ו דאין המוחזק יכול לומר קי"ל כמ"ד לא קנה כלום משום דהוי סברא יחידאה ואע"ג דאתמר בלשון יש אומרים לא מקרי אלא חד סברא דאע"ג שהוא בלשון רבים אינו אלא ס' יחיד וכדאמרינן בגמרא אחרים אומרים רבי מאיר וי"א רבי נתן וכן ג"כ בלשון הכתוב ובני דן חושים ובני פלוא אליאב. מ"מ אפשר דמרובים הם אלא שהר' אתא לאשמועינן דנאמר גם על היחיד ולכך לא יוכל המוחזק לומר קי"ל כוותייהו דדילמא יחידאה היא, ונראה דלא שלטו מאורי אור עיני קדשו בדברי ריא"ז ומהר"י אסרלן ז"ל הנז"ל. ולפי הכלל המסור בידינו די"א וי"א הלכה כבתרא אין אנו צריכין לחקור אחר הרוב בפלוגתא זו אחר שהי"א בתרא ס"ל דקו"ט קנה:

ובההיא פלוגתא דהרי"ף והתוס' ורבוותא דאזלי בשיטתייהו עם בעל הלכות והרמב"ם ורבוותא דעמייהו דפליגי במלתא דרב נחמן דאמר קנה מחצה אי בכל ענין אמרה רב נחמן למילתיה וההיא סוגייא דפ' האיש מקדש לאו אליבא דהלכתא היא. או לא. מצינו להגאון מוהר"ר אליהו מווילנא ז"ל בהגהותיו על שו"ע אה"ע סי' מ"א סק"ד על דיעה ראשונה שהיא דעת הרי' וסיעתו. ציין עי' תוס' ב"ב קע"ג ע"א ד"ה ר"ן וכן היא דעת רוב הפוס' ע"כ. ולפום יקר סהדותא דהגאון רווחא שמעתתא. ובפרט בהצטרף דעת מהרימ"ט ומהר"י באסן ואדמ"ק כולהו תלתא ס"ל דאף להני רבוותא דס"ל דלאו בכל גוונא קאמר רב נחמן ומוקמי ההיא סוגייא דפ' האיש מקדש אליבא דהלכתא. דוקא במקח וממכר אבל לא במתנה. דהני חילוקי לא שייכי במתנה וכמש"ל:

ונמצא לפ"ז דאף דלדעת מר"ן ז"ל דס"ל דהנכריות מקודשות מספק וממילא גם לגבי קנין אין להוציא מיד המוחזק דקנין וקידושין שוין הן וכמש"ל. מתנה זו שרירא וקיימא. ולא מבעיא למאי דכתבינן לעיל דהעיקר הוא כדעת מהרימ"ט והמש"ל ומהרי"ך ומהרח"ף ז"ל דס"ל דדעת מר"ן היא כדעת רשב"ם ז"ל דס"ל דכל היכא דאיכא ספיקא דדינא דפלוגתא דרבוותא אמרי' ארעא היכא דקיימא תיקום. וא"כ בנד"ד אלו הבאים מכח מקבלת המתנה אחר שהקרקעות ברשותם מיקרו מוחזקים ואין להוציא מידם:

אלא אפי' לצד שנאמר דדעת מר"ן מידי ספיקא לא נפקא דהא איכא מ"ד דמר"ן אזיל בשיטת ר"י דארעא בחזקת מ"ק קאי וא"כ דעת מר"ן לא מכרעא ושכן היא דעת הרב שע"א ז"ל. מ"מ הרי רובה דרבוותא ס"ל כדעת רשב"ם ז"ל. ואפי' למ"ד דלא אזלינן בזה בתר רוב החזקה אלא אחר רוב דעיקר הדין. הרי כ' הגר"א ז"ל דרוב הפוס' ס"ל דאין לחלק במילתיה דרב נחמן ובכל גוונא קאמר דקנה מחצה:

זהו הנלע"ד כפי קוצר השג יד כהה מבלתי יכולת לישא וליתן בדבר הלכה. וללקט אור'ות קדשים בהדי קבצ"י סדר המערכה. שהזמן גרמא בעכ'בות משי'חא. תלאות הזמן הבוגד הקיפונו סבבונו כתרונו הילד'. ואל אלהים צבאות יצילנו משגיאות. ויראנו מתורתו נפלאות. החו"פ פאס יע"א. בשבט דהאי שתא

והרכבתיך על במותי ארץ ליצירה. וקיים:

זעירא דרבנן שלמה אבן דנאן ס"ט

אחר החיתום אנה ה' לידי תשובה לרבותינו הא' שכתבו להדייא דאף לגבי יורש אם נמצא השטר בטל איתרע חזקה ואף דקי"ל טוענין ליורש וללוקח אפ"ה הכא לא טענינן להו והביאו ראיה לדבריהם מההיא דהה"מ דפט"ו מטוען דאייתינן לעיל דכל היכא שהיורש טוען בריא וכו'. והוסיפו עוד לומר וז"ל ועוד שכיון שיצא השטר בב"ד אין אנו צריכים לטענת הר"ש כלל דע"כ לא אמרו דטוענין ליורש אלא היכא דלא ידעינן באיזה אופן בא קרקע זה לידו של מורישו אז יש לנו ללמד עליו זכות כל מאי דאפשר. אבל היכא דיצא השטר וידענו שבדרך זה נכנסה לידו היאך נניח ודאי ונרדוף אחר ההבל טענות שקר ומשאות שוא ומדוחים ועי' בכנה"ג סי' הנז' סל"א ומ"ו. ולפיכך כיון שיצא השטר ונודע הדבר שבמסירה זו באה לידו החזקה אפי' לא טענו כלום לא יורש רש"ט ולא יורשי הח' ז"ל הרי נתגלה האמת והרי זה דומה למי שירד בתורת משכונה דאיתא ריש סי' ק"ן דאם ידוע שבתורת משכונה ירד לא מצי טעין אח"ך קניתיה. וכ"ש דלא טענינן ליורשים שמא אח"ך קנאה כיון שנודע האמת. וכ"ש הכא דשטרא קאי קמן ע"כ. וחתו' הרה"ג מוהריב"ץ ז"ל והמשביי"ר ומהר"ם אדהאן ז"ל והרה"ג מוהריב"ע זלה"ה סמך ידו עליהם וכן הסכימו מהר"ש אדרעי ז"ל וחו"ר צפרו מהר"ש ן' חותא ז"ל (ומהר"י ן' חמו ומהר"י עטייא ז"ל וכן דעת מהר"ש אזאווי ז"ל הוב"ד בס' משפט וצדקה ביעקב הנד"מ ח"ב סי' קנ"א. מש"ב:

ראינו מ"ש הרב הפוסק המלך שלמה בחכמתו לאשר ולחזק ולקיים שטר המתנה שנתן הר"ח פינטו נ"ע לאסתר בתו והאריך ברוח מבינתו כמדתו לכל רוח ופלפל בחכמה וזו הלכה העלה והעמיד הקרקע בחזקת יורשי הרי"ף נ"ע המוחזקים בו וכל אמת תפסיה מלמד שהלכה כמותו כוותיה ומטעמיה ולראית האמו"ץ ח"פ בזמן הנז' וקיים:

איש צעיר יוסף סירירו הי"ו וידאל הצרפתי חי"ו

סימן כה

ראובן קנה משמעון חצרו. וכאשר ירא מדינא דב"מ השיאוהו עצה שיקנה שטר משכו' על קרקע שמעון מאת לוי שנושא בשמעון. וכ"ז היה בשעת התיווך והמקח של החצר הנז' וטענו המצרנים שמאחר שראובן לא קנה שטר זה לפי תומו אלא דאערומי קא מערים לדחות בן המצר. לא מהנייא ליה הערמה זו. וראובן הלוקח איננו מכחידה תחת לשונו. כי הכל היה בפומבי בעצת אנשים שהשיאוהו לדחות המצרן. אכן טוען שאעפ"ך יכול לסלק המצרן שהרי לקח זכותו של לוי בעל השטר שהיה יכול להיות מצרן. ונדרשנו לחוות דעתינו היאך הדין בזה ולכתוב להם מה שהדין נותן כפי מה שהורונו מ"ה:

הנה מי שעושה הערמה להפקיע כח וזכות המצרן שלא תועיל ערמתו ויכול המצרן לסלקו. דבר זה מפורש בש"ס ובפוס'. ומר"ן בב"י ז"ל סס"י קע"ה כתב וז"ל כתו' בתשו' הגאונים מי שעשה הערמה לדחות דינא דב"מ כגון שכתב שטר מתנה לקונה והכל יודעים שקנה ממנו או קנה קטינה דארעא במצעי נכסי והדבר ידוע שלא ירד אלא להחזיק בשאר שדות וכן בשאר הערמות אם נגלה הדבר בראיה ברורה שעשה המרמה אין חוששין להערמתו ומסלק ללוקח משום דדב"מ ונהגו בתי דינין בעסקי דבר זה שמחרמין סתם על מי שעשה קנונייא בדבר זה לדחות דדב"מ עכ"ל. ודין קנה קטינא דארעא שכתבו הגאונים הוא ש"ס ערוך בפ' המקבל ד' ק"ח זבין ליה גריוא דארעא במצעי נכסיה. חזינן אי עידית או זבורית היא זביניה זבני. ואי לא ערומי קא מערים. ופסקו הרמב"ם הל' שכינים פ' י"ג והטור בש"ע סי' קמ"ה סכ"ח וז"ל מכר לו קרקע מעט באמצע שדהו. ואח"כ מכר לו קרקע בצד אותה שבאמצע רואים אם אותה המעט שמכר לו תחילה היא עדית או זבורית לגבי זאת הקרקע שמכר לו באחרונה זכה הלוקח ואין בן המצר יכול לסלקו שהרי הוא עצמו בן המצר הוא מפני אותו מעט שקנה באמצע. ואם אותו מעט שקנה באמצע כמו זאת שמכר לו בסוף שדהו הרי זה מערים ובן המצר מסלק אותו מהשדה שקנה בסוף. ע"כ. ומור"ם סיים בו וכן אם נתן לו מעט הקרקע במתנה רואים אם מכר לו אח"כ כל כך ביוקר עד שהבליע המתנה הרי הערים ויוכל בן המצר לסלקו. ואם יש ששש ערמה בדבר מחרמין על ככה. וכן בכל דבר שיש לחוש לערמה לדחות בן המצר מחרמין על כך ע"כ:

גם בדין היה בן המצר במדינה אחרת וכו' כ' הב"י ואי איכא ששש ערמה יחרים. ובב"ה כ' ואם בעל הקרקע הוא במדינה אחרת ומכרו שם נראה דה"ה והוא הטעם שאין בן המצר שבמקום הקרקע יכול לערער שא"כ לא ימצא זה במדינה אחרת מי שירצה לקנות

קרקעו והוא שלא יהיה חשש ערמה בדבר. ואם יש חשש הערמה יחרים ע"כ. והכי דייק לישנא דהיה בן המצר ולא נקט הלך. עי' מהריק"ש בתשו' סי' ע"ז. גם הכנה"ג בהגה"ט אות נ"ה כ' וז"ל דבר פשוט ומבואר דלא נחלקו הני רבוותא אלא כשאירע כן לפי תומם אבל אם בכוונה מכוונת הלך המוכר והקונה לעיר אחרת כדי לבטל דין בן המצר זו הערמה. ואפי' לדברי האומרים שאין דין בן המצר כשהמוכר בעיר אחרת בנדון כזה מוציאה המצרן מיד הקונה. ויראה דאפי' בנראה לעין שאירע כן לפי תומם ב"ד מחרימין על המוכר ועל הקונה שלא עשו ערמה ללכת לעיר אחרת למכור ולקנות כדי לסלק מעליהם דדב"מ ע"כ. גם הרב הגדול מוהריב"ע זלה"ה זיע"א בתשו' לבן אחיו כהה"ר יעקב ן' עטר לתאזא כ' וז"ל וששאלת ע"ע אם היה המוכר במדינה אחרת ורצה למכור וכו' דודאי הוא דיכול למכור וכן מעשים בכל יום דאטו אי אצטרכו ליה זוזי למוכר ומצא לוקח לקנותו ממנו יקויים בו שורך טבוח וכו' והלא דדב"מ אינו אלא משום ועשית הישר והטוב ואין זה ישר וטוב. אך אם הוא דרך הערמה לא. וטעמא חדא הוא כמו שאמרת ע"כ. גם בדין המשכנתא הנז' בסי' נ"ז כ' מור"ם ז"ל והוא שנראה לב"ד שלא היה ערמה בדבר שהלוה למוכר כדי שיסלק המצרן:

והרב חוט המשולש ח"ד סי' ט"ו כ' וזל"ה וגם לאחר שמשכנה לאחר אם מכרה לו אח"ך אם נר' לב"ד שהיתה הערמה בדבר ואפי' היה המכר אחר שנתים שלש למשכונה כל שהדבר מוכיח שיש שם הערמה מזבין הקרקע לבן המצר ודבר זה מסור לדיינים כל שנראה לדיינים צד ערמה בדבר בודקין עד מקום שיד שכלם מגעת להפיר מחשבות ערומים ולא יחרוך רמיה צידו ע"כ:

כלל העולה כי כל העושה ערמה הנכרית לב"ד כדי שיסלק בין המצר אינה מועלת לא כלום. ואם אינה נכרת לב"ד יחרים וחובה על הב"ד להפיר מחשבות ערומים ודבר זה פשוט וברור לכל יודעי ספר. וספרי הפוס' ראשונים ואחרונים כולם כאחד יעידון יגידון על ככה ואין צורך להעלותם על ספר. הלא בספרתם זיל קרי דוק ותשכח:

מעתה בנ"ד שראובן הלוקח שלקח שטר משכו' להפקיע המצרן כאשר השיאוהו עצה למצוא עילה ותחבולה שיהיה הוא בין המצר כאשר דימו ויסתלקו המצרנים האחרים. הא ודאי שלא תועיל ערמתו. דמ"ש הערמה זו משאר ערמות. ולא מצינו בספרי הפוס' איזה הערמה דמהנייא ללוקח שנאמר דגם הערמה זו מהנייא ודבר זה פשוט וברור לכל מודה על האמת ואין בו שום פקפוק וגמגום למקבל האמת ממי שאמרו בלי דחיות קורי עכביש. דלא עדיף לוקח שטר משכנתא ממלוה למוכר בשטר משכנתא. דכמו שהמלוה למוכר בהערמה לא מהנייא ליה כן הלוקח שטר משכנתא בהערמה לא מהנייא ליה.

דכל שאינו נעשה מצרן אלא מחמת הערמה לא תועיל לו מצרנותו. דמ"ש נעשה מצרן מכח המוכר או מכח בן המצר בכולם לא תועיל לו הערמתו דסוף סוף המצרנות באה לו בהערמה

איברא דאם היה הדין נותן שבן המצר יכול למכור זכותו ללוקח. מקום יש בראש לומר דשאני לוקח שטר משכנתא ממלוה למוכר במשכנתא. דדוקא מלוה למוכר במשכנתא בהערמה הוא דלא מהנייא ליה. אבל לוקח שטר משכנתא ממלוה נימא דיכול לסלק המצרן. והיינו טעמא דזה המלוה שמכר לו המשכונה היה מצרן וכשמכר לו השטר מכר לו ג"כ זכות המצרנות שהיתה בידו ונמצא ביד הלוקח השטר שני זכיות של מצרנות האחד מצד עצמו שגם הוא חזר להיות מלוה אחר שלקח שטר המשכנתא. והב' מצד הזכות שמכר לו המלו' הא' מוכר השטר. וא"כ אף כי מצד עצמו אינו יכול לסלק בן המצר כיון שהיא בהערמה. הרי עדיין יש לו זכות הא' שמצד המוכר שמכר לו זכותו:

אכן מצינו שאין בן המצר יכול למכור זכותו וכמ"ש הרא"ש והטו' וש"ע סי' ל"ה וז"ל היו המצרנים רבים ומכר א' מהם זכותו ללוקח אפי' בקנין יכולים האחרים לסלקו. ע"כ. ופי' הב"י ופי' הרא"ש הטעם וכו'. ועוד אני אומר דקנין המצרן אינו אלא סילוק ומחילה שמוחל ללוקח זכות שתקנו להם חכמים משום ועשית הישר והטוב ולא מהני הך קנין לגבי מצרן אחרינא. ע"כ:

אתה הראת לדעת דאין בן המצר יכול למכור זכותו ללוקח אפי' בקנין והיינו טעמא דאין הקנין הוא מכירה שמוכר לא זכותו כדי שיכול לסלק שאר המצרנים דאינה מכירה אלא מחילה שמוחל בזכות אשר זיכו לו חכמים דאזהירו ללוקח לעשות טובה למצרנים ואף זה המצרן מחל בזכותו לא מהנייא ליה מחילתו לגבי מצרן אחרינא. וא"כ הלוקח שטר משכנתא לא יש לא ב' זכיו' אלא זכות א' שמצד עצמו שחזר להיות בן המצר. אבל הזכות שאמרנו מצד המלוה מוכר השטר אינה בעולם. דלא הוייא מכירה כדי שנאמר שלקחה זה הלוקח ויהיה כחו ככח המוכר שיכול לסלק שאר המצרנים. אלא מחילה וסילוק בזכות שלו. שצריך לעשות לו הלוקח מהטוב והישר. ועדיין זכות המצרנים במקומה עומדת. כי מתחילה שהיה השטר שלו היה בן המצר והלוקח מצווה ועומד לעשות לו הטוב והישר. וכשמכר השטר נסתלקה זכותו. ולא נשאר הלוקח מוזהר עליו אלא על לוקח השטר שחזר להיות מצרן. וכיון שנלקחו בערמה אין לו דין מצרן. אלא אדרבא הוא מוזהר לעשות הטוב והישר עם שאר מצרנים:

ועוד אי אפשר לומר דכשמכר השטר מכר לו גם זכות המצרנות שהיתה בידו. שהרי מצינו להטו"ר וש"ע סי' ט"ו וז"ל המצרן שבא לסלק את הלוקח וקודם שסלקו מכר

השדה שיש לו על המצר איבד זכותו וגם הלוקח שקנה ממנו אין לא דין מצרן לסלק הלוקח שקנה סמוך למצר ע"כ. וכ' הסמ"ע סקכ"ד וגם הלוקח שקנה וכו' שהרי הלוקח הרא' זכה בהשדה קודם שבא זה לקנות שדה זו הסמוכה לה ע"ך. ואי איתא למה לא יזכה בה הלוקח והרי כשמכר לו השדה מכר לו גם זכות המצרנות והמוכר לא מחל על מצרנותו שהרי בא לסלק. ואם הוא לא יזכה בה מחמת שלא נשארו לו השדות סמוכות וכמ"ש הב"ח. הרי הלוקח זכה במצרנות עם השדה ויזכה הוא באותה תביעה שהיתה למצרן. אלא ודאי לא:

זאת ועוד מי שם פה לאדם לומר שזה מכר לו זכות המצרנות אפי' לא נטל קנין על זה להדייא. שהקנין שהיה, לא היה כ"א על מכירת השטר דוקא ואם מכר לו גם זכות המצרנות היה צריך להקנות גם על זה בפירוש:

באופן שהלוקח שטר משכונא לא עדיף ממלוה למוכר בשטר משכו'. וכמו שמצינו שהמלוה למוכר אם הוא בהערמה לא מהנייא ליה. גם לוקח השטר אם הוא בהערמה לא מהנייא ליה:

גם לא עדיף זה הלוקח שטר משכו' מההוא דזבין גריוא דארעא שכתבו הפוס' ומר"ן סכ"ח כאשר כתבנו דבריהם למעלה שאם אותו המעט שקנה באמצע כמו זאת שמכר לו בסוף בצדו הרי זה מערים ובן המצר מסלק אותו מהשדה שקנה בסוף. הרי דכשאנו יודעים שלכך קנה אותו המעט תחילה משום שיהיה מצרן לשדות המוקפות הנמכרות בסוף אמרינן דבן המצר מסלקו מן השדות שקנה בסוף. אף שמקחו קיים בהמעט שקנה תחילה וכמ"ש הב"י משם הרמב"ם והרא"ש ושכן פסק בקצר עי' סמ"ע והיינו טעמא דאערומי קא מערים. ה"נ בלוקח שטר משכונא דידעינן ליה שקנה כדי להיות גם הוא בן המצר דשאם קדם וקנה נדחים המצרנים האחרים. לא מהנייא ליה הערמתו. דמ"ש מההיא דזבין ליה גריוא. דלא שאני לן בין בעל הקרקע מכר לו כדי שיהיה מצרן או בן המצר מכר לו כדי שיהיה מצרן. שהרי העיקר הוא שהלוקח המוזהר בועשית הישר והטוב לא יהיה מערים והרי הוא מערים.

ומטעם זה נראה לע"ד פשוט דאם ההוא גריוא של אחד אחד ושדות המוקפות לה הם של איש אחר ובעל הגריוא מכרה לראובן שהשיאו עצה כדי שיהיה מצרן לשדות המוקפות שבזה נכרת לנו הערמתן דלא מהנייא ליה הערמתו, ויסלקוהו המצרנים משדות המוקפות שקנה בסוף דמ"ש מכולם של מוכר סוף סוף הרי הלוקח מערים שהוא הוא המוזהר ולא המוכר, והא דלא נקטי הש"ס והפוס' האי דינא בגריוא של אחר משום דאשמועינן תרתי חדא דאי מערים המצרן מסלקו, ואידך היאך אנחנו נדע אם

עשו הערמה כשאין אנו רואים כ"א הקנייא לחוד, דאי עדית או זבורית אינה הערמה, ואי לא אערומי קא מערים, אבל אם הגריוא הוא של איש אחר אינה נכרת לנו הערמה בשלא נודע לנו כ"א הקנין לבד דהגם דאינה לא עדית ולא זבורית אלא שוה היא לשדות המוקפות מאחר שהיא מיוחדת לאדם אחד דרכה לימכר בפ"ע:

אבל לעולם לענין אם היתה הערמה נכרת לנו כגון שהשיאוהו עצה כנ"ד מה לי הגריוא של המוכר או של אחר אחר שהלוקח קנאה כדי שיהיה מצרן הרי זה מערים ולא איכפת לן במוכר אחר שאינו מוזהר וכן הדין נמי בלוקח שטר משכונה כיון שהוא מערים בין המצר מסלקו:

ובפרט למ"ש הרא"ש ז"ל בטעם הראשון דילמא אין בין המצר יכול למכור זכותו והביאו הב"י. ופי' בדרישה שכוונת הרא"ש ז"ל בהאי טעמא. שאין זה הזכות שהיה למצרן בקרקע זו עדיף מקרקע שהיתה שלו מעולם. שאם מכרה לאחר במכירה גמורה המסרן מסלקו ע"כ. כוונתו מבוארת שזה בין המצר יש לו זכות בשדהו יותר מזכות שיש לו בשדה הסמוכה לה שאין לו בה כ"א זכות המצרנות. וכיון שבשדה שהיתה שלו מעולם לא יוכל למוכרה לחלוטין והמצרן מסלקו. גם הזכות שיש לו בשדה הסמוכה לה לא יוכל למוכרה ללוקח והמצרן מסלקו:

וכמו שלמד הרא"ש ז"ל לוקח זכות מבן המצר מלוקח זכות מבעל השדה דלא מהני. אנן נמי לענין הערמה נלמוד לוקח מבן המצר מעט קרקע בהערמה. מלוקח קרקע מבעל השדה בהערמה דלא מהני. וכן נמי לענין לוקח שטר משכונה בהערמה. ממלוה למוכר במשכו' דלא מהני:

קנצי למילין דראובן שלקח שטר משכונה מהמלוה בהערמה ונכרת לנו הערמתם במה שידענו שהשיאוהו עצה להפקיע זכות בן המצר שדימו בדעתם שע"י זה יהיה גם הוא מצרן ויסתלקו שאר המצרנים דלא מהנייא ליה הערמתו והרי הוא מוזהר לעשות הטוב והישר. ולא לעשות תחבולות לבטל תקנת חז"ל ולא עדיף ממי שהלוה למוכר במשכונה בהערמה. ומההוא דזבין גרויא דארעא דאמרינן כיון דבערמה עשו כן כדי שיהיו ג"כ מצרנים וידחו שאר המצרנים. דלא מהנייא להו הערמתם הכ"ן נד"ד שקנה שטר משכו' לסלק שאר המצרנים. הרי זה מערים ולא אהני ליה. וזכות בן המצר אינה נמכרת לשנאמר שתהיה מועלת לו גם לגבי שאר המצרנים. שאינה אלא סילוק ומחילה שאינה מועלת אלא לגבי דידיה ולא לשאר המצרנים. ואין לו ללוקח שטר זה כ"א כח המשכונה כאלו הוא הלוה למוכר והרי היא בהערמה. זהו מה שנלע"ד. וצוויי"מ וימ"ן. כ"ד החו"ף. פאס יע"א בחדש אדר ראשון שנת בברכת ישרים

תרום קרת לפ"ק. וקיים:
איש צעיר שלמה אבן דנאן יצ"ו

סימן כו

ע"ע הנז'.

עתה באנו לפרש שיחתינו כבוצר על סלסלות. אפס קצהו לבל נהיה משא לעיפה ותן לחכם ויחכם. והוא כי בפס"ד כתבנו שהלוקח שטר משכנתא בהערמה לא תועיל ערמתו. וכתבנו שאם היה הדין נותן שבן המצר יכול למכור זכותו ללוקח. מקום יש בראש לומר הגם כי מצד עצמו אינו יכול לסלק בן המצר כיון שבא בהערמה. הרי עדיין יש לו זכות שמצד המוכר שמכר לו זכותו. ודבר זה אינו מוכרח שהרי ההכרח הנראה לכאורה בזה הוא מההיא דהרא"ש שכתב מר"ן סי' לה' שלכאורה קשה תיפוק ליה מטעמא דהערמה. ולזה שתי תשובות בדבר. חדא דאפשר לומר דאף שהיה בהערמה כל שאינו בא לסלק מצד עצמו אלא מצד המוכר תועיל לו הערמתו אחר שלקח זכות המוכר שהיה יכול לזכות אחר שאינה בהערמה וזהו הדרך שדרכנו בה בפנים בפס"ד. אלא דעדיין אפשר לומר דגם בהלוקח זכות בן המצר לא תועיל לו הערמתו. דהא דהוצרך הרא"ש לטעמא שאין זכות בן המצר נמכרת. הוא שהרי גם בההיא דזבין גריוא דארעא שהוא בנין אב לדין ההערמה דאמרינן דבן המצר מסלקו מהשדות שקנה בסוף ומקחו קיים בהמעט שקנה תחילה. אם חזר הבן המצר שסלקו ומכר אותן השדות. דבר פשוט הוא דההוא דזבין גריוא הוי מצרן. דלא אמרינן דלא תועיל לו ערמתו אלא על המכירה הא' שהיתה עליה ההערמה ולא על שאר מכירות. ומינה להההיא דהרא"ש שבן המצר מכר זכותו ללוקח דאמרינן שהמצרנים האחרים יכולים לסלקו. אם אחר שסלקו א' מן המצרנים וזכה בה חזר ומכרה לו. אלו היתה זכות בן המצר נמכרת מטעם ההערמה לחוד היה זוכה בה ואין שאר המצרנים יכולים לסלקו. ולכך הוצרך הרא"ש לומר שאין זכות בן המצר נמכרת ללמדנו דלעולם שאר המצרנים יכולים לסלקו. ולפ"ז לצד שנאמר דזכות בן המצר נמכרת. לדעתינו הוי ספיקא דדינא אם תועיל לו ההערמה כתי' הא'. או לא תועיל לו כתי' הב'. וא"כ אלו היתה זכות בן המצר נמכרת. היה יכול הלוקח שטר משכנתה לזכות אחר שהלוקח הוא המוחזק אלא שמצינו שאין זכות בן המצר נמכרת וכמ"ש הרא"ש והש"ע סי' לה' כמ"ש בפנים בפס"ד. ולא נשאר לו לזכות אלא מצד עצמו והרי היא בהערמה:

ומשום דיש לחלק דדילמה זכות בן המצר לבדה אינה נמכרת. אבל נמכרת עם השדה. וא"כ בנ"ד שמכר לו השטר יכול למכור לו גם הזכות. ולפ"ז אף דאינו יכול לסלק מצד עצמו. יכול לזכות מצד המוכר. לזאת הביאנו ראיה מההיא דסי' ט"ו דמיירי שמכר לו השדה. וכמ"ש בפס"ד.

ומשום דאכתי אפשר לדחות דדילמא ההיא דסי' ט"ו איירי בדמכר לו בסתם ולא פירש להדייא שמכר לו גם הזכות, אבל לעולם כשמכר לו השדה ומכר לו גם הזכות להדייא נימא דמהני, לזאת כתבנו בפנים בפס"ד זאת ועוד מי שם פה וכו' לומר דבנ"ד לא מכר לו זכות המצרנות להדייא:

ודע כי הראשונים מקשו ההיא דהרמ"א שכ' מר"ן בסי' כ"ב דמצרן לא יכיל אינש אחריני בדוכתיה לסלוקי ללוקח בדיני דב"מ אלא היכא דאקני ליה בארעא קמייתא דקא תבע מחמתו, עם ההיא דסי' ט"ו, והב"ח פירש וז"ל נראה דהכי קאמר שאינו יכול להוריד לאיש אחר במקומו שיסלק את הלוקח בדינא דב"מ ושיקח האחר השדה לרשותו, דלא עשו תקנתא אלא משום ועשית הישר והטוב שלא יהיו שדותיו של מצרן חלוקין, וכשיקח האחר לרשותו ליכא האי טעמא, הילכך לא מצי עביד. ולפיכך אם הקנה המצרן לאחר חלק בשדה שלו שאצל שדה הנמכרת אפי' חלק קטן דהשתא המצרן והאחר הו"ל שותפין בשדה זו, שותף מצי לסלוקי ללוקח ואע"ג דלעיל וסי' כ"ט כתב דכשמכר המצרן השדה קודם שסלקו ללוקח לא יוכל לסלקו לא הוא ולא זה שקנה ממנו. שאני התם דמכר כל השדה לאחר אבל הכא מיירי דלא מכר לו אלא מקצתו כדכתב להדייא אלא היכא דאקני ליה בארעא קמייתא דקא תבע מחמתיה ולא מכר לו דבר מסויים אלא כגון וכו'. ומ"ש הא לאו הכי לא מצי לאורוכי פי' לא מצי להרשות לאחר שיסלק ללוקח ושיעמוד במקומו וליקח השדה לרשותו וכו' ע"כ. והסמ"ע ס"ק ל"א מכח קושייא זו פי' בע"א וזל"ה אבל אין לפרש דברי המחבר דר"ל דאם בא להעמיד אחר במקומו שיסלק הלוקח ויקחנו האחר לנפשו בזה צריך להיות לו חלק בגוף השדה של המצרן אבל אם אינו מעמידו במקומו ליקחנו לנפשו אלא שיעמוד השדה ביד המצרן. יוכל להעמיד במקומו כל הקנאה בגוף השדה. דהא כתב הטור והמחב"ר בסי' ט"ו דאם קודם שסלקו המצרן מכר השדה העומדת על המצר דאין ללוקח דין מצרן. ועי' בפרישה ודרישה וכו' ע"כ. והסכים עמו הש"ך ס"ק י"ט. וכן הסכים ה' משה"ך ס"ק כ"א וז"ל אבל אין לפרש שיעמיד אחר במקומו שיקחנו האחר לנפשו. דהא מבואר בסי' ט"ו דאם מכרה המצרן לאחר דאין המצרן יכול לסלקו ע"כ. והט"ז סי' כ"ב כתב וז"ל קשה ממה נפשך אי כבר הקנה לו קודם קניית הלוקח שדה שלו. פשיטא שיכול לסלקו. ואי אח"כ הא פסק בסי'

ט"ו דהלוקח שקנה שדה של המצרן אינו יכול לסלקו. ונר"ל דכל שבא הלוקח ממצרן לסלק המקח מצד עצמו אינו יכול כי כבר קדם הלוקח מבעל השדה. וכאן המצרן מקני לו בפירוש אדעתא דהכי שיהיה הוא במקומו לענין בר מצרא. ואע"ג דאין המצרן יכול למכור זכותו. היינו כשמכר דבר זה לחוד דאין הקנין חל על שום דבר. ומזה מיירי רבינו (בסי' נ"ג כצ"ל והש"ע סי' ל"ה) אבל כי מכר לו גוף השדה ואמר לו אני מוכר לך שדה שלי ואעמידך במקומי לענין המצרנות של זה מהני. וזה מבואר בלשון הרמ"א דכתב אלא היכא דאקני ליה וכו' מלשון אלא משמע דקאי אדסמוך לומר דהיינו מכירת זכות. ע"כ:

ונמצינו למידין מי שאינו יכול לסלק מצד עצמו ובא לסלק מצד זכות המוכר. שלש מחלוקות בדבר. היכא שמכר לו השדה ומכר לו הזכות להדייא. לסברת הט"ז מהני דבזה מיירי הרמ"א שהביא מר"ן סי' כ"ב שכן מבואר בלשון הרמ"א כמ"ש הט"ז ודקדוק נכון הוא. וההיא דסי' ט"ו איירי בדאקני ליה השדה סתמא ולא מכר לו הזכות להדייא. ולס' הב"ח אף במכר לו השדה (ומכר לו הזכות להדייא) לא מהני אם מכר לו כל השדה. אבל אם מכר לו מקצת השדה (ומכר לו הזכות להדייא) מהני במיגו. ובזה מיירי ההיא דסי' כ"ב. וההיא דסי' ט"ו איירי במכר לו כל השדה דלא מהני (אף במכר לו הזכות להדייא) דלית ליה מיגו. ולס' הסמ"ע והש"ך ומשה"ך אף במוכר לו מקצת השדה (ומכר לו הזכות להדייא) לא מהני ולכך פירשו ההיא דהרמ"א בע"א:

והיכא דמכר לו כל השדה בסתמא ולא אקני ליה להדייא שיעמוד במקומו לענין המצרנות. לכ"ע אם אינו יכול להיות מצרן מצד עצמו כגון זה שבא באחרונה שקדמו הלוקח אינו יכול להיות ג"כ מצרן מצד זכות המוכר:

ומינה לנ"ד שמכר לו שטר משכנתא כולו דלית ליה מיגו ולא אקנו מיניה כ"א על מכירת השטר ולא אקנו מיניה להדייא על מכי' הזכות של המצרנות שיעמוד במקומו. לכ"ע לא מהני ליה להיות מצרן מכח זכות המוכר. לס' הב"ח כיון שמכר השטר כולו הרי לית ליה מיגו. ולס' הט"ז הרי לא אקני ליה להדייא על זכות המצרנות. וכ"ש לס' הסמ"ע והנלוים אליו דס"ל דאפי' במוכר לו מקצת לא מהני וא"כ מצד עצמו אינו יכול. כיון שהיא בהערמה. ומצד זכות המוכר אינו יכול כמ"ש:

והנה אם היה מוכר לו מקצת השטר ואקני ליה להדייא על מכירת הזכות. הא פשיטא דמהני כיון שהוא מוחזק. דלס' הט"ז הא אקני ליה להדייא. ולס' הב"ח הא אית ליה מיגו. ואע"ג דהסמ"ע וסיעתו חולקים הלוקח המוחזק יכול לומר קי"ל כהב"ח וט"ז:

ואע"ג דשאני נ"ד מההיא דהרמ"א דמיירי בה הב"ח והט"ז משום דשאני ההיא דהרמ"א לית לן למיחש בה להערמה שהרי הלוקח דוקא הוא המוזהר בועשית הישר והטוב

וכמ"ש רש"י בפ' המקבל גבי ההיא דזבנא לעכו"ם. והסמ"ע וכל המפרשים ואין בזה שום חולק. באופן דנדון הרמ"א לית לן למיחש בו להערמה שהרי לוקח השדה שבאו עליה המצרנים המוזהר בועשית הישר והטוב אינו מערים להפקיע תקנת חז"ל אלא שאחרים הם הבאים עליו מכח זכות המוכר ואע"ג דלדידהו לא סגי בלא הערמה לית לן בה. שהרי אינן מוזהרים ע"ז. ולכך סברי הב"ח והט"ז דהגם שאינו יכול להיות מצרן מצד עצמו אפ"ה יכול להיות מצרן מצד זכות המוכר. אבל בנ"ד שהלוקח המוזהר איהו גופיה דקא מערים וכבר כתבנו לתירוצא בתרא דגם בלוקח זכות בן המצר לא תועיל ערמתו. וא"כ בנ"ד אינו יכול לזכות לא מצד עצמו ולא מצד זכות המוכר אחר שהיא בהערמה:

מ"מ הרי העלינו שבלוקח זכות בן המצר הוי ספיקא דדינא והלוקח מוחזק. וא"כ אם מכר לו מקצת השטר ואקני ליה להדייא זכות המצרנות. מהנייא ליה לס' הב"ח והט"ז מצד זכות המוכר דהוי ספיקא דדינא הגם שאינו יכול לזכות מצד עצמו שהיא בהערמה:

והיכא דמכר לו מקצת השטר ולא אקני ליה בפי' על זכות המצרנות. הא פשיטא דלא מהני ולא מבעייא לס' הט"ז דס"ל להדייא דעיקר החילוק הוא להקנות בהדייא על זכות המצרנות אלא אפי' לס' הב"ח שחילק בין מוכר מקצת למוכר כולו. מלבד דשטחיות לשונם נראה החוש"ה אלא העין דלא מיירי אלא במקנה ליה להדייא מכירת הזכות כאשר עיני המעיין תחזינה מישרים ואפ"ה ס"ל דלא מהני כי אם במוכר לו מקצת השדה. הרי הט"ז כתב דזה מבואר בלשון הרמ"א וכו'. ודקדוק נכון הוא בלשון הרמ"א ובודאי שגם הב"ח ס"ל דקדוק זה וא"כ למה לא תירץ כהט"ז. אלא ודאי ס"ל דגם ההיא דסי' ט"ו מיירי בדאקני ליה להדייא. ולכך הוצרך לחלק בין מכר לו מקצת למכר לו כולו. אלמא דס"ל דגם במוכר לו מקצת צריך להקנות לו להדייא על מכי' הזכות. ובמכר לו השטר כולו ואקני ליה להדייא על מכי' הזכות. לס' הב"ח לא מהני. דלדידיה בין ההיא דסי' ט"ו ובין ההיא דסי' כ"ב מיירי גם במקנה ליה להדייא מכי' הזכות כמ"ש ואפ"ה לא מהני ליה כי אם במוכר מקצת דאית ליה מיגו. וכ"ש לס' הסמ"ע וסיעתו דס"ל דאפי' במקצת לא מהני:

אלא דלס' הט"ז מהני אלא דאין המוחזק יכול לומר קי"ל כס' הט"ז שכעת לא נגלית לנו ס' שום אחד מהפרשים דסבר לה כהט"ז. והגם דמצינו לה' פחד יצחק אות ב"ר בר מצרא ודיניו שנשאל מהרב כמוה"ר אבי עד שר של"ם ז"ל וז"ל עוד נר"ל שאם המצרן עומד בדין ואח"ך הקנה בפ' לאחד הקרקע עם זכות תקנתא דרבנן שבאה לו מכח הפסד שיצא זכאי בדינו יכול הקונה השני ליכנס במקומו של ראשון כפשט דברי הרמ"א בש"ע סי' כ"ד ודלא כסמ"ע וש"ך אלא כב"ח. ומ"ש בסי' ט"ו היינו שמכר השדה שיש לו על המצר

בסתם. שאז מחל שעבודו. ואפי' לדברי שפסקתי כדברי המרדכי כיון שהקנה הקרקע והזכות של תקנתא דרבנן וזכות הפס"ד. וק"ו לדברי הסמ"ע שאינו קנין דברים. אלא שיש לעין קצת בזה. ע"כ:

והנה דברי הרב ז"ל הנה הנם דברי הט"ז. ומ"ש דלא כהסמ"ע אלא כהב"ח הוא בעיקר פי' דברי הרמ"א ס"ל כהב"ח שהקונה נכנס במקומו של ראשון. ולא כהסמ"ע דמפרש ליה לענין הרשאה ולא ליכנס במקומו של ראשון. אבל בתי' הקושייא דסי' ט"ו עם סי' כ"ב הוא תי' של הט"ז בדקדוק. וא"כ לפ"ז יכול המוחזק לומר קי"ל כהט"ז וכמוה"ר אבי עד שר של"ם ז"ל:

מ"מ הרי מצינו לה' פחד יצחק שם בתשו' אליו כתב וז"ל ועל הדין השלישי לבי מהסם בפרט אם מכר כל הקרקע לחלוטין ולא חלק ממנו כדכתב הסמ"ע. ואף גם זאת דדייקינן לשון הש"ע סי' ט"ו המצר"ן שבא לסלק את הלוקח וקודם שסלק מכר וכו' דמשמע שעמד בדין ויצא זכאי ואח"ך קודם שסלקו מכר לאחר וכו' ודו"ק. ע"כ:

וא"כ יכול להיות שה' אבי עד שר של"ם ז"ל הדר קבלה מיניה. זאת ועוד שגם ה' ז"ל סיים אלא שיש לעיין קצת בזה. וכיון דלדידיה לא פשיטא ליה היאך יכול המוחזק לומר קי"ל כוותיה:

והנה אמת שמענו שרבותינו רבנן דפקיע שמייהו ב"ד שלפנינו זיע"א דנו הל"מ בלוקח שטר משכנתא שאין השותף יכול לסלקו. מ"מ הרי הלכה רווחת אין למדין הלכה מפי מעשה ופוק חזי מ"ש הריב"ש סי' ש"א וז"ל ומה שאמרת שפעם אחת באתא אשה אחת לגבות כתובתה לפני מורינו הרב רבינו נסים ז"ל ודן לשום לה בגדי שבת ולא בגדי חול. אין למידין הלכה מפי מעשה ואולי היו שם תנאים אחרים ודברים בגו. או אולי גרושה היתה. או שעשאה דרך פשרה ועצה טובה מפני המוסר וכו' ועי' לה' פחד יצחק אות הל' הלכה אין למידין מפי תלמוד וכו'. וא"כ בנ"ד נמי אין למידין מפי מעשה. כי אולי לא היתה הערמה בדבר כי לא כל הנושאים שוים. כי לפעמים יקרה שיקח שטר משכנתא בת"ם לבב ואחר סמוך יזדמן להם מכירת הקרקע ההוא הממושכן בלי שום ערמה. ומציאות לא שקלת מעלמא. ואפשר דמציאות כזה היתה בפני רבנן ב"ד שלפנינו נ"ן או אפשר שלא נכרת להם ההערמה בודאי ולא היה כ"א חשש ערמה. ולא דנו אותם בקבלת חרם כי אפשר שסמכו על הפוסקים שפוטרים מקבלת חרם כאשר יהיה האופן בחשש ערמה דוקא. כאשר תראה בב"י ובכנה"ג קחנו משם ובואה. או אולי דברים בגו היו. או אפשר שמעשה היה שמכר לו מקצת השטר ומכר לו הזכות להדייא שכתבנו למעלה דמהני. ובפרט למ"ש חו"ר מק'נאס יע"א שיש חילוק בין אם השותף מסלקו

ללוקח שטר משכנתא לבעל המשכונה הרא' כנ"ד. באופן דהלכה רווחת דאין למדין הלכה מפי מעשה ולא נהיה כפתי מאמין לכל דבר. והילך מ"ש ה' מהירט"ץ סי' ק"ט וז"ל תקנה שתקנו גדולי הדור אין לדון עליה אע"פ שהיו דנין על פיה אא"ך היו מתקבצים כל חכמי הדור ומתקנים התקנה וכותבים בס' התקנות למען יעמדו ימים רבים. אבל מנהג שנהגו כן אע"פ ששמענו שהיו דנים עליו אינה אלא הוראת שעה. לא שתקנו כך לדורות אלא א"כ כתוב בספר. ומי שאינו דן כן לא הגיע אפי' לחצי הוראה עכ"ל. והביאוהו האחרונים להלכה ואין להאריך כעת בפרט זה והמשכיל יבין. ולראיה ח"פ באדר הסמוך לניסן שנה הנ"ל וקיים:

ע"ה שלמה אבן דנאן סי"ט

סימן כז

ראובן שקנה קרקע מיתמי שמעון בהסכמת אפוטרופוס שלהם. ושותפם בקרקע הנז' רוצה לזכות במקח ההוא מכח דינא דבר מצרא מהו הדין:

הנה במוכר לאשה וליתמי לכ"ע אין בו דינא דב"מ ומוסכם מן הש"ס ומן הפוס'. ופסקו מר"ן סי' קע"ה ס' מ"ז וז"ל המוכר לאשה או ליתומים קטנים אין בו משום דינא דב"מ. ע"כ:

אכן בקונה מן האשה אי איכא דינא דב"מ או לא. שנוי במחלוקת. והב"י כתב משם תלמידי הרשב"א וז"ל וכתבו עוד דה"ה ללוקח מאשה דלית בה דינא דב"מ. דלפי שאין לה מי שיפקח במעשיה רצו חכמים שיהיה ממכרה קיים כדי שיקפצו ב"א לקנות את שלה ע"כ. וכ"פ מור"ם וז"ל הקונה מן האשה י"א דלית בו משום דינא דב"מ. והכנה"ג בהגב"י אות פ"ט כת' שכן כתב מהר"מ אלשיך ז"ל בסי' פ"ד וכן הוא סברת מורה אחד הובאו דבריו בתשו' מהר"י ויי"ל סי' צ"ט. וסיים הכנה"ג שיכול המוחזק לומר קי"ל כדעת הנך רבוותא דקיימי כס' תלמידי הרשב"א:

ולדידן אין אנו צריכין לטענת הקי"ל. שכבר קיימו וקבלו אבותינו ורבותינו הראשונים זיע"א עליהם ועל זרעם דעת מר"ן בב"י ובש"ע ודעת מור"ם במקום שלא גילה דעתו מר"ן במקומות הנז' ומאחר שמורם פסק הכי נקטינן. גם נראה שכן היא דעת מרן בב"י מדהביא ס' תלמידי הרשב"א בלי שום חולק שכן מצינו להכנה"ג בסי' הנז' בהגהות הנז' אות צ"ה שלמד כן בענין אחר שכן היא דעת הב"י מדהביאה בלי חולק:

אכן צריכין אנו לברר. אם הקונה מן היתומים דינו שוה לקונה מן האשה או לא. והש"כ ס"ק מ"ה כת' וז"ל והקונה מן היתומים. עי' בתשו' ר"א ן' חיים סי' קי"ב שכ' דדינו כקונה

מן האשה ודלא כריב"ש עי"ש ע"כ. והכנה"ג בהגה"ט אות צ"ב כת' וז"ל לא מצאתי מפורש אם ה"ה ליתומים המוכרים. ולפי הטעמים שנתנו הפוס' במוכר ליתו'. הדבר במחלוקת וכיון שהדבר מחלוקת בין הפוס' יד הלוקח עה"ע. הראנ"ח ז"ל ח"א סי' קי"ט ומהר"מ אלשיך ז"ל בסי' פ"ד כ' בפשוט דיתומים המוכרים לית ביהו דינא דב"מ ע"כ. מעתה קם דינא דגם הקונה מן האשה או הקונה מן היתומים אין בו משום דינא דב"מ:

ולענין אם יש בהם דינא דשותפי כ' הב"י וז"ל מצאתי כתוב בתשו' מהרי"ל שפסק מהר"מ דאע"ג דאשה לית לה דדב"מ. דינא דשני שותפים אית לה דעדיף דשותף בגוף הקרק' היא. ע"כ. וכן פסק מור"ם בסוף סי' מ"ז וז"ל ודוקא מצרן אינו יכול לסלק האשה אבל שותף יכול לסלקה דשותף עדיף ממצרן. והכנה"ג בהגב"י אות צ"ה כ' שמהרי"ל סובר כמהר"ם. וגם דעת המחבר כן מדהביא דעת מוהר"מ ז"ל בלי שום חולק. וכן דעת מהרש"ך ומהר"א ששון ז"ל. ואמנם מהר"א ן' ששון ומהר"ם אלשקר ומהר"ם ליב שרואל ומהר"ש יונה ומהר"א ן' חיים כתבו שבכל מקום דאמרינן לית ביהו דדב"מ. לא דוקא אלא ה"ה דינא דאחי ושותפי לית להו:

עין רואה דענין זה הוא פלוגתא דרבוותא. ולפ"ז יכול הלוקח שהוא המוחזק לומר קי"ל כהנך רבוותא דס"ל דאף דינא דשותפי לית להו. אלא דלדידן דגרירין בתר מר"ן ומור"ם והכנה"ג כ' דדעת המחב"ר הב"י כדעת מהר"ם וגם מור"ם פסק כן. הכי נקטינן. ויכול השותף לסלקו:

ולפ"ז לכאורה נראה בנ"ד. שיכול השותף של היתו' להיות מצרן. והגם דמריהטת לשון מור"ם נראה דלא איירי כ"א במוכר לאשה שכ' ודוקא מצרן אינו יכול לסלק אשה אבל שותף יכול לסלקה. דלשון זה יורה יורה דבמוכר לאשה איירי ולא בקונה מן האשה. מ"מ לכאורה נראה דכ"ש הוא. דאם במוכר לאשה דליכא שום חולק אמרינן דשותף יכול לסלקה. כ"ש בקונה ממנה דאיכא מרבוותא דסברי דאף מצרן יכול לסלקו דאמרינן דאף החולקים יודו דשותף יכול לסלקו. ושהכי משמע נמי מסדר דברי מור"ם שקבע דבריו אלא בסוף ההגה אחרי כותבו דין הקונה מן האשה ולא כתבם בחילת ההגה אחר דברי מר"ן דאיירי במוכר לאשה לרמוז לנו דדין זה שייך גם בקונה מן האשה:

וכן מצאנו פס"ד א' לה' מוהר"ר ברוך טולידאנו ז"ל הובא בפסקי מוהר"ר אליהו הצרפתי ז"ל וז"ל ושמעתי שיש מי שפירש בדברי מור"ם ז"ל דכ' בסי' קע"ה סי' מ"ז וז"ל ודוקא מצרן אינו יכול לסלק האשה אבל שותף יכול לסלקה. דלא קאי אלא אירישה דדברי מר"ן דהמוכר לאשה. אבל לא אסיפא שכ' מור"ם הקונה מן האשה לית בה דדב"מ וס"ל דהקונה מן האשה אף אם הוא שותף אינו יכול לסלק לקונה ממנה. וזה אינו דק"ו הוא

שהרי בקונה מן האשה י"א דאפ' מצרן מסלקו. אבל במוכר לאשה לכ"ע אין המצרן מסלקו ואפ"ה בשותף יכול לסלקו ודברים פשוטים הם. וכ"מ כתוב בגיליון הש"ע של א"א זלה"ה רשם על ודוקא מצרן וכו' אבל שותף יכול לסלק. ונ"ב אירישא דהמוכר לאשה קאי וכ"ש אסיפא דקונה מן האשה שהרי י"א בקונה דאפי' מצרן מסלקו ע"כ. והרב מוהרר"ץ ז"ל כ' עליו ומ"ש דיש מי שפירש וכו' דקאי אירישא דוקא במוכר לאשה דוקא הוא דשותף מסלקה אבל בקונה מן האשה אף שותף אינו יכול לסלקה. מלבד דסברא הפוכה היא דאם ברישא דמוסכמת לכ"ע דלית בה דדב"מ. אמרינן שותף יכול לסלקה. בקונה מן האשה שפסק מהרי"ו דמצי המצרן לסלקו. פשיטא דמצי שותף דעדיף ממצרן דיכול לסלקו. ואיך יאמר דלא מצי שותף לסלק הקונה מן האשה. אין זה אלא פסקי ראשו' וכו' ע"כ:

אכן כד דייקינן פורתא נראה כהיש מי שפירש. שהרי כ' הכנה"ג סי' הנז' אות צ"ה ומהר"ש יונה ז"ל הובאו דבריו בס' משפט צדק ח"א סי' י"ג כ' דלא אמרו דאע"ג דלית בהו דדב"מ דינא דאחי ושותפי אית להו אלא כשהוא צורך הלוקח כגון המוכר לאשה וליתמי. אבל כשהוא צורך המוכר לא חלקו בזה בין מצרן לשותף. ולפי דבריו הקונה מן האשה למ"ד לית ליה דדב"מ אף דינא דאחי ושותפי לית ביה ע"כ:

והן אמת כי הכנה"ג תמה על חילוק זה וס"ל כי לדעת מהר"ם דינא דאחי ושותפי אית ביהו אע"פ שהוא תקנה למוכר וכן ראה בס' מורה צדק כ' בשם מהרש"ך ז"ל דהא דמהר"ם ז"ל כללא הוא:

מ"מ הרי מצינו בח' בתשו' סי' י"ג שכ' וז"ל ואין לו' דמה שאמרו לכרגא ולמזוני ולקבורה לית ביהו דדב"מ דוקא מצרן אבל שותף עדיף כמו שפי' מהר"ם אבל הני דקאמר בגמרא לית בה משום דינא דב"מ. בהא פשיטא דלא אמר מהר"ם אלא דוקא היכא דאמרו לית בה דינא דב"מ מטעם דאין לעשות הטוב והישר למצרן היכא דאיכא הטוב והישר וגמילות חסדים ללוקח בהא קאמר מהר"ם דוקא לגבי מצרן קאמרי הכי אבל לא לגבי שותף כיון דאית ליה חלק בגוף הקרקע בהא ודאי מסתברא דיותר יש לעשות לשותף מללוקח. אבל היכא דתקנו להעמידה ביד הלוקח משום פסידא דמוכר אין סברא לחלק בין שותף למצרן דכל היכא דאיכא פסידא למוכר דלית ביה משום הישר והטוב אפי' לגבי שותף וזה אין צריך לפנים עכ"ל. גם מהריק"ש בהגהו' בס' מ"ז כ' השותף בקרקע מסלק את האשה דדוקא דדב"מ לית בה אבל השותף בקרקע דין הוא שלא יכניס אחרים לתוך שלו ע"כ. ובס' מ"ד על מ"ש מר"ן טען הלוקח ואמר מפני המס וכו' על בעל המצר להביא ראיה כ' וז"ל ונ"ל דה"ה לשותף דחשיב מוציא מיניה דלוקח דזיל בתר טעמא שהלוקח

קנה מד"ת. ובן המצר והשותף אין בהם אלא תקנת חז"ל ומשום הכי הוי הלוקח מוחזק לעולם כנ"ל. עכ"ל:

הרי דבמוכר לאשה שהוא צורך הלוקח כ' שהשותף מוציא ואלו במוכר מפני המס שהוא צורך המוכר כ' שגם השותף שוה למצרן. ולא בא אלא לחדש שהלוקח מוחזק גם לגבי השותף ועל השותף להביא ראיה שלא מכר מפני המס הלא"ה לא יהיה מצרן:

אתה הראת תרי אריותא מוהריק"ש וב"ח דסברי מרנן כס' מהר"ש יונה. ונעלמו מעיני הכנה"ג סברת תרי רבנן הנז'. ומעיני הרב מוהר"ב טולידאנו והרב מ"ר. אביו ומוהרא"ז"ל כולהו תלתא:

גם ה' תקפו של יוסף ח"ב סי' י"א כ' וז"ל אין חילוק בין שותף למצרן כיון דאפשר שיגיע הפסד למוכר וכמ"ש האחרונים. וז"ל מהריק"ש על מ"ש מר"ן טען הלוקח וכו' ונ"ל דה"ה שותף וכו' הרי דפשיטא ליה להי' דמוכר מפני המס ואינך דאית ביהו פסידא למוכר אין חילוק בין מצרן לשותף ולא הוצרך הרב לחדש אלא שגם אם היו חלוקים הלוקח והמצרן דאמרינן שהלוקח מוחזק והמצרן מוציא ועליו הראיה גם בזה אין חילוק בין מצרן לשותף דלעולם הלוקח מוחזק גם לגבי השותף כיון שאינו קונה אלא מתחז"ל ע"כ:

גם ה' ויאמר יצחק ח"ב סי' קפ"ו בתשו' למוהר"ר אלעזר הלוי ן' טובו נר"ו כ' וז"ל ועל שבעתה באתי להשיב לכת"ר על מה שעלה ונסתפק אי בכל מילי דלית ביהו דדב"מ אי אמרינן ניהו שותף עדיף ממצרן. עי' שו"ת ב"ח סי' י"ג ומשפט צדק ח"א דס"ב ע"ג דכללא כייליי לן שכל שהוא צורך הלוקח אמרינן שותף עדיף ממצרן. וכל שהוא צורך המוכר אין לחלק בין שותף למצרן ע"כ:

עין רואה חבל נביאים ה' מהר"ש יונה ומהריק"ש והב"ח ותקפו של יוסף וה' ויאמר יצחק כולם מתנבאים בסגנון אחד דהא דאמרינן שותף עדיף ממצרן דוקא כשהוא צורך הלוקח כגון המוכר לאשה וליתמי. אבל כשהוא צורך המוכר כגון הקונה מן האשה ומן היתו'. אין חילוק בין מצרן לשותף ואפי' שותף אינו יכול לסלקו. וא"כ מ"ש הרבנים הנז' דמ"ש מור"ם ודוקא מצרן אינו יכול לסלק אשה אבל שותף יכול לסלקה דקאי אריישה דמוכר לאשה וכ"ש אסיפא דקונה מן האשה מק"ו. קו' פריכא הוא דשאני ריישא דמוכר לאשה שהוא צורך הלוקח לכך שותף יכול לסלקה. אבל סיפא דקונה מן האשה שהוא צורך המוכר אפי' שותף אינו יכול לסלק ולא יצדקו דבריהם דרבנן כ"א לס' הכנה"ג ומהרש"פ דפליגי וס"ל דהא דמהר"ם כללא הוא בין כשהוא צורך המוכר בין כשהוא צורך הלוקח:

וא"כ הלוקח המוחזק יכול לומר קי"ל כהנך רבוותא דס"ל דכשהוא צורך המוכר אף השותף אינו יכול לסלק. ומור"ם לא קאי אלא אירשא דמוכר לאשה שהרי כ' מהריק"ש ז"ל כמביא למעלה שהלוקח מוחזק אף נגד השותף. וכ"כ הכנה"ג אות צ"ח וז"ל כמו שהלוקח הוי מוחזק לגבי מצרן ה"ה לגבי אחי ושותפי משפט צדק ח"א סי' י"א. וכן מתבאר בביאור מדברי הראד"ב ז"ל סי' קס"ו ע"כ. וכ"כ הש"ך ס"ק מ"ז. גם ה' מוהר"ר ידידיה מונסונייגו ז"ל בפסקיו כ"י צדד בדברי מור"ם הללו אי קאי אירשא דוקא או קאי גם אסיפא. ומסיק דהדרן לכללין דזכה הלוקח שהוא המוחזק דבר תורה:

איברא דצריכין אנו לדעת אי גם ביתומים שיש להם אפוט'. הוי דינא הכי או לא. והבי' כ' לגבי מוכר ליתומים. וכ' העיטור וליתמי לא ברירן לן אי על האפוט' שקנה ליתו' קאמר או שקנו הן לעצמן ע"כ והש"ך כ' בס"ק מ"ג וז"ל לאשה או ליתו' אפי' יש להם אפוט'. ר"א ן' חיים סי' קי"ד ופשוט ע"כ:

וא"ל דמאי שנא מקטנים שיש להם אב שכ' הב"י משם הה"מ שאפי' לקטנים אם אינם יתו' דין המצר יש להם. דאב עדיף מאפוט'. וכ"כ ה' נתיבות משפט עי"ש:

ומאחר דמצינו דבמוכר ליתו' אפי' יש להם אפוט' לית בהו דדב"מ. ה"ה נמי למאן דס"ל דבקו' מן היתו' לית בהו דדב"מ. אפי' יש להם אפוט' נמי. דלדידהו טעם אחד להם. בין במוכר להם בין בקונה מהם משום דלאו אורחייהו למיטרח. וכיון דבמוכר להם אין חילוק בין יש להם אפוט' או לאו. גם בקונה מהם אין לחלק דזיל בתר טעמא:

שוב מצאנו הדבר מפורש להדייא בס' נתיבות משפט ד"ן וז"ל ולענין יתו' שמכרו כפי סברת הרשב"א שכ' בענין האשה דה"ה למוכרת וכמ"ש למעלה. ה"ה ליתו' המוכרים. לפי דברי הרמב"ם והטור שסוברים דטעם יתמי הקונים דלית בהו דדב"מ היינו משום דלאו אורחייהו למיטרח וכו' דגם גבי יתו' מוכרים רצו חכמים שיהיו מעשיהם קיימים כדי שיקפצו לקנות שלהם וכו'

מ"מ יש להסתפק ביתומי' המוכרים ע"י אפוט' שלהם וכגון שמכרו. להאכיל או שנטלו רשות מב"ד וכמו שהאריך בזה מהראנ"ח וכו' והעלה בסוף דבריו שאע"פ שלא נמצא מפורש בדברי הפוס' מכח הסברא נראה דאפי' בקנו ע"י אפוט' שייך טעמא דלאו אורחייהו למיטרח שאינו דומה מה שטורח האדם לעצמו למה שטורח האפוט' בעדם ומינה ליתומים המוכרים לפי טעם זה אף בשמכרו על יד אפוט' ע"כ:

קנצי למילין שהלוקח הנז' יזכה במקחו סמוך לבו לא ירא לא ממצרן ולא משותף שיכול לומר קי"ל כמ"ד שאף בקונה מן היתומים ליכא דדב"מ ולא דינא דשותפי כיון שהוא צורך המוכר ומור"ם לא קאי אלא אירשא. ואפי' יש להם אפוט' וכמו שנתבאר למעלה.

זהו מה שנלע"ד וצוויי"מ וימ"ן כ"ד החו"פ פאס יע"א בעישור אמצעי לחדש אדר ראשון משנת בברכת ישרים
תרום קרת לפ"ק:
זעירא דרבנן שלמה אבן דנאן הי"ו

סימן כח

א

קושטא קאי דקי"ל דבגנב מפורסם לא עשו תק"ה כמ"ש סי' שנ"ו וכ' הב"י וז"ל וכ' הגהות מימונייות דבגנב מפורסם אם אומר הלוקח לטובה נתכוונתי להשיב אבידה נאמן לד"ה ע"כ וכ' ע"ז בבד"ה ואין דברים אלו מוכרחים אלא שמצאתי קצת סמך בדברי התוס' וכו' ולפחות צריך להטיל ח"ס והכל לפי מה שהוא אדם והכל תלוי באומד דעת הדיינים ע"כ וכדברי הגה"מ כ' המרדכי בפ' הגוזל ומאכיל סי' קס"ו וז"ל ואם היה אומר לטובה נתכוונתי להשיב אבידה נאמן לד"ה ע"כ ומהתימא על מרן ז"ל שהעתיק דברי המרדכי דסי' קס"ה בסוף הסי' ולא שלטו עיני קדשו בההיא דסי' קס"ו שהיא סמוך ונראה ואין ביניהם שנים מן השיטין וכ"כ ג"כ שלטי הגבורים בפ' הנז' וז"ל ועוד כ' הסמ"ג שאם אומר הלוקח מגנב מפורסם לטובה נתכוונתי להשיב אבידה נאמן לד"ה ע"כ הרי חבל נביאים מתנבאים בסגנון אחד ולא שלטו מאורי אור עיני מר"ן בדברות קדשם:
וחזיתיה לה' שע"א בהגהותיו לסי' רס"ו שכ' וז"ל עכו"ם שגזל מישראל או ישראל מישראל ומוכרו לישראל אחר בפחות משוויו עם דאסור לקנות מהגנב כדלקמן דסי' שנ"ו מ"מ רשאי לקנות כיון שדעתו להחזירו מצוה קא עביד דהשבת אבידה עי' חוות יאיר סי' נ"ט ובת' אדני פ"ז סי' ז' עכ"ל:
ולענין דינא נראה דפטור אפי' מח"ס דהוי כמשיב אבידה דקי"ל דפטור כמ"ש בסי' רס"ז ס' כ"ז וכדכתבו כל הנך רבוותא ואמינא דאיפשר אי הוה שמע מר"ן הוא הדר ביה ובפרט דאנן לא קבלנו הוראותיו בבד"ה וכמ"ש מוהריב"ע ומוהריב"ץ והוב"ד בס' ויאמר יצחק בדינים נפרדים אות ב' ואם נראה לב"ד שלא לטובה נתכוון אינו נאמן אפילו בשבועה וכדכתב מרן ז"ל:
איש צעיר שלמה אבן דנאן סיט"א

ב

ראובן שמינהו אביו להיות אפוט' על נכסיו והוא השליט על כל נכסי אביו אף הן בעודנו חי ואבי ראובן היה לו חלק בחצר הידועה לשמעון וכל חלק שמעון היה ממושכן אצל

לוי ומכר שמעון חלקו לראובן ובא לוי להיות מצרן מכח המשכונה וענהו ראובן שהקנין היה לאביו שהוא שותף וטען לוי דכיון ששטר המקנה כתוב לזכות ראובן ולא לזכות אביו לא מהימן במאי דטעין שהקנין לזכות אביו. וראובן השיבו אמת שבשטר המקנה כתבתי המכר לזכותי אך האמת הוא שהקנין הוא לזכות אביו והא דלא כתבו לזכות אביו משום דלית קפידא בזה לאביו שיודע בבנו שהוא נאמן. וע"ז נתעצמו בדין ובאו לפני להורות להם את דבר המשפט ונומיתי להם דלאו כל כמיניה דראובן לומר שהוא קנה לאביו כיון שהשטר כתוב על שמו אם לא שהעידו העדים שבשעת המקח היה אומר להם שהקנין הוא לאביו הא לאו הכי לא מהימן לאפקועי כחא דמצרן אף שיביא עדים דמקודם לכן היה אומר שרוצה לקנות קרקע זה לאביו דדילמא הדר ביה וקנהו לעצמו וכיוצא בזה מצאתי לה' המבי"ט ח"א סי' פ"ו שכ' וז"ל וכן מה שטוען שהוא אפוט' ושקנה בעד היתו' נראה שאינו נאמן אם אינו כתוב בפי' בשטר שקנה ליתו' או אין עדים בדבר שהרי כ' ה' וז"ל המוכר ליתו' קטנים כו' ובגמ' אומר ליתמי לית ביהו משום דינא דבר מצרא דמשמע שהוא דבר ידוע וניכ' שמכר ליתומים ממ"ש או לאפוט' בעד היתו' ובנדון זה לא הזכיר בשעת המכר שהיה קונה ליתו' ולכן יכול בעל המצר לסלקו ע"כ גם ה' הכנה"ג בתשו' ח"א סי' קצ"ט כ' וז"ל אבל מטעם אחר זכתה לאה בדינה נחלה בלא מצרים דכיון דבשטר המכירה לא נזכר בפי' שקנה לצורך היתומים או שיש עדים ברורים בדבר שקנה החז"ק הזאת ליתו' אינו נאמן לו' שלצורך יתו' קנה ויכול לסלקו בעל המצר כמ"ש רבינו הגדול מהר"מ מטראני ז"ל בח"א סי' פ"ו וקס"ח ונ"ד אין כאן שני עדים מעידים שבשעת המכירה היה קונה ליתו' ע"כ וע"ע שם שכ' וז"ל ועוד אפי' יהיו כאן שנים עדים שאמר כן בשעת המכירה איני רואה בעדות זה דבר שיחוייב ממנו שקנאה לצורך היתו' דאפש' שהוא קנאה לעצמו להניח שם היתו' הסמוכים אצלו ודומה למ"ש בשאלת הראנ"ח וכו' יע"ש ודון מינה ואוקי באתרין והוצרכתי לכתוב דין זה לפי שבתחילה חלקו עלי מן החכמים אלא שבסוף עלו בהסכמה ותל"מ וקיים:
ע"ה שלמה אבן דנאן יצ"ו אכי"ר

סימן כט

צעקתה של ריבה הבתולה יאקות בת הר' מנשה הכהן נ"ע באה אלי שמיאנה בקידושין שקדשה פלוני אלמוני. ונדרשתי לחוות דעתי אי כופין אותו ליתן גט. א"ל. והשבתי כי לדעתי המעט היא הדבר פשוט דכופין ואפי' החולקים על הרמב"ם ז"ל בנ"ד יודו מאחר שקידושי היתומה אינם כ"א מדרבנן. והם אמרו דע"י מיאון אינה צריכה גט. ואינה

צריכה גט כ"א מתקנת האחרונים אבותינו ורבותינו נ"ן זיע"א רבני העיר הזאת נעמ"י. לכך לא חיישינן לגט מעושה שאין כאן חומרא דאשת איש ומלבד שהשכל והסברא מורין כן זאת מצאנו להכנה"ג סי' ע"ז בהגב"י אות ט"ז וז"ל אפי' לדעת הרא"ש ז"ל דאין כופין. מי שאמר לאשה קדשתיך והיא אומרת לא קדשתני ומחמת הקול צריכה גט והיא אינה רוצה בו כופין אותו לגרש. רש"ל ז"ל סי' ק"ט. וגדולה מזו כת' מהר"ר בצלאל ז"ל בסי"א וסי"ך דדוקא בנישואה או ארוסה גמורה. אבל בקידושי ספק כופין אותו לגרש. ולכאורה נראה דבעיר הזאת קושטא דמקדשי ע"י סבלונות דאפי' קידושי ספק לא הוו אלא חששא דרבנן לרובא דרבוותא וכו' ע"כ. וכ"ש נדון דידן וכמש"ל:

עוד יש להביא ראיה שהרי מצינו לרבותינו בספר התקנות בתק' הקידושין שצריך שתהיה במעמד חכם מחכמי המעמד ותקנו שהמקדש שלא כפי התקנה ישאר בבית האסורין עד שיתן גט כשר. ונראה דטעמם בתקנה זו הוא כמ"ש הריב"ש ז"ל סי' שצ"ט כיעו"ש. ועי' תשב"ץ ח"ב סי' ה' דבר משה ח"ג סי' י"ז ועי' ב"י א"ה סוס"י כ"ח ומור"ם סי' הנז' סי' כ"א. וא"כ המקדש כנגד תקנתם אין קידושיו קידושין ואינה צריכה גט כמ"ש הריב"ש ז"ל אלא דלחומר הענין הצריכוה גט וכמו שמצינו להריב"ש עצמו שלא רצה לסמוך על עצמו אם לא בהסכמת כל חכמי הגללות. והיינו טעמא דרבותי' בעלי התקנות שהצריכוה גט לחומר הענין. ובזה אתי שפיר מאי דתקנו שישאר בבית האסורין עד שיתן גט. ומינה לנדון דידן ותיתי חדא מחדא דהא דתקון גט במיאון אינו אלא חומרא בעלמא ועי' בד"מ ובמור"ם סוס"י קנ"ה ובמהרשד"ם א"ה ר"ג. זהו מה שנלע"ד בזה. וצוויי"מ וימ"ן:

זעירא דרבנן שלמה אבן דנאן סליט"א וחתמו עמי כמה"ר יהושע מונסונייגו. וכמה"ר יהודה בנימין סירירו הי"ו. וכמהר"ר יוסף סירירו הי"ו:

לפי חומר הנושא לבי אומר לי הלכה למעשה. דאפי' צ"ט אומרים לכנוס ואחד אומר לפטור לזה שומעים שאמר כהלכה. ולפי שאני חוץ למקומי לשאוף אויר ורוח צח ואור עיני הן הנה ספרי אין אתי סמכתי על רוח מבינתם ואשר יעלה במצודת שכלם הזך והטהור הנני עונה אחריהם אמן בכל כחי ופי כפיהם ודעתי כדעתם. ומי שחותמו אמת ינחנו בדרך אמת ולאהבת האמת ח"פ:

ע"ה אבנר ישראל הצרפתי הי"ו אכי"ר

סימן ל

בדין מי שמשכן נדוניית אשתו. עי' א"ה סי' צ' סי"ד שכ' הש"ע אין האיש רשאי למכור מטלטלין של נצ"ב ולא למשכינן ואם מכרן או משכנן מה שעשה עשוי ע"כ. וגם דמור"ם פליג שכ' וז"ל וי"א דמכרו בטל וכו' ע"ש. אנן בתריה דמר"ן גרירנא. ומ"ש מור"ם אח"כ וי"א דאם אמר שברשותה עשה מה שעשה נאמן בשבועה וכו'. לשיטתיה אזיל דס"ל דהמכר בטל. או מיירי בנ"מ דלכ"ע המכר בטל. דאלו בנצ"ב לדעת מר"ן בכל אופן שיהיה מה שעשה עשוי. ואף דדברים פשוטים הן ולא ניתנו ליכתב. הוצרכתי לכותבם לפי שראיתי לה' בית יהודה חא"ה סי' ז' שכ' וז"ל נראה לענ"ד באם הבעל מכר או משכן בשעת הלואה דקי"ל כפסק הש"ע סי' צ' בטור א"ה סי"ד וז"ל אין האיש וכו' עד מה שעשה עשוי ע"כ. וא"כ אפי' נודע שעשה שלא מידיעתה מ"מ משום תקנת השוק מה שעשה עשוי אלא דצריכין לידיעתה במשכן שלא בשעת הלואה דדמי לגנב ופרע בחובו דלא עשו בו תק"ה. ואם נודע בודאי דמשכן שלא מדעתה מוציאין מיד בע"ח. ואם לא נודע וכו' ע"ש:

והנה משטחיות דבריו נראה דמשמע ליה דמ"ש מר"ן מה שעשה עשוי הוא משום תק"ה ומור"ם דפליג ס"ל דלא עשו תק"ה בנדונייא. וכן נראה מדבריו ג"כ ממ"ש אמ"ש הרשב"א וז"ל וכ"ש בנדון שלפנינו דמאן לימא וכו'. ועוד דשפיר קאמרת שאף בזה יש משום תק"ה ע"כ. כתב וז"ל ונראה מה שהוצרך הרב לטעם תק"ה מיירי בכסות אשתו שקנה לה הבעל דאיתא בטח"מ סי' צ"ז דאין בע"ח גובה מכסות אשתו ובניו שקנה לה הוא ואעפ"כ נראה דאם כבר מכרן או משכנן לכ"ע מה שעשה עשוי דאלו בבגדים שהכניסה לו בנדונייתה לדעת הרשב"א ז"ל אין בהם משום תק"ה ע"כ. והרשב"א הוא מכת הסוברים דהמכר בטל. וכתב ה' דהרשב"א ס"ל דלא עשו בנדונייא תק"ה אלמא ס"ל דבהכי פליגי דהסוברים מה שעשה עשוי ס"ל דעשו בנדונייא תק"ה. ומאן דפליג ס"ל דלא עשו תק"ה. וכן משמע ג"כ ממ"ש אח"כ וז"ל לפ"ז דעת הרשב"א ור"י וכן נראה מן הסתם דעת מר"ן דהאשה אינה נאמנת לומר דמשכן שלא ברשותה ע"כ. וכוונתו מבוארת ממ"ש מר"ן סי' ע"ג ס"ט וז"ל מי שמשכן כסות אשתו אינה יכולה להוציאה מידו בלא כלום ע"כ. והיא סברת הרשב"א שכ' בה תרי טעמי מאן לימא לן דלא אפקי מדעתיה וכו' ומשום תק"ה. ופסקה מרן בסתם אלמא ס"ל גם כטעם הרא' דאינה נאמנת לו' שמשכן שלא ברשותה. והוצרך ה' לו' כן לפי סברתו דסבר דטעמו של מר"ן דסבר מה שעשה עשוי הוא משום תק"ה. ולפ"ז היכא דמשכן שלא בשעת הלואה כנדון דידיה דליכא. תק"ה גם מר"ן יודה דהמכר בטל ולכן הוצרך לומר דהיכא דנפלה הכחשה אינה

נאמנת גם לדעת מר"ן. באופן דמדבריו מוכח דס"ל דבהכי פליגי. הסוברים מה שעשה עשוי ס"ל יש בנדונייא תק"ה. והחולקים ס"ל דלא עשו בה תק"ה. ולפ"ז היכא דמשכן שלא בשעת הלואה וכיוצא בזה דליכא תק"ה כמ"ש ח"מ סי' שנ"ו לכ"ע המכר בטל:

ואהמ"ר תמהני איך פה קדוש יאמר כן דלפי דבריו דטעמו של מר"ן הוא משום תק"ה. אפ' כשמחזיר המעות המקח בטל. ואין זה במשמעות מר"ן שכ' מה שעשה עשוי דמשמע דאפי' בנתינת המעות אינו מוציא. גם משמעות דברי הרמב"ם שהוא בעל סברא זו הכי הוא שכ' בהל' אישות פ' כ"ב הל' ט"ז מכר מטלטלין של נצ"ב אע"פ שאינו רשאי. ממכרו ממכר ע"כ. ובהל' מכירה פ' ל' מבואר יותר שכ' וז"ל בעל שמכר מטלטלין של נצ"ב וכו' אם עבר ומכר או נתן קנו הלקוחות ואין האשה יכולה להוציא מידם ע"כ. ודברי הרמב"ם הללו מוכיחים להדייא שאפי' בחזרת המעות אינה יכולה להוציא. שהרי כ' קנו הלקוחות ואין האשה יכולה להוציא מידם. ולדברי ה' בית יהודה כך הו"ל למימר אם עבר ומכר אין האשה יכולה להוציא מידם בלא כלום. וטעמייהו דרבנן מפורש בדברי הה"מ וז"ל מ"ש אם עבר ומכר קנו הלקוחות נחלקו עליו. וכ' עליו הרשב"א ז"ל לא נראו לי דבריו ובירושלמי גרסי' שמין דעתה של אשה שהיא רוצה לבלות כליה ולפחות אותן חומש. ואם איתא דבדיעבד ממכרו ממכר משום דלכתחי' לא ימכור לא תקנו חכמים לפחות חומש עכ"ל ודעת המחבר ז"ל שלא אמרו אלא לכתחי' אבל בדיעבד מקחו קיים ואינן דומין לקרקע שאינו יכול לכלותו ולהפסידו לגמרי. ודעתה סומכת עליו וכיון שכן מקחו בטל אבל מטלט' שהרי הוא יכול לכלותן לגמרי ודאי ממכרו ממכר וזהו דעת הגאון בשער ד' אבל אם עמד ומכר מעצמו ממכרו קיים כדגרסינן לא ניתנה כתובה לגבות מחיים וה"מ במטלט' הוא דאמרינן ממכרו ממכר אבל מקרקעי לא ע"כ. עכ"ל הרב המגיד ז"ל. גם הריב"ש ז"ל סי' ק"ן כת' וז"ל ודעת הרמב"ן והרשב"א דאפי' במטלט' אם מכרן אינן מכורין משום שבח בית אביה שיכולה לומר בעת גביית הכתו' כילי אני נוטלת כמו בקרקעות ע"כ ע"ש. וכ"כ הטעם ה' ח"מ ס"ק מ"ה וה' ב"ש ס"ק מ"ח:

מהני מילי מעליותא דאמור רבנן הניתנים למעלה מבואר דטעמייהו דרבנן רבינו האי והרמב"ם ז"ל דס"ל דבדיעבד מקחו קיים הוא משום דלא ניתנה כתו' לגבות מחיים והנהו נצ"ב כבר קבל אחריותן ואם פיחתו פיחתו לו ואם הותירו הותירו לו. אבל לכתחילה לא משום דשמו דעתה של אשה שרוצה לכלות כליה ולפחות אותן חומש. אבל הרמב"ן והרשב"א וסיע' דס"ל דאף בדיעבד המכר בטל משום שבח בית אביה שיכולה לומר בעת גביית הכתו' כילי אני נוטלת ומשום דלכתחי' לא ימכור לא הו"ל לרבנן לתקון לפחות חומש:

אתה הראת דאין ענין טעם פלוגתייהו דרבנן לענין תק"ה. ואדרבה יש להוכיח בהפך מדבריו מדברי הגאון ז"ל שכ' הה"מ שהעתקנו וז"ל אבל אם עמד ומכר מעצמו ממכרו ממכר כדגרסינן לא ניתנה כתו' לגבות מחיים ע"כ. דמשמע דאם ניתנה כתו' לגבות מחיים המכר בטל. ולדברי הרב בית יהודה דסבר לה מר דמאי דאמור רבנן מה שעשה עשוי הוא משום תק"ה ובאופן שעשו תק"ה כגון בשעת הלואה. מה ענין לטעמא דלא ניתנה כתו' לגבות מחיים. הא אף אם ניתנה לגבות מחיים וגבתה אותה אפ"ה משום תק"ה מה שעשה עשוי דתק"ה שעשו בגונב ממון אחרים היא. או' דלרבינו האיי וסיעתו דס"ל דהמכר קיים הוא אף באופן דליכא תק"ה. וכאשר יהיה האופן דאיכא תק"ה כ"ע יודו אף הרשב"א וסיעתו דאין יכול להוציא מידו בלא כלום. והילך דברי הגאון בס' המקח. אשה שהביאה לבעלה מטלטלין וכתבן בכתו' וכן הוא שהכניס לה שום משלו וכתבן בכתובתה ובא לימלך למכור מטלט' עלינו לו' לו אל תמכור וכו' אבל אם עמד ומכר מעצמו ממכרו קיים כד"א לא ניתנה כתובה לגבות מחיים עכ"ל שהביא הרב פמ"א ח"א סי' ק"ג. ועיין באה"ט סימן הנ"ל ס"ק ל"ו:

ובתשובת ה' הנז' מצאתי הפך מדברי ה' ב"י ממ"ש שכתב על תשו' הרשב"א ז"ל גם מ"ש שם בתשו' הנז' דאיכא בזה משום תק"ה בנ"ד לא שייך האי טעמא דכבר נתברר ע"פ העד דלמלוה עצמו שהוא אבי הבעל התנו והזהירו שלא ילוה לבעל כלום על הצמידים והיו תובעים ממנו על הצמידים א"כ לא שייך תק"ה כלל ע"כ. ואח"כ כ' וז"ל כל היוצא מכל האמור בנדון שלפני' שלדעת רוב הפו' והם שמנה נסיכי אדם המאירים לארץ ולדרים וכמש"ל המכר בטל. ולדעת הרמב"ם ורבינו האיי גאון המכר קיים וכו' עש"ב. הרי דבנדון הרב לא שייכה תק"ה ואפ"ה כתב דלהרמב"ם ז"ל המכר קיים וזה בפי' דלא כ"א ב"י. וכן מצאתי בכ"י כמוהר"ש אב"ץ ז"ל וז"ל בעל שמכר או משכן או פרע לבע"ח מנצ"ב של אשתו או שתפס המלוה מנצ"ב בעד מה שחייב לו הבעל בחיי הבעל בלא ידיעת הבעל והאשה אין מוציאין מידו בכל גווני שיהיו בין בשעת הלואה בין שלא בשעת הלואה בין בדברים העשוים לבלות בין בדברים שאינם עשוים לבלות ואפי' ידע הקונה והממשכן והבע"ח שהוא מנצ"ב ושלא מרצונה ואפי' אם ירצו ליתן לו המעות לקונה אין לו חיוב להחזירם. ברם אם תפס מנצ"ב אחר מיתת הבעל אין בה מועיל וכ"ז בנצ"ב אבל בנ"מ אם מכר או משכן או פרע לבע"ח הבעל עצמו לא עשה ולא כלום וצריך להחזירו לאשה כל שעשה שלא ברשות. ה' זכ"ל חא"ה בספרו חסד לאברהם סי' ן'. ועי' להרב ידיו של שלמה ח"מ סי' נ"ט. עכ"ל. הרי מבואר להדייא דאף בגווני דליכא תק"ה המכר קיים דלא כהרב ב"י:

וחשבתי דרכי דגם ה' ב"י לא אמרה לשיטת הש"ע אלא מפני שהוא רוצה לפסוק כמור"ם לכן כתב דהיכא דאיכא תק"ה לא אזלינן בתר מור"ם אלא כמר"ן מפני שסובר דלדעת מור"ם לא עשו תק"ה בנדונייא וכמו שהעתקתי דבריו לעיל שכ' וז"ל דאלו בבגדים שהכניסה בנדונייתה לדעת הרשב"א אין בהם משום תק"ה ע"כ. אבל לעולם דעת מר"ן אף בגוונו דליכא תק"ה המכר קיים. ולא נחה דעתי בזה דמרוצת דברות קדשו הוכיח תוכיח דאין כונתו כן. ואין להאריך:

איך שיהיה עלה מן האר"ש דלדעת מר"ן בכל גווני שיהיו אף באופן דלא שייך תק"ה אפ"ה המכר קיים:

איש צעיר שלמה אבן דנאן יצ"ו אכי"ר

אחז"ר אינה ה' לידי תשו' רבי' מוהריב"ץ במועתקים ד' קפ"ז שכ' כן להדייא וז"ל וכי תימא עדיין יש מקום פתחון פה לבעל דין לחלוק ולומר דעד כאן לא מיירי כל הפוסקים הנז"ל אלא היכא דהבעל מכר או משכן בפועל חפצי אשתו דהיינו שקבל דמים מעיקרא עלייהו ואדעתא דהנך חפצים נתן הדמים הלוקח או בעל המשכונה. אבל בנ"ד דההלואה נעשית מעיקרא ואח"כ הביא שמעון חפצי אשתו לראובן למשכון לאו כל כמיניה דהא הו"ל כגנב ופרע בחובו גנב ופרע בהקיפו כדאיתא בסי' שנ"ו. הא בורכא היא שהרי בתשו' הרשב"א הנז"ל שהביא מר"ן בב"י א"ה סוס"י ע"ג נזכרו שלשה טעמים. הא' דמאן לימא לן שאין הבעל יכול למכור ולמשכן כסות אשתו וכו'. הב' דמאן לימא לן דלא אפקיה מדעתה למשכוניה. הג' משום תקנת השוק. וכ' בית שמואל סוף סי' ע"ג דנ"מ מהני טעמים אם כבר לוה ואח"כ נתן בגדים למשכון דאז לא שייך תק"ה כמ"ש בח"מ סי' שנ"ו ועוד כ' בסי' צ' ס"ק מ"ט דנ"מ דלמן דיהיב טעמא משום תק"ה א"כ כשמחזיר המעות המקח בטל. ולהנך טעמי אחריני אין צריך להחזיר הבגדים. הרי ברור מדברי בית שמואל דאפי' היכא דליכא טעמא דתק"ה זכה הלוקח או בעל המשכונה מהנך אחריני כ"ש שאם באנו לדקדק לשון הרשב"א לא סמיך כלל אטעמה דתק"ה. כי השואל ששאל להרשב"א הוא דיהיב טעמא דתק"ה אבל הרשב"א כשזיכה את הלוקח או בעל המשכו' לא שקיל וטרי אלא בהנך טעמי אחריני. אלא דאסוף דינא סיים בה ועוד דשפיר קאמרת שאף בזה יש משום תק"ה וכמועתק לעיל. הרי שלא נשתמש הרשב"א בטעם זה אלא לתוס' טובה ולהעמיד דברי השואל שלא לדחותו בשתי ידים וקאמר ליה שגם דבריו יש להם מקום. אבל לעיקרא דדינא לא נשתמש בטעם זה כלל אלא מטעם שאין מוציאין מיד המוחזק שלא בראיה ברורה ואם כך הם הדברים לדעת הרשב"א

דס"ל כהרא"ש כ"ש להרמב"ם דהכריע מר"ן כמותו. עכ"ל ה' מוהריב"ץ והסכים עמו ה' המשבי"ר ומוהרימ"ט ז"ל:

סימן לא

לפני עמדו למשפט הי' יוסף בהי' ימין הכהן נר"ו תובע. וכה"ר בנימין בהר' משה ה"ן סמחון נ"ע נתבע. אודות החצר שבהאלסאבא שהיא היום בחזקת כה"ר בנימין הנז' הי"ו שהוא דר בה ואוכל פירותיה זה למעלה מעשרים שנה. וטען יוסף הנז' לבנימין אמר איך אתה אוכל פירות החצר הנז' בכללותה ואני יודע כי אבי ואחיו דוד להם חלק בחצר הנז' ובניהם הם יאכלו את חקם כי להם משפט הירושה. והמציא לפנינו קב"ע כו"ח לחזק את דבריו. ובנימין השיב שבזמן החולף שנת ר"ב להושי"ע הורידו ב"ד שלפנינו לבע"ח שלהם הי' משה ן' שמול וידי"ן ברירו בכל חו"ז שהיה להם בהחצר הנז' שהרחיקו נדוד ופשטו לו את הרגל והלכו למדינת הים שנים מרובות ושוב הי' משה הנז' מכר לו חלק ההוא. והן היום הראה והמציא לפנינו כה"ר בנימין הנז' שטר הורדה בכח ב"ד יפה כו"ח כראוי באו"ה כפה"ד הברור אין דבר נגרע. והבאים על החיתום הם הרבנים כמוהר"ר ידידיה מונסונייגו זלה"ה. וכמוהר"ר מתתיה סירירו נר"ו. וכמוהר"ר אבנר ישראל הצרפתי זלה"ה. וכמוהר"ר שלמה אליהו אבן צור זלה"ה. עוד הוציא לפנינו שטר מכירה כו"ח מהי' משה ן' שמול הנז' כדבר האמור. והשקפתי על השטרות הנז' והנם חזקים כראי מוצק כפה"ד הברור. ונומיתי להם שדברי יוסף מהבל ימעטו ולא יעשו שום רושם כלל. וכה"ר בנימין הנז' ליכול וליחדי סמוך לבו לא ירא שלו ושקט ושאנן ואין מחריד:

והגם דקי"ל שומא הדרא לעולם וכמ"ש בש"ס ובפוס' ועולה על שלחן מלכים סי' ק"ג ס"ט. הרי שוברה בצדה זבנה וכו' לא הדרא. כמ"ש בש"ס ובפוסקים ובש"ע אין צריך להעלותו על ספר כל אדם חזו בו:

ואפי' אי לא זבנה. בנ"ד לא הדרא. שהרי הורידוהו ב"ד בעד חובו ובעד מה שיפרע לבע"ח אחרים וכבר הורה זקן בתראה שלם ה' שלחנו של אברהם חח"מ סי' ק"ג דין ט' דלא הדרא בחלק הבע"ח האחר דאדעתא דארעא נחית וכיון דלא מצינו שומא הדרא לחצאין. גם בחלקו לא הדרא. ואציג לפניך כל לשונו הזהב אולי לא יהיה ספרו מצוי אצלך וז"ל:

אם החליטו ב"ד למלוה קרקע בעד חובו ובעד מה שיפרע עוד לב"ח אחר שיש על הקרקע. נראה דלא הדרא בחלק מה שפרע לב"ח אחר דבההוא חלק אדעתא דארעא

נחית דדוקא החליטו לו בחובו דמעיקרא כשהלוהו לאו אדעתא דארעא יהיב זוזי דזהו הטעם דשומא הדרא כמ"ש הסמ"ע סי' קכ"ג וכיון דלא הדרא בחלק הב"ח האחר לא הדרא גם בחלקו דלא מצינו שומא הדרא לחצאין כמו שנראה מדברי הרא"ש ופ' בהגה במת והניח ב' בנים לא הדרא דלקוחות נינהו. והשתא אמאי לא הדרא בחלק הירושה. אלא ע"כ לא הדרא לחצאין. מיהו מדברי הריטב"א שכ' גבי השביחה דנוטל מגוף הקרקע כנגד השבח ע"ש. נראה דהדרא לחצאין. וכ"כ בתומים סקי"א. ומ"מ מידי פלוגתא לא נפקא. וכה"ג דהספק הוא אי הדרא או לא. המלוה שבידו הקרקע הוא המוחזק. איברא דק"ל מגמרא פ"ק דמציעא ד' י"ו מאי פריך משומא הדרא נוקמא בשמוה לאדם אחר ובשטרי חלטתא ולא בהדרכתא ואמאי נייד רבא מהך אוקמתא עכ"ל:

שוב טען יוסף הנז' שיתן לו בנימין הנז' טופס משטר הורדא ומשטר מכירה לתור ולחפש בכל מדינה ומדינה לפני כל יודעי דת ודין אולי ימצא שום זכות. ולא רצה בנימין הנז' ליתן לו טופס באומרו לא בעינא דתהוי זכותי גבך. ופסקתי להם שהדין עם בנימין שלא יתן לו הטופס. שהרי כ' ב"י סוף סי' ס' משם הנ"י והרשב"א והריטב"א ז"ל שהטוען לחבירו שיתן לו טופס משטרו שמוציא עליו כ"ע מודו שיכול לו' בעל השטר אתה רוצה לבקש עקיפין של שקר על שטר שלי כדי שתפסדיני וזו טענה גדולה היא אבל מראהו לו בב"ד לקרותו ולראותו ע"כ. והגם שהב"י שם כ' משם הרמב"ם והרא"ש ז"ל דנותנין טופס וכתב דלענין הלכה נקטינן כהרמב"ם והרא"ש ז"ל. הרי סיים על דבריהם וז"ל ונראה מדברי הרא"ש דדוקא כשזה טוען מזוייף הוא נותנין לו הטפסת השטר. אבל בטענה אחרת כיון שהשטר אינו מזוייף נראה שאין נותנין הטפסת השטר שאינו נוטל אותו אלא להתחכם לשנות את הידוע ולבטל דברי אמת הכתובים בשטר ולהטעים דברי שקרו דומייא דלא בעינא דתהוי טענתי גבי טענתך וכך מטין דברי הרמב"ם והרא"ש ז"ל. ע"כ:

וכן פסק בקצר סי' י"ו ס"ה וז"ל המוציא שטר על חבירו והלה טוען שיש בו זיוף ושאל שיתנו לו הטפסת השטר כדי לדקדק בו נותנין לו וכו'. ע"כ. והגם שהסמ"ע ס"ק ט"ו פליג וס"ל דהרא"ש ס"ל דאף בשאר טענות נותנין לו טופס. אנו אין לנו אלא דברי מר"ן ז"ל שהרי קדמונינו אבותינו ורבותי' ז"ל קיימו וקבלו עליהם ועל זרעם דברי מר"ן ז"ל בב"י ובש"ע בין להוציא ובין להחזיק. ובפרט שגם מור"ם ז"ל מסכים לדברי הב"י וכמ"ש בסמ"ע בס"ק הנז'. וגם הב"ח כ' על הב"י וכן עיקר. וכמעט שהסמ"ע הוא יחיד בדבר זה. וא"כ בנ"ד שאין לו טענת מזוייף אין נותנין לו טופס:

איברא דמצינו לה' החביו"ב ז"ל בכנסת מ"ב סי' ס' אות י"ד ובבעי חיי עץ הדר סי' כ"ט וסי' רמ"ט וז"ל ועוד אני אומר שלא נחלקו הרשב"א וסיעתו עם הרמב"ם והרא"ש וסיע' ז"ל אלא דוקא בשטר מלוה שכל שאינו טוען מזוייף הרי הוא כמודה במלוה ומה שתובע הטופס אינו אלא לבקש תחבולות אבל בשטר מתנה וכיוצא בו שהדין תלוי בכמה פרטים לבטל המתנה. אף הרשב"א וסיעתו מודים שיתן לו הטפסת השטר אולי ימצא מקום לבטל המתנה כי מי יחוש חוץ ממנו ואם לאו בר הכי הוא יראהו למי שירצה אולי ימצא לו שום זכות. דאפוסי במחלוקת לא מפשינן לומר דאף בשאר שטרות שאינן שטרי מלוה חולק הרשב"א ז"ל. ע"כ. והביא דבריו ה' משכנות הרועים מע' ט' אות ו' ע"ש. הרי דס"ל להכנה"ג דבשאר שטרות שאינן של מלוה לכ"ע נותנין טופס אף דליכא טענת מזוייף:

אכן נראה דלא דמו שטר מכירה ושטר הורדה לשטר מתנה. דדוקא שטר מתנה וכיוצא בו שיש בהם פרטי דינים הרבה ועל הרוב יארע בהם ביטול כידוע הוא דלא בעינן טענת מזוייף. אבל שטר מכר והורדה מה פרטי דינים יש בהם מעולם לא שמענו איזה שטר מכר או הורדה שאירע בהם שום ביטול בשום ב"ד וכולם עשויים הכל בחוזק כמטיל ברזל. אבל במתנה דבר המצוי הוא:

עוד נראה כיון שההורדה היא מעשה ב"ד ונעשית בב"ד יפה כב"ד הגדול שבירושלים לכ"ע לא יתן הטופס דמה ביטול ימצא בה אין זה כ"א דברים בטלים ושטר מכירה אם ירצה לעשות טופס ילך אצל א' מהסופרים ויכתוב לו נוסח הרגילים לכתוב:

ותו דאף אם יש בכח המדמה לדמות שטרי מכר והורדה לשטר מתנה שכ' הכנה"ג ולומר דבכולהו ס"ל לא בעינן טענת מזוייף. הרי ה' ערך השלחן סי' י"ו אחר שהביא דברי הכנה"ג הנ' כתב ובתשו' הרשב"א ח"ב סי' רי"א מבואר דגם בשטר מתנה אין נותנין לו טופס. ע"כ:

והילך תשובת הרשב"א ז"ל שבח"ב הנז' וז"ל ומה שטען בנימין שנתן לו יעקב בשטר מתנה וראובן טוען שיתן לו טופס שטר המתנה. והשיבו בנימין שאין לי ליתן טופס. בדין זה שמעתי משם קצת הגדולים שהדין עם התובע וצריך ליתן לו טופס. אלא שאין דעתי נוטה בכך משום דמצי א"ל דמית עלי כאריא ארבא וכדתנן בפ' גט פשוט אין כותבין שטרי בירורין וכל מעשה ב"ד אלא מדעת שניהם ושניהם נותנים שכר. רשב"ג אומר לשניהם כותבין לזה בפני עצמו ולזה בפני עצמו. ופי' בגמרא מאי שטרי בירורין שטרי טענתא. וטעמא דרשב"ג משום דא"ל לא ניחא לי דתהוי זכותי גבי זכותך דדמית עלי כאריא ארבא. ואע"ג דפליגי רבנן עליה דרשב"ג בשטרי טענתא מסתברא לי דבשטרי

זכייה ממש לכ"ע מצי א"ל הכי שהטענה הזו מקובלת. אבל מ"מ צריך הוא להוציא שטרו בפני ב"ד לראובן בעל דינו ולקיים שטרו. ע"כ:

אתה הראת דדברי הרשב"א ברור מללו דלא כמ"ש הכנה"ג לדעת הרשב"א. וכמ"ש הרב ערך השלחן. א"כ אמור מעתה זיל לאידך גיסא דמאחר דמצינו להדייא דהרשב"א לא ס"ל לחלק בין שטר מלוה לשטר מתנה. אנן נמי נימא דגם הרמב"ם והרא"ש נמי אין להם חילוק ובכולהו ס"ל דנותנין טופס אבל בטענת מזוייף דוקא וכמ"ש הב"י. דדין הוא טעמא להכנה"ג לשיטתיה משום דאפושי פלוגתא לא מפשינן. א"כ מתורתו נלמוד לדידן אנן דאנהרינהו עיינין ה' ערך השלחן דאשכח מרגניתא ההיא תשו' דהרשב"א דח"ב דס"ל להדייא דלא כהכנה"ג. א"כ לקרב הדיעות והסברות צריך שנאמר איפכא מהכנה"ג וכמ"ש כי היכי דלא להוי אפושי פלוגתא. ודו"ק:

עוד מצינו בפס"ד להרב הגדול מוהריב"ם ז"ל הובא בס' באר מיים חיים לרב אד"א ז"ל דנ"ו ע"ג וז"ל עוד פסקתי שמא ששאל הנתבע שיתנו לו טופס מהשטר [שטר זכיית קרקע. להראותו למי שיעיין בו וללמדו טענות כמו שאומר בפיו שהוא עם הארץ ולא יניח זווית שלא יתשטח בה. אין נותנין לו טופס דדוקא בטען מזוייף ורואין ב"ד שיש ממש בדבריו הוא שנותנין לו טופס וכדאיתא בסוף סי' י"ו יעו"ש. וסיים בו הריק"ש בס' ערך לחם וז"ל הודה שהשטר כשר אלא שרוצה לטעון טענה אחרת ושואל טופס השטר לעיין בו אין נותנין לו אפי' כתוב בו בלי טפיסת שטר עכ"ל:

מעתה בנ"ד דליכא טענת מזוייף ואף אם היה טוען טענת מזוייף ניכר לנו שאין ממש בדבריו אין נותנין לו טופס וכמ"ש ה' מוהריב"ם ז"ל:

ועוד לו יהא נ"ד אלא פלוגתא דרבוותא וספיקא דדינא לא יתן לו טופס. שהרי מצינו להרב ב"ח בסס"י י"ו שכ' וז"ל ותו דלא יהא אלא ספיקא דדינא דכולה הרשב"א פוסק שלא יתנו לו הטופס. ודברי הרמב"ם והרא"ש אפי' את"ל דהלכתא כוותייהו איכא לפרש דוקא בטוען טענת מזוייף הילכך מספיקא אין לכופו ליתן לו הטפסה היכא דלא טען מזוייף ולא כתב בו תנאי שלא יתן לו טופס נ"ל ע"כ:

הרי מבואר להדייא דמספיקא אין נותנין לו טופס. והגם שהכנה"ג בסי' ס' בהגהב"י אות ק' כ' עליו וז"ל ואין דבריו נראין לי דאע"ג דלכאורה נראה שבעל השטר הוא מוחזק. לא היא שהלוה שהמעות בידו הוא המוחזק ולא בעל השטר דקי"ל כב"ה דשטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי ולכן הלוה שהוא המוחזק י"ל קי"ל כהרמב"ם והרא"ש ז"ל שסוברין שכופין את המלוה ליתן את הטופס וא"ל אינו פורע. ע"כ:

מ"מ בנ"ד יודה שהרי בנימין הוא המוחזק. שהרי משעת ההורדה יצא מרשות ימין ודוד הנז' בלתי ספק ונכנס ברשות משה הנז'. ומשה הנז' מכרו לבנימין הנז' וזה למעלה מעשרים שנה והוא אוכל פירותיו וא"כ קרקע זה היא בחזקת בנימין בודאי וזה הערעור אינו כ"א ערעור שוטים ודברי הבאי הבלים ורוחות ואינו בחזקת היורשים הנז' כלל כי ההורדה נעשית בב"ד יפה רבנן דפקיע שמייהו והכל נעשה כהלכתו באו"ה כפה"ד הברור. וא"כ בנימין המוחזק יכול לומר קי"ל כמאן דאמר דאף במתנה וכו' אין נותנין הטופס כ"א בטענת מזוייף. ועי' במה שסיים הכנה"ג באות הנז' ומטעם זה וכו' ע"ש. ולענין היורש עי' בברכ"י סוף סי' י"ו. ועי' במשה"ר מע' ט' אות ו' דמדברי הכנה"ג ומהרלנ"ח מוכח דגם הוא תלוי בפלוגתא דהרשב"א וסיעתיה עם הרא"ש וסיעתו. וכ"כ הרב ערך השלחן סוס"י י"ו שכן מוכח מהכנה"ג וסיים אבל אנן קי"ל כהרמב"ם והרא"ש דחייב ליתן לו טופס וכמו שפסק מרן שקבלנו עלינו לדון ע"פ הרב אפי' להוציא ממון וכ"ש להחזיק ע"כ. ור"ל בבא בטענת מזוייף כמבואר בדברי מר"ן להדייא וכמש"ל. עי' במשפטים ישרים למוהר"ר ר"ב ח"ב סי' רנ"ז:

באופן דבהא סלקינן ובהא נחתינן דזכאי כה"ר בנימין הנז' בדינו ואינו צריך ליתן לו טופס דדמי עליה כאריא ארבא ומקחו מקח ויצוק כפלח תחתית. ודברי המערער הנז' כלא היו רוח תשאים וסערה תפיץ אותם. וצי"מ וימ"ן כ"ד החו"פ פאס יע"א תמוז דהאי שתא בפר"ק בא סימן ולפועלי

אתן צדק ע"ה שלמה אבן דנאן ס"ט

סימן לב

האלפונדק שמתקבצים בו הבהמות. הסמוך לבית הקברות בכללותו הוא מוחזק ביד עניי עירינו מקדם קדמתא ובשנת

תאיר קרא ערער על חלקה קטנה ממנו הר"ש ן' עובד נ"ע. והמציא לפני הב"ד שלפנינו נ"ן קב"ע כו"ח בשנה הנ"ל שבפונדק ההוא קודם הבנותו היתה בו בית א' והיתה בה האלמעצרא ושהיא בחזקתו. ואין אתנו יודע מה נעשה בדינם לפני הב"ד זיע"א. רק את זה ידענו שהפונדק ההוא בכללותו הוא בחזקת עניי עירינו ואוכלים פירותיו בין קודם הערעור בין אחר הערעור עד עצם היום הזה ועד בכלל. וכעת בא יוסף זאזון ופיתה יורשי ר"ש עובד הנז' שיתנו לו קב"ע שעשה מורישם. והוא יכנס לריב ומדון עם החכמים הי"ו הממונים על קרקעות העניים. ובעד שכרו יטול הרביע מאשר תמצא ידו. ולכסות עינים עשו לו שטר מכירה כמשו"ח בידו. והנה בעת'ה המציא לפנינו קב"ע הנז'. עוד המציא

לפנינו פס"ד א' מהרב כמוהר"ר ידידיה מונסונייגו ז"ל כתוב בשנה הנז' ואיננו חתום. ושם נאמר כי הגזבר שהיה בזמן הנז' הודה לפניו שהוא לא לקח מאת הר"ש הנז'. ומזה פסק הדין שהבית הנז' היא של הר"ש. גם המציא לפנינו קב"ע אחרת שעשה הר"ש הנז' בשנת תרט"ו שבית הנז' היא שלו. ונדרשנו לחוות דעתינו מאת החכמים הממונים יצ"ו. ומאת יוסף זאזון הנז'. ונומינו להם שהדין נותן עם החכמים הי"ו. ומאן חשיב לאורועי החזקה אשר החזיקו דור הולך ודור בא בעד עניי העיר. לא מבעיא אם נאמר שיצא הר"ש חייב בדינו בעומדו לפני הב"ד הצדק שלפנינו זיע"א. והיינו טעמא שנשאר הפונדק כולו בכללות בחזקת העניים. ומשו"ה גם הרב מוהרימו"ן ז"ל לא חתם על פסק דינו. כי חזר והסכים עם שאר הרבנים אשר היו בדורו. אלא אפי' אם היה הפס"ד של מוהרימו"ן ז"ל כו"ח ונאמר דכל הב"ד ז"ל הסכימו עמו דזכאי הר"ש בדינו. מ"מ אחר שברור לנו שהפונדק נשאר אחר הערעור בחזקת העניים בחיי הר"ש כמה שנים ועד עצם היום הזה אוכלים את פירותיו בשופי בלי ערעור. הדין עם החכמים הגזברים הי"ו. והגם שהר"ש הנז' עשה קב"ע אחרת בשנת תרט"ו לא הוי ערעור אחר שלא ערער בב"ד. ועוד הרי יש יותר משני חזקה אחר הערעור הראשון שהיה בשנת תאי"ר עד שנת תרט"ו בימי הגזברים הראשונים שהיו בזמן הנז' אשר כולם חליש זיע"א. והלכה רוחת משנה ערוכה בפ' חזקת ופסקוה הפוסקים וגם הטוש"ע. סי' קמ"ו סע"י. הבא מחמת ירושה אינו צריך טענה. ומאחר שהגזברים שהיו משנת תרי"א עד ש' תרט"ו הם היו יכולים לטעון אנו לקחנו ממך אחר הערעור גם הגזברים הבאים אחריהם יכולים לטעון שמא הראשו' אשר היו לפניהם לקחו מאת הר"ש כדין הבא מחמת ירושה. ודבר זה הדעת נותנתו והסברה מקבלתו:

שוב מצאנוהו מבואר במהרשד"ם חח"מ סי' רכ"ו וז"ל לאמצע התשובה ועוד היה אפשר לו' שאפי' היה מביא עדים חנינא שהחזקה היא מכל בעל חנות ובעל הבית ושרבי יוסף אלבאגלי לא מכר לק"ק כי אם הקנארא אפ"ה טענת גביית השכירות אשר הוכחנו שהיא ראיה גמורה על שהחזקה שלהם [לזכות ההקדש] היו נאמנים לומר שאחר זה קנו כל זכות החצר מכל א' מהבעלי בתים והחנויות. ואפי' אי לא טענו טענה זו אלו הנמצאים בזמן הזה. אנן ב"ד טענינן כי היכי דטענינן ליורשים וללקוחות. כי אנחנו הנמצאים בזה. כיורשי נ"ע אנחנו וכו' עי"ש:

אתה הראת דסבר לה מר הרב מהרשד"ם ז"ל דגם בחזקת הקהל לזכות ההקדש כאשר יהיה האופן כי האי גוונא דאמרינן ביורש דאינו צריך טענה. גם אינהו אינם צריכים טענה. והב"ד טעני להו כדין היורש. והיינו ממ"ש נד"ד:

וכ"ת הרי הרב עצמו לא כ' דבריו בפשוט. אלא היה אפשר לומר נקט בלשניה. לאו מילתא היא. כי לא בשביל דמסתפקא ליה להרב אם חזקת הקהל צריכה טענה שלא כדין היורש נקט לשון אפשר. דהא ודאי פשיטא דאינה צריכה טענה ודינם כדין היורש. [כמש"ל בע"ה] והא דנקט לשון אפשר הוא משום דנסתפק הרב אם תועיל חזקת הקהל בנכסי היחיד. דמצינו למר"ן הב"י סי' קמ"ט שכת' וז"ל מ"כ בשם ס' אגודה דבי ריש גלותא לא מחזיקין בהו. יש שרוצים להוכיח דדבר שהוא של הקהל לא מחזיקין ולא מחזיקינן בהו. והביא דבריו מורם במפה סי' הנז' סעי' ל"ה וז"ל המחזיק בשל קהל יש אומרים דלא הוי חזקה. וכן אם החזיקו בשל אחרים ע"כ. ואמטו להכי נקט לשון אפשר. משום דמספקא ליה שמא ההלכה כדעת האגודה דחזקת הקהל בנכסי יחיד לא הוי חזקה כדין בי ריש גלותא האמור בש"ס. אבל אנן לא קי"ל כס' האגודה. שהרי מר"ן הב"י ז"ל כ' על דבריו ולא נהירא. וכת' הב"ח וז"ל וב"י שכתב על דברי האגודה ולא נהירא. לא נחלק אלא על מ"ש שאין לקהל חזקה במה שהיה של יחיד. כי למה לא יועיל כיון שלא מיחא היחיד במנהיגי הקהל. כי אינו דומה לדבי ריש גלותא שהיה להם אימת מלכות. ע"כ. גם מורם ז"ל אחרי הביאו דברי האגודה כתב ולי נראה דדינו כמו בשל הקדש. וכת' הש"ך סי' קל"ב ולי נראה וכו' ואם החזיקו בשל אחרים מהני ע"כ. ומאחר דמר"ן ומור"ם לא ס"ל כסברת האגודה הכי נקטינן. וחזקת מנהיגי הקהל שהחזיקו במה שהיה של יחיד הוי חזקה ואינם צריכים טענה. דדינם בזה כדין היורש:

תדע דחזקת מנהיגי הקהל לזכות ההקדש דינה כדין היורש ואינה צריכה טענה. ודלאו משום הכי נקט הרב מהרשד"ם ז"ל לשון אפשר. שהרי בס' רס"ב כת' הרב איהו גופיה באמצע התשובה. וזל"ה כלל הדברים שכפי הדין איני רואה טענה בה יוכל להסמך בן ראובן הטוען ותובע מן הקהל ואם כי הקהל לא טענו טענה אחרת כי אם שאינם יודעים דבר ושמעולם לא ידעו שרבי יעקב השמש מכר לשום אדם. טוענים ליורשים כי המוכרים הנז' בשטר מכי' הלכו לב"ע. וכל מה שהיו הם יכולים לטעון טענינן לבניהם ולדור אשר קמו אחריהם ע"כ. עין רואה דס"ל למהרשד"ם דטענינן להו כדין היורשי' ואף דהתם מיירי בשאר טענות ולא בטענה שעם החזקה כנד"ד. מ"מ דא ודא אחת היא. דמדי הוא טעמא דאומר רבנן הבא מחמת ירושה דאינו צריך טענה הוא משום דטענינן ליורשים כל מאי דמצי אבוהון למיטען ומצינו להרא"ש ז"ל בתשו' ריש כלל פ"ו שאחר שהביא משנה זו דפרק חזקת דקתני הבא מחמת ירושה אינו צריך טענה. תני עלה ומהכא ילפינן בכל דוכתא דטענינן ליורש כל מידי דמצי אבוהון למיטען ע"כ ומאחר דהא מילתא דאמור רבנן הבא מחמת ירושה אינו צריך טענה היא בנין אב למאי דאמרינן

בכל דוכתא טענינן ליורשים. הא ודאי דלמדין דבר מדבר וא"כ כיון דמצינו למהרשד"ם ז"ל בסי' רס"ב שכת' בנדונו דגם בקהל טענינן ליורשים א"כ גם חזקת הקהל דינה כדין היורש ואינה צריכה טענה. וממילה אתה למד דמאי דנקט הרב בסי' רכ"ו לשון אפשר הוא מטעם האמור למעלה:

נמצינו למידין דהדין הוא עם החכמים הגזברים הי"ו וטענינן להו שמא הגזברים הראשונים נ"ן אשר היו לפניהם קנו מאת הר"ש הנז'. והגם דהחכמים הגזברים י"ץ אינם טוענים שאמרו להם הגזברים אשר היו לפניהם שהם קנו מאת הר"ש. והרא"ש ז"ל בתשו' ריש כלל צ"ט כת' דאינו צריך להביא ראיה ברורה שיודע בבירור שאביו לקחה רק אבי אמר לי קרקע זו קנאה ממך. והביאו דבריו האחרונים ע"ע. עי' כנה"ג בהגה"ט אות כ"א. הנה כבר דחו האחרונים דבריו כמ"ש הכנה"ג שם. והרב משכנות הרועים מע' ח' אות ג' אחר שהביא תשו' הרא"ש ז"ל הלזו כת' וז"ל הנה תשו' הלזו כבר עמדו עליה גדולי ישראל נ"ן. ומהרש"ך בח"ב סי' רל"ב דחאה מהלכה. ומוהרש"ח בתשו' סי' כ"ח ובפרישתו לטור סי' קמ"ו. והכריחו כן מתשו' אחרת להרא"ש ז"ל וכן דקדקו מדברי הטור דלא ס"ל כהך תשובה וכו'. ואנן בדידן לעולם כך דנין ב"ד הצדק של כת הקודמין זיע"א. ושהיו לפנינו ז"ל ואנן יתמי דיתמי בתרייהו גרירי דלעולם אין צריך טענה עי"ש ובאות ל"ז וגם אנו אין לנו אלא סתם דברי מר"ן שכת' הבא מחמת ירושה שטוען אני ירשתי ממורישי אינו צריך טענה אחרת ע"ך. אשר סתם לשונו יורה דלעולם אינו צריך שום טענה אחרת ותו לא מידי. ולראיה וזכות ביד החכמים הגזברים הי"ו ח"פ פאס יע"א בעי"א למרחשון בפר"ק בא סי' דהאי שתא טבתא אמרות ה'

אמרות טהורות וצ"י יצי"מ ויבה"ן אכי"ר ושו"ק:

איש צעיר שלמה אבן דנאן הי"ו

סימן לג

הנה מצינו בפסקי הא' שאינו נוטל חלק בשררת בה"ך רק הראוי. אבל מי שאינו ראוי לא יטול כ"א שכירות מקום והגם דכל הכנסת ב"ך היא באה מנדרים ונדבות ומכירת המצות וכיוצא שכולם ענייני השררה אפ"ה נוטל שאינו ראוי כדי שכי' מכל הנכנסות והשאר היתר על השכי' נוטלו בעל השררה. והיינו טעמא שהרי הקהל מחויבים לשכור מקום להתפלל בו. וכשהזמן מוכשר הם נותנים בויתור. וא"כ הסר שיעור השכי' מהכנסת בה"ך שהוא דמי פירעון השכי' שהם חייבים בו דלא סגי בלאו הכי דלא ימצאו מקום

להתפלל בו בחנם. והיתר על שיעור דמי השכי' שאין חייבים בו מן הדין. הוא בא מכח השררה. ולכן לא יטול בו מי שאינו ראוי כלום:

ולפ"ז בזמנינו זה דאתייקור קרקע ושכי' מקום שוה להכנסת בה"ך או יותר. בדין הוא שיטלו שוה בשוה ראוי ושאינו ראוי. דלגבי שיעור שכירות המקום שהוא תולדת גוף הקרקע אין חילוק בין קרקע בה"ך לקרקע אחר. ודוקא לגבי השררה חילקו הרא' בין ראוי לשאינו ראוי. ולא מיקרי שררה אלא אם יש בהנאת בה"ך יותר ממה שראוי לשכור מקום להתפלל בו כמו שהיה בזמן הרא'. אבל שיעור השכירות שחייבין בו מן הדין כפי המקום וכפי הזמן המעט הוא אם רב לא מקרי שררה אלא שכירות הגוף שיד כולם שוה בו. ולכך אפילו תהיה השכי' ביוקר ע"כ שיעור הכנסת בה"ך או יותר יחלקוהו ראוי ושאינו ראוי שוה בשוה. והגם דלפ"ז לא לא יש יתר שאת לראוי על שאינו ראוי. לא עלינו תלונותיו שהזמן גרמא ונסתחפה שדהו שנתמעטה הנאת בה"ך והוקרו הקרקעות. ודבר זה פשוט וברור הוא לדעתינו:

ולענין היאך ישומו שכי' בה"ך. ה' זכות אבות כת' משם מוהריב"ץ ז"ל וזל"ה דאין להם אלא שכי' מקום כאלו הוא בית דירה וכו' ע"כ. ומוהריב"ע זלה"ה השיבו לא כמו שטען שכי' מקום בית דירה אלא שכי' בה"ך כי ידוע כי מקום בה"ך הנאתו מרובה יותר מהנאת מקום בית דירה ואין ספק שיגדל שכירותו. עכל"ה. ומוהר"ר יעקב ן' סמחון ז"ל כת' וז"ל שישומו הב"ד כבית דירה וכו' שכן כת' מהריב"ץ בתשו' כ"י ובמקום אחר מצאתי שהסכים עמו מוהריב"ע זלה"ה ובמ"א מצאתי שישומו הבה"ך כאלו היא מקום מוכן בספסלים ועששיות וס"ת והיכל ותיבה כמה יכול לשכור מקום מוכן כזה להתפלל בו:

ובפס"ד א' כתוב וחתום מב"ד של ד' מוהר"ש אבן דנאן ומהר"ר רפאל עובד אבן צור ומהרא"ה ומהרמ"ט זלה"ה כתבו שישומו אותה כאוצר לעשות בו סחורה שאין בה בזיון למקום ולא תזיק לכותלים אם הם סמוכות לחצרות אחרים. וכן הסכימו ב"ד שבזמנינו זה ה"ה כמה"ר רא"ם וכמהרי"ם וכמהריב"ן ומהרח"ה עכ"ל. ונראה פשוט דלא פליגי הני רבוותא דלכ"ע שמין אותה כאלו היא בית דירה אם היא ראויה לדירה. ומר אמר חדא ומאמ"ח ול"פ. ומוהריב"ע הוסיף ליפות כח מי שאינו ראוי שישומו אותה כדי שכי' מקום כזה להתפלל בו. ולא אמרו הרבנים מהר"ש אב"ד וב"ד ז"ל כדי שכי' אוצר אלא בשביל שאין בה"ך ראויה לדירה מפני שמחוסרות באר מ"ח ובהכ"ס וכיוצא. ותלי"ת זכינו לחזות בנועם פס"ד הנז' כתו' וחתום בחותמם הטהור. וכ"כ בו להדייא. וזל"ה אך מה שנסתפקת היאך ישומו השמאים ליורש הנז' שכי' חלקו בבה"ך הנז' כיון שעתה אין בה בתים ומזוזות ופתחים. אם נאמר רואין כאלו יש בה בתים בנויות במזוזות ופתחים

וראויה לדירה וישומו אותה כאלו יש בית דירה. או לא. לזה נשיב שאין כאן ספק כלל דמהי תיתי לומר כן שהיא אין בה בתים ואינה ראויה לדירה ונחשוב אותה כאלו יש בה בתים כדי לעלות שכרה. והלא אם אפי' היו בה בתים כמו שהיתה מקדם לא מקרייא ראויה לדירה כדי להעלות שכרה כשכר בתים הראוים לדירה שהרי מחוסרת הצבת דלתות ושאר טכסיסין הנעשים לבתים ולעליות ועוד היא מחוסרת באמ"ח ובהכ"ס ומדרגות שעולים בהם לגגות לשטוח בהם בגדים וכיוצא מתשמישים אלו. ומאין הרגלים לספק זה. ובודאי דאין שמין כ"א אוהלים כאשר המה עתה וכו'. וכן הוא בנד"ד שלא נוסיף לומר רואין כאלו היא בנויה בתים משוכללים והבו דלא להוסיף עלה כי היכי דלא ליקו בבל תוסיף. כלל העולה שאין שמין בה"ך כ"א כפי מה שהיא עתה וכו' ושמין אותה כאלו אוצר. ולא יטול היורש שכי' חלקו כ"א כשכר אוצר. והיינו כאוצר של סחורות שאינו מזיק לכותלים ולקרקע. ולא לאוצר של חטים ותבואה שהם מזיקים את הכותלים בהבל וחום שלהם וכו' עכל"ה. וחתומים ע"ז רבני תיטוואן מוהר"ר יעקב ן' מלכא זלה"ה וכמוהר"ר אפרים מונסונייגו זלה"ה וכמוהר"ר יהודה קרייאט זלה"ה. וס"ל נמ"ך דברי חכמים אינם צריכים חיזוק והאמת עד לעצמו ופשוט הוא ולראיה ח"פ וחתומים ע"ז מוהר"ר ש"ש אב"ד ז"ל וכמוהר"ר רפאל עובד אבן צור ז"ל וכמוהר"ר אליהו הצרפתי זלה"ה וכמוהרמ"ס זלה"ה. וס"ל נמ"ך הדבר פשוט דאין שמין הבה"ך כאלו היא בית דירה ולומר דרואין אותה כאלו היא משוכללת במזוזות ופתחים. וכן נמצא בפסקי קדמונים נ"ן ואין שמין אותה אלא כמות שהיא ולראיה ח"פ וחתו' מוהר"ר יקותיאל בירדוגו זלה"ה. וס"ל נמ"ך עליונים למעלה בהסכמה עלו שאין שמין הב"ה אלא כמות שהיא. אף אנן נמי מודינה ביהא מכל טעמי הנז"ל ולאפושי גברי קא אתינא וחתום הרב הקדוש עמרם דיוואן הוא החסיד הקבור בוואד זאן זיע"א:

עין רואה דמ"ש הרבנים דשמין אותה כאוצר אינו אלא משום דמחוסרת ענייני הדירה כגון באמ"ח וכו' וכמות שהיא אינה ראויה לדירה אלא לאוצר ולכך שמין אותה כאוצר. מעתה מה שנמ"ך בפס' א' להרב מוהרא"ה זצ"ל וז"ל ושיערו הרא' זלה"ה שאינו כשכירות בית דירה אלא כשכי' אוצר ששוכרין אותו לעשות בו סחורה נקייה וקלה שאינו מכביד על הכותלים ואין בה תשמיש של בזוי ולפי ערך שכי' זו יטול חלקו המעט הוא אם רב עכל"ה. הוא מטעם שאינה ראויה לדירה וילמד סתום מן המפורש וא"כ היכא דיכולים להשכירה לדירה כמות שהיא. ובפרט בעיר צפרו שאין להם בחצירותיהם לא באר מ"ח ולא בהכ"ס ולא מדרגות לגג והוייא לה בהכנ"ס כחצר להבדיל בין הקדש ובין החול. דשמין אותה כמות שהיא לדירה. וידו על העליונה לשום לו בדבר ששכירותו

מרובה או לדירה או לאוצר. וראיה מההיא דמוהריב"ע זלה"ה שהביא הז"א כמביא למעלה. וכן מובן מכל דברי הרבנים הנז"ל. והרב מוהר"ר ידידיה מונסונייגו זלה"ה כתב וז"ל אמר הכותב זכינו לפס"ד שחתום בו הרב הגדול כמוהריב"ע שכת' ששמין בה"ך כבית דירה. ומוסיפין בשביל התיבה והספסלים והעששיות וכו' והסכים ע"ז עוד כמוהריב"ץ זלה"ה ולא נשאר שום ספק כלל וכו' איכו השתא אל ה' ויאיר לנו שנגלה לפנינו פס"ד של הרבנים זלה"ה שרוב הוראותינו אנחנו נגררים בעקבותיהם ומהם אנחנו חיים וכן אנחנו נוהגים ואין פוצה פה כלל. יקובל האמת מפום רבנן תקיפי זצוק"ל וכבר נדפס קצת מהפסק הזה בס' זכות אבות שים עיניך עליו ודי בזה עכל"ה:

קנצי למילין דשמין אותה כמות שהיא לדירה אם שכירותיה מרובה משכי' האוצר וכן להפך. ומוסיפין בשביל התיבה וספסלים וכו' ואם תהיה שומת השכי' שוה להנאת בה"ך נסתחפה שדהו של בעל השררה דאין לו בשררה כ"א היתר על השכי' אם יהיה יתרון ותו לא מידי וכמש"ל והכי דייק ג"כ לשון ה' מוהרא"ה ז"ל שכת' ולפי שכי' זו יטול חלקו המעט הוא אם רב ע"כ. ולראיה ח"פ בח' כסלו דהאי שתא

חלק ונחלה

בבית אבינו ליצירה. וצוי"מ וימ"ן אכי"ר:

שלמה אבן דנאן סליט"א

סימן לד

צפרו יע"א היום כ"א לח' מנחם דהאי שתא צדיק

כתמ'ר יפרח לפר"ק:

לקדוש ה' מכובד. הרב המופלא. וכבוד ה' מלא כמוה"ר שלמה אבן דנאן הי"ו נר"ו יאיר כצאת השמש בגבורתו. ותרב גדולתו אכי"ר:

אחר עתרת החיים והשלום לראש צדיק ולפריו קדש הלולים. נטעי נעמנים. ה' עליהם יחיו. דשנים ורעננים יהיו. ויתעננו על רוב שלום. אכי"ר. אבקשה מרו"ם כת"ר יודיעני מה לעשות באיש הנשוי עם אשתו זה יותר מעשר שנים וכבר יש לו ממנה שני זכרים והיא עדיין ילדה אשר אין בה כל מום המונע לידה. והבעל רוצה לקחת לו אשה אחרת עליה בטענה שעדיין לא קיים מצות פו"ר כי אין לו בת. אם מתירין לו לישא עליה א"א א"ל. וביען שראינו לראשונים זלה"ה דברים שונים בענין זה לכן יעצוני רעיוני לשאול את פה רו"מ כת"ר אם יש אתו דבר ברור בענין זה הלכה למעשה. ממ"ש בלשון התק' זרע זכר מוכח להדייא שאם יש לו זרע זכר אף שאין לו בת אין מתירין לו לישא א"א

וכן מוכח להדייא מדברי ה' מוהר"ר ר"ב זלה"ה בספרו משפטים ישרים ח"א סי' קמ"ב קמ"ג קמ"ד יעו"ש. ולעומת זה ראינו בס' משפט וצב"י ח"א סי' ר"ד שנשאלו חו"ר עירכם זלה"ה מחכמי עירינו בענין זה והשיבו בפשוט שרשאי לישא א"א כיון שעדיין לא קיים מצות פו"ר יעו"ש. ובס' כ"י מצאנו תשו' לה' הגדול מוהר"ר יעב"ץ זלה"ה בענין זה והשיב שאם האשה עדיין היא ראויה לילד ויש תקוה לאחריתה. כיון שכבר יש לו ממנה זרע זכר שוב אינו רשאי לישא א"א עליה אף שעדיין לא קיים המצוה. אמנם אם האשה אינה ראויה עוד לילד וכבר אבדה תקותה כגון שהוחזקה לנפלים או למשכלת ח"ו או שחדל להיות לה אורח כנשים אז רשאי לישא א"א כדי לקיים מצות פו"ר וההיא דספר משפט וצב"י לא מכרעא כ"כ ובקל יש לכוונה עם תשובת הרב יעב"ץ זלה"ה דהתם נמי היתה האשה משכלת כמו שיראה המעיין שם בשאלה ולפיכך חתם הרב ז"ל אף עמהם עמהם. ותשובתו הרמ'תה מהרה תצמח לדעת מה יעשה ישראל ויבא שכמ"ה. ולרו"ם כת"ר החיים והשל'ם כיש את נפשו החכמה גם חסיד'ה בשמים ונפש מתכבד באהבתו. דורש שלומו וטובתו כל הימים:

והוא הצעיר חיים אברהם אליהו שטרית ס"ט רב אחא'י הרב המובהק כמה"ר חיים אב'א שטרית נר"ו יאיר והוי זהיר אכי"ר:

אחר שים של'ם טובה. כצמח השדה רבבה. מאהבה רבה. עתה באתי להשיב מפני הכבוד במאי דנסתפק כת"ר האם יכול האיש לקחת לו א"א בטענה שאין לו בת ואכתי לא קיים מצות פו"ר ומ'ר ניהו הוא דקאמר כי ראה לראשונים זיע"א דברים שונים וכו' וכ"ע וז"ל ממ"ש בלשון התק' זרע זכר מוכח להדייא שאם יש לו זרע זכר אף שאין לו בת מתירין לו לישא אשה אחרת ע"כ:

איברא כי בתק' ש"ש גש"ן וש' שנ"ט לא חששו אבותינו ורבותינו בעלי התקנות לתקן בשביל מצות קיום פו"ר. וכל עיקר תקנתם ומגמת פניהם אינו אלא בשביל שמצאו כמה משפחות שנעקר שרשם מן העולם. כאשר יראה הרואה בדב"ק אמטו"ל תקון רבנן בתק' האחרונה דבהיות לו זרע זכר אינו רשאי לישא א"א הגם דלא קיים מצות פו"ר. ולא מצינו היתר לנישואין בשביל הבת אלא מתק' שכ"מ ולהלן שכתבו וז"ל לכן ראינו וכו' שכל איש שיהיה נשוי וירצה לקחת לו א"א על אשתו בהיות לו ממנה זרע זכר ויראה לב"ד אשר יהיו בימים ההם אונס ניכר לב"ד אליהם אזי הרשות וכו'. וכ' ה' יעב"ץ ז"ל משם הרה"ג מוהר"ר יעקב אבן דנאן זלה"ה היכא דאיכא חולי המונע הלידה או חולי המונע התשמיש וכיוצא מחמת האשה שיש לו ע"כ. ודקדקו לכתוב בהיות לו ממנה זרע זכר אבל בת אין לו. ולזה התירו לו כדי לקיים מצות פו"ר שהיא בהיות לו בן ובת.

כמ"ש מר"ן אה"ע ס"א ס"ה. ולא באו לעקור תקנה ראשונה. אלא דבתקנה זו מקום הניחו ג"כ לתק' ראשונה. והוא היכא שהאשה יש לא תקוה ולא אבד שברה. ולכך לא שרינן ליה לישא א"א בהיות לו ממנה זרע זכר אף דעדיין לא קיים מצות פו"ר. שהרי עדיין יש תקוה להוליד ולקיימה מאשתו זאת. כיון דלא אבד שברה. ומה לי זאת מה לי אחרת. אך בההיא דתק' שכ"מ מיירי באשה שאבדה תקותה. ואבד שברה דא"א לקיים מצות פו"ר ממנה. אמטו"ל תקון לישא א"א לקיים מצוה דאורייתא. ודין הוא טעמא לרבינו מוהריב"ץ בתשו' כ"י שמצא כת"ר הי"ו. וכן כתוב אצלי זה כמו עשרים שנה על גליון ס' כרם חמד חאה"ע ס' ץ' מועתק מכתי' ה' כמוהרי"ד מונסונייגו ז"ל וזה מש"ש. וז"ל הרב מהריב"ץ ז"ל ואם יש לו בן זכר חי או בנים הרבה ואין לו בת אע"פ שעדיין לא קיים מצות פו"ר שהרי צריך בן ובת אפ"ה אינו רשאי לקחת אשה אחרת שהרי עדיין יש תקוה להוליד בת ולפיכך עודנו בכלל השבועה זולת אי איכא יאוש כגון שהוחזקה אשתו לנפלים ג"פ או יותר או שהוחזקה לשיכול בנים ג"פ או יותר או שעמדה מלדת שאירעה חולי המעכב הלידה וכ"ש אם פסק וסתה וחדל ממנה אורח כנשים או שהזקינה וכדומה באופן שאבדה תקותה ונכזבה תוחלתה אז אפ' יש לו הרבה בנים רשאי לקחת לו אשה אחרת אולי יוליד בת להשלים מצות פו"ר. יעו"ש בדב"ק וע"י שו"ת מוהרפ"ב סי' פ"א ע"כ:

והנה לא הוצרכו להכי אלא בשביל אונס המונע הלידה דאלו באונס המונע התשמיש שרי אפי' יש לו בנים ובנות הרבה:

קושטא דחזיתיה להרב תשי' סי' קט"ו שהביא לשון תקנת שכ"מ ודברי הרה"ג מוהרי"ע אבן דנאן זלה"ה. וכ"ע. ובפסקי מוהרב"ץ זלה"ה כ' שאם פסקו דמיה אין לך אונס ניכר גדול מזה שפסקו דמיה ואבד שברה כמה שנים ולכך ב"ד צריכין ליתן לו רשות לישא כשיתאמת הענין ע"י נשים כי לא קבעו יו"ד שנים אלא היכא דיש תקוה וכו' וכ' שכך היו דנים רבותיו מהר"ר וידאל הצרפתי ומהר"ר מנחם סירירו ומוהריב"ע זלה"ה. וכ' ע"ז הרב הנז' מבואר מזה. שאם אינה ראויה ללידה או לתשמיש מקלינן בה תרי קולות דאפי' בתוך יו"ד שנים יכול לישא א"א כיון שאבד שברה וגם אפי' יש לו בנים יכול לישא א"א ע"פ ב"ד משום בבקר זרע זרעך ולערב אל תנח ידך שזו עדיפא משהתה יו"ד שנים ולא ילדה שלא אבד שברה אבל זו שעמדה מלדת מחמת זקנה שאבד שברה ותוחלתה נכזבה אפי' יש לו בנים ואפי' בתוך יו"ד שנים לנישואין רשאי לישא א"א. ע"כ:

והנה במאי דהתיר הרב בתוך יו"ד שנים הא ודאי דאנן נמי מודינא ליה. אך במ"ש הרב דטעמייהו דרבנן בתקנה זו משום בבקר וכו'. אהמ"ר מכת"ר אנן לא שמיע לן. דלדבריו

כל מי שהזקינה אשתו וכיוצא אפי' יש לו בנים ובנות רשאי לישא א"א ומעולם לא ראינו ולא שמענו מי שדן כן ופוק חזי מאי עמא דבר. ותשו' רבינו מוהריב"ץ ז"ל הנז' תוכיח דלא היתר באונסים כאלו אלא במי שאין לו בת כדי לקיים מצות פו"ר. כאשר יראה הרואה ולבבו יבין במאי דסיים הרב במילתיה אולי יוליד בת להשלים מצות פו"ר. והא ודאי דטעמא דידיה כמש"ל:

באופן דאין רשאי לישא א"א בטענה שאין לו בת אלא באשה שאבד שברה כגון אם היא משכלת או מפלת ג"פ או יש לה חולי המונע הלידה או פסק וסתה או הזקינה שאבד שברה דא"א לו להשלים ממנה מצות פו"ר אבל באשה שהיא ילדה ועדיין יש לה תקוה להוליד. בהיות לו זרע זכר אינו רשאי מהך תקנה ש"ש שנ"ט. וכן אנו דנים והולכים ואין מי שיחלוק בזה. ודברי הראשו' זלה"ה שבאו בס' מוצ"ב גם הם מוסבים על דרך זו. וכמ"ש כת"ר דבקל יש לכוונם. והגם דמאשגרת לישן דמר נראה דאין כוונתו לכוון אלא תשו' מוהריב"ץ ז"ל אהדדי. מ"מ אנא דאמרי לענ"ד נראה שכן היא דעת כולהו רבוותא הנז'. אלא שלאהבת הקיצור השיבו על נדון השאלה דאיירי בהכי. וההכרח וכו'. זהו הנלע"ד בזה וצויי"מ וימ"ן נאם החו"פ פאס יע"א באלול התר"ס ליצירה:

זעירא דרבנן שלמה אבן דנאן סליט"א

סימן לה

נדרשתי מעיר טאנכ'יר יע"א לחיות דעתי בראובן שהקדש בהכנ"ס לעניי העיר גוף ופי' הקרן יהיה קיים לעולם ואין להם רשות למוכרו והפי' יתחלקו לעניים מידי שנה בשנה ומינה את שמעון שהוא גזבר על איזה ממון העניים מקודם והכל היה בקש"מ ובשח"ך ואחרי מופלג עלה ברצון המקדיש לשנות ולתת מחצית ההקדש לעניי ירושלם תוב"ב האם יכול לשנות א"ל:

תשובה תחילה צל"ד האם יכולין ליתן לעניים הבאים אחרי כן הגם שלא היו בשעת ההקדש ועוד אם יכולים להרבות לאחד ולמעט לאחד דבתשו' הרשב"א שהביא מר"ן בב"י יו"ד סי' רנ"ח מבואר שהמקדש לעניי העיר סתם ששורת הדין הוא שנותנין לכל עניי העיר חלק כחלק אלא שאין המנהג כן ומחלקים כרצונם בין למקצתם בין לכולם בין לעניי עירם בין לעניי עיר אחרת וכל המקדש לא שיחלקו בשורת הדין הקדיש אלא כפי הנהוג בשכבר ראה שהקדישו המקדישין שלפניו שנהגו כן הגזברים עכת"ד. ועי' בתשו' שהביא מר"ן שם סי' רנ"ט. וכ' מהריק"ו שו' ה' על דבר המעות אשר התנדבו המתנדבים לעניי ירושלים והושמו אותם המעות ביד הגזברים שיהיה הקרן קיים תמיד. ומהריוח

יתנו לעניים פעם א' בשנה. וכ' ה' וז"ל ולא התנדבו לצורך עניים מיוחדים כדי ליתן להם מיד ולא לזולתם כי ההיא דשקלי' אלא הפקידו ביד הגזברים להיות פקידים ליתן כאשר יראה בעיניהם לפי ריבוי העניים אשר ימצאו בשעת המתנה או לפי מעוטן. וגם כי לפ"ד יש כח בידם להרבות לעני זה ולמעט לעני זה כאשר ייטב בעיניהם בההיא ודאי לא שייך למימר דכיון שנגבו לשמים דלהם לבדם יותן ולא יוכלו הגבאים לשנות דאנו סהדי שהמתנדבים כשהתנדבו לא עלה על דעתם כלל שיזכו אותם העניים מיד. רוצה לומר אותם העניים שהיו בירושלים בשעת שהתנדבו דא"כ לא היו יכולים ליתן שוב לעניים אחרים הבאים אח"ך אלא מסרו המעות לגבאים למען יעשו מהם הטוב והישר כפי ראות עיניהם לפי העת ולפי הזמן ולפי רוב העניים או המיעוט ע"כ. וה' מהרימ"ט ח"א סי' ס"ג הב"ד מהריק"ו הנז' וכ' וז"ל וכן הדין בנדון שלפנינו ודאי שאין שום זכייה במעות אלו לאותם תלמידי חכמים הלומדים באותם הישיבות מדין זכייה שלא היתה כונת המקדיש לזכות לאלו מיד כי בודאי אין יד כולם שוה בהם. שהדבר ידוע שההספקה יוסיפו לאחד וימעטו לאחר הכל לפי מה שהוא האדם. ואם למחר ילכו אלו יבואו אחרים במקומם כי לא היתה כוונת הנותן לאלו שהיו באותה שעה ע"כ. המבואר מדבריהם דרבנן דכל היכא דאיכא למימר דכוונתו שיזכו העניים תכף ומיד משעת ההקדש ולא תתעכב הזכייה עד שעת הגבייה שיגיעו לידם המעות צריך שהחלוקה תהיה כפי שורת הדין שיזכו כולם ויד כולם שוה והו"ל כאלו בא הממון בידם דאין יכול להוציאו מידם וליתן לאחר ולכך כאשר יהיה האופן דיש יכולת ביד הגזבר ליתן לזולתם ולהרבות לזה ולמעט לזה הא ודאי דהט' משום דאמרינן דלא עלה על דעתו לזכות להם תכף ומיד משעת ההקדש כ"א עד שתגיע לידם ולכך מצא להרבות לזה ולמעט לזה וגם ליתן לזולתם כיון דאכתי עדיין לא זכו וא"כ בנ"ד דהא חזינן ליה דקא גמר ומקני בקש"מ ובשח"ך ליכא למימר דלא עלה על דעתו לזכות להם מיד שהרי הקנה להם בק"ס מעכשיו וכיון דאית ליהו זכייה תכף ומיד א"כ צריך שיחלוקו כפי שורת הדין ולא ע"פ המנהג וא"כ צריכין אנו לומר דמ"ש הרשב"א דכל המקדיש אדעתה שיחלוק כפי המנהג הוא מקדיש ה"ד היכא דליכא ק"ס דאז נוכל לומר דאנן סהדי דלא עלה על דעתו לזכות להם מיד וכמ"ש מהרי"ק אבל היכא דאיכא ק"ס דא"א לומר כן הא ודאי דדעתיה הוא לחלוק כפי שורת הדין דכיון דמשעת ההקדש קא זכו הו"ל כאלו בא לידם:

ונמצא לפ"ז אפשר לו' דזכו בו הנמצאים בעיר בעת ההקדש לדורות עולם הם ובניהם אף אם יעשירו. ואולם דבר זה הוא נגד הסברא דמסתמא הוא דדעת המקדיש שיתחלק מידי שנה בשנה לעניים הנמצאים בעיר באותו מצב של החלוקה. בין אלו הנמצאים בשעת

ההקדש. בין זולתם ואין כוונתו לעניים הנמצאים בשעת ההקדש בלבד ולא לזולתם אלא לנמצאים שיהיו בשעת גבייה. והקנה להם בקנין כדי לזכות להם מיד ולא עד שעת גבייה וא"כ צריך שיחלוק להם לכל העניים שיהיו בשעת גבייה חלק כחלק:

ומ"ש מהריק"ו ז"ל דאנן סהדי שהמתנדבים כשהתנדבו לא עלה על דעתם כלל שיזכו אותם העניים מיד רוצה לו' אותם העניים שהיו בירושלים בשעה שהתנדבו. דא"כ לא היו יכולים ליתן שוב לעניים אחרים הבאים אח"ך וכו'. ע"כ. הנה לפום מאי דהכריח ממה שיכולים לתת לזולת' לא נוכל להכריח כ"א דכוונת המתנדבים לא היתה על העניים הנמצאים בשעת הנדבה בלבד. אלא על כל הנמצאים בשעת הגביה. ואכתי נוכל לומר דכוונתם היתה לזכות לאלו העניים שיהיו בשעת גבייה תכף ומיד משעת הנדבה. וא"כ הא ודאי דאין יכולין לשנות כיון דזכיה אית להו בנכסים אלא דסמך הרב עמ"ש קודם לזה וז"ל וגם כי לפ"ד יש כח בידם להרבות לעני זה ולמעט לזה. וכיון שכן הא ודאי דאנן סהדי דלא זיכה להם מיד. ולא יזכו אלא עד שתבוא לידם. ואמטו להכי פסק ה' דיכולין לשנות כיון דלית להו זכייה ואינו אלא פקדון ביד הגזבר ליתן כאשר יראה בעיניו:

ובמאי דאנן קיימין דאיכא ק"ס במעכשיו דאנו מוכרחים לומר דזיכה להם מיד. איכא למיתמה היאך מהנייא הקנאה זו אחר דהקדש זה הוא לד"ע ודור הולך ודור בא והיאך מקנה למי שלב"ל ואיכא מאן דאמר דאף המי שבא לעולם לא קנה. דהו"ל קני את וחמור. ועוד כיון שאין הקנאה זו לנמצאים בשעת ההקדש שהם ידועים אלא לעניים שיהיו בשעת גבייה. הו"ל מקני נמי למי שאינו מבורר דלא מהני. וכמ"ש מהרימ"ט בתשו' ח"א סי' פ"ב. אלא דראיתי להו' מהריט"ץ ז"ל סי' פ"ו כאשר הוב"ד בה' שע"א ח"ב סי' כ"ו ד' נח ע"ב שכ' דהמקדש ומצוה שיתנו לעניים הרי הם זוכים גם ענייי הנולדים אחריו מטעם דשם עניים א' הוא. וכיון שהתחיל ההקדש לחול באותה שעה אין לו הפסיק ע"ש ומינה למד ה' לנ"ד ע"ס אף אנן נמי נימא כיון שהתחיל ההקדש לחול על הנולדים ועל העניים שהיו בשעת ההקדש שהם מבוררים שם הקדש א' הוא וחל נמי גם על שאינם נולדים ושאינם מבוררים:

ואולם נראה דאכתי לא אפרק ההיא דשאינם מבוררים מההיא דמהריט"ץ ז"ל דכיון דאין הזכייה חלה כ"א עד שעת גביית הממון לידם א"כ אין כאן מבורר כלל שיחול עליו דדילמא כל העניים הנמצאים בשעת ההקדש כולם ילכו נדוד או ימותו או יעשירו או איזה מהם כך ואיזה מהם כך ופנים אחרים הם אשר יהיו בשעת הגבייה וא"כ אין כאן מבורר שיחול עליו כדי שיחול גם על שאינו מבורר:

קושטא קאי דההיא דמהרימ"ט ז"ל דאין אד"מ למי שאינו מבורר לאו אליבא דכ"ע היא. שהכנה"ג חו"מ סי' ר"י הגה"ט אות ד' כ' אין אד"מ למי שא"מ למ"ד אין ברירא כגון האומר ק' זוז ליתומות שיראה בעיני פו"פ מורי הרב ז"ל ח"א סי' כ"ב חח"מ סי' כ"ג והוסיף לומר דאף בשעבוד לא מהני ועי' בתשו' הרא"ש כלל י"ג סי' ר"א שכ' דלמ"ד יש ברירא קנה ועי' במהרשד"ם חח"מ סי' ך' ובפליטת ב"י סי' י"ט ע"כ. ומבואר במהרשד"ם שם שנתחדשה לו הלכה ממה שהראו לו תשו' הרא"ש כלל ס"ח סי' ט' שכ' וכן מצינו בשאול על מעשה דגולית הפלשתי ששעבד עצמו ונכסיו למי שיכה הפלשתי ובא דוד והכה ונתחייב שאול לדוד באותו ממון וכו' עד הרי לך ראיה ברורה שאדם יכול לשעבד נכסיו אף למי שאינו מכיר ויודע בשעת השעבוד מי הוא וכ"ש בנז' שבא המלוה ושעבד עצמו ונכסיו לכל מוציא שטר זה דהוי שטר מעלייא. ע"כ ע"ש:

ומהרימ"ט ז"ל חח"מ סי' כ"ג הב"ד מהרשד"ם הנז' ותמה עליו דמאי מעליותא דתלייא באשלי רברבי דאיכא רבוותא דפסקו אין ברירא והיכא מפקינן ממונא ע"פ תשו' זו שנראה דסמך על דברי ר"י דסבירא ליה דיש ברירא והרא"ש בה' נדרים אחר שהביא דברי ר"ת ודברי ר"י שנחלק עליו כ' מצאתי כתוב בשם רשב"א הצרפתי ונראה דמסקנת דבריו כדברי הרשב"א וא"כ יש לומר שאע"פ שכאן בתשו' נראה לו דברי ר"י בהלכותיו העלה כדברי רשב"א דאין ברירא וכבר אמרו שלעולם אנו סומכים על דבריו שבהלכות יותר מדבריו שבתשו' כמ"ש הטור מפני שהיו באחרונה ובין כך ובין כך מידי פלוגתא לא נפקא ולא מפקינן ממונה עכת"ד:

והמח"א הלכות צדקה סי' יו"ד המציא לנו פלוגתא אחריתי והוא דלדעת הרמב"ם בפי' המשנה דשקלים דקתני מותר העניים לעניים אייריי בעניים שאינם ידועים ואפ"ה אינם יכולים לשנותו למצוה אחריתי דגבאי שאני דידו כיד העניים ומכי מטי לידיה זכו העניים ושכן נראה מתשו' הריב"ש סי' תס"ה דאפי' בעניים שאינם ידועים זכה הגבאי בעד העניים ושכן נראה מתוך דברי מהר"מ שהביא המרדכ"י בפ"ק דבתרא על ראובן שנתן ממונו כדי לשכור רב וכו' דכי אמרינן משבאו לידי גבאי אי אתה רשאי לשנותן אפילו בשאין הזוכין ידועים ואפ"ה לא מצי לשנותן למצוה אחריתי משום פסידא דעניים וחשיב כגוזל את העניים אפי' בכה"ג כדמוכח מדברי הרשב"א שהביא הב"י סי' רנ"ח וכן מוכח מהירושלמי. ואולם לדעת הרא"ש ומהריק"ו בשורש ה' אפילו ע"י גבאי לית להו זכייה ע"ש ובסי' ב' ובסי' י"א דדעתו דע"י גבאי אית להו זכייה:

באופן דהאי מילתא מידי פלוגתא לא נפקא ושתי מחלוקות בדבר דאיכא דפליגי בעיקרא דדינא וסבירה להו דאד"מ למי שאינו מבורר וגם הך פלוגתא דפליגי בגבאי

לדעת המח"א ז"ל. אכן אנן בתריה דמר"ן ז"ל גררינא ובסי' ס"א ס"ד הביא ההיא דתשו' הרא"ש ז"ל דכלל ס"ח סי' ט' דעלה קא סמיך מהרשד"ם ז"ל ודן את הדין דאד"מ למי שאינו מבורר וא"כ דעת מר"ן ז"ל כהרא"ש ז"ל דאד"מ למי שאינו מבורר. והגם דהרב מהרימ"ט ז"ל שם כ' ומה שהביא הרא"ש מההיא דשאול לא הביא ראיה שיכול אדם להשתעבד או להקנות עכשיו למי שאינו מבורר וכו' אלא מייתי דלא תימא כיון שאין מזכיר שם המלוה אין השטר כלום ע"ש. ולפ"ז אפשר לומר דגם מר"ן ז"ל בהכי איירי שאינו מבורר בשטר אבל מיהא מכירו. כבר המט"ש ז"ל סי' ס"א הב"ד ותמה עליו וז"ל וכ' עוד דהרא"ש מיירי היכא דיודע ומכיר למלוה ונמצא דהחיוב הראשון מבורר הוא ויש עליו שעבוד הגוף ושעבוד ממון ומתוך שמשתעבד לו משתעבד נמי למאן דאתי מחמתיה ומאי דשקיל וטרי הרא"ש שאינו מבורר שם המלוה היינו שאינו מבורר בשטר אבל מיהא מכירו ובהכי הוא דסבר דמשתעבד וכו' יע"ש ולבד שדבריו שם לא זכיתי לע"ד להבינם מצד עצמן במ"ש בס"ו החילוק אם גם זאת החילוק תמוה אצלי אם דברי הרא"ש ז"ל יכילנו אחר דבהדיא כתב וכ"ש בנדון זה שהכיר את את המלוה וכו' ותו תמהני דאשתמיט מיניה תשו' הרא"ש דבכלל י"ג סי' כ"ה דהתם מיירי שנתחייבו הקהל למי שיתפוס האלמעונ"ה ולא היה שם החוכר ברור באותה שעה עד שמי שהיה תופס נמי היה חתום יחד עם אנשי הקהל ואין לך דבר שאינו ברור כזה וכ' הרא"ש דאפי' דאינו מבורר קנה ומייתי ראיה מההיא דאם תלד אשתי זכר וכו' ומענין שאול הרי בהדייא דאף היכא שלא הוברר ולא היה מכיר המתחייב מי הוא המלוה אפ"ה קונה ושפיר מצי מתחייב וא"כ איך כתב מהרימ"ט דדברי הרא"ש הם היכא דמכיר ויודע למלוה וצ"ע ע"כ:

וא"כ אי אפשר לומר דמר"ן ז"ל איירי במכירו אלא שלא הוזכר בשטר דאם היה מפורש כן להדייא במאור הדברים הרא"ש ז"ל היה מקום לומר אפשר דאף מר"ן בהכי איירי והא דלא פירש כן בדבריו משום דקא סמיך שהמעיין עיניו יחזו בשורשן של דברים שלא חבר מר"ן ספרו הקציר הש"ע לפסוק הדין מתוכה אם לא יעיין הפוסק תחילה בב"י ובמקור הדין כידוע. ואולם כאשר יהיה האופן כה"ג דאדרבא דברי הרא"ש מוכיחים בהיפך וס"ל שכן הוא הדין אף בשאינו מכירו וכמ"ש להדייא וז"ל וכ"ש בנד"ז שהכיר את המלוה וכמו שהוכיח כן הרב המט"ש ז"ל אם מר"ן לא ס"ל כן לא הו"ל לסתום אלא לפרש דעל מה קא סמיך מ"ר דקא סתים לה סתומי דאיך נאמר דסמך על המעיין אחר דפשט דברי הרא"ש ז"ל מוכחי להיפך בפשוט:

וכן חזיתיה להרה"ג ראש על ארץ. ראשון לציון כמוהר"ר אברהם אשכנזי ז"ל הוב"ד בס' ישמח לב ח"מ סי' ב' וז"ל עכ"פ מהרימ"ט ז"ל תלה לדינו בפלוגתא דהרמב"ן עם הרא"ש ולדידן דקבלנו הוראות מר"ן ז"ל כבר פסק בחו"מ סי' ס"א כהרא"ש דיכול להשתעבד אף למי שאינו מבורר ושכן ראה להרב חקי חיים סי' מ"ה דהכי מסיק דלדעת מר"ן יכול להשתעבד אפי' למי שאינו מבורר וכ' דכן סבירא ליה להרב פרי הארץ ח"א סי' ו' ע"ש וכן פסק הרב ישמח לב:

ואחזה אנכי להרה"ג ראשון לציון כמוהר"ר יש"א ברכה הי"ו בספר בני בנימין סי' מ"ה ד' קט"ו ע"ג הב"ד הרב חקי חיים ז"ל ושאר הרבנים הנז' ודחה דבריהם וכ' דאין מדברי מר"ן ראיה וזל"ה דהרי דין זה דפסק מר"ן ז"ל היא תשו' הרא"ש ז"ל כלל ס"ח סי' ט' ובסוף דבריו כתב דנדון שלו איירי במי שהכיר את המלוה ושעבד עצמו ונכסיו לכל מי שמוציא שט"ז יע"ש. וא"כ ליכא למשמע מינה ולא אכחד דהרא"ש ז"ל הביא ראיה מההיא דשאול דאמר והי' האיש אשר יכנו וכו' הרי שנתחייב שאול אף למי שלא היה מכיר וכו' יעו"ש מ"מ לנדון שלו אפקיה במכ"ש והכי כתב בסו"ד וז"ל וכ"ש בנדון זה שהכיר את המלוה וכו'. יע"ש נמצא דדין זה דפסק מר"ן ז"ל שהוא תשובת הרא"ש ז"ל שנשאל עליה והשיב דגובה בשטר זה מיירי בהכיר את המלוה וא"כ מה ראי' מייתי גדול אדונינו הרב חו"ח ז"ל ממ"ש מר"ן ז"ל דס"ל דלא כמהרימ"ט ז"ל באמת אתמהה. והיותר תימה שהוא ז"ל שם הביא כמה תמה ה' מט"ש ז"ל על ה' מהרימ"ט ז"ל דרצה לומר בעד הרא"ש דס"ל דדוקא בדהכיר הוא שמתחייב וכו' ותמה עליו מדברי הרא"ש הללו שכתב וכ"ש בנדון זה שהכיר וכו' יעו"ש ואיך לא נרגש מדברי הרא"ש ז"ל דנקט וכ"ש בנדון זה שהכיר את המלוה וכו' דבהכי איירי מר"ן ז"ל וליכא שום סתירה לדברי מהרימ"ט ז"ל. ע"כ:

ואהמ"ר מרבנותיה דמ'ר דבריו נפלאו ממני ולא יכולתי להלום דב"ק דמה יועיל לנו אם נדון הרא"ש ז"ל איירי בדהכיר את המלוה כיון דברור לנו שדעת הרא"ש היא שהדין נותן אף בדאינו מכירו וכמ"ש המט"ש ז"ל בפשוט. אטו משום דנדון הרא"ש הכי הוא אנן נימא דאמטו להכי סתם מר"ן דבריו וסמך על המורה המעיין שיפרש בדבריו כנדון הרא"ש ולא כדעת הרא"ש. והלא מר"ן דנא קמ"ל ולא עובדא כי היכי דנימא מעשה שהיה כך היה וכיון שכן הא ודאי דדעת מר"ן כדעת הרא"ש. ומה שתמה הרב הי"ו ביותר על הרב חקי חיים ז"ל שאחר שהביא דברי המט"ש איך לא נרגש וכו' אין כאן מקום תימא כלל דאדרבא משם טוב טעם לקיום דבריו דאחד הרואה ולבבו יבין שכן היא דעת הרא"ש בפשוט שהדין נותן כן אף בשאינו מכירו וכדמוכח לה המט"ש ז"ל

ממ"ש הרא"ש וכ"ש בנד"ז שהכיר וכו'. ואין כאן שום פנים לומר דכוונתיה דמר"ן לפסוק כוותיה דהרא"ש הכ"ש דוקא ולא במה שאינו מכירו שאינו במכ"ש דלא הו"ל למר"ן לסתום וליתן מקום לכל אדם לטעות טעות הניכר וכ"ר לה' ישמח לב סי' כ"ג שהשיג על הרב ראש"ל הי"ו ע"ש וזה פשוט:

תו חזיתיה להרב ראש"ל הי"ו בסי' הנז' שכ' דדעת מוהריק"ו בשו' ה' כדעת הרב מוהרימ"ט ושכן היא דעת מר"ן ביו"ד סי' רנ"ג יעוש"ב והשיגו הרב ישמח לב סי' כ"ג ד' פ"ד ע"ב וז"ל ובמ"ש עוד דמוהריק"ו ז"ל קאי כסברת מוהרימ"ט ז"ל אחהמ"ר לא קרב זה אל זה ובפרט במ"ש מר"ן ז"ל ביו"ד סי' רנ"ב דפסק המשנה דפ"ב דשקלים דוקא ותול"מ וכ"ז יראה הרואה בקל העיון ומי שירצה להרוות צמאונו יעיין במ"ש הגאון קצה"ח ז"ל סי' ס"א סק"ג וימצא נחת ע"כ:

ואהמ"ר מנייהו מלכי אשתימיטתייהו דברי הרב מח"א הל' צדקה סיו"ד שהב"ד למעלה שכ' בפשוט שכן היא דעת הרא"ש ומוהריק"ו בשו' ה'. ואולם מה שנראה מדברי הרב ראש"ל הי"ו דמ"ש מוהריק"ו אנדון דידיה דלית להו זכות לעניים קודם גבייה היינו משום דכשהוא לחלק בכל שנה מהריוח לא הוו עניים ידועים ולא מהני משום דאין אדם מקנה למי שאינו מבורר. אהמ"ר לא שמיע לי דלדידיה דמ"ר ההיא דמוהריק"ו מידי פלוגתא לא נפקא ולא אתייא אלא למ"ד לא מהני הקנאה למי שאינו מבורר ואפי' ע"י גבאי אבל למ"ד מהני או למ"ד דבגבאי מהני וכמ"ש המח"א לא. ומצינו להכנה"ג בתשו' חיו"ד סי' ר"ך שכ' דכ"ע מודו למוהריק"ו ז"ל ואין חולק עליו ושכ"כ ה' מוהרש"ח בתשו' סי' ל"ה. וא"כ מוכרחים אנו לומר דדעתייהו דרבנן היא דטעמא דמוהריק"ו הוא דכל שאין החלוקה כדין כל זכייה שתהיה יד כולם שוה אלא שיכולים להרבות לזה ולמעט לזה וכיוצא אנו אומרים דלא עלה על דעתו לזכות להם מיד אלא עד שתגיע לידם. ואמטו להכי קא אמרי רבנן מהרש"ח והכנה"ג ז"ל דההיא דמוהריקו אתייא לכ"ע. דלאו טעמא דידיה משום דלא מהני הקנאה לשאינו מבורר. אלא משום דלא עלה על דעתו לזכות להם תכף ומיד:

ומ"ש המח"א ז"ל שכן היא דעת מהריק"ו והרא"ש ז"ל היינו ממה שפירשו במשנה דשקלים שכ"כ וז"ל כ"ז כתבתי לפי שיטת הרא"ש ומוהריק"ו שפירשו במתניתין דשקלים דמותר עניים לעניים איירי בשגבו לעניים ידועים ומכי מטא הגבייה ליד גבאי זכו עניים בה דשליחותייהו דידהו קא עביד אבל אי גבו לעניים סתם שאינם ידועים דעדיין לא זכו בה העניים כיון שלא הוברורו יכולים לשנותה למצוה אחריתי אבל לע"ד עם שאיני כדאי לחלוק עליהם לדידי חזי לי מתוך דברי הרמב"ם בפי' דמתני' דמיירי

בשגבו לעניים שאינם ידועים ומאי דקתני מותר עניים לעניים ר"ל שלא ישנו צדקת עניים ליתנה למתים דלא כמו שפירש מהריק"ו דר"ל שלא יתנו לעניים אחרים ע"ך:

ולדברי המח"א ז"ל יש לתמוה אמאי מוהרימ"ט ז"ל בח"א סי' כ"ב ובחח"מ סי' כ"ג לא נסתייע מזה ובפרט במה שהוצרך שם להביא ראיה דהרא"ש בהלכות חזר בו מההיא דתשו' כלל ס"ח ס' ט' שהביא מהרשד"ם ז"ל ואמאי לא הביא ההיא דהרא"ש דפ"ק דבתרא ומאי דכתב עלה מוהריק"ו ז"ל לדעת המח"א ז"ל ואפ"ל דדעת מהרימ"ט ז"ל דאפשר דס"ל להרא"ש ומהריק"ו ז"ל דגם אי גבו לעניים שאינם מיוחדים אם נתכוונו המתנדבים לזכות להם זכו העניים ולא מצו לשנות אם לא דליכא פסידא והגם שלא הוברו העניים אפ"ה אית ליהו זכייה דאד"מ למי שאינו מבורר והכי קאמר דכשהם עניים ידועים לתת להם מיד א"כ המתנדבים לא נתנו לו כח לגבאי כלל ואינו אלא שליח לקבל המעות בעדם ולשמם גבה. וא"כ מסתמא אמרינן דכוונת המתנדבים לזכות להם מיד ולכן לא מצי לשנות אי אית ליהו פסידא דממונם הוא. לא כן בנדון דידיה שהתנדבו שיהי' הקרן קיים ביד הגבאי שיתעסקו בו מהריוח יחלק לעניים אשר יזדמנו שנה בשנה וגם יש יכולת בידו להרבות לזה ולמעט לזה הא ודאי דאנן סהדי דלא נתכוונו לזכות להם. דאם נתכוונו לזכות להם לא היה יכול ליתן לזולתם ולא להרבות לזה ולמעט לזה. ומ"ש מוהריק"ו ז"ל ה"מ כשגבו לצורך עניים כדי ליתן להם מיד כדתנן התם וכו' עד בעדם. אין הכוונה לומר לאפוקי שאינם ידועים אלא הוא הדין שאינם ידועים אם נתנו להם שיתנו להם מיד זכו ואינם רשאים לשנותם למצוה אחריתי. אלא משום דבמותר שבויים ובמותר המת איירי בידועים אמטו להכי מ'ר הוא דקאמר דגם מותר עניים בידועים. ולעולם כאשר יהיה כה"ג בשאינם ידועים שאינם יכולים לשנותם למצוה אחריתי. וממ"ש מוהריק"ו וז"ל ותדע לך שכן הוא שיש לחלק בין כשגובין לפי שעה לתת לעניים מיד ובין כשגובין כדי לשים ביד הגבאין לחלק לעניים לכשיזדמן לפי העת והזמן וכדפרשנו לעיל ע"כ. משמע דכל כוונתו היא לומר דההיא דהרא"ש איירי בשגובין לחלק מיד וא"כ אנן סהדי דכוונתם לזכות להם מיד ואין קפידא בין ידועים לאין ידועים דכל היכא דכוונתם לזכות להם זכו:

גם מ"ש המח"א ז"ל דהרמב"ם בפי' המשנה ומהר"מ שהביא המרדכי פ"ק דבתרא ס"ל דע"י גבאי שאני משום דהגבאי הוא מבורר אינו מוכרח דאפשר דס"ל כמ"ד דאד"מ למי שאינו מבורר וכמש"ל דאיכא לרבוותא דס"ל הכי ומכללם מר"ן ז"ל:

ויש לתמוה דמדברי מוהריק"ו ז"ל מבואר שדעתו היא ושכן היא דעת הרא"ש ז"ל דכל היכא דאיכא זכייה לעניים אין לשנות אלא היכא דליכא פסידא לעניים אבל היכא דליכא

פסידא ל"מ לשנות ואלו הטו' ביו"ד סי' רנ"ט ס"ב כ' משם הרא"ש ז"ל דאפי' בא ליד גבאי. יכולין לשנותו מהדבר שנדר אותו לצורכו לצורך מצוה אחרת אפי' לא יפרעו אחרת תחתיה ע"ש. ואמאי והא כיון שבא ליד גבאי הרי זכו עניים דיד גבאי כיד עניים ואין לך פסידא גדולה מזה שלא יפרעו אחרת תחתיה:

והמח"א סי' הנז' הב"ד הרא"ש דר"פ שור שנגח ד' וה' דנראה מדבריו דטעמא דקתני משבאת ליד גבאי אי אתה רשאי לשנותה היינו משום דכבר זכו בו עניים וע"ז הקשה דבערכין אההיא דהאומר סלע זו לצדקה דמשבאת ליד גבאי אי אתה רשאי לשנותה ופי' הרא"ש דלדבר מצוה יכול לשנותה אפי' לא יפרענה עוד וכיון שכבר זכו בו עניים היאך מצי לשנותה ותירץ וז"ל דמ"ש הרא"ש דמצי הגבאי לשנותו למצוה אחריתי אפי' לא יפרענה עוד מיירי בשכבר קבוע לעניים לכל א' וא' כמה יטול בשבוע ואינם מוסיפים על קצבתה אפי' אם יותר בכיס ולהכי מצי הגבאי לשנותה שאם יחסר בכיס ישיבו הגבאים ויגבו להם כדי ספוקם וכיון דליכא רווחא לעניים. ע"י נדבתו של זה דבלאו הכי לא יותירו ולא ימעיטו מצי הגבאי לשנותו למצוה אחריתי ואע"פ שכבר הוקצה לצדקה אבל בזמן שאין הצבור מספקין צורכי העניים ועמד היחיד והקדיש לעניים להוסיף על קצבתם אינם יכולים לשנותם ואף בהסכמת הצבור משום דהוו גוזלים את העניים ע"כ. והשתא א"ש דברי רבינו הטור ז"ל:

ובזה ניחא מ"ש הש"ך יו"ד סי' רנ"ט סק"ח שכ' וז"ל אבל לדבר מצוה יכול הגבאי לשנות כן דעת הרא"ש והטו"ר וכ"כ התוס' ונראה מדברי מהרי"ק שו"ה שכן עיקר ע"כ. והנה מריהטת דבריו וסתמיות לשונו משמע שהדין נותן כן אפי' זכו העניים ואיכא פסידא בדבר מדכתב כן דעת הרא"ש והטו"ר. ובהרא"ש והטו"ר מבואר אפי' לא יפרעו אחרת תחתיה. ושוב כ' שנראה מדברי מהריק"ו שו' ה' שכן עיקר ובמהריק"ו מבואר שדקדק מלשון הרא"ש ז"ל דפ"ק דבתרא שכ' ולכשירצו מעות לעניי עירם יגבו פעם אחרת משמע דלית להו פסידא הא פסדי עניים לא. ולכאורה הוא תמוה ואולם אם נאמר דדעת הש"ך כמ"ש המח"א אתי שפיר:

או אפשר לומר דאיירי בשאינם ידועים וס"ל אין אד"מ למי שאינו מבורר והא דלא מצי ללוותם אע"ג דלא זכו היינו כמ"ש המח"א שם דחיישינן שמא יזדמנו עניים לשם וזה לא יוכל לפורעם מיד ע"ש:

כלל העולה ממש"ל דלדידן דבתרי דמר"ן גרירנא דס"ל אד"מ למי שאינו מבורר כמ"ש הרב חקי חיים ז"ל וה' פרי הארץ והר' ראש"ל כמהר"א אשכנזי ז"ל וה' ישמח לב ז"ל ושכן היא דעתי בפשוט כמש"ל א"כ במאי דאנן קיימין ביה דאיכא קנין סודר ושח"ך דודאי

כוונתו להקנות דאל"כ אמאי הקנה בקנין סודר. הא ודאי דזכו עניים. והגם שהקנה גם למי שאינו בא לעולם וגם למי שאינו מבורר. מ"מ מהני. דאי משום אין אד"מ למי שלא בא לעולם שם עניים אחד הוא וכמש"ל משם מוהריט"ץ ז"ל. ואי משום דאין אד"מ למי שאינו מבורר הרי כתבינן דדעת מר"ן ז"ל דבתריה גרירנא היא דאד"מ למי שאינו מבורר. וכיון שכן דהקנאה זו מהני וזכו עניים הא ודאי דלא מצו לשנות דהוי גוזל עניים ול"ד למאי דקאי ביה מוהריק"ו ז"ל דלא היה קנין סודר. אלא שהמתנדבים התנדבו שהקרן יהיה קיים ביד הגבאים. ומהריוח יחלקו לעניים אשר יזדמנו לפי העת ולפי הזמן מידי שנה בשנה. וגם יכולים להרבות לזה ולמעט לזה. דהא ודאי דאנן סהדי שהמתנדבים לא אסיק אדעתייהו לזכות להם מיד אם לא עד שיגיע בידם. ואין הגבאים הללו זוכים בעד העניים שאינו אלא פקדון בידם. וקושטא הוא דכאשר יהיה האופן כה"ג הא ודאי דהכי נקטינן. שכבר כתבנו משם רבינו הכנה"ג בתשו' חיו"ד סי' ר"ך ומהרש"ח בס' בני שמואל סי' ל"ה דליכא מאן דפליג עליה דמוהריק"ו. וגם מהרימ"ט ח"א סי' ס"ג הב"ד להלכה ע"ש. וגם להקת האחרו' פסקו כדבריו. ואולם בנ"ד דאיכא ק"ס דודאי נתכוון להקנות להם הרי זכו עניים ולא מצו לשנות משום גזל עניים. זהו הנלע"ד בקציר אמיץ ועם כי הדברים עתיקים. בספרן של צדיקים והיה מקום לישא וליתן בדבריהם דרבנן מ"מ הזמן גרמא. טרדי'ן עלי אדמה. וצויי"מ וימ"ן הכ"ד החו"ף פאס יע"א דהאי שתא התר"ס ליצירה:

איש צעיר שלמה אבן דנאן הי"ו

סימן לו

ז"ן שטר הורדה שהוזקקנו להעתיקו כדי לכתוב ע"ג פס"ד וז"ן אב"א תב"ת נלב"ע הי' יוסף ן' עטר בר עיוש נ"ע ויצאו עליו בע"ח רבים ומכללם הוציא כ"ר יעקב אזראד בר משה ג' שטרות שהיו לזכות הזולת ונמסרו לו בכתי' ומסי' כראוי וזה פרטן. א' עיס' מסך ל"ח דורוס פראנסיס שעולה בהם לערך רייאל בסך. לי. טי.. לכל א' סך. א"י. תי. פי. בי. ובנא"ג וכו' ובא"ח וכו' וזמנו בעשרה בשבט ש' תרכ"ו לפ"ק. ב. חוב נשאר בו סך א'.. קקס.. חי. תי.. ובנא"ג וכו' ובאח' וכו' וזמנו בשמנה עשר יום לטבת ש' תרכ"ח לפ"ק. ג'. חוב הוא נגד משה דאנינו בכר' שלם ונכנס עק"ב בו יוסף הנז' מסך ב". קי.. ני.. ובנא"ג וכו' ובאח' וכו' וזמנו בששה ועשרים לסיון תרכ"ח לפ"ק. סך כל השטרות הנז' סך ה".. ולא נמצא ממה ליפרע בסך הנז' זולת מהקרקעות שהניח יוסף הנז'. הנה כי כן בקש ממנו יעקב הנז' להורידו לאיזה. קרקע מהקרקעות הנז' והותווכנו עמו להורידו לחלק

וחצי מחמשה בחזקת החצר הנק' ע"ש מסעוד ן' לילו בהאלנמר המושך לחורבות העיר בשגם יעקב הנז' יש לו בחזקה הנז' חלק וחצי מחמשה ויהיה לו עכשיו בחזקת החצר ב"ה שלשה חלקים מה'. ואחר ששמנו חלקי הנפטר בסך ה' שהיא שומא מעולה לפ"ה והזמן וגם הוכרזו כראוי ע"י סרסור ולא הוסיף שום אדם על השומא הנז' כלל שוב גמרנו אנו ב"ד ח"מ והורדנו ליעקב הנז' לחלק וחצי מחמשה שיש ליוסף הנז' בחזקת החצר הנז' בתים ועליות בעד הסך חמש מאות מתקאלים מכ"ט שעלה בשטרותיו הנז' כנז'. ומעתה יזכה ויחזיק יעקב הנז' בחלקים הנז' ז"ג וח"ג לדור ולהשכיר ולמכור ולמשכן וכו' וכך א"ל זיל חזק וקני והאחריות על שאר נכסי יוסף הנז' ליהדר קרנא ופירי ושבחא. ונ"ה בכח ב"ד יפה וכבר כתבנו ע"ג ה"ג הנז' שנפרעו בהורדה הנז' ולא נשארו קיימים ביד יעקב הנז' כ"א לענין קדימה ולגבי משה דאנינו הנ"ל שיחזור יעקב הנז' ויפרע ממנו בשטר שמסך ב'.. קקי.. ני.. הנ"ל שהגם שהיתום של יוסף הוא שראוי לפרע ממנו. מ"מ היו איזה עניינים בין יוסף ויעקב הנז' מפאת השות' שהיתה ביניהם ופשרנו עתה שיצא יעקב בשטר הנז'. באופן שיעקב הוא הזוכה בשטר הנז' לגבותו לעצמו ממשה הנז' כמשו"ח ע"ג השטר הנז' ולראיה ח"פ באדר תרל"א לפ"ק והשו"ב וקיים. ע"כ נמ"ך וחתו' ב"ד של ארבע. ה"ה החכם כמוה"ר אברהם עמאר זלה"ה. והחכם כמוה"ר רפאל אבן צור. והחכם כמוה"ר יעקב בירדוגו. והחכם כמוה"ר של'ם משאש ישצ"ו כיר"א:

הן עתה גדל היתום דוד בנו של הלוה הנ"ל ורצה לגאול מיד יעקב הנז' הקרקע הנ"ל מדין שומא הדרא. אלא שנפל הפרש ביניהם בענין פירעון דמי ההורדה באיזה אופן יהיה. שהיתום אומר שלא יפרע לו הסך ה' הנ"ל כ"א לערך הזול שהוזלו המעות הרבה שהאלמתקאל עובר בשמינית מטבע הדורו. ויעקב לא רצה להחזיר לו כ"א עד שיפרע לו האלמתקאל לערך מה שהיה שוה בזמן ההורדה שהיה עובר ברביע צ'ורו מ"מ. וע"ז נתעצמו בדין ושאלו ממנו את דבר המשפט כפי מ"ש מה"ש. ואחרי שמוע דברי שניהם נלענ"ד שצדק יעקב בכל דבריו. אם על השטר שכתוב בו דורוס הא ודאי שהדין עמו. וכן אנו דנים והולכים מעשים בכל יום בכל שטר שכתו' בו צ'ורוס שצריך לפרוע צ'ורוס. ויש סמוכות לזה מרוב בנין ורוב מנין מדברי הפוסקים כידוע אצלנו בפשיטות. ולא נהגנו אפי' כדעת הפוס' דסוברים לפשר. והגם שבשטר ההורדה כשצרפו הב"ד סכום כל השטרות הנ"ל עשו סכום הדורוס לחשבון מתק' כנ"ב. מ"מ לא הפסיד הרי"ע זכותו בזה. שא' הרואה וא' השומע לשון ההורדה הנ"ב. יראה בעיניו ולבבו יבין שאין זה אלא דברי הב"ד שתפסו סכום החשבון בלשון מתקאלים. וא"כ הוא אינו מן הדין להפסיד זכותו שיש לו בדורוס ולחשוב כאלו הרי"ע בעצמו קבל עליו חשבון דורוס בלמתקאל.

דמי הכינו הביאו לזה עד שנאמר כן הלא כל עיקר לא בא לבדי"ץ אלא לדרוש זכותו ולא לחוב בעצמו. וכיון שכן הוא אפי' לכי מיהדר הקרקע מדין שומא הדרא אכתי זכותו בדורוס כדקאי קאי. וזה פשוט:

ואם על הטענה הב' שטען שאפי' השטרות שכתוב בהם מתקאלים לא יפרע לו כ"א לערך מה שהיו עוברים האלמתקאל בזמן ההורדה שהוא סך.. לי טי.. לדורו כמ"ש בשטר ההורדה הנ"ב:

הגם שהיה נראה לכאורה שלא יפרע לו כ"א לערך מה שעוברים עתה שהוא סך. פי.. לדורו וכן הוא בפסקי הראשונים זלה"ה עי' בס' ויאמר יצחק סי' קנ"ד ובשאר מקומות מהספר:

מ"מ כד דייקינן שפיר נראה בעינינו פשוט דאין הדברים אמורים אלא בשטרות דעלמא משא"ך בשטר הורדא דחשיבא כמכירה גמורה. ולא הדרא אלא משום ועשית הישר והטוב. עי' בטור סי' ק"ג ס' כ' ובבד"ה שם. וא"כ הוא אם באנו לומר שאין לו לפרוע רק המתקאלים לפי מה שהם עוברים עתה. נמצא שהמלוה מפסיד כל העודף שהי"ל במעותיו בזמן ההורדה ואין זה ישר וטוב שיקבל פחות ממה שנתן. דהישר והטוב הוא שכל א' יעמוד בשלו שזה יטול קרקעו וזה יטול מעותיו מושלם שבזה אין שום פסידא למלוה דאף אם הוא חפץ בקרקע הרי קבל מעותיו כדמעיקרא ובהם יכול להשיג קרקע כמותו במ"א:

ועם שהשכל והסברא מחייבין כן. מ"מ לבל ישאר מקום לבע"ד לחלוק חפשנו ומצאנו כיוצא בזה להגאון מוהר"א ששון ז"ל בתשו' סי' קנ"ג בא' שמכר קרקע בהטבה בעד י"ב אלפים לבנים שבזמן המכר היה שיווים מאה פרחי זהב. ובזמן חזרת המכר הוזלו הלבנים הלואי שיעלה בשיווי י"ב אלפים לבנים ששים פרחי זהב. וע"ז נפל הפרש בין המוכר והלוקח. המוכר רוצה לפרוע הלבנים לערך מה שהם עוברים עתה שהוא זמן חלות ההטבה. והלוקח אינו רוצה להחזיר כ"א עד שיפרע לו כ"ב לבנים שיספיקו למאה פרחי זהב כמו שהיה בזמן המכר. והאריך הרב בתשו' הרמתה ובסוף התשו' כתב את שאהבה נפשנו. ושייך לנדונינו. וזל"ה. תו מסתברא לי טעמא רבתא לפטור את הנתבע הזה מחיובו אם לא יתנו לו מה שהיה שוה באותו זמן. משום דנ"ד דמי להההיא דקי"ל שומא הדרא לעולם. ומצאנו להרא"ש ז"ל דס"ל דהיינו דוקא כשלא השביחה המלוה או שלא נתייקרו הקרקעות. לא מסתבר כלל וכו'. א"כ גם בנ"ד מכח הסברא יש לנו לומר לא מסתברא שעשה הנתבע הזה החיוב הזה להחזירו היכא שיש לו פסידא דאין ספק שבזה יש לו פסידא גדולה אם יתן לו עתה הי"ב אלפים של זה הזמן שהרי מה שהיה

לוקח אז בי"ב אלפים לבנים לא יקחהו עתה בעשרים אלף. וכיון שכן אף שיש חולקים על הרא"ש וסוברים דבנתייקרו אין לו אלא מה ששוה מעיקרא. היינו משום שלא יהיה כנוטל שכר מעותיו משום חשש רבית [א"ה עי' מ"ש מר"ן בבד"ה ורמזתיו לעיל] אבל בנד"ד דליכא למימר הכי שהרי אינו נוטל שכר מעותיו רק שיווי המעות של אותו הזמן ודאי דכ"ע יודו בזה ואע"ג דההוא טעמא דכ' הרא"ש דמשום דאיכא נעילת דלת וכו' וכי יצפה הלוה כל ימיו. ל"ל הכא דהא איכא זמן קצוב וכו'. מ"מ אפשר דשייכה וכו' ותו דההוא טעמא דכ' הרא"ש אצטריך להיכא דנקט טפי דהיינו שנתייקרו אבל כשאינו לוקח רק שיעור הלואתו וכו' לית דינא ולית דיינא שיחלוק ע"ז. דודאי כ"ע יודו שיטול כפי מה שנתן:

וגדולה מזו מצאתי שהה"מ ז"ל סוף פ' כ"ב מהל' מלוה ולוה שכ' וז"ל ודין שומא שחוזרת וכו' וכן אני אומר שאם הוזלה אין כופין להחזירה אא"כ נותן לו כשיעור חובו. עכ"ל. והשתא נראה דכ"ש בנ"ד דלא הוזלה דאדרבה אין ספק שכל הקרקעות נתייקרו עכשיו דודאי אין כופין אותו להחזירה פחות משיעור חובו. ואף אם נאמר דנ"ד לא עדיף מההיא דהה"מ דנאמר דחסרון המעות האלו כמו ההיא דאם הוזלה שכ' הה"מ ז"ל. הנה מ"מ לפחות שוים הם. וא"כ אין כופין אותו להחזירה אא"כ נותן לו כשיעור חובו וכו' דודאי ל"ל דעדיף התנאי והחיוב הזה מההיא דשומא הדרא לעולם דתקנו לה רבנן וכו'. עכל"ה יעוש"ב. והביא דב"ק אלא בקיצור נמרץ הרב המאסף חח"מ סי' ק"ג הגה"ט אות י"ט וב"ח יו"ד סי' קס"ב הגב"י אות י"ב יעו"ש. גם הש"ך סק"ג רמז לתשו' זו ע"ש. ועי' להרב זל"א אות מ' ערך מטבעות הביאו הרב קפ' ע"ש. וע"ע להרב משה"ר מערכת שין אות כ"ג:

מעתה יצא לנו הדין בפשיטות דצדק יעקב הנז' בטענו' שאם היתום הנז' רוצה לגאול מידו הקרקע הנז' מדין שומא הדרא חייב הוא מה"ד לגדל פר"ע דמי ההורדה הנ"ל במתקאלם לערך מה שהיו שוים באותו זמן כפסק הרב מהרא"ש ז"ל והאחרונים שהביאוהו להלכה. זהו הנלע"ד בדין זה בקצרה לאפס הפנאי. וצוויי"מ וימ"ן אכי"ר. ולראיה ח"פ בח' כסלו בסדר מכרה כיום שנת

כברכ'ת א' אלהיך אשר נתן לך לפ"ק והשו"ב ונכון וקיים:

ע"ה של"ם משאש הי"ו ע"ה שמואל עמאר הי"ו **וזאת תשובתי ע"ע הנז'**

סימן לז

ראה ראיתי מ"ש חו"ר מק'נאס יע"א שיש חילוק בשטר שכתוב בו מתקאלים בין שטר הורדה לשטרות דעלמא דע"ג דבשטרות דעלמא קי"ל דלא אזלינן בתר זמן השטר

בהורדה אזלינן בתר זמן השטר. וטעמייהו כיון דלא הדרא אלא משום ועשית הישר והטוב וכ"כ פשיטא ליהו מילתא בשכל וסברא אלא לבל ישאר מקום לבע"ד לחלוק הביאו ראיה לדבריהם מתשו' מוהרא"ש ז"ל סי' קנ"ג שהביאוהו האחרונים להלכה ה"ה ה' הכנה"ג חח"מ סי' ק"ג הגה"ט אות י"ט וכו' זת"ד הי"ו:

הנה עינינו הרואות כי הרב מהרא"ש ז"ל בתשו' הרמתה ס"ל כי גם בשטרי דעלמא הכי הוי דינא גם מוסיף בה דברים וטעמים אחרים לחזק את הדין בנדון דידיה מלישנא דשטרא ומההיא דשומא הדרא כמש"ש באורך וברוחב וידידות נפשנו חו"ר מק'נאס הבינו דברים כפשטן דמ"ש ה' הנז' תו מסתברא לי טעמא רבתא וכו' דכוונת הרב דיש לסמוך על האי טעמא לחוד גם אי לא אמרינן בעלמא הכי והן הן דברים דברי חו"ר מק'נאס הי"ו:

ואני עני לדידי חזי לי מקום הניחו שיש בו כדי חלוקה והוא דהנה לא זכיתי להבין אמרות טהורות דברות קדשו כפשטן אשר נתן לנו את תורתו תורת אמת. דמאי קמדמי ה' ז"ל יוקר המטבעות ליוקר הקרקע בין בהטבה שהוא נדון דידיה בין בהורדה. והלא להרא"ש ז"ל דלא חיישׁ למיחזי כרבית ע"כ ס"ל דהוי כמכר גמור וחזר להיות הקרקע של המלוה והמעות של הלוה. אשע"כ דין הוא טעמא דחזינן להרא"ש ז"ל דסובר דצריך ליתן לו מה שנתקייר הקרקע שהרי מעת ההורדה נעשה שלו משום דהוי כמכר גמור. אבל יוקר הממון שמעת ההורדה נעשה של לוה נימא דלא הפקיע הרא"ש ז"ל כחו של לוה בדבר שהוא שלו עכשיו. ודוקא נתייקר הקרקע שהוא של מלוה בזה הוא דהפקיע כחו של לוה מכח סברא כי היכי דלא נימא כד אמור רבנן שומא הדרא הכי אמור דכל א' יעמוד בשלו אפי' נתייקר הקרקע קמ"ל הרא"ש ז"ל דליכא למימר הכי. ובהטבה תמיהא קיימת ממ"ן שהרי תרוייהו אדעתא דהכי נחיתו וכמ"ש ה' עצמו בסוף התשו'. ואף למה שישב וכ' מ"מ הרי עינינו הרואות שאחר המכי' הגמורה וכו'. אכתי יש לתמוה כמש"ל:

גם מה שהביא ה' ז"ל מההיא דהה"מ שכ' שאם הוזלה אין כופין להחזירה וכו'. לא זכיתי להבין שיח קדשו. אי נימא דס"ל דיש לסמוך על הט' הגם דלא הוי בשטרות דעלמא הכי דשאני התם דבזמן ההורדה הורד ביוקר וזכה בסך ההוא אף כי אח"ך הוזל לא הופקעה זכותו. ל"כ ביוקר המטבעות דבזמן ההורדה לא היתה לו זכייה זו שהרי קודם לכן לא היה לו עליו כ"א שטר בעלמא דהוי דינו דאזלינן בתר זמן הפירעון א"כ גם כשירד אזלינן בתר השתא שהוא זמן הפי'. וכן בהטבה נמי נימא הכי. עוד יש לתמוה ועי' לקמן:

והכנה"ג בכללי הפוס' אות נ"ח כ' משם הרדב"ז ז"ל וז"ל כשהפוס' כותבים ב' או ג' טעמים בדין א' יש מי שסומך על טעם א' לבדו לעשות מעשה ואני לא סמכתי על

טעם האחד לבדו דשמא בעל התשובה לא כ' אותו לעיקר אלא לסניף בעלמא ע"כ. ועי' מהרשד"ם ז"ל חי"ד סי' קע"ו בנדון כנדון מהר"ש ז"ל אלא שבנדון מהרשד"ם ז"ל היו גרוסס ולא לבנים. וכ' דהגם דבעלמא אינו חייב ליתן גרוסס ממש אלא שוה גרוסס שאני התם משום דאיכא צד רבית. אבל בנד"ד אין כאן צד רבית אחר שאין כאן אלא מקח וממכר והיה בידו של שמעון שלא לחזור למוכרה לראובן צריך ליתן לו גרוסס ממש משום דיד בעל השטר על התחתונה ויש בלשון השטר ב' משמעיות דראובן אומר דגרוסס שישוו כ"ב מעות שהיו שוים בשעת המקח משמע. ושמעון משיב משו"ה פרשתי לך גרוסס משקלם ומניינם ע"ש:

ואי ס"ל להּ' מהרשד"ם ז"ל דדמי יוקר המטבעות ליוקר הקרקע לא היה צריך להט' דיד בעל השטר על התחתונה והביא דברי מהרשד"ם הנז' הכנה"ג ח"מ סי' ע"ד הגה"ט אות ב' וכ' עליו ומהר"א ששון ז"ל סי' קנ"ג כ' דאפי' כתוב בשטר לבנים וכו'. ומשמעות לשונו דפליגי מהרשד"ם ומהרא"ש ז"ל בלבנים שכן כ' הכנה"ג בכללי הפוס' אות ע"ד וז"ל מדברי ה' הב"י ז"ל בספרו הקצר במקומות רבים יש ללמוד דאף בפוס' כשאומר ר' פ' אומר הוא לחלוק וכשאומר אומר ר' פ' לא בא לחלוק אלא לפרש או להוסיף. וכ"כ הרא"ש ז"ל בתשו' השייכות לא"ה סי' ל"ח ע"כ. ועי' יד מלאכי כללי שאר הפוס' אות כ"ה. ועי' מהרשד"ם חי"ד סי' רכ"ד. ודוחק לומר דהא דהוצרך מהרשד"ם להאי טעמא משום דס"ל דל"ד נדון דידיה לשומא הדרא. דאדרבא נדון דידיה עדיף שהרי כ' שבידו של שמעון שלא למוכרה לראובן א"כ מה שחזר ומכרה לו אינה מצד הטוב והישר אף שאינו מצוה כמו שומא הדרא. אלא דאכתי יש לדחות. דדילמא הא דהוצרך מהרשד"ם להאי טעמא משום דבנדון דידיה לא שייכי הנהו תרי טעמי שכ' הרא"ש ז"ל וכמ"ש מהרא"ש בנדון דידיה. והגם שמהרא"ש כ' דהנהו אצטריכו להיכא דנקט טפי דהיינו דנתייקרו הקרקעות. אבל כשאינו לוקח רק שיעור הלוואתו לא צריכנן להנהו טעמי. דילמא מהרשד"ם לא שמיע ליה ולא ס"ל האי תירוצא. ובפרט לדידיה דס"ל דבעלמא אינו חייב רק שוה גרוסס. (עי' מה שרמזנו לעיל מהתם להכא):

גם אם ננית הבנת דברי ה' מהרא"ש ז"ל כפשטן וכמ"ש חו"ר מקנאס ישצ"ו אפ"ה פטור הלוה. שהרי בטעם החולקים על הרא"ש ז"ל מידי פלוגתא לא נפקא שהרי כ' הטו"ר סי' ק"ג ס' כ' וז"ל ואם השביח הקרקע מאלו כגון דאייקור ושוה כפלים כיון דשומא חוזרת לעולם הרי המעות אצל הלוה עדיין במלוה ואם יטול המלוה אותו שבח דממילא הו"ל כנוטל שכר המתנת המעות והו"ל כרבית. וכ"כ הה"מ ז"ל פכ"ב מהל' מלוה ולוה הלכה י"ז והביאו הרב"י שם. ובבד"ה כ' וז"ל ובהוקרה אין טעמו נכון בעיני דאי מטעם דמיחזי

כנוטל שכר מעותיו האיך אוכל פי'. אע"כ מכר גמור הוא וליכא משום חשש מיחזי כנוטל שכר מעותיו כלל. אלא אי איתיה להאי דינא מטעמא אחרינא הוא דכיון דמשום ועשית הישר והטוב הוא די שיתן לו כדי חובו ולא שיצטרך לפדותה יותר מכדי חובו דאין זה טוב לו עכ"ל. וכ"כ בכ"מ בהל' הנז'. וכ"כ הב"ח בסי' הנז'. וא"כ הגם שמהרא"ש ז"ל כתב דגם החולקים יודו וממילא משמע דגם בשטר הורדה יודו. לא כ"כ אלא לטעמיה דס"ל בטעם החולקים כהטור והה"מ וכמ"ש ה' בעצמו להדייא. אבל לשיטת הבד"ה והב"ח נראה פשוט דלא ישלם כ"א מתקאלים לערך שיווי הצו'רו בימים ההם ובזמן הזה זמן הפי' דזיל בתר טעמא דטעמא מאי אמור רבנן דאם השביח מאלו כגון שנתייקר אינו נותן לו אלא דמי חובו בלבד ולא דמי היוקר. משום דהמלוה מצווה ועומד להחזיר לו קרקעו לעת גאולתו משום ועשית הישר והטוב ואם יעכב מלהחזיר עד שיתן לו דמי היוקר אין זה ישר וטוב. ה"נ בנ"ד אם מאן ימאן מלהחזיר עד שיפרע לערך שיווי הצ'ורו כמאז ומקדם בזמן ההורדה אין זה טוב. וליכא למימר דשאני התם דאינו מפסיד מן הקרן ולכך די שיתן לו כדי חובו ולא שיצטרך לפדותו ביותר דאין זה טוב. אבל בנ"ד דמפסיד מן הקרן נימא הלא טוב דלא יחזיר עד שלא יפסיד מן הקרן דאינו מצווה להרע לעצמו ולהטיב לזולתו. דזה ההפסד לא נמשך מעשיית הישר והטוב. רק מאותו זמן שנתן לו מעות וכתב בשטר מתקאלים באותה שעה אירע ההפסד ונתרוקנה זכותו לפום מנהגא אלא שע"י ההורדה מבקש למצוא זכות שלא היתה לו מקדמת דנא הא ודאי דאין זה טוב וישר שיעכב מלהחזיר עד שתהיה לו זכות שלא היתה לו שכבר אבדה משעה שזקפן עליו בשטר בלשון מתקאלים אטו בשביל שבהורדה מצווה לעשות טוב יבקש לזכות במה שלא היה יכול לזכות כשלא היה מצווה אלא ודאי לא. ודמי להשביח הקרקע מאליו. וצד כ"ש הוא. דאחר דס"ל דהוי מכר גמור מדאקכיל פי' א"כ מה שנתייקר שלו נתייקר ואפ"ה לא גבי ליה מהטוב והישר. וכ"ש יוקר המטבעות שהם של הלוה:

נמצא דדין זה תלוי בפלוגתא דאשלי רברבי. לדעת הטור והה"מ בדעת החולקים יודו בהורדה כמ"ש מהרא"ש אבל לטעמייהו דהבד"ה והב"ח. החולקים שם גם בהורדה יחלוקו. ואנן קי"ל בהאי דינא כדעת החולקים כמ"ש מר"ן בש"ע סי' ק"ג ס"ט. והגם דקבלת אבותינו ורבותינו זיע"א לא היתה אלא כשגילה דעתו בב"י או הש"ע. אבל לא על הבד"ה והכ"מ. מ"מ מצי המוחזק לומר קי"ל ומצינו להסמ"ע סי' הנז' סקט"ו שכ' דס"ל למר"ן בב"י ובש"ע דהלוה שהיה הקרקע שלו ובידו לסלק להמלוה מיקרי מוחזק בקרקע. והמלוה נקרא מוציא ותובע. והלוה הנתבע יעו"ש. ואחר שכן היא דעת מר"ן בב"י ובש"ע שהלוה נקרא מוחזק יכול לומר קי"ל כטעמייהו דהב"ה והב"ח ולא ישלם

אלא לערך שיור הצ'ורו בזמן הפירעון כמש"ל דלא כמהרא"ש ז"ל. ותול"מ וצוויי"מ וימ"ן כי"ר:

הצעיר שלמה אבן דנאן סיט"א

סימן לח

שאלה ראובן קנה שני שלישים בגן אחד מאת שמעון ונשאר בידו שליש. ובשטר המכירה כתוב לאמר שהתנו זה על זה. שאין אחד רשאי לכוף את חבירו לירד עמו לדינא דגוא"א. והן היום רצה ראובן שיחלקו את הגן ההוא בימים זה מיטפל בו ואוכל פירותיו שתי שנים וזה שנה אחת ע"פ הגורל מי הוא המתחיל. יען שהגן הוא דבר שצריך לטירחא יתירה ועבודה רבה והוצאות וכיוצא. וקדירה דבי תרי וכו'. ועוד יהיה ביניהם הפרישים בענין האריסים זה רוצה בזה וזה באחר. דמהני טעמי נראה דהו"ל אינם יכולים להשתמש כאחד ע"ז יורה המורה לצדקה הדין עם מי. ויבוא שכמ"ה. נאום החו"פ דבדו יע"א בחו' חשון שנת תרמ"ז לפרק וקיים:

ע"ה אברהם ן' סוסאן שליט"א

תשובה הא ודאי דשדה. יכולים להשתמש בו כאחד ואין בו חלוקת זמנים ועדיף הוא ממרחץ דאין בו חלוקת זמן כיון שראוי להשתמש בו ביחד כדקי"ל סי' קע"א ס"ח. שכן מצינו להרא"ש ספ"ק דבתרא והבי"ד רבי' הטור סי' הנז' סל"ד שכ' משם מהר"י הלוי וז"ל וכ"כ דדינא דגוא"א אינו בשדה. וזו היא סברתו דדוקא בדבר שמשתמשין בו ביחד בשות' כמו בית דירה ומרחץ וטלית ושובך ואין נח לאחד להשתמש עם חבירו בשות' שייך ביה דינא דגוא"א אבל בשדה אפשר לעובדה בשות' או למוסרה לאריס ואין דבריו נראין לו בזה ע"כ. וכ' הפרישה וז"ל כמו בית דירה ומרחץ וכו' והוא דכ' רבינו לעיל בסח' ו"י דמרחץ הוא דבר שיכולין להשתמש בו ביחד היינו כשאין שום א' מהן ר"ל גוא"א דבזה אומר דא"ץ לחלק לזמנים אלא רוחצים בו ביחד דלית ביה משום דחד מפסיד לחיותא דחבריה וכמ"ש שם ע"ש ע"כ. הילך להדייא דאע"ג דבמרחץ לית ביה חלוקת זמנים כיון שראוי להשתמש ביחד אפ"ה לגבי דינא דגוא"א חשיב ליה מהר"י הלוי ז"ל אין נח להשתמש יחד ואלו בשדה ס"ל דהוי נח להשתמש ביחד שאפשר לעבדה בשות' או למסרה לאריס. ולכך ס"ל דלית ביה דינא דגוא"א. משום דס"ל דבכה"ג לא תקון רבנן גוא"א וא"כ כ"ש דלית ביה חלוקת זמנים שהרי שדה נח להשתמש יחד טפי ממרחץ ולכך ס"ל דשדה לית ביה דינא דגוא"א ובמרחץ איתיה. וא"כ אם במרחץ לית חלוקת זמנים כ"ש בשדה. ואע"ג דהרא"ש פליג עליה. היינו משום דס"ל דבכל גוונא

אית דינא דגאו"א. וא"כ ילפינן מיהא דשדה הוי נח להשתמש יחד טפי ממרחץ. דהא ודאי דבמציאות לא פליגי. ותל"מ. וצוויי"מ וימ"ן וקיים:
איש צעיר שלמה אבן דנאן ישצ"ו

סימן לט

הע"ע בקשמ בדל"ב ובש"ח בשי"ת הגו"ן סי' יצחק מתתיה י"ץ ברכ"ה שמואל נ"ע וכר' מאיר אחיו י"ץ והאשה אסטירלייא אל' המו"ן כר' מסעוד מתתיה אחיהם נ"ע ובהקוש"ח הנז' הוה"ג כולם כאחד בר"ן ובהש"ד בלי זכר שום אונס וכפייה כלל שקבל כל א' מהם חלקו המגיעו כפה"ד בירושת כהר"ש מורישם הנז' בכל שט"ח וש"ע כסף ושו"ך שהניח להם הר"ש אביהם נ"ע במצב פטירתו עספ"א ולא נשאר עתה ביניהם לאמצע זולת ש"ע א' נגד כר' משה לכראט י"ץ ברכ"ה יצחק נ"ע וכ"י דהיינו ריסיבו על החצר שדר בה כעת לקונסו לינגליז סי' פיפי. וג"כ הקרקעות והחזקות שיש להם במחז"ק מתא לאראג'י יע"א והחזקות והקרקעות שי"ל ג"כ במתא אלקצאר וטאנג'אר יע"א אלו דוקא נשארו ביניהם לאמצע וזולת זה הכ"ל חלקו אותו וכ"א מהם נטל חלקו המגיעו כפה"ד כספ"א שכך הודו לפנינו בהו"ג בהקוש"ח הנז' ומעתה לא נשאר להם זע"ז שום תבי' וטו"א ודו"ד מפאת עזבון הר"ש מורישם הנז' הן תבי' ממון כסף ושו"כ הן עסק שבו' קו"ח וגש"ל ולע"ע ולד"ד וחר"ס והדר"ה וקונסי וכו' ובהקוש"ח הנז' הוה"ג וחי"ע שאפי' יתברר בירור גמור בראיה ועדים מהיום הזה והלאה ע"ס כל הדורות או ע"פ ד"ת שת"ת שיש לאיזה א' מהם נגד חבירו כסף ושו"כ מפאת עזבון הר"ש אביהם אפ"ה ידעו ומחלו זל"ז וזל"ז מחי"ג מח"ש ומחה"ב מחי' בלב שלם וכו' גם האשה אסטירלייא אל' כר' מסעוד אחיהם הנז' קע"ע אחריות בנותיה הקטנים שאם ערערו על חלוקה זו או חזרו בהם באיזה טענה אפי' שתועי' בדין שחייבת לרצותם ברצי כסף מכיסה וממונה באוד"ך וכו':
הן היום האיר וזרח אל עבר פנינו. גברא רבה דאתי ממערבא. ממשפחת ר'ם משפחה המיוחסת. יצא שמה בעיר מקודשת. כמוהר"ר יוסף שמואל אבולעפייא נר"ו. ויהי מדי עברו מתא לאראג'י יע"א שאול נשאל ותורה יבקשו מפיהו כדת מה לעשות במשפט הבנות אשר הניח כהר"ע הנז' אשר הגיעו לפ' נערה וערערו על החלוקה הנז' ותובעים מהרי"ץ דודם שיתן להם חלקם המגיע להם בירושת כהר"ש הנז' כי הוא אסף וקבץ כל נכסי כהר"ש הנז' אחרי מות אביהם. ועוד בה שישבע הרי"ץ הנז' שב"ב אחרי שכל הנכסים נכנסו תחת כנפיו והוא המוציא והוא המביא. ויען שידידות נפשנו הרב הנז' עושה שליחותו שליחות מצוה כידוע לא אסתייעה ליה מילתא לעמוד ע"פ נגמר הדין

לכן חילה פנינו לחוות דעתינו. ובאשר דבר מלך שלטון מצותו עלינו חובה. אקומה נא ואסובבה ואלקטה באומר'ים אמרי נועם ראשונים כמלאכים היכי לדיינו דייני להאי דינא כפי ערך השג יד בקצירת האומר שהזמן גרמא. טרדי'ן עלי אדמה. וזה החלי. וה' אלד'ים יעזור לי:

הלא מראש נדעה נרדפה לדעת אם יש להאש'ה דין אפוט' אתר שבנותיה סמוכות אצלה. א"ל והנה מר"ן בש"ע סי' ר"ץ סכ"ד כ' וז"ל יתומים קטנים שסמכו אצל בע"ה הם מעצמם ונשתדל בשלהם יש לו דין אפוט' לכל דבר ואפי' סמכו אצל אשה. ע"כ. והכנה"ג בהגה"ט אות קנ"ה כ' וז"ל נ"ב אפי' היא אמו. הריב"ש ז"ל סי' תצ"ה. מהר"ם מטראני ז"ל. ח"א סי' קכ"ב. הרשד"ם ז"ל חא"ה סי' קפ"ו. מהר"י אדרבי ז"ל סי' קפ"ו ושט"ו. מהרש"ך ז"ל ח"ב סי' נ"א. הרשב"א ז"ל ח"ב סי' מ"ט מתבאר מדבריו שם שאפי' ניזונית בתנאי מדין אלמנה דינה כבע"ה. ע"ך. וכ"כ בתשו' סי' ר"ז. עוד כ' הכנה"ג שם אות ק"ן וז"ל הבת שהדין הוא שתשב אצל האם הוי כיתומים שסמכו אצל בע"ה. הרשד"ם חא"ה סי' קפ"ו ע"כ. וכ"כ ה' פ"מ ח"א סי' ס"ט וז"ל דלא מבעיא אם היתומים נסמכו בבית אחר אלא אף אם נסמכו אצל אמם דהא משמע לפום ריהטא דהא לא מיקרי יתומים שסמכו וכו' כיון דקודם לכן ג"כ היו אצלה מ"מ הרואה תשו' הריב"ש בסי' תצ"ה יראה דאף בסמוך אצל אמו כעין נ"ד דיתומים שסמכו אצל בע"ה הוו ע"כ. וכ"כ ה' מוהר"ם אלשיך בתשו' סי' ק"ל דמה לי אמן מה לי אחר וכו' וכיון דאצל אשה הוייא כאפוט' כ"ש אצל אמן דבמקום אב קיימה ע"כ:

מעתה בנ"ד שהבנות סמוכות הם אצלה יש לה דין אפוט':

והגם דמהרשד"ם חח"מ סי' מ"ו כ' וזל"ה נראה מלשון רש"י בפי' המשנה דאין בטענה זו דסמיכה ממש שכ' וז"ל שסמכו אצל בע"ה. לעשות על פיו. וכ' הטור וז"ל יתומים שסמכו אצל בע"ה פי' הן מעצמם נתחברו אלו ונשתדל בשלהם אז הוא דאמרינן דיש לו דין אפוט' ע"כ. והכנה"ג בתשו' סי' ר"ז כתב וז"ל ואע"פ שכ' מהרשד"ם דמדברי רש"י משמע דבסמיכה לבדה אין לו דין אפוט' אלא צריך שישתדל בנכסיהם וכן מצאתי בתשו' כ"י למהר"ש יפה ז"ל וז"ל דוקא שסמכו עליו לכל עסקיהם וצרכיהם אבל אם בדבר א' סמכו אצלו אין לו דין יתומים שסמכו אצל בע"ה. מלשון השאלה מוכח דהאם היתה משתדלת בנכסי בתה ע"כ:

אתה הראת לדעת דסברי מרנן דבעי' סמכו לכל עסקיהם וצורכיהם. ולפ"ז צריך ידיעה בתחילה אם הבנות סמכו אצל אמם לכל עסקיהם וצורכיהם או לא היו סמוכות אצלה לגבי הנכסים כ"א בדירה ומזונות וכיוצא באופן שלא סמכו אצלה לכל ענין. ועוד בה

חיקור דין אם בשעת חלוקה שחלקו הנכסים הנז' כבר נשתדלה בנכסיהם שהיו להם אז א"ל שהרי מדברי הטוש"ע ז"ל שכתבו ונשתדל בשלהם משמע דאין לו דין יתומים שסמכו כ"א דוקא בשכבר נשתדל לא כן אם עדיין לא נשתדל הגם שסמכו עליו בכל ענייניהם וצורכיהם אין לו דין יתומים שסמכו ומבואר הדבר יותר בדברי הרב ע"ש וז"ל יתומים שסמכו וכו' ואפי' אצל אשה כיון שנתעסקה וטרחה עמהם הרי היא כאפוט' שלהם ע"כ:

אכן מצינו להכנה"ג בתשו' הנז' כ' וז"ל ועוד אני אומר דלא הצריך הרשד"ם ז"ל שישתדל בנכסי היתום אלא ביתום אצל אחר ואפי' אם יהיה קרוב ליתום. אבל בבת אצל אמה שמפני שהדין נותן שהבת אצל האם יש לה דין יתומים שסמכו אין צורך שתשתדל בנכסי היתום ע"כ. ובכנה"ג אות קנ"ג כ' וז"ל ממ"ש רבי' בעה"ט ונשתדל בשלהם משמע שנסמכו אליו בנכסיהן אבל סמיכה לבד שמשתדל בהם אין לו דין אפוט'. וכן נראה מדברי רש"י ז"ל. הרשד"ם ז"ל חח"מ סי' מ"ו. וכתבתי בתשו' דבבת אצל האם דהוי אפוט' כמ"ש הרשד"ם חא"ה סי' קפ"ו אין צורך שתשתדל בנכסי היתום. וכן מצאתי בס' פ"מ סי' ס"ט ע"כ:

ומ"ש הכנה"ג וכן מצאתי בס' פ"מ אינו מדוקדק וז"ל ה' פ"מ הצריך נלע"ד דע"כ לא אמרה הרשד"ם אלא כשנסמך היתום אצל אחר אז הטיל תנאי דצריך שיסמוך עצמו ונכסיו שם אצל בע"ה לעשות על פיו. אבל כשהיתום הוא סמוך אצל אמו ואין שם אפוט' אחר מסתמא לעשות כל מה שאמו חפצה נסמך שם ומסתמא כל אשר לו בבית אמו הוא וא"כ הוי ממש יתומים שסמכו אצל בע"ה אפי' לדברי הרשד"ם ע"כ:

והנה להכנה"ג ע"כ לא אמרינן דאין צורך שתשתדל אלא בבת אצל אמה משום דהוי אפוט' כמ"ש הרשד"ם חא"ה סי' קפ"ו ולא בבן אצל אמו. אבל ה' פ"מ מיירי בנ"ד בבן ובת כיעו"ש ואפ"ה ס"ל דאין צורך שתשתדל דהגם שלא נסמך עליה לעשות על פיה מ"מ מסתמא הוא נסמך אצלה לעשות כל מה שתרצה דבר שהיא חפצה בו ולא יקפיד. ועי' להריב"ש סי' קמ"א שמבואר להדייא דלא כה' פ"מ וזל"ה שאלת האם שמכרה בנכסי בנה והוא לא צוה עליה שום ציווי האם מכרה קיים א"ל. תשובה לא בארת הבן אם הוא גדול או קטן ובן כמה שנים הוא וכו' וכן אם היה הבן סמוך על אמו ודר עמה והיא מפקחת בנכסי בנה וכו'. עוד כתב אבל אם הבן לא היה גדול בשעת מכירת האם אם הוא סמוך על אמו והיא מפקחת בנכסיו ברצונו הרי הוא כמו אפוט' על נכסיו דיתומים שסמכו וכו'. הרי דגם בבן אצל אמו הצריך ג"כ שתהא מפקחת בנכסיו. איך שיהיה הרי חילוקו של הכנה"ג לגבי הבת כעת לא נמצא חולק עליו. ואם כן בנדון דידן שלא יש

כ"א הבנות כמשפט הבנות יעשה לה. ואין אנו צריכים לחקור אם סמכו עליה בנכסים אם לאו:

אלא דאכתי בעי חיקור דין אם בשעת החלוקא היו הבנות בני ט' א"ל. דהנה מצינו פלוגתא בזה שהרי כ' הטור ז"ל וז"ל וכ' הרמ"ה ז"ל הא דיש לו דין אפוט' דוקא שהקטן בן ט' אבל פחות מבן ט' לא ואפי' בבן ט' אין רשות לבע"ה למכור אלא מטלטלי כי היכי דקטן גופה מצי לזבוני אבל מקרקעי לא. וא"א הרא"ש ז"ל כ' דאין חילוק אלא הרי הוא כאפוט' ממש ואפי' בקטן ממש. והרב"י כ' דמ"ש הטור ואפי' בקטן ממש אינו מבואר מבדברי הרא"ש ע"כ. וכן מצאתי להרשב"ש סי' תצ"ז שכ' וז"ל ואודיעכם שאם היתומים הם מבני ט' ומעלה וכו' וזו היא ששנינו בפ' הנזיקין יתומים שסמכו אצל בע"ה וכ"כ הרמ"ה ז"ל והרא"ש הביא דבריו ולא חלק עליהם ואע"פ שבנו הר' יעקב ז"ל כ' כי הרא"ש ז"ל חלק עליו ואמר שאפי' פחות מבן ט' וכו' לא נראה כן מלשונו ז"ל בפסקים ולא חלק על הרב ז"ל אלא במכירת קרקעות בלבד וז"ל בפסקיו כ' הרמ"ה ז"ל וכו' והדבר ברור מזה הלשון שלא חלק אלא על הלשון האחרון בלבד לא על הראשון. ע"כ:

וראה זאת מצאנו תשו' אחרת להרשב"ש ז"ל סי' שע"ג שכ' וז"ל ויתומים שסומכים אצל בע"ה דינו כאפו' כדאיתא בפ' הנזיקין ואפי' הם פחותים מבני ט' שנים סמיכתן סמיכה שהרמ"א ז"ל כתב בני ט' שנים והרא"ש ז"ל לחץ ודחה דבריו ע"כ. עין רואה דשתי תשובות הללו של הרשב"ש ז"ל דפלגן בהדיהו וצ"ע. ועי' מוהרימ"ט ז"ל חח"מ סי' ל"ז שחיזק וקיים דברי הטור ותלה ליה כפי יעו"ש ועי' ה' מש"ל בסוף הל' נחלות וז"ל עוד כ' ה' מוהרימ"ט וז"ל מצורף לזה שיתו' שסמכו צריך שיהיו בני ט' כמ"ש הטו"ר בשם הרמ"א וכל הפוס' אין מי שיחלוק ע"ז זולת הרא"ש שכ' הטור כן משמו ע"כ. והרשב"א חולק על ס' הרמ"א כן מתבאר ממ"ש בח"ב סי' מ"ט וכן מתבאר ממ"ש בסימן קכ"ט הביאה מר"ן בסי' ר"ן. מחו' יו"ד וכן מתבאר מתשו' הרמב"ן סי' פ"ז ודו"ק עכ"ל. והנה מ"ש הרב שמתבאר מתשו' הרשב"א סי' מ"ט שחולק בפחות מבן ט' על הרמ"ה לא נזכר דבר זה בתשו' הנז' להדייא כלל. ונראה דלמדה המש"ל ז"ל ממ"ש הרשב"א ז"ל שם וז"ל ונראה דה"ה לאם ע"כ. ומצורף לזה מ"ש מוהרימ"ט בסוף התשו' ועוד דלדברי הרמ"א דבעי שיהיו בני השכלה הרי דבעי נמי שיסמוכו הם מרצונם אבל אם מעצמם נשארו בבית אביהם אין לאלמ' דין יתומים שסמכו אצל בע"ה שהרי לא עשו שום מעשה מוכיח דמה שהיו ניזונים והולכים בבית אביהם מה זו סמיכה והנה הרא"ש בתשו' כ' באלמנה שמכרה מהנכסים וכו' ואמר כיון שהיתומים סמוכים אצלה הוייא כאלו נתמנית אפוט' כדאמרינן בההיא סבתא. אלמא משמע דלא ס"ל שצריך שהם בבחירתם

ודעתם יסמכו אצלה ולכך לא חקר הרא"ש אם היתומים קטנים פחותים מט' א"ל דבכל ענין מעשיה קיימים עכל"ה. וה' מש"ל קאי על דברי מוהרימ"ט ולהכי דייק הכי אי ס"ל להרשב"א כהרמ"ה מה זו סמיכה להבנים אצל אמם והא בעינן מדעתם ומרצונם וליכא שום מעשה מוכיח שעשו מדעתם ומרצונם. אלא ודאי דס"ל כהרא"ש ואין אנו צריכים לדעתם ורצונם:

אלא דגמ בזה אין צורך לחקור. דהרי המוחזק יכול לומר קי"ל. ועי' בכנה"ג ובתשו' סי' קנ"ה וד"ז דיכול המוחזק לומר קי"ל לענין זה. ובפתחי תשובה כ' דמסתמיות לשון הש"ע שכתב יתומים קטנים שסמכו וכו' משמע כדעת הרא"ש. וא"כ הוא הרי פסק מור"ם בסי' ר"ץ ס"ט וז"ל אבל אפוט' עושה בלא ב"ד כל מה שנראה בעיניו טובת היתומים. וכ' מוהריק"ש בהגהותיו סי' הנז' וז"ל ואפוט' יכולים להתפשר כפי מה שיראה בעיניהם עם הנפקדים ובע"ח בין כפי הפשרה שנתפשרו עמהם שאר האחים או ביותר ואין צריכים לב"ד ע"כ:

גם בנ"ד אחר שהאם שהיא כאפוט' נראה בעיניה שהחלוקה היא תועלת ליתום יכולה לחלוק בלא ב"ד:

אלא דאכתי יש לפקפק מההיא שכ' הריטב"א בס' פ' הניזקין וז"ל ואומר רבינו נר"ו דאינו אפוט' אלא במה שהוא מוחזק בידו. אבל להוסיף עליו ולתת בידו מנכסי היתום לא וגם אין להם להוציא מיד אחרים ע"כ. והביא דבריו מוהרי"ש בנבנשתי ז"ל בתשו' הובאה בתשובות מוהרימ"ט ז"ל ח"מ סי' ל"ז והוזכרה שם ס' הריטב"א בלי שום חולק. והכנה"ג אות קנ"ד כ' וז"ל מדקאמר רבינו בעה"ט ז"ל יש לו כל דין אפוט' גמור לקנות לכל דבר. נראה דס"ל שהוא כאפוט' גמור לתת בידו נכסי יתומים וגם להוציא מיד אחרים שלא כדברי הרשב"א ז"ל שכ' בפ' הניזקין דאינו אפוט' אלא במה שהוא מחזיק בידו אבל להוסיף עליו ולתת לו מנכסי יתו' וגם להוציא מיד אחרים לא. וכן מצאתי בשם הריטב"א ז"ל. אבל בתשו' לאח"י ורא"ש להחכם השלם כמהר"י בנבנשתי נר"ו הובאה בתשו' מורי הרב חח"מ סי' ל"ז נראה ברור שס' הריטב"א היא מוסכמת מהכל וכן נראה מדברי מורי הרב שם אלא שכ' שאם נתנו לו אין לחייבו למי שנתן בידו. והרשד"ם ז"ל בחח"מ סי' מ"ו כ' שיכול להוציאם ממי שהם בידו עכ"ל. ועי' להמש"ל בסוף הל' נחלות שכ' וז"ל כ' מהרימ"ט ח"מ סי' ל"ז בשם הריטב"א שכ' בשם רבו דיתו' שסמכו אצל בע"ה אינו אפוט' אלא במה שהוא מחזיק בידו אבל להוסיף עליו ולתת בידו מנכסי היתו' לא וגם אין להם להוציא מיד אחרים ע"כ. וסברא זו הוזכרה שם מבלי שום חולק ועי' בהרשב"א ח"ב סי' מ"ט שחולק בזה ודו"ק. עי' ה' פ"מ ח"א סי' ס"ט שכ' בפשיטות דיש לו דין

אפוט' אף להוציא מיד אחרים ע"כ והילך תשו' הרשב"א ח"ב סי' מ"ט שאלת ביתומים שסמכו אצל בע"ה אם דינו כאפוט' לכל דבר ואם יכול לפקח על נכסיו אע"פ שאינן בידו כגון להוציאם מיד אחרים לוים או נפקדים ולמכור קרקעותיהם אם צריכים למזונת ושאר דיני אפוט' שלא נטל רשות מב"ד וכו'. תשובה בע"ה שסמכו אצלו יתומים הרי הוא כאפוט' שמינהו אבי יתומים וכו' ויכול למכור ולפקח על נכסיהם ע"ש. מבואר להדייא שדעתו דלא כהריטב"א. ומן התימה על הכנה"ג שזכר תשו' זו באות שאחר זה לענין אחר ולא הזכירה פה לומר שהרשב"א חולק על הריטב"א ולתמוה על מוהרימ"ט והרב אחיו שראה מדבריהם שס' הריטב"א מוסכמת ואדרבא כ' שהרשב"א בפ' הניזקין כ' כדברי הריטב"א. ואני בקשתיו ולא מצאתיו. ואולי ט"ס נפל בדברי הכנה"ג. וא"כ אחר שזכינו לס' הרשב"א ואתו עמו הרשד"ם וה' פ"מ א"כ הא ודאי דיש לדקדק בדברי הטור כמ"ש הכנה"ג והוא דקדוק אמיתי. וגם מדברי מר"ן שכ' יש לו דין אפוט' לכל דבר יש לדקדק כן. ואפי' תימא דאין לדקדק כן ולא מיכרעא מילתא בדעת מרן הרי הדבר שנוי בפלוגתא ויכול המוחזק לומר קי"ל כהרשב"א וסיעתו:

אלא דכל זה לא יגהה מזור לנ"ד שהרי כ' הר"ן בתשו' סי' ח' וז"ל שאלת ראובן שמת והניח בנים גדולים וקטנים ומינה אפוט' על הקטנים והקרובים והקטנים רוצים לשדך א' מן הנערים הקטנים עם בת זוגו ואותם שהם מתחתנים רוצים שיהיה חלקו של אותו קטן מיוחד מעכשיו אם האפוט' רשאי ליחד לו חלקו ולחלוק בנכסי אביו בלא ב"ד א"ל. תשובה לא מצינו לאפוט' יהא רשאי לחלוק בנכסי קטנים אלא ברשות ב"ד וכו' עד אלא ודאי ב"ד הוא שחולקים הנכסים אלא שמעמידין אפוט' לקטנים להפך בזכותם יעו"ש. ומבואר שם להדייא בין מינוהו ב"ד בין מינהו אבי יתו' בין סמכו אצל בע"ה הדין כן. וזכר תשו' זו הרב"י בסי' רפ"ט ופסקה מורם סי' הנז' וז"ל אבל אפוט' אפי' מינהו אבי יתומים אינו יכול לחלוק בלא ב"ד אלא א"כ נתמנה בפי' לכך ע"כ. ועי' בטוש"ע שם:

וא"כ בנ"ד שהמעשה הוא במתא לאראג'י וב"ד שלהם הם ב"ד הגדול שבמתא טיטוואן יע"א ולא נזכר בשטר החלוקה שהיתה במעמד ב"ד או לפחות ברשות ב"ד הנז' הי"ו א"כ החלוקה הנז' בטילה ולא עשו ולא כלום. ומסתברא דאין לחלק בין קרקע לטלטל דאין לומר דדוקא בקרקע אין יכולין לחלוק בלא ב"ד. אבל במטלטלי יכול האפוט' לחלוק בלא ב"ד. דהא חלוקה לא הוי כמכר וכמ"ש הרב"י בסי' רי"ו ופסקה מור"ם וז"ל וכל שהגיעו הקטנים לי"ג שנה יכולים לחלוק בעצמם דחלוקה לא הוי כמכר ע"כ. וא"כ הוא מה לי קרקע מה לי טלטל. ועוד הי"ל להר"ן לפרש ולא לסתום. אלא ודאי לענין זה אין חילוק בין קרקע לטלטול. ועי' בפרמ"א ח"ב סי' י"א וס"ח:

נמצינו למדים דהגם דהאפוט' יכול לעשות בלא ב"ד לתועלת היתומים וכמ"ש מור"ם ומוהריק"ש ז"ל. מ"מ החלוקה אין האפוט' יכול לעשותה בלא ב"ד:

ולענין שבועת ב"ב שרצו היתו' להשביע להרי"ץ דודם שהיה מכניס ומוציא בנכסים אחרי מות אביהם הא ודאי מאחר שכל הנכנסות והיוצאות היו ע"י צריך לישבע שב"ב וכמ"ש הטור סי' ס"ג וז"ל ובן הבית פי' א' מן האחין שמתע' בבית אחרי מות אביהם ע"כ. וכ' הב"י על דברי הטור כך פי' רש"י ובגמרא שם תנא ב"ב שאמרו לא שנכנס ויצא ברגלו כלומר ואינו נושא ונותן בנכסי בע"ה אלא מכניס לו פועלים ומוציא לו פועלים מכניס פי' ומוציא פירות ע"כ. והרמב"ם כ' איזהו בן הבית שיש לו להשבע בטענת ספק זה שמכניס פועלים ומוציא פועלים מכניס לו פירות ומוציא פי' אבל בן הבית שאינו נושא ונותן אלא נכנס ברגלו ויוצא בלבד אינו יכול להשביעו מספק ע"כ. ומר"ן הש"ע כ' ובין הבית שהוא נושא ונותן בענייני בע"ה ע"כ. והא דלא נקטי הרמב"ם ומר"ן ז"ל א' מן האחים כמ"ש רש"י והטור הט' כמ"ש הרב"י וז"ל וכתבו התוס' פסק ר"ת דבמלוה למחצית שכר אינו יכול להשביעו דכיון שלוקח שכר עמלו לא מורה התירה ואפשר דמשום הכי פי' רש"י א' מן האחין וכו' לפי שדרך א' מן האחין שמתע' בנכסי אביו שלא ליטול שכר הילכך מורה היתרה אבל איניש דעלמא אין דרך להתעס' שלא בשכר וכיון דמתע' בשכר לא מורה היתירה ואינו צריך לישבע. אבל מדברי הרמב"ם שכ' בפ' ט' מהל' שלוחין ושותפין המשלח ביד חבירו חפץ למוכרו נראה דל"ש בין נושא שכר לשאינו נושא לעולם נשבע וטעמא דאע"פ שנושא שכר מורה היתירה ואמר שלא נתנו לו כראוי לפי טרחו ע"כ. וההיא דהמשלח ביד חבירו וכו' פסקה מר"ן ס"ד וא"כ הט' דלא נקטי א' מן האחין וכתבו בסתמא ב"ב שהוא נושא ונותן בענייני בע"ה דמשמעותו אדם אחר שאין סתמו בחנם אלא בשכר להורות דאפי' בשכר מורה היתירה:

אלא דקשה על הרב"י דאי טעמו של רש"י הוא להורות דדוקא בחנם א"כ גם הטור שפי' כרש"י ז"ל נימא דטעמא דידיה הכי הוא. והלא הטור כ' בס' ח' המשלח ביד חבירו וכו' שהם דברי הרמב"ם ז"ל בסתמא לא חלק עליו אלמא ס"ל כהרמב"ם דאפי' בשכר מורה היתירה וקשיא דידיה אדידיה. שוב מצאתי בפרישה שהקשה כן על הרב"י ע"ש:

ועיין מוהר"א ששון ז"ל סי' קי"ד בלוי שהיה קטן וכשגדל רצה להשביע לשמעון אחיו שהיה גדול שב"ב ושיתן לו חשבון ושמעון טוען שאביו הניח לו חובות ופרעם הוא משלו ואין אתו מאומה מנכסי אביו ושאין רצונו לתת חשבון כלל. והשיב וז"ל שאין שום ממש בדברי שמפון כלל שהרי הוא ב"ב וכו' אלא שבקשתי כל חלקי הסותר להסביר דבריו ואומר שאפשר ששמעון יטעון שאינו נקרא ב"ב דהא אמרינן בגמ' תנא ב"ב שאמרו

וכו' וא"כ יאמר שהוא לא הכניס ולא הוציא ואם זאת טענתו נראה ודאי שאינה טענה שמלשון השאלה נראה שהוא נתעס' בממון והכניס והוציא. ולבסוף מסיק וז"ל באופן שודאי שמעון זה חייב לישבע ללוי אחיו ועלה בדעתי עוד לומר דשמא שמעון זה אינו מונע עצמו מן השבועה הנז' רק מנתינת חשבון ששואל ממנו אחיו שאינו יודע הדברים על בוריין וכו' הרי גלוי וידוע לפני כל יודעי דת ודין שצריך לברר דבריו ע"כ:

מעתה בנ"ד שהרי"ץ אסף וקבץ הנכסים והכניס והוציא שחייב לישבע שב"ב אף אם שכר הוא בא בשכרו לדעת מר"ן ז"ל ואף לדעת החולקים כיון שהוא א' מן האחין הרי סתמו שהיה בחנם. והגם שנאמר שאמם שהיא אפוט' מחלה להם בכל מין שבועה כמ"ש בש' החלוקה אפ"ה מחילתה אינה מועלת אחר שאינה יכולה לחלוק וכמש"ל. ונוסף עוד שאינו מבואר בש' החלוקה הנז' שמחלה להם בשבועה לגבי היתום שהרי לא נזכר בשטר ענין היתום כלל כ"א לבסוף לגבי האחריות אם ערערו על החלוקה ותו לא. באופן שהרי"ץ הנז' חייב לישבע שב"ב. זהו הנלע"ד בזה ולאפס הפנאי והענין נחוץ קצרנו במקום שאמרו להאריך:

שוב ראיתי שכ"כ להדייא ה' שער אשר חו"מ סי' כ"ג וז"ל וכשאני לעצמי אנא דאמרי דגם לפי שיטת' דדין אפוט' גמור היה לו לאחרי'. עכ"ז אכתי אין מקום פטור להחר' אבא' מעיקר חיוב שבו' השותפין משום דהגם שהיה כאן מחילת השבועה מפורשת שמחל החרי' להחר' אבא' פשיטא ודאי דלאו כל כמיניה לחוב ליתומים ולא הועילו מעשיו והרי הוא כמו אפוט' שנתן מתנה מממון היתו' דפסקו הרמב"ם והטור ומר"ן בש"ע בסס"י רל"ה שאין במתנתו כלום. וכן המבי"ט בח"א סי' ר"ך כ' דגם מחי' האפוט' שמחל בממון היתו' לאו כלום הוא וא"כ הכ"ן לענין מחילת השבועה שאין בידו למחול כיון דגם השבועה באה לכלל ממון. עכ"ל:

שו"ר להרשב"ש ז"ל סי' שכ"ח שאפי' הב"ד אין בידם למחול השבועה שנשאל על מה שהב"ד גם האפוט' נתפשרו עם האלמנה ולא השביעה. והשיב וזל"ה והדרך השנית מחמת שלא השביעוה שלא היה להם להגבות לה דבר אלא שהבא לפרע מנכסי יתומים לא יפרע אלא בשבועה וכו' והפשרה ההיא שעשו עמה שתותר ב' דינרים ותטול בלא שבועה אינה כלום אלא שבזה אם יש נאמנות בכתו' עליו ועל יורשיו והשבועה שמשביעין אותה היום אינה אלא מחמת מנהג ווותירה מה שויתרה לפוטרה מאותה שבועה יראה שמעשה הב"ד בזה קיים. ע"כ. וצוויי"מ וימ"ן:

זעירא דרבנן שלמה אבן דנאן סליט"א

סימן מ

בא לפנינו כה"ר יעקב נר"ו בכמה"ר שלמה ן' הרוס ז"ל מתושבי מק'נאס יע"א ההוא אמר שהאלברז שבמק'נאס יע"א שבו מוכרים טאבא וכו' יש להם בו הוא ואחיו חזקת ישוב שירשוה ממורישם ועכשיו באו זרים הנה הנם הלוקחים הקוטראדא של מק'נאס והשיג את גבולם ושכרו האלברז הנז' מאת העכו"ם בסך עשרים מתקאלם בכ"ח שלא ברצונם ושאל אותנו לאמר לו מה שהדין נותן כמה יטול בשכירות החזקה ושאלנוהו אם האלברז הנז' איננו שוה כ"א הסך הנז' או יותר מעט או שוה הרבה יותר מהמה וישב אותנו דבר שוה מאה מתקאלים והשבנוהו שאם יברר שהוא שוה הרבה יותר אזי יטול כל היתר למעלה מעשרים עד כדי שוויו כי השוכרים הנ"ל שהשיגו את גבולו שלוחי דידיה נינהו והוי כאלו הוא בעצמו שכרו מן העכו"ם בסך הנז' שנמצא האלברז הנ"ל גו"ח הוא שלו ובאים השוכרים הנז' לשכור אם ירצה לשכור להם שצריך שיפסקו עמו לרצונו עד כדי שיוויו ולא אמרו שיטול בעל החזקה רביע כ"א דוקא בשוכר מן העכו"ם בשיוויו או פחות מעט כי כן סברי מרנן רבותינו הראשונים נ"ן הביא דבריהם מוהר"ש אבן צור ז"ל כ"י וז"ל מי שיש לו חזקה בבית או בחצר והלך ישראל אחר ושכר הבית או החצר מן העכו"ם לא מצי השו' לומר לבעל החזקה לא אפרע בעד החזקה אלא רביע מה שאני מעלה לעכו"ם אלא יפסוק עמו לרצונו דהיינו אם הבית שוה עשרה אוקיות והעכו"ם אינו נוטל אלא ג' אוקיות בעל החזקה יטול ז' אוקיות כי השוכר מן העכו"ם אינו אלא שלוחו ואם שכר מן העכו"ם בשיוויו או קרוב לו כגון אם שכרה מן העכו"ם בעשרה אוקיות או בתשעה אוקיות בזה הוא שאמרו שיטול בעל החזקה רביע זהו מה שדנים רבותינו בית דין הגדול שלפנינו ז"ל כפי מה שקבלנו מב"ד שקדמונו וכן אנו דנים אחריהם מוהריב"ץ ז"ל ומוהר"מ בירדוגו ז"ל ומוהר"מ אדהאן ז"ל הובאו, דבריהם בפסקי מוהר"ר רפאל אבן צור כ"י עכ"ל. ולפי שבקש ממנו לכתוב ולחתום ולתת בידו ולראית האמת והצדק ח"פ פאס יע"א בפר"ק בא סי' דהאי שתא טבתא

אמת וצדק והשו"ב וקיים:

ע"ה ב"ה שלמה אבן דנאן ישצ"ו

סימן מא

זה נוסח שט"ח. הע"ע בקש"מ בדל"ב ובשח"ך כ"א למ"ש האשה ג'והרא אלמנת כר' יעקב הלוי נ"ע והו"ג ונחו"ג לתו"ל לחורגה כר' דוד הלוי הי"ו סך ארבע מאות צ'ורוס ספאניול מוב"ה בעין הוקרו או הוזלו ופירעונם שעה אחת קודם מותה בלי איוע"ך וכו'

והוע"ה שט"ז מובח"ו סובדי"ץ. והיתה לבאר שהסך הנז' ישאר מיוחד ביד הר"ד הנז' לעשות בו פרטים שיתבארו. והוא תחילה יעשה לה מהסך הנז' תכריכין וכל צורכי קבורתה ובנין גולל ודופק ובנין המצבה ונר לעילוי נשמתה בבהכנ"ס מובחרים. ועוד יקנה מהנשאר תלמוד מובחר. והיה הנשאר אחר זה לחילוק צדקות כפי ראות עיני דוד הנ' ובנאמ"ג ומפו' כשע"ך להר"ד הנ' ולב"ך עוב"ך עכ"ע שזו"פ גם על הנכנסות בידו והיוצאות מכל האמור בלח"י אחרס"ל בהש"ח. ובאח"ג עוי"א וכו' כתחז"ל דלא כאס' וטו"ד. ונ"ה בקוש"חק עכמדו"ל לבאר באנו שבעצם היום הזה נזקפו על האשה הנז' איזה שטרי חובות וזה פרטן. א' לזכות אחותה חנה מסך מאה צ'ורוס. וא' לזכות הבחור משה בן אחותה הנז' מסך חמשים צ'ורוס. וא' לזכות אחיה כר' אהרן חזוט מסך חמשים צ'ורוס וא' לזכות כר' אברהם בן אחיה הנז' מסך חמשים צ'ורוס. וא' לזכות האשה שמחה בכר' דוד הנז' מסך מאה צ'ורוס. וא' לזכות האשה שמחה אשת הי' ישראל לכסלאסי מסך חמשה ועשרים צ'ורוס. ועדי השטרות הנז' אנחנו שנינו הבאים בחיתום לכן באנו לבאר שכל השט"ח הנז' יש להם דין קדימה על שט"ח הלזה הנה כי כן אתמר בפירוש. והי"ז בשלשה ימים לחדש חשון ש' ששון לפ"ק פאס יע"א והשו"ב וקיים. לפי שהאשה הנ"ל כעת מוטלת על ערש דוי לכן שבנו לבאר שהיתה מיושבת בדעתה כמשפט הבריאים משיבה על הן וכו' ובפירוש ביארה דבריה האשה הנ"ל שאפי' תעמוד מחוליה ישאר החוב הנז' קיים מבלי לנטות ממנו ימין ושמאל ולא יחטיא השערה. והשו"ב וקיים. עכ"ן כתוב וחתומים כמוהר"ר רפאל אבן צור. וכהה"ר יוסף הלוי ישצ"ו:

הנה זה ימים לא כביר. נדרשנו לחוות דעתינו מאת יורשי האשה הנז' מהו הדין בהני שטרי אי ריעי נינהו לאוקומי נחלה דאורייתא אם לאו. ונומינו להם דשטרי חזקי נינהו ככל השטר' הנהוגות בקרב ישראל. והמה בקשו ממנו לכתוב ולחתום ולתת בידם. ולהיות כי הדבר פשוט בעינינו לא רצינו לכתוב להם. והן היום. הביא לנו פס"ד מחו"ר מק'נאס יע"א דכתבו דהני שטרי ריעי נינהו שאין כאן שום חוב כלל אלא כדי להבדיל השומעים קראו להם שם חובות אבל כפי האמת אין זה כ"א מתנת בריא בהיותו ש"מ וצריכה היא תוכחת מן התקנה שכ"כ רבני מק'נאס כמוהר"ר ר"ב וכמוהרמ"ב ז"ל וכיון שהיא בלי תוכחת בטילה היא תבטל. עכת"ד:

וחו"ר צפרו יע"א כתבו על דבריהם וז"ל. הן היום נראה בעליל כתב א' כוח"ך מיד עידי הצוואה הנז' הלא הוא כמוס תחת יד הר"ד הנז' שבו הואלו לבאר שעל כל דברי הצוואה הוכיחוה תוכחת מגולה ע"ד אעבורי אחסנתא וביארו לה הדברים פעמים שלש באיום

גדול לא חזרה ברוחה ועמדה בדבריה. וע"ז כ' הנה כי כן קמו עמדו כל דברי צוואתה שצוואה זאת נעשית כתקנת חז"ל על צד היותר טוב ונאות. עכת"ד:

באופן דכולהו ס"ל דאף כאשר יהיה האופן כה"ג בש"מ שנתן מתנת בריא אי ליכא תוכחת המתנה בטלה מתקנת חז"ל. ואולם אשתמיט להו דדבר זה הוא פלוגתא דרבוותא קמאי. והילך מ"ש הרב מוהרי"ע ן' סמחון ז"ל כת"י וז"ל נמ"ך מב"ד של שלש מחו"ר מק'נאס וזל"ה כ' רבותינו ב"ד שלפנינו ז"ל שמתנת ש"מ שאמרו צריך מציאות חכם היינו אפי' תהיה בקנין במהיום ולאח"מ כיון שהנותן הוא ש"מ וגם המתנה אינה אלא כמתנת ש"מ כמ"ש בסי' רנ"ו דין מתנת ש"מ יש לה לענין מציאות חכם ואם לא יהיה שם חכם א' מב"ד אז המתנה בטלה וכן היה מעשה בימי רבותינו והסכימו בכאן ובפאס שהמתנה בטלה אפי' תהיה בקנין עכל"ה וכן ראיתי בכ"י הצניף הטהור כמהר"ש אב"ץ ז"ל שכן מצא כתוב להרמ"ז מהר"ר ששאב"ץ ז"ל שכ"כ הרבנים מוהר"ש סירירו ומוהר"י אבן דנאן ז"ל למהר"ח ארובא"ש ז"ל דאפי' כמתנת בריא בעי תוכחת וכ"ש בש"מ אפילו תהיה בקוש"ח ע"ע אלא שאח"כ מצא כתוב בכ"י הרב מ"ר אביו כמוהר"ר רב"ץ ז"ל וז"ל בהדייא פסקו הרבנים מוהריב"ע ומוהריב"ץ ז"ל שלא הצריכו חכמי התק' מציאות חכם אלא בנותן מתנת שכ"מ או מצווה מחמת מיתה אבל מתנת בריא מתנתו קיימת בכל גוונא ולא דברו בו חכמי התקנה עכ"ל עי"ע. עכ"ל ה' מוהריב"ס הנ"ל ז"ל:

עיניך תחזינה. דמדי פלוגתא לא נפקא. וא"כ הדרינן למאי דפסק מר"ן אה"ע סי' קי"ח דכל ספק שיהיה בתקנה. נעמידינו על ד"ת:

וכה"ג כ' מוהר"ר אד"א ז"ל בס' באר מים חיים ד' ל"ב ע"ג באחד שצוה ואמר לבני ולבנותי אני נותן מהיום ומעכשיו לכ"א עשרה אוקיות מתנה גמורה והשאר הן קרקע הן טלטל הן כל דבר דמתקרי נכסי אני נותן במתנה גמורה לפ' אשתי שתזכה בו זכייה גמורה ככל המתנות הכשרות והנהוגות דנהיגי בישראל ע"כ. ובע"ד כ' גם ראיתי למי שערער על מתנה זו שלא נעשית בחבר עיר ונמצא בתקנות דצוואה או מתנה שלא תהיה במעמד חבר עיר המתנה בטלה וכו' ועוד נראה דאי מספקא לן אי פשטא או לאו מוקמינן אד"ת ונראה קצת דדמי למ"ש הרב בש"ע באה"ע סי' קי"ח דכל ספק שיהיה בתקנה נעמידנו על ד"ת ע"כ:

וש"מ דכל ס' בתקנה נעמידנו על ד"ת אפי' להוציא הנחלה מחזקת היורשים. שהרי הרב העמיד המתנה לאשה והוציאה מחזקת היורשים דאורייתא שהם בניו מכח ס' התק'. ובמקום אחר הארכנו בזה וזו הלכה העלינו כדברי הרב בראיות מספרן של צדיקים. ומינה לנד"ד דאיכא פלוגתא דרבוותא הא ודאי דהמתנה קיימת והנך שטרי חוב חזקים

הם כראי מוצק אף אם לא היתה תוכחת. וכ"ש אחר דאיכא תוכחת מגולה. ועי' ויאמר יצחק ח"מ סי' פ"ו:

וחזיתיה להח' הפוסק כמוהר"א ן' חסין הי"ו שכ' וז"ל איברא דכ"ז הוא לגבי המתנות שנתנה בדרך חוב דדבר פשוט שיתברר הדבר ע"פ עידי הצוואה הנ"ב אם היה בה תוכחת זכה וא"ל לא. אבל לגבי שיירי הסך ד' מאות דורוס שציותה שיקנה לה תלמוד מובחר והיה הנשאר לחילוק צדקות. נראה פשוט דאף אם יבררו העדים שהיתה בתוכחת ב"ד. מ"מ לגבי שיירי הסך הנז' יזכו בו יורשי הנותנת מה"ד דקי"ל דדין ההקדשות והצדקות בזה"ז כדין הדיוט. ול' זה בהדיוט פשוט וברור דלא מהני. שאין כאן אחד מלשונות המועלים בהדיוט דהיינו יטול יזכה וכיוצא. וגם לשון המועיל בהקדש כגון יהיה הקדש יהיה לצדקה אין כאן. וכיון שכן פשיטא דמה שנשאר מהסך ד' מאות צ'ורוס הנ"ב עדיין הוא בחזקת הנותנת וזכו יורשיה מה"ד אחריה. ול"ד למ"ש מור"ם בר"ס ר"ן וז"ל ואין חילוק וכו' ואם לא ציוה לתת דבר רק מינה אפוט' ונתן להם רשות לחלק נכסיו כפי מה שירצו ועשייתם יהיה כעשייתו יש אומרים דאין בדבריו כלום. דמיד שמת נפלו נכסיו קמי יורשיו ובטלה מתנתו. וי"א דדבריו קיימים ע"כ. ועי' במרדכי טעם פלוגתייהו דר"ג ורשב"ם דלס' רשב"ם והיא הי"א קמא ה"ט דכיון שלא נתן מחיים כלום אלא שיסכים לאותו מעשה שיעשה שמעון אח"מ ראובן ומשעת יציאת נשמתו נפלו הנכסים לפני הבן ויצאו מרשות ראובן. ואין לו לאפוט' שלו כלום אלא לנהוג בנכסי היורש כשאר האפוט' וכו'. ודעת הי"א בתרא והיא דעת רשב"ם הטעם דדבריו קיימים דכיון שמינהו לאפוט' מחיים בכל נכסיו מקרקעי וכו' לרבות ולמעט, ואמר בעידים פיו כפיו ועשייתו כעשייתו נר' שיכול האפוט' לרבות ולמעט דמצוה לקיים דברי המת ודברי השכ"מ ככתובין וכמסורין דמו והרי השליטו מחיים בכל נכסיו לטובת היתו' ואע"פ שלא פי' לו כמה יתן לכל א' לא אמרינן קפצה נחלה כבר משעת מיתתו ובאה ליד היורש אלא מה שעשה עשוי ויתן לבנות כמו שנראה לו וכו' ע"ך. הרי לך דלא מבעייא להי"א קמא דפשיטא בנ"ד דזכו יורשיה מה"ד בסך הנשאר שהרי לא נתנה מחיים כלום אלא שהסכימה למעשה שיעשה הר"ד הנז' אח"מ ומשעת יציאתה מן העולם כבר יצאו הנכסים מרשות הנותנת וזכו יורשיה. אלא אפי' לס' הי"א בתרא דוקא בנדון שלו שאמר בעדים פיו וכו'. ובנ"ד הרי אין כאן לשון זה. וגם משום מצוה לקיים דברי המת. הרי כ' מר"ן הנ"ב והוא שנתנו לשליש לשם כך ע"כ. וסיים מור"ם אבל היו בידו קודם ולא לשם כך וכו' אין בזה משום מלד"ה. ובנ"ד נר' שלא ניתנו בשעת צוואתה לשם שליטות וגם משום דדברי שכ"מ וכו' הרי בנ"ד כל מתנותיה בדרך חוב שדינו כדין מתנת בריא בקנין ולא שייך

בה האי טעמא. וע"ש עוד בדברי רשב"ם שכ' ע"ד ר"ג וז"ל וגם ר"ג שאמר וכתב דלא תנינן דין זה בהדייא וכו' אבל ראיותיו יש לדחות שאין כאן עקירת נחלה ע"י אפוט' ולא ע"י פיו אלא דברי האפוט' הו"ל כמו דברי פיו וכו' ע"כ. מבואר מזה דדוקא גבי נדון ר"ג שהמוריש מינה לאפוט' על בניו לרבות ולמעט לזה והרי אין כאן עקירת ירושה. דלרבות ולמעט רשאי. וכמ"ש בסי' רפ"ב. ולכן כיון שאין כאן עקירת ירושה אלא לרבות וכו' ה"ן דדברי פי' האפוט' כמו דברי פיו. וכי היכי דהמוריש יכול לרבות ולמעט ואין בזה משום עקירת ירושה. ה"ן דברי האפוט' שכתב לו דפיו כפיו רשאי לרבות ולמעט. ומינה בנד"ד שיש כאן עקירת ירושה אפי' רשב"ם יודה דזכו היורשים כיון שלא נתן להם כלום בעודו בחיים אלא הסכים למעשה שיעשה האפוטרופוסים. עכ"ל הח' הפוסק הנז' הי"ו:

ודברי תימא הם. דמה דמות יערוך האי גוונא דאנן קיימין ביה להההיא דהמרדכי שהביא מור"ם ז"ל. ויוד קרת קא חזינא הכא. שאין דמיונם וזווגם עולה יפה. דשאני התם דאיירי בדלא צוה לתת דבר רק מינה אפוט' ונתן לו רשות לחלק כפי רצונו ופיו וכו'. כאשר יראה הרואה. ולכך אמרינן דהאפוט' אינו רשאי דמשעת מיתה נפלו הנכסים לפני היורש ואין לו לאפוט' אלא לנהוג בנכסי היורש כשאר האפוט' אבל בנד"ד דחייבה עצמה בחו"ג בהסך הנז' לתתו להר"ד שעה אחת קודם מותה לחלקם כפי ראות עיניו וקי"ל דהמחייב עצמו בממון לאחר אע"פ שאין חייב לו כלום ה"ז חייב כמ"ש בסי' מ'. הא ודאי דלא גרע חיוב זה מלשון מתנה. ומבואר הדבר בהרמב"ם ז"ל הל' מכירה פי"א הל' ט"ו וז"ל המחייב עצמו בממון לאחר בלא תנאי כלל אע"פ שלא היה חייב לו כלום ה"ז חייב שדבר זה מתנה היא ואין זה אסמכתא כיצד האומר לעדים הוו עלי עדים שאני חייב לפלוני מנה או שכתב לו בשטר הריני חייב לך מנה אע"פ שאין שם עדים או שאמר לו בפני עדים הריני חייב לך מנה בשטר אע"פ שלא אמר אתם עדי הואיל ואמר בשטר ה"ז כמי שאמר וכו' אע"פ ששניהם מודים והעדים יודעים שלא היה לו אצלו כלום וכו' ע"כ:

הרי לך להדייא דקרי הרמב"ם מתנה למחייב עצמו לאחר כשלא היה חייב לו ואע"ג דלא אמר בפי' לשון מתנה. ומכאן יליף המבי"ט ח"א סי' שכ"ב למאי דאתשיל באומר יש לו בנכסי כו"כ והאפוט' טען דכיון שלא היה אפשר שיהיה דרך חוב אלא שהיה מתחייב דרך מתנה במה שלא היה חייב שהיה צריך לומר בפי' שהיה זה דרך מתנה וכו'. וע"ז כתב הרב אפי' שנאמר שהיה דרך מתנה אע"פ שלא אמר בפירוש לשון מתנה דייניו ליה כלשון מתנה דלא גרע לשון יש לו בנכסי מלשון יטול או יחזיק וכו' ואע"פ שאומר לשון שנראה שהוא חייב לו שאמר יש לו בנכסי כשהוא ידוע שאינו חייב דייניו ליה כלשון מתנה וכדתנן וכו' עוד יש ראיה ללשון זה שיהיה נדון בלשון מתנה מדאמרינן פ'

הנושא בכתובות האומר לחבירו חייב אני לך מנה רבי יוחנן אמר חייב ור"ל אמר פטור ואסיקנא הב"ע כגון דאמר אני חייב בשטר וכתב הרמב"ם ז"ל פי"א מהל' מכי' אע"פ שלא אמר לו אתם עדי הואיל ואמר בשטר הוי כמי שאמר הוו עלי עדים וחייב לשלם אע"פ ששניהם מודים והעדים יודעים שלא היה לו אצלו כלום שהרי חייב עצמו וכו' הרי שאנו דנים לשון הריני חייב לך מנה בלשון מתנה אע"פ שמשמעותו היה שהיה חייב לו דרך הלואה או חוב דבש"מ אינו צריך לומר בשטר דדבריו ככתובין דמו וכ"ש בנ"ד שאמר יש לו בנכסי:

והנה יש להעיר על ה' המבי"ט ז"ל מההיא דמהרי"ק ז"ל שורש צ"ד שהביא מור"ם ז"ל סי' רנ"ג ס"א וז"ל אם אמר כו"כ לפלוני בנכסי לאו כלום הוא ע"כ:

גם יש לתמוה קצת. דמאי ראיה מייתי מההיא דחייב אני לך מנה. דדילמה שאני התם משום דאמר ליה בלשון חיוב:

והמט"ש ז"ל סי' רנ"ג הגה"ט אות ח' כ' וז"ל ש"מ שאמר יש לפלוני בנכסי כך מעות א"עפ שידענו שאין לפ' חוב עליו או פקדון דייניגן בלשון מתנה דלא גרע מיטול פי' מהר"ם מטראני ח"א סי' שכ"ב כנה"ג ז"ל ס"ק י"ב ואין הס' אצלי דלכאורה הוי משנה שאינה צריכה דכל כה"ג דהודה ילפי' לה מאיסור גיורא דאע"פ דידעינן דלית עליו כלום הוייא הודאה וכבר השמיענו אותה ר' הטור לעיל סי' ר"ן ס"ג וסי' רנ"ב ולמאי אצטריך למילף מיטול פלוני. ע"כ:

ולפי דבריו יותר היה לו לתמוה על מהרי"ק ומור"ם ז"ל דקאמרי לאו כלום הוא. ועי' אבקת רוכל סי' צ"ג:

איברא דההיא דאודיתא. שרשה במס' בתרא ד' קמ"ט ע"א דאמרינן התם איבעייא להו שכ"מ שהודה מהו. ת"ש דאיסור גיורא וכו'. יעו"ש בפי' רשב"ם ז"ל והתוס' ז"ל כתבו וז"ל ונראה לר"י לפרש כן שכ"מ שהודה מהו. מי שהודה שיש לפלוני מנה בידו אע"פ דאנו מוחזקין בו שאין לו מי אמרינן דקני במתנת שכ"מ ואם עמד חוזר. א"ד קני לגמרי ואם עמד אינו חוזר. ופשיט מההיא דאיסור גיורא דקני לגמרי במתנת בריא ע"י הודאתו דאי במתנת שכ"מ היאך קנה והא אמרינן כל מאן דאיתיה בירושה איתיה במתנת ש"מ וכו' א"כ במתנת בריא הוא ואם עמד אינו חוזר וכן משמע מתוך פ' ר"ח דפי' לודי איסור דהנהו דמים דרב מרי בריה וקני להו באודיתא דאבוה ע"כ:

והנה משמעות דבריהם הוא דס"ל דאודיתא הקנאה היא אפי' בבריא. וכ"פ להדייא ה' פני משה ז"ל ח"א סי' ס"ד וזל"ה. ואב"א דזכתה לאה בבית זה בחוגי"ט זה מדין מתנת בריא כיון שהודאתו היה בפני עדים מישראל והוא כי כל בריא בדעת עיניו יחזו הודאה

זו שהודה ראובן שקבל ה' אלפים גסים מאשתו אינם דברים כפשטן שאנו מוחזקים שלא קבל מאומה מיד אשתו כמ"ש לעיל אלא שעינינו הרואות דהוה מהדר לאקנויי הבתים הנז' לאשתו וכמ"ש בשאלה דכל טצדקי דהוה מצי למעבד ראובן להקנות נכסיו לאשתו ולהעבירם מבתו הוה עביד וכו' וכיון שכן אפשר דהאי אודיתא מהנייא מדין מתנת בריא כאלו הקנה אותם לה בק"ס כדינה וכה"ג כ' התוס' בפ' ח"ה ובפ' מי שמת בא' מן הפירושים עלה דההיא אודיתא דאיסור גיורא. ע"כ:

גם הרב מוהר"ר צבי ז"ל בתשו' סי' ט"ז כ' וז"ל אם יש צד להקנות מעות שיש לו לאדם אחד בוינצ'יאה בציק"ה דהיינו מקום שמדפיסים המטבעות או במלח וכדומה ובמעשה הבא לידי הוא שאיש א' רוצה לצוות על נכסיו בבריא ושאלני דרך ההקנאה לתת הקרן מהיום למקבלי המתנה והפירות לאחר מותו. ומעלת אדוני שכל הספרים נפתחים לפניו ידע טובא שמעות שאינן בעין אינם נקנות אפילו באגב וידע מה שכתבו הפוסקים בענין אמנות של עכו"ם וכל הצדדים שיש לצדד על זה לפניו גלוים וידועים לכן נא לשון בקשה יודיעני דעתו בזה כדת מה לעשות. תשובה ארי בן ארי נעשה שואל בענין גדול בחכמה וסתירתו בנין. כריע כאח לי החכם השלם הדיין המצויין בנן של קדושים רב ועצום כמוהר"ר משה נר"ו. הנראה בעיני נכון בלי פקפוק וערעור הוא שיודה המקנה שסך ידוע שכתוב על שמו בציקה הוא של פלוני הזוכה והזוכה יחייב עצמו בכל חיזוקי סופר ובשבועה חמורה שכל ימי חייו לא יגע בקרן ולא בריווחים אלא המקנה יאכל הפירות בחייו. והיינו אודיתא דאיסור גיורא בפ' מי שמת ד' קמ"ט דבבריא קנייא. ובש"מ אם עמד אינו חוזר. וכתבו התוספות בפ' חזקת הבתים דף מ"ד ע"ב דאף דידעינן בודאי שהיה איסור משקר קנה. ואם רוצה המקנה להתחייב בשטר חוב להקונה ע"מ שלא יפרע אלא שעה אחת קודם מותו ומן הציק"ה דוקא ולא ממקום אחר הרשות בידו ודבריו קיימים בלי פקפוק. ע"כ. ועי' לה' ארח משפט סי' ר"ן הגה"ט אות זיין שכ' שהרב השואל הנז' הוא מהר"מ חאג'יס ככתוב בספרו שתי הלחם סי' מ"ה. וכ' שם שהוא הסכים בזה עם הגאון מהר"ר צבי ז"ל וכן נקיט בפשוט הרדב"ז ח"ה הנ"מ סי' אלפים ש"ב יע"ש ובחדשות סי' שכ"ה יעו"ש:

והרב מוהר"ר חיד"א ז"ל בברכ"י ח"מ סי' מ' כ' שכן פירש ה' נחלה ליהושע סי' י"ב ד' ט"ז ע"א ומהר"ש הלוי בתשו' ח"מ סי' י"ט גם בס' מורה צדק ז"ל. וע"ע שם שכ' כי הרב בני אהרן בתשו' סי' ע"ז כ' דסבר ר"י דהודאה זו לאו הקנאה היא אלא מטעם הודאת בע"ד ופירושו כפי' הרא"ש בפסקיו שם פ' מי שמת ע"ש והכי מפרשה הרב בני יעקב ד' צ"ח ע"א. עש"ב וכ' שכ"כ הרב פרישה וה' ב"ח ז"ל:

והרב מהר"ד אישטרושה ז"ל בתשו' סי' ס"ב האריך בענין זה וכ' וז"ל וה' בעל התרומות ז"ל שער מ"ב ח"ד משמע שפי' כדברי התוס' שכתב איבעיא להו ש"מ שהודה וכו' ואסיק שאם עמד אינו חוזר ופשיט לה מעובדא דאסור גיורא וכו' אלמא הודאה אע"פ שאנו מוחזקין בו שאין לו ממנו כלום ובמתנה רצה להקנותם לו כיון שדרך הודאה אקנה הו"ל כהודאת בריא לגמרי ואם עמד אינו חוזר כההיא דאיסור גיורא דקנה לגמרי במתנת בריא ע"י הודאתו דאי כמתנת ש"מ היאך קנה והא אמרינן מאן דליתיה בירושה ליתיה במתנת ש"מ הלכך כמתנת בריא היא ואם עמד אינו חוזר וכן פסקו בעלי התוס' ומכאן למדו הראשונים דמאן דאודי בפני שנים באתם עדים ל"ש דאודי במידי דמתחייב ביה ל"ש דאודי במידי דלא דמחייב ביה אלא דיהיב ליה במתנה קנה האחר דהו"ל כמאן דאמר נתתי שדה פלוני לפ' וכן ההיא דהנושא חייב אני לך מנה בשטר דאמר רבי יוחנן קנה וכן הא דאיסור וכן הורו הגאונים שכתבו הודאה בחבוריהם באחד מדרכי ההקנאות. ע"כ:

עוד כ' הרב הנז' בתשו' הנז' וז"ל הנה כל דברי הפוסקים לפנינו והיוצא מכלל דבריהם דרך קצרה הוא דלדעת התוס' אם הקנה נכסיו בלשון הודאה ל"ש בריא ל"ש ש"מ קנה כשאר דרכי ההקנאות וכן דעת הגאון שהביא הרב בעל התרומות וכן נראה שהוא דעתו אבל לדעת הראב"ד לפי הנראה לע"ד כמו שכתבנו בבריא לא קנה לשון הודאה אם פירש שרוצה ליתן מדין קנין אבל בש"מ קנה אפי' אם פירש שנותן מדין הקנאה אלא שאם עמד חוזר אבל אם לא פירש שהוא מדין הקנאה אלא שהודה סתם אם עמד אינו חוזר דאמרינן כיון דבלשון הודאה נתן הוא יודע שחייב לו וכן נראה שהוא דעת הרא"ש והטור. ולדעת הרב בעה"ט בבריא אם פי' שנותן הודאה לא קנה אלא בשטר לפי שאין הודאה כשאר דרכי ההקנאות אבל בש"מ שדבריו ככתובין דמו קנה בלשון הודאה ואפי' אם עמד אינו חוזר ובזה חולק בעה"ט על הראב"ד דלהראב"ד חוזר אם עמד ולבהע"י אינו חוזר ובבריא שניהם שוה שאינו קונה ודעת הרמב"ם ג"כ דבש"מ קונה לשון הודאה הכלל העולה דלדעת כל אלה הגדולים ז"ל דבש"מ קנה בלשון הודאה אפי' אם פירש לשם קנין ומתנה מחדש הן אמת דלדעת הראב"ד אם עמד חוזר. אמנם לדעת רשב"ם והרב הנמק"י ז"ל אם מגלה דעתו שרוצה לתת במתנה ולא שמודה שנכסים אלו הם של פ' אלא שרוצה להקנותם עתה ונתנם בלשון הודאה לא קנה אפי' בש"מ וכן נר' שהוא דעת המרדכי [אבל אם לא פירש שהקנם עתה מחדש אלא שהודה סתם על נכסיו שהם של פ' ולא אמר אתם עדי אם הוא פקדון מהני] וכו' יעו"ש ע"כ:

והמט"ש ז"ל סי' ר"ן הגה"ט אות כ"ד כ' וז"ל ס"ג בד"א בנותן מתנה אבל אם הודה על נכסיו כו' מפי' רשב"ם דפי' בסוגייא דטעמא דל"א טענת אשבעה היינו דע"כ לא נאמר

שלא להשביע את בניו אלא כשמודה בהלוואה ועושה עבד את עצמו ודאי להחזיק את עצמו לעני היה עושה אבל היכא שהממון בעין והוא מודה של פ' הוא י"ל שהפקידו אצלו מקודם או הקנה לו הש"מ ע"י אחר ע"כ שמעינן מדבריו תרתי דלא מהני הודאה אלא בפקדון דוקא א"נ דלאו הודאה זו עושה קנין אלא אמרינן דהקנה לו ע"י אחה מיהו התוס' חלקו עליו וס"ל דהאי הודאה עושה קנין למקנה לגמרי והכי מוכח מהש"ס מדמתקיף ליה רב איקא ולודי איסור דאלין זוזי דרב מרי נינהו וליקנינהו באודיתא כו' משמע דבהאי הודאה נקנה לו ולא קנין מתנה דאי הוי מתנה לא קני כיון דליתא בירושה כמבואר שם אלא דבהודאה זו מקנה קני דמתנת בריא דאפי' עמד אינו חוזר וכן פי' לה הרמ"ה בסוגיין דהודאה זו עושה קנין יע"ש והכי דייקי דברי רבינו הטור ז"ל שכתב וקנאם זה שהודה כו' יע"ש ע"כ:

והכנה"ג ז"ל סי' רנ"ו הגה"ט אות ה' כתב וז"ל הודאה מהניא בבריא כמו בש"מ לכולהו רבוותא זולת להגהות אשירי בפ' מי שמת וי"א שהביא בסה"ת השער הא' ואין להניח כולהו רבוותא ולהלך אחריהם ואפילו לפי דבריהם בהודאה שאמר אתם עדי מהני אפי' בבריא. הרשד"ם ז"ל חלק ח"מ סי' ס"ד ע"כ:

וכן מצאנו תשובה למרן ז"ל באבקת רוכל סי' ק"ה וז"ל ילמדנו רבינו דין ראובן שהיו לו בני בנים ובני בנות והבני בנים יש להם אפו' שמינוהו ב"ד על עזבון אביהם בנו של ראובן. וראובן הנז' נתן מעותיו בתורת עיס' ביד האפוטרופוס של בני בנו ועתה ראובן רוצה לחלק בנכסיו ורוצה לתת חלק גם לבני בתו אע"פ שאינם יורשים בתורת מתנה ואין רצונו להודיע לאפוט' אשר מעותיו בידו כבר כיצד יקנו החלק שלהם בני בתו של ראובן בתורת מתנת בריא בלא ידיעת האפוט' והמעות הם עדיין ביד האפוט' אם יש איזה תקון או איזה ענין לקיים המתנה הזו ביד המקבלים יודיעני וכו'. תשובה זה נלמד מהדין הרא' שיודה בפני עדים שאותם המעות שהם ביד אותו האפוט' בתורת עיס' כולם או כך וכך מהם הם של בני בתו ומתנה טמירתא אינו ענין לכאן שזה הודאה הוא ולא מתנה ע"כ:

והמט"ש ז"ל סי' ר"ן הגה"ט אות כ"ז כ' וז"ל דוקא בש"מ מהנייא הודאה ולא בבריא. הג"א בשם א"ז פ' מי שמת וכ"כ הרשב"ץ בח"א סי' קנ"ב דדוקא בש"מ שדבריו ככתובין וכמסורין אבל בבריא לא דאם איתא להא אמאי לא תני לה גבי שאר הקנאות ושכן דעת הרמב"ם והעיטו"ר יע"ש וע"ע שם ח"ג סי' שי"ט ושכ"ה ועי' בתשו' הרשב"א ח"ד סי' ן' דכתב בפשיטות דהודאה לא הוי הקנאה כו' יעו"ש. וה' מגן גבורים סי' ס"ב ד' ק"ה כתב דלדעת התוס' אם הקנה נכסיו בלשון הודאה ל"ש בריא ל"ש ש"מ קנה כשאר דרכי

הקנאות וכן דעת הגאון שהביא הבעה"ת וכ"ן שהוא דעתו אבל לדעת הראב"ד בבריא לא קנה ובש"מ קנה כו' יע"ש. ותמהני ממ"ש בתשו' מר"ן ז"ל באבקת רוכל סי' ק"ה כ' בפשיטות דבמתנת בריא נותן לו דרך הודאה ולפי האמור רובה ס"ל דלא מהני בהכי וכעת צ"ע. ומהרשד"ם בח"מ סי' ס"ד הביא דעת הא"ז דלא חילק בין בריא לש"מ בשגם היכא דאמר אתם עדי אפי' הא"ז מודה והב"ד אלא הרב כנה"ג ז"ל סי' רנ"ו הגה"ט סק"ה ולא נרגש הרב ז"ל דהא איכא עוד רבוותא חולקין ע"כ:

ואחשבה לדעת דמר"ן ז"ל בתשו' לטעמיה אזיל שכ' בכסף משנה פי"א מהל' מכי' הל' ט"ו וז"ל המחייב עצמו בממון לאחר בלא תנאי כלל וכו' כיצד האומר לעדים הוו עלי עדים שאני חייב לפלוני מנה וכו'. זה נלמד מדאמרינן פ' מי שמת עלה קמט' ולודי איסור דהני זוזי דרב מרי נינהו וליקנינהו באודיתא ע"כ. ודבר ה' בפיהו אמת שכן משמע מדברי בעה"ת שכתבנו למעלה דה"ט דחייב אני לך מנה בשטר קנה משום דההודאה הויא הקנאה אף בבריא ולפ"ז סבר מר"ן דדעת הרמב"ם ז"ל כדעת הגאונים ובעה"ת שכתבו ההודאה כאחד מדרכי ההקנאות. והט' דכ"כ בתשו' בפשוט:

ומצאתי און לי מהרב קצות החושן סי' מ' ס"ק א' שכ' וזל"ה וכבר נתקשו בדברי הרמב"ם כל האחרונים דאיך מתחייב בדיבור בעלמא בלא קנין ובלא שטר וכו' ונראה לע"ד דודאי בדברים בעלמא לא נתחייב וכדמוכח מהני ראיות שהביא הר"ן אבל טעמא דהרמב"ם משום אודיתא הוי דאפי' חפץ יוכל להקנות באודיתא וכמ"ש תוס' בפ' מ"ש גבי אודיתא דאיסור גיורא דהוי קנין בין בבריא בין בשכ"מ והוא קנין מעליא אע"פ ששניהם יודעים והעדים יודעין שזה החפץ או הקרקע אינו של פ' קונה הוא אותו באודיתא של הנותן כמו שקונה במשיכה וכסף וקנין אודיתא מבואר אצלינו באורך בסי' קס"ה ע"ש ולהכי נמי בזה שמודה שחייב לפ' מנה אע"פ שאינו חייב זכה בו חבירו משום אודיתא כאלו נעשה בקנין ובשטר ונחזיק טובה לרבינו הגדול בעל כ"מ שירד לאמיתו של דבר וז"ל כיצד האומר לעדים הוו עלי עדים שאני חייב לפ' מנה וכו' זה נלמד מדאמרינן פ' מ"ש ד' קמ"ט ולודי איסור דהני זוזי דרב מרי נינהו וליקנינהו באודיתא עכ"ל וכן מצאתי כתוב בני' פ' מ"ש ז"ל אמר המחבר מהא דלודי איסור כתבו חכמי פרובנצי' והריטב"א בשם רבו ז"ל דכל שמחייב עצמו בל' הודאה אע"ג דידעינן דלא הוי מחייב ליה מעיקרא הוא מחייב כ"כ בפ' הנושא הריטב"א ז"ל עכ"ל וא"כ דעת הרמב"ם נמי אינו אלא משום קנין אודיתא וכמ"ש בכ"מ שם פי"א מהל' מכי'. ובזה יאיר לך נתיבות הש"ע דכאן העלה כדעת הרמב"ם ובסי' ס' כ' בסעיף ו' ז"ל המחייב עצמו בדשלבל"ע חייב אע"ג דאין אדם מקנה דשלבל"ע כו' אבל בלשון חיוב כגון שאמר הוו עלי עדים שאני מתחי' לפ' בכו"כ

חייב והוא שקנו מידו ע"כ והוא לכאורה תמוה דהיא דעת הרמב"ם דבחיוב אין צריך קנין דמתי' בדיבור בעלמה וכבר הניח בש"ך דבר זה שם בצ"ע. ולפי מ"ש דודאי חיוב בעי קנין כמו כל המשאות והמתנות דבעי קנין כל חד כפי קניינו אלא משום דאודיתא הוי קנין בכל הדברים הנקנין בין בקרקעות בין במטלטלין ולהכי מהני גם בחיוב משום אודיתא וא"כ דוקא כשאומר הוו לי עדים שאני חייב לפ' מנה הרי הודה שהוא חייב ושפיר מתחייב אע"פ ששניהם יודעין שאינו חייב ומשום קנין אודיתא אבל בסי' ס' דאמר הוי לי עדים שאני מתחייב בזה ליכא לשון הודאה א"כ ודאי אינו מתחייב בלא קנין וכה"ג בחפץ נמי אי אמר הוו עלי עדים שזה החפץ של פ' נקנה הוא לו באודיתא ואם אמר הוו עלי עדים שאני נותן חפץ זה לפ' ודאי לא קנה בלא קנין כיון דאין בזה קנין אודיתא עכל"ה:

עוד כ' בסי' קצ"ה סק"ז וזל"ה ומשום דאודיתא הוי קנין אע"פ ששניהם יודעין שאינו כן ולפי שלא ביארו בו האחרונים ביאור רחב בקנין אודיתא ולכן צריך אני להאריך קצת. ולענ"ד קנין שלם הוא ולא נופל הוא מכל הקניינים וכו' ובשות' רשב"ץ ח"א סי' קנ"ג ז"ל ועוד שאין פקדון ולא מלוה נקנה בהודאה אלא בשכ"מ משום דדברי שכ"מ ככתובין ומסורין אבל בבריא לא שאם כל אדם היה יכול להקנות בהודאה אמאי לא תני לה גבי שאר הקנאות וכ"כ ה' בעה"ט ז"ל וכן דעת הרמב"ם שהוא פסק בהלכות האי דאיסור בפט' מזכייה ואלו בהלכות מכי' פי' כ' שהמטבע אין לו דרך שיזכה בו מי שאינו ברשותו אלא אג"ק וכ' עוד שם שהחוב אינו נקנה אלא במעמ"ש ואלו היה שהודאה תועיל בבריא אמאי לא תני תקנתא דאודיתא דלהכתא בטעמא הוא אלא ודאי הרי הוא מסכים למה שהסכים בו ה' בעה"ט ז"ל דלא אמרינן אלא בשכ"מ ולא בבריא עכ"ל וע"ש עוד מזה בח"ג סי' שכ"ה והוסיף וז"ל והאי דפ' הנושא חייב אני לך מנה דמשמע דמהני הודאה לא מוכחה דבחייב אני לך מנה ליכא הקנאה וכן הודאה דהקנאה לא מהני עד שיאמר בשטר שדה קנויה לך עכ"ל. והן אמת דכבר נחלקו רבוותא בקנין אודיתא אי מהנייא בבריא או אינו אלא בשכ"מ אלא שכבר הכריע הש"ך בסי' ס' דמ"ש החולקין דהך דאיסור גיורא איירי דוקא בשכ"מ ולא בבריא ליתיה וכל הפוס' חולקין בזה ע"ש ולפי מ"ש רוב דברי הרשב"ץ שכתב להוכיח דאודיתא לא מהני בבריא נתיישב מתוך דברינו דמ"ש להקשות מדברי הרמב"ם פ"ו ממכירה שכ' דחוב אינו נקנה אלא במעמ"ש כו' לפי מ"ש דחוב לכ"ע אינו נקנה באודיתא א"כ אין דרך בו אלא מעמ"ש ומ"ש רשב"ץ בהאי דחייב אני לך מנה לא מוכחא דליכא הקנא' הגם דודאי אית דמפרשי לה בהקנאה וכמ"ש תוס' שם רפ' הנושא דמיירי בשטר ומחייב עצמו בחיוב חדש. אבל הרמב"ם שכ'

להדייה בפי"א מהל' מכי' ההיא דפ' הנושא בלא הקנאה וכפ' בש"ע סי' מ' א"כ מוכח דהרמב"ם ש"ל דאודיתא הוי קנין אפי' בבריא וכו' ע"ש ע"כ:

איברא דמר"ן הב"י בסי' ר"ן אחר שהביא פירוש ר"י דפ' מי שמת. כ' עליו וכן פי' הרא"ש ז"ל. ומוכח מדבריו דס"ל בפירוש דברי ר"י דההודאה לאו מדין הקנאה היא אלא מטעם הודאת בע"ד. ולכאורה משמע דה"ט דפירש הכי בדברי ר"י. היינו משום דכיון דדברי התוס' שקולים הם ודבריהם סובלים את שני הפירושים. וכדאשכחן להנך רבוותא ה' בני אהרן ודעמיה וה' פ"מ ודעמיה דמר מפרש הכי ומ'ר מפרש הכי. לזה רצה מר"ן ז"ל לפרש בדבריהם כפי מה שהדין נותן לדעתו ולפ"ז הדין נותן לדעת מר"ן דהודאה אינה אלא מטעם הודאת בע"ד ולא הוייא הקנאה. וא"כ הוו דברי מר"ן דבכ"מ ובתשו' וההיא דבב"י סי' ר"ן סתראי נינהו ופלגן בהדייהו:

וחזיתיה להברכ"י ז"ל שתמה על מר"ן ז"ל וז"ל איברא דעל מר"ן הקדוש ודעמיה ק"ק דמנ"ל לפרש הכי בדעת ר"י ולמלך ה"ן שוה לפירוש הרא"ש והלא שפיר מצינן לפרושי בדעת ר"י דמדין הקנאה מפרשה וכו' והנני יוסיף לדקדק על מר"ן דהן לו יהי דדברי התוס' בשם ר"י שקולים הם ומצי לפרושינהו כפי' הרא"ש הו"ל להכריע דדעת התוס' הוי דהודאה הקנאה היא ממ"ש התוס' בסתם בפ' הזהב דמדבריהם מוכח דס"ל דלא כפי' הרא"ש אלא דהודאה הקנאה היא ולאו מטעם הודאת בע"ד נגעו בה והיינו דק"ל דלודי דהמעות הם שלו וליקנינהו ולפדם וילמד סתום שבדברי ר"י דפ' מי שמת מן המפורש בסתם תוס' דהזהב דעל הרוב הם דברי ר"י בעל התוס' ותו דמדבריו בכסף משנה פי"א דמכירה שהבאתי לעילה מכל דכתב בפשיטות דמ"ש הרמב"ם דהאומר אתם עדי שאני חייב לפ' מנה חייב נלמד מהא דאודיתא משמע דפשיטא ליה דהא דאודיתא הוי בידוע בודאי שעתה רוצה להקנות לו וקנה מדין הודאה דהוי הקנאה ואמטו"ל הכי כ' דדין זה נלמד מהאיך דאודיתא ולפי דעתו הו"ל לפרש דברי התוספות בשם ר"י הכי ע"כ:

ולדידי חזי לי ע"פ מה שהשרישנו ה' הדרישה ז"ל ח"מ סי' ש"ט וז"ל ובכ"מ שנוכל להשוות ולפרש דברי התוס' כדברי הרא"ש מפרשינן להו בשוה כי הרא"ש ביאורו מוסכם לדברי התוס' הן ברוב המקומות ע"כ. והב"ד יד מלאכי בכללי הרא"ש ס' ל' ע"ש מ"ש משם ה' חוות יאיר וה' משפטי שמואל ז"ל דכל דברי הרא"ש אינם רק קיצור מדברי התוס' וכו' ע"ש. וא"כ הט' דמר"ן ז"ל דפי' דברי התוס' כדעת הרא"ש ז"ל. דכיון דדברי התוס' מפרשן הכי והכי. וכדברי הרא"ש מבואר הדבר אז ודאי כוונתם כמבואר בהרא"ש והוי כאלו כ' הרא"ש דהכי פירשו התוס'. ולכך אין לחוש נמי אם יהיו הפך דברי התוס'

דפ' הזהב. כיון דאלו בסתם. ואלו דברי ר"י להדייא ולעולם דדעת מר"ן ז"ל היא דאודיתא הוי קנין כמ"ש בכ"מ ובתשו' וכמ"ש הקצה"ח ז"ל:

והרב ארח משפט ז"ל בסי' ר"ן אות זין אחר שהאריך בענין זה. כ' וז"ל הכלל העולה דג' סברות בדבר דלדעת מהר"י ן' מיגאש והרמ"ה והנ"י והריטב"א והראב"ד ועי' בש"מ לב"ב והרשב"א ומוהר"ם שהביא המרדכי בפ' מ"ש וכ"ן שהוא דעת הרמב"ם. הוא דאפי' בש"מ לא מצי מקנה בהודאה מדין קניה כי אם דוקא בתורת עדות. ולדעת התוס' דהודאה מדין קניה נהגו בה בין בבריא בין בש"מ וכ"ן שהוא דעת מוהרי"ח בהג"א בפ' מ"ש. ולדעת בעהע"ט והא"ז הוא דבש"מ דוקא מצי מקני בהודאה בדרך קנין אבל בבריא דוקא בדרך עדות מהני אבל קנין לא וזהו דעת התשב"ץ ז"ל כדכתיבנא ע"כ:

שוב כתב וז"ל ומעתה הרדב"ז ומר"ן בתשו' אבק"ר סי' ק"ה שכתבו בפשוט דיקנה בהודאה לאו למימרא שיקנה לו עתה מחדש מדין קנין כי אם בתורת עדות דבזה אין חולק דגם בבריא מהני וזוכה האחר וזה נעלם מהרב מט"ש ז"ל שתמה על מרן ז"ל בזה דלא ידעתי מה הבין מ'ר בדברי מר"ן ז"ל ודברי מר"ן ברור מללו דלאו מדין הקנאה אתי עלה כי אם בדרך הודאה דוקא כאמור גם ראיתי עוד לה' מט"ש שם בהגה"ט אות כ"ד שכ' דלדעת הרמ"ה הודאה הוי מדין הקנאה ואחרי המחילה אין דבריו נכונים דהרמ"ה ז"ל פירש את דבריו להפך וכו' ע"כ:

ואהמח"ר דמ"ש דהרמב"ם ז"ל דאפי' בש"מ לא מצי מקני בהודאה מדין קניה כ"א מתורת עדות עיניך תחזינה בתשב"ץ ח"א סי' קנ"ג והב"ד ה' קצות החושן כמביא למעלה דדעת הרמב"ם ז"ל כדעת בעהע"ט ז"ל דהודאה לא קניא אלא בשכ"מ ולא בבריא. וה' קצה"ח חלק עליו ודחה דבריו והוכיח דדעת הר"מ במז"ל דאודיתא הוי קנין אפי' בבריא וכן היא דעת הכסף משנה כמש"ל:

גם מ"ש שכן היא דעת הרמ"ה והריטב"א והראב"ד והרשב"א ותמה על המט"ש שכתב דדעת הרמ"ה הודאה הוי מדין הקנאה. עי' בקצה"ח שכ' דדעת הרמ"א ז"ל והרשב"א ז"ל דהודאה הוי קנין אף בבריא. והביא ראיה מדברי הרמ"ה שהביא הטור יו"ד סי' רס"ז ומדברי הרשב"א בחי' לקידושין ד' ב' ושכן היא דעת הריטב"א בשם רבו וחכמי פרובינציא שהביא הנ"י בפ' מ"ש:

ולך נא ראה בדברי מהר"ד אישטרושה ז"ל בספר מגן גבורים שכתבנו לעיל דדעת הראב"ד ז"ל בבריא לא קנה לשון הודאה אם פירש שנותן מדין הקנאה אבל בש"מ קנה אפי' אם פי' שנותן מדין הק' וכו' ודקדק מדברי הראב"ד שהביא בעה"ת וזל"ה אבל גם לדעת הראב"ד שכ"מ הודאה קנה אלא שיכול לחזור בו אם עמד שהרי פירוש הסוגייא

שכ"מ שהודה מהו אי אמרינן דלהודאה נתכוון ואין חוזר בו אם עמד או למתנה איכוון ואם עמד חוזר. ופשיט דלהודאה איכוון ואינו חוזר ולעולם דס"ל שגם אם נתכוון למתנה קנה אלא שיש לו דין מתנת ש"מ שאם עמד חוזר דאי לאו כן נימה מתנה היא ולא קנה כלל או הודאה היא וקנה לגמרי אלא ודאי נראה דגם מטעם מתנה קנה אלא שיש לו דין מתנת ש"מ וכו'. יעו"ש שכן היא דעת הרא"ש והטור ז"ל:

גם מה שתמה על המט"ש במאי דתמה על מר"ן בתשו' וכ' דלא ידע מה הבין מ'ר בדברי מר"ן ז"ל ודברי מר"ן ברור מללו דלאו מדין הקנאה אתי עלה כ"א בדרך הודאה דוקא. ונראה דהאי דמשמע ליה להרב שכן היא דעת מר"ן ז"ל בבירור. הוא ממאי דכתב ומתנה טמירתא אינו ענין לכאן שזה הודאה היא ולא מתנה. אבל דעת המט"ש ז"ל היא. דמאי דכ' שזה הודאה היא ולא מתנה. ר"ל דזו הודאה היא דהויא קנין ולא בלשון מתנה. ומתנה טמירתא אינה ענין למקנה בהודאה. ואינה אלא כנותן בלשון מתנה. וסבר המט"ש דאי אפשר לפרש בדברי מר"ן ז"ל כמ"ש הארח משפט דבדרך הודאה קאמר ולא מדין הקנאה. דהא למד דהודאה לא קניא ואינה כ"א מדין הודאת בע"ד. אם זה המודה מבאר דלשם קנין נותן ולא מדין הודאה. לא קנה. וכמ"ש מהר"ד אישטרושה ז"ל שם וז"ל ונ"מ בין דברי התוס' והראב"ד והרא"ש ז"ל. שאם רוצה לתת מתנה בלשון הודאה ומבאר שלשם קנין נותן ולא מדין הודאה דלא קנה לדעת הראב"ד והרא"ש ז"ל שאין הודאה בכלל דרכי ההקנאות כמו שנראה מדברי הראב"ד שכתבנו והן הם דברי הרא"ש ע"כ. וא"כ בנדון מר"ן ז"ל שהשואל בקש ממנו לדעת מה יעשה לתת לבני בתו אע"פ שאינם יורשים במתנת בריא ומר"ן השיב שהתיקון הוא שיודה וכו'. א"כ הרי המודה ביאר דעתו שאין כאן הודאה אלא רוצה ליתן הן אמת דכשלא באר דעתו המודה. הגם דאנן ידעינן דאיהו משקר ושמעון הזוכה ג"כ מודה. אפ"ה אמרינן הודאת בע"ד. והטעם כמ"ש בעה"ת משם הראב"ד ז"ל הב"ד מהר"ד אישטרושה ז"ל וזל"ה ש"מ הודאה גמורה היא הלכך אע"ג דלא הלוה לו כלום ולא הפקיד אצלו כלום ושמעון הזוכה עצמו מודה בכך חייב ראובן ליתנם לו כההיא דאמרינן באיזהו נשך אמור אחרינא גזליה ואמר ליה להאיך אבלע ליה בחשבון א"נ אינש אחרינא יהבינהו לשמעון דהא ראובן אודי דזוזי אלין דשמעון נינהו ואפשר דאיהו ידע מאי אודי ושמעון לא ידע כדאמרינן בגיטין שמא זיכו לו ע"י אחר ודכותה פ' הנושא ע"כ. וא"כ בנדון דמר"ן דראובן עצמו גילה דעתו שאין כאן הודאה אלא רוצה ליתן. אי סבר לה מר"ן דהודאה אינה כ"א מדין הודאת בע"ד. הרי אין כאן הודאה. או דדעת מר"ן היא דהודאה קניא. דלמ"ד הודאה קניא אפילו בששניהן יודעין ואנו יודעין שאינו כן אפ"ה קניא. ובפרט דכל תשו' מר"ן היא לדעת מה יעשה

הרוצה ליתן. א"כ אפי' אם היה האופן כנדון מר"ן דלא באר דעתו ראובן. אפ"ה מר"ן ז"ל המלמד לאדם דעת היה צריך לבאר שלא יודה לשם קנין דאל"ה לא קנה וכמ"ש מהר"ד אישטרושה ז"ל אלא מדבא ללמד וסתם דבריו. הא ודאי דס"ל דאודיתא קניא:

באופן דדעת הגאונים ובעה"ת ז"ל כמש"ל בשמו. והרמב"ם ז"ל לדעת הכ"מ והקצה"ח ז"ל. והרמ"ה והרשב"א ז"ל. ור"י ז"ל לדעת הפ"מ ז"ל ודעמיה והרדב"ז ומר"ן ונחלה ליהושע ומהר"ש הלוי ומוהר"ר צבי ומהר"מ חאג'יס והקצה"ח ז"ל. כולהו סברי דאודיתא קניא אפי' בבריא. ועי' משה"ר מע' ה' אות ח'. ולדעת הראב"ד ז"ל. והרמב"ם ז"ל לדעת הרשב"ץ והמגן גבורים ז"ל והרא"ש והטור ובעהע"ט ז"ל ודעמייהו. אף דבבריא לא קניא הודאה. בשכ"מ קניא. ולפ"ז בנד"ד שכתוב בשטר והודית הודאה גמורה וכו' ובסוף השטר כתוב לפי שהאשה הנ"ל מוטלת ע"ע דוי וכו'. א"כ בהודאה זו לחוד היה מספיק. לא מבעיא למ"ד דהודאה קניא אף בבריא ואע"פ שהכל יודעים שאינו כן וגם שניהם יודעים אפ"ה קניא דלא נופל קנין דאודיתא מכל הקניינים. אלא אפי' למ"ד דאינו מועיל כ"א בשכ"מ. הרי בנדון דאנן קיימין ביה שכ"מ הות:

והגם דמידי פלוגתא לא נפקא. וכבר כתבנו משם מהר"ד אישטרושה ז"ל דלדעת הרשב"ם והנמק"י ז"ל אם מגלה דעתו שרוצה לתת במתנה ולא שמודה שנכסים אלו הם של פ' אלא שרוצה להקנותם עתה מחדש ונתנם בלשון הודאה לא קנה אפי' בש"מ. וע"ע שם שכתב וזל"ה צוואה זו מידי פלוגתא לא נפיק שמלשון המצוה ומדבריו למדנו בפי' שרוצה להקנותם עתה מחדש בלשון הודאה לאמו שאחר שהודה ואמר טודו לוקי טינגו איש די ממאדרי. אמרה לו אמו בני ולאחיך והשיב לאחי גרוש א' לכל א' שנראה מזה שהוא ואמו רצה לקיים ירושה דאורייתא לחוש לסברת הגאון שצריך לתת שום דבר ליורש כדי שתועיל מתנתו כמו שנוהגים רוב הנותנים כל נכסיהם ואם איתא שלא נתן מתנה והקנאה מחדש אלא שהודה שכל נכסיו הם של אמו ואין לו נכסים מעצמו מה שייך בזה לקיים ירושה כיון שאין לו. אלא ודאי שרוצה לתת מתנה ולאו הודאה ממש אלא הקנה בלשון הודאה וכבר כתבנו סברות הפוסקים והיוצא מכללם דלדעת רשב"ם והרב הנמק"י ז"ל אם מגלה הש"מ דעתו שרוצה לתת בתורת מתנה ומקנה אותם בלשון הודאה אינו מועיל שאין לשון הודאה הקנאה וכן נראה שהוא דעת המרדכי וג"כ נראה שהוא דעת הר' יונה וא"כ יכולים היורשים לומר קי"ל ככל הני רבוותא דס"ל דכיון שמפרש שנותן מתנה מחדש ומקנה אותה בלשון הודאה אינה הקנאה ולא קנה. ע"כ:

ובנד"ד ג"כ מדבריה אנו למדים שאינה רוצה אלא לתת מתנה. שהרי כתוב בשטר ובפירוש ביארה האשה הנ"ל שאפי' תעמוד מחוליה ישאר החוב הנז' קיים וכו'. ואם

אינה מתנה אלא הודאה. פשיטא שלא תוכל לחזור. וא"כ יוכלו היורשים לומר קי"ל כהני רבוותא דסברי דכיון שמפרש שנותן מתנה מחדש ומקנה אותה בלשון הודאה אינה הקנאה ולא קנה וכמ"ש מהר"ד אישטרושה ז"ל:

מ"מ הרי כבר כתבנו דדעת מר"ן היא דאודיתא קניא אפי' בבריא כמ"ש בכסף משנה ובתשו' ואע"ג דקבלת הראשונים זיע"א לא היתה כ"א על הב"י והש"ע כמ"ש בדינים נפרדים שבסוף ס' ויאמר יצחק ס"ב משם מוהריב"ץ ז"ל. ועי' ישרי לב אות קוף סכ"ד מזה. מ"מ הרי כתבנו משם קצה"ח ז"ל שכן היא דעתו גם בש"ע. שכתב ובזה יאיר לך נתיבות הש"ע דכאן העלה כדעת הרמב"ם ובסי' ס' כ' בס"ו וכו' יעו"ש. וכעת לא ראיתי חולק להדייא שאין כן דעת מר"ן:

ואפ' אם המצא ימצא איזה חולק ע"ז. מ"מ הרי כ' הטור בסי' ס' ס"י וז"ל והמחייב עצמו בדשב"ל וכו' אבל בלשון חוב חייב לפיכך לא מבעיא כתב לו מודה אני לך שאני חייב לך כו"כ מדות של פירות שהוא חייב לו שהרי הודה לו בהם אלא אפי' אם אמר הוו עלי עדים שאני מתחייב עתה לפלוני כו"כ מדות של פירות שהוא חייב. ע"כ. וכ' הרב"י ומ"ש ל"מ כתב לו מודה אני לך וכו' למד כן מדאמרינן בהשולח ד' מ' ע"ב האומר נתתי שדה פ' לפ' והוא אומר לא כתב ולא נתן הודאת בע"ד כק' עדים דמי. ומ"ש אלא אפי' אמר הוו עלי עדים וכו'. כ"כ משום דלא גרע מערב דלא מקבל מידי ומשעבד נפשיה בקנין אפי' לאחר מתן מעות. ע"כ. וכן פסק בש"ע ס"ו וז"ל אבל בלשון חיוב כגון שאמר הוו עלי עדים שאני מתחייב לפלוני בכו"כ חייב והוא שקנו מידו. ע"כ:

ומינה נלמוד לנד"ד שכתוב ונחו"ג לתו"ל וכו'. דשוין הן. אלא דהאי לישנא דסהדי והאי לישנא דמתחייב. ועי' מש"ל משם מהר"ץ שכ' ואם רוצה המקנה להתחי' בשט"ח וכו' הביאה המט"ש סי' ר"ג הגה"ט אות מ':

אחר שכתבנו כ"ז. זאת מצאנו לה' שע"א ז"ל סי' כ"ה דקא עסיק מ"ר בענין האודיתא. ואשכחנא ליה דכ' וז"ל. וכן ראיתי בתשו' אבקת רוכל סי' ק"ה שנשאל במי שרוצה ליתן מתנה ממעות שיש לו ביד אחרים כיצד יעשה. והשיב בפשיטות שיודה בפני עדים שאותם המעות שהם ביד אותו אפוט' סך מהם הם של בני בתו ע"כ. וכבר ראיתי במט"ש סי' ר"ן הגהט"ו ס"ק זך שתמה עליו שהוא הפך רוב הפוסקים הסוברים דהודאה לאו הקנאה היא. והוא תימה על תמיהתו משום דגם למאן דלא חשיב להודאה הקנאה מ"מ שפיר מהני ע"פ הודאתו מטעמא דהודאת בע"ד כמאה וכו' ואפשר דאיהו ידע אמאי אודי ואנן לא ידעינן ליה כיון דליכא גילוי מילתא דלאקנויי עכשיו נתכוון וכ"כ בפשוט

בתשו' הר"ץ אשכנזי סי' ט"ז דהנראה נכון בלי פקפוק וערעור שיודה המקנה שסך מה הוא של פ' והיינו אודיתא דאיסור גיורא כו' כמו שיעו"ש. ע"כ:

ואהמ"ר לדידי חזי לי דדברי תימה הם. וכדכתיבנא לעיל. דמידי הוא טעמא דמהני הודאת בע"ד הגם דאנן והזוכה ידעינן שאינו כן. היינו משום דאמרינן דהמודה יודע ואפשר דזיכו לו מקודם באו"ה כדינה של תורה וכיוצא והכי דייק לשון הראב"ד שכתב בעה"ת שכתבנו למעלה שכ' ואפשר דאיהו ידע מאי אודה ושמעון לא ידע. ושכן מבואר בדברי מהר"ד אישטרושה ז"ל כמביא למעלה. אבל היכא דנתברר לנו מפיו דאין בידו כלום אלא שרוצה לתת לו מתנה בלשון הודאה. הא ודאי דלא מהני למ"ד דאודיתא לא קניא ולא מהייא אלא מטעם הודאת בע"ד. ובנדון מר"ן הרי באר דעתו ראובן דיין שאין בני בתו יורשים רוצה לתת להם חלק ונחלה במתנה ואין כאן הודאה כלל. וא"כ פשיטא דלא מהנייא מטעם הודאת בע"ד. וא"כ היאך השיב מר"ן לשואלו שיודה וכו'. והלא ודאי לדידיה דנגלו לו תעלומות המודה. הרי הוא יודע שאין בה מועיל. ונמצא אלו נוטלין ממון שלא כדין. ועוד נמשך טעות לדייני ישראל שלא נתבאר להם דעתו. דחשבי לה כהודאה מעלייא. א"ו ס"ל למרן דאודיתא קניא:

עוד ראיתי להמט"ש ז"ל סי' ר"ג הגה"ט אות ט"ל שכ' וז"ל בהודאה שמודה שהמעות שי"ל במקום פ' הם ש"ל פ' כה"ג זכה הקונה בלי פקפוק והיינו אודיתא דאיסור גיורא בפ' מ"ש דקמ"ט דבבריא קניא ובש"מ אם עמד אינו חוזר וכ' התוס' בפ' ח"ה ד' מ"ד ע"ב דאף דידעינן בודאי שהיה איסור משקר קנה. מהר"ץ סי' ט"ז. ולכאורה יש להקשות עליו ממ"ש הכנה"ג ס"ק ס"ט בשם הראב"ד והרטב"א ז"ל דבהודאה אינו יכול להקנות וכן ראיתי בתשו' הרשב"א ח"ג סי' ס"ז כ' הכי מיהו יצא לחלק בין כשהלשון מוכח לשון הקנאה וכגון דאמר רוצה אני שיהיו מטל' אלו ל"פ דאין זה לשון הודאה אלא לשון הקנאה וכה"ג לכ"ע לא קנה ונראה דיש להגיה בתחילת דבריו שכ' ע"ז לכ"ע קנה צ"ל לא קנה אבל כשהוא דרך הודאה אע"פ דידעינן ביה דאין לו בידו כלום הוא שלו מכיון דהודאה הוי יותר מק' עדים יע"ש וא"כ י"ל שגם דברי הרב מהר"ץ מיירי בכה"ג עכ"ל:

המבואר מדבריו שרצה לפרש בדברי מהר"ץ ז"ל דלאו מטעם אודיתא קניא אלא מטעם הודאת בע"ד. וזה הפך ממ"ש סי' ר"ן דתמה על תשו' מר"ן. דלענד"ן דאין לחלק ביניהם:

ולפי מ"ש אנן בעניותין גם בדברי מהרר"ץ א"א לפרש כן ויעיד ע"ז מ'ר בריה הרב שאלת יעב"ץ ח"ב סי' כ"ב כאשר ראיתי דבריו בארח משפט סי' ר"ן הגה"ט אות זין שכ' שהוא ג"כ בימי חורפו הסכים לדברי הגאון מ'ר אביו אמנם לעת זקנותו ראתה עינו שטעו

בהוראה זו והכריח דאין הודאה קניא בבריא כ"א בשכ"מ. ע"כ דברי ה' ארח משפט. וכן הבין בדבריו בפשוט הברכ"י ח"מ סי' מ' סוף ס"ב עי"ש:

מעתה נחזור לדברי הח' הפוסק כמהר"א ן' חסין הי"ו שכ' ועי' עוד בדברי רשב"ם וכו'. כמביא למעלה. המובן מדבריו. דרגמ"א ז"ל איירי בדליכא עקירת ירושה ואפ"ה ס' דלא אמרינן פי האפוט' כפיו. וע"ז פליג רשב"ם וס"ל כיון שאין כאן עקירת נחלה א"כ נוכל לומר דדברי האפוט' הוי כמו דברי פיו והיינו דכ' רשב"ם על ר"ג וז"ל וכל ראיותיו יש לדחות שאין כאן עקירת נחלה וכו' ור"ל שאין כאן עקירת נחלה כלל לא ע"י האפוט' ולא ע"י פיו וא"כ הוי דברי האפוט' כמו דברי פיו. וא"כ בנד"ד שיש כאן עקירת נחלה אפי' רשב"ם ז"ל יודה. זה המובן מדברי החכם הפוסק הנז' הי"ו:

ואם כן הוא כוונת דבריו. דברים זרים הם בדברי המרדכי ז"ל. שהרי תחילת דברי ר"ג כ' תן לבני כו"כ ולבנותי כו"כ וכו'. וע"ז כ' אבל אם אמר ידך כידי וכו'. ובסו"ד כ' מכל הני טעמי שמעינן דאי יהיב האפוט' לבנות טפי מעישור נכסי וכו'. וע"ז כ' המרדכי ז"ל ורשב"ם מפקפק וכו' ויתן לבנות כמו שנראה לו. גם בההוא לישנא שהעתיק הח' הפוסק כ' להדייא לתת לבת כראות עיניו. מכל הני מוכח ומבואר להדייא דפלוגתייהו דרגמ"א ורשב"ם ז"ל בנותן האפוט' לבת במקום בנים יותר מעישור נכסי דאיכא עקירת נחלה. והכי פירוש דברי רשב"ם ז"ל שכ' וכל ראיותיו וכו' שאין כאן עקירת וכו'. דר"ל כי יען שהרגמ"א ז"ל כ' בתחילת התשו' דדייק כן מדיוקא דקרא ומדיוקא דמתני'. מדיוקא דקרא דכתיב ביום הנחילו את בניו וכו' והעברתם את נחלתו וכו' האב מנחיל מחיים ולא האפוט' וכו' ומדיוקא דמתני' המחלק נכסיו על פיו וכו' ולא ע"פ האפוט' וע"ז כתב רשב"ם ז"ל וכל ראיותיו יש לדחות שאין כאן עקירת נחלה ע"י האפוט' בלבד ולא ע"י פיו אלא דברי האפוט' הוי כמו דברי פיו. וא"כ ע"י פיו נעשית עקירת נחלה ופשוט הוא:

איך שיהיה. בהא סליקנא. ובהא נחיתנא. דמכל הני מילי דכתיבנא. מדברי הפוס' ומספרן של צדיקים שמעינן דכל הני שטרי לית ביהו ריעותא. וחזקים הם אליבא דהלכתא ודתקנתא. אי מצד האודיתא. ואם יד הדוחה נטויה לדחות. הרי איכא לישנא דחוב דמהני אליבא דכולהו רבוותא. ובאופן בתרא דהגאון חכם צבי ז"ל וכמש"ל. עי' קהלת יעקב מענה לשון ח"ג לשון כ"א אות ל' סוס"י רפ"ד. ומעתה כהר"ד הלוי הנ"ל הי"ו. יעשה כחפצו ורצונו ככל אשר צויתה עליו האשה גו'הרא הנ"ל ולית מאן דימחא בידיה ווימר ליה מה עבדת ותל"מ. זהו הנלע"ד בזה. וצויי"מ וימ"ן החו"ף פאס יע"א

באב הרחמן יה"ל מ"ש והגידו

לך את דבר המשפט לפ"ק וקיים:

ע"ה שלמה אבן דנאן ס"ט

סימן מב

שאלה ראובן שיש לו חצר או בית ומשכן חציה ביד שמעון ואח"ז מכרה ללוי ועמד שמעון בעל המשכונה לסלק הלוקח מדינא דב"מ. מהו הדין אם יכול לסלקו מכולה או מחציה. או אינו יכול לסלקו כלל:

תשובה הנה מכולה ודאי דלא מצי לסלקו. שהרי כ' הב"י סי' קע"ה וז"ל ומדברי הרמב"ם בפי"ב מה"ש שכ' הרי שטען הלוקח וכו' אם טען הלוקח ואמר גזלן אתה לשדה זה וכו' או שוכר או ממשכן צריך בעל המצר להביא ראיה וכו' משמע בהדיא שהשוכר קרקע או שהוא ממושכן בידו ונמכר קרקע הסמוך לו אין לשוכר או למי שהוא ממושכן בידו דין בן המצר להוציאו מיד הלוקח ומשמע לי דה"ה נמי אפי' קדם וקנה בן המצר מוציא מידו שאם היה לו דין בן המצר לענין זה ג"כ היה לו דין בן המצר להוציאה מיד הלוקח שאינו בן המצר ע"כ ובבד"ה כ' ולענין הלכה נקטינן כהרמב"ם. ע"כ וכן פסק בשולחנו הטהור סנ"ח אם השדה הסמוכה למשכונה נמכרת וכו' ואם אין הלוה חפץ לקנותו וקנאו אחר אפי' אינו בן המצר אין המלוה יכול להוציאו מידו ואם קדם המלוה וקנה בן המצר מוציאו מידו ע"כ:

מבואר מזה להדיא דדעת מר"ן ז"ל דגבי שדה שאצל המשכונה הא בהא תליא דכשאינו יכול המלוה לסלק הלוקח גם אם קדם וקנה המצרן מסלקו. ואע"ג דבשדה המשכונה עצמה מצינו דס"ל למר"ן דלאו הא בהא תליא וכמ"ש בס' נז' וז"ל הממשכן שדהו ואח"כ מכרו לזה שהוא ממושכן בידו אין המצרן יכול לסלקו אבל אם מכרה הממשכן לאחר אפי' אינו בן המצר אין המלוה יכול להוציא מידו ע"כ עי' להכנה"ג הגב"י אות קמ"ג ובתשו' ח"א ד' קל"ה ע"ד וד' קל"ח ע"ד וד' קמ"ג ע"ג שתמה ע"ז. ומדברי הנמ"י שהביא רבי' ב"י נראה דס"ל דהא בהא תליא כהב"י ז"ל שהרי בס' פ"ח כ' משם הנמ"י דמילתא דפסיקתא קתני דלית במשכנתא משום דינא דב"מ כלל שאם מכרה למי שממושכנת אצלו אין בעל המצר יכול לסלקו ובעל משכונה נמי לא מצי אם בא בעל השדה למכרה לאחר ע"כ ובס' צ"א כ' וז"ל וכ' בעל נמ"י גבי ארעא דחד ובתי' דחד שמי ששכן בבתים מפני שממושכנת בידו או מושכרת לזמן ידוע ובאותם בתים יש בית אחר שאינו ממושכן ואפי' אם הוא תחת העליה שהיא ממושכנת בידו אינו יכול לעכב על בעליו למכרו למי שירצה הילכך אם מכרו הבעלים אותו בית לבעל המשכונה המצרן מעכב עליו ע"כ:

ואולם ה' דרכי משה סעיף ט"ז כ' וז"ל וכ"כ המ"מ פי"ב מה"ש בשם הרשב"א וב"י דקדק מדברי רמב"ם דלא ס"ל הכי וכ"נ בנ"י דף קכ"ו ע"א דס"ל דלדעת האומרים שיש למלוה דין מצרן לענין שאם קדם וקנה זכה ה"ה אם קנה אותה לוקח אחר המלוה מסלקו ואין זה מוכרח דהא כבר כתבתי לעיל דכמה רבוותא ס"ל לענין משכונה דאין לו דין מצרנות רק אם קדם וקנה אבל הוא לא יכול לסלק לאחר ואע"ג שכתבתי לעיל דיכול הוא לסלק לאחר לענין הלכתא היינו דוקא במשכונה עצמה דהוא מוחזק בה אבל בקרקעי שאצלה אינו נאמן ע"כ:

וגם בדרישה השיג על מר"ן וז"ל ואני תמיה על משמעותו מנין לו ה"ה זה ואף שנראה שהנמ"י ס"ל האי סברא. וכמ"ש ב"י אח"ך מ"מ הלא הרשב"א ס"ל שאם קנה המלוה שדה שאצל המשכונה אין המצרן מסלקו כמ"ש המ"מ שהביא הוא עצמו וכשקדם אחר וקנה ס"ל דאפי' קנה שדה הממושכן עצמו אין המלוה מסלקו ואפ' באים כל א' לקנות יכול הלוה למוכרו למי שירצה שמע מינה דלא תליא זה בזה ע"כ:

ולפ"ז מה שהגיה הרמ"א ז"ל במפה וי"א דלמלוה דין מצרן היינו דאם קדם וקנה זכה אבל לא לסלק הלוקח וקאי אלפניו ולא אלפני פניו שהרי גילה דעתו בד"מ בהשגתו על הב"י והנמ"י ז"ל באומרו דאין זה מוכרח ומסיק דבקרקע שאצלה אינו נאמן וכן נראה ממהר"מ רבקש ז"ל שכ' על דברי מור"ם וז"ל פי' שאם קנאו אין א' מבני המצר מסלקו ע"כ אשר מזה אני תמיה על הסמ"ע ז"ל ס"ק ק"י שכ' וז"ל וי"א דלמלוה דין מצרן עי' ב"י שעשוה דין סילוק המלוה לאחר לדין קדם המלוה וקנאו שאין בעל המצרן יכול לסלקו ולפ"ז האי יש אומרים גם אשלפני זה קאי דס"ל דאם אין הלוה חפץ לקנותה וקנאה אחר שהמלוה מוציאה מידו בדין מצרן ואף שהטור כ' וז"ל ואם קדם המלוה וקנה זכה דמשמע דוקא שקדם וקנה היינו טעמא משום דהטור לא איירי שם לפני זה בקניית אחר וס"ל פשוט דהמלוה עדיף כחו מאחר ע"ך ומ"ש אבל בדרישה וכו' כ"כ לדעת עצמו וכ"כ הכנה"ג הגב"י אות קמ"ט וז"ל אבל בס' המפה כ' וי"א דיש למלוה דין מצרן וכן נ"ל עיקר ופי' הסמ"ע דאם קנאה אחר המלוה מוציאה מידו קנאה המלוה אין בן המצר מוציאה מידו וכן פסק הב"ח אבל הסמ"ע סברא דנפשיה כ' דס"ל לרבינו בעה"ט ז"ל כהרמב"ם ז"ל דאם קדם אחר וקנאו אין המלוה מוציאה מידו ע"כ:

גם הב"ח בתשו' סי' ש"ח כ' וזל"ה ולפ"ז מה שכ' הרב בהגהותיו ש"ע וי"א דלמלוה דין מצרן וכ"נ עיקר ע"כ היינו לומר דלכל דבר יש לו דין מצרן דאם קנאו אחר המלוה מוציא מידו ואם קדם המלוה וקנה אין המצרן מוציא מידו ע"כ:

עין רואה שני נביאים מתנבאים בסגנון א' בהבנת מור"ם ז"ל וה' גופיה גילה דעתו בספרו ד"מ להפך ודוחק לומר דאשתימיטתייהו לכולהו רבוותא הב"ח והסמ"ע והכנה"ג שהבי"ד הסמ"ע ולא קרא ערער את דברי הד"מ ז"ל:

אשע"ך נראה ליישב דטעמייהו דרבנן הוא דהנה נרש"ם על הגה זו טור בשם הר"י ברצילוני והמגיד בשם הרשב"א והיה בהני"ח שהמרשם הוא הרמ"א גופיה א"כ משמע דס"ל דהני רבוותא פליגי אהרמב"ם ז"ל והיינו כס' הב"י ז"ל דהא בהא תליא ופליגן בהדייהו דמ"ש הטור והר"י ברצילוני ז"ל ואם קדם וקנה זכה ה"ה דיכול לסלק ללוקח ומאי דמשמע מהרמב"ם ז"ל שכ' או ממשכן דאינו יכול לסלק הלוקח ה"ה דאם קדם וקנה בן המצר מוציא מידו דהא בהא תליא ולכך רשם הרמ"א להני רבוותא דוקא אבל למ"ש בד"מ דלאו הא בהא תליא א"כ הר"י ברצילוני ודעמיה לא פליגי אהרמב"ם ז"ל דמ"ש ואם קדם וכו' בדוקא נקט ולעולם דס"ל דאינו יכול לסלק הלוקח וכדמשמע מדברי הרמב"ם ז"ל ומ"ש בהגה דיש לו דין מצרן הוא לענין אם קדם דוקא וקאי אמ"ש מר"ן באחרונה ואם קדם וכו' ולא קאי אמ"ש לפני זה אין המלוה יכול להוציאו וא"כ היה לו לרשום גם הרמב"ם ז"ל:

וכתב דהט' דלא זכר כ"א הני רבוותא הוא משום דהדין מבואר בדבריהם להדייא דאם קדם וקנו זכה לא כן בהרמב"ם יש לצדד אי ס"ל כהב"י דהא בהא תליא אם לאו אפ"ה לא היה לו לכתוב דבריו בחזון הסתום ולהניח למעיין מקום לטעות שהרי פשטן של דברים דקאי אכל דברי מר"ן ז"ל אלפניו ולפני פניו וגם משמעות לשונו שכ' דלמלוה דין מצרן היינו אפי' לסלק הלוקח וא"כ אם כוונת מור"ם הוא כמ"ש בד"מ ושאין לו דין מצרן כ"א לענין אם קדם וקנה דוקא א"כ קשה איך בא לפסוק הדין וכותב דברים דמשמעותן ופשטן הפך ממה שכוונתו לפסוק והיה לו לבאר וי"א דאם קדם וקנה זכה ואין בזה אריכות דברים כלל או לפחות היה לו להעיר לב המעיין בהרשימה דנר' שגם הרמב"ם יודה ובזה לא יטעה המעיין אלא ודאי דהדר ביה הרמ"א ז"ל ממ"ש בד"מ ואזיל בסברת הב"י דהא בהא תליא ונמצא דהרמב"ם והטור והר"י ברצילוני פליגי ופסק דהטור והר"י ברצילוני ז"ל:

ואנו אין לנו אלא דברי מר"ן שפסק דבשדה הסמוכה למשכונה אינו יכול לסלק הלוקח ואם קדם וקנה המצרן מוציא מידו ואע"ג דבשדה המשכונה עצמה נהגו אבותינו ורבותינו הר"א זיע"א לדון כס' הרא"ש ז"ל שהביא רבי' בעה"ט ז"ל ס' פ"ח ופסקו מור"ם בהגה סנ"ז וז"ל וי"א דאפי' קדם המצרן וקנאה יכול המלוה לסלק ע"כ:

ולכאורה מקום יש בראש לומר דלדיעה זו דחשבינן לבעל המשכונה כמי שיש לו בגוף הקרקע דמי א"כ יחוייב מזה לומר דלקרקע הסמוכה לא הוי מצרן גמור לסלק הלוקח ואין המצרן מסלקו בדקדם וקנה דכבעל גוף הקרקע דמי:

הא לאו מילתא היא דע"כ דמחשיבינן ליה כבעל גוף הקרקע אלא בגוף הקרקע הממושכן עצמו אבל בקרקע הסמוך לו אינו אלא כאיניש דעלמא שהרי אינו נושא בו אלא דמים ואין לו בגוף הקרקע כלל ואין לך בו אלא חידושו ואינו מוכרח לומר דלהרא"ש ז"ל דסבר בשדה המשכונה דיכול לסלק המצרן דסבור דבסמוכה לא הוי מצרן גמור לכל מילי דא"נ תיקשי לרבי' בעה"ט שכ' בס' צ' האי דינא דשדה הסמוכה שכן נ"ל ושכ"כ הר"י ברצילוני ז"ל והיה לו לומר שכן היא דעת הרא"ש ז"ל מהאי הכריח לס' הב"י דסבר דהא בהא תליא וסברת הטור היא דהוי מצרן לכל מילי ולסברת הדרישה ודעמיה דס"ל דלאו הא בהא תליא וסברת הטור היא דאינו יכול לסלק הלוקח קשה יותר דאיך הטור פליג על הרא"ש אביו אלא ודאי דאין זה הכריח וכ"נ להדייא מלשון הד"מ שכתבנו לעיל כמ"ש ואע"ג שכתבתי לעיל וכו' קחנו משם:

באופן שאין לנו הכריח לדעת דעת הרא"ש ז"ל בשדה הסמוכה למשכונה שהרי הטור מסברא דנפשיה סבר כהר"י ברצילוני ז"ל ולא גילה לנו סברת הרא"ש אביו מה היא ואם היה איזה הכרח לדעת סברתו לא היה מעלים עין מלזוכרו אלא ודאי דאין כאן הכריח כלל ולא מכרעא ס' הרא"ש ז"ל בשדה הסמוכה אי סבר לה דהוי מצרן לכל מילי או דוקא בדקדם וקנה או דאינו אלא כאיניש דעלמא וכדעת מר"ן וא"כ אנן דגרירנא בתר מר"ן ז"ל ואתכא דידיה קא סמיכנא מקבלת אבותינו ורבותינו זיע"א אין לנו לזוז מדבריו וא"כ בנ"ד פשוט וברור דלה מצי לסלקו מכולה:

אכן מחציה שממושכן בידו מקום יש בראש לצדד לכאן ולכאן דמצינו למרן בשלחנו הטהור ס' י"ג שכ' וז"ל אחד שלקח משנים שדה אחת ובא המצרן לסלקו מחציה שלקח מן הא' אינו יכול לסלקו אא"כ מסלקו מכולה או מניחו בכולה ע"כ ופשוט הוא דכ"ש אם לקח מא' דלרבוותא כ' ב' וכמ"ש הש"ך סקי"ב ובמקום אחר כתבתי דודאי דכל החצר דמיא לשדה א' שהרי מעשים בכל יום אנו דנים דינא דב"מ במכירת החצר שיש בה ב' בתים או יותר ואי אמרינן דכל בית דמיא לשדה א' א"כ הו"ל מכר כל נכסיו דלית בה דינא דב"מ אפי' אי הוי מצרן לכולהו ושם הארכתי קצת ועוד העלינו לעיל דלא מצי לסלקו מהחלק שאינו ממושכן ולפ"ז אינו יכול לסלקו אף מחלק הממושכן שהרי הלוקח יכול לעכב עליו ולומר לו לא מצית לסלקני אפי' מחציה כיון דלא מצית לסלקני מכולה ונימא דנ"ד דמי להההיא מר"ן ז"ל. אלא דיש לחלק ולומר דהא דאמרינן אינו יכול

לסלקו מחציה היינו דוקא במי שבידו לסלקו מכולה מן הדין אלא שהוא אינו רוצה לכן הלוקח יכול לעכב עליו אבל היכא דאין בידו לסלקו מכולה מן הדין אין הלוקח יכול לעכב עליו ולומר לו עד שתסלקני מכולה וכיון דלא מצית לא תסלקני אפי' מחציה דאין זה ביד המצרן ומאי הו"ל למעבד אחר שאין הדבר תלוי בידו ולמה יפסיד זכותו ושאני היכא דבידו משום דאיהו דפסיד אנפשיה כיון דבידו לסלקו מכולה:

ולכאורה יש להביא ראיה לזה מתוך דברי המט"ש בהגה"ט אות ד"ן שכ' וז"ל מדכתב מר"ן ז"ל וה"ה ללוקח מאשה וכו' הוי הדין שוה וכמו היכא דקנתה אשה לא פלוג רבנן בין קנתה אשה לבדה בין קנתה עם בעלה כמ"ש מור"ם במפה בשם הריב"ש ה"ה גבי הקונה מן האשה לא פלוג בין אם היא מוכרת לבדה בין אם מוכרת עם בעלה ע"כ ויש לתמוה דבמוכרת עם בעלה פשיטא דאינו יכול לסלק הלוקח אף מחלק שקנה מהבעל כיון דאינו יכול לסלקו מחלק שקנה מהאשה דהא אינו יכול לסלקו מחציה אא"כ מסלקו מכולה ואמאי הוצרך ללמוד דין זה מריב"ש ומור"ם ז"ל וכבר למד מקודם דברי הש"ע שהם דברי הרמב"ם ז"ל ופסקו ג"כ הטור ולא נמצא חולק ע"ז ובשלמא קנתה היא ובעלה אנו צריכין לטעמו של הריב"ש ז"ל דהלא"ה היה יכול לסלק הבעל וכמ"ש מר"ן שם באותו סעיף אבל המוכר קרקע לשנים יכול המצרן לסלק לשניהם או לסלק הא' ולהניח הא' ע"כ. ומדהוצרך ללמוד מהריב"ש ומור"ם נראה דס"ל דאין ללמוד מדברי הרמב"ם דשאני היכא דאינו יכול לסלקו מן הדין וכמ"ש:

אכן נראה דאין מזה ראיה דאפשר דהוצרך המט"ש ללמוד את דינו מהריב"ש ז"ל ומור"ם ז"ל ולא למדו ממאי דתני קודם דברי הרמב"ם והטור והש"ע ז"ל הוא משום דמדבריהם אין ללמוד כ"א במוכרת היא ובעלה שדה א' אבל היכא דמכרו שניהם ב' שדות סמוכות אינו יכול ללמוד מדבריהם וכמ"ש מור"ם ז"ל וז"ל ודוקא בשדה א' אבל ב' שדות יכול לסלקו מא' ומניח לו אחת ע"כ ולכך הוצרך ללמוד מהריב"ש ומור"ם ז"ל דמדבריהם יש ללמוד אף בדמכרו שני שדות סמוכות ולכאורה אין לנו הכריע לצד אחד:

האמנם מתורתו של הריבש ז"ל מוכח להדיא דאין מקום לחול ס' זה והילך תשובתו בסי' שס"ט בדין אשה ובעלה שקנו שניהם קרקע יחד שהדין הוא שהקרקע הקנוי בין שניהם שותפים בו וחציו קנה הבעל לעצמו וחציה קנתה היא הגוף ופירות הבעל ובחלק האשה אין בן המצר יכול לטעון וכיון שאינו יכול לסלק האשה הנה גם הבעל נקרא בן המצר לסלקו מפני חלק האשה שיש לו בו קנין פירות ולא גרע ממשכנתא ואפי' לדעת הסוברים במשכנתא בקרקע הסמוך בן המצר יכול לסלקו כיון שאין לו בזה אלא דמים אפ"ה בעל בנכסי אשתו עדיף מיניה שהרי אפי' בזכות אשתו יש גם לו זכות שהרי

כל נכסי אשתו ברשותו ובעל בנכסי אשתו לוקח ראשון הוי וא"כ הוא נקרא בן המצר וכמ"ש הרמב"ם ז"ל בפי"ג מה"ש וז"ל בעל שהיתה אשתו בן המצר הרי זה מסלק את הלוקח שכל נכסי אשתו ברשותו וכל זכות שתבא לה זכות הוא לו ואפי' קנו מיד אשתו שמחלה בזכות זה ללוקח אינו מועיל שהבעל מסלקו וכו' ואע"פ שמתחילה טרם שקנה זה הקרקע לא היה הוא בר מצרא מ"מ עתה בא לו כאחד שקנה חלקו ונעשה בן מצר מפני זכות אשתו דאיך נאמר לו הסתלק מחלקך משום ועשית הישר והטוב והנה זה החלק צריך לו ג"כ כי הוא עת בן המצר מפני חלק אשתו ע"כ ופסקו מור"ם ז"ל במפה סי' מ"ז וז"ל קנתה היא ובעלה ביחד אין יכולין לסלק אפי' הבעל ע"כ:

אתה הראת דסברי מרנן הריב"ש ומור"ם ז"ל דאע"ג דלא היה בן מצר טרם הקנין מ"מ בשעת הקנין באו לו כאחד שקנה חלקו ונעשה בן מצר לחלקו שקנה מזכות שיש לו בחלק אשתו מאותה קנייה ואין המצרן האחר שהיה בן מצר מקודם הקנין יכול לסלקו ודון מינה ואוקי באתרין לנ"ד דכיון דאינו יכול לסלקו באותו חלק שאינו ממושכן הרי עתה באו לו כאחד קנין החלק הממושכן ונעשה שותף ובן מצר מהחלק שאינו ממושכן ואין בעל המשכונה יכול לסלקו כלל דאנן קי"ל דיד הממשכן ויד השותף שוין וכל הקודם בהן זכה:

ודע דהרמב"ם והש"ע לא איירי בדאינו יכול לסלקו מכולה מן הדין דזה הוא מטעם אחר משום דנעשה בן מצר בשעת מכירה וכמ"ש הריב"ש אלא איירי בדיכול לסלקו מכולה מן הדין דלא שייך בזה הא דהריב"ש ז"ל דודאי דלא נעשה בן המצר בשעת מכירה אא"כ נחלט איזה חלק בהמכירה ההיא ביד הלוקח בשעת מכירה שאין יכול המצרן לסלקו מאותו החלק בשום אופן מן הדין דאז ודאי מכח החלק ההוא הנחלט בידו נעשה בן מצר אף בשעת קנייה לא כן היכא דבידו לסלקו מכולה דבשעת מכירה לא נחלט ביד הלוקח שום חלק כלל שהרי בידו לסלקו מכולא אלא שאחר המכירה שנודע למצרן לא רצה לסלקו אלא מחציה והשתא הוא דנעשה בן מצר וכיון דאף בשעת מכירה לא היה בן מצר מאחר דבההיא שעתא היה יכול לסלקו אין לו דין מצרן ולכך הוצרך הרמב"ם ז"ל לטעמא אחרינא דיכול לומר לו לא תסלקני מחציה אא"כ תסלקני מכולה ור"ל שאיני חפץ בחצי שדה כ"א בשדה שלימה:

וחזיתיה להמשה"א סק"ג אמ"ש מור"ם ז"ל אבל שתי שדות יכול לסלקו וכו' כ' וז"ל ומניח לו א' ונר' אף דאלו הב' שדות סמוכות אינו יכול הלוקח לומר כיון שאתה מניח לי אחת הריני מצרן כמותך כיון דבשעת מכירה לא היה מצרן וזה הוא דוקא כשקנה שניהם

כאחד אבל קנה בזו אחר זו אינו יכול לסלקו רק משדה שקנה ראשונה ולא משדה שקנה שנייה כשהן סמוכין דמחמת הראשונה הוא מצרן לשנייה כמותו ע"כ:
ואהמ"ר דבריו תמוהים דממאי דמחלק דהיכא דקנה שניהם כאחד יכול לסלקו מאיזה שירצה אבל בזה אחר זה אינו יכול לסלקו כ"א מהראשונה ולא מהשנייה דבשעת מכירה דהשנייה כבר הוא מצרן מקנין הראשונה מוכח דס"ל דאינו נעשה מצרן בשעת מכירה ולפ"ז אישתמטתיה דברי הריב"ש ז"ל ואם כונתו כמ"ש אנן בעניותין משום דבידו לסלקו א"כ אפי' בזה אחר זה מאחר דבידו לסלקו אף מן הראשונה א"כ אינו נעשה בן המצר עד אח"ך וזה אין לו דין מצרן ולדידי חזי לי פשוט דאין חילוק בין קנה שניהם כא' ובין בזה אחר זה כל שלא נודע לו אלא אחר קנין שניהם יכול לסלקו מאחד מהם שירצה:
וראיתי להסמ"ע ז"ל סקפ"ו שכ' וז"ל קנתה היא ובעלה ביחד וכו' פי' וידוע שיש לה ממון בפני עצמה שאין יכולין לסלק אותה משום הכי גם לבעלה אין יכולין לסלק כיון שבמקח אחד קנאוהו ביחד ע"כ והנה קצר במקום שהיה לו להאריך:
וחזיתיה לה' משד"ר מנימוקי מהרמ"א ח"מ דט"ו שהבי"ד הסמ"ע ודברי הריב"ש ז"ל וכ' דליתא לדברי הסמ"ע שכ' הטעם שבמקח א' קנאוהו אלא הטעם הוא כמ"ש הריב"ש ז"ל וכ' ודע לך שמטעם שכ' הסמ"ע יוצא אם לא היה הקנין בפעם אחד רק בב' פעמים כגון אם היה למוכר ב' בתים ומכר בית א' לאשה ואח"ז מכר הבית הב' לבעל ולא היה לאשה מעות שתקח הבית הב' וקנאה הבעל המצרן מוציאה מהבעל כיון שלא קנאום במקח א' וליתא דכבר כתבתי דטעם הריב"ש ז"ל אינו מטעם שבמקח א' קנאוהו רק מטעם שהבעל נקרא בן המצר מפני חלק אשתו וכל זכות שיבוא לה זכות הוא לו שיש לו קנין פירות וכיון שכן לא שנא קנו במקח א' או כמו ההמצאה שכתבתי שאחר שקנתה האשה בית א' קנה אח"כ הבעל בית שנית דין אחד להם ואין המצרן יכול להוציא מידו שכל א' מהמצרנים שקדם וקנה אין המצרן חבירו יכול להוציא מידו ע"כ:
ואהמ"ר אני תמיה שהרי כ' מר"ן ס' י"ד וז"ל בעל בנכסי אשתו יש לו דין מצרנות שאם יש להם קרקע מנכסי מלוג ובאו למכור קרקע שאצלו יכול הבעל לסלק הלוקח וכו' ע"כ והם דברי הרמב"ם ז"ל בפי"ג מה"ש וכ' ה' המגיד ז"ל זה נראה פשוט ופסקו הטור ס' כ"ז וכ' הב"י שכ"כ הנמ"י והריב"ש גופיה מדברי הרמב"ם ז"ל הללו הוכח לדינו וגם הסמ"ע עצמו שם סקכ"ג בא בנותן טעם דבעל בנכסי אשתו חשוב כלוקח ונחשב שלו וא"כ היאך נאמר דסבר לה הסמ"ע הפך כל הני רבוותא ולא נמצא חולק עליהם וגם דפליג דידיה אדידיה ועוד המשד"ר ז"ל אמאי לא דחה דבריו אלא משום דמטעמו של הריב"ש ז"ל נראה דל"ש ולא זכר ש'ר את כל דברי הפוס' הנ"ל:

והרב מוהר"ר עוזר ז"ל הבי"ד הבה"ט כ' וז"ל ולא עיין במקור הדין בהריב"ש שכ' הטעם כיון דקי"ל דא"י לסלק אשה והבעל קונה פירות בשדה אשתו א"כ נעשה הבעל מצרן בקנייה זו ע"ש הרי מבואר דדוקא ביש לבעל פירות בשדה אשתו דא"י לסלק את בעלה דנעשה מצרן בקנייה זו ע"ך דמשמע מדבריו דהסמ"ע איירי ביש לה ממון בפ"ע ואין לבעל בהם אפי' אכילת פירות ולפ"ז אין סתירה מס' הפוס' הנ"ל לדברי הסמ"ע ולפי' יש לתמוה דכיון דאיירי בשאין לבעל אכילת פירות לא היה לו למור"ם להעלים עין מלפרש דפשטא דמילתא איירי ביש לו אכילת פירות ועוד למה ליה למינקט היא ובעלה הו"ל לאשמועינן רבותא ולומר קנתה היא ובניה וכיוצא:

ולענ"ד נראה דכונת הסמ"ע היא כמ"ש הריב"ש ומ"ש כיון שבמקח א' קנאוהו ר"ל דכיון שלא היה קנין האשה אחר קנין הבעל אלא דבמקח א' קנאוהו הוי כמי שהיה קנין האשה קודם והרי נעשה ב"מ מצד אשתו וכמ"ש בס' י"ד וזה נראה פשוט בפי' דברי הסמ"ע אלא שקצר בלשונו ולא הוצרך לפרש שהטעם הוא משום שהוא ב"מ דהא מדכ' מור"ם ז"ל היא ובעלה ולא כ' היא ובניה ודאי דהטעם הוא משום שהוא ב"מ וכמ"ש בס' יד' דהבעל הוי בן המצר אך מה שהוצרך לאשמועינן הוא דאע"ג דקרקע זו של אשה שממנו נעשה הבעל בן מצר לא היה לה מקודם קנייה דידיה לזאת כ' כיון שבמקח א' קנאוהו ור"ל דאף בשעה זו מהני והוי כמו שהיה לה מקודם:

עולה מן המד'בר דאינו יכול לסלקו אפילו מחלק הממושכן דכיון דאינו יכול לסלקו מחלק שאינו ממושכן הרי נעשה בן מצר ושותף בשעת קנייה דמהני לס' הריב"ש ומור"ם ז"ל וכיון דקדם וקנה זכה ואין בעל המשכונה יכול לסלקו כלל. ותו לא מידי. וצור ישראל יצילנו משגיאה וימ"ן וקיים:

הצעיר שלמה אבן דנאן ס"ט

סימן מג

בענין מצרנות בשכירות עי' סי' קע"ה סס"א שנים ששכרו וכו' ע"ך אך דוקא אם רוצה לסלקו כדי לדור בו אבל אם אינו רוצה לדור בו אלא להשכירו לאחרים אין לו דין בן המצר דטעמא דמצרנות הוא משום ועשית הישר והטוב וזה שהוא רוצה לסלק השוכר ולהשכיר לאחרים הוא הפך הישר והטוב וזה אחד מהטעמים שכ' ר"ת שאין דין מצרנות בבתים דדוקא בשדות אף העשיר צריך הוא לשדות הרבה אבל עשיר שיש לו בית דירה לא יתכן שיסלק הלוקח מבית דירתו והוא קנה בית להשכיר לאחרים אין זה ישר וטוב וכ' הב"י דלפי טעם זה אם היה רוצה אותו המצרן לדירתו או להרחיב ביתו יש בו דין

דב"מ יעו"ש ואף דאנן לא קי"ל כר"ת וכמ"ש הב"י היינו דוקא במכירה משום דאמרינן דיש בה משום הישר והטוב כדי שיהיו קרקעותיו מצויים במקום אחד והאי טעמא לא שייך אלא במצרנות דמכירה אבל לגבי מצרנות דשכי' שרוצה לסלקו כדי להשכירו לאחר הא ודאי כמ"ש ר"ת דאין זה ישר וטוב וכן אנו נוהגים. וכ"כ מוהר"ר ר"ב בתשו' ח"ב סי' צ"ט דאין זה ישר וטוב ושכן מדוקדק מס' נ"ט לשכרו לעצמו ר"ל כאלו שלא לעצמו בלא"ה א"כ מצרנות ע"ש:

וצל"ד היכא דהשותף רוצה לסלק לשוכר ששכר חלק שותפו. בכל החצר ורוצה לדור בבית א' ולהשכיר לאחרים השאר אם יכול א"ל. וכן אם יכול לסלקו מחלק הבית ההוא שרוצה לדור בו ולהניח לו השאר ע"י שומא ששמין כמה שוה הבית ההוא וכמה שוה השאר. דהנה מצינו למר"ן הש"ע סי"ג שכ' וז"ל אחד שלקח משנים שדה אחת ובא המצרן לסלקו מחציו שלקח מן הא' אינו יכול לסלקו אלא א"כ מסלקו מכולה או מניחו בכולה ע"כ וכ' מורם במפה ודוקא בשדה א' אבל ב' שדות יכול לסלקו מא' ומניח לו א' ע"כ:

נמצינו למדים דבשדה אחת אינו יכול לסלקו מחציה בין לקח מא' ובין לקח מב' ומ"ש מר"ן משנים לרבותא כ"כ דאפ"ה אינו יכול לסלקו מחציו ובשתי שדות יכול לסלקו מא' בין לקח משנים ובין לקח מא' וכמ"ש הש"ך סקי"ב ואף דהסמ"ע סקכ"ב צדד לומר דבשני שדות דוקא כשקנאן מב' אין הטעם משום דס"ל דכשקנאן מא' א"י לסלקו מאחד אלא משום דאינו יכול לסלקו אפי' משניהם יחדו דכיון דמכר ב' שדות הו"ל כמכר כל נכסיו דלית בה דינא דב"מ אבל אי איכא דינא דב"מ יכול לסלקו מא' אף כשקנאן מא':

מעתה יש להסתפק בחצר שיש בה שני בתים או יותר אם נדון כל בית לשדה א' ויכול לסלקו מא' או דילמא דכל החצר כולה יש לה דין שדה א' ואינו יכול לסלקו מחציה:

והנלע"ד הוא דכל החצר כולה דמיא לשדה א' שהרי אנן קי"ל דגם במוכר ב' שדות אין כאן דינא דב"מ דהו"ל כמכר כל נכסיו ושכן המנהג פשוט. ומעשים בכל יום שהמצרן מסלק את הלוקח אפילו יש במקח שני בתים ואי חשבינן כל בית לשדה הרי איכא שתי שדות דלית בה דינא דב"מ:

ואין לומר דהטעם הוי משום דהוי מצרן לכולהו בתי ולכך יכול לסלקו מכולהו ולא אמרינן דבשני שדות אין בו דין מצרן אלא היכא דלא הוי מצרן לכולהו דזה יצדק לפרש"י ז"ל דס"ל שאם זה רוצה לקנות כל הנכסים או מצרן כל שדה ושדה רוצה לקנות שדה שהוא מצרן לו אית ביה דינא דב"מ ולפי' אף דאינו מצרן אלא לא' אם רוצה לקנות הכל אית ביה דינא דב"מ אבל להרא"ש ז"ל אפי' אם המצרן רוצה לקנות כל הנכסים או אי

אתו מצרני כולהו אין בו דינא דב"מ א"כ אפי' יהיה מצרן לכולהו וירצה לקנות כולם אין בו דינא דב"מ דמ"ש וזיל בתר טעמא שכ' הרא"ש ז"ל לפי שאין אדם מצוי שיקנה כל נכסיו ביחד הילכך אין לו להודיע למצרן שמא בתוך כך ימלך הלוקח ולא תקנו לעשות הישר והטוב למצרן שיהיה רע למוכר וכמ"ש כ"ז בב"י ולפי טעם זה אף אי הוי מצרן לכולהו מ"מ הרי המוכר מתירא וחושש להודיעו שמא אדבני בני ימלך הלוקח ולכך ודאי דאין בו דינא דב"מ וכ' הב"י ז"ל דטעמא דמסתבר הוא והכי נקטינן וכן פסק בש"ע סל"ו:

הן אמת כי ראיתי לה' אורח משפט ז"ל סי' קע"ה סקט"ל שכ' וז"ל מכר כל נכסיו כו' נ"ב וכן פסק רבינו המחבר בשולחנו הטהור סל"ו וז"ל מכר כל נכסיו אין בעל המצר של שדה א' מסלק את הלוקח שהרי היא והאחרת קנה כאחד עכ"ל ודקדק הט"ז דמשמע מזה דאיירי דאין לו אלא שנים כו' וכן משמע בסמ"ע סקכ"ב ומתוך זה הקשה למ"ש רב"י המחבר בב"י מחו' ל' וכ' לחלק דהתם איירי לענין קדימה וכו' יע"ש ולענ"ד לא ידעתי כוונתו דהתם איירי ששוכר הבית הוא מצרן גם לחנות כמבואר שם לא כן הכא דאין כאן מצרנות אלא לשדה אחת גם מה שדקדק מלשון הש"ע דאין לו אלא שנים או שאינו רוצה למכור אלא ב' לענ"ד ליתא כמבואר בלשון רבי' בעה"ט ורבי' בב"י שכתבו מצרני כולם וכו' יע"ש ע"ך:

ואהמ"ר כוונת הט"ז פשוטה ומבוארת וגם ה' דרכי משה בההוא עובדא הקשה כן על מר"ן ז"ל וז"ל אבל במ"ש דאם קדם א' מהם וקנאו הב' מסלקו זהו צ"ע דהא אמרינן פ' המקבל מכר כל נכסיו לאחר לית ביה משום דינא דב"מ וכ' שם הרא"ש ז"ל ואפי' אם המצרן רוצה לסלקו מכל נכסיו לית ביה משום דינא דב"מ וכבר כתבתי לעיל בשם ב"י דהכי נקטינן וא"כ ה"ה כאן שמכר ביתו וחנותו בבת אחת אין בעל מצרן לא' מהם יכול לסלק הלוקח ע"כ יע"ש:

ומה שחילק ה' ארח משפט דהתם איירי ששוכר הבית הוא מצרן גם לחנות לא כן הכא דאין כאן מצרנות אלא לשדה א' בהורמנותיה דמר קאמינא דאין חילוק זה עולה יפה דלס' הרא"ש דנקטינן כוותיה לא יש סברא לחלק בין מצרן לכולהו ובין מצרן לאחד אחר שהטעם הוא מפני שאין מצוי לקנות כל נכסיו ולכך כשיזדמן לו ללוקח מתירא לילך להודיע למצרן שמא בתוך כך ימלך הלוקח ובן אדם ויתנחם וא"כ מה הועיל אם הוא מצרן לכולהו והרי המוכר חושש אדביני ביני שיודעו ימלך הלוקח והמצרן לא ירצה לקנות א' או לא שנא ועוד דבההוא עובדא פסק מר"ן דכל א' מצרן למקום שהוא דר בו דוקא ומ"ש מר"ן בתחילת דבריו וגם שוכר הבית רוצה לקנותם שהבית הוא בתוכו

ולחנות הוא מצרן ע"ך הם דברי בע"ל הבית ולא דברי מר"ן וגם לאותם שהיו רוצים לדמותו לארעא דחד ובתי דחד וכו' אבל למר"ן מהיכא תיתי תיסק אדעתין לומר דסבר דשוכר הבית הוא מצרן גם לחנות אי מההיא דארעה דחד הרי כתב להדייא דלא דמי ואי משום שהיא אצל הבית שדר בה בשכירות הרי למעלה מזה סמוך ונראה כ' משם להקת הפוסקים כשבית שאצל בית השכי' נמכר אין שום זכות לשוכר אלא כאינש דעלמא וכ"כ ה' דרכי משה על דברי מר"ן וז"ל האריך בנתינת טעם לדבריו ודבריו נראים במה שכתב שכל א' הוא מצרן לשלו והוא קודם לחבירו הואיל והוא דר בו ואין הב' נקרא מצרן לזה כמ"ש לעיל בשם נימוקי יוסף לענין משכנתא דבית ומרתף תחתיו ואע"ג דגם על זה חולק הרא"ש והרשב"א מ"מ פסק כדברי הרמב"ם ז"ל דס"ל כדברי נמ"י וכמ"ש לעיל גבי אם מכר הקרקע שאצל המשכונה ע"ך:

גם מה שדחה דברי הט"ז מלשון רבינו בעה"ט ורבי' בב"י שכ' מצרני כולם אינו מוכרח דלשון זה יאמר גם על ב' שדות ועוד דלא איירי דוקא בשני שדות אלא בשני שדות או יותר וע"ז כ' מצרני כולם:

באופן כי דבריו תמוהים ולא זכיתי לידע כוונתו ועוד אני תמיה עליו מאחר שהעיר לבו להקשות על הט"ז איך לא הרגיש להקשות על הט"ז קושיא גדולה הנראית החוש"ה אל העיין בהשקפה ראשונה והוא במ"ש הט"ז וז"ל ואין להקשות ממ"ש ב"י סוס"י זה מחו' ל' מעשה בא לידי וז"ל הלכך אם כל א' רוצה לעמוד בשלו קונים אותו ביחד ושמין ביניהם כמה דמי הבית כמה הם דמי החנות עכ"ל שמע מינה דלא מועיל להא' שקנה הבית והחנויות להחזיק שניהם אע"פ שאין הב' מצרן אלא לא' מהם התם שני. דלא קנה עדיין שום א' מהם אלא רוצים עכשיו לקנות משא"כ אם כבר קנה הא' שניהם אין המצרן לא' מהם יכול לסלקו. כן נלע"ד ברור ע"ך. דמקשה מהמשמעות ומהדיוק ומשני דמעשה דמר"ן איירי בבאים בתחילה שניהם לקנות לכך פסק דקונים שניהם ביחד וכ"א יעמוד בשלו לא כן היכא דכבר מכר שניהם לאחד אין השני יכול ללסקו והנה לכאורה בהבטה ראשונה אמרתי דמוכרחין אנו לומר דאשתמיטתיה להט"ז דברי מר"ן בההוא עובדא תוך כדי דבור אחר סמוך ונראה וז"ל הלכך שוכר החנות קונה החנות ואין יכול שוכר הבית לעכב על ידו ואפי' קנאו שוכר הבית יוצא שוכר החנות מידו מטעם מצרן וכן אם שוכר החנות קנה הבית שוכר הבית מסלקו מטעם מצרן הלכך אם כ"א וכו' ע"ך. עין רואה דברים ככתבן דאף בדכבר מכר יוציא האחר מידו ואין לדחות ולומר דמ"ש ואפי' קנאו שוכר הבית דר"ל שקנה החנות לבדה וכן איפכא שהרי הנדון היה שהבעל

לא רצה למכור אחת לבדה אלא שניהם יחד וכמ"ש בתחילת דבריו ולכך הוצרך לומר בסוף דבריו קונים אותו ביחד ושמין בניהם:

ואולם אשכחנא לה פתרי והוא ע"פ מה שראיתי להכנה"ג בהגב"י אות קס"א שכ' משם. ה' משפט צדק ז"ל שהקשה ההיא תשובה דמחו' ל' עם ההיא דמחו' כח' דאין השוכר יכול לעכב ופסקו בקצר ס' ס"ג וז"ל השכיר ביתו לאחד ואח"כ מכרה לאחר אפי' אינו בן המצר אין השוכר יכול להוציאו מידו ע"כ. וכן הקשה הש"ך סקס"ה וכ' הכנה"ג ואשר אני אחזה לי שלא כ' ה' ז"ל במעשה שאין השוכר יכול לעכב על המוכר שלא למכור לאחר אלא דוקא כשכבר קנה האחר אבל בבא למכור אומרים למוכר שימכור למצרן כיון דאין הלוקח מוחזק טפי שייך מצרן בההוא ארעא מלוקח וכמ"ש רבי' המחבר בסוף מחודשין ל' וכ"כ מהראד"ב בס' הנז' דלא פסק כאן רבי' המחבר ז"ל כן אלא בשכבר מכר אבל אם בא למכור השוכר מעכב ולכן במעשה הבית וחנות דבאים לקנות בתחילה זוכה לשוכר החנות משום דהוי מצרן טפי ומ"ש רבינו המחבר במעשה הבית וחנות ואפי' קנאו שוכר הבית יוצא שוכר החנות מידו וכו' ענין א' הוא ואינו דומה לאחר שקדם וקנה ואינו לא מצרן ולא שוכר ולא ממשכן דהכא מירי בשמוכר המוכר החנות לבע"ה בחושבו שהוא קודם לבעל החנות מפני שהיא נסמכת על העמודים או שמכר לבעל החנות בחושבו שהוא קודם לבעל הבית אפי' שמכר כבר השוכר הקודם יוצא מידו דהא לא הקנהו המוכר קרקע זה בשלימות כדי שנאמר הלוקח הוא המוחזק אלא הקנהו אדעתא שהוא קודם ואם הדבר בהפך קנין בטעות הוא וחוזר והו"ל כאלו לא מכר וחזר הדין להיות קודם מי שיש לו קדימה מן הדין אבל בשמכר הקרקע לאחר שאינו לא מצרן ולא שוכר ולא ממשכן הא ודאי כשהקנהו המוכר ומכר הקרקע לו לא מטעם מצרן הקנהו שהרי אינו לא מצרן ולא שוכר ולא ממשכן אלא מטעם לוקח הקנו ונקנה לו שהלוקח הוא מוחזק ע"ך והנה ודאי הוא דאף לדברי הכנה"ג היכא דמכר לשוכר הבית ג"כ או לשוכר החנות וידעינן דמכר בשלימות ולא משום דבחושבו שהוא קודם דהו"ל כמכר לאחר דאינו לא שוכר ולא ממשכן ואין השוכר האחר יכול לעכב על ידו וא"כ אף אנן נמי נימא דגם הט"ז הכי מפרש להו להנהו תשו' דמר"ן כי היכי דלאו להוו פלגן בהדייהו דכיון שמכר לא' מאלו השוכרים שוכר הבית או שוכר החנות הוא מטעם דבחושבו שהוא קודם וכיון שאינו כן הו"ל קנין בטעות וחוזר והו"ל כאלו לא מכר ולכן כ' הט"ז התם שאני דלא קנה עדיין שום אחד מהם אלא רוצים עכשיו לקנות דאפי' אם כבר מכר הו"ל כאלו לא מכר משא"כ אם כבר קנה הא' שניהם ר"ל אפי' אחד מהשוכרים ומירי דידעינן דמכר בשלימות ולא משום דבחושבו דהו"ל כמכר לאחר אין המצרן לא'

מהם יכול לסלקו אלא דאכתי לא אפרק דלס' הט"ז ז"ל דבשני שדות ליכא דינא דב"מ א"כ בההוא עובדא דבית וחנות אף דמכר לא' מהשוכרים משום דבחושבו שהוא קודם ונמצא שהוא טועה בחושבו ונתבטל המקח מהאי טעמא תיפוק ליה דנתקיים המקח מאידך טעמא דשני שדות לס' הט"ז ז"ל:

ואולם לא על הט"ז לבד איכא לאקושיי אלא גם על הכנה"ג נמי אית לאקשויי שהרי כ' בהגה"ט אות ס"ה וז"ל מכר כל נכסיו וכו' נ"ב יראה מדברי רבי' ב"י ז"ל שדין זה אפי' כשאין לו אלא שני שדות והסמ"ע מגמגם בזה ע"כ הרי דסבר לה מ'ר הכנה"ג בדעת רבי' ב"י כדעת הט"ז וא"כ הדרא קושיא לדוכתה דהיאך מצינן למימר הכי בכוונת הב"י ז"ל דכיון שחל להיות טעות בחושבו הו"ל קנין בטעות וחוזר והו"ל כאלו לא מכר ותיפוק ליה שהקנין קיים וחזק מהאי טעמא דשני שדות דס"ל להב"י ז"ל לדעת הכנה"ג ז"ל דלית בה דינא דב"מ:

ומוכרחין אנו לומר שגם בהאי דינא דמכר כל נכסיו אף שכ' הרא"ש ז"ל שאין לו להודיע למצרן שמא לא ירצה המצרן וימלך הלוקח ואין מצוי אדם שיקנה כל נכסיו דמוכח מזה שאף לכתחילה יכול למכור ללוקח לאחר היינו דוקא אם לא בא מצרן לקנות מתחילה אבל אם קודם המכר בא המצרן ג"כ הא ודאי דאומרים למוכר שימכור למצרן דהוא עדיף טפי ושייך בההוא ארעא מאיש אחר וכמ"ש הכנה"ג בדין השוכר וא"כ במעשה דבית וחנות שהשוכרים המצרנים רוצים לקנות א"כ מי שיש לו קדימה מן הדין הוא הקודם לקנות ואם טעה בחושבו שזה קודם או זה קודם ומן הדין אינו כן הו"ל קנין בטעות וחוזר:

איברא דכ"ז לא יגהה מזור לאידך תירוצה דהכנה"ג אהנהו עובדי דמר"ן הב"י ז"ל וזל"ה ואפשר לומר בדרך אחרת שמ"ש רבי' המחבר במעשה דבית וחנות דאפי' קנה שוכר הבית החנות שוכר החנות מוציאה מידו לאו למסקנא דמילתא אלא כך היה סבור מעיקרא ואח"כ נתיישב בדעתו וראה שמדין תורה הלוקח הוא המוחזק ופסק דכיון דקי"ל דהלוקח הוא המוחזק על המצרן להביא ראיה ולפי הפסק הזה גם במעשה הבית וחנות אם קדם איזה משניהם וקנה הבית או החנות אין מוציאין מידו מטעם דהלוקח הוי מוחזק ולפי האמור מ"ש ר' המחבר ז"ל ולענין הדין נ"ל דכיון דקי"ל דלוקח הוי מוחזק על המצר להביא ראיה קאי גם המעשה דבית וחנות וסותר מה שפסק שם דאפי' קנה לוקח השוכר מוציאו ע"כ ולפ"ז בין למאי דסלקא דעתיה מעיקרא דהשוכר יכול לסלק הלוקח ובין למאי דאסיק דאינו יכול לסלקו תקשי ליה דתיפוק ליה דאינו יכול לסלקו מדין מוכר ב' שדות דהו"ל כמוכר כל נכסיו וכמ"ש איהו גופיה שכן נראה דעת הב"י:

ואין לומר דהכנה"ג ס"ל דבשני שדות מצוי הוא שיקנה אחד יחד וכמו שצדד הסמ"ע והיכא דיש לו שדות הרבה ומכר שנים איכא דינא דב"מ ובההוא עובדא דבית וחנות אפשר היו נכסים הרבה אבל היכא דאין לו אלא ב' ליכא דינא דב"מ משום דלא פלוג רבנן ושהכי דייק לשון הכנה"ג באות ס"ה דוק ותשכח ופליג אט"ז בצד זה דזה אינו. דאי קושטא הוא דמצוי הוא שיקנה אחד ב' שדות אלא דהט' באין לו אלא ב' שדות הוא משום דלא פלוג רבנן א"כ אפי' אין לו אלא אחת נמי אלא ודאי דאף בשני שדות הטעם הוא דאינו מצוי שיקנה אותם אחד וא"כ אין סברא לחלק בין יש לו הרבה ומכר ב' לאין לו אלא שנים:

איך שיהיה הדרן למאי דכתבינן לעיל דממכרת החצר שיש בה שני בתים או יותר ודנינן בה דינא דב"מ ואף דקי"ל דבשני שדות אף אם הוא מצרן לכולם ליכא דינא דב"מ וכמש"ל נראה שאין לדון כל בית לשדה אחת ואף דבשכירות מקום יש בראש לחלק שהרי על הרוב כל בית נשכר בפ"ע וא"כ לגבי מצרנות דשכירות יש לדון כל בית לשדה אחת מ"מ אינו מוכרח ולא יהא אלא ספק השוכר הוא מוחזק ועל המצרן להביא ראיה ואינו יכול לסלקו מאחד ולהניח לו השאר:

ועוד נראה דאף לסלקו מכולה ולדור הוא במקצת ולהשכיר השאר אינו יכול ומנא אמינא לה מההוא עובדא דבית וחנות שחלק ממנה היה נסמך על העמודים והקרקע שהעמודים תקועים היה מושכר לשוכר הבית ומזה היו רוצים לדמותו לארעא דחד ובתי דחד דמרי ארעא מעכב אמרי בתי והב"י ז"ל דחה דמיונם שגם חלק מהחנות זה היה קרקע עולם וא"כ אפי' אי הוה דמיא לארעא דחד ובתי דחד כיון שבאותו חלק הוי ארעא נמי דיליה לא מפקינן מיניה ואין לומר אמאי אזלת בתר אותו חלק אדרבא ניזל בתר החלק האחר דלא אמרי' נעביד הישר והטוב היכא דבחלק א' הוי הפך הישר והטוב ע"כ ומתורתו של רבי' ב"י נלמד לנ"ד שאף דבחלק שהוא רוצה לדור הוא ישר וטוב מאחר דבהחלק שהוא רוצה להשכיר אינו ישר וטוב וכמו שהוכחנו למעלה מסברת ר"ת ז"ל הא ודאי דאינו יכול לסלקו אחר שבחלק א' הוא הפך ישר וטוב ותל"מ:

ע"ה שלמה אבן דנאן סי"ט

סימן מד

ראובן שמעון ולוי היו להם איזה קרקעות בשותפות ביניהם ויען אשר משיתוף ההוא היו נמשכין להם מריבות וקטטות תחת אהבתם מקדם לזאת עמד ראובן ושלח לפייס לשמעון ולוי ברצי כסף שישומו הקרקעות כרצונם וירדו עמו לדינא דגוא"א ואת אשר

יבחר בו יקריב אליו ויאותו האנשים כדי להשקיט ריב ומדון שהם יוציאו הקרקע בשומא כרצונם וראובן יבחר והזוכה מהם בגוא"א על חבירו רמי חיובא להקנות לו הכל כמנהג המדינה וכתחז"ל ועשו קנס גמור שלא כדין אלף צ'ורו לחוזר באיזה פרט והכל עשו בקושח"ך כמנהג המדינה וכן היה שראובן הנז' נתן להם מאה צ'ורו והם שמו הקרקעות כרצונם ונתנו בידו הבחירה בדין גוא"א וראובן הנז' בחר לקחת לו כל הקרקעות הנז' וקנו מיד שמעון ולוי הנז' על המכירה בקש"מ ובשח"ך ככל חזוקי וקיומי סבדי"ץ ושוב נמצא שאחד מן העדים קרוב הנה כי כן שו"ל המוכרים רצו לחזור באומרם עדות שבטלה מקצתה בטלה כולה וכו' והאיש ראובן צווח ככרוכייא מה לנו ולעדים והלא לא אברו סהדי אלא לשקרי ואתם מודים לי ונדרשנו לחוות דעתינו ונומינו להם שהדין נותן שזכה ראובן במקחו ולית מאן דימחא בידיה ולהיות כי ראובן הנז' בקש ממנו לעשות משפט כתוב להיותו בידו לראית האמת הנה כי כן באנו בקצר אמיץ שהזמן גרמא. וזה החלי וה' אלד'ים יעזור לי:

הנה הטור סי' קפ"ט כ' וז"ל ולאחר שנגמר כראוי אין שום א' מהם יכול לחזור בו אפי' נעשה בפניהם לבד ולא היו עדים בדבר דלא איברו סהדי אלא לשקרי וכ"פ מרן הש"ע שם ובסי' קצ"ה ס"א וכ' מור"ם במפה וכן אם קבלו קנין לפני פסולי עדות הוי קנין הואיל ומודים זל"ז שקנו ע"כ והיינו נד"ד ממ"ש ואין לטעות ולומר דמאחר דקי"ל דסתם קנין לכתיבה עומד הו"ל כאלו התנו ע"מ שיכתבו את השטר וכיון שאין עדים אלו יכולים לכתוב את השטר נימא דיכולים לחזור וההיא דמור"ם נימא דאיירי דידעי בהו מעיקרא שהם פסולים דלאו לכתיבה עומד דלאו מילתא היא דהא כ' הש"ע סי' רמ"ג ס"ו אמר לשנים זכו בשדה זו לפ' וכתבו שטר עליו והחזיקו בשדה יכול הנותן לחזור בו בשטר עד שיגיע ליד בעל המתנה אע"פ שאינו יכול לחזור במתנה עצמה ע"כ ובס"ח כ' דין זה גם במוכר ובס"ו כ' אמר להם זכו לו בשדה זו ע"מ שתכתבו לו את השטר יכול לחזור בו שלא יכתבו לו שטר וכו' עד בטלה המתנה וכ' הסמ"ע סק"י ע"מ שתכתבו את השטר וכו' הטעם כיון דאמר ע"מ הרי תלוי המתנה בהכתיבה וזולת הכתיבה לא יחול המתנה וכיון דמהני מחאתו לענין השטר מתנת השדה התלויה בה ממילא בטל משא"כ בס' שלפני זה דשם מיירי דלא אמר ע"מ ע"כ והנה בההיא דס"ו דקי"ל דחוזר בשטר ואינו חוזר בשדה כ' הטור אע"פ שהקנה לו השדה על ידם בקנין וה"ד הסמ"ע סק"ט וכ' הב"ח זו היא דעת התוספות והרא"ש דאפי' בקנין יכול לחזור בו אבל הרשב"א פסק כיון דסוף קנין לכתיבה עומד כותבין בע"כ ואין הפרש בין שטר מכר למתנה ובין שטר מלוה וחיוב ושכן דעת הגאונים ובעה"ע והרמב"ן ז"ל ע"כ וכבר הביא פלוגתא זו מר"ן

בש"ע סי' ט"ל ס"ד יעו"ש ובב"י וע"כ לא פליגי אלא אי אמרינן הא דסתם קנין לכתיבה עומד היינו אפ' בע"כ או ה"מ סתמא והיכא דמחי לא כתבינן בע"ך אבל לכ"ע לא אמרינן דמאחר דסתם קנין לכתיבה עומד הו"ל כאלו התנו ע"מ שיכתבו וכן מבואר ג"כ מההיא דכ' מור"ם שם ס"ו וה"ה בשנים שעשו קנין וכו' ואמרו ע"מ שיכתבו השטרות וכו' וכ' הסמ"ע סקי"ג ע"ש דוקא באומר על מנת שתלה הקנין בשידוכין וכו' אבל בלא אמר ע"מ לא וכו' יעו"ש מעתה בנ"ד אף דסתם קנין לכתיבה עומד ונימא דמהימנן להו דלא ידעי ביהו מעיקרא דחד מנייהו קרוב לא הו"ל כאלו התנה המוכר ע"מ שיכתבו את השטר ואף דליכא כתיבה המקח קיים ואין המוכרים יכולים לחזור דאין כתיבת השטר והקנין תלויין זה בזה ודוקא באומר ע"מ שתלאן זה בזה הוא דאמרינן חוזר בשטר וחוזר בשדה ודברי מור"ם דסי' קצ"ה א"ש כפשטן דבכל גוונא איירי אף דלא ידעי ביהו מעיקרא וכן מוכח מהסמ"ע סי' רמ"א שעמ"ש רמ"א ש"ב וז"ל כ"מ דמחילה אינה צריכה קנין אי הקנה לו לפני עדים פסולים אפ"ה מחילתו מחילה ע"כ כ' הסמ"ע סק"ח גם שצריך קנין הוא דינא הכי כל שאין מכחישין זא"ז וכן הוא בתשו' הרא"ש כתבו הד"מ ומור"ם בהגהות ש"ע ר"ס קצ"ה אלא לרבותא כ' א"צ קנין דלא תימא כיון דא"צ קנין כלל והוא בא להקנותו הרי גילה דעתו דלא בעי להקנות לו אלא בקנין אלימתא וה"מ דדעתו היא דלא יהיה קנין כ"א בעדים כשרים קמ"ל ע"כ מדכ' דדעתו היא וכו' אלמא איירי בדלא ידעי ביהו ואפ"ה כ' דגם בצריך קנין הוא דינא הכי כמ"ש מור"ם רי"ס קצ"ה אלא לרבותא כ' א"צ קנין אלמא מפרש דברי מור"ם דסי' קצ"ה דאיירי בדלא ידעי ביהו ועוד אי מור"ם איירי בדידעי ביהו אבל אי לא ידעי ביהו לא הוה קנין למה הוצרך הסמ"ע לדחוק ולתרץ דלרבותא כ' אצ"ק והלא אין כאן קושיא דאף לפי דבריו ההיא דסי' רמ"א איירי בדלא ידעי ביהו א"כ לכך נקיט מור"ם מילתיה באינה צריכה קנין משום דבצריך קנין אי לא ידעי ביהו לא הוא קנין א"ו כמ"ש וכ"ז פשוט הוא:

ולענין אם הלוקח רוצה לחזור אחר שאין כאן כתיבה עי' סי' ט"ל ס"ד וסי' רמ"ג ס"ח ולנ"ד דביטול כתיבת השטר הוא מחמת דנמצא א' מהעדים קרוב דהוי ביטול התנאי מחמת אונס עי' ה' חק"ל חיו"ד סי' פ"א במי שהתנה להביא לו שטר מכירה מאשתו ולא אפייסה יעו"ש ובדף נ"ד ע"ב שכ' עי' בת' הרש"ך ח"א סי' נ' ובתשו' הר"מ אלשיך סי' ל' דמהם תורה יוצאת דאף כי ביטל התנאי ע"י אונס בטל המכר וה' תלאה בפלוגתא דירושלמי שהביא הר"ן בפ"ג דקידושין ואין להאריך בזה כי הלוקח רוצה במקחו:

ולענין ק"ס אי מהני באתרא דכתבי שטרא הוי פלוגתא דרבוותא ועי' כנה"ג סי' קצ"ה בהגהב"י אות מי"ם ובמט"ש שם אות כ"ז והפ"ת סי' ק"ץ סק"א וה' משה"ר מע' קו"פ אות

נ"ב כ' דבי דינא אשר חלקם בחיים ואשר חיים עדנה לא שוו בדעותיהן פלג מורים כן ופלג מורים כן ונעשית תורה כשתי תורות והבע"ד גופייהו מגרו תגרא ואתו לאנצויי וכ"א אומר לב"ד פ' קאזילנא כי היכי דלשתמען מלוהי ובאר ה' שם דעת האומרים דהמקח קיים [דס"ל שכן היא דעת מר"ן בש"ע סי' קצ"ב פסק דחזקה גרידא מהניא ואינהו בתריה דמר"ן גרירי] ובש' תצמיח הסכימו הסכמה גמורה שב"ד להיות דנים דהמקח קיים ועי' מע' מ"ם אות ק"ה ואין ולא ורפיא בידיהו לדעת סברת מר"ן מה היא ואף דאיכא מרבוותא דידהו דדעתם שכן היא דעת מר"ן אין ראיתם חזקה שהם למדו מדין החזקה שהרי במע' ק' כ' ואע"ג דמוהריב"ל כ' בשם הריטב"א דלא מהני ומצי למהדר ע"ש אי מיהא לא אריא דהריטב"א ס"ל דבחזקה נמי לא מהני אלא דכתיב שטרא ומר"ן בש"ע סי' קצ"ב פסק דחזקה גרידא מהניא ואנן בתר דמר"ן גרירנא ע"ך וכבר הביא ראיה זו הפת סי' ק"צ סק"א וז"ל ולכאורה גם לדעת הטור והרמ"א לקמן סוס"י קצ"ב מבואר דס"ל דמהני קנין סודר אף באתרא דכתבי וכו' שהרי לענין חזקה פסקו שם דמהני וא"כ כ"ש לענין ק"ס דהא דעת הרמב"ן גבי חזקה דלא מהני באתרא דכתבי ובק"ס ס"ל דמהני אלמא דק"ס טפי עדיף ולפ"ז מאחר דהטור והרמ"א פסקו דחזקה מהני כ"ש בק"ס ושוב דחה דאדרבא נראה יותר שדעתם איפכא מדלא כתבו דין זה רק גבי חזקה בסי' קצ"ב מדברי הרא"ש שכ' הטעם דאלים קנין חזקה דעשה מעשה בגוף הדבר וכ"כ בסמ"ע שם ולפ"ז בק"ס שאינו עושה מעשה בגוף הקרקע לא קנה בלא שטר באתרי דכתבי יעו"ש והא דייחס הפ"ת האי דינא דחזקה גרידתא מהניא באתרא דכתבי להטור ורמ"א דוקא ולא למר"ן הש"ע עיניך רואות שה' משה"ר כ' להדייא שכן היא דעת מר"ן בש"ע ואשתמיטתיה להפ"ת דברי ה' החביי"ב ז"ל בת' חח"מ ח"ב סי' מ"ח שכ' דמר"ן בס' בד"ה ובס' הקצר הסכימה דעתו כדעת רשב"ם דחזקה לחודה מהניא אפי' באתרא דכתבי שטרא ועוד כ' והגיה בס' המפה אפי' במקום דכתבי שטרא והוא פשוט בדברי ה' ז"ל במ"ש חזקה לחודה בלא כסף ובלא שטר קניא וכו' ובודאי דבאתרא דכתבי שטרא הוא דאי באתרא דלא כתבי שטרא פשיטא דחזקה קניא ע"כ וכ"כ בכנה"ג סי' קצ"ה הגב"י אות מ"ה איך שיהיה אין ראיה זו דחזקה מכרעת לדעת דעת מר"ן בק"ס וכמ"ש ואחד הרואה ולבבו יבין דהנהו רבוותא דייני דידהו והוו דייני דהמקח קיים לאו משום דפשיטא שכן היא דעת מר"ן אלא משום דס"ל דלא מצי למימר קי"ל שהרי הכנה"ג כ' שתמהו על מהרא"ש שכ' שהמוחזק מ"ל קי"ל באופן דכולהו דייני דידהו לא פשיטא להו דעת מר"ן בק"ס ולכך הוו פלג מורים כן. ופלג מורים כן. עד שעשו הסכמה והכנה"ג שם אסיק וז"ל ומ"מ מהר"א ששון הסכים דכיון דאיכא פלוגתא דרבוותא המוצא מחבירו עליו הראיה

וכן העלה בתשו' ח"מ ח"ב סי' מ"ח וכן העלה המט"ש ז"ל וא"כ לדידן דאתרא דכתבי שטרא אנן ודעת מר"ן דגרירנא אבתריה לא מכרעה דראית החזקה אינה מוכרחת ובמאי דכתיבנא אף דדעת רובא דרבוותא דמהני ק"ס אף באתרא דכתבי יכול המוחזק לומר קי"ל כדעת הריטב"א וכדעת ה' שהובא ברשד"ם חא"ה סי' קס"ד דס"ל דלא מהני וכמ"ש מוהרא"ש והכנה"ג בתשובה והמט"ש ולפ"ז יכולים המוכרים לחזור וכ"ת דמוכר אינו יכול לחזור דמידי הוא טעמא דמ"ד ק"ס באתרא דכתבי שטרא לא מהני היינו משום דלא סמכה דעתיה כל עוד שלא נכתב השטר וא"כ לוקח הוא דיכול לחזור דלא סמכה דעתיה אבל מוכר אינו יכול לחזור דלדידיה אין כאן טענה כבר רבינו הכנה"ג בתשו' חח"מ סי' קל"ו. נסתפק בזה וזו הלכה העלה דשניהם יכולים לחזור מהא דאמרינן בפ"ק דקידושין לא שאנו אלא במקום שאין כותבין שטר אבל במקום שכותבין שטר לא קנה ואי פריש פריש כי הא דרב אידי בר אבין כי זבין ארעא אמר אי בעינא בכספא איקני ואי בעינא בשטרא איקני אי בעינא בכספא איקני דאי בעיתו למהדר לא מציתו הדירתו אי בעינא בשטרא איקני דאי בעינא למהדר הדרנא ביה ע"כ מוכח דשניהם יכולים לחזור בהם דאי כשקנה בכסף לא מצי מוכר הדר למה לי פריש אי בעינא בכספא איקני בלא פריש נמי אם הלוקח אינו חוזר בו אין המוכר יכול לחזור אלא ודאי בכל החלוקות בין לוקח בין מוכר יכולים לחזור בהם ע"כ ועי' כנה"ג סי' קצ"א הגב"י אות א' ומט"ש סי' ק"ץ הגה"ט אות ב' דראיה זו נכונה ושכ"כ ה' בני אברהם בפשיטות בשם הפוסקים ושכ"כ רשב"ם בפ' חזקת יעו"ש ועי' ה' ישרי לב אות חי"ת סעיף ל"א והפ"ת סימן ק"ן סק"ה:

אלא דכ"ז לא יגהה מזור לדידן דאתכא דמר"ן קסמכינא ואנהירינהו לעיינין ה' החביב בתשו' חח"מ ח"ב סי' מ"ח בראיה מכרעת ומוכרחת דלית נגר ובר נגר דיפריקינה דדעת מר"ן בב"י דק"ס מהני אף באתרא דכתבי שהרי פסק בב"י סי' קצ"ה כמ"ד דק"ס מהני בלא נתינת דמים ומהרימ"ט ח"מ סי' ס"ה הסכים דק"ס לחודיה מהני אפי' באתרא דכתבי שטרא ובק"ס בלא דמים כ' דלא מהני וא"כ הרב שפסק בב"י כמ"ד דק"ס מהני בלא נתינת דמים כ"ש או לפחות דגם ק"ס באתרא דכתבי שטרא מהני יעו"ש שכ"כ בפשוט וה' משה"ר וכולהו רבוותא דייני מתא לא שלטו מאורי אור עיני קדשם בתשו' הכנה"ג הנ"ז ועוד דכמה זמני באתרא דידן אשתהויי קא משתהי שטרא בלא כתיבה עדן ועדנין ולא ראינו ולא שמענו מי שחושש על כתיבת השטר מחשש שמא יחזור המוכר ופעמים רבות אחר המכר קפצי עליו זביני ואייקור קרקע בעוד שלא נכתב השטר ועוף לא צווח צפור לא צפצף ולפעמים בא המצרן ומסלק ללוקח והמוכר אינו חפץ במצרן ומבקש עילה לחזור כאשר היה במעשה שהיה מקרוב ולא עלתה בידו וסוגיין דעלמא

במתא דידן הכי אזלא והיינו טעמא דודאי רבותינו הא' זיע"א סברי מרנן שכן היא דעת מר"ן או שלטו מאורי אור עיני קדשם בתשו' ה' החביב או בתשו' מהרימ"ט דסי' ס"ח הנז' ולרוב מציאות הדבר דור אחר דור נעשה כביעתא בכותחא בעיני כל אדם. מעתה אחר דסוגיין הכי אזלא וזכינו לתשו' הכנה"ג שכ' בפשוט בראיה שאין עליה תשו' שכן היא דעת מר"ן הדין נותן דזכה הלוקח במקחו ואין המוכרים יכולים לחזור:

וחזיתיה לה' משה"ר במע' מ"ם אות ק"ה הנז' שעל מה שטען הלוקח שעיקר הקנייה היא לחמותו ועדי הקניה לא הלכו בשליחות דידה כי היכא דלקנו הסודר דמוכר ואע"ג דלכי שמעה נתרצית הא מיהא בהאי שעתא הדר סודרא למאריה הביא פלוגתא דרבוותא דפליגי בק"ס אי מהני שלא בפני הקונה שהביא הטור סי' קצ"ה ומר"ן פסק בס' ג' דמהני אלא דמור"ם הגיה ע"ז מדברי מהרי"ו דדוקא במתנה דמסתמא ניחא ליה אבל במקח דאפשר דלא ניחא ליה שניהם חוזרים ע"כ וזו הלכה העלה דאנן דאזלינן בתריה דמרן דפסיק ותני דק"ס מהני שלא בפני הקונה אף במכר טענה זו בטילה היא. ושוב שדי נרגא בההיא זבינא משום דלא כ' שטרא באתרא דכתבי והביא פלוגתא בזה ואסיק וז"ל וכיון דפלוגתא דרבוותא היא והלוקח אכתי מוחזק במעותיו מאן ספין ומאן רקיע לאפוקי ממונא מניה ורמי ליה מן ידיה קושטא קאי דבשנת תצמי"ח נתועדו שב"ד שבעיר וגמרו להורות מהיום ההוא והלאה לגמור המקח עי' ק"ס לחוד כדברירנא התם הא מיהא בנ"ד דאיכא ריעותא בעיקר הק"ס דלדעת מהרי"ו כל שלא בפני הקונה לא מהני כמש"ל אהני הך ספיקא דדינא היכא דאכתי לא נכתב השטר ע"כ ע"ש אשר מזה הוגד אלי ושמעתי שיש מי שרצה ללמוד לנ"ד ג"כ שלא היה הקנין בפני הקונה וגם לא נכתב השטר דיכולים המוכרים לחזור וכמ"ש המשה"ר דבצירוף סברת מהרי"ו עם ס' האומר דק"ס באתרא דכתבי לא מהני מצי למהדר. ואני אומר ישתקע הדבר ולא יאמר ומי שם פה לאדם לומר דבהצטרף שני פסקי מר"ן במקח או במתנה דיכולים לחזור חלילה ועי' לה' אורח משפט סי' כ"ה אות יו"ד ואלו אמרה מאן דהו לא צייתנא ליה משום דהוי כפוגם ח"ו בכבודו של מר"ן וע"כ לא קאמר המשה"ר הכי אלא לדידהו דלא שלטו מאורי אור עיני קדשם בדברי תשו' הכנה"ג הנז' ולא מכרעא ליהו מילתא בדעת מר"ן וההלכה היתה רופפת בידם עד שנעשית כשתי תורות ורבים לוחמים אלו מורים כן. ואלו מורים כן. ומכח ההסכמה הוא דגמרו להורות דמהני ק"ס לכך כ' דבצירוף דאיכא ריעותא בעיקר הק"ס דלדעת מהרי"ו לא מהני אין מורין כאותה הסכמה דהבו דלא להוסיף עלה ודוק בדבריו במערכה זו ובמע' ק' הנ"ל ותמצא דהכי דייקי דבריו. ואולם לדידן דאנהירינהו לעיינין ה' החבי"ב ז"ל דדעת מר"ן בב"י שקבלנו הוראותיו דס"ל דמהני ק"ס אף באתרא

דכתבי וגם בסי' קצ"ה פסק דלא כמהרי"ו דמהני ק"ס אפי' במקח שלא בפני הקונה דודאי אין יכולין לחזור:

ועוד בנ"ד אף מהרי"ו יודה שהרי כ' הסמ"ע סי' קצ"ה סקי"א על דברי מהרי"ו ונראה דלמה שנוהגין שהקונה שולח עדים להמקנה לקנות על ידם ליכא למיחש שמא הדר בו בנתיים כיון דבשליחותו אזלי ע"כ והבי"ד הכנה"ג סקי"א בהגה"ט בלי חולק והמט"ש סק"ו ובנ"ד ג"כ הקונה שלח העדים להמוכרים להקנות על ידם ובפי' אתמר דלא ניחא ליה להראות עמהם פנים בפנים מחמת המחלוקת שיש ביניהם ואמר להם לשאול לא' מבדי"ק אם לא יש קפידא בזה וכן היה והשיבוהו דליכא קפידא וע"כ שלח להקנות על ידם ושאני ההיא דה' משה"ר דעידי הקניה לא הלכו בשליחות דידה וכמש"ל:

אחרי כן ראיתי עוד לה' משה"ר מע' קו"ף אות מ"ח שכ' וזל"ה ראובן נשתדך עם בת שמעון וקראו לסופר מתא ועמדו ב' הצדדים בסך המוהר וכו' וקבלו ק"ס ע"ז וכ' הסופר בפנקסו ראשי פרקים כמנהג. ועד שלא כ' השטר עמד א' מהצדדים ומיחא בסופר שלא לכתוב השטר יען שב מידיעתו מהשידוך. זה היה מעשה ודן ה' חק נתן ז"ל והסכים עמו מוהרש"א ז"ל דפטיר מהקנס דכל שקראו לסופר מתא לכתוב ענין השידוכין הו"ל כמפרש שע"מ לכתוב השטרות וקרא הסופר וכבר נתבאר בתשו' הרא"ש ז"ל ופסקו מור"ם אה"ע סי' ן' דבאומר ע"מ שתכתוב השטר יכול לחזור בו ולמחות ועי' לה' ב"ש אה"ע סקט"ו עכ"ל בקי' ולפ"ז בנ"ד דהעדים היו סופרי מתא הוי כמפרש ע"מ לכתוב:

אלא דיש לתמוה במ"ש דקריאת סופר מתא הוי כמפרש ע"מ והא בתשו' הרא"ש כלל ל"ד סי' ג' כ' וז"ל ירא‌ה לי כיון שהקנין היה ע"מ שיכתבו וכו' בתנאי המפורש וכו' יעו"ש אלמא בעי שיהיה התנאי מפורש ועוד נראה דלא עדיף קריאת הסופר מהאומר זכו בשדה זו לפ' וכתבו שטר עליו דקי"ל דחוזר בשטר ואינו חוזר בשדה כמ"ש סי' רמ"ג וכ' הסמ"ע שם סק"ט ואע"פ שהקנה לו השדה ע"י קנין וקי"ל דסקל"ע וכו' ובתשו' הרא"ש כ' הטעם דיכול לחזור בכתיבה או בנתינת השטר אף דהקנין היה גם על השטר משום דהוה קנין דברים ע"ש וא"כ לא עדיפא קריאת הסופר מתא גרידתא מההיא שהרי דמלבד דסקל"ע נוסף עוד דקנו מניה גם על כתיבת השטר ואפ"ה לא חשבינן כמפרש ע"מ:

אכן כד דייקינן פורתא נראה דלק"מ דעמ"ש מור"ם ז"ל תשו' הרא"ש באה"ע סי' נ' כ' הט"ז סקי"ב וזל"ה זהו תשו' הרא"ש וכו' משמע דצריך שיהיה מפורש התנאי הזה דוקא וכמ"ש אח"ך בתנאי מפורש ממילא אם לא פרשו כן אינה יכולה למחות שזכה החתן מצד הקנין נ"ל דהתם לא היה המנהג לכתוב התנאים כמו שהוא בזמן הזה אלא עיקר הקישור היא מה שנעשה בפני עדים וכשיכתוב שטרות ותו לא משא"כ בזמנים אלו שכל

הקישור השידוך בכתיבת התנאים ממילא כל שעשו קנין תחילה בפני עדים וכ' ראשי פרקים כנהוג א"כ אף לא אמרו ע"מ שיכתבו תנאים אח"ך כאומר בפי' ע"מ שיכתבו וא"כ יכולים כ"א לחזור ולמחות בכתיבת התנאים שלא יכתבו כלל וכו'. ואחר כתיבת התנאים בקיבוץ כנהוג וכותבים שם בקיצור ונותנים לסופר להעתיק בכל הנוסח השייך לתנאים אין א' מהם יכול לחזור ולומר שלא יכתוב הסופר בכבר נגמר כל הכתיבה ע"כ ע"ש:

המובן מדבריו דבזמן הרא"ש ז"ל לא היו כותבין התנאים בשידוכין אלא היו עושין קנין השידוכין בעדים ושיכתבו שטרי קנסות ותו לא. ולכך כשלא אמר ע"מ בפי' אינם יכולים לחזור בשידוכין דכבר נגמר משעת הקנין לא כן בזמנם שחזרו לכתוב התנאים דאז לא סמכה דעתם לגמור קשר השידוך כ"א בכתיבת התנאים ואף שקבלו ק"ס לפני עדים וכתבו ראשי פרקים שהיא הזכירה שכותבין העדים לזכרון העדות אכתי סמכה דעתייהו עד שהיו כותבין אח"ך התנאים בקיצור ואז נגמר קשר השידוך וק"ס שעשו אינו אלא תחלת קנין דגמר הקנין הוא כתיבת התנאים ואחר כתיבת התנאים היו הולכים לסופר מתא שיכתוב להם לשון השייך לתנאים וחותמים העדים שהיו בשעת הקנין כי כן היה בימיהם שני עדים הנמצאים לפניהם עושים להם קנין וכותבין זכירה כדי שלא ישכחו הדברים והולכין אל הסופר לכתוב להם שטר ע"פ דבריהם והעדים ההם חותמין ועי' בזה בתשו' הרא"ש כלל ס"ח סי' ה' הביאה הטח"מ סי' ס"א ס"ג ובריב"ש סי' ר"י ותמצא כמ"ש באופן דהט"ז סבר דכיון דלא סמכה דעתייהו עד כתיבת התנאים א"כ אף דקנו בק"ס וכתבו ראשי פרקים הוי כמפרש ע"מ שיכתבו תנאים אך אחר כתיבת התנאים שוב אינם יכולים לחזור משום בושת דכבר נגמר השידוך אף דאכתי לא כתב הסופר וא"כ כאשר יהיה האופן דבמקום עדים הביאו מעיקרא סופר מתא דאז א"צ לכתוב התנאים בקיצור ואח"ך לכתוב לשון השייך לתנאים שלא להרבות טורח הכתיבה אלא כותב התנאים בתוך השטר בבת אחת וא"כ כ"ז שלא נכתב השטר דהיינו נמי כתיבת התנאים יכולים לחזור לסברת הט"ז ובזה אתו שפיר דברי המשה"ר שכ' דכל שקראו לסופר מתא לכתוב ענין השידוכין הו"ל כמפרש ע"מ לכתוב להם השטרות דהיינו כתיבת התנאים שבתוך השטרות וכסברת הט"ז ז"ל והיינו דציין המשה"ר לה' ב"ש סקט"ו כי שם הביא הב"ש דברי הט"ז באופן דאין ללמוד מדבריהם לנדון אחר כי שם דוקא נאמרו דבריהם מטעם המנהג שאינו נגמר קשר השידוך כ"א בכתיבת התנאים וכמ"ש ובעיקר דברי הט"ז עי' לה' ב"ש שם שמתחילה הביא דברי הסמ"ע ז"ל ואח"ך כ' ובט"ז כ' וכו' ומדלא כ' וכ' בט"ז וכ' ובט"ז כ' משמע דס"ל דפליגי ולפ"ז נוכל לומר דגם ה' ח"מ סקי"ד פליג

אט"ז וגם מסתמיות דברי מור"ם ז"ל משמע דלא ס"ל הכי אם לא שנאמר דגם בזמן מור"ם לא היו כותבין התנאים והט"ז לא גילה לנו אם הוא חולק על מור"ם א"ל שהרי לא כ' האי חלוקה כ"א על דברי הרא"ש ז"ל שהיה רחוק ממנו הרבה בזמן והב"ח בתשו' ס"י נראה דפליג להדייא על הט"ז שכ' וז"ל בחור ואבי הכלה עשו שידוכין ואבי הכלה פסק לו כו"ך והבחור היה עני והרב שבעיר ושאר חשובי העיר היו מקובצים וכו' כ' ראשי פרקים וב' הצדדים תבעו מהסופר שיכתבו התנאים והסופר נתעצל ויהי כמשלש חדשים בא הבחור ומיחא בהסופר ובעדים שלא יכתבו השטרות ולא יחתמום כי התחרט על השידוך ואבי הכלה שואל שיכתבו בע"כ וע"ז הביא ה' ההיא דשני שטרות וכו' ותשו' הרא"ש ז"ל דכלל לד' דכיון דקאמרי ע"מ ושכן פסק בהגה ס' ן' ומשמע לכאורה דבנ"ד דלא קאמרי ע"מ יכול כ"א לחזור בשטר וכו' ובסוף התשו' כ' והשתא זכינו לדין דמאחר דלא מצי החתן לבטל הקנין והקנס כיון דלא אמרו בשעת הקנין ע"מ שיכתבו השטרות ויתנו לכל צד וצד אלא סתמא הקנה בקנס כו"ך והקנין קיים וחזק וכו' ע"כ יעו"ש הרי מבואר דאף דעשו קנין וכ' ראשי פרקים ומיחו בכתיבת התנאים דלא הו"ל כאומר ע"מ והקנין קיים ואנו אין לנו אלא כפשט דברי מור"ם וכפי' הסמ"ע דמשעת הקנין נגמר השידוך אם לא במפרש ע"מ:

עולה מן המד'בר מכל הני מילי מעלייתא דכתיבנא דזכה הלוקח במקחו סמוך לבו לא ירא והמערער אחריו הבל יפצה ולראית האמו"ץ ח"פ. פאס יע"א וצוויי"מ וימ"ן:

ע"ה שלמה אבן דנאן יצ"ו

סימן מה

נדרשתי לחוות דעתי. בראובן שציוה לפני מותו שלא יטלו בנותיו מנכסיו כ"א מאתים צ'ורוס לכל אחת. אי מיקרי עוקר נחלה כיון דמדרבנן מתק' המגורשים מיהא הוי יורשת ולא מצי וכמ"ש בסי' רפ"א. או דילמא כיון שאינה יורשת אלא מדרבנן לא מקרי עוקר נחלה ול"ד להההיא דסי' רפ"א. דהתם איירי בנחלה דאורייתא. גם נדרשתי לחוות דעתי בענין התוכחת שעד א' מעיד שהיתה תוכחת מא' מבדי"צ. וע"א אומר שלא נשאר בזכרונו. אם יש בזה פקפוק. או לא:

תשובה. הנה בבת בין הבנים. מדינא דש"ס יש לה עישור נכסי. ואינו תנאי כתובה אלא תקנה שתקנו חכמים. כמ"ש בטוש"ע אה"ע סי' קי"ג יעו"ש. ואבותינו ורבותינו המגורשים הוסיפו עוד לתקן שתירש כ"א מן הבנים. ולכאורא איכא למימר דנכללה

תקנתם במאי דאנן קיימין למיכתב בכתובה והכל כפי המנהג והתקנה שנהגו ושתקנו וכו' שעמ"ך נכנסה הנדונייא וכו'. וא"כ ירושת הבת לדידן הוי תנאי כתובה:

ולפ"ז מ"ש מר"ן שם ס"י וז"ל מי שציוה בשעת מיתה אל תפרנסו לבנותי פרנסת נדונייא מנכסי שומעין לו. ע"כ. היינו לדידהו דלא הוי תנאי כתובה. אלא תקנה שתק' חכמים שאינו חוב עליו כתנאי כתובה. אלא חוב על היתומים היכא שלא ציוה האב שלא לפרנסם. כמ"ש רש"י ז"ל בפ' מציאת האשה ד' ס"ח. ועי' בטוש"ע שם. אבל לדידן דהוי תנאי כתובה אין שומעין לו. דהוי כאומר אל יזונו בנותי דאין שומעין לו. כמ"ש מר"ן סי' קי"ב ס"י וז"ל מי שציוה בשעת מיתתו אל יזונו בנותי מנכסי אין שומעין לו. ע"כ. והט' משום דמזונות תנאי כתובה כמ"ש בס"א. ולכך אין שומעין לו דהא אשתעבד בתנאי כתובה.

וע"פ הנחה זו. יש להקשות על מ"ש מוהר"ר ר"ב ז"ל במשפטים ישרים הנד"מ ח"ב סי' קצ"ד וז"ל. ראובן הניח נכסים רבים והיתה לו בת בין הבנים וצוה שתזון הבת ותתפרנס בכבוד ותסתלק מכל נכסיו. אם מועיל. א"ל. תשובה. הנה באומר לבן בין הבנים יטול כו"כ ויסתלק לא אמר כלום שמתנה עמ"ש בתורה וכמ"ש בסי' רפ"א ס"א. אך הבת שאינה יורשת מן התורה אלא מן התקנה. י"ל דמהני מה שאמר. וכן י"ל דלא מהני כיון שמן התק' היא יורשת כזכר דינה כזכר ולא מהני עקירת הירושה בלשון לאו. והיותר נראה כיון שאינה יורשת אלא מן התק' מועיל דבריו. ואע"ג דקי"ל דהאומר אל יזונו בנותיו מנכסיו אין שומעין לו. היינו במזונות הבנות שהם מתנאי כתובה. אבל בפרנסת הנדונייא איתא בס"ס קי"ג האומר אל יתפרנסו בנותיו מנכסיו שומעין לו ע"ש. והחלוקה שתקנו חכמי התק' היא במקום פרנסת הנדונייא. ולכך נראה דאם צוה שלא יטלו חלוקה כלל שומעין לו בלשון עקירה. וכ"ש כיון שנתן לה נדונייא מרובה וסילקה מכל הנכסים שומעין לו. ע"כ. וכן אנו דנים והולכים כמ"ש הרב הנז' ז"ל:

ולמאי דכתבינן דירושת הבת נכללה בההוא תנאי דכתבין בכתו' דידן שעמ"ך נכנסה וכו' א"כ לדידן הוי תנאי ואין שומעין לו כאומר אל יזונו דאין שומעין לו משום דהוי תנאי. וא"כ לא דמיא להיא דפרנסה דקי"ל דשומעין לו. דשאני התם דלא הוי תנאי אלא תקנה שתקנו חז"ל וכמש"ל:

ואולם קושטא קאי דלא נכנסה ירושת הבת במאי דכתבינן שעמ"ך וכו'. שהרי מבואר בסה"ק סהת"ק מ"ש שס"ג ובמודפ' סי' מ"ג שבאותה תקנה תקנו לכתוב תנאי זה שעמ"כ וכו' ומבואר שם הטעם משום שהרבה נשים הפירו ברית האחוה והקורבה שיש להם עם יורשיהם וקרוביהם בעשות ידיהן תושיה למחול ולבטל הכתובה ההיא לבעל ולחדש

אחרת כדי להפקיע יורשיה ממה שראוי להם מכח הכתובה וכו' לכן לבל תעשינה ידיהם תושיה ראינו לתקן מכאן ולהבא שכל מעניק נדונייא מנכסיו לביתו או לקרובתו או לשום בת ישראל בתנאי שיזכה בירושתה וכו' צריך לכתוב בכתובה שעמ"ך וכו'. ע"ש שלא נזכר באותה תקנה ירושת הבת כלל. וגם משמעות לשון התנאי הכי מוכח דאינו אלא תנאי לטובת המעניקים שיזכו בירושה. ודברי מוהר"ר ר"ב ז"ל הנז' והמנהג יוכיחו שלא נכנסה ירושת הבת בההוא תנאי כלל. ואינה אלא תקנה:

ועדיפא מינה מצאנו להרב תקפו של יוסף ח"ב סי' ז' שכתב משם מוהר"ר ר"ב ז"ל ובית דינו ז"ל וז"ל דכיון דעישור נכסי דפרנסת הבת אינו מתנאי כתובה ואינו תלוי בכתובה בעת הנישואין אלא מתק' חכמים שתקנו לפרנס הבנות לאח"מ והוא חוב על האחין וכמ"ש באה"ע קי"ג שמתחייבים במיתת אביהם וכיון שאינו תלוי בכתובה אין חילוק בין שהיתה כתובת אמם כדת או אם היתה כתובה כתק' חכמי קאשטילייא שחולקת עם הבנים. שהכל תלוי במקום המיתה של הבעל שאפי' היתה כתובת אשתו שהוליד ממנה הבנות. כדין תורה. אם מת במקום התק' חלה עליו התק' שתקנו חכמי התק' לירש הבת בין הבנים במקום עישור נכסי אע"פ שכתו' אשתו כדת כיון שאין תלוי דין הפרנסה בכתובה וכמ"ש בסי' קי"ג ע"כ:

ומאחר דתקנת ירושת הבת אינה תלויה בכתו' קאשטילייא אלא הכל תלוי במקום המיתה שאף אם היתה כתו' כדת אם מת במקום התק' חלה עליו התקנה. מזה משמע דלא נתכוונו חכמי התק' לכלול ירושת הבת בתנאי זה שתקנו לכתוב שעמ"ך וכו' בכתו' קאשטילייא לבד. אחר שתקנתם שייכה גם לכתו' כדת. הן אמת. שהרב מהר"י אלמאליח ז"ל השיג ע"ז וכתב ואני אומר דהגם דעיקר הפרנסה שהוא עישור נכסי אינו מתנאי הכתו' ואינו תלוי בעת הנישואין ובכתובה. אבל תקנת חכמי קאסטילייא שנותן לבת כא' מן הבנים במקום עישור נכסי. הוא תלוי בכתובה. שאם הכתו' כתק' חכמי קאשטילייא הוא שחלה ג"כ תקנתם בהא דהבת שאינה נשואה יורשת כא' מן הבנים במקום עישור נכסי. אבל מי שכתו' כדת שלא נשא ע"פ תקנתם לענין חלוקה לא חלה עליו ג"כ תקנתם בהא שיורשת הבת הכתו' כא' מן הבנים והא בהא תליא. עש"ב:

ואנן ודאי דהכי נקיטינן וכמו שהוכיח הרב הנ' ז"ל יעו"ש. ועוד דמדברי רבינו מוהריב"ע זצ"ל בתשו' לחכמי א"י תוב"ב הוב"ד בסהת"ק ובמודפ' סי' קמ"ב משמע כוותיה. שהרי כ' נדרשתי לכתוב ולחתום איך הוא המנהג בארצות המערב לפי תקנת ק"ק המגורשים מקאסטילייא במי שהיה נשוי עם אשתו בכתו' למנהג הנז' וכו'. וע"ז השיב משפט החלוקה ומשפט הבנות יעו"ש:

גם בתשו' הרבנים מהר"ש סירירו ומהר"ש אבן דנאן ומהר"מ ציריו לחכמי מראכש הוב"ד בסהת"ק סי' קמ"ה שכתבו פרטי התק' הם עזה"ד שאם תפטר האשה לב"ע. שכתו' למנהג הקהלות הנז'. וביארו שם פרטי התק' ובכללם משפט הבנות הבתולות שיורשות כא' הזכרים יעו"ש מדבריהם דרבנן משמע דליכא תקנת ירושת הבת כ"א לנישואים בכתו' קאסטילייא ולא למי שי"ל כתו' כדת אף אם מת במקום התק'. דתקנת וירושת הבת ותקנת דחלוקת אחים הם ולא יתפרדו והא בהא תלייא:

ועוד לא יהיה אלא ספק. אוקמא אדינא. והואיל ואנהרינהו לעייניו הרב מהר"י אלמאליח ז"ל דשתי תקנות הללו דחלוקה ודבנות הא בהא תליין. נוכל להבין דברי רבינו מוהריב"ץ ז"ל בס' משפט וצדקה ביעקב הנד"מ סי' קי"ד באיש ואשה שנקוש"ח שלא נשאר ביניהם זע"ז כלום וקרעו ש' הכתו' ושהרי היא כמגורשת וע"ז כתב הרב ז"ל בנותיה של האשה הזאת אין להם חלק ונחלה וירושה לא באביהם ולא באמם שהרי כתו' אמם שמכחה הם זוכות לירש כזכר בין באביהם בין באיזה מהם שמת ראשונה כבר נקרעה. אמנם עישור נכסי יש להם ליטול באביהם מדין חז"ל. ע"כ. כל אדם חזו. דבגרושה ממש פשיטא ליה דאינן יורשות. אלא דהוצרך לאשמועינן דגם בזה דאינה מגורשת בגט כיון שנקרעה הכתו' אינן יורשות. ואת יק'ר סהדות'א מאת ידידינו הרב המובהק כמוהר"ר אברהם ן' סוסאן הי"ו מו"ץ בעיר תאזא יע"א שבזמן החולף הוה עובדא בעיר דובדו יע"א במגורשת בגט ושלחו מהתם לשאול לחו"ר פאס יע"א וזאת היתה תשובתם שאין הבת יורשת דברתא במקום ברא לא תירת והביאו ע"ז דברי רבינו מוהריב"ץ הנז' זלה"ה. וחתו' הרה"ג מוהר"ר אי"ש הצרפתי זלה"ה וב"ד:

ונראה דהיינו טעמא דמוהריב"ץ ז"ל משום דס"ל דשתי תקנות הללו הא בהא תליין ולא בעת הנישואין לבד אלא אף בעת המיתה לא יתפרדו. ולכך אם מת א' מהם בעודם נישואים דאיכא תקנת חלוקה ביניהם איכא נמי תקנה דירושת הבנות. אבל אם גירשה דבטלה מהם תקנת החלוקה ובשעת המיתה היתה מגורשת. בטלה מהם גם תקנת ירושת הבנות דהא בהא תלייא. הגם דמדברי מהר"י אלמאליח ז"ל אינו מוכרח לומר כן. אלא העיקר הוא שלא יתפרדו בעת הנישואין דכיון שהכתו' למנהג המגורשים דאיכא תקנת החלוקה חלה ג"כ תקנת ירושת הבנות. מ"מ בדברי הרב מוהריב"ץ מוכרחין אנו לומר כן:

ואף דמדברי הרב מוהר"ר ר"ב ז"ל מוכח הפך מזה. שהרי בקיצור התק' שלו ס"ט כ' ויש להסתפק וכו' גם יש להסתפק בירשה אמה מגורשת מאביה ושוב מת אביה. הרי דלא נסתפק הרב אלא אם תירש פעם ב' אלמא פשיטא ליה דבחדא זימנא אף במגורשת

תירש הבת. ונראה דלטעמיה אזיל דס"ל דתק' ירושת הבת לא תלייא בתק' החלוקה דאף בכתו' כדת אם מת במקום התק' יורשת הבת. וכמדומה דלא שלטו מאורי אור עיני קדשו בדברי רבינו מוהריב"ץ זלה"ה ואי שמע ודאי הוא הדר ביה. ואנו אין לנו לזוז מדברי מוהריב"ץ ז"ל. ובפרט במילי דתקנתא דנהירין ליה ובקי בהם בפרטי פרטים הנסתרות והנגלות אפי' בחדרי חדרים. ובודאי שכן היה מקובל מרבותיו זלה"ה. איך שיהיה. אף לדידן דנקטינן דהא בהא תלייא דלא כמוהר"ר ר"ב. מ"מ הא ודאי דלא נכנסה בכלל התנאי. כאשר הוכחנו. כמביא למעלה:

מעתה בנ"ד דאנן קיימין ביה שצוה האב שלא יטלו בנותיו כ"א מאתים צ'ורוס לכ"א דבריו קיימים דהוי כאומר אל יתפרנסו בנותיו מנכסיו. כמש"ל משם מוהר"ר ר"ב ז"ל:

ולענין התוכחת אשר ע"א מעיד שהיתה. וע"א אומר שלא נשאר בזכרונו. קושטא הוא. דהא דבעינן תוכחת. הוא מתק' אבותי' ורבותי' המגורשים ואם לא היתה תוכחת הצוואה בטילה. כמ"ש בפסקי הרא' זיע"א אך אין זה כ"א בפשוט שלא היתה תוכחת. ואולם בכה"ג דאנן קיימין ביה דודאי מדי ספיקא לא יצאנו. ועי' להרב באמ"ת לרב אדא זלה"ה ד' ל"ב ע"ד שכתב גם ראיתי למי שערער על מתנה זו שלא נעשית בחבר עיר ונמצא בתק' דצוואה או מתנה שלא תהיה במעמד חבר עיר המתנה בטילה והנה אם פשטה אותה תקנה באותם המקומות הרי טוב. ואם לא פשטה חזר הדין לסיני. ועי"ש דאסיקא דאי מספקא לן אם פשטא א"ל מוקמינן אד"ת ומסתמא לא אמרינן דפשטא. ע"ש. ועי' להרב ויאמר יצחק חו"מ סי' פ"ו. וא"כ בנ"ד דראובן המצוה הוא מעיר תאזא ואנחנו לא נדע אם פשטה אצלם התק' א"ל. מדי ספיקא לא יצאנו וחזר הדין לסיני. וכמ"ש רב אד"א ז"ל. וכ"ש למאי דכתבינן דאף לדידן דודאי פשטה אצלנו דתקנה. היכא דאיכא ספיקא אם היתה א"ל. לא בטלה. ונמצאו בנד"ז תרי ספיקי. ובחדא מינייהו הוה סגי. כ"ש בהצטרף שניהם:

באופן דדברי ראובן המצווה שרירין וקיימין ולא יטלו הבנות בנותיו כ"א מאתים צ'ורוס לכ"א. ותל"מ. וצויי"מ וימ"ן. הכ"ד החו"פ פאס יע"א באלול המרוצה מש' כי שמרו **אמרת'ך** ליצי' וקיים:

ע"ה שלמה אבן דנאן יס"ט

סימן מו

בדין מחאה. קי"ל שאם שהה בין מחאה למחאה ג' שנים לא עלתה לו מחאה כמ"ש מר"ן סי' קמ"ו ס"ה וכ' הרב ויאמר יצחק ז"ל חח"מ סי' ר"ט דע"כ לא אמרינן דצריך למחות

בסוף כל ג' שנים אלא דוקא בלשון המחאה שכ' מר"ן ס"ד וז"ל פ' שהוא משתמש בחצרי גזלן הוא ולעתיד אני תובע אותו בדין וכו' ע"כ דכיון שכ' לעתיד אני תובע אותו ולא פי' ואמר שבכל עת וזמן שארצה אני תובע אותו בדין בשעברו ג"ש ולא תבעו וגם לא מיחא אמרינן דיכול המחזיק להתנצל ולומר כשראיתי ששתק ג"ש לא נזהרתי עוד בשטרי ואמרתי דחזר בו ממחאתו הא' כמ"ש שם הסמ"ע סקי"ג אבל הכא בנ"ד שפי' במחאה ומגלה דעתו על כל ימי הארץ וכו' ובכל עת וזמן שיראה בעיני וכו' יען וביען ששתיקתי זאת לאו מחמת מחילה וכו' בכגון דא ודאי דאין צריך למחות בסוף כל ג"ש אחר שפי' במחאתו שכל עת וזמן שיראה בעיניו יטול את שלו מידו וצריך המחזיק ליזהר בשטרו לעולם ע"כ:

ואהמ"ר לא זכיתי להבין דבריו דכל מה שהאריך זה בלשון מחאתו נכלל במלות קצרות שבלשון המחאה שכ' מר"ן דמ"ש ולעתיד אני תובע אותו בדין היינו כ"ז שירצה עוד כל ימי הארץ אלא שזה בא בארוכה ועוד זיל בתר טעמא שהרי הרא"ש כ' הטעם כיון דעברו ג"ש אחר המחאה ולא תבעיה לדינא ומימחא נמי לא מחי מתיאש מתביעתו ולא מזדהר בשטרא ותולה המחאתו בדברי הבאי והיינו מ"ש הסמ"ע בקצרה ומאחר דהטעם הוא משום דכיון דעברו כל ג"ש וזה לא מיחא ולא תבע מתיאש המחזיק ותולה המחאתו בדברי הבאי וטעם זה יצדק אף בנדון הרב דאף אם פי' במחאתו כ"ז שירצה יטול את שלו כל ימי הארץ הא ודאי דמצי לחזור בו דמי מעכב על ידו וכיון דמצי לחזור בו הא ודאי דיכול המחזיק להתיאש וליתלי המחאה בדברי הבאי כיון דעברו כל הג"ש ולא מיחא ולא תבע ודוקא בההיא דמכרה המערער לאחר תוך ג"ש הוא דאין צריך למחות עוד וכמ"ש מר"ן ס"ו והטעם כ' הרא"ש ז"ל בפ' חזקת ד' לא' דאע"ג דאמר לקמן צריך למחות בסוף כל ג' וג' הט' שאם שתיק ג"ש נראה כחוזר בו מן המחאה אבל הכא כיון שמכרה לאחר אי אפשר לחזור מן המחאה שאפי' אם יודה שהיתה מחאתו שלא כדין והשדה של המחזיק אין בדבריו כלום לחוב ללוקח יע"ש אלמא כל היכא דמצי המערער לחזור ממחאתו מצי המחזיק לומר דסבר דחזר ממחאתו:

והראיה לזה דהאי דינא הוא מימרא דריש לקיש משמיה דבר קפרא כמ"ש בפ' חזקת ד' ט"ל ולשון המחאה שכ' מר"ן ס"ד היא מימרא דרב זביד דל"ח ורב זביד לא הוה בימי בר קפרא וא"כ מי שם פה לאדם לומר דהא דאמר בר קפרא צריך למחות בסוף כל ג"ש קאי אלישנא דרב זביד ואיפ' דאכתי עדיין לא נולד רב זביד אלא ודאי דבר קפרא קאמר האי דינא על כל לשון המועיל במחאה ואם בדברי מרן יכול ה' ויאמר יצחק לומר דקאי אמ"ש בס"ד במימרא דבר קפרא דהוא מרה דשמעתא לא מצי למימר הכי ואם יש צד

לידחק ולומר הכי אף בבר קפרא קשיא לן טובא שהרי התם אמור בש"ס גידל בר מניומי הויא ליה מחויאתא למחויו אשכחנהו לרב הונא ולחייא בר רב ולרב חלקיא בר טובי דהוו יתבי ומחא קמייהו. לשנה הדר אתא למחויי אמרו ליה לא צריכת. הכי אמר רב כיון שמיחא שנה ראשונה שוב א"צ למחות ע"כ ופי' רשב"ם והתוס' בד"ה כיון שמיחא וכו' שוב א"צ למחות ע"ד ג"ש ואין לפרש דא"צ למחות עד עולם דא"כ פליגי אדר"ל והו"ל למימר ר"ל אמר ע"כ. הביטה וראה כמה דחקו עצמם רשב"ם והתוס' כי היכי דלא נימא דפליגי הני רבנן דאמרו לגידל בר מניומי שוב א"צ למחות אדר"ל משום בר קפרא מדקאמר אמר ר"ל ולא אמר ר"ל אמר ופי' בדוחק דשוב א"צ למחות דאמור רבנן הייינו עד ג"ש ולדברי הרב ויאמר יצחק דס"ל דע"ך לא אמר בר קפרא דצריך למחות בסוף כל ג"ש אלא בדלא פי' כ"כ אבל בדפירש כל ימי הארץ וכו' במחאה אחת סגי אמאי לא פ' רשב"ם והתוס' מאי דאמרו ליה הני רבנן לגידל בר מניומי כיון שמיחא שנה רא' שוב א"צ למחות היינו דא"צ למחות עד עולם בפשטה דמילתא ונימא דגידל בר מניומי פי' במחאתו לעולם ובזה לא פליגא אדר"ל ואתו דברי הני רבנן כפשטן דהא ודאי גידל בר מניומי לא הוה ידע מימרא דר"ל וגם מדרך המערערים לומר בהמחאתם עד עולם אלא ודאי דבכל גווני המחאה קאמר ר"ל דצריך למחות בסוף כל שלש שנים ולא שני ליה בין מחאה למחאה:

והרמב"ן ז"ל במלחמות הביא לנו דברי הירושלמי שהביא ההיא עובדא דגידל בר מניומי וחייא בר רב אמר לון כיון שמיחא שנה רא' שוב א"צ למחות לעולם שמע שמואל ואמר אם מזו אין אנו מניחין לגדולי א"י כלום. כלומר שאינן נזהרין בשטרותיהן אל ג"ש אחר מחאה ואם אתה אומר שוב א"צ למחות לעולם לא שבקת חיי לכולהו עתירי יעו"ש מבואר מן הירושלמי דשמואל אזיל בשיטת ר"ל דש"ס דילן וטעמיה דאי אמרינן דבמחאה אחת סגי לעולם לא שבקת חיי לכולהו עתירי שאינן נזהרין בשטרותיהן אלא ג"ש אחר מחאה ולדברי ה' ויאמר יצחק ז"ל דסבר לה מר דאיכא אופן מחאה דסגי באחת וכמש"ל א"כ הא ודאי דכ"ע שבקי ההיא דרב זביד שכ' מר"ן ס"ד ועבדי הכי כדי שלא היו צריכין ליזהר למחות בסוף כל ג"ש דבקל עושין כן ולא יש בה שום טירחא ולא הפסד ממון אלא בדיבורא לחוד סגי ולמה יעשו מחאה כלישנא דרב זביד ויהיו צריכין ליזהר ולטרוח בסוף כל ג"ש לחזור ולמחות ואם שגג באחת לא עלתה לו ואיבד את כל עמלו הא ודאי דשוטים גמורים הן וכיון שכן לא הועילו חכמים בתקנתן ולא שבקת חיי לכולהו עתירי ותיקשי ליה לשמואל גופיה דפליגי מהאי טעמא ולימרו ליה ולדידך מי ניחא וכמש"ל אלא ודאי דלא שני ליה בין מחאה למחאה ועי' עוד להרמב"ן שם במאי

דמחלק בין ההיא דר"ל ובין ההיא דמכרה לאחר ומינה נלמוד לאופן המחאה שכ' ה' ויאמר יצחק ז"ל דלא שייך בה ההוא טעמא דצריך למחות בסוף כל ג"ש:

וחזיתיה לה' ויאמר יצחק שהביא ראיה לדבריו מתשו' מהרח"ש ח"א סי' ז"ך קחנו משם ובואה וספר מהרח"ש אינו מצוי אצלי לראות הדברים בשרשן. ואולם מריהטת לשונו נראה דמהרח"ש ז"ל איירי בשטר שקבל המחזיק ע"ע ולא בשטר מחאה שעשה המערער והכי דייק ג"כ לישנא דהרב ויאמר יצחק שכ' על דברי מהרח"ש ז"ל אוף הכא נמי בנ"ד שפי' בשטר המחאה וכו' אלא שה' מדמה מילתא למילתא לפי מאי דס"ל דאף בשטר מחאה אי פי' כל ימי עולם וכו' אינו מתיאש המחזיק:

אכן לדידי חזי לי כי רב המרחק בניהם דשאני שטר מחאה אפי' פי' עד עולם וכו' כל היכא דמצי המערער לחזור ממחאתו מצינו למימר דמתיאש המחזיק מחמת שתיקתו ג"ש גמורות וכמש"ל לא כן היכא דהמחזיק קבל ע"ע ליכא למימר דמחמת שתיקתו מתיאש ותולה בדברי הבאי אחר שקבל ע"ע:

באופן כי דברי ה' תמוהים והם הפך סתם הש"ס והפוס' ומדלא אשתמיט שום א' מהפוס' קמאי ובתראי לאשמועינן האי מילתא דשכיחא משמע דכולהו לא ס"ל הכי ואף אנן מעולם לא שמענו מי שאומר כן ואין לנו שום חילוק בלשון המחאה אלא בכל אופן המחאות צריך למחות בסוף כל ג"ש ותל"מ ודו"ק:

הצעיר שלמה אבן דנאן ס"ט

סימן מז

בענין החזקות אם צריך חזקה וטענה או לא ואי מהני ביהו מחילה או שתיקה. דבר זה נפתח בגדולים. הכנה"ג סי' ק"מ הגה"ט אות ק"ו כ' בעל חזקה שעמד שנים הרבה ולא תבע חזקתו אם יש טעם לשתיקה לא איבד חזקתו. הרשד"ם חח"מ סי' רמ"ז. ונראה ברור מדבריו דאם אין טעם לשתיקה איבד חזקתו. ע"ש שכתב דודאי שתיקה מטעם מחילה היא והקשה דברי רשד"ם אהדדי ויישב. ובאות קצ"א כ' חזקות שלנו אין מועיל בם לשון מחילה אם דנין בהם דין קרקע. ואם אין דנין בהם דין קרקע אלא שעבוד בעלמא מועיל בהם לשון מחילה. מהר"ם מטראני ח"ב סי' קי"ג. ובח"א סי' רל"ט כ' דדין קרקע יש בהם ואין להם אונאה. והרשד"ם בחח"מ סי' רל"ה כ' ולא מהני ביהו מחילה וכ"כ בסי' רע"ח ונראה שהטעם משום דדין קרקע יש להם ע"כ. ובסי' רמ"ה בהגב"י אות מ"ב כ' שהראד"ב כ' דאפי' אם דנין אותם כמטלטלין לא מהני לשון מחילה. ובמהדורא בתרא סי' ק"מ אות י"ב כ' שוב נדפסו תשובות הראד"ב וראיתי בס' ק"ס כ' בסתם דאע"פ שעבר

חמש שנים ולא תבע לא הפסיד השכירות ומינה דלא הפסיד החזקה. ונראה מדבריו דאפי' אין טעם לשתיקה לא איבד זכותו. ועי' בס' מקור ברוך סי' כ"ח דמ"ב ע"ב. ועי' משה"ר מע' חית אות ל"א:

והפרמ"א ח"א סי' צ"ב מתחילה צדד לומר דאפי' נדון לחזקות שלנו בדין מטלטל לא מהנייא מחילה ממ"ש הרא"ש בתשו' והביאה הריב"ה בטוח"מ סי' ע"ג וז"ל מחילה לא שייך. בשלמא כשהאדם חייב לחבירו מנה ומוחל לו הוי מחילה במקום פירעון. אבל כשיש לאדם חפץ ביד חבירו ואומר לו אני מוחל לך החפץ לאו כלום הוא אלא צריך שיאמר אני נותנו לך. ושוב חזר בו משום שענין החזקות פורח באויר ואין להם ע"מ שיסמוכו אם לא היה תוקף התקנות והגדרים שגדרו בהם מתקני ההסכמות וא"כ אין כאן כ"א שעבוד בעלמא ומהנייא מחילה וכ"כ בפירוש מהר"מ מטראני. ומיהו אם מתקני ההסכמות נתנו להם דין קרקע ודאי דלא מהני ליהו מחילה עש"ב. ועי' מטה שמעון סי' ק"מ אות ן' ואות צ"ה. ובאורח משפט סי' ק"מ אות ט"ז כ' מחילה בשתיקה לא מהני. בירך יצחק חו"מ סי' ט' ובאות טו"ב כ' וז"ל א"ה לענין חזקה שדר בה השוכר שלש שנים או יותר ולא תבע המחזיק חזקתו ועתה תובע דמי חזקתו ובא טעון השוכר כיון דלא תבעי כ"כ זמן ושתק דהוי מחילה. עי' למורי הגאון מר"ן אבא בחק"ל חו"מ סי' צ"א ולהרב בעי חיי חו"מ סי' ר"ל שהסכימו דמחילה לא מהני בחזקה ולא איבד חזקתו וכמו שהביא רב אחאי גאון מר"ן המחבר לעיל משם הרב בירך יצחק דחזקת המחזיק כראי מוצק ע"ש:

והרה"ג א"ז כמוהר"ר סעדיה אבן דנאן זלה"ה כ' בפס"ד א' מ"ש בתהל"ה וזל"ה. גם נשאלנו ע"ע מי ששתק ולא תבע החזקה ג"ש אם איבד חזקתו או לא. ויראה שחזקות הבתים הנוהג בינינו בזה הזמן דין קרקע יש לו כיון שכל מוכר חצר לגוי תשאר לו חזקה והוא הרביע כפי הנהוג במדינה זו נמצא שאינו מוכר כ"א שלשה רבעים והרביע דין קרקע יש לו שאם יאכל פירות המחזיק לעיני המערער ג"ש ויטעון המחזיק שלקח או ניתן לו במתנה שיהיה נאמן. אמנם כשלא תהיה בפי המחזיק טענה לא תועיל כלום חזקתו שכל חזקה שאין עמה טענה אינה חזקה ע"כ. וכן מ"כ משם הרה"ג מהריב"ץ זלה"ה והסכים עמו הרה"ג מוהריב"ע זלה"ה:

ומצינו להרבנים הגדולים כמוהרמ"ס ומוהר"ר רויי"ה זלה"ה שכתבו דחזקה דמוכר קרקעותיו לגוי דין קרקע גמור יש לה לפי שתקנה זאת היא בנויה ומיוסדת על דין סיקרירון אך חזקת ישוב שהקרקע של גוי ובא ישראל ושכרו ממנו שיש לו בו חזקה

שנתיסדה מדין עני המהפך בחררה זו מחלוקת ישנה בין הפוסקים אם יש לדונה כמקרקעי או כמטלטלי והמע"ה את"ד:

וא"כ לפ"ז בחזקת ישוב למ"ד דהוי כקרקע צריך חזקה וטענה. ולמ"ד דין טלטל יש לה א"ץ חזקה וטענה ומהני בה לשון מחילה כמ"ש המבי"ט והרשד"ם והפרמ"א. ושתיקה הוי כמחילה כמש"ל ולהראד"ב אף דהוי כטלטל לא מהני בה לשון מחילה. ועי' תשי' סי' קל"ג. וא"כ הוי ספיקא דדינא והמע"ה. ועי' כנה"ג סי' קנ"ו בהגב"י אות ס"ה שכ' בחזקת ישוב לא אמרינן אוקי בחזקת מריה קמא אלא מי שהוא עומד בתוכה הוא המוחזק. מהרי"ק שו' קי"ח ועי' בשו' קפ"ז ובהר"מ מפדאוה סי' ט"ל ע"כ

ואולם אין אנו צריכים לזה. שהרי מצינו בליקוטי הרב מוהר"ר ידידיה מונסונייגו כתב וז"ל ועי' בפסקי חו"ר טיטוואן ה"ה הרבנים הגדולים כמוהר"י הלוי וכמוהר"ר חנניה ארובאס ז"ל שכתבו שב"ב שירד לחצר גוי לדור בה והחזיק בדין ואחר זה ירד אחריו ב"ב אחר לדור באותו חצר ולא מיחא הא' תכף ומיד בדירת הב' שאיבד חזקתו הא' ואין להם שום תרעומת ודו"ד על הב' ואין לנטות מדבריהם ימין ושמאל. כ"כ הרה"ג מוהר"ח למוסנינו ע"כ. והביא דבריהם דרבנן הרב ויאמר יצחק חח"מ סי' קע"ז להלכה. גם מצאנו בפ' ה' כמוהר"ר וידאל הצרפתי בתראה שלים מב"ד שלפנינו וז"ל חזקת ישוב אם החזיק הא' בחנות ויצא ובא הב' אחריו ולא מיחא איבד חזקתו וצריך מחאה בכל ג"ש. כן פסק הרמ"ז בפסקיו וכ' שכן אמר לו כמוהר"ש אבן צור שכן מצא בפסקי כ"י מ'ר זקינו:

ובפס"ד להרב מוהר"ר שאול ישועה אביטבול נמצא בפסקי הרב מוהרא"ז ז"ל ונאבד תחילתו כתב וזת"ד. והשתא דשמעינא להא מילתא מדברי קדשו של משי"ח לא זכיתי להבין שהרי חזקת הישוב עשאוה רבותינו כחזקת סקרירון לכל דבריה אלא דמספקא ליהו אם יש לה דין טלטל או דין קרקע ולא מצינו מי שיש לו תביעה ישנה בין קרקע בין טלטל שיאבד זכותו בשתיקה ימים ושנים. וכ"ש בחזקת ישוב ממ"ן אם כקרקע חשיבה לא מהני בה מחילה אפי' בפירוש וכ"ש בשתיקה. ואי כטלטל לא שייך בה מחילה כדאי' סי' ע"ג ס"ט. והדבר מפורש בשו"ת מטה אהרן שאלה צ"ב אלא שלבסוף כ' בשם מוהרשד"ם דלס' האומרים דין טלטל יש לחזקות מהני ביהו מחילה וטעמא משום שענין החזקות פורח באויר ואין להם ע"מ שיסמוכו אם לא תוקף ההסכמות והגדרים שגדרו בהם מתקני התקנות. א"כ אין כאן כ"א שעבוד בעלמא ומהנייא ביהו מחילה. עכ"ל. ומ"מ אין דברי הרב אמורים אלא לס' האומרים דדין טלטל להם ופשיטא ליהו דאין להם דין קרקע. אבל לדידן דמספקא לן אי כקרקע אי כטלטל גם המחילה

תעמד בספק דדילמא דין קרקע יש להם ולא מהנייא. ואפי' את"ל דדין טלטל יש להם ושייכא ביהו. מ"מ לא אמרינן שתיקה כמחילה כמו שכך הוא במחילה בשט"ח דשייך ביהו מחילה ואמרינן בסי' צ"ח דשתיקה ושהייה לא הוי מחילה. ה"נ אפי' נימא דמהניא מחילה בחזקות אין השהייה פוסלתן ומבטלתן אתד"ה. וכתב על דבריו הרב מוהרא"ה וז"ל וכתבתי אני בגיליון על מ"ש ולא זכיתי להבין שהרי חזקת ישוב עשאוה רבותינו כחזקת סקריקון לכל דבריה וכו'. אין מביאין ראיה מחזקת קרקע לחזקת ישוב שהיא כמגדל ופורח באויר. ומ"ש עשאוה כחזקת סקרירון אינו כן אלא מדין הפקר נכסי עכו"ם נגעו בה ועיקרה מדין עני המהפך בחררה שכ"כ סבא דמשפטים מוהר"ר וידאל הצרפתי וסבא דמשפטים מוהר"ר מנחם סירירו מדין עני. ע"כ. מכללות הדברים בין תבין דסבר לה מ'ר הרה"ג מוהרא"ה ז"ל דמחילה או שתיקה לחוד מהנייא בחזקת ישוב:

עוד זאת מצאנו להרה"ג מוהריב"ץ שכ' וזל"ה ופעם אחת בא לפני אדם א' והקשה אלי דאי משום דהאשה ובעלה דרו בחצר הנז' קודם שבאה המומרת לפיכך יזכו בחזקה א"כ יש לנו לדון שאותם שדרו תחילה קודם שבאה בונינא הנז' לדור הם שיזכו בחזקה שהרי הם קדמו לבונינא ודרו בנכסי המומרת והשבתיו וכו' ועוד שכיון שאין זו אלא חזקת ישוב שאינה כדין קרקע גמור אלא כזוכה מן ההפקר כיון שנסתלקו ממנה וע"פ חכם ונכנסה בונינא לדור שם ולא גילו דעתם שעדיין יתבעו זכותם הרי נתיאשו ממנה והוייא לה כמחילת השעבודין שהיא לאלתר. ע"כ:

אתה הראת דרבני מערבא ראשונים כמלאכים סברי מרנן דבחזקת ישוב כיון דדר בה ישראל הב' ולא מיחא הא' תכף ומיד איבד חזקתו דהוייא לה כמחי' השעבודין שהיא לאלתר כמ"ש מוהריב"ץ ז"ל:

הן אמת דבדירת עכו"ם לא איבד חזקתו עד ג"ש שכן מוכח מלשון הרב מוהריב"ץ שכ' הרב מוהר"ר יב"ס בספרו כ"י בת רבים מע' ח' אות י"ג וז"ל ועי' בפסקי מוהר"ר יעב"ץ שכ' דדוקא בחזקת ישוב הוא דאם שהה ג"ש איבד חזקתו. אבל בחזקה הנשארת לישראל המוכר קרקעו לעכו"ם דין קרקע יש לה ואפי' שהתה כמה שנים ביד העכו"ם ולא נהנה ממנה הישראל ולא עשה מחאה אפ"ה לא איבדו הבעלים חזקתן והסכים עמו מוהריב"ע זצוק"ל. ע"כ. ועי' הרב ויאמר יצחק סי' ס"ח. וכן היא דעת הרב מוהרב"ט הובאו דבריו בספר תשו' סי' קל"ג. אלא שחלק עליו וכ' ומעשים בכל יום בכל החזקות הנוהגות אצלינו דלא קפדינן אם לא יהנה מפירות החזקה כ"ע שדרו בה העכו"ם אפי' כמה שנים לא שייך בה יאוש. ע"ש. אך אנו אין לנו אלא דבר רבינו מוהריב"ץ ז"ל דמוכח מדבריו דאם דר בה העכו"ם ג"ש ולא מיחא איבד חזקתו:

נמצא לפ"ז דבנ"ד איבד חזקתו הא' מתרי טעמי. אי משום שדרו בה העכו"ם ג"ש ויותר ולא נהנה ממנה ולא עשה מחאה וכמ"ש רבינו מוהריב"ץ ומוהרב"ט. אי משום שדר בה ישראל אחר שכתבו רבותינו הראשונים דלאלתר איבד חזקתו כיון שלא מיחא דהוייא כמחילת השעבודין ואין לנו לזוז מדבריהם שהם היו קרובים בזמן לרבותינו בעלי התקנות ובפרט רבינו מוהריב"ץ קדמאה שלים ובקי בחדרי תקנות קדמונינו אפי' בחדרי חדרים אין לנטות מדבריו ימין ושמאל. דאין לנו לחוש לסברות הנמצאות בספרי הפוסקים בענין הזה נגד סברתם. כי משפטי החזקות תקנות רבות שנו כאן וחילוקים רבים יש בהם במנהגי המקומות כאשר עיניך תחזינה בספרים ראשונים ואחרונים ונהרא נהרא וכו' באופן דאנו אין לנו אלא דברי מוהריב"ץ ודברי ראשונים כמלאכים רבני מערבא הנ"ל דמדמי לה להאי מילתא כמחילת השעבודין דמהני אף בשתיקה לאלתר:

וממוצא דבר בין תבין דאין להסתפק במה שנסתפק הרב הפוסק ידידינו הרב המובהק מוהר"ר רמ"א הי"ו שכ' וז"ל עוד יש להסתפק כיון שהמחזקים הא' באה לידם החזקה ההיא בתורת מקח מן ראובן המחזיק הא'. אם נאמר שגם בזה כיון שלא תבעו שכי' החזקה איבדו חזקתם. או כיון שהם קונים מהמחזיק לא איבדו זכותם. והנה לענין אם נסע מהעיר שפסק מור"ם בסי' קנ"ו דלא איבד חזקתו עד ג"ש. כתב הרב מטה שמעון סי' ק"מ אות צ"ג וז"ל אם חזקה זו היא עשויה ממנו דהחזיק במקום ההוא בכה"ג הוא דאם עקר דירתו איבד חזקתו. אבל אם החזקה היא דקנאה מאחר אפי' עקר דירתו חזקתו במקומה עומדת. ע"כ. ושוב הביא דברי הכנה"ג בסי' ק"מ הגה"ט אות קנ"ח שחולק ע"ז. דכיון דמדמינן ליה למחילת השעבודין אין מקום לחלק כלל בין אם החזקה עשויה ממנו לאם קנאה מהמחזיק. דכולהו לית ליהו אלא שעבוד בעלמא. והא פשיטא דלא עדיף מגברא דאתי מחמתיה ואין ביניהם אפי' כמלא נימא. וחילוקו של הרב מט"ש יצדק לס' הפוס' דסברי דדין קרקע יש לה וא"כ מן הדין צריך חזקת ג"ש וטענה כדין קרקע גמור אלא שהם תקנו שאם עקר דירתו מן העיר ג"ש איבד חזקתו וכמ"ש מור"ם ס"ס קנ"ו נהגו וכו' ואינו צריך טענה אמטו להכי כתב המט"ש דאין זה אלא במחזיק שהחזקה עשויה ממנו שכיון שהיא עשויה ממנו שהחזיק בשוכר א' וכיוצא ולא נתן במחירה כלום לא חייש עלה כ"כ ואמרינן כיון דעקר דירתו ג"ש נתיאש ומחל. אבל אם החזקה היא דקנאה מאחר כיון שנתן מחיר בעדה אמרינן דחייש עלה ואינו מתיאש ועל דרך אומרם לא שדי אינש זוזי בכדי ולכך אוקמוה אדינא דצריך חזקה וטענה. גם יצדק חילוקו של הרב מטה שמעון גם למ"ד טלטל ולס' הראד"ב דס"ל דאף אי הוי כטלטל לא מהני בה מה"ד לשון מחילה וכ"ש שתיקה אמטו"ל חילק דהיכא דבאה לידו בתורת

מקנה אוקמוה אדינא ולא תקנו אלא היכא דהחזיק מעצמו ולא נתן דמים וספר אגורה באהלך שציין הרב מטה שמעון לא זכינו כעת לאורו לראות שרשן של דברים. אבל לדידן דלמדונו רבותינו דדמיא לפרט זה כמחילת השעבודין דמדינא במחילה או בשתיקה סגי אף דהמחזיק באה לו בתו' מקנה כיון ששתק ולא מיחא איבד חזקתו. זולתי אם יתן אמתלה וטעם אמת מספיק ומועיל כפה"ד למה ששתק. ותול"מ. וצוויי"מ וימ"ן ולראית האמו"ץ ח"פ פאס יע"א בפרק בא סימן דהאי שתא טבתא ואתא

מרבבו'ת קדש וקיים:

ע"ה שלמה אבן דנאן סי"ט

סימן מח

בתלת כחדא הוינא ואסהד קדמנא הישיש וכשר הר' מרדכי דמתק' דוכא ה"ן אסולין והר' שלמה בהר' משה ה"ן יתאח בתוע"ג וברורה באיין הומא כא יערפו ידעה נאמנה באיין הר' שלמה נ"ע בהר' מרדכי ה"ן אסולין נ"ע וידי"ן עמור אזמן די זווז הר' שלמה נ"ע הנז' הב' רבקה בת הר' יעקב ה"ן עילי ידי' לוטאטי כאן הווא בחור ורבקה הנז' בתולה וכא יערפו באיין אזוואז אלוולי דייאלו הווא האדא. וברורו בעדותם באיין כא יערפו באיין לבכור די הר' שלמה נ"ע הנז' הווא הר' מרדכי בנו די רחל מסא מעא בוה למתא פאס יע"א ומאת פי פאס יע"א וכא יערפו באיין סי ילדא וורדא מא וולד שלמה הנז' קבל מן מרדכי בנו הנז' עכס"ע וקבלנוה כדחזי וחתמנו הכא תמ"ת במא' א' מבדי"ץ והיה זה בשבעה ועשרים יום לחדש טבת משנת חמשת אלפים ושש מאות וחמשים ואחת ליצירה והשו"ב וקיים:

אבנר אג'ייני משה אסודרי

שוב בתלת כחדא הוינא ואסהד קדמנא הר' דוד בכהה"ר שלמה ז"ל ה"ן חותא והר' דוד בה"ר ישראל הנ' לילתי בתוע"ג וברורה באיין הומא כאנו מתלאקיין בזאף מעא הר' שלמה נ"ע ה"ן אסולין הנז"ל וכאנו יסמעו מנו בסחאל דנובאת באיין מרדכי בנו הווא לבכור דייאלו וכא יערף ג"כ בבירור באיין מרדכי הנז' הווא די רחל מסא מעא בוה שלמה הנז' למתא פאס יע"א ומאת פי פאס יע"א עכס"ע וקבלנוה כדחזי וחתמנו הכא תמ"ת במאמר א' מבדי"ץ והי"ז בשמנה ועשרים יום לחדש טבת ש"ש הנז"ל והשו"ב וקיים:

אבנר אג'ייני ישועה אלישע צירולייא

בתלת כחדא הוינא ואסהדו קדמנא כמוה"ר יהושע מונסונייגו הי"ו וכר' אהרן בהר' יצחק אסולין בתו' עדות גמו' וברורא שהר' דוד אסולין דידי' ן' עמור נ"י נכד הר' שלמה

הנז' נ"ע. הוא בנו של הר' מרדכי הנז' בקבלת עדות הנז' עכס"ע ולראיה ח"פ בשבעה עשר יום לאדר א' שנה הנ"ל תמ"ת ושוב וקיים:

שלמה הכהן סקלי אליהו עטייא

ע"פ העדאת העדים הנ"ב פשוט וברור דזכה הר' דוד בנו של הר' מרדכי הבכור בחלק הבכורה וכמ"ש חו"ר ספרו יע"א. ונדרשתי לחוות דעתי בענין העיסקא אם הבכור נוטל פי שנים או לא:

והנה קי"ל דעיסקא פלגא מלוה ופלגא פקדון כמ"ש ביו"ד סי' קע"ז ס"ב. וקי"ל שאין הבכור נוטל פי שנים במלוה אע"פ שהיא בשטר כמ"ש מר"ן חומ"ש סי' רע"ח ס"ז. וצל"ד אי הוי דינא אף בפלגא מלוה דעיסקא. והנה מהר"י אדרבי' סי' ע"ח כתב דפלגא מלוה דעיסקא הוי כשאר מלוה דעלמא והוי ראוי לגבי בכור ותתימי עלה חמשה רבנים כאשר יראה הרואה הביא דבריו הכנה"ג סי' הנז' הגה"ט כ"ט. וה' נתיבות המשפט במשה"א סק"ד ג"כ הביאו וסיים ומסתבר טעמיה. והביא דבריו הפ"ת וסיים וכן מבואר מתשו' חוט השני. אכן בס' שער משפט הביא בשם רדב"ז דפלגא פקדון מקרי מוחזק. אך פלגא מלוה הוי ראוי. והוא ז"ל חולק ודעתו לדינא דהבכור נוטל פי שנים בכל העיס' כמו בשאר פקדון שהוא ביד אחרים יעו"ש. וכן פסק בתשו' שבו"י ח"א סי' קע"ב דנוטל פי שנים אפי' בהאי פלגא דמלוה והשיג שם על תשו' חוט השני. אולם בתשו' פני יהושע ח"ב פסק כדעת רדב"ז הנ"ל דלא שקיל מפלגא דמלוה. אבל פלגא דפקדון ברור דשקיל. ע"כ:

והרב בית יהודה במנהגי ארג'יל כתב אמר מורי בענין פי שנים דבכור שהעיסקא יטול בה הבכור פ"ש ואפי' בפלגא דמלוה משום דחשיבא מוחזק כדקי"ל דלהכי קרו לה עיס' שלא תעשה מטלטלין אצל בניו. ע"כ. וה' תקפו של יוסף ח"א סי' י"א כ' ולענין עיסקאות דבר פשוט אצלי דלא חשיבי ראוי אפי' לענין פלגא מלוה וכיון שאינם יכולים להוציאם מוחזקים חשיבי כפקדון ושותפות שביד אחרים אפי' לגבי בכור שהרי קרינן ביה שפיר בכל אשר ימצא לו וכמ"ש החכם השלם הדו"מ כההר"פ נר"ו. ומה גם שהרב מהריק"ש כ"כ להדייא. ע"כ:

והרב מטה אשר סי' רע"ח אות מ"ח כ' האי עיס' שעושין פלגא מלוה ופלגא פקדון אינו נוטל הבכור פ"ש. מהרי"א רמזו הכנה"ג סקכ"ט. וכ"פ הרב חוט השני סי' א' ועי"ע שבו"י ח"א סי' עק"ב שדחה דבריו והעלה במסקנא דחשיב מוחזק ונוטל פי שנים. וכ"פ מהריק"ש בהגהות ואדמת קדש ח"א אה"ע סוס"י כ"ט. ובאמת דראיותם אינם מכריעות וכמ"ש מהרי"א ז"ל. ונעלם מנייהו מלכי תשו' מהרי"א. וכן ראיתי להעט"ץ בתשו' ד'

קס"ו ע"א שתמה על פסק השבו"י והכריע כס' חוט השני. וכן הסכים הרב בני אברהם חאה"ע סי' מ"ט ותלמידו הפאת נגב חיו"ד סי' ט"ו. ועי' בתשו' הרדב"ז ח"א סי' רי"ד וח"ג סי' תקס"ד ונחפה בכסף חומ"ש סי' ו' ד' פ"א ע"ד וסי' ח' ד' פ"ד ע"א וברכות המים דרי"ב ע"ד וגו"ר אה"ע כ"ד סוס"י י"ט ושיו"ב אות א' ושביתת יו"ט אה"ע סי' ו'. ע"כ:

והרב אורח משפט סי' הנז' בהגה"ט אות י"ב כ' הניח המורים עיסקא ביד אחרים דקי"ל דהוי חצי מלוה וחצי פקדון. החצי המלוה אי חשיב ראוי. הרב שבו"י סי' עק"ב ומהרי"א סי' ע"ח הביא מתשובת מהר"ם שהביא המרדכי פ' המקבל דחשיב ראוי גמור וכ"פ מר"ן בש"ע סי' ס"ז. כרם שלמה חומ"ש סי' י"ו. נחפה בכסף חומ"ש סי' ז'. ואולם הרדב"ז בישנות סי' רי"ד והריק"ש בהגהות סי' זה וגו"ר אה"ע כ"ד סי' י"ט כתבו בפשוט דחשיב מוחזק. באופן דמדי ספק לא נפיק. מורי הגאון שם ועי"ש. ע"כ:

וחזל"א ח"ב חומ"ש אות ר' זכר את דברי מהריק"ש וכ' עליו וכ"כ הגו"ר. ועוד זכר את דברי מהרי"א וציין להרדב"ז כ"י ושבו"י ח"א ויד אהרן אה"ע סי' ק' הגב"י אות ח"י ובשו"ת דת ודין סי' י"ד:

אתה הראת חבל נביאים ואמבוהא דרבנן זה לעומת זה. רבים אומרים דפלגא מלוה דעי"ס' הוי ראוי ואינו נוטל בו הבכור פ"ש. ומנייהו מלכי סברי מרנן דאף פלגא מלוה הוי מוחזק ונוטל בו הבכור פ"ש:

מעתה נחפשה דרכינו ונחקורה לדעת מהו הדין היכא דהוי פלוגתא דרבוותא כהאי גוונא. והנה כ' מור"ם במפה סוס"י קל"ט דבר שהפוסקים חולקים בו ולא תפיס חד מנייהו אם הוא דבר דשייך בו חלוקה חולקין. ע"כ. והכנה"ג הגה"ט אות ה' כ' ע"ז ויראה דהיינו במחלוקת שקול דאם אינו שקול הולכין אחר הרוב ע"כ. ומינה לנ"ד אם המחלוקת שקול חולקין ונוטל חצי חלק בכורה בפלגא מלוה. אך אם המחלוקת אינו שקול הולכין אחר הרוב ולא חיישינן למיעוטא. ואולם כ"ז הוא דוקא אי אמרינן דלא מקרי מוחזק שום אחד מהם בין הבכור בין הפשוט. אבל אי אמרינן דא' מהם מקרי מוחזק בכור או פשוט ה"מ למיטען קי"ל ההוא מוחזק כהני רבוותא דמסייעין לי אף דרוב רבוותא מסייעין לאידך שאינו מוחזק:

איברא דדבר זה הוא דוקא אם הוא מיקרי מוחזק אליבא דכולהו רבוותא. אבל בבכור ופשוט מצינו דהוי פלוגתא דרבוותא מי הוא המוחזק וכמ"ש הרב דבר משה ח"ג סי' ח"י וזל"ה וראיתי בס' דת ודין בתשו' סי' י"ב עמד בזה והביא פלוגתא דרבוותא דיש מהם עושים מוחזק לפשוט והבכור נקרא מוציא. ויש מהם להפך ע"כ. וא"כ חזר הדין דאזלינן בתר רובא דעיקר הדין וכדאסיק הרב שם בנדון דידיה דכיון דרוב הפוסקים הם

אמרו דמשום כתו' אשה ומזונות לא מקרי ראוי לשלא יקח הבכור פ"ש אזלינן בתרייהו אף אי הוו האומרים הפשוט מוחזק יותר מהאומרים שהבכור מקרי מוחזק לא אזלינן אבתרייהו כי היכי דיכיל למימר הפשו' קי"ל כמ"ד דהוי ראוי. דמ"ש רבוותא דהיכא דבהא פליגי אזלינן בתר רובא. בעיקר הדין אמרוה לא במאי דאפליגי מי הוא המוחזק. וכ"ש דאין רבים האומרים דהפשוט הוא מוחזק. יעו"ש באורך:

גם הרב שער אשר אה"ע סי' ל"ו הביא פלוגתא דרבוותא ומסיק וכיון דהאי מילתא לא נפיק מידי פלוגתא כבר נודע דאזלינן אחר הרוב וכדברי הרב דב"מ ופני אהרן שעלתה הסכמתם דכשאין שום אחד מהם מוחזק אזלינן אחר הרוב דהסכימו דמשום כתו' אשה ומזונות לא מקרי ראוי לשלא יקח הבכור פ"ש. והגם דהיכא דפליגי מי נקרא מוחזק אזלינן אחר הרוב דעושין לו מוחזק כנודע וא"כ הכא אפשר וכו' אינו אלא היכא דבעיקר הדין המחלוקת שקול. אך היכא דבעיקר הדין הרוב מסייעים לחד מנייהו הגם דלענין החזקה הרוב סוברים דלא חשיב מוחזק שפיר אזלינן בתר רוב דעיקר הדין לכ"ע וכדברי הרב מהר"ם מאייו ז"ל בתשו' מהרח"ש ח"ג סי' ס"ח וגם הוא הסכים עמו שם בסי' ס"ט ובתשו' אה"ע סוס"י מ"ו ובתשו' פמ"א ח"א סי' ו' ובתשו' דב"מ שם ובתשו' פאת נגב סי' מ"ז ובחסד לאברהם חומ"ש סי' ה'. וכ"ש דלעשות לתרוייהו כאינן מוחזקים אפשר דרובם קיימי הכי:

ומינה לנ"ד אי קיימינן אחושבנא ומצינן דרובא מסייע לחד מנייהו אזלינן בתר רובא. ואם נמצאו שקולין הוי ממון המוטל בספק וחולקין. וכמ"ש הרב דבר משה משם הרב דת ודין. יעו"ש בתשו' הנז':

ועיין להרב פתחי תשובה סק"ג שהביא לנו מאי דנסתפק הרב שער משפט היכא דהוי פלוגתא דרבוותא אי הוי ראוי. וממ"ש יתבאר שהעיקר כהצד השני והוא פשוט:

ומ"ש הרב שער משפט שהביא ה' פ"ת דהרדב"ז ס"ל דפלגא מלוה הוא ראוי. הנה לעומת זה כתבנו משמיה דהרב אורח משפט דהרדב"ז בישנות סי' רי"ד כ' בפשוט דהוי מוחזק. גם הרב מטה אשר ציין להרדב"ז ח"א סי' רי"ד. והיינו הך דרמז לה הרב אורח משפט והיא בח"ד שבהרדב"ז שבידינו. ומ"ר קרי לחלק זה הישנות. ומ"ר קרי ליה ח"א. דחלק זה יש אחרונים מכנים אותו ס"א. ויש מכנים אותו תשו' הישנים. ובתשו' ההיא כ' וזל"ה דקושטא דמילתא לאו מלוה היא אלא דרבנן עשאוה פלגא מלוה ופלגא פקדון דטבא לתרוייהו אבל לא לענין דתשמטנו שביעית ולא שתעשה מטלטלין אצל בניו ואין אשה גובה כתו' מן העיסקא ולא בעל חוב את חובו וכו' הא למדת שאין חלק המלוה של העיס' כשאר מלוה דעלמא דשאר מלוה להוצאה ניתנה אבל זו לא ניתנה להוצאה וכו'

ע"ש. הרי לך בהדייא דלא כמ"ש הרב שער משפט משמו. אלא דאחר החיפוש מצאתי בח"א שבהרדב"ז שבידינו סי' צ"א כ' וזל"ה ומ"מ לא ידעתי באיזה דרך חל זה ההקדש וכו' ואפ' אי אפלגא דפקדון אין זוכין יורשי ראובן ואי אפלגא דמלוה מלוה להוצאה ניתנה ע"ש. ואם לתשו' זו נתכוון הרב שער משפט. הרי דמלבד דדברי הרדב"ז בתשו' זו תמוהים שנראים הפך הש"ס והפוסקים שפסקו כרבא דאמר דלהכי קרו לה עיס' וכו' וכמו שהניח תשו' זו בצ"ע הרב נחפה בכסף סי' הנז'. הלא הרדב"ז גופיה פליג אדידיה בתשו' האחרת שהצגתי לפניך דכ' להדייא דפלגא מלוה לאו להוצאה ניתנה. וא"כ ודאי הוא דהדר ביה מההיא דסי' צ"א שנראית הפך הש"ס והפוסקים. ולפי זה הרדב"ז הוא מכת הסוברים דפלגא מלוה הוי מוחזק:

ומ"ש מהרי"א בתשו' הנז' והכי נמי מוכח ממאי דאמרי' בגמרא להכי קרו לה עיס' וכו' דמשמע דלכל מילי הוי כשאר מלוה דעלמא. ועשה סמוכות לדבריו מפסק רבינו מאיר שהביא המרדכי שכ' דהאי עיס' לכל מילי חשיבא פלגא מלוה וכו' יעו"ש. לעומתם מצינו בתשובות הרמב"ם הנקראים פאר הדור וזל"ה דאע"ג דאמרינן דעיס' פלגיה מלוה ופלגיה פקדון הכין טעמא דמילתא. בתורת מלוה שהוא חייב באחריותה. ובתו' פקדון שיש לבעליו ליטול מה שהוא מרויח ולא זה כמלוה מכל פניו. ולא זה בפקדון לכל פניו. דהא קאמרי נהרדעי השתא דאמרת פלגא מלוה אי בעי לוה למשתי ביה שכרא שתי דאמר רבא להכי אקרי עיס' וכו' ע"ש. הרי דהרמב"ם למד מההיא דרבא דפלגא מלוה לא הוי כמלוה לכל מילי דלא כמ"ש מהרי"א ז"ל. ומההיא דרבא למדו כת הסוברים דפלגא מלוה הוי מוחזק משום דלאו להוצאה ניתנה ולא דמיא לשאר מלוה דעלמא דלהוצאה ניתנה:

וחזיתיה להרב נחפה בכסף אה"ע ח"ב סי' ך' מתחילה הביא דברי מוהר"ם מזרחי בס' אדמת קודש ס' כ"ט שהעלה להלכה דפלגא מלוה הוי מוחזק והסכים עמו ושוב חזר בו אחר שראה להר"מ והרע"ב בפי' המשנה מסכת כתובות פ' יו"ד מג' היו שם נכסים בראוי אינן כבמוחזק וכו'. כ' הרע"ב היו שם נכסים בראוי. כגון עיס' ביד אחרים או הלואה עכ"ל. והר"ם כ' וז"ל וראוי הוא הדבר שעדיין לא הגיעו לידו אבל אפשר הוא קרוב שיגיעו לידו כגון שהניח חובות או סחורה ביד מתעסקים או ממון בעיר אחרת. ע"כ. וכ' ע"ז דמלשון הרבנים הנז' נראה בהדייא דכל העי' יש לה דין ראוי ולא דין מוחזק לגבי כתו' בנין דכרין והוא הדין לגבי דאינו נוטל בראוי דעיס' כולה חשיב ראוי ואין לנו לעשות מעשה הפך דברי הר"מ והרע"ב דחשבי ראוי כל העיס'. ע"פ דברי מוהריק"ש ומוהר"ם מזרחי. ואלו היו רואים דברי הרבנים הנז' הם עצמם היו חוזרים בהם ולא הוו

פליגי עלייהו ועוד שהרב דברי ריבות וכו' וזה הפסק הוא מחמשה רבני מצרים. והן אמת כי מתשו' זו נראה דפלגא פקדון דעיס' הוי מוחזק כשאר פקדון דעלמא. מ"מ כיון שהרבנים הנז' לא ראו דברי הר"מ והרע"ב נראה דאין לסמוך להורות דירית הבעל פלגא פקדון כיון שהרבנים עצמם איפשר שהיו חוזרים ולא הוו פליגי עלייהו דהר"מ והרע"ב זת"ד יעוש"ב:

ואהמ"ר בהורמנותיה דמר קאמינא דדבר זה אי אפשר לאומרו. שהרי פי' המשנה של הר"מ והרע"ב הם ספרים מפורסמים ומזמן קדמון יצא טבעם בעולם. וכבר השרישנו מוהריק"ו ז"ל ועולה על שלחן מלכים במפה סי' כ"ה ס"ב כל מקום שדברי הראשונים כתובים על ספר והם מפורסמים והפוסקים אחרונים חולקים עליהם הולכין אחר אחרונים יעו"ש דמסתמא שמיע ליהו ופלגי בהדייהו:

ואף דמהרימ"ט ז"ל חא"ה סי' כ"ב כ' וז"ל ולא תימא מאחר שהובאו בספרים מפורסמים מסתמא שמיע ליהו כדכתב מהריק"ו ז"ל. דבשלמא בפוסק שכותב הלכות פסוקות איכא למימר דאע"ג דשמיע ליה אפשר דסמך על רבוותא אחריני וסתם לן כוותייהו. אבל מי שמשיב תשובה בראיות אם איתא דשמיע ליה לא הוה שתיק מינה מלהביאה ולסותרה אלא מסתמא לא שמיע ליה כלל ע"כ:

מ"מ הרי מהריק"ש בהגהותיו בערך לחם כותב הלכות פסוקות בלי ראיות וא"כ מסתמא אמרינן דשמיע ליה דברי הר"מ והרע"ב ופליג בהדייהו דאפשר דסמך על רבוותא אחריני הנודעים לו ולפיכך סמכו עליו הבאים אחריו. ועוד אם הרב נחפה בכסף אמרה על מהריק"ש ומהר"ם מזרחי וחמשה רבני מצרים בלבד. אנן דחזינן רבים לוחמים אלא מפה ואלה מפה למעלה מכ"ה רבנים וע"כ לא פליגי אלא בפלגא מלוה אבל בפלגא פקדון כ"ע מודו דהוי מוחזק. האם נוכל לומר דכולהו הנך רבוותא דכמה דורות דור הולך ודור בא לא ראו דבריהם דרבנן הר"מ והרע"ב ז"ל:

ואנא דאמרי לדידי חזי לי דמהא לא אירייא ואין משם סתירה לדבריהם דרבנן. דאפשר כולהו הנך רבוותא חזו לפ' הר"מ והרע"ב ז"ל. אלא דס"ל דאין למדין פירוש ראוי דאמור רבנן בהנהו דאין נוטלין בראוי מראוי האמור לגבי כתו' בנין דכרין לפ' הר"מ והרע"ב דסברי מרנן דהר"מ והרע"ב עצמם אינם מפרשים כן כ"א בראוי דכתו' בנין דכרין דוקא. והט' דהא דהצריכו מותר דינר הוא בשביל שלא תעקר נחלה דאורייתא ע"י תקנתם ותתקיים נחלה דאורייתא במותר דינר וכמ"ש בפ' נערה ד' נ"ב ולכך הצריכו ג"כ שיהא המותר דינר מוחזק ולא ראוי כי היכי דודאי לא תעקר נחלה דאורייתא אבל אם הוא ראוי דאפשר שתעקר נחלה דאורייתא לא תקון רבנן כתו' בנין דכרין. וכיון שכן הוא

הטעם שפי' הר"מ והרע"ב דעיס' כולה הוי ראוי ואף בפלגא פקדון אף שהיא בתוך העיר דלא דמייא לפקדון דעלמא שכ' הר"מ דלא מקרי ראוי כ"א כשהוא חוץ לעיר ובחילוקו של הרב נחפה בכסף יעו"ש. אך כל זה הוא דוקא בראוי האמור לגבי כתובת בנין דכרין דאפי' ע"י חשש כל דהו שמא תעקר נחלה דאורייתא לא תקון רבנן דאולי לא יגיעו לידו ותעקר נחלה דאורייתא. ומפני זה פירשו הר"מ והרע"ב לענין מותר דינר דעיס' כולה אף שהיא בתוך העיר ופקדון דעלמא כשהוא חוץ לעיר מיקרי ראוי. ואין למדין מזה להנהו דאין נוטלין בראוי דשניא דא מן דא. ורב המרחק ביניהם ובזה לא יהיה הרמב"ם הפך מהסכמת מוהריק"ו ושאר האחרונים ז"ל שהעלו אפי' הוי הפקדון חוץ לעיר לא הוי ראוי ושכן מוכח מדברי הרמב"ם בחיבורו. דע"כ לא אמרי רבנן הרמב"ם והרע"ב אלא לגבי מותר דינר וכמ"ש אנן בעניותין. ואין אנו צריכין לומר שחזר בחיבורו ממ"ש בפי' המשנה כמ"ש ה' נחפה בכסף ז"ל יעו"ש:

באופן דרבים לוחמים אלה מפה ואלה מפה מערכה לקראת מערכה. דהרדב"ז ז"ל בישנות ומהריק"ש ז"ל בהגהות. ומהר"ם מזרחי ז"ל באדמת קדש. והרב שער משפט ז"ל. והרב שבו"י ז"ל. והרב יד אהרן ז"ל. והרב גו"ר ז"ל. והרב בית יהודה ז"ל משם רבו ומסתמא מסכים עמו. והרב תש"י ומוהרפ"ב ז"ל. אחד עשר מלכים וחבל נביאים מתנבאים בסגנון אחד דאף פלגא מלוה הוי מוחזק. לעומתם חמשה רבנים שבתשו' מהרי"א ז"ל. והרב נה"מ במשה"א ז"ל. והרב חוט השני ז"ל והרב פני יהושע והעט"ץ ז"ל. והרב נחפה בכסף ז"ל. [עמש"ל] והרב בני אברהם ז"ל. וה' פאת נגב ז"ל. והרב כרם שלמה ז"ל. והרב שער אשר ז"ל. י"ד מלכים] כולם כאחד עונים דפלגא מלוה הוי ראוי. ואולם הרב ברכות המים והרב שביתת יו"ט והרב שיו"ב והרב דת ודין ז"ל. ארבעה מלכים לא נתבאר לנו דעתם להיכן נוטה יען לא זכינו לאורם. והרבנים אשר רמזו להם לא ביארו לנו היאך היא דעתם:

ולפי מה שהעלינו למעלה דאזלינן בתר רובא היינו צריכין לדעת דעת הרבנים הנז' להיכן נוטה אי כמ'ר אי כמ'ר. אלא שלא הוצרכנו לזה. יען שמצד אחר נראה דנ"ד דיינינן ליה כדין ממון המוטל בספק שחולקין. שהרי כתבנו למעלה דחמשה מלכים החתומים בתשו' מהרי"א ז"ל סמוכות שלהם מפסק מהר"מ שבמרדכי. ואנן בעניותין הצגנו לפניך תשו' הרמב"ם בפאר הדור. ובודאי דלא ראו אותה הרבנים הנז'. שהרי תשו' פאר הדור לא יצא טבעם בעולם בימי הקדמונים ולא נדפסו כ"א בימי הרב חיד"א ז"ל וכמ"ש בשם הגדולים ואפשר שאם היו רואים אותה היו חוזרים הם וסיעתם דאזלי בשיטתייהו

או לפחות הוה מספקא ליהו. ולפ"ז הוי ספיקא דדינא. ובפלגא דמלוה דהוי פלוגתא דרבוותא נוטל חצי חלק בכורה. אך בפלגא דפקדון דהוי מוחזק לכ"ע נוטל חלק שלם:

וזו הלכה העלה הרב ויאמר יצחק ז"ל חלק חומ"ש סי' ס"א אחר שהביא פלוגתא דרבוותא כ' וז"ל נמצא לפ"ז דהכא בנדון דידן לא פלטי לן מפלוגתא דרבוותא וכיון שהדבר בספק הרי קי"ל דממון המוטל בספק חולקין. וכן כתב מר"ן שם ס"ז גבי היה לאב מלוה ביד הבכור הרי זה ספק אם נוטל בה פי שנים וכו' לפיכך יטול ממנה חצי חלק בכורה וכו' וא"כ הכא נמי בנד"ד דמצינו מחלוקת הפוסקים בזה ואין בידינו להכריע יטול הבכור בפלגא דמלוה חצי חלק בכורה ע"כ:

וזאת אגיד כי בימי הרב מאריה דאתרין מ'ר גאון עוזינו הרה"ג כמוהר"ר אי"ש הצרפתי ז"ל הוה עובדא ודן הרב הלכה למעשה כפסק הרב ויאמר יצחק. וכן נעשה מעשה. וכן מצאתי להרב ישרי לב ז"ל אות ק' סי' נ"ג וז"ל מחלוקת הפוסקים בענין בכורה אם הוא ראוי או מוחזק. עי' להרב דת ודין בתשו' סי' י"ב וי"ג דצלל במים אדירים והעלה לפשר ביניהם וכן הסכים מורי הגאון מ"א ז"ל בחק"ל חומ"ש ס"א סי' ע"ג וח"ב סי' ב"ן. ועי' ר"מ חו"מ ח"ג סי' ח"י. חסד לאברהם חו"מ סי' ח'. ועי' להרב"ח חו"מ ח"א סי' ר"ו שכתב דכשהמחלוקת הוא אם הוא בכור או לא ודאי דהפשוט הוא המוחזק והבכור הבא להוציא עליו הראיה. ע"ש ע"כ:

גם הרב תש"י ח"א סי' י"א כ' וזל"ה ואם אינו מוחזק שום אחד מהם עבדינן עובדא דפסק מהר"ב קלעי במלות הבעל שיחלוקו האב והיבם וכדאמרינן במלוה שנושא האב בבכור דמבעיא לן בבכור אי חשיב כמוחזק ונוטל בה בכור פי שנים או לא חשיב מוחזק ואינו נוטל בה פי שנים עי"ש בש"ס ובפוסקים צדדי הבעיא ומחמת דלא איפשיטא בעיא פסקו דיחלוקו חלק בכורה וכמ"ש בש"ס ובפוסקים ובדברי מר"ן סי' רע"ח ס"ז. וא"כ אנן נמי נימא הכי בחובות הבעל דאיכא פלוגתא דרבוותא וספיקא דדינא שיחלוקו ע"ש:

עולה מן המדב'ר ותצא דינ'א שזכה הר' דוד בנו של הר' מרדכי הבכור ליטול פי שנים בכל נכסי המנוח המוריש הר' שלמה זקינו נ"ע קרקע וטלטל וכמד"ן המוחזקים כדין הבכור. ולגבי שטרי עיסקאות שהניח מורישם. בחלק הפקדון דהוי מוחזק אליבא דכולהו רבוותא. יטול פי שנים חלק שלם. ואולם בחלק המלוה דהוי פלוגתא דרבוותא רבים אומרים דהוי מוחזק. ומנייהו מלכי סברי מרנן דהוי ראוי. דייניגן ליה כדין ממון המוטל בספק דחולקין ונוטל בו חצי חלק בכורה. ולראית האמו"ץ ח"פ פאס יע"א שמנה ימים לחדש אדר הסמוך לניסן בפר"ק בא סימן דהאי שיתא טבתא

עדתי"ך נאמנ"ו מאד וצוויי"מ וימ"ן וקיים:

הצעיר שלמה אבן דנאן ס"ט

סימן מט

טופס שטר מתנה. הע"ע בקש"מ בדל"ב ובשח"ך כ"א למ"ש האשה מסעודא בת הר' חנניה אמוזג נ"ע דמתקרי חנון אל' כר' שלם ן' סמחון נ"ע והודית הו"ג בר"ן ובהש"ד בלי שום זכר אונס וכפייה כלל אלא בלב שלם ובנפש חפיצה ונתנה במתנה גמורה לכמה"ר חיים הכהן ישצ"ו בכה"ר יוסף נ"ע כל הקרקע שיש לה תחת כיפ"ה ואגב הקרקע הנז' נתנה לו במתנה גמורה כל המטלטלין והתכשיטין והחפצים ומ"ב ושטרות באמירת קני לך וכו' וכל מד"ן כל דבר כדינו וכתועלתו כפי דתינו הקדושה באו"ה כפ"ה באופן שכל מה שי"ל תכפ"ה נתנה אותו במת"ג להחכם הנז'. מתנה שו"ק כו"כ באו"ה כפ"ה. הבתים מתהומא עד רו"ר. ואשר ע"ג עליות עד התקרה. והעליות מקרקעיתן עד רו"ר. במוצ' ומוב' ותשמי' וזכיותי' והנאו' עם כל שימוש וזכות השייך להם. מתנה מוחזקת ומקויימת בכל מיני חיזוקין וקיומין שבעולם. מתנה דלא למיהדר מינה לעלם ולדרי דרין. מתנת בריא גלויה ומפורסמת מתנה בלי שום תנאי ובלי שום שיור זכות כלל אפי' נע"י יתו"מ שכבר סלקה עצמה ורשותה וזכו' וכחה ושעבו' ועצם ורשות וכו' ב"ך מעל כל אלה ונתנה הכל במת"ג להחכם הנז'. ומו"מ רשאי הח' הנ' לעשות במתנה הנז' חו"ר ככל אשר תאוה נפשו ואין דובר אליו. ועל הנותנת הנז' רמי לסלק כל עו"ט דנפשיה ודאתי מחמתה. מעל המתנה הנז' וכך אמר ליה זיל חזק וקני ואנא בס"ד איקו ואבתרך ואדכי ואשפי ואמרוק מתנה זו מכל ערעור ושטנא שבעולם דנפשי ודאתי מחמתי. וצבי החכם המקבל הנז' ושמח במתנת חלקו והחזיק במתנה זו רובה ככולה חז"ג כאדם המחזיק בדבר הקנוי לו מד"ת שת"ת. ואמ"ל הנותנת הנ' מתנה זו כתבוה בשוקא וכו' וכו'. וביארנו לה הדברים ביאור רחב באה"ט וקבלה הכל בספ"י. ומניח אותנו וכו' וכו' והוכחנו אותה וכו' והוע"ה וכו' ובאח"ג דנפשה ודאתי מחמתה דוקה עוי"א וכו' כתחז"ל וכו' וקיים. עכ"ן. וחתו' א' מבדי"ץ וא' מסופרי בדי"ץ:

וס"ל נמ"ך. הע"ע בקש"מ בדל"ב כמה"ר חיים הכהן הנ"ל והו"ג בר"ן ונתן להאשה מסעודא הנ"ל כל המתנה הנ"ל בכללותא כאמור אין דבר נגרע כלל כל דבר כדינו בלי שום אונס כלל. בתנאי שהאשה הנז' המקבלת לא תתן במתנה מכל האמור לשו"ן כלל. ואחריה יזכו במתנה הנז' זרעה וזרע זרעה ע"ס כל הדורות. ובתנאי ג"כ שהכל יהיה מונח להיות פקיד עליו כמה"ר חיים הנז' אוכלים פירות הנכסים קו"ט והקרן קיים לעולם. ובתנאי ג"כ שלא ימכרו ולא ישעבדו הנכסים הנז' שום שעבוד כלל ולא יחול עליהם שום

שעבוד בע"ח ולא כתובת אשה לעולם ולא יכנסו לכלל חלוקה עם הבעלים. שאם יהיה מזרע האשה הנותנת או מזרע זרעה זרע זכר לא יכנס ממון המתנה קו"ט וכמד"ן בינו ובין נשותיהם לכלל חלוקה ויזכו בו יורשיו אחריה דוקא וע"מ כן נתן הח' הנז' הכל בחוזק שיתקיים דעתו במתנה הנז' באו"ה כפה"ד הברור. ואם הוצרך זרעה וז"ז ע"ס כל הדורות כנז' למזונות רשאי למכור דבר מועט כדי מחייתם לצורך שעה דוקא ולא יותר. ואם מת אחד מיורשיה יזכו במתנה הנז' זרע אשר ישאר חי בחלק המת שלא תחזור המתנה משבט לשבט אשר לא מזרעה הוא באופן שאין שום זכייה כלל במתנה הנז' לזרים אשר לא מזרעה הוא. ואם ב"מ נפסק זרעה וז"ז מכל וכל ולא נשאר לה שום זרע בן או בת. הרי מו"מ כל הנכסים הנ"ל הקדש גמור לעניי עירינו לעילוי נשמת מסעודא הנז'. ונקוש"ח האשה הנ' ומינתה לכמה"ר חיים הכהן הנ"ל להיות פקיד על ההקדש הנז' לעשות בו כרצונו ולחלק ההקדש הנ' כפי ראות עיניו ולמאן די יצבה יתניננה חיים ברצונו ולכל מראה עיני הכהן כתיב ואין דובר אליו דבר. ואין לשום אדם ליכנס בגבולו לעשות עמו חשבון על הנכנסות ועל היוצאות והאמינה אותו נאמ"ג על כל אשר יאמר כי הוא זה בלי לחי' אפי' חרס"ל בכהש"ח. ובדין הוא שיטול שכרו רביע בריוח הנכסים כנהוג כל זמן שההקדש בידו. ואדעתא דכל אלה נתן לה ולזרעה וכו' המתנה הנז'. ולפי שחששה האשה מסעודא הנז' פן ואולי אחרי מותה יזקיקו יורשיה זל"ז לשום עסק שבועה לכן נקוש"ח מיד מסעודא הנז' והאמינה להח' הנז' נגד יורשיה נאמ"ג כשע"ך לומר כו"כ הניחה אחריה האשה הנז' בלתי יזדקקו לשו"ש ועל פיו יבואו וכאשר יאמר החכם הנז' כן יקום בלי לנטות ימין ושמאל. ולראיה שכך נקש"מ הח' הנז' ונקושח"ך מיד האשה על כל האמור מרו"ס גע"ע הנא' מכו"ך והי"ז בזמן הנ"ל ושו"ק. וחתו' העדים הנז':

תשובה תחילה צל"ד אם יזכו אחריה זרעה שלא היו בעלים בשעת המתנה. א"ל. והנה מר"ן הש"ע פסק בסי' ר"י אין אדם מקנה למי שלא בא לעולם. וכו' ע"ש. ורבינו הטור סי' רפ"ב כ' וז"ל שאלה לא"א הרא"ש ילמדנו רבינו אם יש שום צד שאדם יכול להנחיל נכסיו לבנו הגדול ובנו הגדול לבנו הגדול ע"ס הדורות וכו' תשובה וכו' אם לא נולד בן בנו בשעת המתנה אינו יכול להקנות לו כיון שלא בא לעולם ע"ש. ויש לתמוה עמ"ש מור"ם במפה סי' רמ"ח ס"ז וז"ל אמר נכסי לפלוני ואחריו ליורשי והיה לו בשעת הנתינה בת אחת ואח"ך נולדו לו בנים י"א דזכתה בהם הבת דלא היה כוונתו רק על היורשים שהיו לו בשעת המתנה. ע"כ. הרי דלא אתי עלה אלא משום דלא היתה כוונתו על היורשים אח"כ ולכאורה תמוה למה הוצרך לטעם זה בלא"ה. הא קי"ל אין אדם מקנה למשלב"ל. ודוחק לפרש דכוונת מור"ם בטעם זה דלא היה כוונתו וכו' הוא משום דאין אדם מקנה

וכו'. דאין זה פשט דברי מור"ם והו"ל לומר דזכתה בהם הבת דאין אדם מקנה וכו'. ועוד תמה אני על ה' נתיבות המשפט סקי"ג עמ"ש מור"ם קודם זה אמר אחריך ליורשי והיה לו בת ומתה בחיי המקבל והניחה זרע זרעה עומד במקומה. כ' וז"ל ונראה דדוקא אותו הזרע שהיה בשעת אמירה. אבל אם נולד אח"ך לא קנה דאין אדם מקנה לדבר שלא בא לעולם וכמ"ש הרא"ש בתשו' כלל פ"ז וז"ל שלא אמרו ואחריך לפ' רק למי שהיה בעולם אבל למי שאינו בעולם לא ע"ש. ולפי דבריו דברי מור"ם דסמיכי אהדדי סתראי נינהו ולא זכר ש'ר דברי מור"ם האחרונים כדי לישבם עם הראשונים. ואף אם הוא מפרש כמ"ש שנלע"ד דחוק הו"ל להעלותו על דל שפתיו. ועוד שהרי דברי מור"ם הללו יסודם בד"מ סק"ו שעל מ"ש הרב ס"ו וז"ל האומר נכסי לך ואחריך ליורשי ולא היה לו בשעת המתנה אלא בת ואח"ך נולדו לו בנים מי נוטל הנכסים מכח מה שאמר ואחריך ליורשי עי' במרדכי פי"ן ע"כ. כ' וז"ל ויגעתי ודקדקתי ולא מצאתי שם ולקמן סי' זה נראה מדברי רבינו שאין כוונתו אלא ליורשים שהיו לו בשעת המתנה וכ"כ לקמן דאם אמר אחריך ליורשי והיתה לו בת וכו' עד אבל אם אין לה זרע אין שאר יורשים וכו' עומדים במקומה עכ"ל ונ"ל הטעם משום דהואיל ובשעת המתנה לא הו"ל לשאר יורשים לירש דודאי לא כיון רק על הבת או זרעה דהוו יורשים בשעת המתנה כנ"ל דעת רבינו ולא כב"י שתמה על רבינו וכתב יש לתמוה למה לא יירשו שאר יורשיו דהא אמר ואחריו ליורשיו והרי אלו הם יורשיו וצ"ע עכ"ל. ומה שנ"ל כתבתי. עכ"ל ע"ש. מדבריו אלו מוכרח לומר דהא דכ' דלא היה כוונתו רק וכו' אינו מטעם דאין אדם מקנה למשב"ל דהא דין זה למדו הד"מ מההיא דרבינו הטור שהביא ה' בהגה קודם זה והתם לא הוי הטעם משום דאין אדם מקנה וכו'. ונראה דהאי חילוקה שחילק ה' נתיבות המשפט דהזרע שנולד אח"כ לא קנה יצדק גם להאי טעמא דמור"ם שהרי כתב דלא היה כוונתו רק על היורשים שהיו לו בשעת המתנה. וא"כ גם מה שנולד לבת אחר שעת המתנה לא היה כוונתו עליהם. איך שיהיה מור"ם שהוצרך לטעם זה דבריו תמוהים. ובמרדכי מצאתי הטעם משום שאין אדם מקנה וכו' וז"ל קבלתי ממורי ה' יודה ממגנצא דאפי' אם יהיו לו בנים זכרים אחרי כן אחרי שאמר נכסי לסבתא שלא יהיו יורשין כי אם הבת יורשת מאחר דבשעה שאמר נכסי לירתי לא היה שם יורש כי אם אותה בת דאין אדם מקנה למי שלא בא לעולם וכו' עש"ב. ואולי בס' הב"י שהיה לו להד"מ היה כתוב ע"י בהגהות מרדכי פי"ן כמ"ש בש"ע הגה זו משם הגהות מרדכי. וע"ז כ' הד"מ ויגעתי וכו' ולא מצאתי שם אבל במרדכי פי"ן ששם מבואר לא חפש:

ומצאתי לה' המבי"ט סי' קמ"ז שנשאל ברחל שצותה ונתנה במתנת ש"מ לבנה ואח"ך לזרעו ואחריהם לזרעה שהיא בתה ואחריה לזרעה ואחריה לאחיה. וכן נתנה מתנה לבתה ואחריה לזרעה ואחריהם לבנה ואחריו לזרעו ואחריהם לאחיה. והשיב אני אומר כי אחיה זוכה אחרי זרעה כמו שציותה היא שאם היתה נותנת מתנה למי שלא בא לעולם לא היתה חלה המתנה וכ"ש שלא היה חל מתנה לאחר אחרי מי שלא בא לעולם. אבל בנ"ד היא נתנה למי שבא לעולם ואחריהם לזרעם וזרעם זוכים אחריהם מכח מה שציותה שבשעה שמתו הבן או הבת כבר הם זרעם בעולם וכן מצד הירושה שזרעם יורש אותם מד"ת וא"כ גם אחיה אע"פ שאינו יורש שלהם כיון שזרעם אחר שבאו לעולם זכו גם אחיה זוכה מהם כיון שזכו הזרע שכבר הוא בעולם ע"כ עש"ב:

מבואר מדבריו דהיכא דמקבל א' ישנו בעולם אף דאחריו אינו בעולם בשעת המתנה כיון דישנו בעולם בשעת מיתת המקבל זוכה מכח מתנה:

ונראה דהרא"ש ז"ל והמבי"ט ז"ל פלגן בהדייהו. דבההיא דהרא"ש יש למקבל א' בעולם בשעת המתנה ואפ"ה סבר לה מר דאחריך אינו קונה דאין אדם מקנה למי שלא בא לעולם. ולפ"ז נאמר דמור"ם במפה הכי ס"ל דמאחר דמקבל א' ישנו בעולם אף שאחריו אינו בעולם קנה אם לא מטעם דלא היה כונתו וכו':

ומצאתי להכנה"ג בהגה"ט סי' רמ"ח אות ב' שהביא דברי הרא"ש והמבי"ט הנז' וכ' שדברי המבי"ט היפך תשו' הרא"ש ואף הרדב"ז ומהר"י צייאח שחולקין עליו מטעם אחר ולא מטעם הרא"ש ותמה איך נעלם מעיניהם תשובת הרא"ש ז"ל וסיים בזה וז"ל וצריך לידחק ולומר דלא זיכה הרב ז"ל לאחי רחל אלא מפני שבא מכח יורש רחל המצווה וכיון שבא מכח יורש רחל אע"פ שאין אותו זרע בעולם בשעת המתנה יוריש למורישו דממילא הוא יורש ולא משום תנאי. אבל בנדון הרא"ש ז"ל אע"פ שאחריך בא מכח יורש מ"מ כיון שלא אמר שירש כל הזרע של המקבל אלא בנו הגדול דוקא אינו בא מכח ירושה דממילא אלא מכח תנאי וכיון שבשעת המתנה ובתנאי לא היה בעולם אם הוא אינו זוכה במה יזכה אחריך. ואע"פ שמדברי מהר"ם מטראני ז"ל נראה דזיכהו מכח מתנה אף בלא טעם ירושה. צריך לידחק ולומר בסמיך הא אהא ע"כ:

ומלבד שתירוצו של הכנה"ג דחוק הרבה כמ"ש הכנה"ג בעצמו. לא יצדק תירוצו לדברי מור"ם. ואם כנים הדברים שכן היא ס' מור"ם ודאי דפליג עם הרא"ש. וא"כ לדידן דקבלנו עלינו הוראות מור"ם היכא דלא גילה דעתו מר"ן הכי נקיטינן. ובפרט דפשט דברי המבי"ט והרדב"ז ומהר"י צייאח מוכחי הכי דתירוצו של הכנה"ג דחוק הרבה. וא"כ בנדון דידן דמקבל א' ישנו בעולם בשעת המתנה אף שאחריו לא היה בעולם זכה:

ולתירוצו של הכנה"ג בנ"ד זכו אחריו אף לדעת הרא"ש. דמבואר מדבריו דדוקא בההיא דהרא"ש שלא זיכה לכל זרע המקבל כולו דליכא ירושה דממילא אינו זוכה גם מכח מתנה. אבל היכא דזיכה לזרע המקבל כולו זוכה גם מכח מתנה. ולפ"ז אף דזרע המקבל אינו יורש להנותן כ"א יורש המקבל אפ"ה זכה אלא דדקדוק לשון הכנה"ג אינו מורה כן. שהרי כ' דלא זיכה ה' ז"ל לאחי' רחל אלא מפני שבא מכח יורש רחל המצווה וכיון שבא מכח יורש רחל ע"כ. ומדנקט יורש רחל המצווה יראה לומר דדוקא בנותן לכל זרע המקבל שהוא יורש לנותן. אלא דיש לדחות ולומר דהא דנקט הרב יורש רחל המצווה הוא משום דמעשה שהיה כך היה. אבל לעולם כשתהיה המתנה לזרע המקבל כולו הגם שאינו יורש הנותן סגי וזוכה:

וכן הבין ה' ויאמר יצחק ד' קע"ב ע"ד שאחר שכ' דברי הכנה"ג הנז' כ' וז"ל מבואר מזה דדוקא בנדון הרא"ש ז"ל שזיכה לבנו הגדול ואחריו לבנו הגדול כיון שלא אמר שירש כל הזרע של מקבל אלא בנו הגדול דוקא א"כ אחר שאותו הבן לא היה בעולם אינו זוכה כיון שאינו בא מכח ירושה שהרי איכא יורשים אחרים עמו ואינו זוכה אלא מכח התנאי של אחריך שאמר הנותן והו"ל מזכה למי שלב"ל דלא קנה. משא"כ הכא בנ"ד שאמר ואחריו מעכשיו לזרעו הראוי ליורשו וזרעו וז"ז וכעזה"ד עסכ"ה א"כ הרי זיכה לכל היורשים של המקבל וכיון שכל זרע המקבל בא לזכות מכח ירושה ולא מכח התנאי של אחריך אף שאותו הזרע לא היה בעולם בשעת המתנה יזכו במתנתם כיון שהם באים מכח ירושת המקבל כמ"ש. ע"כ. וע"ש ד' קפ"ו ע"ב:

ולכאורה יש להכריע כפירושו דמאחר דרחל המצווה היה לה בן ובת והבת אינה ראויה לירש במקום הבן וא"כ המתנה שנתנה לבת ואחריה לזרעה ואחר זרעה לבנה שהוא אחי הבת ואחריו לזרעו ואחר זרעו לאחיה של רחל שאמר הרב דזכה זרע הבן והבת וזוכה אחריהם אחיה של רחל. והלא זרע זה אינו יורש כ"א למקבל ואינו יורש לרחל המצווה דהבת אינה ראויה לירש במקום הבן. בשלמא במתנה שנתנה לבן ואחריו לזרעו ואחריו לבתה אחות הבן ואחריו לזרעו ואחריהם לאחיה של רחל. בזה זרע הבן והבת הם יורשים להנותן אבל לא במה שנתנה לבת כמ"ש. אלא דאין זה הכריע דבלא"ה הכי יש להקשות. על הרב המבי"ט אמ"ש וז"ל מה שנתנה לבנה וכו' וכן נתנה לבתה וכו' לא חדשה שום דבר ממה שהוא ד"ת שמא שנתנה לבן וכו' וכן מה שנתנה לבת יהיה לה אחריה לזרעה ואחרי זרעה לאחיה ולזרעו וכן הולכת הנחלה וממשמשת לסוף הדורות ע"ש. דבאמת דבר זה תמוה הוא דהיאך יאמר קדוש דמה שנתנה אחר זרע הבת לאחיה של הבת דלא חדשה שום דבר ממה שהוא ד"ת וכן הולכת הנחלה וכו'. והלא זרע הבת

משפחת בית אביו הם ירשוהו. א"ו דכוונת הרב היא שמה שנתנה רחל לבנה אחרי זרע הבת הכוונה היא שרחל נתנה לבנה אחרי בתה וזרעה והוי כאלו אמרה שאחרי זרע בתה תחזור המתנה לה ומכחה יזכה בנה ואחריו זרעו דלפ"ז לא חידשה ממה שהוא ד"ת. וכן צריך לפרש במ"ש אח"כ וז"ל אבל עתה שאמרה אחריה לזרעה ואחרי זרעה לבנה שהוא אחי בתה הרי מדין ירושה ג"ך הוא יורש אלא שאינו זוכה אלא במה ששיירה. ע"כ. דמ"ש שהבן מדין ירושה הוא יורש לא שירש מזרע הבת שאינו יורש שלהם אלא יורש רחל אמו דהיינו שחוזרת המתנה לה וירש אותה הבן וזרעו אחרי מות הבת וזרעה. ומ"ש אח"ך וז"ל אבל מה שאמרה אחרי זרע בתה לאחיה שיהיה לאחיה של רחל אחרי זרע בנה מה שירש מאחותו יהיה לאחיה ע"כ. נראה ודאי דמ"ש מה שירש מאחותו אינו אלא אשגרת לשן לפי שאינו זוכה בנכסים כ"א אחרי מות זרע בתה. אבל אינו יורש אחותו כשיהיה לה זרע ולא ירש כ"א מרחל אמו כמ"ש:

ולפ"ז עדיין מקום לומר דמה שזיכה ה' לאחיה של רחל הוא מפני שבא מכח יורש רחל דאף במתנה שנתנה לבתה שאינה ראויה ליירש במקום הבן אפ"ה בנה של רחל אינו זוכה מכח ירושת אחותו כ"א מכח רחל אמו ואחריה זרעו ואחריו אחיה של רחל. דנמצא דלא זכה אחיה של רחל אלא מכח זרע הבן שהוא יורש רחל המצווה. אבל לעולם כשלא יהיה זרע המקבל יורש להנותן אינו זוכה

אלא דעדיין יש להכריע ממ"ש ה' אח"כ ואפ"ה אני אומר כי אחיה זוכה וכו' אבל בנ"ד היא נתנה למי שבא לעולם ואחריהם לזרעם וזרעם זוכים אחריהם מכח מה שציותה שבשעה שמתו הבן או הבת כבר הם זרעם בעולם וכן מצד הירושה שזרעם יורש אותם מד"ת וכו' ע"ש. הרי בפי' אתמר שזרעה של הבת זוכה גם מכח מתנה הגם שלא היה בעולם בשעת המתנה ואינו יורש לרחל המצווה שהבת אינה יורשת במקום הבן. אלמא דכל שנותן לכל זרע המקבל אף שאינו יורש הנותן זוכה וכפי' הרב ויאמר יצחק:

אלא דקשה ממ"ש הכנה"ג שם אות מ' וז"ל חזקת הוואקף שהמלך זיכה אותם כל זמן שהיה לו בן או בת יורשים אי חשיב כמו נכסי לך וכו' מורי הרב חו"מ סי' צ"ו וכו' אבל תמהני היכי מצינן למימר דחזקת הוואקף דמי לנכסי לך ואחריך לפ'. דהא ואחריך לפ' אינו אלא כשאחריך בעולם כמ"ש הרא"ש בתשו' כלל פ"ד הביאה רבינו בעל הטורים בסי' רפ"ב. ולא ידעתי איך לא זכר ש'ר דברות ראשנות אשר דבר דסבר לה מ'ר בדעת המבי"ט מ'ר אביו של מהרימ"ט שהוא רבו של הכנה"ג דהיכא דנותן לכל זרע המקבל אף שהזרע אינו בעולם בשעת המתנה זכה וע"כ לא קאמר הרא"ש ז"ל דלא זכה כ"א דוקא בנ"ד דלא קאמר שירש כל הזרע של מקבל אלא בנו הגדול דוקא. וניחא ליה להכנה"ג

ז"ל בזה לישב דברי המבי"ט עם ההיא דהרא"ש. ולפ"ז גם בחזקת הוואקף שהמלך זיכה אותם לו וליורשיו אחריו יודה הרא"ש דזוכה אף שהזרע אינו בעולם. ובודאי דגם ה' מוהרימ"ט ז"ל יסבור כהרב המבי"ט אביו שהוא מרה דשמעתא שחידש דין זה לדברי הכנה"ג. ואף לפי פשטן של דברים דנראה דהמבי"ט והרא"ש ז"ל פלגן בהדייהו. הרב מהרימ"ט פשוט דס"ל כהרב אביו. ובין כך ובין כך אין לתמוה על הרב מוהרימ"ט:

ולכאורה בהבטה ראשונה. היה נראה להביא ראיה היפך ממ"ש הכנה"ג מתשו' מוהר"י עוזיאל הובאה בתשו' מהרשד"ם חא"ה בצואה שנתן ללאה בתו ואחריה לבנים הנולדים מגופה. שנסתפק הרב וז"ל אי מה שצוה הזקן שתלך הירושה לבני לאה הנולדים מגופה הוא מזכה לדבר שלב"ל כי הא דאמרינן נכסי לבנים אשר תלד דלא אמר כלום דדוקא במזכה לעובר שלו אמרינן דקנה וכו' א"כ ה"ן אחר שבזמן הצוואה עדיין לא היה בעולם בן לאה ולא נולד אלא לאחר כמה שנים כנראה מתוך הצוואה א"כ איך זכה מכח הצוואה. או דילמא דלא זכה מכח הצוואה שמזכה לו רק מכח התנאי שהתנה שלא יורישינו יורש אחר זולת היוצא ממעי בתו שכוונתו היא שלא יזכה בבית ההוא הבעל שהוא יורש קודם לבנים ואינו מיוצאי מעיה ובודאי שבידו היה כח לסלקו כי הא דאמר אביי אחריך מוצא מיד הבעל וא"כ זכות הבן אחר סילוק הבעל בא מאיליו ובמקומה עומדת וקנה. ע"כ ע"ש:

הרי דאף דמקבל א' ישנו בעולם ונתן לכל זרע של מקבל ואפ"ה כ' ה' ז"ל דלא זכה מכח הצוואה אלא דנסתפק דילמא יזכה מתנאי הסילוק שסילק לבעל וזכות הבן בא מאליו ואפי' סילק לבעל וזיכהו מכח ירושה לא זיכהו מכח הצוואה וזה נראה לכאורה דלא כהכנה"ג:

גם ה' קצות החשן סי' רמ"ח סקי"ג כ' וז"ל אמנם נראה לענ"ד בנדון זה שהתנה ואחריה ליורשיה מגופה כיון דהוי לדבר שלב"ל לא זכו יורשיה מגופה וכו' וא"כ כיון דלנולדים לא מהני הקנאה א"כ יורשיה מגופה לא זכו וכיון דאחריך נסתלק ממילא קם לה ביד בעל שהוא כלוקח ואפי' לפי דעת מוהרש"ך דבמה שאמר וליורשים הנולדים מגופה דעתו היה לסלק לבעל וכן אפי' באומר לנשואה ואחריך ליורשיה מגופה דודאי סילק את הבעל אפ"ה כיון דאחריך לא זכה ממילא זכה בעל דלא סילק לבעל אלא מכח אחריך וכמ"ש חכם צבי בתשו' סי' ל' ע"ש דכי היכי דאומר ואחריך לפ' דסילק ליורשי קמה ואפ"ה אם אחריך נסתלק וכגון שמת קודם הראשון קמה לה ביד יורשי ראשון וה"ה באומר לנשואה ואחריך לפ' לא סילק לבעל אלא עבור אחריך והיכא דאחריך כבר נסתלק

קמה לה ביד בעל וע"ש. וא"כ ה"ן אפי' באומר לנשואה ואחריך ליורשיה מגופה כיון דיורשיה מגופה לא זכו הו"ל כמו נסתלק אחריך וזכה הבעל וזה ברור עכ"ל:

מבואר מדבריו דאף דישנו למקבל א' בעולם ונתן לכל הזרע של המקבל דלא זכו הנולדים מגופה אף דסילק את הבעל לדעת מוהרש"ך או אפי' בנשואה לכ"ע דאיכא ירושה וכמ"ש מוהר"י עוזיאל אף דבעיקר הדין אם יזכה הבעל א"ל. פליגי בהא מודו דלא זכו הנולדים מגופה מכח הצוואה:

אכן כד דייקינן פורתא אשכחן דלא פליגי דע"כ לא לא קאמר הכנה"ג אלא דוקא היכא דאיכא ירושה דממילא אבל בנדון הרבנים הנז' ליכא ירושה דממילא ולא נמשכה הירושה כ"א מצד דאמר ואחריך לנולדים מגופה דבזה סילק לבעל אף לס' מהר"י עוזיאל שכ' דאחר סילוק הבעל נשארה הירושה לבניה מ"מ אין זה ירושה דממילא דהא אם לא אמר ואחריך וכו' דלא נסתלק הבעל אין ירושה לבנים אלא הבעל יורש את אשתו. וכ"ש לס' ה' קצות החשן שכ' דגם אחר סילוק הבעל אין יורשין אותה בניה הנולדים מגופה אלא הבעל יורש ודוקא בנדון המבי"ט דאיכא ירושה דממילא אף אם לא אמר ואחריך בזה אמרינן דמאחר דאיכא ירושה דממילא אף בלא אמירת ואחריך וכו' לכן זוכה גם מצד ואחריך:

איך שיהיה עלה בידינו דלדעת ה' כנה"ג דס"ל דהיכא דמקבל א' ישנו בעולם ונתן לכל זרע של המקבל דאיכא ירושה דממילא זוכה גם מכח מתנה. א"כ בנ"ד שאמר ואחריה יזכו במתנה הנז' זרעה וזרע זרעה עסכ"ה מאחר דמקבל א' ישנו בעולם ונתן לכל הזרע של המקבל דאיכא ירושה דממילא זוכים גם מכח מתנה אליבא דכ"ע גם לדעת הרא"ש וכמ"ש הכנה"ג:

אלא דעדיין יש לפקפק והוא דכתוב בשטר מתנה ולא יכנסו לכלל חלוקה עם הבעלים. וא"כ נחזי אנן אם לאיזה בת מבנותיה לא יהיה לה כ"א זרע הנולד אחר שעת המתנה אם יזכה בנכסים כולם גם בחלק הבעל דבשלמא במחצית הנכסים הראוי להם שיש בהם ירושה דממילא יזכה גם מכח ואחריך וכמש"ל. אבל במחצית הנכסים הראויים לבעל מצד הירושה שהרי הבעל יורש את אשתו ד"ת אלא שרבותינו בעלי התקנות העמיסו על הבעל לחלוק עם אשתו א"ך בחצי של הבעל אף דהנותן סילק לבעל שלא יבוא לכלל חלוקה. אין בזה ירושה דממילא כ"א ע"י מעשיו שסילק את הבעל. ודמי נדון זה לנדון ה' מהר"י עוזיאל ז"ל הנז' שכתבתי למעלה דנסתפק דאף דלא זכה מכח הצוואה משום דהוי מזכה למי שלב"ל מ"מ יזכה מחמת הסילוק שסילק לבעל וא"כ זכות הבן אחר סילוק הבעל בא מאיליו אלא דמאי דמספקא ליה למהר"י עוזיאל מפשט

פשיטה ליה לה' קצות החשן העתקנו דבריו למעלה שכ' דאפי' לפי דעת מהרש"ך דבמה שאמר וליורשים הנולדים מגופה דעתו היה לסלק הבעל וכן אפי' באומר לנשואה ואחריך ליורשיה הנולדים מגופה דודאי סילק את הבעל אפ"ה כיון דאחריך לא זכה ממילא זכה בעל. וא"כ לא נניח פשיטותו של הרב קצה"ח מקמי מאי דמספקא למהר"י עוזיאל ולפ"ז בנ"ד כאשר יהיה האופן כן. נראה דלא יזכה הזרע הנולד אחרי כן במחצית הנכסים הראויים לבעל משום דהוי מזכה למי שלב"ל. ואפי' לפי דעת הכנה"ג דע"כ לא קאמר אלא בדאיכא ירושה דממילא. אבל בנדון כזה ליכא ירושה דממילא שהרי הבעל הוא היורש אלא שנסתלק וכמ"ש למעלה דלא פליגי הכנה"ג והקצה"ח והוי נדון זה כמו הנותן לנשואה ואחריה לנולדים מגופה דודאי סילק את הבעל ואפ"ה כ' הקצה"ח דהבנים לא זכו ולפיכך יזכה הבעל אף דעשה לו סילוק. גם בנדון זה אף שסילק את הבעל מאחר דהבנים לא יזכו יזכה הבעל וכדפשיטא ליה להקצה"ח. ולפ"ז לא נתקיימה דעת הנותן שהרי הוא התנה בפי' שע"מ שתתקיים דעתו נתן שכן כתוב בשטר מתנה אחרי הדברים האלה וז"ל וע"מ כן נתן החכם הי"ו הכל בחוזק שיתקיים דעתו במתנה הנז' באו"ה כפ"ה הברור ע"כ. וחזר הדברים אח"כ וז"ל ואדעתא דכל אלה נתן לה ולזרעה וכו' המתנה הנז':

עוד יש לפקפק מצד אחר שהרי כתוב בשטר המתנה וז"ל ואם מת א' מיורשיה יזכו במתנה הנז' זרע אשר ישאר חי בחלק המת שלא תחזור המתנה משבט לשבט אשר לא מזרעה הוא וכו' ויש במציאות דלא יזכה הזרע הנשאר חי אף לדעת הכנה"ג כגון שלא יהיה זרע הנשאר חי בשעת המתנה דליכא צד ירושה כלל דההוא שבטא דכלה ב"מ משפחת בית אביו הם ירשוהו וכיון דליכא ירושה דממילא אינו זוכה מדין ואחריך. וא"כ לא נתקיימה דעת הח' הנותן שע"מ שתתקיים דעתו נתן. אבל היכא דיהיה במציאות שלא תתקיים דעתו כפ"ה אדעתא דהכי לא נתן. דמדתלה מתנתו בקיום דעתו מוכח דהיכא שיוודע דיש פעמים שלא תתקיים דעתו מן הדין אדעתא דהכי לא נתן דמדהא ליתא. הא נמי ליתא. ולא דמי למ"ש מור"ם סי' נ"א וז"ל אם היו כתובים בשטר ב' או ג' דברים ונתבטל השטר לדבר א' השאר לא נתבטל. ע"כ. ופי' הסמ"ע שנתבטל מכח גוף הענין ולא מכח פיסול העדים משום הכי מתקיימת עדותן לשאר עניינים שבשטר ע"כ. דשאני התם דלא תלאן זה בזה. אבל בנ"ד שע"מ שתתקיים דעתו ואדעתא דכל אלה נתן. הא בהא תלייא בהבטל צד אחד יתבטל הכל:

ויען כי בפרט זה יש מקום להאריך אלא שאין הזמן מסכים לכן אתהלך בדרך קצרה. דאמור בגמרא בפ' המגרש ד' פ"ד אההיא דהרי זה גטיך ע"מ שתאכלי בשר חזיר. ותיפוק

ליה דמתנה ע"מ שכתוב בתורה וכל המתנה ע"מ שכ' תנאו בטל. ומשני אמר רבינא כי אמרינן מתנה עמש"ב תנאו בטל כגון שאר כסות ועונה דודאי קא עקר. אבל הכא מי קאמר לה לא סגי דלא תיכול ולא תיגרש ע"כ. וקשה דהא כל תנאי הכי הוא ואף בשאר כסות ועונה מי קאמר לה לא סגי דאין לה עליו שכ"ו לא תתקדש ולא ליעקר שכ"ו. הגע עצמך אם אמר לה הרי את מקודשת ע"מ שתאכלי בשר חזיר ודאי דלא הוי מתנה עמש"ב דלא תיכול ולא תתקדש. וכן כ' הרמב"ם להדייא. וא"כ מאי שנא משאר כסות ועונה. ורש"י פי' וז"ל דודאי קא עקר. שהרי מסר לה קידושין והרי היא אשתו להתחייב בכולהו וכי אתני ע"מ שלא יתחייב הוה ליה עקר. ע"כ. והנראה בכוונת דבריו דר"ל דמאחר שמסר לה הקידושין ואמר לה הרי את מקודשת. אקדשא. ואין מועיל תנאי אח"ך שכבר היא אשתו. ובפ' השוכר את הפועלים ד"ה אפי' תימא מפורש יותר וז"ל אבל המקדש את האשה מכי אמר לה הרי את מקודשת לי אתקדשא לה וכי אמר לה ע"מ שאין לך עלי. מתנה עמש"ב דאין אישות לחצאין וכי תפוס קידושין לגמרי תפוס והו"ל מתנה עמש"ב. ע"כ. ואף לפירושו צ"ל דדוקא בשכ"ו הוא דהתנאי לאו כלום הוא מאחר שכבר היא אשתו ובמסירת הקידושין נתחייב בשכ"ו ד"ת. אבל באומר הרי את מקודשת ע"מ שתאכלי בשר חזיר שאין האיסור תלוי במסירת הקידושין אף שכבר היא אשתו מהני תנאו ולא הוי מתנה עמש"ב מאחר דלא אמר לה לא סגי דלא תיכול. וכן באומר הרי זה גטיך ע"מ שתאכלי בשר חזיר אף דבנתינת הגט נתגרשה כיון שאין האיסור תלוי במעשיו הוי תנאי ולא הוי מתנה עמש"ב. דלא תיכול ולא תיגרש דדוקא בשכ"ו דהחיוב תלוי בקידושין. וכי תפוס קידושין לגמרי תפוס להתחייב בכולן דאין אישות לחצאין וכבר היא אשתו. לכך כשחוזר ומתנה הוא מתנה עמש"ב. אבל בבשר חזיר דאין האיסור תלוי בנישואין וגירושין לא הוי מתנה עמש"ב. נמצא כי עיקר חילוק רבינא בשכ"ו הוא ע"י הצטרפות ב' דברים. שמסירת הקידושין קודם התנאי. ושהם דברים שחייב בהם ע"י קידושין. ובהצטרף שניהם הוי מתנה עמש"ב:

והתוספות פ' אע"פ הביאו פי' רש"י דפ' השוכר ודחוהו וז"ל ובקונטריס פ' שם דהכא מקודשת משום דכי יהיב לה קידושיה. אקדשא. ותנאה ובתר הכי לאו כלום הוא שכבר היא אשתו. אבל שומר חנם מתנה קודם שמשך. ואין נראה דהא כל תנאי לר' מאיר תנאי קודם למעשה הוא. ע"כ. ולדבריהם צ"ל דעיקר חילוקו של רבינא בשכ"ו הוא מחמת שתלו חיובם בקידושין ולכך הוי מתנה עמש"ב שהתורה אמרה שעיקר הנישואין תלוי בשכ"ו והוא מתנה שלא יהיו בשכ"ו אף דלא אמר לה דלא סגי דלא לחייב בשכ"ו אפ"ה

הוי מתנה עמש"ב. אבל בבשר חזיר דאין האיסור תלוי בנישואין כיון דלא אמר לה דלא סגי דלא תיכול לא הוי מתנה עמש"ב:

ואף רש"י דפ' המגרש אפשר דהכי כוונתו ולא הוצרך לומר בפ' השוכר שכבר היא אשתו אלא משום דאמר שם בגמרא שאני ש"ח דמעיקרא לא שעבד נפשיה. וקשיא ליה דהכא נמי ע"מ כן אקדשה ולא שעבד נפשיה ולזה תירץ דשאני ש"ח דמתנה קודם שמשך. אבל המקדש מכי יהיב קידושין אקדשא ותנאה דבתר הכי לא הוי תנאי. אבל התוספות תירצו בפ' אע"פ לקושייא זו תירוץ אחר

ובחידושי קידושין לרב א' קדמון עמ"ש בגמרא ד' כ"ג אמר רב ששת דכולי עלמא אין קנין לעבד בלא רבו ואין קנין לאשה בלא בעלה והכא במאי עסקינן דאקני ליה אחר מנה וא"ל ע"מ שאין לרבך רשות בו רבי מאיר סבר כי א"ל קני. קני עבד וקני רביה. וכי א"ל ע"מ לאו כלום קאמר. כתב וז"ל ר' מאיר סבר וכו' פירוש משום דהאי תנאי קא עקר ליה למעשה לגמרי דכי א"ל קנה קנה העבד וכיון שקנה העבד קנה רבו וכי הדר מתנה ע"מ שאין לרבו רשות בו סתר ליה למעשה לגמרי והרי תנאי זה כמי שנותן מתנה לחבירו ואומר לו קני זה ע"מ שלא יהיה לך בו כלום ושביק ליה למתנה בידיה דודאי קנה ותנאו דברי הבאי הוא דסתר ליה למעשה. ה"ן כי אמר ליה קני קנה העבד וקנה רבו והיכי מצי תו לאתנויי ע"מ שאין לרבו רשות בו. והיינו טעמא דאמר ר"מ גבי הרי את מקודשת לי ע"מ שאין לך עלי שכ"ו ה"ז מקודשת ותנאו בטל כיון דלקדושה קא מיכוין ואי אפשר לקידושין אלא בשכ"ו אמרינן דמקודשת וכשהתנה ע"מ שאין לך עלי וכו' אינו אלא כמפליגה בדברים וכו' דכל תנאי דקא עקר ליה למעשה לגמרי לאו כלום הוא. ע"כ:

והפמ"א ח"ב סי' ט' כ' וזל"ה דעיקר החילוק דאמר בגמרא דבשלמא בקידושין התורה תלתא עיקר הנישואין בשיתחייב בשכ"ו ואין בידה למחול וכיון שהוא תלה שיהיו נישואין בלא זה ה"ה מתנה עמש"ב וחולק עם התורה וע"ז לא מהני התנאי והמעשה קיים. אבל באכילת החזיר אין האיסור תלוי אם היא נשואה או גרושה וכיון שתלה המגרש באכילת החזיר בידה לקיים ואפי' שיתחייב מלקות וכיון דאין זה כאומר לא סגי דלא תיכול אלא תלה הגירושין שאם תרצה להתגרש שתאכל ואין כאן גירושין. ה"ן כיון שהתנה זה נותן המנה שיזכה העבד ולא יזכה רבו כיון שמן הדין תלוי זה בזה דאין קנין לעבד בלא רבו ה"ה הוא מתנה עמש"ב ולהכי המעשה קיים והתנאי בטל. ע"כ:

ומן הדבר האמור נלמוד לנ"ד שהתנה ע"מ שיזכו מי שאינו בעולם דלא הוי מתנה עמש"ב דאינו תלוי זכות המי שבא לעולם במי שלב"ל והוי כמי שמתנה בבשר חזיר דלא הוי מתנה עמש"ב ומאחר דהמי שלב"ל לא מתוקם אליבא דהלכתא גם המתנה בטילה:

ומצאתי להרב משכנות הרועים מע' מ' אות ש"ג שהאריך הרחיב בראובן שכתב שטר מתנת בריא לא' מבניו וכ' בתוך השטר והרי הוא מסולק מכל הירושה שאניח אחרי ולא יטול עם אחיו חלק בירושה כלל וכו' ויחזיק בבית הנז' חזקה גמורה על תנאי הנ"ל. ובאמצע התשובה כתב וז"ל וכשאני לעצמי רואה דמתנה זו תלויה בסילוקו ובלא יירש שכתב דנתבאר דדבריו בטלים הם. ועוד חזר וכתב ויחזיק בבית הנז' על תנאי הנז'. וכיון שתלה מתנתו בלא יירש אמרינן כיון שבטלה אצל לא יירש בטלה נמי אצל המתנה וכו'. וראיתי לרשב"ם ז"ל שכתב אהא דתנן בפ' י"ן דקל"ג ש"מ שאמר נכסי לך ואחריך לפ' שאם היה הא' ראוי ליורשו אין לשני במקום הא' כלום. וע"ז פי' וז"ל א' נוטלו משום ירושה וכו' כיון שעשאו יורש וזכה בד"ת כי קאמר תו ואחריך לפ' הוי מתנה עמש"ב וכו' וגם אפי' אם פירש אני מורישך ע"מ שיטול האי ב' אחריך הוי נמי מתנה עמש"ב והוי המעשה מעשה והתנאי בטל עכ"ל. ומינה איכא למימר לנ"ד דאע"פ שתלה המתנה בתנאי שלא יירש והך תנאה הוי מתנה עמש"ב שפיר אמרינן התנאי בטיל והמעשה קיים. א"כ זכה במתנה הלזו וא"כ יורש עם שאר אחיו בנכסי עזבון אביהם ונלע"ד דלא דמי דשאני התם מכי עשאו יורש וא"ל אני מורישך כבר זכה שפיר מן התורה וכי הדר ואמ"ל ע"מ שיטול האי ב' אחריך הוי הך תנאה קא משדי אדינא דאורייתא ולא מוקים לדינא דאורייתא אלא ע"מ שיקבל האי שאחריו יטול האי ב' אמטו להכי אמרינן ביה שפיר מתנה עמש"ב והתנאי בטל והמעשה קיים דמדאורייתא קא זכי כיון דשוייה יורש והוא ראוי ליורשו דזכתה לו תורה כבר. משא"כ בנ"ד בבריה הנותן מתנה לבניו ושדי בה תנאה יירש שפיר המתנה דלאו שכ"מ הוה ולאו בלשון ירושה קאמר אלא מתנה ע"מ ואינו זוכה אלא עד גמר הקנין ובחדא מחתא מחתינהו. וכיון דאשכחן דהך תנאה לא מתוקם אליבא דהלכתא דלא יירש הוי מתנה עמש"ב והמעשה והתנאי בטלים. אבל התם מכי אמר אני מורישך שפיר זכה דלאו קנין בעי ובגמר שפתיו נתפס והך תנאה דקאמר בתר הכי מגן שוייא דמתנה עמש"ב כנלע"ד ע"כ:

ולמש"ל דע"כ לא אמרינן מתנה עמש"ב תנאו בטל אלא כגון שכ"ו שהם תלוים בנישואין ואינם ענין בפ"ע. אבל בבשר חזיר שאין איסורן תלוי בנישואין וגירושין לא אמרינן דתנאו בטל. לפ"ז יש חילוק אחר בין ההיא דרשב"ם לנדון הרב. דשאני נדון רשב"ם שהתנאי שהתנה ע"מ שיטול אחריו אינו ענין בפ"ע אלא תלוי במ"ש אני מורישך שיזכה

בירושה לו ולזרעו אחריו והוי כמו שכ"ו שתלוים בנישואין וקרינן ביה ודאי קא עקר. אבל בנדון הרב אין ענין תנאי סילוק הירושה תלוי במתנה שנתן לבנו אלא ענין איסור בפ"ע והוי כמו תנאי בשר חזיר שהוא איסור בפ"ע שאינו תלוי בנישואין דאמרינן לא תיכול ולא תיגרש ה"ן לא יקבל מתנה ולא יסתלק מן הירושה. ואתמהא על הרב שלא חילק חילוק זה המפורש בש"ס. עוד יותר יש לתמוה על הרב במ"ש אח"כ וז"ל וגבי קידושי' דאיפיליגו ר"מ ור"י במקדש את האשה ע"מ שאין לך עלי שכ"ו דר"מ סבר תנאו בטל והמעשה קיים ופירש"י בסוף פ' הפועלים משום דמכי אמר הרי את מקודשת לי אקדשה ליה וכי אמר ע"מ שאין לך עלי שכ"ו הוי מתנה עמש"ב והיינו כדברי רשב"ם ז"ל גבי ש"מ המוריש למי שראוי ליורשו ומטיל תנאה עמש"ב כמדובר אלא שאח"כ ראיתי להתוספות פ' אע"פ שבס"ד הביאו פירש"י ז"ל הלזה ותמהו עליו דלר"מ בעינן תנאי קודם למעשה וכו' ע"ש ובנזיר ד' י"א אהא דתנן הריני נזיר ע"מ שאשתה יין וכו' ה"ז נזיר ואסור וכו' ומפרש טעמא בגמרא משום דהוי מתנה עמש"ב וכתבו התוס' דכי אמר הריני נזיר הוי נזיר לכל מילי וכי מטיל ביה אין התנאי כלום עכ"ל והיינו כדעת רש"י ז"ל גבי קידושין כמו שנאמר וכו' ולפי האמור מדי פלוגתא לא נפקא דלדעת רש"י ודעמיה ז"ל היכא שנתפס בלשון ראשון כגון ש"מ דדבריו ככתובין וכמסורין דמי וכן גבי נזיר דמכי אמר הריני נזיר חל עליו קדושת נזירות. אבל בשאר מילי דאינו נתפס בלשון ראשון כיון דתלי מילתיה בתנאה אי לא קיים לתנאיה בטל הדבר מעיקרו. אבל לדעת התוס' כל שהוא מתנה עמש"ב בלא"ה תנאו בטל והמעשה קיים. א"כ האי מילתא דנ"ד באשלי רברבי תלייא ולעולם היורשים נקראים מוחזקים לגבי מקבלי המתנה וכו' ע"ש. ובסו"ד כתב נמצא דלנ"ד לא נמצא לנו כח לבטל המתנה אלא לדעת רש"י דפ' הפועלים ודברי התוס' דנזיר הניתנים למעלה דמדבריהם למדנו דבשאר מילי אם לא נתקיים תנאו בטלה מתנתו ומצו היורשים לומר קי"ל כוותייהו דהא איכא תרי אריוותא עכ"ל יעו"ש: **ותמהני** דהיאך יאמר קדוש דהאי מילתא דנ"ד באשלי רברבי תלייא ולא נמצא כח לבטל המתנה אלא לדעת רש"י דפ' הפועלים והתוס' דנזיר. שכוונתו לומר דלדברי התוס' דפ' אע"פ שתמהו על רש"י דהפועלים וס"ל דאף דלא נתפס בלשון ראשון תנאו בטל והמעשה קיים דלא ילפינן לה מתנאי ב"ג וב"ר. ולמד הרב לנ"ד דאף דלא נתפס בלשון ראשון ואינו זוכה אלא עד גמר הקנין ובחדא מחתא מחתינהו הקנין והתנאי. אפילו הכי לדעת התוספות התנאי בטל והמעשה קיים:

ולענ"ד נראה דבנדון דידיה גם התוס' יודו דאין התנאי בטל דמאחר דבנ"ד אין תנאי הירושה תלוי במתנה אלא הוא איסור בפ"ע והוי דומה לתנאי בשר חזיר שהוא ענין

בפ"ע דאמור בגמרא דאין תנאו בטל דלא תיכול ולא תיגרש וה"ן מי קאמר ליה לא סגי דלא לירש. ושאני שכ"ו דודאי קא עקר וכמש"ל. ולדברי הרב בדעת התוס' הם היפך גמרא ערוכה:

ולצד שנאמר דבנדון הרב אם היה מן הדין מהני הסילוק אלא שלא רצה מקבל מתנה להסתלק ולא לקבל המתנה ככל תנאי דעלמא אם נאמר דדבריו בטלים. דמלשון הכתוב בשטר נלמוד דלא תלה הדבר בבחירתו. שהרי כתוב וז"ל איך נתתי לו מעכשיו חזקת בית א' הידועה וכו' והרי הוא מסולק מכל הירושה וכו' ומשמעות לשון זה יורה יורה דבע"כ יסתלק ואף שכתב בשטר אח"כ ויחזיק בבית הנז' חזקה גמורה על תנאי הנ"ל אין פירוש תנאי זה כתנאי דעלמא שהדבר תלוי ברצונו. שא"ך דבריו סתראי נינהו. א"ו דהכונה אם מועיל מן הדין א"ל. ואם כנים הם הדברים לא דמי לתנאי בשר חזיר. דשאני בשר חזיר מי קאמר לה לא סגי דלא תיכול. אלא תלה הדבר בבחירתה. לא תיכול ולא תגרש. אבל בנדון הרב דאין הדבר תלוי בבחירתו וקאמר לא סגי דלא ליסתלק. לשיטת התוס' דס"ל דאף דאינו נתפס בלשון א' תנאו בטל. ה"ן תנאו בטל והמעשה קיים:

אלא דאכתי איכא לתמוה מההיא דפ' המגרש ד' פ"ד ע"א ת"ר ה"ז גיטך ע"מ שתעלה לרקיע וכו' כלל אמר ר' יהודה בן תימא כל תנאי שאי אפשר לו לקיימו בסופו והתנה עליו מתחילתו אינו אלא כמפליגה בדברים וכשר וכו'. איבעייא ליהו ה"ז גיטך ע"מ שתאכלי בשר חזיר מהו. אמר אביי היא היא. רבא אמר אפשר דאכלה ולקייה. מתיבי ה"ז גיטך ע"מ שתבעלי לפ' נתקיים התנאי ה"ז גט וא"ל אינו גט ואלו ע"מ שתבעלי לאבא ולאביך לא קתני. לאביי ניחא לרבא קשייא. אמר לך רבא בשלמא בשר חזיר אפשר דאכלה ולקייה. פלוני נמי אפשר דמשחדא ליה בממונה. אלא אבא ואביך בדידה קיימא נהי דאיהי עבדא איסורא אבא ואביך מי עבדי איסורא ע"כ:

הרי מבואר דאביי ס"ל דהיכא דאי אפשר לקיימו מצד הדין הוי כאי אפשר לקיימו מצד המציאות. ואף לרבא דפליג עליה לא פליג אלא בבשר חזיר דאפשר לקיימו דאכלא ולקיה. אבל באבא ואביך דאין בידה לקיימו ס"ל דהוי כתנאי המציאות דאין בידה לקיימו. וכן פסק הרמב"ם הל' אישות פ"ו ה' י"א וז"ל התנה על האשה בשעת קידושין או בשעת גירושין שתבעל לאביה ולאחיה או לבנה וכיוצא בזה ה"ז כמי שהתנה עליה שתעלה לרקיע או תרד לתהום ותנאו בטל שאין בידה שיעברו אחרים ויבואו על הערוה ונמצא שהתנה עמה בדבר שאינו בידה לקיימו וכן כל כיוצא בזה ע"כ. והר"ן פ' האשה נקנית ד' כ"ג כ' וז"ל יש שמתמיהן האיך אפשר דקני עבד וקני רבו והרי הוא מתנה ואמר שאם יהא לרבו רשות בו שאינו רוצה שיקנה כלל. ונהי דס"ל דא"א לתנאי זה שיחול

מ"מ הו"ל למימר דלאו האי יקנה ולאו האי יקנה. ולאו קושיא היא שהרי שנינו בפ' המגרש ובסוף פ' הפועלים שהאומר ה"ז גיטך ע"מ שתעלה לרקיע ע"מ שתרדי לתהום שאע"פ שלא נתקיים התנאי ה"ז גט דכלל אמר ר' יהודה בן תימא כל שאי אפשר לקיימו בסופו והתנה עליו בתחילתו אינו אלא כמפליגה בדברים וכשר ופסקו התם הלכה כר' יהודה. וטעמא דמילתא דמאן דמתני בתנאי שאפשר לקיימו. דעתו שאם יתקיים התנאי יקנה. ואי לא לא. אבל מי שמתנה בדבר שאי אפשר לקיימו אמרינן ודאי האי גברא דעתו לאקנויי דאי לא לשתוק דהא ידע דהאי דקא מתנה אי אפשר לו להתקיים הילכך ודאי לר"מ תנאה דמילתא אינו אלא לשחרר בו ולאו לעיכובא. וה"ן הרי אי אפשר לקיימו עכ"ל. עי' מור"ם א"ה סי' ל"ח:

למדנו דתנאי שאי אפשר לקיימו מצד הדין הוי כאי אפשר לקיימו מצד המציאות והתנאי בטל והמעשה קיים. וא"כ גם תנאי זה א"א לקיימו שאי אפשר להסתלק מן הדין בל"ז והוי כתנאי המציאות. וא"כ התנאי בטל והמעשה קיים:

ונראה דשאני נדון הרב דאף דאי אפשר לקיימו מן הדין לא הוי כתנאי המציאות כמו ע"מ שתעלה לרקיע. דהתם היינו טעמא דאינו אלא כמפליגה בדברים דגם הוא יודע דאי אפשר לה שתעלה לרקיע וכיוצא ואינו אלא מצערה בדברי הבאי אבל כוונתו לגרשה. אבל בנדון הרב הנותן אינו יודע דסילוק זה אינו מועיל מן הדין ולא שייך טעמא דמפליגה אלא בדבר שהוא יודע שאי אפשר להיות. ורבא שהוצרך לומר בבשר חזיר דאכלה ולקיה משום שהוא יודע דבשר חזיר אסור ויצדק לומר טעמא דמפליגה. גם ההיא דע"מ שאין לרבו רשות בו ידע שאין תנאי זה מועיל דכל מה שקנה עבד קנה רבו. והכי דייק לישנא דהר"ן ז"ל במ"ש וטעמא דמילתא משום וכו' אבל מי שמתנה בדבר שא"א לו לקיימו וכו' דעתיה לאקנויי וכו' דהא ידע דמאי דקא מתנה א"א לו להתקיים וכו'. דוק מינה דהיכא דלא ידע לא אמרינן דעתו לאקנויי:

שוב מצאתי חילוק זה לה' פרמ"א ח"ב סי' ט' באחד שנתן לבניו כל נכסיו ע"ת שאם יתן לי ה' מן אשה אחרת בנים או בנות שגם אותם הבנים ואותם הבנות יהיה להם חלק שוה עם בני ובנותי אלו בכל המתנות הנז' בין בבתים ובין במטלטלין. והאריך בתשו' הרמת'ה וזל"ה וחוזרני ע"ע חילוק שכתבנו לעיל דבנ"ד אע"פ שהתנאי בדבר שלב"ל לא מהני המתנה מפני שאין קיום לתנאי עפה"ד נתבטלה המתנה כיון דלא קאמר ע"ת שתתנו להם חלק שוה עמכם. אלא ע"ת שיהיה להם חלק שוה וכו' דמשמע שיזכו בדין בכל המתנות והרי אינם זוכים בדין ונתבטלה המתנה. ואין לומר דה"ז דומה לה"ז גיטך ע"מ שתעלה לרקיע דקאמר ר' יהודה בן תימא כזה גט אע"פ שאינו מתקיים התנאי. דהתם

שאני דכל שאי אפשר לקיימו בסופו אינו אלא כמפילגה בדברים וכשר ופי' המפרשים שאין בלבו שום תנאי אלא להקניטה בעלמא מרחקה ודוחה אותה בדברים שהרי אנו רואים שאין בידה לקיימו. אבל הכא בנ"ד כוונתו להתנות אותו תנאי משום שעולה על דעתו שיש לו קיום ע"פ הדין ולא שייך למימר דמפילגה בדברים ע"כ:

ומינה נלמוד לנ"ד שהתנה אדעתא שיזכה מי שאינו בעולם דלא הוי כע"מ שתעלה לרקיע. דשאני התם דאינו אלא כמפליגה בדברים שהרי הוא יודע דתנאי זה א"א להתקיים. אבל בתנאי דנ"ד עולה על דעתו שיש לו קיום ע"פ הדין לא שייך טעמא דמפליגה. ומאחר שהתנאי אין לו קיום עפה"ד כמש"ל גם המתנה בטילה:

אפ"ה כ"ז לכאורה לא יגהה מזור לבטל מתנה זו שהרי צדדי ביטול התנאי הם אלו. אם מתה האשה בחיי הבעל וזרעה לא היה בעולם בשעת המתנה שאינו זוכה במתנה וכמש"ל. גם אם מת א' מיורשיה שחוזרת המתנה לזרע הנשאר חי והזרע ההוא לא היה בשעת המתנה שכתבנו למעלה דאינו זוכה. וצדדים הללו אינם כעת במציאות וא"כ נאמר דכל זמן שלא יהיו במציאות צדדי הביטול המתנה קיימת שהרי מתנה זו היא במעכשיו ולא באם דקי"ל שהמעשה חל מעכשיו ויתקיים התנאי. דמטעם זה כ' הה"מ ז"ל פ"ו מהל' אישות הל' י"ז אמ"ש הרמב"ם ז"ל כל האומר מעכשיו אינו צריך משפטי התנאים. כ' וז"ל ונראה מדבריו שהטעם שבמעכשיו ובע"מ אינו צריך לדברים אלו הוא מפני שהמעשה חל מעכשיו ויתקיים התנאי. אבל באם אין המעשה חל עד שהתנאי יתקיים והתנאי בא לבטל המעשה שלא יחול עכשיו ולפיכך צריך חיזוק יותר ע"כ. ועי' ב"ש סי' ל"ח סק"ד ובאה"ט שם סק"ו וא"כ מאחר דאם לא יהיו במציאות צדדי הביטול המתנה קיימת. השתא דהדבר ספק אם יהיו במציאות א"ל המתנה קיימת כ"ז שלא נולדו צדדי הביטול. מידי דהוה תנאי דעלמא שקיומו בספק דאמרינן דבמעכשיו המתנה קיימת כל עוד שלא נתבטל התנאי ה"ן המתנה קיימת כ"ז שלא יהיו במציאות צדדי הביטול כמ"ש:

אכן נראה דלא דמי תנאי דעלמא במעכשיו שהוא ע"מ שתעשה כך וכך וכיוצא. לנ"ד. דשאני התם דאדעתא דהכי ועל הספק נתן שיזכה מעכשיו ויתקיים התנאי אח"ך. אבל בנ"ד עולה על דעת הנותן שיש קיום לתנאי עפה"ד ולכן נתן מעכשיו ע"ת זה. ועכשיו שנולדו צדדי הביטול אף דעדיין אינם בעולם אדעתא דהכי לא נתן שהרי כתוב בשטר מתנה ואם מת א' מיורשיה יזכה במתנה הנז' זרע אשר ישאר חי וכו'. הרי דלא נתן מעכשיו אפי' אם ימות א' מיורשיה כ"א משום שעולה על דעתו שיזכה זרע אשר ישאר חי. ולכן נתן מעכשיו לפי שיש שני צדדים לקיום דעתו שמא לא ימות שום א' מיורשיה

ואם ימות ב"מ יזכה זרע הנשאר חי. אבל עכשיו שנודע דלא יזכה זרע הנשאר חי ולא נשאר כ"א צד אחד לקיום דעתו שלא תחזור המתנה משבט לשבט דהיינו שמא לא ימות שום א' מיורשיה אדעתא דהכי לא נתן:

ובפרט דבנ"ד אין אנו צריכים לכל זה שהרי כ' ה' פרמ"א סי' הנז' וז"ל וחוזרני על עיקר החילוק שכתבנו שיש לחלק בין זו דנ"ד ובין אותה שאמרו שכל שאין בידו לקיימו תנאו בטל. וחזינן דאיכא למשדי בה נרגא. דהרי רבא כדאתא לחלק בין ההיא דהרי ז"ג ע"מ שתעלי לרקיע ובין ההיא דע"מ שתאכלי בשר חזיר. אמר אפשר לה דאכלה ולקיא. ובנ"ד א"א למימר כך דאין ביד הבנים לזכותם מן הדין לאותם הבנים דליתנהו. דמן הדין אינם זוכים די"ל דלא אמר הכי אלא משום דתלה לה באכילתה ואמר ה"ז גיטיך ע"מ שתאכלי והוי דומה לע"מ שתעלה. ודוקא באומר ע"מ שתעשה כך וכך איכא למימר ולחלק בין איכא ספק בידה לעשות ובין ליכא בידה לעשות. וכל שא"א לה לקיימו לא מהני כר' יהודה ן' תימא. וכל דאפשר בידה לקיימו התנאי קיים ואם יתבטל התנאי תתבטל המתנה. ולהכי מחלק רבא בין איכא ספק בידה לשאין בידה לעשות. אבל בנ"ד שתלה זכיית הבנים דאיתנהו. בזכיית הבנים דליתנהו דלפי הדין אינם זוכים. ודאי שכל שאין קיום לתנאי עפה"ד אין המעשה קיים. דהו"ל כאומר קני את כחמור דלא אמרינן דהוי מתנה בדבר שא"א לקיימו וכמו שנתבאר. ובהכי יתישבו דברי הר"ן דמשוה מתנה בדבר שא"א לקיימו מצד המציאות דהיינו ע"מ שתעלי לרקיע. כמו מתנה בדבר שא"א לקיימו מצד הדין דהיינו ע"מ שאין לרבך רשות בו. משום דתלה זכיית העבד שזכה באופן שלא יהיה לרבו זכות באותו מנה ואין ביד העבד לזכות באופן זה דאין קנין לעבד בלא רבו והוי כאומר ע"מ שתעלה וכו'. אבל בנ"ד שהוא מזכה לבנים דאיתנהו ע"מ אם יזכו הבנים דליתנהו היינו כמו קני את כחמור. ע"כ:

ולפ"ד הרב דדחה חילוק זה מההיא דרבא דאמר אפשר דאכלה ולקיא. חזרה תמיהתינו על הרב משה"ר אלא דלענ"ד נראה דאם דברי הפרמ"א מוכרחים. דהא דהוצרך רבא לומר אכלה ולקיא משום שהוא יודע דבשר חזיר אסור. גם בההיא דעבד ידוע דמה שקנה עבד קנה רבו. וגם לישנא דהר"ן הכי דייק וכמש"ל:

איך שיהיה מתורתו של הפרמ"א נלמוד לנ"ד דתלה זכיית מי שבא לעולם אדעתא שיזכו מי שלב"ל דהו"ל קני כחמור דלא קנה. וצוויי"מ וימ"ן:

ע"ה שלמה אבן דנאן סי"ט

סימן נ

שאלה ראובן ששלח איזה סחורות לשמעון למוכרם בקומוסיון ומזה נשאר חייב לו סך מה וכשתבעו ראובן השיבו שהוא תופס אותם בשביל לוי שותפו שהוא צוהו לתופסם בשביל שראובן חייב לו כנגדם או יותר מהו הדין אי מהניא תפיסת שמעון בשביל לוי כיון שהם שותפין. א"ל:

תשובה הנה קי"ל דמלוה שתפס מעות נשבע היסת ונפטר וכדכ' מור"ם במפה סי' ע"ב סי' י"ז ע"ש ובסי' ע"ה ס"ז כ' מר"ן מנה לי בידך וכו' או שטוען יש לי בידך כנגדן כסות או כלים וכו' ונשבע היסת ע"ש וכ' הש"ך ס"ק כ"ב דאינו נאמן לטעון טענת יש לי בידך כנגדו או מחלתו או נתתו וכו' אלא במיגו דלהד"ם או במיגו דפרעתי ע"ש וא"כ אם היה לוי הוא התופס היה נאמן בשבועת היסת לומר שראובן חייב לו במיגו דלהד"ם או דפרעתי אכן בנ"ד דשמעון השותף הוא התופס לא מהניא תפיסתו ללוי דמיגו של השותף אינו פוטרו לשותף האחר וכמ"ש מר"ן סי' ע"ב סי' ט"ל וז"ל ראובן היו בידו משכונות של שמעון ומת שמעון ויורשיו תובעים המשכונות וראובן טוען אותם המשכונות אני תופס מפני שאמר לי לוי שותפי ששמעון חייב לו מדמי השותפות ורוצה לישבע לוי על משכונות אלו אין בדברי לוי כלום מאחר שאינם בידו ע"כ וכ' הסמ"ע ס"ק קי"ג וז"ל הטור מסיק וכ' ע"ז ז"ל ורוצה לישבע על משכונו שבידו כי אומר תפסתי כתפיסתו וידי כידו בכל עסק השותפות ובשליחותו אני תופס אות' ויכול הוא לישבע על תפיסתו כאלו הוא היה תופס בהן. תשובה יראה לי שאין לוי יכול לישבע על המשכונות שביד ראובן שותפו כי אם הי' ראובן טוען ששמעון חייב לו מעות ואני תופס המשכונות בשביל המעות היה נאמן במגו דלהד"ם או החזרתי לך אבל לגבי לוי אין כאן מגו כי אין מגו אלא על מה שבידו לטעון אבל במה שביד אחר לטעון אין כאן מגו כי שמא חבירו לא היה רוצה לשקר ולומר להד"ם או החזרתי לך עכ"ל:

ומינה נלמוד במכ"ש לנ"ד שהרי התם ראובן התופס יש לו חלק בחוב ההוא לפי דברי לוי הטוען ששמעון חייב לו מדמי השותפות ואפ"ה אמרינן אין בדברי לוי כלום שאין כאן מיגו כי אין מיגו אלא על מה שבידו לטעון אבל במה שביד אחר לטעון אין כאן מיגו כי שמא חבירו לא היה רוצה לשקר ולומר להד"מ או החזרתי וכ"ש בנ"ד ששמעון התופס אין לו חלק בחוב של לוי דלא מהימנן ליה ללוי בטענתו שראובן חייב לו לבדו במיגו שיטעון שמעון להד"מ או פרעתי שאין כאן מיגו כי שמא שמעון אינו רוצה לשקר ואין אדם חוטא ולא לו:

וכיוצא בזה מצאתי לה' חקרי לב חו"מ ח"א סי' ס"ז שכ' מי שמת ונשאר חייב לבע"ח הרבה והניח ירושה שטר של תק' אריות שחייבים לו ג' שותפים והשט"ח הנז' הנה הוא ביד יורש אחד שנשאר חייב לו המוריש יותר מכדי סכי השט"ח הנז' ושותף א' מאלו הג' שותפים נשאר חייב לו ג"כ סך תר' אריות וע"כ טען השותף החייב בשטר דכיון דקי"ל ב"ח מאוחר שקדם וגבה מה שגבה גבה א"כ כיון שהוא תפוס הו"ל בע"ח מאוחר שקדם וגבה ועל זה השיב נראה דממ"ש הרא"ש בתשובה שפסקו הש"ע בסי' ע"ב ס' ל"ט דאין תפיסת לוי השותף מהני בעד שמעון שותפו דאין לו מיגו דלהד"מ או החזרתי דמה שביד אחר לטעון אין כאן מגו ואם כ' כן בדבר של שותפות כ"ש כאן דבחוב זה אין לשני שותפיו חלק בו ומה גם דבמקום שטר קיים אין כאן מיגו דלא מצי טען להד"מ או החזרתי אכן יש לדחות כ"ז דכי קי"ל בע"ח מאוחר שקדם וגבה לאו מטעם מגו הוא כי אם דאפי' בתפיסה בלי מיגו מה שגבה גבה ע"כ:

הרי דלאו זכהו הרב בדינו אלא משום דלא בעינן בתפיסת בע"ח מאוחר מיגו הלא"ה אמרינן דאין לו מיגו מכ"ש מההיא דהרא"ש שפסק הש"ע ונ"ד עדיף מנדון ה' דבנדון דידיה היו כולם נתבעים שהרי כתוב בשטר רצה מזה גובה כמבואר שם וכ"ש בנ"ד שלוי אינו נתבע שהרי אין לו דין ע"ק כ"א ערב סתם וכמ"ש סימן ע"ז ס"ב:

איברא שהב"ח דחה תשו' הרא"ש ופסק הש"ע מדברי מהרא"י בתה"ד סי' של"ה והתוס' בפרק האיש מקדש דס"ל דבשותפין שנפטרו שניהם מממון בטוחים זה בזה שלא יכחישו אהדדי ואמרינן ביהו שפיר מיגו ושכן משמע מעובדא דאבימי דפ' הכותב ע"ש:

והנה מקום יש בראש לתמוה על הב"ח דמאי האי דדחה תשו' הרא"ש ופסק הש"ע מהלכה לפי מ"ש המבי"ט ז"ל ומהרימ"ט בשם הרדב"ז ומהר"א ששון ומהר"י הלוי דמיגו במקום מחלוקת לא אמרינן והביא דבריהם הכנה"ג בכללי מיגו אות קמ"ט וא"כ אף שכ' התה"ד והתוס' דאמרינן מיגו בשנים הרי הרא"ש והטו"ר והש"ע ושכן נראה מדברי הר"ם קאשטלין כמ"ש הכנה"ג שם אות ק"ד כולהו סברי דלא אמרינן מיגו וכן פסק להלכה הכנה"ג סי' ק"ח ס"ק ס"ה וז"ל עוד יש מקום לזכות ללוי שכפי הנראה היורשים הם שנים ובשנים אין לאמר מיגו אפי' הם שותפים ואית להו דררא דממונא ואע"פ שיש מחלוקת בזה כמו שכתבתי בסי' פ"ב מ"מ כיון שהדבר יוצא מידי מחלוקת חזר הדין למ"ש דמגו במקום מחלוקת לא אמרינן ע"כ:

אלא דחזיתיה לה' מטה שמעון אות קי"א שתמה על הכנה"ג דתפס כמ"ד לא אמרינן דלאו מילתא פסיקתא היא שהרי הריב"ש סי' שצ"ב ומהרשד"ם ולהקת הפוסקים

דכולהו סברי דאמרינן מיגו ויפה כח המוחזק לומר קי"ל כמ"ד דאמרינן מיגו ושכ"כ ה' פני משה דיכול המוחזק לומר קי"ל יע"ש:

אשר מזה אני תמיה על ה' חקרי לב סי' מ"ט ד' נ"ד ע"ג שכ' וזל"ה עכ"פ הו"ל מיגו בשנים והרי דעת הרא"ש דאין אומרים מיגו הפך דעת התה"ד והתוס' והרי מהר"א ששון סי' צ"ו וק"א שאין אומרים מיגו במקום מחלוקת פוס' וצריך לומר קי"ל וכבר כ' הכנה"ג זה בכללי המיגו אלא שיש חולקים ע"ז כמ"ש בס' מט"ש וכ"ש בנד"ד וכו' יע"ש דאחר דשלטו מאורי אור עיני קדשו בדברי ה' מט"ש איך כ' דלא אמרינן מיגו ולא מהני ליה תפיסה:

ולכאורה נראה לומר דטעמיה דהרב דבנ"ד הו' כמאן דפליגי אי מהני תפיסה א"ל דלמ"ד אמרינן מיגו דשנים מהני תפיסה ולמ"ד לא אמרינן לא מהני תפיסה וכבר כ' הכנה"ג סי' ד' הגב"י אות כ"ו משם להקת הפוסקים דכל תפיסה שהיא מחלוקת דלמ"ר מהני תפיסה ולמ"ר לא מהני תפיסה אין לומר קי"ל כיון דבהא פליגי אי הוי מוחזק או לא:

ואולם אכתי לא אפרק דלאו מילתא היא שהרי כ' הכנה"ג בכללי הקי"ל אות ל"א יש מי שסובר דהיינו דוקא כשהמחלוקת הוא בקרקע אבל מטלטלין חזר הדין לקי"ל והר"י הלוי בסי' כ"ג כ' דלא שנא ובתשו' פקפקתי על דברי הר"י הלוי ז"ל והעליתי בדברי החכם החולק ע"כ ובתשו' ח"ב סי' כ"ד כ' משם הרב מר בריה דמ"ש מהריב"ל ומהרש"ך דהיכא דפליגי אי הוי מוחזק או לא אינו יכול לומר קי"ל וכ' מהרש"ך. ומהרח"ש ז"ל דאית לן למיזל בתר הרוב היינו בקרקע דלא שייך ביה תפיסה אבל בס"ב סי' נ"ה למהריב"ל ובח"א סי' ק"ז למהרש"ך ז"ל שנראה דיכול לומר קי"ל מיירי במטלטלין דשייכי ביהו תפיסה וכ' שדבריו אמת ויצב ושכן מצא למהר"י הלוי שהביא כן בשם בר פלוגתיה ואע"ג דמהר"י הלוי כ' דלא שנא הוא העלה כדברי בר פלוגתיה והכריח הדבר וכ' שזה ברור יע"ש וכן כ' בתשו' סי' נ"ח ונ"ט גם ה' מט"ש בכללי הקי"ל אות ח"ן העלה דיכול למימר קי"ל וגם ה' חק"ל גופיה סי' ב' כ' והסכמת רבני האחרונים שגם במחולקת בתפיסה ותופס מטלטלין מצי אמר קי"ל וסוגיין דעלמא ג"כ לומר קי"ל וגם בתשו' מ"ר בריה שהובאה שם בסי' פ"ב כ' ואף שהרב כנה"ג בכללי הקי"ל אות מ' כ' דהיכא דפליגי אי מהני תפיסה או לא דאינו יכול לומר קי"ל הנה שם בהשמטות ה' ובתשו' בעי חיי ח"מ סי' פ"ז וצ"ח כתב משם בנו ה' ז"ל דה"ד בקרקעות אבל במטלטלים יכול לומר קי"ל והסכים עמו הרב מ"ר אביו ז"ל וכ"כ בח"ב סי' נ"ז וכן הסכימו הרב חשק שלמה אות ל"ח ובנו הרב מטה שמעון אות ח"ן ע"כ. גם ה' ברכי יוסף ח"מ סי' כ"ה ס"ק כ"ג וז"ל אי פליגי הפוסקים אי מצי למימר קי"ל או לא יש מי שכתב דלא מצי למימר קי"ל וכן נראה

שתפס ה' מש"ל פ"ד דמלוה סוף דין ו' ע"ש אמנם במטלטלין עלתה הסכמת האחרונים דיכול לומר קי"ל כמ"ש ה' כנה"ג אות ל"א ובסוף הספר בהשמטות וה' עדות ביעקב סי' מ"ו וה' נאמן שמואל סי' ס"ג וה' פני משה ח"א סי' ג"ל וח"ג סי' ס"ח וה' בני משה סי' ט"ו ותורת חסד סי' ע"ז ופ"ח ומהר"י חאנדאלי סי' כ"ח וה' דבר משה א"ה סי' מ"ג גם ה' כהונת עולם ה' רבית דף כ"ד ע"ב כתב דלזה הסכימו הרב נ"מ דף כ"ו ופמ"א ח"א סי' ו' ומהר"ש פרימו בתשובה ומהר"י בן שנג'י בס' דת ודין סי' י"ד כתב שדברי החולק אינן משנה והביא מ"ה פ"מ ח"א סי' נ"א וח"ב סי' ק"ז ע"כ. וצריך לידחק ולישב דדברי החק"ל הם לסניף בעלמא ועיקר טעמא דמילתיה הוא מ"ש וכ"ש וכו' ועל אותם טעמים סמיך ותני:

מעתה זיל לאידך גיסא דהיאך מר"ן פסיק ותני כהרא"ש ז"ל היכא דפליגי עליה התה"ד והתוס' והא הוו תרי לגבי חד וכ"ת דהכא נמי הוו תרי הרא"ש והטור בנו שכ' תשו' הרא"ש אביו ז"ל להלכה והא כ' הב"י בסי' ע"ז וז"ל ולענין הלכה כבר שאל מאתי הר' אהרן מטראני ז"ל דין זה והוריתי לו כדברי הרמב"ן ודלא כהרא"ש וטעמא דמילתא משום דהרמב"ם מסכים לדברי הרמב"ן והוה ליה תרי לגבי הרא"ש וליכא למימר דהרא"ש ורבינו יעקב תרי נינהו דתרווייהו אינם אלא כח א' דלעולם רבינו יעקב אזיל בשיטת הרא"ש וכמ"ש הר"י קולון והודה החכם הנזכר לדברי ע"כ. אשר מזה אני תמיה על הכנה"ג בתשו' סי' כ"ד הנז' שכ' דלא מצינו מי שיאמר דבר זה כ"א ה' בב"י ח"מ סי' ע"ז הוא לבדו סובר כן אמנם כל שאר גדולי האחרונים עמודי ההוראה כולהו ס"ל דתרי פחות נינהו ומזה תמה על בר פלוגתיה כאשר יראה הרואה והוא פלא שהרי אתו עמו מהר"א מטראני ז"ל כאשר הגיד מר"ן ז"ל. ועוד אני תמיה היאך מר"ן ז"ל לא זכר את דברי התה"ד והתוס' בב"י אפי' בדרך פלוגתא ואולם כ"ז הוא לדעת הרב"ח דסבר לה מר דפסק דינו של מר"ן הוא דלא כהתה"ד והתוס':

אך ה' ש"ך כ' וז"ל וכל דבריו תמוהין דכל ראיותיו שהביא הוא כששניהם יודעים האמת ע"ש ולכן אמרי' בשניהם מיגו משא"כ הכא דראובן אינו יודע אם האמת כדברי לוי וע"כ למה ירצה לשקר ולטעון להד"ם כי שמא לוי משקר הילכך העיקר כמ"ש הרא"ש והטור והמחבר וזה ברור. ע"כ:

והכנה"ג בכללי המיגו אות ק"ו כ' וז"ל מיגו של השותף אינו פוטרו לשותף אחר תשו' הרא"ש ז"ל כלל כ"ט סי' ה' הביאה רבינו בעל הטורים בסי' ע"ב סעיף ל"ג וכ"כ הרשד"ם ז"ל בחלק ח"מ סי' קס"ז ומהרש"ך ח"ב סי' ב' וכן פסק רבי' ב"י בספרו הקצר סי' ע"ב סעיף ט"ל וראיתי לב"ח סי' הנז' תפס עליו דזה דלא כמהרא"י ודלא כתוס' בפ' האיש

מקדש נראה מדבריו דמאן דסובר דאמרי' מיגו היכא שבאים ליפטר אפי' בשני עדים סובר דשותף זה פוטר לשותף אחר ואני אין דעתי כן דמאן דס"ל דאמרי' מיגו בשנים היכא שבאים ליפטר היינו דוקא כששניהם נתבעים אבל בב' שותפים שהאחד נתבע והב' אינו נתבע כנדון הרא"ש ז"ל בזה הפרט לא אמרינן מיגו שיפטר השותף האחר במיגו של זה ע"כ:

והנה לא באר הכנה"ג טעם לחילוקו ובאורו"ת בכללי המיגו סקנ"ה כ' דברי הכנה"ג בין שניהם נתבעים או אחד נתבע אין להם שחר עי"ש. וצדדתי לכוון בדבריו דברי ה' ש"ך סי' ע"ב ס"ק קנ"ח כי הוא חילוק מוסבר ור"ל דכששניהם נתבעים הם יודעים ומכירים משא"כ כשהאחד נתבע אינו יודע האמת וכנדון הרא"ש ז"ל:

הן אמת כי בדברי הרא"ש מבואר אפי' בשנים ויודעים לא אמרינן מיגו שהרי כ' בתשו' הנז' וז"ל ויותר מזה אנו אומרים בכמה מקומות אפי' שנים שיש להם תביעה אחת לא אמרינן ביהו מיגו לפי שאין אדם יודע מה שבלב חבירו כ"ש כשהתביעה היא של א' מהם ואין השני מכיר בה אלא ע"פ חבירו ע"כ מדבריו אלה מבואר דאיירי אף בשנים ויודעים. מ"מ כבר ה' חקרי לב ח"מ סי' מ"ט כ' וז"ל ועם שראיתי לה' משאת משה ח"ב סי' ה' שתמה להש"ך שרצה לקרב המרוחקים בזרוע שמדברי הרא"ש מבואר דבשנים גם ביודעים בבריא אין אומרים מיגו ולדידי ל"ק דאה"נ דבצד זה ודאי דפליגי הרא"ש להתה"ד והתוס' ותמיהת הש"ך במה שדחה עיקר דינו של הרא"ש ופסק הש"ע דאיירי באינו יודע התופס שחייב לו שבצד זה אין בירור כלל בדברי התה"ד והתוס' דאומרים מיגו וא"כ נתקיים עיקר דינו של הרא"ש ופסק הש"ע ע"כ וגם מדברי הכנה"ג מבואר כן להדייא שהרי באות הנז' ישב פסק הש"ע אפי' למאן דאמר מיגו בשנים ובאות ק"ך כ' דפליגי התה"ד והתוס' עם הרא"ש אי אמרינן מיגו בשנים יעו"ש:

אלא שאין לשון כנה"ג סובל פי' זה בפשוט ואשר אני אחזה בכוונת הכנה"ג הוא מה שהייתי רוצה לתרץ לענ"ד והוא דכששניהם נתבעים ובאים להפטר ויש בידם לטעון א"כ יכולים לטעון טענת מיגו וכי תימא הא אין אדם יודע מה שבלב חבירו ומהאי טעמא נאמר דלית ליהו מיגו דכל אחד מהם ירא לומר להד"ם או החזרתי פן יכחישנו חבירו ויתביש וכמ"ש הרא"ש לזה כ' הכנה"ג דתה"ד והתוס' סברי דבזה בטוחים הם זה בזה שלא יכחישו אהדדי כיון דבהכרח דבאחד מהם שלא ירצה לשקר יוכחש חבירו לא כן בא' מהם נתבע כנדון הרא"ש דלוי אין לו מיגו שאין בידו לטעון כ"א דוקא שמעון חייב להם ותו לא מה שביד ראובן לטעון להד"מ או החזרתי אין כאן מיגו כי שמא חבירו אינו רוצה לשקר שהרי אין חבירו בא על ידו לידי הכחשה והכלל הוא דהיכא דלא ישקר

יוכחש חבירו נימא דבטוחים הם זה בזה שככל היוצא מפיו יעשה חבירו אך היכא דלא יוכחש חבירו אמרינן דשמא לא ירצה לשקר:

וחזיתיה להט"ז שכ' דדברי הרא"ש הם תלמוד ערוך בפ' חזקת ושהם ממ"ש כדברי הרא"ש דכאן שאינו מועיל מיגו כיון שטענה שלו היא גרועה עכשיו לפי דבריו אלא שאומר מחמת דברי לוי יהיה לו זכות ע"כ לא שייך מיגו ובאמת דהרא"ש לא היה צריך לכתוב דלוי אין יכול לישבע על תפיסת שמעון דשמא שות' וכו' דהל"ל בקיצור דיכול שמעון לומר לראובן אתה לאו בעל דברים דידי את בטענות התלוים בלוי כההיא דחזקת שזכרנו:

ואהמ"ר לא ירדתי לסוף דעתו ויוד קרת קא חזינא הכא דמה ענין נדון הרא"ש להההיא דפ' חזקת דהתם ההוא גברא מודה דדידיה הוא והוא לא זבניה מניה ולית ליה מיגו כלל דטענתו גרועה דאף דמהימנן ליה בטענתו אין טענתו מספקת שהרי אינו יודע האמת והוי כהכיר בה שאינה של מוכר וכמבואר ברשב"ם והרא"ש ולכך אמרינן דלאו בע"ד דידיה הוא אבל בנדון הרא"ש דאיירי בשותפין אי הוא אמרינן דבטוחים בו שירצה לשקר הרי איכא מיגו שהרי תפיסתו כתפיסתו וידו כידו ובשליחותו הוא תופס ומה שטוען זה כאלו טוען זה וכאלו כל דברי שניהם יצאו מפה אחד והוי טענותם שוות ונאמן לוי בטענתו הברורה במיגו דראובן וא"כ ודאי דהוי בעל דברים דידיה שהרי החוב מדמי השות' ואית ליהו מיגו לכך אתא הרא"ש לאשמועינן דשמא חבירו אינו רוצה לשקר וא"כ ליכא מיגו. ולא הוצרך הרא"ש לאשמועינן דטענת ראובן אין לה מיגו מאחר שטענתו גרועה דזה פשיט ליה אלא מאי דאתה לאשמועינן הוא דאפי' הם שותפים ומאי דטעין זה כאלו טעין זה אפ"ה אין לטענה זו של לוי מיגו שמא חבירו אינו רוצה לשקר:

מעתה מה שהשיג ה' ט"ז על הרב"ח דאפקיה לתשו' הרא"ש מהלכתא מהתוס' והתה"ד דשאני התם שיש עכ"פ טענה ברורה לאותו בעל המיגו גם עכשיו שיש לומר שהמיגו לא יועיל דשמא יכחישנו חבירו בזה ודאי אמרינן מיגו שהוא בטוח שגם חבירו לא יכחישנו משא"כ בתשו' הרא"ש שמעכשיו אין לו טענה ברורה שתועיל לו התפיסה אפי' לפי דבריו ג"כ לא יועיל לו המיגו כההיא דפ' חזקת. למ"ש אנן בעניותין אין זו השגה שהרי מדברי הרא"ש מבואר דאי אמרינן דחבירו ירצה לשקר איכא מיגו ואף דטענת ראובן גרועה הרי לוי שותפו מחזק טענתו והוי טענתו ברורה ומאי דטוען זה כאלו טוען זה ומאי דתפיס זה כאלו תפיס זה והוו ליהו תרווייהו כאיש אחד וכל דבריהם כאלו יצאו מפה אחד. ולפ"ז אף בנדון הרא"ש איכא טענה ברורה אך משום דשמא חבירו לא ירצה לשקר כ' הרא"ש דליכא מיגו ולזה הב"ח השיג מהתה"ד והתוס' דס"ל דהשות' בטוחים

הם זה בזה שלא יכחישו אהדדי דס"ל להב"ח דמאן דסובר דאמרינן מיגו בב' הבאים להיפטר סובר דשותף זה פוטר שותף האחר וכמ"ש הכנה"ג שכן דעת הב"ח:
ובהורמנותיה דמ'ר אני תמיה עוד ממ"ש הרא"ש פ"ק דמציעא והב"ד ה' ב"י סי' ק"ה וזל"ה אההיא דתופס לבע"ח במקום שאינו חב לאחרים ומקשים היאך יכול לתפוס בלא הרשאה לימא ליה לאו בעל דברים דידי את וכ' הרי"ף דדוקא במקום דאיכא פסידא לבע"ח כגון דמיית לוה וכו' ותקנה הוא שהתקינו והרא"ש כ' דשורת הדין הוא ולא שייך להקשות לימא ליה לאו בע"ד דידי את שהרי אין תבעו לדין להוציא ממנו כלום שיכול לומר אין להשיב לך כיון שאין לך הרשאה אלא הולך ותופס משלו ולא מצי א"ל החזר לי מה שתפסת כיון דאין לך הרשאה דזכין לאדם שלא בפניו והוי כאלו תפס המלוה בעצמו ע"כ וא"כ בנדון תשו' הרא"ש דאיירי דמת שמעון בעל המשכונות לולי דהרא"ש בא בנותן טעם כעיקר דאין כאן מיגו משום שמא חבירו לא ירצה לשקר הוה אמינא דתפיסת ראובן תפיסה בעד לוי דלא יכול לטעון לאו בע"ד דידי את ולא מבעיא להרא"ש דסבר לה דמדינא הוא משום דזכין לאדם שלא בפניו אלא אפי' להרי"ף דתקנה היא היכא דאיכא פסידא ה"ן איכא פסידה דהרי מת שמעון אמטו להכי הוכרח הרא"ש לטעמיה:
איך שיהיה דעת הני רבוותא דפסק הש"ע הוי לכ"ע גם לדעת התה"ד והתוס' ואף לס' הב"ח דס"ל דהוי פלוגתא דרבוותא אנן בתר מר"ן גרירנא ואולם כאשר יהיה האופן דמיגו בשנים דלא גילה דעתו מר"ן בזה חזר הדין למש"ל דמרינן מיגו במקום מחלוקת. וצוויי"מ וימ"ן וקיים:
הצעיר שלמה אבן דנאן ס"ט

סימן נא

שאלה כהר' יוסף אוחנא נ"ע היתה לו שותפות עם כהר' מסעוד אביקציץ שמעיר טאנכ'יר יע"א ושוב נלב"ע כהרי"ו אוחנא הנז'. ועמדו שני בניו ה"ה הבכור כהר' אברהם ומשנהו הי' של"ם וחידשו השות' הנז' עם מסעוד הנז' בשטר. ושוב נלב"ע מסעוד הנז' ובאו יורשיו לגבות נכסי אביהם שביד האחים הנז' מעסק השות' הנז'. ולא נמצא מזומן ביד האחים הנז' במה לפרוע המעות הנז' ופשטו הרגל להיורשים הנז'. ואחר שגבר הסכסוך ביניהם ונשמע הקול שהיורשים הנז' הם מוכנים לגבות קרקעות אברהם ושל"ם הנז' בחוב אביהם. שוב ממדו האחים הנז' והותווכו עם יורשי מסעוד הנז' לפרוע להם עתה סך מה מחוב אביהם הנז' וירחיבו להם זמן בשאר ועמדו ומשכנו כל קרקעותיהם ש"ל תכפ"ה ביד כהר' יודא אזווילוס נר"ו שמעיר פאס יע"א שהיה מצוי באותו זמן

במחז"ק בעד סך ששה עשר מאות דורוס. ונתנו הסך הנז' להיורשים הנז' מפאת חוב מורישם הנז' והותווכו שילכו אברהם ושל"ם הנז' עם היורשים הנז' לעיר טאנכ'יר להיות נדונים שם עם היורשים הנז' בשיירי חובם הנז' וכאשר יגזרו עליהם כן יקום. ומאי דבני ביני בעוד האחים הנז' במחז"ק עמד א' מהאחים הנז' הוא אברהם הנז' ומכר איזה קרקע מקרקעותיו לבנו כהר' יצחק בעד סך שלש מאות צ'ורוס. שלפי הנראה שהוא שוה מאתים במנה. וגם נתן לאשתו כל המטל' שי"ל תכפ"ה וגם זיכה לה ידיה למעשיהן. ואח"כ הלכו האחים אברהם ושל"ם הנז' לטאנכ'יר יע"א. ונתפשרו עם יורשי מסעוד הנז' בשיירי חובם הנז' ע"י ידידינו הרב כמהר"מ ן' ג'ו ישצ"ו ונזקף עליהם שיירי החוב הנז' לזמנים כמשו"ח במ"א ונקרע השטר הא'. ושוב עמד כהר' יעקב אוחנא נר"ו דודם של האחים הנז' וקנה השטר משכונה הנז' מאת יודא הנז' בכתי' ומסי' כראוי וגם קנה השט"ח הנז' מאת יורשי הר"מ ן' קציץ הנז' בכתי' ומסי' כראוי. יען שי"ל שות' בקרקעות הנז' ולא תסוב נחלה וכו'. וגם האחים אברהם ושל"ם הנז' הוסיפו תת כחם לכהרי"ע הנז' וחידשו לו המשכו' שנמסרה לו כנז' וגם מכרו לו בעש"ג כל קרקעות מורישם הנז' בעד סך ששה עשר מאות דורוס הנז' ומאז ועד עתה והוא אוכל פירות הקרקעות הנז' שגובה ע"י המורשה שלו. וגם השטר מכר הנז' שכתוב בעש"ג הוא תחת ידו ורשותו שנמסר לידו מיום א' ולא הושלש. ובניסן נלב"ע כהר' אברהם הנז' ועמד כהר' יעקב אוחנא הנז' בשלהי ניסן הנז' שהוא זמן שכירות הקרקעות ותבע ליצחק בנו של אברהם הנז' להתחייב לו בשכירות העליה שהיה דר בה מורישו הנז' עם העליה שדר בה יצחק הנז' או לפנות דירתו מהם. ועמדו לדין לפנינו ע"ז ולא הטה שכמו יצחק הנז' לבא לירד עמו לפנינו לדין. והתרינו בו פעם אחר פעם ע"י סובדי"ק כמשו"ח כ"ז ביד כהרי"ע הנז'. ואח"כ נשמע הקול שיצחק הנז' טוען שאביו מכר לו רביע ושמינית בעליה שהיה דר בה אביו הנז' עם רביע ושמינית הבית הגדולה שתחת העליה הנז' שהיה דר בה כהרי"ו אוחנא הנז' בסך שלש מאות דורוס. וע"ז עמד כהרי"ע הנזכר והמציא לפנינו קב"ע כו"ח ומקו' כראוי מת"ח א' סופר שהיתה לו שייכות עם אברהם ויצחק בנו הנז' שהעיד בתע"ג וברורה שקודם שמכר אברהם הנז' ליצחק בנו הנז' הקרקע הנז' באו אצלו האב ובנו הנז' ונמלכו עמו שרוצים להבריח איזה קרקע מקרקעות אברהם הנז' מיורשי מסעוד אביקציץ שנושה בהם חובות ושאברהם הנז' הוא מוכן ללכת לעיר טאנכ'יר יע"א להתפשר עם היורשים הנז' בחוב אביהם ומפני כן הוא רוצה לעשות מתנה או מכר מאיזה קרקע מקרקעו' לבנו. ונמלך עם החכם העד הנז' אם יועיל בזה שטר מכר או מתנה. והשבו החכם הנז' שלא יועיל לא מכר ולא מתנה ושוב הלכו האב ובנו הנז'

לימלך עם מי שגדול ממנו. וחזרו אצל החכם העד הנז' וא"ל האב ובנו הנז' שהלכו אצל חכם א' דיין א' קרוב שלהם ונמלכו עמו על דנא פתגם ואמר להם שהמתנה לא תועיל והמכר יועיל ושעשו שטר מכר וידע נאמנה החכם העד הנז' שהכל נעשה כדי להבריח ג"כ בירר בעדותו הת"ח הנז' שבזמן המכר הנז' לא היה לבן הנז' נכסים במה לקנות הקרקע הנז' ואדרבא אביו הנז' הוא שהיה זן אותו מפתו יאכל וכו'. כ"ז העיד הת"ח הנז' כמשו"ח במ"א. עתה כתבנו זה ליושבי כסאות במשפט לחוות דעתם בזה כפי מה שיורו אותם מן השמים. אי המכר שמכר האב הנז' לבנו הנז' והמתנות שנתן לאשתו הנז' קיימים כפה"ד או בטלים ויכולין בע"ח לגבות חובותם מהקרקעות והמטלטלים הנז' ויבא שכמ"ה הלכ"ד צעירי הצאן החו"פ בחשון ש' מגי"ד דבריו ליעקב לפמ"ה. וקיים: ע"ה שמואל טולידאנו ס"ט ע"ה רפאל דוד בירדוגו ס"ט

תשובה הנה דין זה דמבריח נכסיו לאפקועי מבע"ח נפתח בגדולים. ופליגי ביה רבוותא. ר"ת ז"ל וסיעתו. והרא"ש ז"ל וסיעתו. הוב"ד בטוח"מ סי' צ"ט. ומר"ן ז"ל בשה"ט סתם כהרא"ש ז"ל. גם אבותינו ורבותינו המגורשים זיע"א החזיקו במעוזם את דברי הרא"ש כמבואר בסה"ק סהת"ק מש' ש"ה. אשר מזה הוכיח הרב כמוהר"ר ר"ב ז"ל בס' הנד"מ משפטים ישרים ח"ב סי' רס"ח. שאם היתה כוונתו למתנה גמורה קנה אף שהיה להבריח. שהרי התקנה ההיא היא בנויה על סברת הרא"ש כמ"ש בסוף התק' אל המקום אשר יפנה הרא"ש אחריו ילכו. ודברי הרא"ש הוא דברי מר"ן. וסיים בהגה מיהו אם נראה לב"ד שלא כיוונו לערמה רק למת"ג קנה המקבל אע"ג שהיתה כוונתו להבריח ע"כ. הרי שאף הרא"ש מודה שהכל תלוי בראיית עיני ב"ד. ואם הב"ד רואים שלמת"ג איכוין קנה. יעו"ש. ומדבריו נלמד דס"ל דלא תיקנו רבותי' בעלי התק'. אלא בנותן כל נכסיו. ולא במתנה במקצת והט'. דמצינו למר"ן דס"ל כהרא"ש ז"ל. איירי במתנה בכל. מדכתב החייב לחבירו ונתן כל אשר לו וכו'. ע"ש. ומדמר"ן דס"ל כהרא"ש ז"ל. נשמע לתקנת רבותינו המגורשים דסמכו ידיהם אההיא דהרא"ש ז"ל. וכמו שהוכיח כן הרב ז"ל לגבי מתנה גמו'

ואולם אנן לא קי"ל הכי. אלא כל היכא דאיכא אומדנא דמוכח דכוונתו במתנה להפקיע יד בעל חוביו אפי' מתנה במקצת ונתכוון למת"ג אפ"ה בטילה היא. ודלא כמוהר"ר ר"ב ז"ל. ואע"ג דאיכא מרבוותא דסברי כוותיה הוב"ד בספרן של צדיקים ועי' הפ"ת סק"ז. מ"מ מצינו לרבינו מוהר"ר אליהו הצרפתי זצוק"ל שכתב כן. והעיד בגודלו שכ"כ רבינו מוהריב"ץ זלה"ה. ואנו נגררים אחריהם בפרט במילי דתקנתא כי להם נגלו תעלומותיהם הנסתרות והנגלות:

והילך דברי הרב מוהר"א זלה"ה. נשאלתי מהתה"ש כהה"ר יעקב בירדוגו על דברת מחצית החצר המוחזקת ביד הר' יוסף לעגימי בכהר' מימון שזכה בו בתורת מקנה כהרר"ע הנז' מאת מסעוד ן' אטובי יובן שכה"ר משה טאווריל היה נושא בכהי"ל הנז' סך מה בשטר ופרע לו מה שפרע והנשאר בו בלי פירעון הרשה להר"מ אטובי לגבותו ממנו ותבע המורשה להרי"ל באייר תקנ"ד לפרוע לו שארית החוב ואמר שאין לו מעות ולא טלטל זולת קרקעות ונתרצה עם המורשה לעשות שומה והורדה למחצית החצר הנז' וכן היה שנעשית השומה והורידוהו בדי"א למורשה הנז' ועמד המורשה ומכר המחצית הנז' לכהרי"ע הנז' מכח השומה וההורדה הנז' וכשבא הלוקח הנז' ליהנות בפירות מקנתו המחצית הנז'. הוציא הרי"ל הנז' שטר מתנה שנתן החצר הנז' ופירותיה לאשתו וזמנו באייר הנז' ובאייר הנז' היה נדון עם המורשה ונמשך הדין ביניהם כמו חדש ימים. עד שנעשית ההכרזה עד יום ד' בסיון שנעשית ההורדה. ורצה הרי"ל לבטל השומה וההורדה בכח השטר מתנה שנתן בו בפרק קודם ההורדה בקצת ימים. וא"כ השומה וההורדה ההיא כמאן דליתא דהקרקע אינו שלו ונכ"ה לו ינכ"ה מפירות החצר הנז' מחובו והשאר יפרענו מעות מזומנים. עד כאן תורף שאלתו. תשובה אחר שהתבוננתי בדברי השאלה. ראיתי שהמתנה שנתן הרי"ל הנז' לאשתו היא בטילה ומבוטלת. דמוכחה מילתא באומדנא דמוכח דכוונתו במתנה זו להפקיע יד בעל חובו. שהרי לא נתן המתנה עד שתבעו המורשה ונתרצה לו הרי"ע לפורעו בקרקע הנז' וביני ביני שנתעכב מלעשות הורדה מחמת ערעור הרי"ל שהיה אומר לו לקיים השטר כתב ונתן המתנה הנז' ואין לך אומדנא גדולה מזו דכוונתו להפקיע יד ב"ח. דאם איתא דמשום חבה יתירה נודעת לו עם אשתו. נתן לה המתנה הנז' היה לו לתת לה מקדמת דנא בעת שנשאת לו או היה לו לתת לה קרקע אחר כמובן מדברי השאלה שיש לו קרקע אחר. חוץ מזה. והוא לא עשה אחת מהנה ועשה שלא כהוגן להפקיע יד ב"ח. לא תועיל לו ערמתו ומתנתו בטלה וזכה בה המורשה והלוקח ע"פ השומה וההורדה. שהרי אומדנא דמוכח וניכר לכל שלא היתה כונתו בזה אלא להפקיע ב"ח ולא יחרך רמיא צידו מאחר שלא נתעורר לתת מתנה זו אלא עד שבא המורשה ותבעו בדין. מזה מוכח לכל ויודעים ואומרים בפיהם שלא נתכוון אלא להבריח ולהפקיע ב"ח. דאלו מסתמא לא אמרינן דנתכוון להערים. אלא א"כ מוכח וניכר לכל במתנתו שנתכוון להבריח. וכמ"ש הרשב"א בתשובה הביאה מר"ן הב"י בסוס"י קי"א מחו' ב' וז"ל כתב הרשב"א. שאלת ראובן חייב לשמעון וכו' ואין לראובן נכסים אלא קרקע אחד שמכר ללוי או שנתנו לו וטען שמעון כי מכירה זו או נתינה זו לא היתה אלא להבריח וכו' או

שישבע לוי של היתה להבריח. תשו'. הדין עם לוי דמסתמא אין אומרים ששטר הברחה הוא. ובשביל טענה זו א"ץ לוי לישבע אפילו חר"ס כמ"ש הב"י יעו"ש. ודברי הסמ"ע בזה הביאם באר הגולה צריכים עיון כעת יעו"ש בסי' צ"ט. המורם מתשובת הרשב"א דמסתמא דלא ניכר שום הערמה אלא מצד טענת ב"ח. לא אמרינן ששטר הברחה הוא. אבל אי איכא אומדנא דמוכח וניכר לכל דכוונתו להבריח ולהפקיע ב"ח כנד"ז. שאז לכ"ע מודו דהמתנה בטילה. וגם מוהר"ר יעב"ץ זלה"ה לא אמרה בפסקיו אלא בסתמא דלא ניכר שום הערמה אלא מצד טענת ב"ח אבל היכא דאיכא הוכחה רבתי הניכרת לכל דנתכוון להערים מודה הוא דהמתנה בטלה ומבוטלת כדאמרן. ומה גם שכבר חזר בו מוהר"ר יעב"ץ וביטל המתנה שנתן א' לאשתו מכח הערמה כמו שנמ"ך בפס"ד א' להרב הנז'. וה"ה במתנה במקצת אזלינן בתר הערמה. ועם היות שדברי מר"ן בחומ"ש סי' צ"ט איירי במתנה בכל. עכ"ז רבותינו בעלי התק' נ"ן סמכו אסוף דברי הרא"ש ותקנו הגם בנותן מקצת אם יש הוכחה הניכרת דכוונתו להערים מתנתו בטלה אף במקצת וכמו שדקדקו מדברי הרא"ש ז"ל וכמ"ש בתקנת הש"ה ליצירה נינגונ"א מתנה. דר"ל שום מתנה אפילו במקצת ואפי' אשתו ואפי' אשה אחרת או אדם אחר כל היכא דידעינן באומדנא הניכרת דכוונתו להבריח מתנתו בטלה. ודקדוקם מדברי הרא"ש הוא ממ"ש בסוף דבריו מההוא דזבין גריוא דארעא במציעה דארעא וכו' ומה התם דתקנת חכמים היא משום דינא דב"מ נתחכמו חכמי התלמוד להפר עצתו וכו' ועוד שדין תורה כמו שכתבתי שראוי שיבטלו כל שטרי הברחות ותחבולות שנעשו עד היום הזה וכו' ע"כ. ממ"ש שיבטלו כל שטרי הברחות דדייקי כל. מוכח להדייא דאף מתנה במקצת כל שיש הוכחה הניכרת דלהבריח נתכוון אמרינן דמתנתו בטלה ואנו הולכין בעקבותיהם. גם מדסתם לה סתומי ולא חילק בין בכל למקצת. שמעינן דאף במתנה במקצת אמרינן דהמתנה בטלה ושמעינן מינה נמי דלאו דוקא בכה"ג דהוא גזל דאסור מדאורייתא. אלא אפי' בתקנות חז"ל נמי אמרינן דאפי' במקצת ואית ביה ערמה מבטלין עצתו. וכי תימא סוף סוף מאחר שבמתנה במקצת יכול הב"ח ליפרע משאר נכסים אמאי המתנה בטלה. י"ל דלא פלוג רבנן מאחר דאיכא הערמה שנתן ואח"כ משכן וכיוצא בזה. אע"ג דיש לב"ח ממה ליפרע אפ"ה המתנה בטלה דחייבים חכמי ישראל להפר עצתו כל היכא דאיכא הערמה כמ"ש הרא"ש דלא חילק בין בכל בין במקצת וכמו שדקדקו הרבנים ז"ל מסוף דבריו כאמור. ולכאורה קשיא לן מ"ש מור"ם בסי' צ"ט ס"ו מיהו אם נראה לב"ד שלא כיוונו לערמה רק למתנה גמורה קנה המקבל אע"ג שהיתה כוונתו להבריח. והגיה כן על מ"ש מר"ן החייב לחבירו ונתן כל אשר לו לאחר להפקיע חובו לא תועיל ערמתו

וכו' וכפי האמת הם חולקים דאלו למור"ם אם נתן במתנה אפי' כוונתו להבריח מתנתו קיימת. וא"כ הול"ל יש אומרים מאחר שהם חולקים. אבל הנלע"ד מ"ש מור"ם תי' מיהו הו"ל כאלו כתב יש אומרים. ור"ל אע"ג שכתב מר"ן דמתנה בטלה. מיהו יש סברא חולקת על זה דאם נראה לב"ד שלא כיוונו לערמה רק למתנה גמורה קנה המקבל אע"ג דנתכוון להבריח. ומר"ן ס"ל דאע"ג דנתכוון להקנות לו בקנין. מאחר שנעשית המתנה בערמה להפקיע ב"ח בטלה היא. דטעמא הוא מחמת דנעשית להפקיח ב"ח אמרינן מתנה בטלה היא. הא לא"ה הויא מתנה קיימת. ובמה תתקיים אם לא שנאמר דנתכוון להקנות. ולהכי אם נעשית להפקיע ב"ח אע"ג דנתכוון להקנות ובק"ס מתנתו בטלה. דדייקינן מלת להפקיע דמשמע הא לא"ה המתנה קיימת. כן יש להוכיח ממ"ש מר"ן בסי' צ"ט ס"ו וז"ל אבל אין ב"ד מגבין לו מהריוח וכו' משם מוכח דהמתנה היא בקנין. דאל"כ אמאי אינו נוטל מהריוח דבלא הערמה יכול לומר לו תן לי מעותי שארויח בהם ודמיא לההיא דסי' רצ"א תן לי פקדוני ואני ארויח וכו' דאין אדם עושה סחורה בפרתו של חבירו ומאי אירייא דנקט מטעם הערמה. אף בלא הערמה יכול לומר תן לי הריוח דמאחר שהוא בלא קנין הו"ל כפקדון. אלא ודאי ע"כ לומר דאיירי בקנין ובמה שכתבתי אי תרצה לה תמיהת הש"ך שתמה על מר"ן וז"ל לא ידענא מה ענין זה לזה דהתם המתנה כדין. משא"כ הכא שלא היתא מעיקרא כלל ובטלה למפרע והלכך אם הוא בענין שהרויח או הרבית היה שייך למתנה צריך המקבל מתנה ליתנו לבע"ח ומוציאין ממנו מדר"ן וצ"ע עכ"ל. ובמה שכתבתי ניחא דיפה כוון מר"ן לדמות האי מתנה למקרקעי המשועבדים. מאחר דהויא מתנה בקנין הפירות מיהא הוי שלו ששעבדה לו לגבי פירות וכו'. עוד נ"ל לתרץ על מ"ש מור"ם מיהו אם נראה לב"ד וכו' ולא כתב י"א מאחר שהם חולקים. דלאו קושיא היא. דיש לומר דמור"ם איירי כשאין הערמה ניכרת ומפורס' אלא ע"פ טענת התובע שאומר דהנותן נתן המתנה להבריח וישבע המקבל שלא היתה להבריח. וע"ז כתב הב"י בשם הרשב"א דאין על המקבל אפי' חר"ס דמסתמא אמרינן דלא נתכוון להערים. ובהא אפי' הרא"ש מודה דהמתנה קיימת מאחר דאין כאן הערמה ניכרת אלא ע"פ טענת התובע. אבל היכא דההערמה ניכרת כ"ע מודו דהמתנה בטלה. וא"כ היכא דאין ההערמה ניכרת אלא ע"פ טענת התובע. כ"ע מודו דהמתנה קיימת דבהא איירי מור"ם. ולכן כתב מיהו ולא כתב י"א דאינם חולקים דבכה"ג כ"ע מודו דהמתנה קיימת מאחר דאין ההערמה ניכרת ומפורסמת אלא ע"פ טעות התובע כדאמרן. אבל היכא דההערמה ניכרת ומפורסמת לא איירי ביה הרשב"א אלא בסתמא. דוק מינה דהיכא דהערמה ניכרת מודה הרשב"א להרא"ש דהמתנה בטלה ואתי שפיר מ"ש מור"ם מיהו

וכו' דאינם חולקים כמש"ל ודו"ק. ע"כ לשון הרב מוהרא"ה זלה"ה הצריך לענייניו. [הוצרכתי להעתיק רוב דברי הרב באריכות לפי שהספר הלז אינו מצוי]:

אתה הראת את דברי הרב מוהרא"ה ז"ל. ואת יק'ר סהדות'א שכ"כ רבינו מוהריב"ץ ז"ל ושכן דייק לשון נניגונ"א מתנה דלא כמוהר"ר רב ז"ל. וכן אנו דנים והולכים כי אין לנו לזוז מדבריהם. ובזמן החולף לא כביר הוה עובדא ופסקנו כן הלכה למעשה:

מעתה בכה"ג דאנן קיימין ביה שנתן אברהם לאשתו כל המטל' שי"ל תכפ"ה אומדנא דמוכח הוא דכוונתו להפקיע יד בעלי חוביו. שהרי לא נתן לה עד שתבעוהו לפרוע כמפורש בשאלה. והרי הדבר דומה להההיא דמוהרא"ה ז"ל וא"כ לא תועיל ערמתו ומתנתו בטלה. ובפרט למאי דתקון רבנן במקנאס כאשר כתב רבינו מוהריב"ץ זלה"ה הוב"ד בספרו הנד"מ משפט וצדקה ביעקב סי' ר"פ וז"ל ואם מפני המתנה שנתן הבעל לאשתו הנה כבר מימות החכם השלם דו"מ כה"ר משה טולידאנו ז"ל תקנו תקנה הגונה וביטלנו והפקענו כל המתנה שיודה הבעל לאשתו לגבי בעלי חובות שיש לבעל שלא תנעול דלת בפני לוין ע"כ. ומדלא זכר הרב תק' המגורשים נראה דמאי דהוסיפו לתקן הוא אפי' היכא דנראה לב"ד דמאי דנתן לאשתו אינו משום להפקיע יד בע"ח אלא מאיזה סיבה אחרת וא"כ מתנתו מתנה לכך תקנו רבנן דלא הויא מתנה משום שלא תנעול דלת וכההיא דתקון רבנן בש"ס בע"ח בבינונית אע"ג דדינו בזיבורית מהך טעמא דשלא תנעול דלת:

באופן דמתנה זו בטלה היא בין מתקנת רבותינו המגורשים בין מתק' מוהריב"ץ ומהרמ"ט ז"ל במקנאסא. וכן המכירה שעשה לבנו בטלה. והטעם דמההוכחות המפורשים בשאלה מוכח דאיערומי קא מערים להפקיע יד בע"ח ולא עשו אותם מכירה אלא לפנים למראית העין ומילתא דפשיטא דלא תעשינה ידיו תושיה. דאערומי קא מערים גם על תקנת חז"ל ולכך עשאה בלשון מכירה. ומדברי הרשב"א שהביא הב"י בסי' קי"א מחו"ב כמביא למעלה בדברי מוהרא"ה ז"ל. מבואר שגם במכר יש דין מבריח:

ואולם כאשר יהיה האופן שיהיה נראה לב"ד דמכירה גמורה היא והלוקח נתן מעותיו. ולא נתכוון להערים להפקיע בע"ח אלא המוכר לבד אבל הלוקח בתומו הולך. נראה דבכה"ג הלוקח לא יפסיד:

איך שיהיה. בכה"ג דאנן קיימין ביה. אומדנות מוכיחות יש דתחבולות ומרמות ותוך יש בדבר בין במכר בין במתנה כמפורש בשאלה. וכבר חיובונו חז"ל לסכל עצתם ולבטל מחשבותם ולא תועיל ערמתם. ומעתה הרי הם בטלים ואין בהם ממש. ואפשר דבנ"ד גם

מוהר"ר ר"ב ז"ל יודה כפי ההוכחות הנז' בשאלה. ותול"מ. וצויי"מ וימ"ן. הכ"ד החו"פ בשלהי חשון שנת כי תעשה
הישר בעיני ה' וקיים:
ע"ה שלמה אבן דנאן סי"ט

סימן נב

המאור הגדול. מעוז ומגדול העמוד הימני עדינו העצני הפטיש החזק. מראה הבזק. הדו"מ סוה"ר כמוהר"ר שלמה אבן דנאן נר"ו יאיר אור החמה שבעתיים. בערי עדיים כי"ר:
לשלום אין קץ. ויצא כלו חוצץ. ואקדמה פני עליון בפר'ישת של'ם וקידה כאשר נכון לעשות מול הדרתו. תרב גדולתו. ותרום ותנשא הוא ובניו אתו. בקרב ישראל עמו וצאן מרעיתו ויוסיפו לו שנות חיים ברבות הטובה. וגם עד זקנה ושיבה כי"ר:
מעשה בא' שנשא אשה בעיר תלמסאן יע"א ע"י אלמ'ירי וידוע שמכלל תנאי המ'ירי שלא יוכל לישא א"א עליה בשום אופן ובאה עמו לכאן מחז"ק וזה לו חמש שנים עמה ולא נבנה ממנה. ויש לו בן ובת משתי נשים אחרות שקדמוה. יודיעני אדוני אם יכול לישא א"א שלפי דברי קיצור התקנות שהביא ה' כרם חמר ח"ב דל"ו ע"א אינו יכול. וכ"כ ה' מהררפ"ב ז"ל בפשוט בספרו משפטים ישרים ח"א סי' קמ"ג אך שמעתי שבפאס דנים הפך מזה ובעו דוקא ממנה. ע"ז יוריני מורי מהו הדין. ואם יש בזה צד לומר דדינא דמלכותא דינא. ויבא שכמ"ה ולרו"ם החיים והשלם:
ע"ה אברהם ן' סוסאן סליט"א
תשובה הנה בקיצור התק' לה' מוהר"ר רב ז"ל המועתקים בסה"ק סהת"ק המודפס כ' וז"ל וכן מי שיש לו זרע זכר מאשה אחרת אע"פ שאין לו מאשה זו אינו יכול לישא אחרת כן פסקנו בב"ד ישצ"ו דכיון דיש לו הרי הוא בנוי וכל טעם ההיתר בתקנות משום פו"ר כמו שכתבו שראו כמה משפחות נעקרו מן העולם משום תנאי שלא ישא אשה וכו' ועוד בתקנה השניה שיש כמה בנ"א מתים בלא זרע ומשום דאין להם רשות לישא אשה ליבנות וכו' ומ"ש בתק' ממנה דברו בהווה ע"כ וה' ברית אבות ז"ל בהעתקתו לקי' התק' של מוהר"ר ר"ב ז"ל השמיט כ"ז משמע דלא ס"ל כוותיה בזה וכ"כ להדייא רבינו מוהריב"ץ ז"ל בס' הפסקים ד' קע"ג ע"ב והיא במשפט וצדקה ביעקב ח"ב סי' כ"ח וזל"ה אפי' יש לו כמה בנים זכרים חיים מאשה אחרת רשאי לישא א"א בת בנים ואין זה בכלל שבועת שלא ישא כי כל הנשבע על דעת חכמים ועל דעת ב"ד הוא נשבע וחכמי התק'

אחילו לשבועתיה כשלא ימצא לו בן זכר מאותה אשה אחר עשר שנים וכו' ע"כ. ואנן לא שבקינן דברי ה' מוהריב"ץ ז"ל דקרוב לרבותי' בעלי התק' ובקי בכולהו תקנות הנסתרות והנגלות ואפי' בחדרי חדרים ומעיד בגודלו שכן תקון מקמי הרב מוהר"ר ר"ב וב"ד ז"ל דקאמרי לה מסברא. ואפשר דאי הוו שמיעי הוו הדרי:

ואולם בנ"ד לכאורה נראה דכ"ז לא יגהה מזור למאי דאנן קיימין ביה שהנשואין היו בעיר תלמסאן יע"א שיש להם תנאי האלמ'ירי שלא יוכל לישא א"א עליה בשום אופן כמ"ש ידידינו הרב השואל הי"ו ומשתמען מלוהי דאפי' אין לו בנים כלל. דלגבי מנהגי הכתובה לא הוי כבני העיר שהלך לשם ובתר מקום נישואיהם אזלי' וכמ"ש מור"ם במפה אה"ע סוס"י קי"ח וז"ל ואפי' הלך למקום שאין נוהגים מנהג הקהלות הולכין אחר מקום שנשאה שם ע"כ והיא מתשו' הריב"ש ז"ל סי' ק"ה וכ"כ המבי"ט ח"א סי' ק"ד דשם איתשיל הרב בראובן שהיה נשוי במקום תק' ר"ג שלא ישא אשה על אשתו ונאבדה הכתובה וכתב לה אחרת במקום אחר שאין נוהגין על תקנת ר"ג ולא הזכיר אותו תנאי בכתו' והיה רוצה אחר שנים לישא אחרת עליה וע"ז השיב שאפי' לא היה כתוב בכתובה הא' אותו התנאי כיון שנשא במקום שנוהגין כך על תנאי זה נשאת. כמו שהוא לענין מנהג המקומות בנדונייא שאם נשא סתם כותב ונוהג כמנהג המדינה וכמו שהביא הר"ם במז"ל בפ' כ"ג מה' אישות. ונראה דאפי' הלך למקום אחר וגרשה שם או נתארמלה שגובה שם כתובתה כפי מה שגובין אותה במקום שיצא משם דדוקא בכתובה מנה מאתים הוא דשנינו מקולי כתובה שתטול מפחות שבמטבעות שבמקום הנישואין או במקום הגירושין. אבל במנהגי הנדונייא אזלינן בתר מקום חיובא כשאר חובות דעלמא. והכא נמי בנד"ז אפי' נשא סתם במקום שנוהגין כתק' ר"ג והלך למקום אחר אינו יכול לישא אפי' אחר עשר שנים וכו' ע"ש:

וכ"כ מהרש"ך ח"ב סי' צ"ז וזל"ה דמאי דאמרינן דהיכא דדעתו להשתקע באותו מקום שהלך לשם שאין עליו לנהוג חומרי מקום שיצא משם ה"ד היכא שאינו חב לאחרים בהפקעת המנהג שיצא משם דהיינו כגון מקום שנהגו שלא לעשות מלאכה בע"פ והלך למקום שעושין או כההיא דרבי זירא דאכל מוגרמתא דרב שמואל אבל היכא שחב לאחרים כגוונא דנא שחב לאשתו שנשא באותו מקום על סמך אותו שנוהגין שלא לישא א"א על אשתו אינו רשאי להפקיע עצמו מאותו חיוב בלכתו לעיר אחרת שנוהגים לישא אחרת על אשתו וכו' עש"ב:

וכ"כ הכנה"ג בתשו' ח"א סי' קפ"ד וזל"ה בתר מקום נישואיהן אזלינן דאע"ג דלענין גביית כתובה אמרינן בסוף כתובות מקולי כתובה שנו כאן. לענין מנהג ותקנה בענין

הגבייה בתר מקום הנישואין אזלינן וכן השיב ג"כ מהר"ם מטראני בח"א סי' ק"ד וכ"כ הר"ן בתשו' הביאה הרב"י יו"ד סי' רכ"ח וכן דעת מהריב"ל ז"ל בח"ג סי' ק"ך ומהרש"ך סי' צ"ז ורש"ל בתשו' סי' י"ד אלא שיש הפרש ביניהם אי מיירי בנשא אשה שם או לא נשא אשה שם כתבתי מחלוקתם במקום אחר וכו' עכל"ה וכ"כ בכנה"ג אה"ע סי' א' בהגב"י אות ב':

מעתה בנדון שלנו דנשא אשה בתלמסאן ושם המנהג פשוט ע"פ תנאי האלמ'ירי ששום אדם לא ישא א"א על אשתו בשום אופן א"כ לאו כל כמיניה להפקיע זכותה במה שירד להשתקע במקום אשר נוהגין לישא א"א כשלא יש לו ממנה זרע זכר לסוף חמש שנים:

אכן מצאנו לרבינו הב"י חו"מ סי' כ"ו מחו"ז שכ' וזל"ה כ' הרשב"א שנשאל על א' שמתה בתו ותבע את חתנו בערכאות העכו"ם שיחזיר לו כל הנדונייא בטענה אע"פ שבדיני ישראל הבעל יורש את אשתו כיון שהכל יודעים שהם הולכים בדיני העכו"ם הרי כל הנושא אשה שם כאלו התנה כן וכו' אבל לנהוג כן מפני משפט העכו"ם באמת נ"ל אסור לפי שהוא מחקה את העכו"ם וזה הוא שהזהירה התורה לפניהם ולא לפני העכו"ם ואע"פ ששניהם רוצים והוא דבר שבממון שלא הניחה תורה את העם שהוא לנחלה לו על רצונם וכו' ע"ש. וכפ' מור"ם סי' שס"ט סי' י"א בהגה:

והריב"ש סי' נ"ב כ' וז"ל מה שכתבת שאחריך לאשה אחר מיתת הבנות אינה כלום כיון שהראשון ראוי ליורשו דירושה אין לה הפסק זה היה אמת אם היה נעשה בין יהודים במקום שדנין דיניהם בדיני ישראל אבל המצוה הזה היה דר במאיור'קא בחזקת נוצרי וכן האשה הבאה לירש מכח הצואה גם היא שם בחזקת נוצרית וכן הללו הבאים לירש מחמת קורבה גם הם דרים שם בחזקת נוצרים וגם ביהדותם היה להם לדון בדיני העכו"ם כי כן נהגו מעולם קהל מאיורק'א מרצונם וא"כ איך ילך ויסע ממקומו אחד משתי הכתות וילך ארץ מרחקים שידינו לו בדיני ישראל יבואו במאיור'קא לפני הדיין שלהם שהוא הגזבר ומי שיזכה ויחזיקהו הגזבר בנכסי המוריש הוא היורש. ע"כ. וכ"פ מור"ם סי' רמ"ח ס"א בהגה:

ואם מפשט דבריהם דרבנן נראה דחלוקים הם. מ"מ מדכ' מור"ם את דברי שניהם משמע דס"ל דלא פלגן בהדייהו ועי' בסמ"ע סי' שס"ט סק"ב ובט"ז שם ובסי' רמ"ח והמשה"א סק"ג ובהגהות הנדפסים סביב הש"ע שם:

והתשב"ץ ח"א סי' ס"ח חולק עם הריב"ש ז"ל בנדון דידיה ע"ש. והכנה"ג בתשו' ח"א סי' י"ו כ' וז"ל ואני בעניי זר אתי לתפוס כהריב"ש ז"ל במקום שהרשב"ץ חלוק עליו ולע"ד גם הרשב"א ז"ל בתשו' הרב"י ח"מ סי' נ"ו מחו' אות זיין מסכים עם הרשב"ץ וחולק עם

הריב"ש ז"ל. ע"ש וכבר ידוע למעיין כמה דיו משתפך וכמה קולמוסים משתברים בתורת המנהגות לרבנן קמאי ובתראי ז"ל בתשובותיהם והצד השוה שבהם דבמנהג הסותר הדין צריך שיהיה מנהג ע"פ ותיקין שהתנו כן מתחילה משא"כ בנ"ד אלא שראיתי לס' המפה ח"מ סי' רמ"ח העתיק תשו' הריב"ש ז"ל ובסי' שס"ט העתיק תשו' הרישב"א ז"ל כנראה דס"ל דלא פליגי אהדדי וכמ"ש הסמ"ע בסי' שס"ט אבל אינו נראה כן מדברי הרב ז"ל בב"י ז"ל שהבי"ד הרשב"א ז"ל ולא הביא דברי הריב"ש ז"ל ואפי' לפי דעת בעל המפה מתוך תירוצו של הסמ"ע יראה המעיין דבנ"ד אין לנו לילך אחר המנהג וכ"ש הרשב"ץ ז"ל חולק בפי' וכמ"ש. ע"כ:

וכ"כ בתשו' חלק הנז' סי' קנ"ח ובכנה"ג ח"מ סי' כ"ו בהגב"י אות כ"ו. ועי' באורח משפט סי' כ"ו הגב"י אות ה' שכ' דהכנה"ג בתשו' בעי חיי ח"מ ח"ב סי' ע"ז ה"ד ה' מ"ש ז"ל דשם ביאר דמנהג שנהגו במקום שאין שם ב"ד של ישראל לא מיקרי מנהג כיון דאעיקרא שנהגו כן הוא מפני הפחד וא"כ כשבאים למקום שיש שם ב"ד ישראל חייבים לדון בדיני ישראל דוקא ע"ש שהאריך ע"כ:

וכיון דאנהירנהו לעיינין רבי' הכנה"ג ז"ל דדעת מר"ן ז"ל בב"י דהרשב"א והריב"ש ז"ל פליגי. ותפס להלכה כהרשב"א ודלא כהריב"ש ז"ל ולכך השמיטה. וא"כ הגם דמור"ם ס"ל דל"פ כמש"ל. מ"מ אנן בתריה דמר"ן גרירנא כל היכא דגילה דעתו בב"י או בש"ע. ולא אזילנא בתריה אלא היכא דלא פליג אמר"ן במאי דסבר בב"י או בש"ע. וא"כ במאי דאנן קיימין שהתנאי הוא מהאלמיר"י הא ודאי דלא מהני ואפי' נתרצו שניהם ללכת אחר המנהג ההוא אסור. ואפי' שלא ילכו לפני הערכאות להתדיין אלא שרוצים לדון בדיני ישראל בדיניהם אסור. וכמ"ש רבינו הכנה"ג בתשו' ח"א סי' קכ"ח על דברי הרשב"א שהביא הב"י סוס"י כ"ו לך נא ראה כ' הכא תשו' זו קוראה בגרון שאפי' שלא ילכו לפי הערכאות לנהוג להתדיין כדין עכו"ם אסור גמור הוא. ומקשה על ה' מהרש"ך ח"ב סי' רכ"ט שהוא סובר שכל שאינו הולך לפניהם אע"פ שהוא נוהג להתדיין כדין הערכאות אין כאן איסור. ומשני דמהרש"ך ז"ל איירי במשא ומתן דיש מקומות שאם יתנהגו ע"פ ד"ת הגמור לא יהיה להם קיום והעמדה ויתבטל המו"מ ולכך כל שאינם דנים לפני הערכאות. אלא לנהוג שיתנהגו הם בעצמם בנימוסי הגויים כדי שיתקיים המו"מ מנהגם מנהג מפני ישובה של עיר. אבל בדיני ירושות דלא שייך טעם זה אסור. ונמצאת למד שלש מדות בדין זה. ללכת לדון לפניהם אפ' דמו"ם ואפי' בדין שדנין כדינינו ואפי' שניהם רוצים אסור. להתנהג בנימוסי העכו"ם בלתי עמוד לפניהם במו"ם מותר. ובשאר דברים שאינם מו"ם כירושות ומתנות והדומה להם אפי' לנהוג כנימוסיהם בלתי עמוד

לפניהם אסור וזה לדעת הרשב"א ז"ל אבל הריב"ש ז"ל סי' נ"ב חולק על הרמב"ן ז"ל והרשב"א ז"ל שסוברים דאפי' שניהם רוצים אסור ובאמת שדברי הרשב"א ז"ל עיקר עכת"ד ע"ש. ועי' בחוט המשולש בטור הא' סי' י"ז ובטור הג' סי' ו' מה שהאריכו בחומר האיסור:

והגם דמורם בסוס"י שס"ט סיים אההיא דהרשב"א ז"ל וז"ל דלא אמרינן דד"ד אלא בדבר שיש בו הנאה למלך או שהוא לתקנת בני המדינה אבל לא שידונו בדיני עכו"ם דא"כ בטלו כל דיני ישראל ע"כ. ומשתמען מלוהי לכאורה. דכאשר יהיה האופן דאיכא הנאת המלך במה שידונו בדיני עכו"ם אמרינן גם בזה דינא דמלכותא. ובס' כרם חמר ח"א סי' ק"ט כ' דבתנאי האלמיר"י איכא הנאה משום השטרות החתומים חותם מלכות דלוקח את חוקו וכו' ע"ש:

מ"מ כד דייקינן פורתא נראה דא"א לפרש כן. שהרי הרשב"א ס"ל דאין לחלק בין דבר שיש בו הנאה למלך או לא. דבכולהו אמרינן דד"ד כמ"ש בב"י סי' שס"ט מחו"ד. ובההיא דהרשב"א שהביא הב"י סי' כ"ו כתב שכל הסומך בזה לומר שמותר משום ד"ד טועה וכו' ע"ש. וא"כ איך אסיק מור"ם אדברי הרשב"א ז"ל דלא אמרי' וכו' אלא בדבר שיש הנאה למלך. והלא הרשב"א ז"ל לא ס"ל לחלק בהכי ובההיא תשו' לא קאמר הרשב"א ז"ל אלא מטעמא דאין לדון בדיניהם שמא תחגור התורה שק עליהם:

ועוד דדברי מור"ם הללו הם ממהריק"ו ז"ל כמ"ש המרשים שם בהגה. ולא מצינו למהרי"ק שכ"כ. וזל"ה ואפי' לאותן דיעות שהביא המרדכי דאפי' בשאר ענייני ממון דד"ד פשיטא דהוא דוקא לענין ארנוניות ומנהגות של משפטי המלכים כמ"ש רשב"ם בפ' חזקת הבתים וז"ל והאמר שמואל דד"ד כל מסים וארנוניות ומנהגות של משפטי המלכים שרגילים להנהיג וכו' אבל דין שבין אדם לחבירו פשיטא ופשיטא דלא. דא"כ בטלת כל ד"ת ח"ו ע"ש. והבי"ד בק"י הב"י בסי' שס"ט. ומדמחלק בין מסים וארנוניות ומנהגות משפטי המלוכה הרגילים ובין דין שבין אדם לחבירו. מוכח דדין שבין אדם לחבירו בכל גוונא איירי. אפי' כאשר יהיה האופן דאיכא הנאה למלך. מדלא חילק בין דאיכא הנאה לדליכא הנאה. וא"כ מוכרחין אנו לפרש גם דברי מור"ם כן דמ"ש אלא בדבר שיש בו הנאה למלך וכו' היינו כגון מסים וארנוניות ומנהגי משפטי המלוכה אבל לא שידונו בדיני עכו"ם הגם דגוזר המלך ע"ז להדייא ואיכא הנאה למלך. דא"כ בטלו כל דיני ישראל:

והש"ך ח"מ סי' ע"ג סקט"ל הבי"ד מור"ם הנז' וכ' ומשמע לכאורה מדבריו דבמה שהוא לתקנת בני המדינה אמרינן ביה דד"ד. והקשה דאנא מצא זה דמי שהוא לתק' בני

המדינה אמרינן דד"ד אפי' נגד ד"ת. והרי בתשו' הרשב"א שמשם מקור הדין דהנושא אשה וכו' לא כ' בכל התשו' רק שחלילה לדון בדיני עכו"ם נגד ד"ת. ועוד דמי מפיס א"כ בכל דיניהם נימא לתק' בני המדינה וכו' ויישב דברי מור"ם דהק' דלא אמרינן דד"ד אלא בדבר שיש בו הנאה למלך או שהוא לתק' בני המדינה מה שאין הדין מפורש אצלנו אבל לא שידונו בדיני עכו"ם נגד תורתינו וכו'. וכן באר ותקן בעיר שושן להדייא לקמן סוס"י שס"ט וז"ל לא אמרינן ד"ד אלא בדבר שיש בו הנאה למלך או שהוא לתיקון בני מדינתו בענייני מו"ם שבניהם אבל שאר דינים דיני התורה המפורסמים ביניהם כגון שהם מכשירים ע"א אפי' הוא קרוב או פסול וכיוצא בדברים אלו דינים פרטים שבין ישראל לחבירו פשיטא שלא נדון בהם כמותם דאל"כ בטלו כל ד"ת מישראל. וכן הנושא אשה במקום שדנים דיני עכו"ם ומתה אינם יכולים יורשיה לומר כל הנושא אשה ע"ד המנהג הוא נושא דהא פשוט בינינו דהבעל יורש את אשתו ע"כ. וכן משמע בסמ"ע שם שכן כוונת הרב שם. עכ"ל הש"ך. הרי מבואר דבדין שבין אדם לחבירו הגם דיש הנאה למלך או תק' בני המדינה אפ"ה חלילה לנו לדון בדיניהם וישתקע הדבר ולא יאמר ולא תהיה כזאת בישראל וח"ו התורה חוגרת שק ואע"פ שאינם עע"א הרי הם מכחישים משפטי תורתינו והמביא דין לפניהם עושה עילוי לדתם על תורתינו כמ"ש כ"ז ה' חוט המשולש בטור ג סי' ו' ע"ש. ועי' בית אברהם במאמר המלך קונטריס א':

וכ"ז הוא אפי' אם היו עדיין דרים במדינות שתחת הממשלה ההיא שיש להם תנאי האלמיר"י וכ"ש. עכשיו שבאו לדור במקומות שתחת ממשלה אחרת. הא ודאי שאין לדון אותם מכח דין המלכות שהיו בה מקודם. ועדיפא מזה כ' התשב"ץ ח"א סי' ס"א על דברי הריב"ש ז"ל דסי' נ"ב וזל"ה ומ"ש כי כן נהגו מעולם קהל מאיורק"א גם כי יהיה הדבר כי אין מביאים ראיה ממנהג של איסור ותא חזי מא סלקא בהו. ועוד שאין ספק שלדון בדיני עכו"ם אינו אלא משום דד"ד ושמא שם היתה המלכות מקפדת שידונו היהודים בדיניהם ולא בדיני ישראל וכיון שמפני טעם זה היה המנהג ההוא יש לנו לומר בנדון הזה שאין למסור ממון זה לדיניהם לפי שאין המלכות מקפדת אלא על נכסים שהם באותה מלכות אבל נכסים שהם במלכות אחרת אינה מקפדת וכ"ש שאם המלכיות מקפידות זע"ז דאדרבא יש לנו לומר שלא לדון באותו דין מחמת ד"ד כדי שלא תקפיד מלכות זה שהנכסים הן במלכותה ויש באותה מלכות תובעין שיש בהם זכות שיהיו מפקיעין זכותן מפני דין מלכות שכנגדה ותובעין שהן באותה מלכות ע"כ:

הרי דמשום דהנכסים הם במלכות אחרת. הגם דאיכא תובעים במלכות מאיורק"א מקום המצוה כ' ה' דליכא בזה דד"ד. וכ"ש בנדון שלנו. דאיש ואשה שניהם יחד דרים במלכות

אחרת. וע"כ לא פליג הריב"ש ז"ל. אלא בנדון דידיה דאיכא תובעין באותה מלכות אבל בנ"ד כיון שבאו למלכות אחרת יודה:

מעתה בהאי גוונא דאנן קיימין יהי שרי ליה למהך להתנסבא ולא מבעיא לה' מוהריב"ץ ז"ל דשרי אף בדאית ליה בני מאתתא אחריתי. אלא אף לס' מוהר"ר ר"ב ז"ל דאסר כמש"ל. בנ"ד יודה. דע"כ לא קאמר. מוהר"ר ר"ב ז"ל. אלא לדידן בני מערבא דהמנהג יסודתו בהררי קדש ע"פ ותיקין. אבל אותם המתגוררים בערי אדום. דהמנהג בא מאדום מתנאי אלמיר"י שהם משפט העכו"ם דאין מנהגם מנהג. כמ"ש הרשב"א ודעמיה ושכן פסק רבי' הב"י כמ"ש הכנה"ג ז"ל וכמש"ל. וא"כ חזר הדין למאי דקי"ל בש"ע אה"ע סי' א' ס"ט נושא אדם כמה נשים והוא דאפשר למיקם בספוקיהו. והא דסיים מר"ן שם וכ' ובמקום שנהגו שלא לישא אלא אשה אחת אינו רשאי וכו'. ה"ד בשנהגו הישראל מעצמם שלא ממשפטי העכו"ם. אבל אלו שנהגו ממשפטי העכו"ם אסור. וכההיא דהרשב"א דהשיב כל דבר שבממון קיים ובאמת אמרו שמתנין בכענין זה אבל לנהוג כן מפני שהוא משפט העכו"ם אסור. ומינה לנד"ד. וצד כ"ש הוא לדברי ה' אורח משפט ז"ל משם הכנה"ג כמש"ל. והט' כיון דאין מנהגם מנהג. ובאותם מקומות שבהם נשאת אינם נגררים אחר תק' המגורשים. א"כ מוכרחים הם ללכת אחר הוראות מר"ן. אפי' ירדו להשתקע במקומות שנגררים אחר תק' המגורשים. דלא היתה תקנתם על שנישאו במקומות אחרים:

וכ"ת זיל לאידך גיסא דהגם דמה שנהגו שלא לישא לא דיינין ליה כדין מקום שנהגו שלא לישא מ"מ נקוט מיהא פלגא דלא יש להם מנהג לישא. ומצינו למר"ן אה"ע סי' ע"ו ס"ז שכ' נושא אדם נשים וכו' ובס"ח כ' בד"א במקום שנוהגים לישא שתים ושלש נשים. ולכאורה משמע דאינו רשאי לישא עד דאיכא מנהג לישא ב' וג' נשים. הא היכא דאיכא עיר חדשה דאין להם מנהג אינו רשאי. וכן משמע מדברי הב"ש סקי"ב והח"מ סקי"א שכ' ואין אשתו יכולה לעכב אע"ג דממעט עונתה מ"מ כיון דמנהג בעיר כך הוא הוי כאלו התנה עמה ע"כ. וא"כ בנ"ד דאין להם מנהג לישא. א"כ אסור לישא. ואפי' לדברי מוהריב"ץ ז"ל דע"כ לא אירי ה' אלא לתק' המגורשים ולא להולכים אחר הוראת מר"ן:

ולפ"ז קשיא דיוקא דרישא אדיוקא דסיפא. דבסיפא כ' אבל במקום שנהגו שלא לישא וכו' דמשמע דאינו רשאי עד דאיכא מנהג שלא לישא. אבל בסתם כגון בעיר חדשה רשאי. ומיהו נראה דדיוקא דסיפא עיקר. דהא ההיא דנושא אדם כמה נשים. פליגי עלה התם בגמ'. ואי בדאיכא מנהג דוקא אירי. מ"ט דמאן דאמר דפליג. ועוד דבסי' א' לא כ' מר"ן אלא ובמקום שנהגו שלא לישא. ואי דיוקא דרישא עיקר. הו"ל למימר ודוקא

במקום שנהגו לישא. א"ו דיוקא דסיפא עיקר. והא דכ' ברישא מקום שנוהגין לישא לאו לדיוקא נקטה. אלא כל שאין להם מנהג שלא לישא הוי כיש להם מנהג לישא. זהו הנלע"ד בזה. וצוויי"מ וימ"ן הכ"ד הח"פ פאס יע"א בחדש אלול המרו' לתשובה דהאי שתא ונתנך ה'

לראש ולא לזנב לפ"ק:

ע"ה שלמה אבן דנאן י"ץ

סימן נג

שלחו מתם מעי"ת ווהראן יע"א מעשה שאירע ביעקב עק'ריש שאכל זאלאמי"ט לאבד א"ע ומת באכילת האזאלאמי"ט. שכן הגיד להם הרופא היהודי. ומאותה שעה לא קם ולא זע עד שמת. [כ"כ בחזות קשה ד' ן' ע"ב] ונתברר להם שאכל יותר מארבעים כ"כ שם] וגם דלא היה שכור כלל וכ"ש שלא הגיע לשכרותו של לוט [כ"כ שם ד' ל"ב ע"ב] וכל קרוביו היו יודעים שאבד א"ע והערימו סוד וקברוהו אצל כמוהר"י צ'רמון ז"ל שלא ברשות הממונה על כך. ויהי בהתודע הדבר אל חו"ר העיר והפריז'ידאן הי"ו. שלחו אחרי אחיו להוכיחם איך העלימו הדבר. והודו ולא בושו שאכל האזאלאמיט לאבד א"ע. ושלמה אחיו אמר שכאשר שמע הדבר הרע הזה. תכף הלך אל אחיו ואמ"ל איך עשית חרפה כזאת לכל בני משפחתו. והשיבו כי מאי דהוה הוה. ועלתה הסכמתם לפנותו ולקוברו במקום הראוי לו. וכן היה. [כ"ז כתבו במעב"ד]. ויען רבים לוחמים במלחמתה של תורה עמדו לנגדם. הנה כי כן המה בקשו ממנו להגיד דעתינו כאשר יורונו מן השמים. וזה החלי:

תשובה אהה כמה גדול עון זה. ומקרא דאך את דמכם נפיק. כדכתב הר"מ במזל'. וראה זה חדש מצאתי להרב פני יהושע מציעא ד' נ"ט שכ' דמע"ל הוא עון גדול שנאמר בו כל המע"ל אין לו חלק לעה"ב יעו"ש. וה' יד שאול בהגהותיו על הש"ע כ' שגור בפי העולם דהמע"ל אין לו חלק לעוה"ב אבל לא נמצא כן בשום ספר מפורש. אף שבחובת הלבבות משמע כן. אבל לא נמצא מפורש והביא דברי ה' פני יהושע שכ"כ בפשיטות. וכ' עליו זה לא נמצא בביאור יעו"ש. ולא ראינו אינה ראיה ופוק חזי גברא רבא קמסהיד עלה:

ואיזה נקרא מע"ל. עי' מר"ן הש"ע סי' שמ"ה והש"ך סק"ג דבעי שיאמר הריני עולה וראוהו עולה מיד דרך כעס או מיציר. אף דליכא ראה בנפילה. אמרינן חזקה דלדעת עשה. וכ' הפ"ת משם ה' אבן השהם דמ"ש הש"ע אבל אם ראוהו חנוק וכו'. הכוונה שהוא שנראה בודאי שהוא בעצמו תלה א"ע כגון שנמצא תלוי בחדר והחדר סגור

מבפנים וכן מושלך ע"ג שייפו הוא ג"כ שנראה מהענין שהוא שלט בעצמו. אף דודאי איבד עצמו בידו. מ"מ אמרינן שלא מדעת היה דתלינן רוח רעה בעיתתו וכו' עד שנשמע מפיו מתוך ישוב הדעת שהוא עולה מתוך כעס וכו' יעו"ש:

וכן כ' ה' אמרי ברוך בהגהותיו על הש"ע וז"ל יעויין בשו"ת מהרי"ו סי' קי"ד שכ' ודמי למצאוהו תלוי באילן דאין זה בכלל איבד ע"ל אע"ג דמוכחא מילתא שהוא עצמו עשה. אמרינן דילמא רוח רעה מבעתתו ע"כ. וה' אמרי ברוך חיזק את דברי מהרי"ו מאותם מעשים שבאו לפני ר' טרפון ור' עקיבא שאמרו במס' שמחות פ"ב יעו"ש. ואהמח"ר דבריו תמוהים. וצ"ע. דההיא דר"ט ור"ע איירי בקטנים ומשם למדו הפוס' וכן הש"ע ס"ג דקטן המע"ל חשוב כשלא לדעת ואינם ענין לנדון מהרי"ו דאיירי בגדול. ועי' הרא"ש ז"ל סוף אלו מגלחין סי' קמ"א שהגיה ואם היה קטן וכו' ומעשה וכו'. וכן גריס במרדכי יעו"ש:

גם ה' רוח יעקב שבס' לב שמח סי' כ"ח כ' שרב אחד הראה לו דברי מהרי"ו סי' קי"ד שהטעם שמצאוהו חנוק או מוטל על חרבו. לפי שאנו אומרים מפני רוח רעה שנכנס בו המית עצמו. וחיזק דבריו מדקדוק לשון הטור שהם ממס' סופרים. שכ' אבל אם מצאוהו הרוג או חנוק ה"ז בחזקת מאבד עצמו שלא מדעת. הרי שקראוהו מא"ע. אבל הוא שלא מדעת יעו"ש:

אתה הראת חבל נביאים כולם מתנבאים בסגנון א' דאף דליכא חששה דאחר ובודאי שהוא איבד עצמו. כל דליכא קדימת דברים כמש"ל לא מיקרי מע"ל דחיישינן דילמא ר"ר נכנסה בו ונשתטה ואיבד עצמו שלא מדעת. ולדבריהם דרבנן בנ"ד דלא אמר הריני וכו' ולא היו דברים מעולם. לא הוי מע"ל מחשש ר"ר:

ואולם לעומת זה מצינו לה' שבט יהודה שכ' וז"ל ונראה ברור דלא מיירי הברייתא ורבינו אלא באילן שהיה בשדה וכן במושלך ע"ג סייפו נמי מיירי במקום חרב ושמא באתרא דשכיחי לסטים ושודדי לילה. אבל באילן הנטוע בבית ובחצר שהוא מקום ישוב ומסתמא לא שכיחי רוצחים אפי' לא אמר כלום. מסתברא דהוא בחזקת מע"ל. ולא בעינן אמירה אלא בנפילה מן הגג משום דאיכא ספיקי טובא. או דחיפת אדם. או דחיפת רוח. או דנתקל ונפל. ומזה דן את הדין בא' שהיה ישן בבית יחידי ובבקר עקרו הדלתות שהיו נעולות מבפנים ומצאוהו תלוי בקורה בחבל כרוך על צוארו דהוי מע"ל דאומדנא דמוכחא שהוא הוא שפגע בעצמו יעו"ש:

וכן כ' ה' זל"א וז"ל ומ"ש הש"ע אבל אם ראוהו חנוק וכו' כ' ע"ז בס' שיו"ב אות א' וז"ל פירוש דיש לתלות דאחרים עשו לו. אבל אם הוא בחדר סגור והמפתח ביד אחר דודאי הוא חנק עצמו י"ל דין מע"ל. וכ"כ בס' שבט יהודה ע"ך:

והרב ויאמר יצחק חיו"ד סי' ק"ב הביא דברי ה' שבט יהודה וכ' שה' מהר"ר חיד"א הביא דברי ה' הנז' בס' חיים שאל סי' מ"ו וקבלם בשתיקה. דמוכח מזה דאזיל ומודה לדבריו דהכל תלוי באומדנא. ומזה העלה להלכה בא' שמצאוהו בבקר תלוי וחנוק באילן שהיה באמצעה של חצר דודאי הוא איבד א"ע והוי מע"ל יעו"ש:

עין רואה דהיכא דאיכא אומדנא דמוכחא שהוא בודאי איבד עצמו. קרו ליה רבנן מע"ל. ולא חששו לשמא ר"ר ביעתתו ולא בעי אמירה תחילה. וא"כ בנ"ד דברור להם שהוא בידו אכלו ולא ע"י אחר לא חיישינן אולי ר"ר ביעתתו. והוי מע"ל. ולפ"ז הוי נ"ד פלוגתא דרבוותא:

אכן כד דייקינן פורתא נראה דבנ"ד כ"ע יודו דהוי מע"ל ולא חיישינן דילמא נכנסה בו ר"ר. שמסתמיות דברי חו"ר ווהראן נראה דמעולם לא נראה בו שום סימן של שטות ואף אחר אכילה שהיה גוסס כמו ששה ימים מ"מ היתה צילה דעתיה. וא"כ נוכל לומר דע"כ לא חייש מהרי"ו ז"ל וסיעתיה לשמא ר"ר מבעתתו אלא במי שמצאוהו מת דהו"א אי הוה קיים היו נראים בו סימני ר"ר אבל בנ"ד דנשתהא. אם נכנסה בו ר"ר הלא בודאי היה ניכר להם שאינו מיושב כ"כ בדעתו. וכ"ת ניחוש שמא נכנסה בו עד שאכל ותכף רוח עברה. אין אלו אלא דברי נביאות ואין השכל מקבלם. כי מעולם לא ראינו מי שנשתטה רגע אחד ועד ארגיעה נשתפה:

הן אמת כי ה' שער אשר סי' ט"ז כ' על אשה אחת שאכלה סם המות וקודם מותה אמרה המודעה ושאלה מאתו יתברך שימחול לה כ' וכ"ת דאף דנימא שהיא אכלתו. דילמא ר"ר ביעתתה כדכ' הרי"ו סי' קי"ד. ודחה ה' דבנ"ד היו קדימת דברים. ולמ"ש ה"מ לחלק כאשר חילקנו. שהרי גם בנ"ד היתה צילה דעתה עד שמסרה המו'. אלא דלא הוצרך להאי חילוקה מאחר שהיה בנ"ד קדימת דברים. ומה גם דבנ"ד אומדנא רבא איכא דלא ביעתתו הרוח. שהרי כששאל אותו אחיו איך עשית חרפה כזאת לכל בני משפחתו וענה הוא מאי דהוה הוה. אם האמת הוא דהרוח ביעתתו עד דאכל. זה היה לו להשיב שנתבלבלה דעתו ולא הרגיש עד שאכל להסיר החרפה הגדולה הזאת מעליו ומעל משפחתו. וכה"ג הוכיח ה' שער אשר שם בנ"ד וז"ל כשאמר לה אביה למה עשית כך אמאי שתקה ולא אמרה ליה דמבעלה בא עליה הרעה הזאת. אינו אלא דהיא אכלתו.

והא דלא הוכיח ג"כ דלא אכלתו משום בעתתו דרוחא. מהאי הוכחה עצמה. מטעם דלא היה צריך לזה שהיה בנדונו קדימת דברים:

והרב פחד יצחק אות מ' א' כ' וזל"ה הפיל עצמו מן חלון ביתו לחצר השכנים דוד בכמוהר"ר ישראל והיה עתים שפוי ועתים שוטה ושאלו מה היה לו והוא קיים שנפל. ולא הפיל עצמו וחיה יום א' והתודה כראוי ואמר כל עסקיו כאיש דעת. נמנו וגמרו בישיבה לדון שבשעה שהפיל עצמו היה שוטה ואח"ך נשתפה. וגזרו להתאבל עליו ולעשות לו כל הדברים שעושים לשאר מתי ישראל ולקבור אותו בבית הקברות בשורה כנהוג ואע"ג דאין הוידוי מועיל להרוגי ב"ד לדונם כצדיקים לקבור אותם בקברות אבותיהם מטעם שאין קוברין רשע אצל צדיק. אמרו דהכא שאני. כיון דאין אנו יודעים בודאי שהפיל עצמו. עכל"ה:

ונראה דבנדון ה' כ"ע יודו דע"כ לא אמרי ה' שבט יהודה וסיעתו דלא חיישינן לרוח ביעתתו אלא במי שכל עתיו שוות ותמיד הוא שפוי בדעתו. אבל זה שאין עתיו שוות. ודאי דחיישינן דבשעת נפילה היה שוטה ואח"ך נשתפה. ומה שיש לדקדק בדברי ה' הוא. דמאי האי דקאמר ואע"ג וכו' והוצרכו לומר דהכא שאני. דת"ל מאידך טעמא דבשעת נפילה היה שוטה. ומה דוחק נשאר להם עד שהוצרכו לגבי קבורה לטעם אחר. ודוחק לומר דכוונתם במאי דאמור דהכא שאני וכו' שהפיל עצמו. דר"ל שהפיל עצמו והוא שפוי. אלא מחמת שנשתטה וכמ"ש בתחילת דבריהם. מלבד דכ"ז הוא לישנא יתירתא ואמור רבנן בכפי'לה. הוה צ"ל שהפיל עצמו לדעת. והעיקר חסר. שאף שנופל מחמת שטות הוא שהפיל עצמו אלא שהפיל עצמו שלא מדעת. ועוד למה לא קשיא להו מהרוגי ב"ד כ"א לענין קבורה. הלא גם לגבי אבילות נמי לא מהני הודוי להרוגי ב"ד:

ונראה דלגבי שאר דברים כגון להתאבל עליו וכיוצא שאינו נמשך מהם צער ונזק לאחרים סגי ליהו בטעמא קמה דדילמא בשעת נפילה היה שוטה. אבל לגבי קבורה אצל הצדיקים דיש להם צער גדול לצדיקים וכמ"ש ה' ס"ח סי' רכ"ג וז"ל רשע א' היה קבור בין ההרוגים באו בחלום לאדם חשוב חי שיוציאוהו מביניהם שקשה להם ביותר ע"כ. ועי' לה' וי"ץ מ"ש מעבר יבק. א"כ אינו דין דמחשש שמא בשעת נפילה היה שוטה נאמר לקוברו אצל הצדיקים אחר שכל היום כולו היה כאיש דעת. ולכך הוצרכו לגבי קבורה אצל הצדיקים לטעמא אחרינא:

וכ"ש בנ"ד דכל עתיו היו שוות ותמיד היה שפוי ואף אחר אכילה היה שפוי. לחששה רחוקה כזאת דדילמא בשעת אכילה נכנסה בו רוח ותכף עברה. לגבי קבורה מיהא דנמשך הימנה היזק לאחריני לא חיישינן. ובס' ישרי לב חיו"ד אות מ' כ' ה' המגיה

המע"ל תנאיו רבים. א' דצריך שיאמר בפה מלא לעלות וכו' או כיוצא בזה. ב' שיעלה מיד ויפול וכדומה. ג' שתהיה עליה וכיוצא דרך כעס או מיצר. ד' שלא נתברר שלא עשה שום תשובה. ה' לדעת בשמים ראש שלא היה לו שום צרה וצוקה מנגעי ב"א מאיזה מין שתהיה. ו' שלא נתברר שהיה לשם תשובה ע"כ:

ואל השלשה תנאים הראשונים. עלה זכרונה בדברי מר"ן וכמש"ל. ועי' ה' שבט יהודה וה' וי"ץ. ואנן בעניותין כבר כתבנו הנלע"ד בנ"ד. והתנאי הד' הוא פלוגתא דרבוותא. וה' שער אשר כתב דהרב זרע אמת דאין דינא דמע"ל אף כי הדר ביה. וכהרוגי ב"ד. ושכך נעשה מעשה בהסכמת ה' הזקן מהר"י פדואה. ואיהו גופיה לא שמיע ליה. ע"ש. ועי' מש"ל משם ה' פחד יצחק. ומסתמיות דברי מר"ן אין להוכיח דלא אהני ליה התשובה. יען דאיירי בנפל ומת מיד. אשר מזה כ' ה' שע"א על ה' מירא דכייא שנסתפק באם בקש רפואה למחלתו אי אמרינן נמי דעשה תשובה. וקאמר דמסתמיות הפוס' משמע דלא שנא. דאנא לא חזינא ליהו שום משמעותא אמטו"ל דדבריהם אמורים להיכא דנפל ומת. יעו"ש:

מ"מ בנ"ד מדברי חו"ר ווהראן נראה שלא נתברר להם שעשה תשובה. ושלא לשם תשובה שהוא התנאי הששי. אך התנאי החמישי שהוא לדעת בשמים ראש. עי' שם הגדולים וזל"ה ואשמע אחרי קול רעש כי יש בס' זה קצת דברים זרים וכו' ולכן הקורא בס' זה לא יסמוך עליו דאפשר דתלו בוקי סריקי בגדולים. עד אשר יחקור ויברר הדברים ודברי אמת ניכרים ודי בזה ע"ך. ותשובתו הלז ראשית דבריה באו בפ"ת. וסוף דבריה באו בדברי הרבנים הפוס' וזל"ה. וענין מע"ל הוא המבזה הבריות ובועט בטובה ושונא העולם כמקצת הפלוספים שעושים כן להמרות פני עליון המשתבח בעולמו ורואה אותו כי טוב ואומר יהי כן. ואלו אומרים לא כן ומקצתם אומרים שזה שבח הנשמה שמוציאה מן הגוף העכור הזה שהוא לה כקבר וכיוצא בהבלי רשע ושוא. אבל בצרת נפשו שלא יוכל שאת אין ספק שאין בזה שום איסור. ע"כ:

וה' חתם סופר חיו"ד סי' שכ"ו כ' דמההיא דפ' קמא דע"ז דר"ח ן' תרדיון שלא פתח פיו שיכנס בו האש ואמר מוטב שיטלנה מי שנתנה ואל ישלוט הוא הוא בעצמו. נזדייף ס' בשמים ראש. הב"ד הפ"ת וכ' שגם בס' הר' אבל פקפק עליו בזה וכ' דלאו גושפנקא דהרא"ש חתם עלה:

ואנו אין לנו אלא דברי מר"ן שכבר אבותינו ורבותינו קיימו וקבלו עליהם ועל זרעם את דבריו. ומדבריו מוכח דלא ס"ל כההיא תשובה שהרי כ' שעלה מיד דרך כעס או שהיה מיציר. ולשון זה יורה יורה. דלא ס"ל כההיא תשובה:

ואהמח"ר דברי ה' המגיה על ישרי לב תמוהים הם. דתנאי ג' וכו' סתראי נינהו דילפי תנאי ה' צריך שיהיה מא"ע מחמת פלוסופייא ולא כשהוא כועס ומיציר. ולתנאי הג' צריך שיהי' כועס ומיציר. והיאך אחז החבל בשני ראשים ומאן דתני הא לא תנא אידך **גם** מההיא דהרא"ש דפ' אין מגלחין שהגיה דאם היה קטן וכו' דלא להוי מעשה לסתור. מוכח דההיא תשובה לאו דהרא"ש היא. שהרי התם א"ע מחמת שהפחידו אביו. ואפ"ה כ' הרא"ש דהט' משום דהוי קטן. ולדברי אותה תשובה לא הוי כה"ג מע"ל עד שיא"ע כשהוא בועט כדעת אותם פלוסופים:

ולפק"ד ישתקע הדבר ולא יאמר דהיאך פה קדוש יאמר דבצרת נפשו שלא יוכל שאת אין ספק שאין בזה שום איסור. חלילה. והאמת יורה דרכו דלאו גושפאנקא דהרא"ש חתים עלה. גם הרגיל בל' הרא"ש יבחין שאין לשון תשובה זו דהרא"ש:

קנצי למילין לפי דבריהם הדין דדיינין ליה דין מע"ל. וכ"ש שאין לקוברו אצל הצדיקים. וכמ"ש מר"ן סי' שס"ב ס"ה. ודבר זה אמור רבנן בטעמא דמתני' דפ' נגמר הדין. דתנן התם גבי הרוגי ב"ד ולא היו קוברין אותו בקברות אבותיו אלא ב' בתי קברות וכו' והרמב"ם בהל' סנהדרין פי"ד ה"ט כ' וז"ל כל הרוגי ב"ד אין קוברין אותם בקברי אבותיהם בכלל ישראל אלא ב' קברות וכו'. וכבר השרישנו ה' יד מלאכי בכללי האלף אות מ"א משם להקת הפוס' דכשאומר אין עושין אלא כו"ך. דמשמעות אלא הוי לעיכובא. ושוב אשכח כן להדייא בסוף פ' איזהו מקומן דדייק תלמודא דמדקאמר אינו נאכל אלא עד חצות ש"מ לעיכובא ושכ"כ ה' חזון נחום דלשון זה בכ"מ לעיכובא. ע"ש שהאריך בזה. ויש מקום להאריך בפרט זה. אכן אין הזמן מסכים כי בא מועד. ומינה נלמד לפרש ל' זה דמתני' והרמב"ם אין קוברין וכו' אלא וכו' דהוי לעיכובא ואפי' בדעבד. ולפ"ז מוכרחים אנו לפרש גם במאי דאמור בגמרא בטעמא דמתני' לפי שאין קוברין רשע אצל צדיק דהוי לעיכובא. דמה שנאכל לפרש במתני' מוכרח לפרש בו:

וכן מוכח ג"כ מההוא עובדא שהביא ה' ס"ח כמביא למעלה והב"ד ה' ח"ס חיו"ד סי' של"ג ותני עלה והסירוהו מביניהם. לך נא ראה:

והיא דח"ס שהביא הפ"ת סי' שע"ד סק"א דאין לחטוטי שכבי מספיקא. עיניך תראינה בדברי ה' גופיה ותמצא דספיקי טובא הוי בנ"ד שמתחי' כ' ס' המיר ס' לא המיר. ושמא הרהר תשובה. ואפ"ה כ' דשלא כדין עשו שקברוהו בקברי ישראל הכשרים. ופגעו בכבוד הצדיקים. ושוב כ' דאחר שנקבר אין לחטוטי שכבי מספיקא והוסיף ס' אחר דשמא נתכפר יעו"ש ומינה דבנ"ד דליכא כל כל הני ספיקי דודאי מע"ל הוא כמש"ל.

ולדברי הרב פני יהושע שהצגנו לפניך ליכא גם ספק נתברר. נימא דראוי לחטוטי שכבי כאלו:

ועיין בתשו' הרמ"ע שהביא ה' וי"ן ד' צ' ע"ד. ופשט דבריו שכ' והזריז לפנותו ה"ז משובח נראה דקאי אכולה מילתא ולא אצד כ"ש דוקא וה' וי"ן נראה דהבין דקאי אכ"ש דוקא. ותימא הוא בעיני ותשו' הרמ"ע אינם מצויים אצלי לראות הדברים בשרשן:

מעתה יפה דנו בנדונם. ויפה הורו. ויפה עשו. ותל"מ אל אלד'ים צבאות יצילנו משגיאות ויראנו מתורתו נפלאות. הכ"ד הח"פ פאס יע"א בין כסא לעשור שנת

משפטי צדקך לפ"ק:

ע"ה שלמה אבן דנאן יס"ט

סימן נד

שאלה ראובן שמתה אשתו והניחה אחריה בת אחת וב' בנים ואח"ך מת ראובן ולעת נישואי הבת העניקו לה אחיה נדונייא ועשתה להם שטר מכירה שבעד סכי הנדונייא שהעניקו לה וכו' גמרה ומכרה להם חלקה העולה לה בירושת אביה וכתובת אמה ועשתה להם שטר מכירה גמור כל דבר כדינו אין דבר נגרע ובשטר מכירה כתוב וביען שהבתולה הנז' היא פחותה מבת עשרים שנה לכן הודענוה ידיעה נאמנה שאין ממכרה ממכר בקרקע מורישה היותה פחותה מעשרים ועכ"ז נשח"ך באנפי נפשה שלא לחזור ואם חזרה בשום פרט מכל האמור חי"ע חו"ג בכהקוש"א לתו"ל לאחיה הנז' סך עשרת אלפים צ'ורו וכו' ק"ג ש"כ וכו' וקנו גם מיד הארוס בקושח"ך והסכים למעשה ארוסתו וכו' עוד עשתה להם שטר אחר בקוש"ח שבעד סכי הנדונייא שהעניקו וכו' גמרה וסילקה עצמה מחלקה העולה לה בירושת אביה וכתובת אמה סילוק גמור והקנית וזכית הכל כאשר לכל לאחיה הנז' הקנאה גמורה כפה"ה וכו':

תשובה הנה חזיתיה למעלת ידידינו הרב הפוסק הי"ו שרטט וכתב על שטר המכירה וז"ל חזו דאתאי כל תיקונים המועילים שלא תתבטל מכירת קרקע היורש פחות מבן עשרים כלם חברו נקבצו באו בשטר מכירה זו לא מבעיא לדעת הרשב"א ז"ל הביאה ה' המגיד בפ' כ"ט מהל' מכירה דלא הפקיעו חז"ל מכירת פחות מבן ך' אלא בבן היורש ולא בבת היורשת את אביה ע"ש ולדעתו ז"ל בכדי טרחו להמצאת תיקונים הללו למכירה זו כי מדידה חזקה היא כפלח תחתית ואינה צריכה סעד לתומכה ולא חרדו כל החרדה הזאת עדי מכירה זו אלא לצאת ידי סברת החולקים דלא פלגן בין בת לבת ויגעו ומצאו המצאות המועילים לפי הדין והשביעו הבת שבועה באנפי נפשה שלא תחזור מהמכר

לעולם. ג"כ נתחייבה בקנס גמור לעת שתערער כמשו"ח כנז"ל גם שעבדה נכסיה לפירעון הקנס שיועיל לכשיערערו יורשיה ח"ו עיניך לנוכח יביטו אלו אלמוה למכי' הזו לפום דינא עיין לה' זכ"ל ח"מ אות ק' וכו' עכ"ל והנה דברי הרשב"א הללו הביאם גם הר"ן ז"ל בסוף פרק מציאת האשה אמתניתין דהמשליש מעות לבתו וכו' ובפרק התקבל אהההיא למכור בנכסי אביו עד שיהא בן עשרים והריב"ש ז"ל סי' שע"א וסי' תס"ח ודחו את דבריו יעו"ש ורבינו הב"י הבי"ד הרשב"א וכ' שהר"ן בפרק התקבל כ' שהרשב"א הביא ראיה לדבריו וכ' הר"ן עליה אין זו ראיה של כלום ודברי הראשונים נראים לי עיקר ע"כ ועוד הביא רבינו הב"י דברי הריב"ש דסי' תס"ח שכ' על דברי הרשב"א ובכל זה לא הודו לו וציין לסי' שע"א ושם נאמר על הרשב"א וז"ל ואני אומר אלו הם דברי יחיד הרשב"א שכ"כ בפ' מי שמת בחידושיו מסברא דנפשיה אבל כל הראשונים ז"ל חלקו בזה והר"ם במז"ל כ' בפ' כ"ט מה"מ קטן שהגדיל והביא הזכר שתי שערות אחר שלש עשרה והבת אחר שתים עשרה אע"פ שאינו יודע בטיב משא ומתן מקחו מקח וממכרו ממכר ומתנתו מתנה במטלטלין אבל בקרקע אין במעשיו קיימין עד שיהיה יודע בטיב משא ומתן אחר שהגדיל בד"א בקרקע שלו אבל קרקע שירש מאבותיו או משאר מורישיו אין ממכרו ממכר עד שיהיה בן עשרים שנה וכו' ע"כ הנה שדעתו דל"ש בן ול"ש בת דהאי בד"א אתרוייהו קאי דאי לא הוה ליה לפרושי ע"כ ומתורתו של הריב"ש נלמד שכן היא דעתו של מר"ן בש"ע שהוא כלשון הרמב"ם שכ"כ בסי' רל"ה ס"ח קטן וכו' והבת וכו' ובס"ט כ' בד"א בקרקע וכו' אבל בקרקע שירש וכו' ע"כ ונמצינו למידים דדברי הרשב"א בבת הם דברי יחיד ולאו הלכתא נינהו ולא הודו לו חכמים ובפרט לדידן דגרירנא בתר מר"ן ובב"י וש"ע מוכח דס"ל דלא כהרשב"א וכמש"ל

ולדידי חזי לי דגם הרשב"א גופיה בתשובה לא ס"ל כמ"ש בחידושיו שהרי הר"ן בפ' התקבל כ' וז"ל וסמך דבריו דבת בנכסי ירושת אביה מוכרת אפי' פחותה מבת כ' מדתנן בס"פ מציאת האשה המשליש מעות לבתו וכו' אמר רבי יוסי וכי אינה אלא שדה והיא רוצה למוכרה הרי היא מכורה מעכשיו בד"א בגדולה וכו' וההיא סתמא תנינא לה ל"ש בת בין הבנים ול"ש בת בין הבנות ע"כ והרשב"א בתשו' ח"ב סי' רמ"ז נשאל מרבינו יונה בנותן קרקע מתנה לבנו אם הוא בכלל מה שאמרו ולמכור בנכסי אביו וכו' והביא ע"ז דברי הראב"ד אהך מתניתין דהמשליש וז"ל ולא יהא אלא שדה כלום שנתן לה האב שדה אלו רצתה למכור מכורה ואי ק"ל ולמכור בנכסי אביו וכו' ה"מ בקרקע ירושה אבל הכא אינה אלא כמקבלת מתנה וכ' ע"ז הרשב"א ולא שאני אומר שיהא הדין מוכרח מאותה הלכה שיש לפרשה בענין אחר אלא שהסכמת הגדולים כן ורחוק הוא בעיני

לדחות דכל הראוי לירש עכשיו כבן אף מתנתו כירושתו אבל בת במקום בנים שאינה ראויה לירש עכשיו הרי היא אצל האב כאחר והא דפרקין דמציאת האשה בבת בין הבנים דוקא אבל בת בין הבנות אפי' נתן לה במתנת בריא לא ע"כ הרי שהרשב"א בקש לדחות דברי הראב"ד וסיעתו דיליף דבמתנת האב בבריא יכול למכור מההיא מתניתין דהמשליש ולוקמה בבת בין הבנים שאינה ראויה לירש אלא דהדר ביה משום דרחוק הוא בעיניו והיינו טעמא משום דמתניתין סתמא קתני וכמו שפי' דבריו הרשב"א גופיה סי' רמ"ט ולדבריו דפרק מי שמת הו"ל לדחות דבריהם ממאי דס"ל דבבת יורשת יכולה למכור ונימא דמתני' איירי בין שהיא עם הבנות בין שהיא עם הבנים וכדמשמע ממאי דסתמא קתני דעלה קא סמיך וס"ל דבת יורשת מוכרת וכמ"ש הר"ן:

גם ממ"ש בסו"ד אבל בת בין הבנות אפי' נתן לה במתנת בריא לא. נראה דאם באו לה בירושה פשיטא דלא אלא שרצה להוסיף אפי' מתנת בריא אלא דמתני' קשיתיה דסתמא קתני והיינו דוחקה דהרשב"א וכמ"ש איהו גופיה בסי' רמ"ט יע"ש ובמ"ש וחיי דמר כו' ועוד יש להוכיח ג"כ מדבריו סי' רמ"ט שהרי רבינו יונה השואל השיב להרשב"א ורצה לאוקמי מתני' בבת בין הבנים ומה שהיה רחוק בעיני הרשב"א נעשה קרוב בעיני רבינו יונה והוב"ד שם סי' רמ"ח וע"ז השיב הרשב"א ז"ל הוב"ד סי' רמ"ט דדעתו נוטה דבנכסים הבאין לו בירושה דוקא ולא במה שנתן לו האב במתנת בריא וע"ז כ' ומעתה אף ההיא דמשליש מעות לבתו אין אנו צריכין לדחוק ולהעמידה דוקא בבת בין הבנים דמתני' סתמא קתני בין שהיא בין הבנות בין שהיא בין הבנים ע"כ יעו"ש ומדכ' הרשב"א ומעתה נראה דכוונת דבריו דכיון דדעתו נוטה דמתנת ברי של אב יכול למכור אין אנו צריכין לדחוק ולפרש הך דהמשליש בבת בין הבנים דוקא. דאף בבת בין הבנות יכולה למכור משום שהיא מתנת בריא ולפ"ז דוק מינה דאם היתה דעתו דאף במתנת בריא אינו יכול למכור דמתנתו כירושתו היינו צריכים לדחוק ולומר דהך מתני' איירי דוקא בבת בין הבנים דאינה ראויה לירש וכמו שפירשה רבינו יונה ולפ"ד דפרק מי שמת דבת יורשת מוכרת אין אנו צריכים להאי דוחקה. גם ממ"ש ירושת האב מצויה ולא חילק בין בן לבת:

באופן דמכל זה משמע לי שהרשב"א הדר ביה בתשובה וכן נראה מהכנה"ג סי' רל"ה הגב"י אות ל"ה יע"ש ואף דיד הדוחה נטויה לדחות מ"מ כבר כתב הריב"ש דדעת יחידאה היא וכל הפוס' חלקו עליו ובפרט לדידן דאזלינן בתר מר"ן. והוי יודע דבנ"ד אין כאן מקום לדברי הרשב"א שהביא הה"מ דע"כ לא קאמר הרשב"א אלא בבת אחר י"ב והביאה שתי שערות ויודעת בטיב משא ומתן דמדינה ממכרה ממכר אף בקרקעות בין

שלה בין של ירושה כמבואר בש"ס ובפוסקים אלא שחכמים תקנו דבקרקע ירושה עד עשרים שמא ימכור בזול מפני שדעתו נוטה אחר המעות ולזה כתב הרשב"א ז"ל דבבת יורשת לא תיקנו דלא חששו אלא למצוי וירושת הבן מצוי וירושת הבת אינו מצוי וכמ"ש הה"מ משם הרשב"א מילתא בטעמא. הבל בנ"ד שהיא בתוך י"ב כאשר נמ"ך בכתב יד אביה יום הולדה דמדינא אין ממכרה ממכר אלא דחכמים תקנו בפעוטות משום כדי חייו דבמטלטלין מקחן מקח וממכרן ממכר אבל בקרקע אינו מוכר ולא נותן עד שיגדיל וכמ"ש הר"מ במז"ל פכ"ט מה"מ והטוש"ע סי' רל"ה בזה לא אירי הרשב"א ודבר זה פשוט הוא לא ניתן ליכתב וא"כ אף לדעת הרשב"א לאו בכדי טרחו להמצאות התיקונים: **ואולם** מצד אחר לשוא עמלו בהמצאת התיקונים כי יען כי אבותינו ורבותינו בעלי התק' זיע"א לא תיקנו לבת ירושה בירושת האב עם הזכרים חלק כחלק אלא אם מת האב תחילה אבל אם מתה האם תחילה שזכתה בירושת אמה תחילה חלק כחלק אין לה בירושת האב כ"א עישור נכסי הראוי לה מכח הדין כמבואר בספר הקדוש סהת"ק סי' ל' ובנ"ד מתה האם תחילה וזכתה הבת חלק כחלק עם הזכרים בכתובת אמם כפי התק' שתק' ב"ד שלפנינו שנת ובחר"ת שהבחירה ביד הבעל לחלוק או ליתן כתובה ואח"ך מת אביהם אין לבת כ"א עישור נכסי הראוי לה מן הדין בירושת אביה. ואמרינן בגמ' פ' מציאת האשה ד' ס"ח אמר שמואל לפרנסה שמין באב ופרש"י הבת יתומה שבאת לינשא נותנים לה נדונייא כפי אומד שאנו בקיאין באביה ותרן או קמצן ע"כ ומסיק הש"ס הא דאמר רב נוטלת עישור נכסי בדלא אמדינא ופרש"י שלא גר בינינו ולא עמדנו על סוף דעתו אם ותרן אם קמצן ע"כ ועי' בטור ובב"י אה"ע סי' קי"ג וכ"פ הש"ע שם ס"א וז"ל מי שמת והניח בת אומדים דעתו כמה היה בלבו ליתן לה לפרנסת נדונייתה ונותנין לה ומניין יהיו יודעים אומדין דעתו מריעיו ומיודעיו ומשאו ומתנו וכבודו וכו' ואם לא ידעו ב"ד אומדן דעתו נותנים לה מנכסיו עישור לפרנסת נדונייתה ע"כ באופן דהדין נותן דאין נותנין לה עישור נכסי קצוב אלא אם אין הב"ד יודעין אומדן דעתו אבל אם יודעין אומד דעתו נותנין לה לפרנסת נדונייתה כפי האומדנא ועי' בטור פלוגתא דרבוותא הא דאזלינן בתר האומד הוא דוקא לגרוע או אפי' להוסיף וגם מור"ם שם ס"ב הביא פלוגתא. ובנ"ד אם באנו לאומדן דעתא הא פשיטא דאחיה העדיפו מטובם עליה ולא נשאר לה עליהם כלום וא"כ בכדי טרחו בהמצאת התיקונים:

וכ"ת אכתי אנו צריכים לאותם התיקונים שהרי אפסיקא הלכתא התם ד' ס"ט דלפרנסה ממקרעי ולא ממטלטלי וכ' הטור אפי' לתקנת הגאונים שכתובה ותנאיה נגבית ממטלטלי הפרנסה אינה נגבית אלא ממקרקעי וכ"פ מר"ן ס"ב וא"כ בנ"ד שלא נתנו

פרנסת נדונייתה מהקרקע לזה הוצרכו לאותם התיקונים כדי להקנות להם חלק העולה לה אף כפי האומדנא לזה הוצרכו לאותם התיקונים לאו מילתא היא שהרי אמרו בש"ס דבת בעישור נכסי בע"ח הויא ולא יורשת ואי בעי לסלוקה בזוזי מצו מסלקי לה וכ"פ הפוסקים ומר"ן שם ס"ב וז"ל ואם רצו האחים ליתן לה מעות כנגד עישור הקרקע נותנים ע"כ וא"כ כיון שנתנו מעות ומטלטלים כפי האומדנא הרי קבלה חלק פרנסת נדונייתה ולא נשאר לה כלום:

ואפילו לצד שנאמר דגם לפי האומדנא לא נתנו לה חלקה הראוי לה מ"מ במחילה לחוד הוה סגי להו ובכדי טרחו בהמצאת המכירה והתיקונים שהרי אפי' הבת עדיין היא בתוך שנת הי"ב ולא יצאת מכלל דין הפעוטות מ"מ הרי מתק' חכמים דבמטלטלין מקחן מקח וממכרן ממכר ומתנת קיימת בין בדבר מרובה בין בדבר מועט וכמ"ש בטוש"ע סי' רל"ה ומדמתנתו מתנה ה"ה דמחילתן מחילה שכן מצינו למר"ן בב"י סי' הנז' מחו"ד שכ' משם הרמב"ן ז"ל וזל"ה וקי"ל דמחילת פעוטות הויא מחילה דהא אסיקנא בפ' הניזקין דמתנתו מתנה ומתנה ומחי' כי הדדי נינהו ע"כ וכ"כ הריטב"א הבי"ד מר"ן בב"י שם אדברי הטור סי' י"ז וכ"כ הגהות אשירי והמרדכי בפ' מציאת האשה משם רבינו ברוך וכ"כ הר"ן בפ' נערה שנפתתה משם הרשב"א כאשר יתבאר להלן והילך דברי הריב"ש ז"ל סי' כ' וזל"ה אבל אם רצה לעשות מחילה בזה איפשר לומר שאינה מחילה דיתמי לאו בני מחי' נינהו אלא שהרמב"ן ז"ל כ' בתשובה שמחילתו ג"כ מחי' שהרי המחילה דינה כמתנה ואע"ג דאמרי' בעלמא דיתמי לאו בני מחילה נינהו אפשר לומר דהיינו בדבר שבשאר בני אדם הוא מחילה על הסתם דביתמי לא אמרינן הכי דומיא דמאי דכ' הראב"ד ז"ל דטענתו של קטן אפי' בפחות משתות מחזירין לו אונאה ולא הויא מחי' אבל במה שהוא מוחל לדעת כיון דמתנתו מתנה מחילתו ג"כ מחילה ע"כ ע"ש וע"ע הריב"ש סי' ק"ח וסי' תס"ח ועי' תוס' כתובות דפ"ו גבי קריבתיה דרב נחמן זבינתיה לכתובתה בטובת הנאה איגרשה ושכיבה אתו קא תבעי לה לברתה א"ל ר"ן ליכא דליסבא לה עצה תיזל ותיחלה לכתובתה דאמה לגביה אבוה ותירתה מניה וכ' התוס' בד"ה תיזל ויש מפרשים דקטנה היתה כמו הפעוטות מתנתן מתנה. והכנה"ג סי' רל"ה בהגה"ט אות יו"ד כ' וז"ל ומתנתו נמי מתנה וכו' וה"ה מחילתו מהר"ם מטראני ח"א סי' א' ע"כ וציין להריב"ש הנז' ולא זכר שר את כל הפוסקים הנ"ל והמט"ש שם בהגה"ט אות ט' הבי"ד הכנה"ג וכ' עליו וכ"כ הרמב"ן בתשו' הביאה מר"ן מחו"ד ועי' מגדל עוז מ"ש ע"ד הראב"ד ועי' מהר"י באסאן סי' מ"ה ולא זכר גם הוא את דברי ר"ב והרשב"א הנז'.

אתה הראת חבל נביאים סברי מרנן דמחילת הפעוטות כמתנתן וכיון שכן בעישור נכסי דקי"ל דמצו לסלוקה בזוזי הו"ל כמטלטלי ומחילתן מחילה:

איברא דבפ' מציאת האשה ד' ס"ח תנן יתומה שהשיאתה אמה או אחיה מדעתו וכתבו לה במאה או בחמשים זוז יכולה היא משתגדיל להוציא מידן מה שראוי להנתן לה ע"כ ופרש"י מדעתה רבותא קמ"ל דאע"פ שנתרצית אין מחילתה מחילה ע"כ נראה מדבריו דמחילת הפעוטות לא הוי כמתנתן ולפ"ז רש"י ז"ל פליג אכלהו רבוותא דלעיל דסברי דמחילתו כמתנתו אלא דאפשר לומר דסבר לה רש"י ז"ל כהרשב"א ז"ל כאשר הבי"ד הר"ן בפ' נ"ש וז"ל והרשב"א ז"ל הוסיף לומר שמסתברא דאפי' ארסוה מדעתה לא הפסידה מזונותיה משום דאין מעשה הקטנה כלום וכדתנן בפ' מציאת האשה יתומה שהשיאתה וכו' אע"ג דקי"ל דפעוטות מתנתן מתנה במטלטלין כדאיתא בפ' הניזקין וה"ה למחילתן מזונות ופרנסה שאני דכיון דאינן אלא מן הקרקע כדמסקינן לקמן הלכתא ממקרקעי ולא ממטלטלי בין לכתובה בין למזוני בין לפרנסה הוו להו כמקרקעי וכשם שאין מתנתן מתנה בהן כך אין מחילתן מחילה וכ' הר"ן ז"ל ולפי טעמו ז"ל אפילו מחילה בפ' לא מהני ע"כ ע"ש וא"כ לדעת רש"י בין לפ' ראשון ובין לפ' שני בנ"ד דעדיין היא בתוך שנת הי"ב לדעתו מחילתה לא מהנייא ולדעת הרשב"א נמי לא מהני מחילתה משום דהו"ל כמקרקעי:

ואולם מצאתי להמרדכי בפ' מציאת האשה שכתב וז"ל יתומה שהשיאתה אחיה או אמה מדעתה פרש"י מדעתה לרבותא נקט דאע"פ שנתרצית אין מחילתה מחילה וכ' רבינו ברוך נראה דאפי' אם הגיע לכלל פעוטות דאמרינן בהניזקין דמקחן מקח וממכרן במטלטלי וה"ה במחילתן דמאי שנא מ"מ יכולה היא להוציא שהרי לא מחלה בהדייא אלא נתרצית ולקחה מה שנתנו לה ושתקה וליכא למימר משום דפרנסה לא גבי אלא ממקרקעי משום הכי לא הויא מחילתה מחילה כדקי"ל למכור בנכסי אביו דהיינו ממקרקעי עד שיהא בן עשרים דא"כ מאי איריא קטנה אפי' בוגרית נמי ע"כ והוב"ד בהגהות אשירי בפרקין נראה מדבריו דמפרש דמ"ש רש"י דאע"פ שנתרצית אין מחילתה מחילה היינו בנתרצית ולקחה מה שנתנו לה ושתקה ולא מחלה בהדיא דאם מחלה בהדיא מחילתה מחילה ורבינו ברוך אינו חולק על רש"י:

וחזיתיה לרבינו בצלאל בש"ם שכ' אדברי רש"י ז"ל ולכאורה משמע דהכי קאמר שנתרצית בק' או בחמשים שפסקו לה ומחלה על השאר ולפי שהיא קטנה אין מחילתה מחילה והק' דאטו אם הגיעה לכלל פעוטות דמחילתה מחילה במטלטלין מי נימא דלא איירי בה מתני' והרי בגמרא משמע וכו' וליכא למימר משום דפרנסה לא גביא אלא

ממקרקעי משום הכי לא הויא מחילתה מחילה דא"כ מאי איריא קטנה אפילו בוגרית נמי לכך פי' רבינו ברוך ז"ל דלכך נקט מדעתה דאפי' שנתרצית לא מיקרי מחילה כיון שלא מחלה בהדייא ומיירי מתני' אפי' בפעוטות ועי' במרדכי ואפשר דרש"י סובר דאע"ג דהפעוטות מקחן מקח וממכרן ממכר במטלטלין מ"מ אין מחילתן מחילה וכן דעת הראב"ד בהשגות פכ"ט מה"מ ועוד י"ל דרש"י ז"ל הק' דאיברא ודאי אילו מחלה בפי' כיון שהגיעה לכלל הפעוטות הויא מחילתה מחילה דומיא דאמרינן מקחן מקח וממכרן ממכר במטלטלין ומיהו היינו מדרבנן דאלו מדאורייתא אין מעשה קטנה כלום ולכך כיון דנתרצית ולא מחלה בפי' אין מחילתה מחילה ואלו היתה גדולה רצויה הויא לה כמחילה אבל מאחר דקטנה ואין מחילתה מחילה מדאורייתא אלא מתק' חכמים כדאיתא בפ' הניזקין וכ"כ הרמב"ם בפ' כ"ט מה"מ הילכך אי לאו דמחלה בפי' לא הויא רצויה מחילה. ע"כ:

ומקום יש בראש לתמוה על דברי רבינו בצלאל ז"ל דמסגנון דבריו משמע דכוונת רבינו ברוך לחלוק על רש"י ז"ל כאשר יראה הרואה שמתחילה הקשה על רש"י ז"ל וע"ז כתב לכך פי' רבינו ברוך ז"ל ושוב הדר הוא ופי' דברי רש"י בשני דרכים ואפשר דרש"י סובר וכו' ועוד י"ל דרש"י ז"ל וכו' והלא מדברי המרדכי משמע שרבינו ברוך אינו חולק על רש"י מדכ' וכ' רבינו ברוך ולא כ' ורבינו ברוך כ' ועוד הלא דברי רש"י סובלים דברי רבינו ברוך ולמה נאמר דחולקים ועוד הלא דרך שניה של רבי' בצלאל ז"ל בפרש"י הם דברי רבינו ברוך ממש וא"כ למה נאמר דכוונת רבינו ברוך לחלוק על רש"י ז"ל. ועוד יש לתמוה במ"ש וליכא למימר משום וכו' דא"כ מאי איריא קטנה אפי' בוגרת וכו' דאיברא דרבינו ברוך סבר לה הכי דהו"ל כמטלטלי משום דאי הו"ל כמקרקעי קשה מאי איריא קטנה וכו' וכמ"ש במרדכי ואולם לא ידעתי מה יענה רבי' בצלאל ז"ל בדברי הרשב"א ז"ל שהביא הר"ן בפ' נערה שנתפתתה כמביא למעלה דסבר לה דפרנסה הו"ל כמקרקעי ולא חש הרשב"א לקו' רבי' ברוך ז"ל וגם הר"ן שהניח דברי הרשב"א בצ"ע מכח קושיא אחריתי כאשר יראה הרואה שם ולא זכר שר קו' רבי' ברוך ז"ל הנראית החוש"ה אל העין ועיני כל אדם חזו בה ומוכרחין אנו לומר דסבר הרשב"א ז"ל דפרנסה לא הויא לה כקרקע ירושה שהרי בפ' מציאת האשה ד' ס"ט אסיקנא כרב אשי דבת בעישור נכסי בע"ח הויא ולא יורשת דאף אמימר הדר ביה ואלו בעו לסלוקה בזוזי הוו מצו וא"כ אף כי דיינינן לה כמקרקעי מההיא דאמר רבא שם הלכתא ממקרקעי ולא ממטלטלי בין למזוני בין לכתובה בין לפרנסה מ"מ אינו אלא כקרקע דעלמא ולא כקרקע ירושה שהרי אינה אלא בע"ח ולא יורשת ובע"ח דאחין כמ"ש בגמרא ועדיפא מינה דאפי' נתנו

לה האחים בפרנסתה קרקע אינו אלא כקרקע דעלמא ויכולה למוכרו משתגדיל דאינו כקרקע ירושה אלא כמי שגבאתו בחובה וחוב זה בא לה מתק' חכמים שתיק' להיות לה חוב על האחים בפרנסתה:

ועוד אפשר לומר דסבר הרשב"א כיון דמדין תורה קטן אין הקנאתו כלום בין במקרקעי בין במטלטלי אלא שחז"ל תיקי' משום כדי חייו דבמטלטלין הקנאתו הקנאה אבל בקרקע לא תיק' ואוקמוה אדאורייתא אבל משהגדיל מדאורייתא הקנאתו הקנאה בכל מילי אלא שחז"ל תיק' בקרקע ירושה דאין הקנאתו הקנאה משום שמא ימכור בזול כמפו' בש"ס ובפוסקים ולפיכך ס"ל הרשב"א ז"ל דמזונות ופרנסה דהלכתא ממקרקעי ולא ממטלטלי הו"ל כמקרקעי כ"ז שהיא קטנה דמדאורייתא אף אי הוו ליהו כמטלטלי אינה יכולה למחול אלא דמדרבנן אי הוו כמטלטלין יכולה למחול לכך ס"ל דהוו כמקרקעי כדי לאוקמה אדאורייתא דע"כ לא תיק' רבנן אלא במטלטלין גמורים אבל לכי גדלה דמדאורייתא יכולה למחול אף אי הוו מקרקעי ממש אלא דרבנן תיק' דאינה יכולה למחול אי הוו מקרקעי ולפיכך ס"ל דלכי גדלה יכולה למחול ולאוקמה אדאורייתא דע"כ לא תיק' רבנן אלא במקרקעי ממש ובודאי דאלו זכר רבי' בצלאל את דברי הרשב"א לא היה מחליט לומר דאין זה כוונת רש"י דודאי מידי ספיקא בכוונת רש"י לא יצאנו דדילמא ס"ל כהרשב"א:

גם מ"ש בדרך ראשונה ואפשר דרש"י סובר וכו' מ"מ אין מחילתן מחי' וכן דעת הראב"ד בהשגות פכ"ט מהמ"כ איברא שכ"כ הראב"ד שם עמ"ש הרמב"ם ז"ל קטן היודע בטיב משא ומתן שנשא ונתן במטלטלין וטעה דינו כדין הגדול. פחות משתות מחילה וע"ז כ' הראב"ד אני אומר שהקטן אין לו מחילה כדאמרינן יתמי לאו בני מחילה נינהו ע"כ ומפשטן של דברים נראה כמ"ש רבינו בצלאל דהראב"ד סבר דמחילת הפעוטות לא הויא כמתנתן ולא זכר ש"ר את דברי הריב"ש שהצגנו לפניך כמביא למעלה שכ' דמחי' הפעוטות כמתנתן ואע"ג דאמרי' בעלמא דיתמי לאו בני מחילה נינהו אפשר לומר דהיינו בדבר שבשאר בני אדם הוא מחילה על הסתם דביתמי לא אמרינן הכי דומיא דמאי דכ' הראב"ד ז"ל דטענתו של קטן אפי' בפחות משתות מחזירין לו אונאה ולא הויא מחי' אבל במה שהוא מוחל לדעת כיון דמתנתו מתנה מחילתו ג"כ מחילה ע"כ משמע מדברי הרמב"ן ז"ל דע"כ לא קאמר הראב"ד ז"ל שהקטן אין לו מחי' אלא כגון פחות משתות דאונאה וכיוצא דבגדול אמרינן מסתמא מחל בקטן אמרינן דלא הויא מחילה ואולם במה שהקטן מוחל להדייא מחילתו מחילה ונראה דטעמו של הרמב"ן הוא משום דהא דאמרינן יתמי לא בני מחילה נינהו אתמר בגמרא אדבר דהוי מחילה מן

הסתם דהכי אמרינן בפ' אלו מציאות ד' כ"ב ע"ב א"ל רב אחאי בריה דרבא לרב אשי הני תמרי דזיקא היכי אכלינן ליהו א"ל כיון דאיכא שקצים ורמשים דקא אכלי להו מעיקרא יאושי מייאש מנייהו. יתמי דלאו בני מחילה נינהו מאי א"ל אסירן ופסקה מר"ן חו"מ סי' ר"ס ס"ו ולעומת זה מצינו אמרו שמתנת הפעוטות הויא מתנה ובודאי דה"ה מחילתן דמ"ש וצד כ"ש הוא דאם במה שבידם יכולים ליתנו כ"ש שיכולים למחול מה שאינו בידם ולפיכך חילק הרמב"ן בין מחילה מדעת ובין ההיא דמסתמא הויא מחילה דמחי' דילפינן ממתנתן היינו מדעת דומיא דמתנה דהויא מדעת וההיא דאמרינן יתמי לאו בני מחילה היינו דאינה מדעת אלא דאמרינן מסתמא הויא מחי' כההיא דתמרי דזיקא ולפי' מקשה הראב"ד להרמב"ם ז"ל דס"ל דפחות משתות הוי מחי' אף לקטן והלא אין זה מחי' לדעת אלא דמסתמא אמרי' דפחות משתות הוי מוחל ומ"ש מתמרי דזיקא ותי' ה"מ ז"ל דכיון דחכמים תקנו להם מכי' משום כדי חייהן הם תיק' שיהא טעותן כגדול וגדולה מזו אמרו מתנתם מתנה ואפי' במתנה מרובה ע"כ:

וחזיתיה לה' משכנות הרועים מע' מ"ם אות כ"ט שכ' וז"ל אמנם דעת הה"מ נראה דלא ס"ל כדעת הרמב"ן ז"ל ממ"ש וגדולה מזו אמרו מתנתו וכו' דמאי ראיה ממתנה דמדעתיה יהיב להך דטעותא הוי אלא ש"מ דלא ס"ל כדעת הרמב"ן ע"כ נראה מדבריו דמחילה להדייא נילף שפיר ממתנה דלא קא מקשה אלא הך דטעותא הוי ולפ"ז כוונתו במ"ש דהה"מ לא ס"ל כהרמב"ן היינו שנאמר שהה"מ סבר דאף במחילה דמסתמא מחילתו מחילה ולדעתו מ"ש הה"מ וגדולה מזו כו' ר"ל שנלמוד מחילה זו ממתנה דלדעת הרמב"ן אי אפשר למילף כן ולפירוש זה קשה מההיא דתמרי דזיקא שלענ"ד משם מקשה הראב"ד אהרמב"ם ז"ל שמשם יש ללמוד שהקטן אין לו מחי' במאי דאמרינן מסתמא מחל וכ"ש הוא דהא אמרינן בפ' המוכר פירות ד' צ"ה אאונאה מעיקרא שוה בשוה קאמר ליה ופ' רשב"ם וז"ל שוה בשוה א"ל מוכר ללוקח ובכך נתרצה לוקח ואם אינו שוה לא יתרצה והילכך בדין הוא דאפי' פחות משתות יחזיר מיהו לכך אין מחזיר דכיון דלא ידיעה כ"כ וכשוה דמי הויא מחילה ע"כ וא"כ אם בתמרי דזיקא דמעיקרא מקודם נפילתם יאושי מיאש דיודע הוא שהרוח מסיר מהן והשקצים מזומנים לאוכלן כמו שפרש"י ז"ל אפ"ה אמרינן דביתמי אסירן דלאו בני מחילה נינהו וכ"ש בפחות משתות דמעיקרא לא נתרצה אלא בשוויו ממ"ש וא"כ הדרא קו' הראב"ד ז"ל לדוכתה. וכן תמה אנכי על ה' מחנה אפרים הלכות אונאה סי' י"ז שמתחילה רצה להוכיח דהרמב"ם חולק ארשב"ם דפ' המוכר פירות הנז' והביא לשון הרמב"ם דפכ"ט מהל' מכי' הנז' והשגת הראב"ד ז"ל ותירוץ הה"מ ז"ל וכ' וז"ל ואיברא דאי משום תקנה הוא א"ש דהפקר ב"ד

הפקר אבל ממה שאמרו מתנתם מתנה ליכא ראיה דהתם מדעתו קא יהיב אבל הכא מי קא ידע ואדרבא לא נתרצו למכור אלא בשיוויו ממש ובכה"ג איכא למימר דאין מחילת הקטן מהני אם לא שנאמר שכל הנו"נ אדעתא דהכי נחית מעיקרא ואינו מקפיד על אונאת פחות משתות ע"כ מבואר מדבריו דלצד שנאמר דהר"מ במז"ל חולק ארשב"ם ז"ל וס"ל דמעיקרא אדעתא דהכי נחית אתי שפיר ראית הה"מ שהביא מדאמרו מתנתם מתנה כדי לתרץ קו' הראב"ד ז"ל. ואהמ"ר לענ"ד אף שנאמר כן לא מתרצה שהרי ההיא דפחות משתות אפילו נאמר דמיעקרא אדעתא דהכי נחית ודלא כרשב"ם מ"מ דמיא ממש להההיא דתמרי דזיקא דמעיק' נמי מיאש וכמש"ל:

והנלע"ד בפי' דברי הה"מ דמצינו בש"ס הטעם דמכי' הפעוטות מכי' משום כדי חייו ופרש"י דאי לאו זביניה זביני לא מזביני ליה מיזוניה ולא זבני מיניה אבל הטעם דמתנתו אינו משום כדי חייו אלא משום דעבדי ליה נייח נפשיה וכן מבואר ברש"י ז"ל בפ' הניזקין ועי' הרא"ש ז"ל מ"ש משם הרמב"ן ז"ל וסבר הה"מ ז"ל דחכמים שתקנו שיהיה ממכרן ממכר משום כדי חייהם וכדאמרן הם תקנו שיהיה טעותן כגדול מהט' דכדי חייו דלא זבני מיניה דחיישי לאונאה פחות משתות דצריכים להחזיר ולזה תיק' דמחילתו מחילה אף דבגדולים אינה אלא מסתמא וכ"כ חששו משום כדי חייו וכן מצינו דחששו כ"כ במאי דתקנו דמתנתם מתנה מטעמא דעבדי ליה נייח נפשיה דתקנו אפי' תהיה מתנה מרובה וגדולה תקנה זו דתקנו במתנה מרובה משום נייח נפשיה ממאי דתקון מחילה בפחות משתות משום כדי חייו דאינה אלא בדבר מועט וזהו שכ' הה"מ וגדולה מזו וכו' ור"ל דכמו דבתקנתא דמתנה חששו כ"כ לטעמא דנייח נפשיה עד שתק' במתנה מרובה הכי נמי בתקנתא דמכירה שהיא משום כדי חייו חששו כ"כ מהאי טעמא גופיה ותיק' דמחי' בפחות משתות מחילה ואינו ר"ל דממתנה ילפינן מחי' פחות משתות דאין ראיה ממתנה דמדעת להך דפחות משתות דאינה אלא טעות ועוד דאין בה משום נייח נפשיה אלא משום כדי חייו והכי דייקי דברי הה"מ שכ' מ"מ חכמים וכו' משום כדי חייהם ולמה הוצרך לומר הכא הטעם והלא מבואר הוא בדברי הרמב"ם ז"ל ועוד כ' וגדולה וכו' במתנה מרובה דלכאורה דאי אפילו במתנה מרובה שפת יתר וכבר ידוע דכל דברי הה"מ הם הם בתכלית הדיוק ולמ"ש אתי שפיר:

ולפ"ז אפשר לומר דהה"מ ס"ל כהרמב"ן ז"ל ודלא כהמשה"ר ז"ל דכל אפושי פלוגתא לא מפשינן ואף הר"מ במז"ל אפשר דס"ל כהרמב"ן ז"ל דבדבר שבשאר בני אדם הוא מחילה על הסתם ביתמי אמרינן דלאו בני מחילה נינהו ושאני ההיא דטעות דמכירה פחות משתות דמהני אף מן הסתם משום שכן תקנו להדיא וכמ"ש הה"מ ז"ל אלא

דהראב"ד חולק על הר"מ במז"ל בזה וס"ל דלא תקנו בזה ודינה כדין סתם מחילות דלא אמרינן ביתמי ופליגי הרמב"ם ז"ל והראב"ד ז"ל במ"ש הש"ס בפ' הניזקין ד' נ"ט וטעותן עד כמה אמר רבי יונה אמר רב זירא עד שתות כגדול ועי' פרש"י ז"ל ובהה"מ והבי"ד הב"י סי' רל"ה האמנם מחילה דמדעת אף הראב"ד מודה דמחילתו מחילה דמ"ש ממתנה וכמש"ל:

תו חזיתיה להמשה"ר שרצה לומר דהרשב"א לא ס"ל כהרמב"ן ז"ל וז"ל גם ממ"ש במקובצת דמציעא במ"ד ל"ד צ"ב אהא דאמרינן גבי פועל דקוצץ עמו וע"י בניו הגדולים קאמר תלמודא א"ו גדולים נמי ומשני גדולים בני המחילה נינהו ע"ש כ' הרשב"א וז"ל אפי' הודיעם לא מהני משום דלאו בני מחי' נינהו ושלא כדעת הרמב"ן ע"כ מבואר מדבריו דהרשב"א פליג אהרמב"ן ז"ל וס"ל דאפי' מחילה מדעת לא מהנייא וא"כ דברי הרשב"א סתראי נינהו שהרי הר"ן בפ' נערה שנתפתתה כ' משם הרשב"א ז"ל וזל"ה אע"ג דקי"ל דפעוטות מתנתן מתנה במטלטלין כדאיתא בפ' הניזקין וה"ה למחילתן ע"כ הבאתי דבריו לעיל וק' דידיה אדידיה והנלע"ד לתרץ הוא במש"ל דברי רבינו ברוך ז"ל שהביא המרדכי בפ' מציאת האשה דמחלק בין נתרצית ושתקה למוחלת להדיא וכ"כ רבי' בצלאל במקובצת דכתובות לדעת רש"י ז"ל דמחי' בפי' מהני ונתרצית לא מהני הבאתי דבריהם למעלה ובזה עלו כהוגן דברי הרשב"א דמ"ש הר"ן משמו דמחילתן מחי' היינו היכא דמחלי להדיא וההיא דמקובצת דמציעא בשלא מחלו להדייא והכי דייקי דברי הרשב"א ז"ל שכ' אפי' הודיעם ולא כ' אפי' מחלו וכו' לומר דבהודיעם אפי' נתרצו ושתקו לא מהני אבל מחלו להדייא מהני ולפ"ז אפשר לומר דהרשב"א ס"ל כהרמב"ן ודלא כהמשה"ר ז"ל:

וראיתי להמח"א שם שרצה לומר דמה שאמרו ביתמי פחות משתות הוי מחילה הט' דכיון דהגיעו לעונת הפעוטות דינו כדין הגדול שהרי יש בו דעת למחול ומה שאמרו קטנים לאו בני מחילה נינהו איירי בקטנים שלא הגיעו לעונת הפעוטות וכ"ן שהוא דעת הרמב"ן ז"ל בתשו' סי' ב' ע"כ והבי"ד המשה"ר ז"ל שם וכ' דמדברי הריב"ש בסי' נ' לא משמע כן דמיירי בקטן שהוא בן ח' שנים כמו שהובא בשאלה ועלה מייתי דברי הרמב"ן דכ' דנהי דאין מחי' מחי' הא מיהא בידע מהני ע"כ גם הריב"ש סי' ק"ח איירי בבן י"א שנים ומייתי עלה דברי הרמב"ן ז"ל גם בסי' תס"ח הביא דברי הרמב"ן אפעוטות ע"ש ובר מן דין מדברי הרמב"ן עצמו שהביא הריב"ש ז"ל שכתבנו למעלה מוכח להדיא דלא כמ"ש המח"א שהרי מתחילה כ' שהרי המחי' דינה כמתנה דמזה מבואר דאיירי בפעוטות וע"ז מק' מדאמרינן יתמי לאו בני מחילה ומחלק בין מחי' דאמרינן מסתמא

למחי' מדעת. ונראה דלזה נתכוון הרב מר בריה דהמח"א בהגהתו על הרב אביו שכ' וז"ל א"ה עי' בתשו' הריב"ש ז"ל סי' תס"ח:

באופן דדעת כל הני רבוותא קמאי ובתראי הי"מ דתוס' כתובות והרמב"ן ז"ל והריטב"א ז"ל והרשב"א ז"ל והר"ן ז"ל כמ"ש להלן ורבי' ברוך ז"ל והמרדכ"י ז"ל והגהות אשירי שהבי"ד ר"ב ז"ל להלכה והראב"ד ז"ל לדעת הרמב"ן ז"ל והר"מ במז"ל והרב המגיד ז"ל כמש"ל והמבי"ט והמח"א ז"ל כולהו סברי דפעוטות מחילתן כמתנתן וכן דעת מר"ן מדהביא דברי הרמב"ן והריטב"א ז"ל בב"י ח"מ סי' רל"ה וסברי הר"ן על הרשב"א בפ' נערה שנתפתתה בב"י אה"ע סי' קי"ב וראשית אמריו הצגתיו לפניך כמביא למעלה וזה סו"ד וצ"ע וכו' ומ"מ בתר תקנתא דתקון בתראי ז"ל שיהיו הבנות שונות מן המטלטלין מחלה בפירוש פשיטא דמהני ע"כ ומה שפסק מר"ן בש"ע סי' ר"ס ס"ו וז"ל ואם היו של יתומים שאינם בני מחילה אסורים ע"ך הט' משום דאף בגדולים אינה מחילה מדעת אלא דאמרינן מסתמא מחל ובמחי' כזה אמרינן יתמי לאו בני מחילה נינהו וכמ"ש הרמב"ן ז"ל כמ"ש אבל במחילה דמדעת מחילתן מחילה ומ"ש בסי' רל"ה ס"ג קטן שנו"נ במטלטלין וטעה דינו כדין הגדול פחות משתות מחילה ע"כ ואף דמחי' זו דפחות משתות בשאר בני אדם נמי אינה מחילה מדעת אלא מסתמא ה"ט כמ"ש הה"מ ז"ל שכן תקנו בפ' דחכמים שתק' ממכרו ממכר תקנו טענתו כגדול וכמש"ל:

נמצינו למידים דבנ"ד במחילה לחוד הוא סגי ואולם לפרש"י ז"ל ור"ב ז"ל והמרדכי והגהות אשירי צריך מחילה להדייא ולא מהני נתרצית ולקחה ושתקה ואף דהרשב"א סבר דפרנסה ומזוני דנגבים ממקרקעי הו"ל כמקרקעי ואין מעשה קטנה כלום הרי רבים סוברים דלא כוותיה ר"ב והמרדכ"י ז"ל והג"א וגם הר"ן הניח דבריו בצ"ע ואסיק דבתר תקנתא דתקון בתראי ז"ל שיהיו הבנות ניזונות מן המטלטלין מחלה בפי' פשיטא דמהני והבי"ד הב"י אה"ע סי' קי"ב וכבר אבותינו קבלו הוראותיו בב"י ובש"ע ומאחר שהביא דברי הר"ן ז"ל בביתו אין לנו לזוז מדבריו ואף דבפרנסה דליתא מתנאי כתובה אף לתקנת הגאונים אין נותנין לה אלא מקרקעי וכמ"ש הטוש"ע סי' קי"ג ס"ב מ"מ הרי כתב הב"י משם התוס' דפרנסה נמי בזמן הזה ממטלטלי דאנן סהדי שכל בני אדם רגילין להשיא בנותיהן ממטלטלי וחשיב כמו באמידניה דפסק רבא כרבי יהודה ושאפשר שגם הרי"ף ז"ל והר"מ במז"ל והרא"ש ז"ל לא יחלקו על דברי התוס' הנז' ע"ש וכ"פ בש"ע ס"ג אלא דמ"ש הב"י שדברי ספר המצות הם דברי התוס' אינו מדוקדק דלסה"מ ה"ט מתקנת הגאונים ז"ל ולדברי התוס' ז"ל הוא מדרגילין להשיא בנותיהן ממטלטלי וא"כ כיון דפרנסה בזה"ז נגבית ממטלטלי מחילה בפי' מהני וכמ"ש הר"ן גבי מזונות והא

דכ' מר"ן באה"ע סי' קי"ג ס"ז קטנה יתומה שהשיאתה אמה או אחיה לדעתה ונתנו לה מאה או חמשים זוז יכולה היא משתגדיל להוציא מידם פרנסת נדונייא הראויה לה וכו' מפני שהקטנה אינה בת מחאה ע"כ הרי כ' הח"מ סקי"ט וז"ל היינו דוקא שלא מחלה בהדייא אלא נתרצית ולקחה מה שנתנו לה ושתקה אבל הגיעה לעונת הפעוטות ומחלה בהדייא מחילתה מחילה כמטלטלי ע"כ וכ"כ ה' בית שמואל סקי"ז:

וכ"ת איך במחילה סגי והא מחילה לא שייכא לא בקרקע ולא בטלטל ולא במה שהוא בעין וכמ"ש סי' רמ"א ס"ב ואף שהכנה"ג שם בהגב"י אות מ"ג כ' וז"ל הריטב"א ז"ל כתב בפרק חזקת הבתים דמחילה בקרקע בקנין מהני מורה צדק בסי' ע"ג בשם מהרי"ב ז"ל וכ"כ הרשב"א בתשו' שהביא רבינו המחבר ז"ל ובסי' י"ב מחודשין י"ג ועי' בסי' רמ"א ס"י וכמ"ש שם וכ"כ בס' מקור ברוך סס"י כ"ח בפשוט דמחי' בקרקע בקנין מהני ע"כ וכ"כ התש"י סי' ל"ז ע"ש מ"מ הרי מהרשד"ם סי' רע"ח כ' דהרא"ש ז"ל שהביא הטור בסי' ע"ג חולק אהרשב"א דלהרא"ש לא מהני אפי' בקנין ואף דהפרמ"א ח"ב סי' צ"א השיגו ע"ש מ"מ מידי פלוגתא לא נפקא ועי' מט"ש סי' ע"ג הגה"ט אות ע"ח וע"ט וסי' רמ"א בהגב"י אות י"ב וי"ג ועי' משה"ר מע' מם אות ז' ועי' ב"ח רס"י רמ"א. והילך דברי רבינו מוהריב"ץ ז"ל איש אחד שנשתדך עם בתולה ונתן לה בעת השידוכין איזה בגדים משלו והתנו שאם יחזור בו שמחל לה בבגדים שנתן לה בכח הקנין והשיב הרב דלא זכתה בהם משום דלא שייך מחילה בדברים דאיתנהו בעינייהו ולא מהני בהו אלא לשון מתנה וכמ"ש מהרי"ק ואפי' היה הדבר בקנין לא מהני כמשמעות דברי הרא"ש ודקדק הוא ז"ל מס' דנפשיה כמ"ש מהרשד"ם בדברי הרא"ש וכ' עוד דדוקא לגבי דו"ד מהני קנין דאל"כ אין לקנין טעם כי מאומרו דו"ד אין לי וכו' הוא כמודה שאין לו זכות בשדה וא"כ מה הוא מקנה לחבירו אלא ודאי לא מדו"ד קנו מידו אלא מגופא של קרקע קנו מידו שהקנה לחבירו חליפי הסודר והא דקאמר דו"ד וכו' הכוונה שאחר שהקנה זכותו לחבירו לא נשאר לו שום דו"ד וכו' ותשובת הרשב"א נראה בעיני דלאו דוקא נקט שמחל לו אותו קרקע דודאי אם היה כותב כך אפי' קנו מידו על כך לאו כלום הוא דאף אי נימא דמגופה ש"ק קנו מידו מ"מ הרי גילה דעתו שהוא מקנה אותה לו בא' מדרכי ההקנאה הבלתי מועילין דהיינו המחילה אלא הכוונה שכ' שמחל לו כל זכות ושעבוד שיש לו על אותו קרקע דאז המחילה שייכא לזכות ולשעבוד וכההיא דאמרינן ליבטלן זכוותיה אבל גוף הקרקע נקנה חליפי הסודר דמגופה ש"ק קנו מידו והרי מחי' זו דומה ממ"ש לאומר דו"ד וכו' וזה עדיף מדו"ד דהתם גבי דו"ד וכו' עניינו הוא שמודה שאין לו זכות בקרקע ההוא ולית הוכחה דמאן ניהו ואפשר שהוא מפקירו לכל ואינו מקנה אותו לאדם

מיוחד ברם הכא שכ' לו שמחל לו כל זכות ושעבוד אית ברורא למאן קא מזכה ליה וכ"מ להב"ח בסי' רמ"א אתשו' רשב"א וז"ל צ"ל שלא כתב לו באותו לשון אלא שמחל לו כל תביעה שהי"ל על אותו קרקע אבל לשון מחילה ודאי לא מהני בקרקע שהוא בעין כמו בחפץ שהוא בעין וישב ג"כ לשון הגמ' דפ' חזקת עי"ע עכ"ל הרב מוהריב"ץ בקיצור העתקתיו מכ"י ה' כמוהר"ש אבן צור ז"ל ובכ"י כמוהר"ר יעקב ן' סמחון זלה"ה מ"כ משם רבני מקנא"ס יע"א הא' ז"ל כמהרמ"ט ומהרח"ט ז"ל ורבני פאס מוהריב"ע ומוהריב"ץ ז"ל דאפי' בקנין לא מהני מחילה לא בקרקע ולא בכל דבר שהיה בעין ואחד הרואה בדברי הרבנים הנז' ובספרן ש"ץ שציינו ימצא דדבר זה הוא פלוגתא דרבוותא וע"כ ל"פ אלא עם היתה המחילה בקנין אבל בלא קנין לכ"ע לא מהני במה שהוא בעין:

ומצינו למר"ן סי' צ"ו ס"ד שכ' וז"ל אין קנין קטן כלום לפיכך עדים שראו קנין שלו לא יכתבו עליו שטר ע"כ וכ"פ בסי' רל"ה ס"ד אין מקח הקטן וממכרו במטלטלים קיים אלא כשמשך או המשיך וכו' וכן אם קנו מיד הקטן וכו' לא קנה לוקח וכו' וכן קטן שקנה מטלטלים וקנו מידו וכו' לא קנה עד שימשוך וכו':

איברא דיש חילוק בין קטן לקטנה וכמ"ש מר"ן אבל הקטנה שנתרבת חצרה מידה תקנה המטלטלים מאחרים אם קנו מידה וכו' ע"כ. ואולם אף בקטנה לא מהני אלא אם לקחה מאחרים בק"ס דבזה יש חילוק בין קטן לקטנה אבל אחרים שלקחו בק"ס מהם אין חילוק בין קטן לקטנה ובכולם לא מהני ק"ס שהרי בס"ג דאיירי בקטן שמכר קא יהיב טעמא שהקנין כשטר ואין העדים חותמין אלא על שטר של גדול וכ"כ הטור בשם הרשב"ם וכ' בב"י נתן טעם למה הוא סובר שאינו מועיל למי שסתם קנין לכתיבה עומד וכל שאינו ראוי לכתיבה אינו קנין אבל בס"ו דאיירי בקטן שקנה קא יהיב טעמא לפי שאין חצר הקטן קונה לו מפני שנתרבה מדין שליחות ואין שליחות לקטן ולא יהיה הקנין וכו' גדולים מחצירו וכ' הב"ח הטעם שאמר הרמב"ם ברישא כשקנו מיד הקטן דאם חזר בו לא קנה הלוקח שהקנין כשטר לא שייך כאן היכא דהקטן קנה מיד האחרים והעדים חותמים על שטר אדם גדול שהקנה כו"כ לפלוני בין שהקונה גדול או קטן הו"ל לקנות אלא דצ"ל הטעם דכיון דחצרו לא קנה לו כ"ש קנין דלא יהיה הקנין גדול מחצרו והשתא ניחא הא דקאמר בקטנה דכיון דנתרבה מידה ויש לה חצר וכו' גם בקנין שקנתה מידן קנתה המטלטלין דהא עיקר הטעם בקטן אינו אלא לפי שאין הקנין גדול מחצרו וא"כ בקטנה דחצרה קונה גם הקנין קונה שהרי העדים חותמים בשטר על אדם גדול שהקנה כך לפלוני בין שהזוכה קטן או גדול קנה בקנין זה ע"כ וא"כ ברישא דאיירי בקטן המוכר שהטעם הוא משום שהקנין כשטר ואין העדים וכו' אין חילוק בין קטן לקטנה

דבכולהו שייך האי טעמא וכ"כ הכנה"ג בהגה"ט אות י"ד וכן אם קנו מיד הקטן וכו' נ"ב וקטנה שוה לקטן לענין קנין הר"מ גאלאנטי ז"ל סי' ע"ב ומאחר דלא מהני בקטנה ק"ס הדרן למש"ל דלא מהני לשון מחילה בקרקע וטלטל וכו' ואפילו למ"ד דמחילה בקנין בקטן וקטנה דלא מהני ק"ס יודה דאין מחילתן כלום:

ואולם בהשקפה פורתא נראה דלאו מילתא היא דפשוט הוא דבנ"ד דאנן קיימין ביה בפרנסת הבת מהני לשון מחילה דהא אסיקנא דאינה אלא בע"ח ולא יורשת ואי בעו לסלוקה בזוזי מצו ומוכרחין אנו לומר כן שהרי רבינו ברוך והמרדכי והג"א וכל הפוס' שכתבנו לעיל כתבו אמתני' דפ' מציאת האשה יתומה שהשיאתה אמה או אחיה וכו' דמחלה להדיא מהני הרשב"א לא פליג אלא משום דהו"ל כמקרקעי וכשם שאין מתנתן מתנה כך אין מחילתן מחילה אבל מהט' דמחילה בקרקע וטלטל לא מהני לא קאמר והיינו כמ"ש משום דאינה אלא לבע"ח ודוחק לומר דסברי מרנן כהראב"ד דק"ס מהני בקטן וסברי כמ"ד דמחי' בקרקע בקנין מהני דא"כ לא הוו שתקן רבנן דסברי דמחילה בקרקע מהני מלהביא ראיה מלהק' הפוס' הנז' ועוד דהרב משפט צדק ח"א כ' דדברי הראב"ד נדחים לפני הרמב"ם והה"ם ורבינו ירוחם אחר דרבים נינהו ואי כמ"ש הרי איכא כמה רבוותא דסברי כהראב"ד אלא ודאי ה"ט משום דבת בעישור נכסי אינה אלא בע"ח ולכך מחילתה מחילה ועוד דהתם פריך הש"ס טעמא דקטנה הא גדולה ויתרה ופרש"י מחלה על השאר וליכא למימר דמיירי בקנין דא"כ מאי פריך אשר מזה פי' ר"ב דלא איירי מתני' במחלה להדייא אלא נתרצית ולקחה ושתקה וכמ"ש במרדכי ועוד אי קנו דמידה הרי מחלה להדייא ואפי' בקטנה מחילתה מחילה לדעת הפוסקים הנז' אלא ודאי כמ"ש. וצויי"מ וימ"ן:

ע"ה שלמה אבן דנאן סי"ט

סימן נה

ראובן ושמעון שותפין בחצר אך כל א' יש לו בית מיוחד ואינם שותפים כ"א בתורבץ החצר ובבית שער וראובן משכן בית שלו ביד לוי אח"כ מכרה לשמעון ולוי שהיא ממושכנת בידו רוצה לסלק לשמעון הלוקח מדינא דבר מצרא זה היה מעשה ונומינו להם שהדין נותן שיכול לוי בעל המשכונה לסלק לשמעון השותף ואע"ג דכ' מר"ן סי' קע"ה ס' נ"ז הממשכן שדהו ואח"כ מכרו לזה וכו' אבל אם מכרה הממשכן לאחר אפי' אינו בן המצר אין המלוה יכול להוציא מידו ע"כ הרי כ' מור"ם במפה וי"א דאפי' קדם המצרן וקנאה יוכל המלוה לסלקו ע"כ וכבר הנהיגו אבותינו ורבותינו זיע"א לדון כס'

זו וכן אנו דנים והולכים אחריהם ואע"ג דשמעון הלוקח הוא שותף ובקיצור התקנות של ה' מוהר"ר ר"ב ומוהר"ר מ"ב בנו זלה"ה כ' דבעל המשכונה והשותף שקולין הן וכל הקודם בהן זכה וכן אנו נוהגים וכן כ' ה' בית יהודה בדיני המצרנות סי' ס"ו דכיון דטעם דקרו לה משכנתא משום דשכונה גביה א"כ דין שותף יש לו בכל ענין יעו"ש אלא דמ"ש היינו דוקא אם היה המלוה עצמו דר בה הוא דמקרייא שכונה גביה ודינו כשותף בכל ענין אבל אם לא היה דר בה אלא אחרים מעלים לו שכר בזה אין לו עדיפות אלא אם קדם וקנאה אין המצרן מסלקו אבל שותף מסלקו אבל אם נמכרה לאחר אין לו עדיפות לסלקה מיד הלוקח ע"כ אנן לא שמיע לן ואין אנו נוהגים כן אלא בכל גוונא בין דר בה בין אינו דר בה דיינינן ליה כשותף בכל ענין והב"י סי' הנז' ס' צ"א כ' משם הר"ם דאין אינו דר בתוכה לא מקרי שכונה גביה וכ' עליו ואין זה מוכרח ובבד"ה כ' וגם אין נראה כן מדברי הפוסקים ע"כ ועי"ע בב"י סי' צ"ב ומ"א משכו' שאינו דר בה וכו' ועי' כנה"ג קכ"ה

מ"מ שותף זה דאינו שותף בגוף הבית כ"א בתורבץ החצר ובב"ש גרע טפי וזה שממושכנת בידו גוף הבית עדיף ויכול לסלקו והראיה לזה מתשו' מהרפ"ב ז"ל הבי"ד מוהר"י ן' סמחון ז"ל כ"י בדיני המצרנות אות י"ט וזל"ה בן המצר שהוא שותף בב"ש ואמצעה של חצר שקנה מא' מהשותפים בבתים חלקו שותף א' מהבתים יכול לסלקו דלא חשבינן לשיתוף דבית שער שיתוף אלא בבא לסלק מצרן שאין לו דרך על בית שער של חצר זו שאז אין לו שום שיתוף בחצר או כגון אשה שלקחה וכיוצא דכחה וכח בן המצר שוין בהא הוא דאיכא למימר שותף אפי' בב"ש מצו לסלוקה אבל בשותף בדיורי החצר נראה ברור שאפי' קדם בן המצר וקנה אין להחשיב לבן המצר זה שותף מכח שיתופו בב"ש שאין זה עשיית הטוב והישר ליכנס בתתומו והוא מעיקרא לא היה לו עד מדרס כף רגל בביתו של זה ובכי הא מסתברא למימר דדנבא בתר רישא גריר וכיון שבן המצר זה נעשה שלוחו של שותף במה שקנה חלק השותף האחר בגוף הבתים שאין לו שום נגיעה בהם הוא הדין דנעשה שלוחו לב"ש ולשאר תשמישי החצר הטפלים לגבי הבתים ואע"ג שהוא שותף בב"ש ע"כ ודון מינה ואוקי באתרין למאי דכתיבנא דקי"ל דבעל המשכונה והשותף שוין דדינו כשותף בכל ענין ותל"מ וד"ק וצוויי"מ וימ"ן:

הצעיר שלמה אבן דנאן ס"ט

סימן נו

שאלה לשם שבו ואחלמה וכו' כמוהר"ר שלמה אבן דנאן ישמרהו השוא"ל שמירה מעליה. אח"ן פנ"ה פה אל פה את ראשו ואת זקנו ואת גבות עיניו. וקיד"ה חמש מאות. ומחוינא קיד"א. קמי רבנן ותלמידיהון. יסגא שלמיהון אכי"ר:

עתה באתי ביאה במקצת. במיעוט דרך אר"ש. הנה שפתי לא אכלה. מלדפוק על שערי החכמה והבינה. להודיע צערי לרבים. כי שלשה המה נפלאו ממני. לא ידעתי טעמם בדיני טרפיות ואשאל את פה המורים וטבחי מתא. ואין בפיהם טעם יכשר. כי אם כך הוא המנהג ישר. על כן אמרתי אני אל לבי אגלה אזני כת"ר. כי ידעתי גם עשה תעשה וגם יכול תוכל:

הלא המה הדין הא' בדין המוח שנמצא בו שלחופית שכ' מר"ן סי' ל"א ס"ב שאם היה המוח מקיפה שלא היתה מגולה לקרום כשירה ואם לאו טריפה. והמנהג להטריף בכל שלחופית בין מגולה לקרום. בין אינה מגולה:

והדין הב' בדין תרי בועי דסמיכי שכ' מר"ן בסי' ל"ז ס"ג וז"ל אם יש בה אבעבועות סמוכות זו לזו אסורה וכו' ואם היא אחת ונראית כשתים נוקבים אותה בא' מצדיה אם שופכות למקום א' אחת היא וכשירה ואם לאו שתים הם וטריפה. והמנהג שלא לחלק בין שתים לאחת ונראית כשתים אלא בכל ענין נוקבים אם שופכות מכשירים ואם לאו לאו:

והדין הג' בדין העברת יד הבודק בבהמה בזריזות בלי רפיון ידים שכ' מר"ן בסי' ט"ל סי"א וז"ל ואם נתפרקה שום סירכא בהעברת ידו מוציא הראיה לחוץ ובודקה אם היא סירכא ימצא ראשה בריאה או בדופן. ואם לאו ריר הוא וכשרה. והמנהג שלא להוציא הראיה לחוץ לבודקה כמ"ש מר"ן אלא כל שנתפרקו בהעברת היד די בזה ומכשירים. והאי"ש משתאה מחריש לדעת מילתא בטעמא על מי ועל מה. אדני המנהג הוטבעו. ואל מי מקדושים אפנה. דדאין בדדמי. ותשוב'תו הרמת'ה מהרה תצמח. על כל פרט ופרט. ושכמ"ה מנה אחת אפים. הלא כה דברי אדם להבל דמה. אני כי אנוש רמה. אני הגבר ראה עוני:

הצעיר שמואל אגייני ס"ט

ידי"ן ורוחי גם איש שלומי טובייאנא דחכימי אישו'ר כולל. חן ערכו מי ימלל. החכם השלם והכולל כמוה"ר שמואל אג'ייני נר"ו יאיר או'ר בעד או'ר כאור החמה שבעתים אכיר:

אחר שים שול'ם טובה וכו'.

הדין הא' בדין שלחופית שכ' כת"ר שהמנהג להטריף בכל שלחופית בין מגולה לקרום בין אינה מגולה אפשר שטעם מנהגכים הוא לפי שזה צריך בקיאות גדולה כמ"ש ה' מוהריב"ץ וז"ל ואנו נוהגים שכל עת שימצאו מים או שלחופית הן בתוך המוח הן בין ב' הקרומים הן בין מוח לגולגולת הכל טריפה אף אם המוח שלם ויפה ואין להכשיר אלא היכא שפתחו הראש בחכמה גדולה וניכר הדבר וברור בלי שום ספק וגמגום כלל שהמים או השלחופית היו בתוך המוח והיה המוח מקיפם היקף גמור מכל צד ולא היו מגולים לקרום כלל כשר וכל זולת זה טריפה עכ"ל. הרי שהצריך ה' מוהריב"ץ חכמה גדולה ושלא יהיה שום ספק וגמגום שלא יהיו מגולים לקרום כלל. ולפי שאין אנו בקיאין בזה לכך אתם אוסרים:

הדין הב' בדין תרי בועי דסמיכי וכו' מפשטא דתלמודא משמע דלא תלינן בבדיקותא דסילוא אלא בחדא ומתחזינא כתרתי שהרי אמרו בגמרא ד' מ"ז ע"א ואמר רבא וכו' הרי מבואר דלא אמר רבא בדיקת הסילוא אלא בחדא ומתחזיא כתרתי והוא תימא שהרי הפך ממנהגנו שאין אנו מחלקים אלא כל דשפכי כשירה אפי' בשתים וכבר תמה ה' החביב סי' ל"ז בהגה"ט אות כ"א וז"ל וראיתי בבדיקות כ"י מיוחסות למהר"י סמוט כ' תרי בועי דסמיכי להדדי מנהג שאלוניק'י שאם אין בשר ביניהם כלל נוקבים בצד א' מהם ואי שפכי אהדדי חדא היא וכשירה ואי לא תרתי נינהו וטריפה ע"כ מלשון זה משמע דאפי' בתרי בועי דסמיכי אי שפכי כשירה והוא תימא דבגמרא משמע דשפכי אהדדי לא מהני אלא באחת ונראית כשתים. ושוב מצאתי בהלכות בדיקות של רגמ"ה שהובאו בס' הרוקח סי' שפ"ג כ' ואם ב' בועות מתאימות ודבוקות זו בזו מביאין סכין או קוץ ונוקב באחת אם שופכות מים לחברתה כשירה ואם לאו טריפה ע"כ וכ"כ בסמ"ק סי' ר"ה וצ"ע עכ"ל הכנה"ג יעוש"ב מ"מ זאת מצאנו סמך וסעד ומשען להשען עליו עמוד של שיש שהוא של זהב ה"ה רבינו גרשום שמאיר עיני גולה הוא והסמ"ק ומנהג שאלוניקי לדברי ה' מהר"י סמוט דסברי מרנן ורבנן כמנהגנו דאפי' בשתים אי שפכי כשירה. ונלע"ד לתרוצי סוגיא לשטתייהו דרבנן דמכשרי דס"ל דבין באחת ונראית כשתים ובין בשתים ועלתה השפיכה יפה כולהו חדא נינהו וכשירה. ואינם נקראים תרי בועי כ"א בדלא שפכי אהדדי ובזה קאמר רבא תרתי בועי וכו' לית ליהו בדיקותא ור"ל בדיקה דעלמא דהיינו נפיחה. חדא ומתחזייא כתרתי וכו' ר"ל ואם אתה מסתפק שמא מבפנים חדא היא אלא שמבחוץ הם שתים מייתינן סילוא וכו' ואפי' אם נניח בזה כפי' רש"י שכ' וז"ל חדא ומתחזייא כתרתי. ואם אחת היא ונראית כעין סדק באמצעיתה ודומה לב' לאו לאפוקי אם הם שתים גמורות מבחוץ אפי' שפכי אהדדי טרי' אלא משום

דבחדא ומתחזייא כתרתי שכיח ומצוי דהוו שפכי אהדדי לכך נקט רבא במילתיה חדא ומתחזייא וכו' ואורחא דמילתא נקט ולאו דוקא ועי' בפ"ק דמציעא גבי ראה אותם רצים אחר המציאה אחר צבי שבור וכו' ואמר זכתה לי שדה סבר הרא"ש ז"ל האי דאמר זכתה לי שדה ל"ד והא דקתני ואמר וכו' בשביל למנוע הרצין אחריה אמר כן עכ"ל ועי' לה' פחד יצחק אות א"ו שכ' וז"ל כ' הר"ן י"א דזכתה לי שדה ל"ד וה"ה אפי' לא אמר דאורחא דמילתא נקט וכך כ' בפ' ד' דעירובין גבי דאמר שביתתי במקומי עכ"ל. הכא נמי אורחא דמילתא נקט ולאו דוקא וה"ה אפי' אם הם ב' מבחוץ ושפכן אהדדי דכשרה. כנלע"ד לישב הגמרא למנהגנו ולס' רבנן דמכשרי. ולענ"ד יש לדקדק כן מדברי התו' שכתבנו וז"ל ואי לאו טרי' כתוב בהל' טריפה של רבינו גרשום דאפי' יש ביניהם כחוט השערה משמע דאי איכא בניהם כשני חוטין לא חשיב סמיכי אהדדי וכשרה עכ"ל די"ל דהלא בתחלת מילתיה דרבא שאמר תרתי בועי דסמיכי וכו' שם הו"ל להתו' להביא דברי ר"ג ולמה נטרי עד הכא. אבל לפי דברינו יתיישב דכוונת התו' לומר אפי' יהיה בניהם פחות מב' חוט' והרי הם מרוחקות הרבה והם שתים גמורות מבחוץ אפ"ה דוקא בדלא שפכי טרי' אבל אי שפכי כשי' ונראה שכך היא כוונת ס' מח"ב שהביא הש"ך סי' ל"ז סק"ו ואזלא תמיהת הש"ך עליו יעו"ש:

הדין הג' בדין ס' שנתפרקה בהעברת יד השוחט שכ' מר"ן סי' י"ג שצריך שיוצא הריאה לחוץ וכו' וכ' כת"ר שהמנהג שלא להוציא הריאה וכו' הנה ס' זו שכ' מר' סי' י"ג היא ס' הר' שמחה מויטרי שהביא הרב"י אבל הר"י הלבן שהביא הרב"י קודם ס' הר"ש מויטרי לא מצינו שחילק בזה וזה סוף לשונו השוחט צריך שיכניס ידו בזריזות בלי רפיון ידים וימשמש בבהמה בכל צדדיה בין לגבי דפנות בין לגבי שומן אז מחמת חמימות הבהמה מתנאקות כל הס' הבאות מחמת ריר בעלמא וכל הס' הבאות מחמת טרפות מתקיימות וכו' יעו"ש בב"י שהביא ג"כ ס' העיטו"ר אחר ס' ר"י הלבן ולא חלק בזה כ"א הר"ש מויטרי והרוקח שכ' ואין מקומן ניכר והביאו הרב"י אחר ס' הר"ש ונלע"ד מאחר שהר"י הלבן והעיטור סתמו דבריהם ולא חלקו כלל א"כ הם חולקים על הר"ש מויטרי והרוקח ומצאתי זה מבואר בהכנה"ג בהגב"י אות קנ"ז וז"ל ואני מצאתי דברי הר"י הנז' בכתיבת יד בגליון הקצור פסקי הרא"ש ז"ל שבכתב יד מסיים בה כך זה אמת ובחון אם לא תעשה כאשר אמרתי דע לך שתטרף כל הבהמות ותכלה ממונם של ישראל שמיד כשתוציא הריאה לחוץ כזאת אפי' סי' שאינן סירכות. מתקשות ונעשות חזקות. אות ס"ב ולפ"ז מה שכתב הכלבו בשם ר' שמחה שיוצא הריאה לחוץ ויבדוק אותה חולק אר"י הלבן ז"ל עכ"ל הכנה"ג הרי מבואר דהר"י הלבן חולק על הר"ש וס"ל

דאינו צריך שיוצא הריאה לחוץ ומדברי הרב"י מוכח שדברי ר"י הלבן והעיטו' והר"ש מויטרי והרוקח הם כשמכניס ידו בחזקה שהרי אחר שכ' ס' הפוס' הנ"ל כתב ומלשון רבינו ירוחם איכא למשמע הפך זה שכ' טבח שהוציא ידו ואמר טריפה ואח"כ הקצב או בודק אחר הכניס ידו ולא מצא טרפו' הראשון נאמן שאולי הבודק הב' הכניס ידו בחוזק והעביר הסירכא או העבירה הא' בהוצאת ידו ועד א' נאמן לאסור בדבר המסור בידו עכ"ל ואם הרב"י הבין שס' הפוסקים הנ"ל היא כשמכניס ידו בנחת א"כ דברי רי"ו אינם הפך דברי הפוסקים הנ"ל שהרי רי"ו כ' בפי' אולי הבודק הא' הכניס ידו בחוזק אלא ודאי שהרב"י הבין שדברי הפוסקים הנ"ל הם כשמכניס ידו בחוזק והן אמת שדברי הרב"י הם תמוהים שהרי איפשר להשוות דברי הפוס' וכמ"ש וכבר תמה ע"ז הכנה"ג בהגב"י אות קנ"ח וז"ל נ"ב וכ"כ רש"ל סי' כ"ה ואיני יודע איך הוא הפך מ"ש למעלה שדברי רי"ו הם כשמכניס ידו בחזקה אבל כל מה שכ' לעיל בשם ר"י הלבן והעיטור והכלבו והרוקח הוא כשמכניס ידו בנחת ומה שכ' ר"י הלבן ז"ל צריך שיכניס ידו בזריזות בלא רפיון ידים לא בא לומר שיכניס ידו בחזקה אלא שיהיה בנחת ובזריזות בלי רפיון ידים עכ"ל:

איך שיהיה נמצא דלפי דברי הרב"י ומהרש"ל שמבינים שס' הפוס' היא כשמכניס ידו בחוזק וכבר כתבנו שהר"י הלבן והעיטור אינם מצריכים שיוציא הריאה לחוץ וה' פרי תואר סי' זה ס"ק י"ח כ' וז"ל הכלבו כתב בשם ראבי"ה דכל סי' הניתקת בהכנסת יד בכח אינה סי' המטרפת ובשם רבינו שמחה כ' שהתנה שלא תשאר ראשה בריאה ופסק מר"ן כרבינו שמחה עכ"ל משמע מדבריו שראבי"ה אינו מצריך שיבדוק הריאה. והשתא אם כוונת כת"ר במ"ש והמנהג שלא להוציא הריאה לחוץ לבודקה אם כוונתו היא שאפי' מכניסים ידים בחזקה אינם מוציאים הריאה לחוץ לבודקה הרי יש להם על מה שיסמוכו הלא הם הר"י הלבן והעיטור וראבי"ה וכמ"ש לעיל לפי' הרב"י ומהרש"ל דסברי מרנן דהני פוס' מיירי כשמכניס ידו בחוזק ודייקי לה מלשון בזריזות שכ' הר"י הלבן וכבר אמרנו דמדסתמו דבריהם אלמא ס"ל דאינו צריך שיבדוק הריאה והרי יש להם על מה לסמוך שהבודקים הללו ס"ל בפי' דברי הפוס' הנ"ל כמ"ש. ואם כוונתו לתמוה אפי' על המכניסים ידים בנחת בזה ודאי יש להם על מי לסמוך שהרי אפילו יבינו כדברי הכנה"ג שמפרש דברי הפוס' הנ"ל כשמכניס ידו בנחת מ"מ בזה סוברים דמדסתמו דבריהם ולא חלקו משמע דס"ל דאינו צריך שיבדוק הריאה:

גם הטור אחר שהביא ס' מר יעקב גאון כ' וז"ל וע"ז נוהגים במקצת מקומות להכשיר כל סי' שתנתק כשהטבח מכניס ידו בנחת לבדוק שאומרים שאינו סי' אלא ריר בעלמא שנתפשט מלחות הריאה וכו' עכ"ל והוא לשון הרא"ש ומלשון זה משמע שגם מ"ר יעקב

מסכים בהיתר סי' המתפרקות בהכנסת יד הטבח מדכתבו הרא"ש והטור וע"ז נוהגים וכו' והרב"י כתב שאיפשר לומר שגם הרשב"א לא חלק אלא על הממעכין אבל על המנענעים או על המכשרים בסי' הנתקת על ידי הכנסת יד הטבח לא חלק עכ"ל מ"ש. ומדסתמו דבריהם ולא התנו שצריך שיוציא הריאה לחוץ משמע שס"ל שאינו צריך. וראיתי להב"ח שכ' וז"ל ומה שכ' בכלבו והשוחט צריך שיכניס ידו בבהמה בזריזות בלא רפיון ידים וכו' אין זה סותר לדברי הרא"ש ורבינו שכ' כשהיה הטבח מכניס ידו בנחת וכו' ומ"מ צריך להוציא הריאה לחוץ ולבודקה וכו' עכ"ל עין רואה דהב"ח סובר דאפי' לדברי ר"י הלבן צריך שיוציא הריאה לחוץ וכבר כתבנו דברי הכנה"ג אות קנ"ז אשר לענד"ן פי' שה' כנה"ג הבין בסיום דברי ר"י הלבן שכוונתו לומר שמאחר שנפסקה אפי' באמצע ריר הוא וכמאן דליתא וכנימוח דמי אך כיון שיוצאה הריאה לחוץ היא מתקשית ונראית כמו סי' ולכך כ' שרבינו שמחה חולק אר"י הלבן וחזיתיה להרב הגדול כמוהר"ר חיים דוד חזאן איש ירושלם בס' נדיב לב שלא הבין בדברי הכנה"ג כמ"ש והניח דבריו בצ"ע וז"ל ואחר המחי"ר לא זכיתי להבין דבריו מאיזה צד הכריע דר' שמחה חולק על ר"י הלבן דהא גם רבינו שמחה מודה דהבדיקה צריך שיהיה בפני' כדי שלא לאבד ממונם של ישראל והבדיקה שכ' ר' שמחה בחוץ היינו אם נתפרקה שום סי' לראות אם ראשה נשארה בריאה דבהא ליכא שום חשש שיתחזק בהוצאתה לחוץ דפי' ר"י הלבן היינו אם יש שום סי' סרוכה היא מתחזקת כשיוצאה לחוץ אבל סי' שנתפרקה בפנים ולא נשארה ראשה בריאה מאי איכא למיחש שיתדבק בריאה שום סי' מה שלא נשארה מבפנים וכעת דבריו צ"ע עכ"ל ולענד"ן שכוונת ה' כנה"ג כמ"ש ואתי שפיר:

וראיתי לה' זובח תודה שכ' ואנו מנהגנו לעשות נפיחה גם בזה אף אם לא מצא ראשה בריאה עכ"ל וה' כמוהר"ר ר"ב כ' והבודק יכניס וכו' ובמהרי"ל הביאו הט"ז משם רש"ל דהעיקר הוא בריאה וכו' עכ"ל ובאות נ"ד כ' וז"ל כבר אמרנו למעלה שכל הסי' הנפסקת מחמת הגבהה ונענוע סי' בת יומה וכשירה וכן הדין בסי' היוצאת מן הבועה או בסי' ובשר שתחתיה מקמיט כשניתקת בנענועה אינה סי' וכשירה. וכ' ה' המבי"ן והוא שלא נשאר ראשה בריאה אבל אם נשאר ראשה בריאה צ"ב ובסי' שלא כסידרן או בורדא לריאה נהגו להקל וא"א ה' המחבר מחמיר בכולן עכ"ל בק"י ובס' זבחי רצון לכמוהר"ש אבן צור כ' שאם נשאר ראשה בריאה לדידן צריך נפיחה עכ"ל. ואני לא ראיתי נזהרים בזה ויש בענין זה אריכות דברים ולאפס הפנאי קצרתי כי יש דקדוקים בדברי הטור וב"י ואין להאריך כ"א בשו"ט:

הצעיר שלמה אבן דנאן ס"ט

סימן נז

כה"ר שמואל הכהן ואחיו כה"ר חיים משה ישצ"ו. המה עשו צנורות של חרס לירד בהם שופכי בהכ"ס של האלפוקי שבהחצר הידו' להם הסמוכה להאלתברנא הקרובה לרחובה. של עיר. בקרן זוית שבין כותל אתברנא הנז' להאלמעדא הס"ל. קבועים ובולטים לצד חוץ ומקודם היתה בנויה בקרן זוית הנז' אצטבה שהיו עומדים עליה התנוקות שואבי מים וכל הרוצה ליטול מי רגלים חומ"ה יבא ויטול. כאשר העידו בפנינו ע"ז כמה עדים. ועכבו עליהם מבעלי אתברנא הנז' באומרם שהאלמעדא הנז' היא של בעלי אתברנא ומכללה האצטבה. וא"כ אינם רשאים לקבוע הצנורות ההם ברשותם. ועם היות שהאחים הנז' גם הם יש להם חלק בהאלתברנא הנז'. מ"מ הם אינם מוחלים בחלקם. ובר מן דין צריכים הם להרחיק הצנורות מן הכותלים הנז' ג"ט ולסוד בסיד כמו שהדין. ועמדו שני הכתות לפנינו להורות להם הדין עם מי. ופסקנו להם שהדין עם האחים הנז' שאפ' אם יבררו בעלי אתברנא שהאלמעדא היא שלהם מ"מ האצטב'ה אחר שהיא חוץ להאלמעדא. אינה אלא ר"ה. ורשאים האחים הנז' לקבוע הצנורות במקומה. וגם בני ר"ה אינם יכולים לעכב עליהם. שכן המנהג פשוט אצלינו שכל בעלי החצרות קובעים הצנורות בכותל חצרם הפונה לר"ה ואין פוצה פה נגדם. והגם שאינם עושים אותם בולטים כולם לצד חוץ רק שקועים קצתם בתוך הכותל. מ"מ בנד"ז שהם בקרן זוית מקום שאינו מעבר לרבים. דבר פשוט הוא שרשאים לעשותם בולטים כולם לחוץ. לפי שאינם מזיקים כלום לבני ר"ה. ואפי' קצת ההיזק שמגיע לבני ר"ה במה שנוהגים לעשות בולטים קצת לחוץ במקום שהוא מעבר לרבים. בכאן אינו מגיע כלום אפילו הם בולטים כולם לחוץ לפי תכונת המקום הזה. ולענין הרחקת ג"ט. אינם צריכים להרחיק כלום. שכן היו דנים ב"ד שלפנינו נ"ן זלה"ה ששני שותפים בכותל רשאי א' מהם לקבוע צנורות של חרס לשופכי בהכ"ס שלו ואין השותף חבירו יכול לעכב על ידו שמאחר שהם של חרס אין הכותל יונק מהם. אך אינו רשאי לסתור מן הכותל מאומה אפי' מהטיח שלו רק יקלוף קצת מהטיח הנק' בפה האומנים תחרי"ס. וגם אנחנו הולכים בעקבותיהם וכן דנים והולכים בכל יום הלכה למעשה. וא"כ קם דינא שרשאים האחים הנז' לקבוע הצנורות הנז' בקרן זוית הנז' בלתי הרחקה כמ"ש לעיל מבלתי יכולת לעכב על ידם לא בעלי אתברנא ולא בני ר"ה:

שוב אח"ך עכבו עליהם מבעלי אתברנא הנז' ממה שנמצא בכותל אתברנא הנז' השייך להאלמעדא הנז' כעין חור אחד עגול ומתפצלים ממנו ד' פצולים עגולים מד' צדדיו כזה משקיף למחבוא אחד הבנוי למעלה ממקוה המים שבהאלתברנא הנז'. ולפ"ז צריכים

הם להרחיק ד"א שלא יאפילו עליו וע"ז השיבו האחים הנז' שהחור הנז' מעולם לא נעשה לשם לחלון. ולא היה רק נקב לנעיצת הקורה העשויה בעת הבנין למעמד רגלי הבונים. וכדבריהם אלו אמרו כמה ב"א שבודאי כן הוא. גם הביאו ת"ח אחד שהעיד לפנינו שהוא יודע בטיב שלא היה רק כעין נקב שיעור שראוי לתחוב בו ראש האלפרדי והיה בלתי שום צורה. וכשבנו האחים הנז' הבנין שי"ל על אויר למעדא הנז' והיו מיפים צורת הכותל מבחוץ. הבנאי צייר גם החלון הנז' בצורת עגולים כדי שיהיה כל הכותל נאה לעיני הרואים. עוד אמרו האחים הנז' שמתכונת המחבוא הנז' שבו פתוח החור הנז'. נדע שבודאי לא נעשה לשם חלון. ביען שהמחבוא הנז' אינו ראוי לשום תשמיש יען שהוא בנוי למעלה בכותל הפנימי של האלסהריז הנז' אשר תמיד הוא מלא מים. ואין לו דרך ישרה לעבור להשתמש בו כ"א דרך האלסהריז הנז' או יעמוד על כותל החיצוני של האלסהריז ויפסע. ותמיד שם יקננו זבובים ורמשים על קורי עכביש הארוגים שם למכביר. והמציאו עדים מהעושים מלאכה בהאלתברנא הנז' שהעידו שמעולם לא נשתמשו בו ולא ראו שו"א שנשתמש בו. וא"כ לאיזה תועלת יצטרך חלון כזה שאין בה מועיל למקום כזה:

ופסקנו להם שגם בזה הדין עם האחים הנז'. דאף אם היה חלון ממש בצורת פתח או מלבן. אפ"ה מאחר שהוא פתוח לר"ה. יכולים האחים הנז' לקבוע צנורותיהם ולהאפיל על החלון הנז'. ממ"ש הרשב"א ז"ל ופסקו מר"ן סי' קנ"ד סל"א וז"ל כתב הרשב"א שאע"פ שהפותח חלון לר"ה אין חבירו שכנגדו רשאי לפתוח חלון כנגד אותו חלון אם בא להגביה כותלו מגביה ואינו נמנע ואע"פ שאין ביניהם ד"א. ע"כ. ומינה נמי לנ"ד. דכיון דלפום מנהגא רשאים לקבוע שם צנורותיהם ואין בני רה"ר יכולים לעכב. א"כ הוי כאלו אותו המקום שבו קובעים הצנורות קנוי בידם ושלהם הוא ויכולים הם לקבוע שם הצנורות ואפי' בסמוך ממש. דכיון דאמרו אפי' אין ביניהם ד"א. היינו אפי' בסמוך ממש. דאל"ה לא הוו שתקי מלומר איזה שיעור מוגבל. ולהלן בס"ד יתבאר הכרח לזה מלשון הפוס':

איברא דמצאתי למהר"י אדרבי ז"ל בסי' ק"ז שנשאל בראובן שהיה דר בעליה ואחורי העליה היה פונה לדרך ר"ה ושמעון היה דר בבית שתחת העליה הנז' וחנות פתוחה לו לר"ה לאותו הצד שאחורי העליה פונה לשם ובהמשך הזמן רצה שמעון לעשות בנין על חנותו להגין בעדו בחמה מפני החמה. ובגשמים מפני הגשמים והיה רוצה להגביה בניינו למעלה מתקרת העליה מבחוץ סמוך לכותל העליה וראובן בעל העליה מיחה בידו ועכבו ופתח החלון שם וטען שזה כמה היה רוצה לעשותו כי לאורה הוא צריך

באופן שמעכב ביד שמעון שלא יגביה בניינו למעלה מהתק' שהוא זכותו או שיתרחק מהחלון ד"א ושמעון טוען שזהו ר"ה ואינו רשותו והוא רוצה לבנות בניינו בר"ה ואין יכולת ביד ראובן לעכב בידו כי כמו שהוא פתח החלון ג"כ הוא יבנה כרצונו דמאי אולמיה דהאי מהאי בר"ה:

וע"ז השיב הרב וז"ל נראה לע"ד שהדין עם ראובן ויכול למחות ביד שמעון שלא יגביה בניינו נגד חלונו וכו' ואפי' את"ל דאויר ר"ה לא הוי אלא הפקר באופן שהאויר שכנגד עליית ראובן אינו שלו מ"מ בנד"ד יכול ראובן לעכב ביד שמעון שכבר קדם ופתח חלונו וזכה באור אותו האויר כזוכה מן ההפקר וכמ"ש הרשב"א סי' אלף פ"ה מי שקדם ופתח חלון על ר"ה הרי זריז ונשכר וכו' וכיון שכבר זכה הרי הוא שלו ועכשיו כשמגביה שמעון בניינו ומאפיל עליו הו"ל כאלו בונה בתוך רשות ראובן וחייב להתרחק ממנו ואע"ג שכתב הרשב"א סי' אל"ף ק"ל וגם סי' אלף פ"ה שמי שפתח חלון אכותלו לר"ה כנגד אויר בית חבירו ואח"כ עמד השני ורצה להגביה כותלו ומאפיל עליו וכו' פסק שם שיכול להגביה ואינו נמנע אע"פ שאין ביניהם ד"א שאני התם שחבירו שכנגדו המגביה כותלו בונה בתוך שלו ולכן אין מועיל חזקת החלון להשתמש מאויר רשות חבירו שלא מדעתו עד שיעכב עליו שלא יגביה כותלו שם ברשותו וכמ"ש שם הרב הנז' וז"ל שזה אומר כל מה שאתה משתמש באויר רשותי שלא מדעתי אינך רשאי אבל בנ"ד ששמעון בא לבנות בתוך רשות ראובן כיון שכבר זכה באותו האויר כבר נקרא רשותו ודאי שיכול ראובן למחות בידו ולהיות הענין ברור לענ"ד איני מאריך בראיות וכל החולק ע"ז עליו להביא ראיה ע"כ:

ולפי דבריו א"כ אף אנן נמי נימא לכה"ג דאנן קיימין ביה דקרוב הדבר להדמות לנדון הרב דכיון דאויר ר"ה הוי הפקר. כאשר יהיה האופן בחלון שי"ל צו"פ או מלבן. א"כ זכה באויר של ר"ה וכבר נקרא רשותו ואין האחים הנז' רשאים לקבוע הצנורות ברשות אחרים:

והגם דאשכחנא להנה"מ במשה"א שכ' וז"ל ונלפענ"ד דלהרא"ש והרשב"א אף שבנה אחר מקודם ופתח חלונות לר"ה מ"מ לא זכה באויר שעל פני ר"ה שיהיה שלו לעולם דהא אפי' בקונה אויר חורבה צריך שיקנה חורבה לאויר ואויר לבד א"א להקנות דהוי דבר שאין בו ממש כמבואר בסי' רי"ב ומכ"ש הכא בהפקר דליכא דעת מקנה דאין קנין מועיל שיקנה האויר של הפקר רק עיקר הטעם הוא כיון דהפקר הוא ויכול להשתמש בהאויר דהפקר וכיון שפתח החלון בהיתר שוב אסור חבירו לפתוח כנגדו ולהזיקו כמו שאסור לעשות רפת בקר אוצר וכמו שדימה אותן הרשב"א הביאו הסמ"ע סקל"ח וכו'

ע"כ. וכ"כ במשה"ך סקל"ה. ולפי דבריו דס"ל דלא קנה בעל החלון את האויר ולא זכה בו אלא דשרי ליה לאישתמושי. א"כ אלו האחים שרוצים לקבוע שם הצנורות ויכולים הם מצד המנהג. הוי כקנו אותו והוי כרשותם:

מ"מ הא ודאי דלא שביקנא דברי מהרי"א מקמי הנה"מ שכ"כ מסברא דנפשיה ולא זכר ש'ר את דברי מהרי"א:

ובפרט שכן מצינו למהר"ש ן' חסון ז"ל במשפטים ישרים סי' כ"א שכ' וז"ל ועל כרחנו לומר שאותו פתיחת החלון חשוב כמשיכה במטלטלין או נעל וגדר בקרקע כן ג"כ פתיחת החלון אחר שהוא נהנה מן הד' אמות חשוב חזקה בהם כאכילת הקרקע דאלת"ה כשבא בטענת שנתן לו הזכות ההוא במה קנאו שלא יוכל לחזור בו אחר שלא עשה שום קנין בו ראוי הוא שיוכל לחזור דהכי קי"ל בכל ענייני ממון א"ו פתיחת החלון והנאתו הוי כחזקה בקרקע וכו' וכן צריכים אנו לומר לדברי הגאונים ז"ל והרמב"ם שסוברים שהחלונות שעבודם נקנה לאלתר ובשתיקה ובמה קנאו אלא כדאמרינן וכ"כ הרשב"א והרא"ש שהפותח לר"ה קנה מן ההפקר ובאיזה קנין קנה אלא כדאמרן. ע"כ:

הרי מבואר מדבריו דס"ל כמהרי"א ז"ל דהפותח לר"ה דקנה מן ההפקר וזכה ממש. וממילא הוו דברי הנה"מ הנ"ל דברי יחיד:

והכנה"ג ז"ל סי' קנ"ה הגב"י אות ג' הקשה דברי הרשב"א אהדדי. ההיא תשו' דאלף קל"ב ואלף פ"ה דפסק מר"ן בסי' קנ"ה שהבאנו למעלה. עם ההיא תשו' שהביא רב"י הב"י בסי' תי"ז שכ' וז"ל וחבירו שקדם ופתח חלונותיו לר"ה קדם וזכה וזה שבא לבנות כנגדו צריך להרחיק ממנו ד"א כר"י שלא יאפיל ע"כ:

ותירץ דההיא דסי' תי"ז מיירי שכשפתח הא' לא היה לחבירו בית או חצר כנגדו כו"ע אלא שעכשיו אחר שפתח הא' בא הוא לבנות שם בית וכיון שכן הוא יכול חבירו לומר לו שכבר זכה הוא מן ההפקר מר"ה אף לענין אפילה שלא יוכל האחר לבנות כנגדו אפי' כותל אם לא ירחיק ד"א:

ועוד תירץ. דההיא דסי' תי"ז איירי במוציא זיזין לר"ה מה שלא היה לו קודם ע"ז כ' דכיון דבבנין הזה מוציא חוץ לר"ה צריך להרחיק ד"א כדי שלא יאפיל כיון דלאו בדידיה קא בני אלא שהוציא זיזין לרשות הרבים ע"כ:

ולשני התירוצים אינם יכולים האחים הנז' לקבוע הצנורות שם כיון דלאו בדידהו קא בנו. דכבר זכה בעל החלון באויר ר"ה מן ההפקר. ועי' בשמ"ע סי' קנ"ד סק"ע:

אכן מצינו בימי ב"ד שלפנינו זלה"ה. בראובן שהוציא בליטת עלייתו לחוץ ופתח בו חלונות נגד כותל שמעון. ושוב בא שמעון והוציא בליטת עלייתו גם הוא והאפיל על

חלון ראובן ונדונו לפני הב"ד ז"ל. ופסקו להם שהדין עם שמעון מההיא דהרשב"א דפסק מר"ן בסי' קנ"ד שהבאנו למעלה. וכן אנו דנים והולכים אחריהם. וזה הפך ממש"ל. וצריכין לדעת ולתת טעם זה:

ונראה שהטעם הוא יען דמצינו להכנה"ג ז"ל בתשו' ח"ב סי' קי"א שהקשה תשו' הרשב"א הנ"ל וחילק החילוקים הנז'. וכ' וכיוצא בזה חילק מהרי"א ז"ל. ושוב כ' ועכשיו אני רואה שאין צורך לכל החילוקים הללו ודברי הרשב"א בשלשת תשובותיו דברים אחדים הם. וחילק בין אם יש מחוקי המלך שדרך ר"ה היא שלו אם לאו. דההיא דסי' תי"ז איירי כשאין מחוקי המלך שהדרך שלו אלא שר"ה קנוי לבעלי הבתים ושני הבתים שעל ר"ה זה כנגד זה. זה זוכה בחצי הרוחב וזה זוכה בחצי האחר ונמצא שחזר דרך ר"ה כפותח חלון על רשות חבירו שאם בא לבנות חבירו צריך להרחיק ד"א. אמנם אם יש חוקי המלך כלומר שהדרך שלו והפותח על ר"ה הוי כזוכה מן ההפקר הולכין אחריו וזה שפתח הראשון זכה מן ההפקר והבא לפתוח אחריו ג"כ זוכה מן ההפקר וכך הוא רצונו של המלך שכל הבא לפתוח על הדרך יפתח אז א"צ להרחיק ד"א והם דבריו בתשו' בסי' אלף ופ"ה ואלף וקל"ב ע"כ:

ומשתמעון מלוהי דרבינו הכנה"ג ממ"ש שאין צורך לכל החילוקים הללו. היינו גם לענין דינא נמי אין אנו צריכין לחלק כן. דלא הוצרכנו לאותם החילוקים אלא כדי לישב תשובות הרשב"א דלא להוו פלגן בהדייהו. והשתא דאשכחנא דתשו' הרשב"א אחדים הם. תו אין לחלק כן. דאלת"ה ונימא דבלא"ה מוכרח לחלק כן וכדמשמע מדברי מהרי"א שהבאנו למעלה דדייק מדברי הרשב"א גופיה א"כ לא הוה ליה להכנה"ג לשתוק מלהכריח החילוקים הנז' מהרשב"א גופיה. וביותר היה לו לפרש כן בתשו'. שאחר שכתב שאין צורך לכל החילוקים. היה לו לבאר דמוכרחים הם לדינא. אלא ודאי לא:

והילך מ"ש הכנה"ג גופיה בסי' קנ"ד הגב"י אות שעל מ"ש רבינו הטור בסי' קנ"ד סי"א תשוב' הרא"ש דבליטות דרשאי גם שמעון להוציא בליטתו לפני חלון ראובן ולהאפיל. וכתב עליו רבינו הב"י ולקמן בסי' זה אכתוב שהרשב"א והריב"ש חולקים. כתב הרב וז"ל נ"ב אמר המאסף לכאורה נראה דה"ק שהרשב"א והריב"ש חולקים על הרא"ש בדין זה וסוברים דיכול ראובן לעכב על שמעון שלא יוציא גם הוא בליטת עלייתו ואם כך הוא יש מן התימה על הרב שהרי הרשב"א בתשו' אלף פ"ה כתב כדברי הרא"ש וראיתי בס' הקצר דברים שמתוכן נראה דהרשב"א מודה להרא"ש בדין זה ולפ"ז מ"ש כאן ולקמן בסי' זה אכתוב שהרשב"א והריב"ש חולקים עליו אין הכוונה על הדין אלא על הטעם שלפי טעם הרא"ש שלא החזיק ראובן מפני שעד הנה לא היה שמעון מקפיד כי לא

היה מזיק לו ולא היה יכול למחות בו נפיק מניה שאפי' דמוציא לרשות חבירו ואינו מזיקו עכשיו כגון בפותח חלון על גג של רעפים אינו יכול למחות בו ומתוך שאינו יכול למחות בו אין לו חזקה דחזקה מכח מחאה קא אתיא אבל לפי טעם הרשב"א בתשו' סי' אלף פ"ה לפי שפתח לר"ה ודרך המלך הוא שכל הבא לפתוח ולהוציא בליטה אין מוחין בידו. בפותח על גג רעפים אע"פ שאינו מזיקו עכשיו כיון שאם יסיר הרעפים יזיקנו בהיזק ראיה יכול למחות בידו ואם לא מחה החזיק ועי' בתשו' להרשד"ם חח"מ סי' רנ"ז ותמצא מבואר כדברינו וכן מוכח מדברי מהר"מ מטראני ח"א סי' יו"ד ע"ש:

מבואר מדבריו דדעת מר"ן דהרשב"א אזיל ומודה להאי דינא דהרא"ש ז"ל שרשאי שמעון להוציא בליטתו לחוץ ולהאפיל. ומעיד בגודלו דעינא דשפיר חזי כדברי מר"ן בש"ע כן:

וכן ראיתי להרב פ"מ ז"ל ח"ב סי' ס"ד ד' קי"ז ע"ד שכ' וזל"ה ומ"מ אע"פ שכתב מר"ן שהרשב"א חלוק על הך תשו' להרא"ש לע"ד לא כ"כ לומר דפליגי לענין דינא כ"א בטעמא לבד הוא דכ' דפליגי אבל לענין דינא אף הרשב"א יודה להך דינא דהרא"ש דבליטות שהב' ג"כ יוכל להוציא בליטת עלייתו לחוץ ולהאפיל לבליטת הא' ולא מטעם הרא"ש הכתוב בתשובתו הבליטות הלזו אלא מטעם אחר כמו שיעיין המעיין בתשו' הרשב"א שהביא מר"ן בסי' קנ"ד מחו' ס"א אבל לענין דינא שוים הם ע"כ. וכ"כ בסי' ל"ו ע"ש:

וכן כתב המט"ש ז"ל בסי' קנ"ד הגב"י אות כ"ב וז"ל ולקמן בסי' זה אכתוב שהרשב"א והריב"ש חולקים וכו'. מבואר בסי"ז דעיקר מחלוקתם תלוי היכא דאינו מזיקו עכשיו אם יכול למחות או לא דלהרא"ש אינו יכול למחות ולכך אין לו חזקה ואם בא לבנות שכנגדו בונה ואינו מרחיק. ולהרשב"א וסיעתיה ז"ל אף דאינו מזיקו עכשיו מצי למחות ולעכב בידו כמתבאר כ"ז בס' הקצר סי"ו ומיהו לעיקר הנדון של הרא"ש דאין לזה חזקה כיון דאויר ר"ה הוי כחצר השותפין מאחר דנהגו להוציא זיזין וכמ"ש מר"ן בס' הקצר בסט"ו ובהכי מודה הרשב"א והיינו מטעם דאינו יכול למחות בהכי מעיקר הדין כיון שהוא הפקר ואינו מטעם הרא"ש דאינו מזיקו עכשיו ועי' בתשו' הרשב"א שהביא מר"ן בסי' קנ"ה מחו' א' וא"כ שוין הם לעיקר הדין ע"כ:

אתה הראת אוריין תליתאי הכנה"ג והפ"מ והמט"ש ז"ל כולהו סברי בדעת מר"ן דהרשב"א ס"ל דרשאי שמעון להוציא בליטתו ולבנות באויר ר"ה ולהאפיל על חלון שפתח ראובן בבליטתו. ודלא כמ"ש הכנה"ג בישוב תשו' הרשב"א. ומהרי"א ז"ל

דהרשב"א איירי כשאינו בונה באויר ר"ה כ"א מגביה כותלו שהיה לו מקודם אבל במוציא זיז לא דכבר זכה האחר באויר ר"ה ורשותו מיקרי וא"כ זה לאו בדידיה קא בני:
ומדבריהם דרבנן אנו למדין דהרשב"א והרא"ש ז"ל בהכי הוא דפליגי. דלהרא"ש ז"ל כיון דנהגו להוציא זיזין לא הוי אויר ר"ה הפקר אלא כחצר השותפין והא דלא החזיק הפותח ראשון. היינו משום דס"ל דכיון דאינו מזיקו עכשיו אינו יכול למחות וכיון שאין מחאה אין חזקה. והרשב"א פליג עליה בהאי טעמא וס"ל דהגם דעכשיו אינו מזיקו יכול למחות ואם לא מיחא החזיק. ומ"מ אזיל ומודה בעיקר הדין דהרא"ש ז"ל. והט' משום דס"ל דאף דנהוג להוציא זיזין לא הוי כחצר השותפין אלא דרך ר"ה של המלך היא ורצון המלך הוא שכל א' יבנה ויפתח חלונות כרצונו ויזכה בבניינו ובחלונותיו כזוכה מן ההפקר. ואולם דוקא לענין שלא יפתח האחר חלון כנגדו שיכול לומר לו אל תזיקני בראייתך כדרך שבעל העלייה ובעל החצר מונע בע"ה מלעשות רפת בקר או חנות של נחתומים תחת אוצרו שקדם. אבל אם בא לבנות ולהאפיל רשאי ואפי' ע"י זיז שמוציא לר"ה כיון דאינו בונה בתוך החלון אלא מחוץ לחלון הו"ל כרשותו:
והמעיין בתשו' הרשב"א אלף קל"ב שהביא רבינו הב"י סי' קנ"ה מחו' א' ובדברי הב"י סי' קנ"ד מחו' י"ח ובבד"ה שם ובתשו' אבקת רוכל למר' סי' ק"ז ובדברי ריבות סי' ק"ז. עיניו תחזינה ולבבו יבין דלהרשב"א ז"ל אויר ר"ה אף במקום שנהגו להוציא זיזין לא הוי כחצר השותפין ואינו זוכה אלא מן ההפקר:
ומעתה מ"ש מר"ן בסי' קנ"ד סט"ו וה"מ וכו' אבל במקום שרשאי להוציאם לא הוי האויר שלפני עלייתו הפקר אלא הוי כחצר השותפין וכו' ע"כ. היינו לדעת הרא"ש ז"ל. אבל הרשב"א פליג עליה וס"ל דלא הוי כחצר השותפין אלא הוי כהפקר. ומאי דמשמע מדברי מר"ן בסי"ד וסט"ו דדעת הרא"ש והרשב"א שוין. היינו משום דבעיקר הדין שוין הם ולא פליגי אלא בטעמא:
והנה דעת מר"ן ז"ל בש"ע בכל זה. כהרשב"א ז"ל. דבמאי דפליגי הרא"ש והרשב"א ז"ל אי יכול למחות במקום שאינו מזיקו עכשיו דלהרשב"א יכול למחות ואם לא מיחה החזיק. הרי מבואר בש"ע סט"ז דהכי נקטינן. ומ"ש ומיהו כ' הרמב"ן שנ"ל שאינו יכול להחזיק עליו הואיל ואינו מזיקו עדיין. לאו להלכה כתב כן. אלא לאשמועינן שאינה אלא דעת יחיד. דכולהו הנך רבוותא רבינו יונה וסיעתיה ז"ל דס"ל דיכול למחות. ס"ל ג"כ דאם לא מיחה החזיק והלכה כוותייהו. וכן מוכח מדברי הכנה"ג בתשו' ח"ב סי' ע"ג שהביא דברי הרא"ש ז"ל דס"ל דבמקום שאינו מזיקו עכשיו אינו יכול למחות וכיון שאינו יכול למחות אין לו חזקה. וע"ז כתב אבל רבינו יונה וסיעתו סוברים דיכול לעכב

ואם פתח יש לו חזקה ופסק כן הרב בס' הקצר והודה לו בס' המפה. ע"כ ע"ש. הרי מבואר כמ"ש:

ולפ"ז מ"ש ה' מהרי"א ז"ל בתשו' הנ"ל אנדון דידיה וזל"ה דאי חשבינן לאויר ר"ה כחצר השות' וכמ"ש הרא"ש ז"ל בתשו' כלל צ"ט אפי' היה בנוי כבר זה כמה קודם פתיחת החלון ועכשיו פתח ראובן חלונו יהיה דוחה אותו והטעם שכששמעון בנה כנגד האויר של עליית ראובן שלא כדין בנה שלא היה אותו האויר הפקר אלא זכותו של ראובן כיון שראובן יכול לפתוח שם בכל עת חלון ומה שלא עכב ראובן עד עכשיו על הבנין הוא מפני שלא היה מזיק לו ולא היה יכול למחות בו ואין מועיל חזקה אלא במקום מחאה אבל עכשיו שפתח חלונו ועתה מזיק לו יכול למחות בידו ע"כ יעו"ש. שהביא ראיה מתשו' הרא"ש דבליטות. לדידן לא קי"ל הכי. שהרי כל דבריו הם אליבא דהרא"ש ז"ל. ואנן לא קי"ל כוותיה אלא כהרשב"א דאף דאינו מזיקו יכול למחות ואם לא מיחה החזיק. ומה גם דקי"ל דאויר ר"ה אינו אלא כהפקר כהרשב"א וכמו שפסק מר"ן כוותיה בסימן קנ"ד ס' ל"א:

ועיין בט"ז שם סקט"ו שכ' וזל"ה ונראה שדעת המחבר לפסוק כדעת הרשב"א בסי"ד שהביא דעתו בסל"א שיכול השני להגביה כותלו אע"פ וכו' שאפי' אין לו חזקה ומשו"ה הביא שם בל' זה כ' הרשב"א וכו' להורות דקי"ל כרשב"א גם בהא דהזכירו בסט"ו ע"כ וכ"כ הכנה"ג בתשו' ח"ב סי' קי"א דמר"ן פסק בסי' קנ"ד סל"א כהרשב"א ז"ל:

ומ"ש בדרישה סי' קנ"ט ס"ח וז"ל והא דכ' רבינו בסל"א תשובה לגאון דאין שמעון יכול להגביה כותלו ברשותו ולהאפיל על חלון ראובן שכנגדו שאני התם דמיירי דחלון דראובן היה בנוי קודם שקנה שמעון בית כנגדו ע"כ. וכ"כ בסמ"ע סק"ע אדברי הרשב"א ז"ל דס' ל"א הנ"ל. אינו מוכרח דבתשו' הגאון כתב ומבוי קטן כשיעור שלש אמות ביניהם. ואפשר דאותו מבוי לא היה מפולש. וכבר כ' מהרשד"ם ז"ל ח"מ סי' רנ"ז בענין זה דמבוי מפולש דינו כר"ה אבל לא מבוי שאינו מפולש ע"ש:

ונראה דלא גרע זה שלא היה לו בית מעיקרא. מהך דיש לו בית ומוציא זיז. דכולהו בונין מחדש באויר ר"ה. ומאחר דמצינו דמהרשד"ם שציין לו הכנה"ג. והכנה"ג והפ"מ והמט"ש ז"ל ס"ל דדעת הרשב"א דיכול לבנות מחדש ולהוציא זיז ולהאפיל. ומנייהו מלכי דסברי שכן היא דעת מר"ן כמש"ל. א"כ ה"ה הך שלא היה לו בית מעיקרא. ואם הדוחה יוכל לדחות ולחלק ביניהם. מ"מ נקוט מיהא דלא נוכל להכריח ולומר דגם זיז לא יוכל להוציא לדברי הסמ"ע הנז':

ומעתה דין הוא טעמא למה שדנו רבותינו ב"ד שלפנינו נ"ן ונגרירים אנו אחריהם לדון שיכול הלה להוציא זיז ולבנות באויר ר"ה מחדש ולהאפיל לחלון שכנגדו. והט' משום דמר"ן ז"ל ס"ל דהרשב"א ז"ל דס"ל דאויר ר"ה לא הוי כחצר השות' ופסק כוותיה בסל"א כמש"ל. ס"ל כהרא"ש דיכול להוציא זיז ולהאפיל. ובפרט למ"ש הכנה"ג דראה בס' הקציר דברים שמתוכן נראה דהרשב"א ס"ל כהרא"ש בדין זה. ופירש דטעם הרשב"א בתשו' דאלף פ"ה. לפי שפתח לר"ה ודרך המלך הוא שכל הבא לפתוח ולהוציא בליטה לחוץ אין מוחין בידו:

אכן צריכים אנו לומר דבמדינות הללו דרך ר"ה היא של המלך לפי מ"ש הכנה"ג בתשו' לחלק כי היכי דלא תקשי תשו' הרשב"א אהדדי כמש"ל דההיא תשו' דאלף פ"ה וקל"ב דפסק מר"ן בסי' קנ"ד סל"א בהכי איירי:

ובלא"ה מוכרחין אנו לומר כן. שהרי מעשים בכל יום הרשות ביד כל אדם לפתוח חלונות בכותלו לצד ר"ה ואפי' בכל הכותל כל שהכותל שכנגדו סתום ואין פוצה פה ומצפצף ושום אדם לא מיחה ע"ז ואפי' מי שימחא לית דמשגח ביה דכ"ע ידעי דרשאי הוא לפתוח בכל כותלו כשאין חלון פתוח כבר כנגדו. ומוכרחין אנו לומר דה"ט משום דחשבינן ר"ה כהפקר וכל הזריז פותח ראשון ולית מאן דימחה בידיה. דאי חשבינן ליא כחצר השות' א"כ היה יכול למחות. דמידי הוא טעמא להרא"ש ז"ל שכ' דהוי אויר ר"ה כחצר השות' ואינו יכול למחות. היינו משום דס"ל דבמקום שאינו מזיקו עכשיו א"י למחות. וא"כ לדידן דקי"ל דאף כשאינו מזיקו עכשיו יכול למחות כמבואר בסי' הנז' סט"ז. הכא נמי יכול למחות. דלצד דחשבינן אויר ר"ה כחצר השות' הו"ל כפותח לרשות חבירו על חרבתו או על גג של רעפים דקי"ל דיכול למחות. ומה שחילק מור"ם שם בין פותח לרשות חבירו דהיינו חורבת חבירו לפותח לר"ה. היינו משום דאויר ר"ה הוי כהפקר ואינו יכול למחות כלל:

וממוצא דבר אתה למד למאי דקמן. דכיון דלפי המנהג יכולים האחים הנז' לקבוע צנורותיהם שם אלא שבאים בעלי אתברנא לעכב עליהם מצד החלון. אינם יכולים לעכב. הגם כאשר יהיה האופן דחלון זה הוא בצו"פ או מלבן. כיון דחלון זה פתוח לר"ה. דלא גרע קביעת הצנורות מהוצאת הזיזין דבונים מחדש באויר ר"ה ורשאים הם וכמש"ל. הכא נמי קביעת הצנורותו פשיטא דיכולים הם לבנות אפי' בסמוך ממש לחלון וכמש"ל. ואע"פ שאין הדבר צריך ראיה. מ"מ כדי שלא לגמגם נאמר דהרי להרא"ש ז"ל בההיא דבליטות דחשיב לאויר ר"ה כחצר השות'. כתב דרשאי הלה להוציא בליטתו ולהאפיל משום שאינו יכול למחות כשאין מזיקו עכשיו. וכשאין מחאה אין חזקה. א"כ פשיטא

דרשאי לבנות אפי' בסמוך ממש כיון שאין לו חזקה. וכמ"ש וז"ל ויכול שמעון לבנות לפני חלונו. ומדהרא"ש ז"ל ושמע להרשב"א ז"ל דחשיב ליה כהפקר. דכבר כתבנו מכמה רבוותא דל"פ אלא בטעמא אבל לענין דינא שוין הם. ואם באנו לידחק ולומר דהא דשוים הם היינו לענין דאינו צריך להרחיק ד"א אבל מ"מ אליבא דהרשב"א צריך הרחקה קצת. לאו מילתא היא. דמלבד דדוחק לומר כן דא"כ היו צריכים להודיענו כמה צריך להרחיק וכמש"ל. ועוד הרי מהרשד"ם ז"ל ח"מ סי' רנ"ז אחר שכתב דלא פליגי אלא בטעמא. כ' וז"ל וכ"ת מה בינייהו בין הרשב"א והרא"ש ז"ל איכא בינייהו הבא לפתוח חלון על גג חבירו ע"כ. וכ"כ הכנה"ג הצגנו דבריו לעיל. ולפ"ז היה להם לומר דאיכא בינייהו נמי הרחקה קצת. אלא ודאי לא. ופשוט הוא. ולא הוצרכתי לכתוב זה אלא כדי שלא לגמגם:

וכל זה הוא אם היה בחלון זה צופ' או מלבן. ואולם בהאי גוונא דאנן קיימין דנמצא חלון זה בצורת עיגול. אף אם נאמין את אשר לא יאמין דבעלי אתברנא הם שחקקוהו בתכונה ההיא שלא כעדות הת"ח הנ"ל. אפ"ה אין לו חזקה. דאין זה צו"פ או מלבן. וכתב מר"ן בש"ע סי' קנ"ד סי"א וז"ל וי"א דהא דיש חזקה לחלון דוקא כשיש לה צורת הפתח או מלבן דבלא"ה לא הוי אלא כחור שחררוהו עכברים ע"כ. וכ' בב"י סי' הנז' וז"ל ופירוש מלבן משקוף מלמעלה ומלמטה מימין ומשמאל ופירוש צו"פ משקוף למעלה ומן הצדדים כדאמרינן בעלמא קנה מכאן וקנה מכאן וקנה על גביהן ואין לו משקוף למטה ע"כ. וכיון דאין זה צו"פ ולא מלבן אין לו חזקה. ואפי' אם נימא דאין דרך לעשות לחלון ענולה צו"פ או מלבן אפ"ה לא הויא חזקה. כאשר נתבאר להלן בע"ה:

איברא דמצינו להפרמ"א ז"ל ח"א סוסי"י קכ"ד שכ' וזת"ד ועל מה שנסתפק השואל שאין לחלונות אלו מלבן ולא צו"פ יראה לכאורה דהיא טענה והיא ממ"ש הנ"י והביאו הרב"י סי' קנ"ד סוף סעיף י"ו וז"ל הסכימו האחרונים דכי אמר יש להם חזקה דוקא כשיש להם צו"פ או מלבן דבלא"ה לא הוי אלא כחור שחררוהו עכברים ואפי' לאורה אין לו חזקה ע"כ וביאר שם מהו מלבן או צו"פ כו' יעו"ש ואח"כ הביא תשו' הרשב"א שנראה חולק ע"ז שכ' חלון העשוי לאורה אין לו שיעור ובין אין לו פצימין בין יש לו פצימין כל שניכר לב"ד שנפתח לאורה יש לו חזק וכו' יע"ש וכ' ה' מהר"א ששון בסי' קפ"ג דמצי למימר בעל החצר קי"ל כהני והאחרונים ובונה ומאפיל לפני החלון יע"ש ולפי האמת יראה דאין זו טענה ובנ"ד כ"ע מודו דמעיקרא בענין חלונות של טבלה של זכוכית כל החלונות העשויות על דעת כן אין מנהג הבונים לשים מלבן ולא צו"פ ויש להם דין חלונות שי"ל צו"פ או מלבן כיון שכך מנהגם וזה פשוט הדבר בעצמו כמו

שמיעדים כל הבונים. יעו"ש שהביא ראיה ממהרשד"ם וכ' שכן מוכח מדברי מהרש"ך ח"ב סי' קל"ב ושכ"כ הכנה"ג סי' קנ"ד הגב"י אות ל"ב דכל דאין דרך לעשות מלבן וצו"פ דין חלונות יש להם עכת"ד:

ולפ"ז כאשר יהיה האופן דבחלון עגולה אינם עושים צו"פ ולא מלבן דין חלון יש לה ויש לה חזקה אליבא דכ"ע:

ואולם כד דייקנא אשכחנא דההיא מילתא דהפרמ"א ז"ל לדעת מר"ן בב"י מידי פלוגתא לא נפקא. ולדעת הנמק"י ורבוותא דעמיה אף דאין דרך לעשות צו"פ או מלבן אפ"ה אין לה חזקה. שהרי מר"ן בב"י אדברי הנ"י הנז' כתב ואפשר שהרמב"ם והרי"ף והרא"ש ז"ל כתבו כן משום דסתם חלון הוא במלבן או צו"פ. וכ' ע"ז בבד"ה וז"ל ומ"מ בעשוי לאורה דהוי כ"ש פי' ר"ת שאין לו שיעור ואפי' פחות מטפח וכן נראה שהוא דעת הרמב"ם משמע דאפי' בלא מלבן וצו"פ הויא חזקה דאין דרך לעשות מלבן וצו"פ לחלון פחות מטפח וכך הם דברי הרשב"א שאכתוב בסמוך ע"כ. ושוב כתב וז"ל ונראה מדברי נ"י שאפי' לאורה אם לא היה לה מלבן או צו"פ לא הויא חזקה ואין נראה כן מדעת הרמב"ם כמ"ש בסמוך ע"כ. והקשה הכנה"ג שם אות ל"א דבסמוך כ' דהרי"ף והרמב"ם לא כ"כ משום דסתם חלון הוא במלבן או צו"פ יעו"ש שהרבה לתמוה על רבינו הב"י והניח בצ"ע. ועי' בחידושי הגהות שסביב הטור שכ' וז"ל ולענ"ד כפי הנהת הבדק הבית בסמוך נתישב תמיהתו הראשו' דבאמת גם הרמב"ם ס"ל דבעינן מלבן או צו"פ אלא דבעשוי לאורה כיון דס"ל דאפי' פחות מטפח ובזה אין דרך למלבן או צו"פ ס"ל לדעת הרמב"ם דלא בעינן מלבן או צו"פ ע"כ:

והכנה"**ג** גופיה בתשו' ח"ב סי' קי"א חזר בו ותירץ ע"פ דברי הרב בבד"ה ע"ש שישב כל התמיהות וזל"ה וכיון דהרב ז"ל קא עסיק בחלון העשוי לאורה שפיר קאמר ואין נראה כן מדברי הרמב"ם ז"ל אע"פ שלמעלה רצה להסכים דבריהם לדעת הרב הנמק"י דלמעלה מיירי בסתם חלון ההיא ודאי לא היה צורך להרי"ף והרמב"ם והרא"ש ז"ל לפרש דדוקא בשיש לה צו"פ או מלבן דסתם חלון הכי הוי אבל כאן דמיירי בחלון קטן העשוי לאורה ואפי' כ"ש ובחלון כ"ש אין דרך לעשות צו"פ או מלבן אם איתא שדעת הרמב"ם כדעת הרב הנמק"י דאף בזו צריך צו"פ או מלבן היה לו לפרש ולא לסתום ע"כ:

עוד כ' וזל"ה דמרהיטת לישנא דהרשב"א שהעתיק הרב בב"י ז"ל משמע דלא כתב דבין אין לו פצימין בין יש לו פצימין יש לו חזקה אלא בחלון העשוי לאורה שהיא קטנה ואין דרך לעשות לה פצימין אבל בחלון צורי שהיא גדולה שדרך לעשות לה צו"פ אפשר דיודה לה' הנמק"י דבעינן צו"פ או מלבן ע"כ:

עוד כ' וזל"ה ולפ"ז הרב הנמק"י חולק עם הרשב"ם והרשב"א ז"ל בחלון העשוי לאורה דלהרב הנמק"י אף בזו צריכה צו"פ ומלבן להיות לה חזקה ולהרמב"ם והרשב"א ז"ל אפי' אין לה צו"פ ומלבן יש לה חזקה אבל בחלון צורי כולהו מודו דאם אין לה צו"פ או מלבן דאין לה חזקה אך אמנם מתוך דברי הרב ז"ל בס' הקצר והרב בעל המפה ז"ל יראה דס"ל דהרשב"א חולק עם הרב הנמק"י בכל חלון אפי' חלון צורי ע"כ. ונמצא לפי זה דדעת מר"ן בב"י דבחלון העשוי לאורה דס"ל לר"ת והרמב"ם דהוי כ"ש ואפי' פחות מטפח דאין דרך לעשות לה צו"פ או מלבן הוא דפליגי. דלהרמב"ם ז"ל והרשב"א ז"ל כיון דאין דרך לעשות לו מלבן או צו"פ הוי דינו כיש לו. ולהרב הנמק"י ורבוותא דעמיה ס"ל דאף דאין דרך לעשות לו צו"פ או מלבן אפ"ה אין לו דין חלון שיש בו חזקה עד דאיכא צו"פ או מלבן. ודעתו בש"ע היא דהרשב"א והנמק"י פליגי בכל חלון בין גדול בין קטן אפי' פחות מטפח דהכי משתמען מלוהי דמר"ן. שהרי בסעיף יו"ד קעסיק בחלון שיש בו חזקה ואיירי בין בגדולה בין בקטנה אפי' פחות מטפח. שהרי אמר בד"א כשפתחה לתשמיש וכו' אבל אם פתחה לאורה אפי' היתה קטנה ביותר. ולשון זה הוא מדברי הרמב"ם בפ"ו מה' שכינים. וכ' בב"י דמדבריו דפ"ו מה"ש משמע דס"ל כר"ת דלאורה אפי' כ"ש אפי' פחות מטפח. וא"כ גם מר"ן דנקט לשון הרמב"ם הכי ס"ל. ולפ"ז מ"ש אח"כ בס' י"א דהא דיש חזקה וכו' קאי אכל חלון דיש בו חזקה דאיירי ביה בס' יו"ד בין בחלון גדולה בין בחלון קטנה פחות מטפח דאין דרך לעשות לה צו"פ או מלבן ואתרוויהו כ' דאין לה חזקה. וכמ"ש הכנה"ג דמדברי הרב בקצר והרב במפה יראה דהרשב"א והנ"י פליגי אף בחלון צורי והיינו מדכתבו דבריהם בל' י"א וי"א שהוא לשון פלוגתא וקאי דבריהם אסעיף יו"ד דאיירי בתרווייהו. ונמצא לפ"ז דדעת מר"ן בש"ע דאף בחלון קטן פחות מטפח דאין דרך לעשות לו צו"פ או מלבן אפ"ה אין לו חזקה כשאין לו צו"פ או מלבן בהסכמת האחרונים שהביא הנ"י וא"כ למאי דקי"ל דדבריו בש"ע עיקר. הכי נקטינן:

ומעתה הפרמ"א שכ' דהיכא דאין דרך לעשות לו צו"פ או מלבן כ"ע מודו דיש לו דין חלון שיש לו צו"פ או מלבן ואפי' הנ"י מודה והביא ראיה ממ"ש הכנה"ג אות ל"ב ומזה פסק בנדון דידיה דלא שייך לומר קי"ל:

אחר נשיקת הרצפה. מידי פלוגתא לא נפקא. שהרי לדעת מר"ן בין בב"י בין בש"ע ושכן היא דעת מור"ם. דפליגי הנמק"י והאחרונים אף בפחות מטפח דאין דרך לעשות לה צו"פ או מלבן וס"ל דלא הוי חזקה ומר"ן בהדייהו. וא"כ אף לדידהו דאזלי בתר דגל הקי"ל. יכול המוחזק לומר קי"ל כמר"ן ומור"ם דס"ל דפליגי וקי"ל כהנמק"י והאחרונים

ומר"ן דס"ל דלא הוי חזקה. ויכולים לבנות כנגדו ואפי' בסמוך ממ"ש וכדאייתי איהו גופיה מעיקרא ממהרא"ש ז"ל:

ומה שהביא ראיה הפרמ"א ז"ל מהכנה"ג ז"ל דסי' קנ"ד אות ל"ב. הכנה"ג גופיה הדר ביה בתשו' הנז'. דבכנה"ג סליק אדעתיה לומר דהרשב"א והנ"י לא פליגי ולכן כ' וז"ל ואפשר לי לומר דהרשב"א ונמק"י ל"פ ומה שנראה מדברי הרשב"א דאפי' אין לו פצימין יש לו חזקה מיירי בחלון פחות מטפח דלחלון העשוי לאורה אין לו שיעור כמ"ש הרשב"א בתשו' הנז' ובחלון פחות מטפח אפי' בלא מלבן וצ"פ החזיק אפי' לנמק"י דאין דרך לעשות מלבן וצו"פ לחלון פחות מטפח וכמ"ש רבינו המחב"ר בס' בד"ה. ע"כ. ובתשובה דייק טפי ואסיק דפליגי וכ' וז"ל ואני בס' הכנה"ג חח"מ מ"א בס' קנ"ד בהגב"י אות ל"ב כתבתי להסכים דעת הרשב"א עם הרב הנמק"י ולפי אותו דרך יוצא דאף הרב הנמק"י מודה דלא בעינן צו"פ או מלבן בחלון מצרי ועכשיו אני רואה שאין קיום והעמדה לישוב זה והעיקר כמ"ש כאן. ע"כ. ולא זכר ש'ר את כל זה:

באופן דבנ"ד הגם דנימא דבעלי אתברנא הם שעשואוהו בצורת עיגול. ונימא נמי דחלון זה דרך להיות בו צו"פ או מלבן. אפ"ה אין לו דין חלון שיש בו חזקה כיון שאין לו צו"פ או מלבן דדמי לחלון העשוי לאורה שהוא פחות מטפח דאין דרך לעשות לו צו"פ או מלבן וכמ"ש רבי' הב"י בבד"ה. ואפ"ה פסק מש"ע שאין לו חזקה. ובפרט לעדות הת"ח הנז' י"ץ דידענא ביה דגברא מהימנא ודייק טפי בסהדותיה. שהעיד שהבנאי כשהיה בונה ומייפה צורת הכותל מבחוץ הוא שצייר אותה כדי שיהיה כל הכותל נאה לעיני הרואים ומעיקרא לא היתה רק כעין נקב שבו נכנס ראש האלפרדי למרמס רגל הבנאי. דודאי אין כאן חזקה כלל. וגם מתכונת המחבוא אשר בו פתוח החור הנז' ניכר דלא היה לשם חלון כלל. כמו שטענו האחים הנז' דברים של טעם. ודברי אמת ניכרים למישרים אורחותם הולכי נתיבות מעגלי האמת והצדק. ונכחדים מהולכי אורחות עקלקלות. וה' ינחנו בדרך אמת. לדון ולהורות משפטי ה' אמת. ויצילנו משגיאות. ויראנו מתורתו נפלאות. הכ"ד החו"פ פאס יע"א באלול המ' לתשובה מש' לעשות הטוב

והישר בעיני ה' היא שנת התרנ"ח ליצירה וקיים:

ע"ה שלמה אבן דנאן ס"ט ראיתי מ"ש הר'ב הפוסק הי"ו שלמה בחכמתו. שהלכה כמותו. כי כל דבריו אמת וצדק והנני עונה אחריו אמן בפה מלא ודעתי כדעתו. ולראית אמו"ץ ח"פ:

ע"ה יהודה בנימין סירירו י"ץ

סימן נח

תשובת הרמד"ל י"ץ על דברי

ראו ראינו מ"ש הרב הפוסק על"מ יש"ץ. ותחילה כ' דגם לצד אם החור ההוא היה חלון גמור עשוי כהלכתו בצו"פ או מלבן. עכ"ז לפום מנהגינו דאין בני ר"ה יכולים לעכב מלקבוע שם צנורות. הוי מקום קביעות הצנור בר"ה כקנוי לבעל הצנור והוא רשות שלו. ולזה יכולים האחים הנ"ב הי"ו לקבוע צנורות שופכיהם סמוך לאותו חלון ולהאפיל. הגם שכבר קדם בעל הכותל ופתח שם חלון לר"ה. וחיליה ממ"ש מר"ן ז"ל סי' קנ"ד ס' ל"א בשם הרשב"א ז"ל בפותח חלון לר"ה דיכול שכנגדו לבנות ולהאפיל. והיה טעמו משום שיש חוקי המלך במקום ההוא. שהדרך היא של המלך וכו'. ובחילוק האחרון להכנה"ג ז"ל אשר חילק בתשו' ח"ב סי' קי"א כדי לישב תשובות הרשב"א ז"ל. ולא שנא בין אם שכנגדו היה לו כבר בית והוא רוצה עתה לבנות בשלו להגביה כותלו בלתי הוצאת זיזין או בהוצאת זיזין. וכן אם שכנגדו לא היה לו כבר בית ועתה הוא אז בא לזכות ולבנות מחדש. דלא גרע זה שלא היה לו כבר בית מעיקרא מהך שהיה לו כבר בית ועתה הוא מוציא זיז. דבשניהם הוי הם בונים מחדש. וכי היכי דבמוציא זיז לר"ה. במקום שיש חוקי המלך שהדרך היא של המלך יכול לבנות ולהאפיל. כמו כן מי שלא היה לו כבר בית והוא עתה בא לזכות ולבנות שיכול הוא לבנות ולהאפיל. ודלא כמהר"י אדרב"י ז"ל סי' ק"ז. עוד כתב י"ץ. דכן משתמען מלוהי דהכנה"ג ז"ל שם בתשו' שכתב ז"ל ועכשיו אני רואה שאין צורך לכל החילוקים הללו וכו' דהיינו ר"ל גם לענין דינא. לא לבד רק לענין ישוב תשובת הרשב"א ז"ל דאלת"ה הי"ל לפרש ולא לסתום. עוד כתב י"ץ דמה שסיים מר"ן ז"ל סי' קנ"ד סו"ס ט"ז ז"ל. ומיהו כתב הרמב"ן ז"ל שנ"ל שאינו יכול להחזיק עליו הואיל ואינו מזיקו עדיין ע"כ. לא להלכה כתב כן רק לאשמועי' שזו היא סברא יחידא. עוד כתב לדמות קביעות הצנורות להוצאת זיזין. דשניהם הוי בונים מחדש באויר ר"ה ורשאים הם. זהו תוכן דבריו י"ץ תחילה בקצור בענין זה:

ואני שמעתי ולא אבין. דעם היות דחילוקו השני של הכנה"ג ז"ל בתשו' במוציא זיז לר"ה לדידן אינו קם לדינא. כנראה מכללות דברי מר"ן ז"ל סי' קנ"ד למעיין בו. וכמ"ש ה' הפוסק י"ץ משם הכנה"ג ז"ל מ"מ חילוק הראשון ז"ל שם בפותח חלון למקום הפקר. לדידן הוא קם לדינא. וכמ"ש מר"ן ז"ל שם סכ"א והם דברי הרמב"ם ז"ל ריש פ"ז מהל' שכנים. זל"ה מי שהיתה לו חלון בכותלו. ובא חבירו ועשה חצר בצדו אינו יכול לומר לבעל החלון זה סתום חלונך זה כדי שלא תביט בי. שהרי החזיק בהיזק זה. ואם בא חבירו לבנות כותל כנגד החלון כדי שיסיר היזק ראייתו. צריך להרחיק את הכותל מכנגד

החלון ד' אמות כדי שלא יאפיל עליו וכו' עכל"ה. וכתב הסמ"ע ז"ל שם סק"ן זל"ה. קשה מה היה מתחילה. אם היה מקום הפקר. וקאמר כאן דזה החזיק באור חלונו מההפקר. שוב אין חבירו שבא לזכות אחריו בצדו ג"כ מהפקר ולבנות חצרו יכול להאפיל עליו או לומר לו סתום וכו'. קשה למה סיים וכתב שהרי החזיק בהיזק זה. הרי בשעה שפתח חלונו לא היה היזק זה. והול"ל שהרי זכה זה מהפקר. ועוד דמור"ם מסיק וכתב וכל זה בבונה חלון ע"ג חצר וכו'. הול"ל וכל זה בבונה חלון ע"ג הפקר וכו'. אלא מיירי נמי כשפתח חלון לחצר חבירו המוקדם לו והחזיק בו וכו'. עכל"ה ע"ש:

הרי שהוא ז"ל לא תמה אלא על סיום לשון דברי מר"ן ומור"ם ז"ל. ולא על עיקר הדין. גם סיים וכתב אלא מיירי נמי כשפתח חלון לחצר חבירו וכו'. משמע דאיירי בשניהם גם בפותח חלון על מקום הפקר שלא היה שם כבר בית וכו'. ודינא הוי שהוא זכה תחילה. והבא אחריו לזכות גם הוא מההפקר ולבנות חצר בצדו. צריך להרחיק ד"א כדי שלא יאפיל. וכמ"ש הרמב"ם ומר"ן ז"ל שם. וכן מצי' להסמ"ע ז"ל ג"כ שם סי' ל"א על מ"ש מר"ן ז"ל שם סי' ל"א בשם הרשב"א בפותח חלון לר"ה שאם שכנגדו בא להגביה כותלו מגביה ואינו נמנע. ואע"פ שאין ביניהם ד"א ע"כ. וכתב הוא ז"ל שם סק"ע ז"ל והיינו כשפתח חבירו החלון. היה זה כבר מוחזק בחצרו וכמ"ש לעיל בסו"ס ט"ז ובס' כ"א ודו"ק עכ"ל. מזה מבואר להדייא ג"כ דאם חבירו עדיין לא היה מוחזק כבר בחצרו ואח"ך אז בא לזכות ולבנות. צריך הוא להרחיק ד"א כדי שלא יאפיל:

וטורא גבא בין פותח חלון לר"ה נגד חבירו אשר כבר התחיל ובנה שם בית דמהך שעתא רשאי היה להוסיף להוציא זיזין והוי רשותו לו לבדו ואין לזרים אתו. והוי בזה שפיר בדידיה קא בני או משום חוקי המלך אשר יש שהדרך היא שלו. לא כן הפותח חלון למקום הפקר. אשר שם לא שייך חוקי המלך. גם לא היה שם כבר בית לשום אדם. ואור הסמוך לחלונו עודנו הפקר היה בהך שעתא וקדם הוא וזכה בו בפתיחת החלון. ורשותו לחוד הוי מהך שעתא. לכן השני הבא אחריו ג"כ לזכות מההפקר ולבנות. צריך להרחיק ד"א. דלאו בדידיה קא בני אלא בדחבריה:

וכן משמע ג"כ מדברי מר"ן הב"י ז"ל סי' קנ"ד מחו' י"ח שאחר שהביא תשו' הרשב"א ז"ל סי' אלף פ"ה במי שקדם ופתח חלון לר"ה. שאם בא השני שכנגדו להגביה כותלו מגביה ואינו נמנע ואע"פ שאין ביניהם ד"א. סיים הוא ז"ל וכתב ז"ל ודבר זה שכתב שהפותח חלון לר"ה שכנגדו יכול להגביה כותלו ואע"פ שאין בין הכותל לחלון ד"א. זר הוא בעיני. דמתניתין סתמא קתני ומכנגדן ד"א שלא יאפיל. ולא חילק בין פותח לרה"י לפותח לר"ה. וגם דברי הרמב"ם בסתם הם שנויים. עוד שם בבד"ה כתב ז"ל וכן

יש לדקדק מתשו' הרא"ש שכתב רבי' בסי' זה ראובן הוציא בליטת עלייתו לחוץ וכו'. הילכך אין חזקה לראובן. ויכול שמעון לבנות לפני חלונותיו ע"כ. והרי שם מיירי בפותח לר"ה. וטעמו דאין לו חזקה. הא אבל יש לו חזקה אינו רשאי לבנות עכ"ל. וסיים שם בב"י ז"ל ומיהו מלשון רבינו יש לדייק שסובר כדברי הרשב"א שכתב ראובן שהחזיק בחלונו שפתוח לחצר שמעון. דמשמע דבפתוח לחצר חבירו דוקא מיירי ולא בפתוח לר"ה. ובתשו' הרשב"א שאכתוב בס' קנ"ה נתבאר טעמו ע"כ. הרי דגם בפותח חלון לר"ה נגד כותל חבירו אשר כבר יש לו בית שם. הוא ז"ל תחילה תמה וקאמר שהשני צריך להרחיק ד"א. וע"ז הוא שסיים וקאמר ומיהו מלשון רבינו וכו' שסובר כהרשב"א. ומטעם הכתוב שם בתשו' הרשב"א שהביא הוא ז"ל בסי' קנ"ה מחו' א' דבשלו שהיה לו כבר הוא בונה שאינו רשאי לשעבד רשות חבירו ושלא מדעתו. משמע דבפותח חלון למקום הפקר במקום שלא היה לחבירו שם כבר בית. שהשני הבא אחריו לזכות. צריך להרחיק ד"א:

וכן מצינו ג"כ להריב"ש ז"ל סי' שכ"ב הביאו מר"ן הב"י ז"ל סי' קנ"ה מחו' ח'. ופסקו בש"ע סי' קנ"ד ס' ל"ב. ז"ל שאלת מי שזכה בהפקר חלקת הקרקע. ובנה שם בתים ועליות בחלונות ופתחים ותנור של יוצרים ובה"כ וכיוצא בהן מן הדברים שאין להם חזקה. לימים בא אחד וזכה מן ההפקר ובנה אצלו בתים ועליות וחצרות. ואיך שיהיה. או שמצב בניינו יחייבהו. או שלימים נפל בניינו. ונשאר השני ניזוק מן הראשון. הן מהיזק ראיה הן מנזקים אחרים. ותובע השני לראשון שיסיר היזקו דנזקין דגירי על המזיק להרחיק. והראשון טוען אתה מזיק בעצמך שבנית אצלי. ואיני נקרא מזיק. אבל אתה בעצמך הוא שבנית באופן שאהיה מזיק לך. ועוד שאני כבר זכיתי בכל זה הקרקע בכמו שיוכל להגיע נזקי הדברים אשר בניתי פה טרם בואך. ואמרת וכו'. ונראה לך שהדין עם השני וכו'. וטענת הראשון אינה טענה. שהשני ברשות זכה מן ההפקר. וכשהראשון מזיקו מתרין בו וכו'. וטענתו השנית ג"כ אינה טענה. שהרי לא זכה בחלק ממנה ולא בגופה ולא בדבר שיהיה מגופה. ודוקא בדין אפילה אמרו המפרשים ז"ל שזכה באורת הקרקע ההוא. אבל בכיוצא בזה לא זכה כלום:

תשובה נראה לי ברור. שהדין עם הראשון. דכיון שזכה מן ההפקר וקדם לעשות חלונותיו ופתחיו בשעה שלא היה מזיק לשום אדם. ולא היה אדם יכול למחות בידו. אין לו לסתום חלונותיו ולסתור בניינו מפני שבא חבירו אחר כן וזכה מן ההפקר בחורבה הסמוכה לו ובנה שם בתים בענין שיהיה ניזוק מן האחר בהיזק ראיה או באותן שאר נזקים. ואע"ג דגירי נינהו שהרי השני הוא המביא הגירי על עצמו. הא למה זה דומה

לזורק חץ במקום שאין בני אדם שם. וראה חבירו והוציא ראשו בכוונה וקבלו והוזק בו. וראיה לזה וכו' ומה שנראה מן הסוגייא וכו'. שעל המזיק להרחיק את עצמו בניזקין דגירי ואע"פ שסמך מתחילה קודם שיהיה הניזק שם. זהו בסומך וכבר חבירו הוא שם ר"ל שיש לו קרקע שם אלא שאינו מזיקו עתה וכיון שהיה לחבירו קרקע סמוך לו שהיה יכול עתה ג"כ לעשות בשלו. והאחד היה צריך להרחיק מלהזיקו עתה. הנה אע"פ שהאחר קדם לא זכה שלא יצטרך להרחיק כשיהיה שם הנזק אבל כשקדם וזכה מן ההפקר וסמך ברשות אין הזוכה אחריו יכול לכופו להרחיק אפי' בגירי וכו'. והרמב"ם ז"ל כן כתב בפ"ז מהל' שכנים וז"ל מי שהיתה לו חלון בכותלו ובא חבירו ועשה חצר בצדו. אינו יכול לומר לבעל החלון סתום חלון זה כדי שלא תביט בי. שהרי החזיק בהיזק זה. עכל"ה יעו"ש:

הרי שגם על היזק ראיה ושאר ניזקין הבאים מן הראשון אל השני. שדעת השואל היתה שהדין עם השני. והראשון צריך לסתום חלונותיו ולהרחק כל נזקו. השיב הוא ז"ל שאינו כן והדין עם הראשון. והשני הוא שצריך להרחיק עצמו מהם ולא הראשון. שכבר הוא זכה בקדימתו מן ההפקר. אבל על דין אפילה שגם השואל דעתו כן היתא שהשני צריך להרחיק. וכמ"ש בסוף השאלה הנ"ב ז"ל ודוקא בדין אפילה אמרו וכו' שזכה באורת הקרקע ההוא וכו'. על זה לא השיב ז"ל וקבלה בשתיקה. דאל"כ לא הו"ל לשתוק וזהו טעמא שלא נזכר דין אפילה בדבריו להדייא. יען דתשובתו היתה רק לסתור דעת השואל בחלון נגד חלון ושאר ניזקים הבאים מהראשון אל השני. וזהו טעמא ג"כ כשהביא אח"ך דברי הרמב"ם לא הביא רק תחילת דבריו בחלון נגד חלון הצריך לראיה לענין תשובתו. ולא סיום דבריו דאיירי בדין אפילה. דזה כבר קבלו בשתיקה ולא הוצרך לו לראיה וזהו טעמא ג"כ למר"ן ז"ל כשהביא דברי הריב"ש שם בב"י ופסקו בש"ע סוס"י קנ"ד לא הזכיר רק דין היזק חלון נגד חלון הבא מהראשון אל השני המוזכר בדבריו להדייא. ולא דין אפילה שלא הוזכר להדייא בדבריו. גם משום שכבר בדין אפילה הביא דברי הרמב"ם ז"ל ופסקו שם סי' כ"א וכמש"ל:

וכן מצי' להדייא לה' ויאמר יצחק ח"ב סי' קע"ט בראובן אשר בנה חצר בחורבה אשר נתן המלך ליהודים לבנות בה בתים וחנויות. ופתח בה חלונות הרבה בכותל רוח אחד על אויר מבוי רחב שאינו מפולש אשר אחורי הכותל ההוא. וזכה באורת האויר ההוא. ושוב לאחר זמן בא האלנאדי"ר ובנה חנויות לזכות האלמכז"ן באותו מבוי אחורי הכותל ההוא למטה מהחלונות. ושוב אחר זמן בא שמעון ונטל רשות מהשררה לבנות עליה ע"ג אויר החנויות ההם. באופן שע"י הבנין ההוא הוא צריך לסתום החלונות של ראובן.

והשיב הוא ז"ל ע"ז. שאם שמעון היה זוכה באותו קרקע שאחורי כותל ראובן והיה בונה החצר משלו. לא היה יכול לסתום החלונות של ראובן. וצריך להרחיק בניינו ד"א כדי שלא יאפיל. אחר שראובן קדם ופתח חלונותיו וזכה מן ההפקר. וראיתו מהך דהריב"ש ז"ל הנ"ל אשר פסק מר"ן ז"ל סוס"י קנ"ד. אשר סיים וכתב ולא עוד אלא שאם בא השני להזיקו בהיזק ראיה וכו'. אינו רשאי ע"כ. וכתב הוא ז"ל ולפ"ז ה"ה נמי שאין השני יכול לסתום חלונותיו של ראשון וכו'. וצריך להרחיק ד"א מכנגד חלונותיו של ראשון וכו' וסיים זל"ה וכן בא מבואר בתשו' הריב"ש ז"ל סי' שכ"ב שממנו מקור דין זה. שכתב וז"ל נ"ל ברור שהדין עם הראשון. שכיון שזכה מן ההפקר וקדם לעשות חלונותיו וכו' בשעה שלא היה מזיק וכו' ולא היה אדם יכול למחות בידו. אין לו לסתום וכו' אלא כיון שגם השני מזיק עליו להרחיק כל ההרחקה. שהראשון זכה בקדימתו וכו'. עכ"ל ע"כ. הרי להדייא כמ"ש. דמי שקדם ופתח חלון למקום הפקר אשר לא יש שם כבר בית. שהשני הבא אחריו לזכות גם הוא ולבנות צריך להרחיק ד"א כדי שלא יאפיל על הראשון אלא שנראה שהוא ז"ל מדקדק זה מדברי הריב"ש ז"ל עצמו. וכמבואר להדייא זה בדבריו ז"ל. עוד שם מביא ראיה לזה מדברי הסמ"ע ז"ל שם סק"ן על מ"ש מר"ן ז"ל שם ס' כ"א וכמ"ש לעיל. עוד שם מביא ראיה לזה מס' חוט המשולש סי' נ"ז ז"ל א"כ לענין הנדון שלפנינו בשתי הטענות של החלונות העשויות לאורה וכו' הדין עם החכם. ברם וכו' וא"כ החזיק וקנה אותם וקנה כנגדם בקרקע החורבה שאחריהם ד"א. וזה לדעת כל חכמי ישראל בלתי שום חולק כלל ע"כ. וכ"כ הרב פרמ"א ח"א סי' כ"ו ע"ש. עכל"ה יעו"ש באורך:

עוד כתב י"ץ. דכן משתמען מלוהי דהכנה"ג ז"ל בתשו' שם. שאחר ב' החילוקים כתב ועכשיו אני רואה שאין צורך לכל החילוקים הללו וכו'. דמזה משמע דהיינו גם לענין דינא וכו' דאלת"ה לא הו"ל לשתוק אלא לפרש וכו' ע"כ. משמעות זה לא ידענו מהיכא. דהלא לא כתב הוא ז"ל ועכשיו אני רואה דליתנהו לכל החילוקים וכו' דהוה משמע דליתנהו כלל גם לענין דינא. רק כתב שאין צורך וכו' ותו לא. דהיינו ר"ל לענין ישוב תשובות הרשב"א ז"ל לחוד. אין צורך להנהו חילוקים. דיש לישב ולחלק באופן אחר בין אם יש חוקי המלך שהדרך היא שלו או לא. ושלשתם בר"ה מיירי:

גם מ"ש עוד י"ץ. דמה שסיים מר"ן ז"ל בסי' קנ"ד סו"ס ט"ז ז"ל ומיהו כתב הרמב"ן שאינו יכול להחזיק עליו הואיל ואינו מזיקו עדיין ע"כ. דלאו להלכה כתב כן רק לאשמועינן שזו סברא יחידאה היא ע"כ אתמהה. אטו כל סברא יחידאה מעלה אותה על שולחנו ולמאי נ"מ בכאן אשמועינן זה מר"ן ז"ל. ועוד משפט לשון זה שכתב מר"ן ז"ל ומיהו

כתב הרמב"ן וכו'. נהר"א נהר"א ופשטיה יורה יורה להדיא שלהלכה העלהו. ועוד אם לא להלכה העלהו מר"ן ז"ל ודינה הוי רק כהרשב"א ודעמיה דכיון דיכול למחות אם לא מיחא החזיק. וחבירו אינו יכול לבנות ולהאפיל גם השתא בעוד שאינו מזיק ולא לכופו לסתום לאחר שיביא ההיזק כגון לאחר הסרת הרעפים וכיוצא. א"כ אהיכא סמכו מה שרצו הם עצמם יש"ץ לדון בימים החולפים בחלון הפתוח על גג החנות שאין בו תשמיש כגג של רעפים ופסקו לפי הנשמע דאין חזקה לבעל החלון כיון שאינו עשוי לתשמיש. ובעל גג החנות יכול לבנות ולהאפיל. והלא להרשב"א ודעמיה. כיון שלא מיחא בעל גג החנות. החזיק בעל החנות. ואין בעל הגג יכול לבנות ולהאפיל גם בעוד שאין מזיקו ולכופו לסתום לאחר וכו'. אבל כשנאמר דלהלכה העלהו אתי שפיר. דלהרמב"ן ז"ל הגם שהוא יכול למחות ואם לא מיחא החזיק. היינו בעוד שאינו מזיקו הוי החזיק ואין חבירו יכול לבנות ולהאפיל כגון קודם הסרת הרעפים וכיוצא. אבל לשלא לכופו לסתום גם לאחר שיבוא ההיזק דהיינו לאחר הסרת הרעפים וכיוצא אינו יכול להחזיק. ויכופנו לסתום. ושפיר מצי חבירו לאחר שיבוא לו ההיזק לבנות ולהאפיל או לכופו לסתום. ועי' לה' פתחי תשובה שם. ולזה בהך נדון שבעל גג החנות רוצה היה לבנות שם עליה. וממילא היה ניזוק מהך חלון. שפיר הוה מצי לבנות וכו' או גם לכופו לסתום. לולא שהיה שם טעמא אחרינא אשר עכבו מלבנות. כמשו"ח אצלינו במקום אחר:

והא דתחילה הוצרך מר"ן ז"ל לפסוק כהרשב"א ודעמיה ולא הוי סגי ליה בקצרה לפסוק כהרמב"ן ז"ל לחוד. וכמו שסיים. הוא משום. דתחילה בא לומר דרבים הם לוחמים על הרא"ש ז"ל ומכללם גם הרמב"ן ז"ל וס"ל הגם דעכשיו אינו מזיקו יכול למחות וכו'. וכוותייהו נקיטינן. ושוב ראה לפסוק כהרמב"ן ז"ל בזה דהואיל ואינו מזיקו עדיין. אינו יכול להחזיק עליו לגמרי. ויכול הוא לבנות וכו' כשיבוא לו ההיזק. או לכופו גם לסתום. ומ"ש יש"ץ בשם הכנה"ג בתשו' שאחר שהביא דברי רבינו יונה וסיעתו דיכול למחות ויש לו חזקה. כתב שכן פסק בקצר והודה לו במפה ע"כ. ר"ל דהכוונה היא רק על דין זה שיכול למחות וכו' ויש לו חזקה בעוד שאינו מזיקו ולאפוקי מסברת הרא"ש ז"ל דאינו יכול למחות ואין לו חזקה. אבל באותו פרט אשר פסק מר"ן כהרמב"ן מזה לא אירי הוא ז"ל:

וכן מצי' להדייא לה' ויאמר יצחק ח"ב סי' ר"ג שלהלכה העלה מר"ן ז"ל ס' הרמב"ן ז"ל על שלחנו זל"ה. וראיה לזה מדין פותח לחורבה שפסק מר"ן כדעת הרמב"ן ז"ל שאינו יכול להחזיק עליו הואיל וכו' ע"כ:

גם מ"ש דלא גרע מקום קביעות הצנורות דכקנוי הוא להם לפום מנהגא. מהוצאת זיזין שהם בונים מחדש ורשאים הם וכמש"ל. הכא נמי קביעות הצנורות ע"כ. לא דמו כעוכלא לדנא. דשאני הוצאת זיזין לשניהם יש חוקי המלך. לזה לפתוח חלון ולזה להוציא כנגדו זיזין. הוא שרי והוא אסר. אבל קביעות הצנורות אין חוקי המלך בהם רק מנהגא שאין בני ר"ה יכולים לעכב. ומה לו לבעל החלון לבני ר"ה. אטו משום שהם אינם יכולים לעכב. יופקע גם הוא מזכותו הקדומה לו מחוקי המלך. וגם לטעמא דבדידיה קא בני. שאני הוצאת זיזין. אותו האויר הוא לו לבדו לבעל העליה הסמוכה ואין לזרים אתו. ושפיר הוי בדידיה קא בני. אבל מקום קביעות הצנורות. לא לבד לבעל הצנורות הוי רשותם לקבוע. שגם לבעל הכותל הוי רשותו לפתיחת חלון וכיוצא וכל הקודם זכה. וכיון שקדם בעל הכותל ופתח שם חלון זכה והוי רשותו ושוב אין לבעל הצנורות לקובעם. דלא בדידהו קא בנו אלא בדחברייהו:

ועוד אעיקרא דהאי דינא פריכא. דלא ראינו ולא שמענו שום צנורות נקבעו גם נגד החלון שהיה פתוח וכפו בעליו לסותמו. וכולם הם רק במקום כותל הסתום. גם הגע עצמך דיכול לקבוע צנורות גם נגד פתח החצר הנפתח מחדש במקום הסתום דמאי שנא. וזה ודאי לא יעלה על דעת שום בר שכל לאומרו. ויכולים אנו לומר לאידך גיסא. שכן הוא המנהג שלא לקבוע צנורות מקום הפתוח בו חלון וכיוצא. רק במקום הסתום בכותל:

גם מ"ש י"ץ. דמדבריהם דרבנן אנו למדין וכו' והרשב"א פליג עליה בהאי טעמא וכו'. ומ"מ אזיל ומודה וכו' והט' משום דס"ל דאף דנהגו להוציא וכו' לא הוי כחצר השותפים אלא דרך ר"ה היא של המלך. ורצון המלך הוא שכל א' יבנה ויפתח וכו' ויזכה וכו' כזוכה מן ההפקר. ואולם דוקא שלא יפתח כנגדו וכו' אבל אם בא לבנות ולהאפיל רשאי ואפילו ע"י זיז וכו' דכיון דאינו בונה וכו' הו"ל כרשותו והמעיין וכו' דלהרשב"א וכו' לא הוי כחצר וכו' אלא כזוכה מן ההפקר ע"כ. לשון זה אינו מדוקדק. או הוא טעות המעתיק. דמאי ואולם דוקא לענין שלא יפתח כנגדו וכו' אבל אם בא לבנות ולהאפיל רשאי דכיון וכו'. גם מאי הו"ל כרשותו. דלפי מ"ש תחילה דהרשב"א פליג וכו' והיינו טעמא משום דס"ל דדרך ר"ה היא של המלך ורצון המלך הוא שכל א' יבנה וכו' דהיינו ראשון גם שני הבא אחריו יבנה ויפתח וכו'. א"כ איפכא הו"ל למימר ואולם זה דוקא לענין שיכול השני לבנות ולהאפיל. אבל לפתוח חלון כנגד חלון אינו רשאי שיאמר לו אל תזיקני וכו' כדרך שבעל וכו':

כל זה הגם שאינו ענין לנדונינו. כתבנו רק להתלמד למקום אחר. אמנה בנד"ד מהנראה פשוט. שמצד מצב החור ההוא ותכונתו והוויתו מיום הולדו ע"י האחים הנ"ב הי"ו. עד

בוא עתו. הוא כמאן דליתיה וכלבוד דמי ומהנראה שגם לגבי בעלי החור כן הוא בודאי. כאשר אנו רואים סוף מעשה. במחשבת בעל החור ההוא לא היה תחילה להחשיבו ולהתכוין להחזיק בו. גם לסוף בבואם לערער. בעומדם לדין תחילה. על דל שפתם לא העלו טענת חור זה. רק באו בטענות אחרות. ושוב אח"כ בראותם שהם ללא יועיל ע"פ הדין. אז דחקו ונכנסו בטענת חור זה כנ"ב. וכל זה היא תוכחת מגולה שפיר שגם בעיניהם איננו חשוב החור ההוא מתחילתו ועד סופו מצד איכותו. באשר לא עמלו בו ולא גדלוהו. ושוא עמלו בוניו בו. ללא תועלת להם בשום אופן. ורק כחור שחררוהו עכברים הוי. וכמאן דליתיה דמי. וחזקה אין בו. וכמ"ש ה' הפוסק על"מ י"ץ. אצל"ה. והאריכות בזה היא רק יגיעת בשר והלאות אנשים זהו הנלע"ד. וצוויי"מ וימ"ן. ולראיה ח"פ פאס יע"א אור לאחד עשר לכסלו משנת התרנ"ט ליצירה וקיים:

ע"ה יצחק אבן דנאן ס"ט

סימן נט

וזאת תשובתי אליו

הנה חזיתיה. לה' מ'ר דודי לי י"ץ. אשר ברוח מבינתו. עורר חניתו. והשג ישיג. פעמים בא בקצרה תוכן דברי אפס קצהו פרט למצטרך. שרטט וכתב וז"ל ואני שמעתי ולא אבין וכו' מ"מ חילוקו הראשון שם בפותח חלון למקום הפקר לדידן קם לדינא וכ' מר"ן ס' כ"א וכו' וכ' הסמ"ע סק"ן וכו' וכן מצינו להסמ"ע והב"ד הסמ"ע דסק"ע יעו"ש בדב"ק: **והנה** טרם אבואה להשיב על דב"ק. אערכה לפניך קנצי למילין ממאי דכתבינן אנן בעניותין בפס"ד הראשון עם קצת תוס' ביאור. כי מעיקרא סמכנו דהמעיין ישית רוחו עליהם. ובנקל יזכה ויבחין דבר דבור על אופנו. וזה החלי. וה' אלד'ים יעזור לי. הלא מראש בס'דר דברתי. תחילה הנה הבאתי. את דברי מהר"י אדרבי ז"ל סי' ק"ז. וגם דברי הכנה"ג ז"ל דסי' קנ"ה אות ג' דמקשה דברי הרשב"א ז"ל אהדדי ומתרץ בשני חילוקים פוק חזי א"ץ לכפול הדברים. וציינתי להסמ"ע סי' קנ"ד סק"ע. הן הם דברי הסמ"ע אשר הביא הרמד"ל י"ץ בהשגה. ולא העיר שכבר הובאו בדברי הפוסק הראשון איך שיהיה. מדבריהם דרבנן למדנו דאינו יכול לבנות באויר ר"ה ולהאפיל. ומ"ש הרשב"א שיכול לבנות ולהאפיל. היינו במגביה כותלו דבונה בתוך שלו. ודייק לה מהרי"א ז"ל מלשון הרשב"א גופיה שכ' שזה אומר כל מה שאתה משתמש באויר רשותי שלא מדעתי אינך רשאי ע"כ. וא"כ היינו דוקא במגביה כותלו דבונה בתוך שלו ולא החזיק בו בעל החלון דאין מועיל חזקת החלון להשתמש מאויר רשות חבירו שלא מדעתו דלא היה יכול

למחות בו כיון שהחלון פתוחה לר"ה דקאמר ליה אנא מאויר ר"ה קא משתמישנא וכיון שאין מחאה אין חזקה ואין בעל החלון יכול לעכב עליו מלהגביה את כותלו. אבל לבנות מחדש ולהוציא זיז לאויר ר"ה ולהאפיל. אינו רשאי. יען דבעל החלון זכה באויר ר"ה מן ההפקר ונקרא רשותו דבעל החלון:

ומזה תמהנו על רבותינו ב"ד שלפנינו זלה"ה שדנו שיכול הלה שכנגד בעל החלון להוציא זיז ולהאפיל ושכן אנו נוהגים אחריהם:

וניחא לן במאי דאנהרנהו לעיינין רבינו הכנה"ג ז"ל בתשו' ח"ב סי' קי"א כמביא למעלה. לך נא ראה. ונמצינו למידין לתירוץ זה דיכול הלה לבנות כנגדו אפי' בית מחדש או להוציא זיז אם כבר יש לו בית. והט' משום דלא החזיק בעל החלון באויר ר"ה לענין אפילה שכן הוא רצון המלך בעל הדרך שגם זה יבנה ויסתום וא"ץ להרחיק. ולא החזיק בעל החלון שיכול לעכב כ"א שלא יפתח האחר חלון כנגדו. ונמצא דאין דין חלון הפתוח לר"ה כדין חלון הפתוח למקום שהוא הפקר גמור. דבפתוח למקום הפקר גמור זכה בעל החלון באויר שלפניו ואין הלה יכול לבנות בתוך ד"א. אבל בפתוח לאויר ר"ה שהוא של המלך. רצון המלך הוא שזה יפתח וזה יכול לבנות בית ולהוציא זיז ויסתום ואין בעל החלון יכול לעכב. דלא זיכהו המלך באויר ר"ה לענין אפילה. וכיון שכן האחר הרוצה לבנות ולהוציא זיז ולסתום. רשותו מקרי. כיון שכן הוא רצון המלך. וא"כ אין כאן הכרח לחילוקו דמהרי"א ז"ל מדברי הרשב"א ז"ל שכ' שזה אומר כל מה שאתה משתמש באויר רשותי שלא מדעתי וכו' ע"כ. דדייק מ'ר דדוקא במגביה על כותלו. דע"כ לא דייק כן מהרי"א ז"ל. אלא משום דס"ל דאויר ר"ה הוי הפקר גמור וזכה בעל החלון מן ההפקר באויר ר"ה והוי רשותו דבעל החלון ולא רשות הלה הרוצה לבנות מחדש. אבל לדרך זו דאשמועינן רבינו הכנה"ג ז"ל בתשו' אין אויר ר"ה כהפקר גמור ולא זכה בעל החלון באויר ר"ה לענין אפילה. ורצון המלך שכל הרוצה ליטול יבוא ויטול יבנה בית ולהוציא זיז ורשותו מקרי. וא"כ גם זה הבונה יכול לומר כל מה שאתה משתמש באויר רשותי שיש לי בו רשיון מאת המלך אינך רשאי כי כן הם חוקי המלך:

ומשתמען מלוהי דרבינו הכנה"ג ז"ל בתשו' הנז' דס"ל להלכה כדרך זו ולא כשני החילוקים הראשונים. מדכ' ועכשיו אני רואה שאין צורך לכל החילוקים הללו וכו' ע"כ. דאין לומר דהכוונה היא דתירוץ זה יספיק כי היכי דלא להוו תשו' הרשב"א ז"ל סתראי נינהו. דאין דרך המחברים היכא דמקשו איזה קושיא ומתרצי לה תירוצי טובא לכתוב על תירוץ בתרא. שאין צורך להנך תירוצי קמאי. דמילתא דפשיטא היא ודברים יתירים וטפילים הם. אלא ודאי לענין הלכה כתב כן. והיה טעמו דדרך זו פירשה הכנה"ג ז"ל

בכוונת לשון הרשב"א ז"ל בההיא תשו' שהעתיק רבינו הב"י ז"ל סי' תי"ז שכ' זהו שורת הדין זולתי אם יש שם חוקי המלך כמו שיש במקצת מקומות וכו' ע"כ. ופירש הכנה"ג ז"ל וז"ל ונראה שכוונת הרב ז"ל בדברים הללו לומר דזהו משורת הדין כשאין מחוקי המלך שרשות הרבים הוא למלך וכל הקודם ופתח זכה דזכה מן ההפקר. אלא שר"ה קנוי לבעלי הבתים ושני הבתים שעל רשות הרבים זה כנגד זה זה זוכה בחצי הרוחב וזה זוכה בחצי האחר ונמצא שחזר דרך ר"ה כפותח חלון על רשות חבירו שאם בא לבנות חבירו צריך להרחיק ד"א. אמנם אם יש חוקי המלך כלומר שהדרך שלו והפותח על ר"ה הוי כזוכה מן ההפקר הולכין אחריו וזה שפתח הראשון זכה מן ההפקר והבא לפתוח אחריו ג"כ זוכה מן ההפקר וכך הוא רצונו של המלך שכל הבא לפתוח על הדרך יפתח אז א"ע להרחיק ד"א והם דבריו בתשובות בסי' אלף ופ"ה ואלף וקל"ב ע"כ:

ואם כן. הא ודאי דדרך זו עיקר. כי פי הרשב"א גופיה ז"ל מרה דשמעתא הוא המדבר. וכבר אמרו דאין להוציא דין בתוך קושיות כי הוא בנין בלי יסוד ואם יש תירוץ לקושיא נתרועע היסוד ונפל הבנין:

והוספתי לחזק דבר זה. ממ"ש הכנה"ג בסי' קנ"ד הגב"י אות ל' דסבר לה בדעת רבינו הב"י ז"ל דדעת הרשב"א כהרא"ש דיכול להוציא זיז ולהאפיל וציין למהרשד"ם ז"ל ח"מ סי' רנ"ז שמבואר כדבריו ושכן מוכרח מדברי מהר"מ מטראני ז"ל ח"א סי' יו"ד ואת יק'ר סהדות'א אף הוא ראה בס' הקצר דברים שמתוכן נראה שהרשב"א ס"ל כהרא"ש וכ"כ הפ"מ ז"ל ח"ב סי' ס"ד וסי' ל"ו והמט"ש סי' קנ"ה הגב"י אות כ"ב. באופן דכולהו תלתא סברי מרנן דדעת מר"ן דהרשב"א ז"ל ס"ל כהרא"ש ז"ל דיכול להוציא זיז ולהאפיל:

והנך רואה דהכנה"ג גופיה מ'ר ניהו הוא דהקשה תשובות הרשב"א אהדדי בסי' קנ"ה וניחא ליה בשני החילוקים הנז'. וחד מנייהו הוא דאינו יכול להוציא זיז. וסבר לה מ'ר בסי' קנ"ד דדעת הרשב"א כהרא"ש דרשאי להוציא זיז. ולא חש לה מ'ר להנהו חילוקי שכ' בסי' קנ"ה. מהטעם האמור שם לפי שפתח לר"ה ודרך המלך הוא שכל הבא לפתוח ולהוציא בליטה אין מוחין בידו:

ויען כי הסמ"ע ז"ל לא אסיק אדעתיה להקשות דברי הרשב"א ז"ל אהדדי. ואפ"ה בסק"ע חילק בין היכא דהיתה לו בית ללא היתה לו. לזאת הבאתי בפס"ד הראשון את דברי הדרישה דסי' קנ"ד ס"ח. כי ממנה חוצבו דברי הסמ"ע הללו. ושם נאמר כי כפי דברי מהרשד"ם דמחלק בין מבוי מפולש לשאינו מפולש. אינם מוכרחים ובנפול הישוד יפול הבנין כאשר יראה הרואה שם:

ומעתה דין הוא טעמא למה שדנו רבותינו ואנו נגררים אחריהם. יען כי המה ראו לדון כדעת הכנה"ג ז"ל בתשו'. דלדידיה הם דברי הרשב"א גופיה ואין אנו צריכים להנך חילוקי. ושכן היא דעת הכנה"ג בסי' קנ"ד והפ"מ והמט"ש ז"ל בדעת מר"ן. ודברי הסמ"ע ז"ל אינם מוכרחים. ודיוקו דמהרי"א ז"ל אינו מוכרח וכמש"ל:

ואחרי הודיע אלד'ים לנו את כל זאת. למדנו למאי דאנן קיימין ביה. דכיון דאין בעלי אתברנא יכולין לעכב כ"א מצד החלון. הרי כתבנו דאין בעלי החלון יכולין להחזיק לענין אפילה. דזיל בתר טעמא דאנו דנין להוציא זיז ולהאפיל הוא משום דלא חשבינן לאויר ר"ה כהפקר גמור. מטעם המלך שאין מחוקי המלך שיחזיק עד שיכול לעכב על חבירו מלבנות ולסתום מינה נמי להאי גוונא דידן דאין סברא לומר דלדבר זה החזיק גם לענין אפילה. דמאי שנא. ופשוט הוא

ואחרי אשר ביארנו כל זה. אבואה לדברי מהרד"ל י"ץ. ראשית דבריו כתב וז"ל ואני שמעתי ולא אבין וכו' מ"מ חילוקו הראשון ז"ל שם בפותח חלון למקום הפקר לדידן הוא קם לדינא. וע"ז הב"ד מר"ן דסי' כ"א ומ"ש הסמ"ע סק"ן. ע"ש בדב"ק:

והנה למ"ש אנן בעניותין. אין כאן דמות ראיה כלל. דהא בחלון הפתוח למקום הפקר. כ"ע מודו דזכה בעל החלון גם לענין אפילה. דע"כ לא קאמר רבינו הכנה"ג דלא זכה לענין אפילה אלא בחלון הפתוח לרשות הרבים דדרך המלך היא ומטעם המלך לא זכה בעל החלון לגבי אפילה כאשר נתבאר לעיל. וההיא דהסמ"ע איירי בפתוח למקום הפקר שהוא אליבא דכ"ע

ואולם הא ודאי מההיא שהביא מהסמ"ע סק"ע נילף דלא ס"ל כמ"ש הכנה"ג בתשו'. וכבר אנן בעניותין בפס"ד הראשון עשינו לו ציון בשני מקומות. הראשון. אחר שהבאנו דברי הכנה"ג דסי' קנ"ה. כתבנו בל' זה ועי' בסמ"ע סי' קנ"ד סק"ע. גם את השני. כשהבאנו דברי הדרישה דסי' קנ"ד סק"ח הערנו וכתבנו בלשון זה וכ"כ בסמ"ע סק"ע אדברי הרשב"א ז"ל דס' ל"א הנ"ל ע"כ. ואין כל חדש. ומ'ר לא הו"ל למימר אלא לדעת הסמ"ע קם לדינא. ולא לדידן. דהא ודאי מדי פלוגתא לא נפקא. דלההוא תירוצה דהרב הכנה"ג בתשו'. הרי קאמר להדיא דאין צורך לכל החילוקים ואפי' חילוק א' דאין לו בית וכו':

ולדידי חזי לי. דגם הנהו רבוותא. הכנה"ג סי' קנ"ד הגב"י אות ל' והפ"מ והמט"ש ז"ל וסיעתם ואיכא מנייהו מלכי דכתבו שכן היא דעת מר"ן בש"ע שדעת הרשב"א ז"ל כהרא"ש ז"ל דבחלון הפתוח לר"ה יכול שכנגדו להוציא זיז ולהאפיל. ה"נ נמי דיכול לבנות בית מחדש. דזיל בתר טעמה דה"ט דיכול להוציא זיז הוא משום דהדרך של המלך

ולזה נתן רשות לפתוח ולזה נתן רשות לסתום ומעולם לא זכה בעל החלון לענין אפילה. דלא הוי אויר ר"ה כהפקר גמור. הכא נמי לענין לבנות בית:

וכן נמי להך חילוקא קמא דהכנה"ג דס"ל דהיכא דלא היתה לו בית אינו רשאי לבנות. ה"ה נמי דאם היתה בית אינו רשאי להוציא זיז. דזיל בתר טעמא דקאמר הרב שם דיכול בעל החלון לומר לו שכבר זכה מההפקר מר"ה אף לענין אפילה שלא יוכל האחר לבנות כנגדו אפי' כותל סתום אם לא ירחיק ד"א. וא"כ מהאי טעמא נמי נימא דאין יכול להוציא זיז. שהרי כבר זכה בעל החלון באויר ר"ה מההפקר אף לענין אפילה. ודוקא במגביה על כותל חצר או בית שהיה לו קודם פתיחת החלון הוא דרשאי מטעם האמור שם דהגם דכבר זכה בר"ה מצי אמר ליה נהי שאינו יכול להזיקך בהיזק ראיה אבל להרחיק ד"א כדי שלא יאפיל איני חייב לפי שזה אומר לו כל שאתה משתמש באויר רשותי אינך רשאי. אבל להוציא זיז אינו רשאי. דאינו אויר רשותו. דכבר זכה בו בעל החלון מההפקר. וכן הוא מבואר להדייא בההיא דמהרי"א ז"ל הנז' שכ' ואפי' את"ל דאויר ר"ה לא הוי אלא הפקר באופן שהאויר שכנגד עלית ראובן אינו שלו מ"מ בנ"ד יכול ראובן לעכב ביד שמעון שכבר קדם ופתח חלונו וזכה באור אותו האויר כזוכה מן ההפקר וכו' ע"ש. ודין הוא טעמא לחילוק השני של הכנה"ג ז"ל שכתב אבל בתשו' שהעתיק הרב ז"ל בסי' תי"ז מוציא לר"ה זיזין מה שלא היה לו קודם. וע"ז כ' דכיון דבבנין זה מוציא לר"ה צריך להרחיק ד"א כדי שלא יאפיל כיון דלאו בדידיה קא בני אלא שמוציא זיזין לר"ה וכיוצא בזה חילק מהרי"א בסי' ק"ז יעו"ש. עכ"ל הרב בתשו'. והא דלא כיילנהו בחילוק א' לאו משום דאיכא בינייהו נפקותא לדינא אלא משום שהם שני מציאיות. וכוונתו לומר ועוד יש מציאות אחרת. אבל לדינא שוים הם דטעם אחד להם. ועי' הרב יד מלאכי ז"ל כללי התוס' והרא"ש סכ"ג:

וכן נראה שכן היא דעת הסמ"ע בסק"ע הנז'. שהרי סיים הרב שם וכ' וז"ל וכמ"ש בסוף סט"ז ובסכ"א ע"ש ע"כ. ובסכ"א סק"ן איירי בפתוח למקום הפקר. ומדמי ליהו. אלמא ס"ל דאויר ר"ה הוי הפקר. וא"כ אף שלא בא מבואר בדבריו שלא להוציא זיז. מ"מ ודאי הכי ס"ל דזיל בתר טעמא:

באופן דיש ב' סברות לדעת הרשב"א דקי"ל כוותיה בפותח חלון לר"ה. דאיכא מרבוותא מהרי"א וסיעתו דסברי דאויר ר"ה הוי הפקר ממש והפותח ראשון זכה באויר מן ההפקר גם לענין אפילה ואין שכנגדו רשאי אפי' להוציא זיז. ואיכא מרבוותא הכנה"ג בתשו' ודעמיה דסברי דאויר ר"ה לא הוי הפקר ממש אלא דרך המלך היא ורצון המלך הוא שזה יוכל לפתוח ולא יזכה לענין אפילה שיוכל לעכב על חבירו שרשאי גם הוא לבנות

אפי' בית מחדש. וא"כ לדידן דקי"ל דיכול להוציא זיז. ה"ה דיכול לבנות בית ואין יכול בעל החלון לעכב. ודברי הסמ"ע ומהרי"א ז"ל לדידן לאו אליבא דהלכתא נינהו:

ומעתה מ"ש הרמד"ל י"ץ וטורא גבא וכו'. שותא דמ'ר לא ידענא ולא מתפרשא לי כפי דרך העולה מספרן של צדיקים הנז'. דמאי האי דקאמר. דמהך שעתא רשאי היה וכו' והוי שפיר בדידיה קא בני. דאי ס"ל דאויר ר"ה הוי כחצר השותפין ולכך קאמר דהוי שפיר בדידיה קא בני. הרבה תשובות בדבר. חדא. דהרשב"א דקי"ל כוותיה. לא ס"ל הכי וכמ"ש בפס"ד הא'. ועוד דאי הוי כחצר השותף. א"כ לדעת הרשב"א דס"ל דאף שאינו מזיקו עכשיו יכול למחות וכל שלא מיחא הוי חזקה. א"כ זכה בעל החלון כפותח לחצר חבירו. ואי ס"ל דאף דהוי ר"ה הפקר אפ"ה כיון דמהך שעתא דבנה ביתו היה רשאי להוציא זיזין הוי שפיר בדידיה קא בני. לא ידענא מאי קאמר. דכיון דר"ה הוי הפקר. אף שהיה רשאי להוסיף ולהוציא זיז. כל עת שלא הוציא זיז. אכתי לא זכה באויר ההוא. וכבר קדם בעל החלון וזכה בו מן ההפקר וה"ז זריז ונשאר'. ובפי' קאמר הכנה"ג בחילוק ב' דאין להוציא זיז כיון דלאו בדידיה קא בני ע"ש. וכ"כ מהרי"א בסי' הנז' ע"ש:

גם מ"ש והוי רשותו לו לבדו ואין לזרים אתו. הוא תמוה. דכיון דאויר ר"ה הפקר. יד כל אדם שוה בו. אלא דזה הסמוך לו נקל לו לזכות בו יותר מהאחרים ופוק חזי ההיא דמהרי"א ז"ל ששמעון בע"ה רצה להגביה למעלה מתקרת העליה מבחוץ סמוך לכותל העליה וראובן מעכב ביד שמעון שלא להגביה בניינו למעלה מן התקרה שהוא זכותו ולולי שפתח שם ראובן חלון היה דן הרב אליבא דהרשב"א דאויר ר"ה לא הוי אלא הפקר באופן שהאויר שכנגד עליית ראובן אינו שלו ע"כ:

עוד כ' הרמד"ל י"ץ או משום חוקי המלך אשר יש שהדרך היא שלו וכו' אשר שם לא שייך חוקי המלך וכו' לא ידענא מאן פלג ליה לומר כן דיש בחוקי המלך להוציא זיז ולהאפיל ואין בחוקי המלך לבנות בית ולהאפיל. דהרי הכנה"ג בתשו' הנז' בטעם זה דחוקי המלך. כ' דאין צורך לכל החילוקים. והיינו אפי' חילוק ראשון. והט' משום דאמרינן דיש מחוקי המלך גם לבנות בית ולהאפיל דלעולם לא זכה בעל החלון לענין אפילה כדי שיוכל לעכב על שכנגדו מלבנות:

גם כ' לא כן הפותח חלון למקום הפקר וכו'. הנה מלשון זה וממש"ל בתחילת דבריו וז"ל מ"מ חילוקו הא' וכו' למקום הפקר ע"כ. משמע דס"ל דאויר ר"ה זה הוי הפקר כיון שאין לזה בית כנגדו. לא כן היכא דיש לו בית כנגדו אלא שרוצה להוציא זיז לא הוי מקום הפקר. ותשו' מהרי"א והכנה"ג יוכיחו דלמהרי"א דסבר דאויר ר"ה הוי הפקר. כ"כ אפי'

באויר דבין העליות. והכנה"ג בתשו' דסבר דשל המלך הוא ואינה כהפקר. כ"כ אפי' במי שאין לו כנגדו בית וכמש"ל. תו איכא תיוהי טובא. ואין להאריך:

עוד כ' וז"ל וכן משמע מדברי מר"ן הב"י סי' קנ"ד מחו' י"ח וכו' ע"ש בדב"ק שהביא דברי הב"י הנז' והבד"ה ועל זה סיים וכתב וז"ל הרי דגם בפותח חלון לר"ה נגד כותל חבירו אשר כבר יש לו בית שם הוא ז"ל תחילה תמה ואמר שהשני צריך להרחיק ד"א וע"ז הוא שסיים ואמר ומיהו מלשון רבינו וכו' שסובר כהרשב"א ומטעם הכתוב שם בתשו' הרשב"א שהביא הוא ז"ל בסי' קנ"ה מחו' א' דבשלו שהיה לו כבר הוא בונה שאינו רשאי לשעבד רשות חבירו שלא מדעתו משמע דבפותח חלון למקום הפקר במקום שלא היה לחבירו שם כבר בית שהשני הבא אחריו לזכות צריך להרחיק ד"א עכ"ל:

כבר כתבנו לעיל דטפי משמע ליה למהרי"א ז"ל מלשון זה דהרשב"א דאין להוציא אפי' זיז ודלא כדמשמע ליה למר מזה הלשון דדוקא שלא לבנות בית. ושם נאמר. דע"כ לא משמע ליה למהרי"א ז"ל אלא משום דסבר לה מ"ר דר"ה הוי הפקר וכבר קדם בעל החלון וזכה באויר ר"ה ורשותו הוי. אבל לדעת הכנה"ג בתשו' דאויר ר"ה הוא של המלך ולא זיכהו לבעל החלון להחזיק כדי לעכב גם לענין אפילה אלא הרשות נתונה ביד הרוצה לבנות. א"כ הוייא לה כרשותו כיון שכן הוא הרשיון מאת המלך וכמש"ל. וא"כ לא נוכל לומר שכן משמע ליה למר"ן הב"י. כיון שלדרך הכנה"ג אינו במשמע. ולמ"ש אנן בעניותין לעיל. כן היא דעת הרב"י. ע"ש:

עוד הביא ראיה הרמד"ל י"ץ מהריב"ש סי' שכ"ב וה' ויאמר יצחק ח"ב סי' קע"ט ע"ש בדב"ק. ואין כאן ראיה כלל. דההיא דהריב"ש איירי בפתוח למקום הפקר. וכבר כתבנו כמה פעמים דלשיטת הכנה"ג בתשו' וסיעתיה. רב המרחק בין פותח למקום הפקר. לפותח לר"ה ולא קרב זה אל זה. דשאני ר"ה דהדרך של המלך היא ולית ליה זכייה לבעל החלון מאת המלך לענין אפילה כלל. לא כן בפתוח למקום הפקר דאית ליה זכייה דזכה מההפקר דלית ליה בעלים:

ומה גם. דאני תמיה. מה יוכיח הוכיח מזה. מאחר דדין זה אינו שוה בכל המקומות וכמ"ש הרשב"א להדייא בההיא תשו' שהעתיק רבינו הב"י סי' תי"ז שכ' זולתי אם יש שם חוקי המלך וכפירוש הכנה"ג בתשובה שם וא"כ אף אם היה נדון הריב"ש בחלון הפתוח לר"ה הוה מצינא לומר דילמא במקום ההוא אין חוקי המלך כן:

גם מה שהביא מההיא דהרב ויאמר יצחק אין משם ראיה. דאפשר דהמלך נתן להם החורבה ההיא לגמרי והפקירה להם. ומה גם דנדון הרב איירי בחלון הפתוח למבוי שאינו מפולש. וכבר כתבנו בפס"ד הא' משמיה דמהרשד"ם ז"ל חו"מ סי' רנ"ז דס"ל

דלענין זה מבוי מפולש דינו כר"ה. אבל לא שאינו מפולש. וכן היא דעת הכנה"ג בתשו' הנז'. ומ"ש וז"ל עוד כ' י"ץ דכן משתמען מלוהי דהכנה"ג ז"ל בתשו' שם שאחר שני החילוקים כ' ועכשיו אני רואה שאין צורך לכל החילוקים הללו וכו' משמעות זה לא ידענו מהיכא וכו' כבר ביארנו למעלה די הצורך ע"ש. ומ"ש בסיום דבריו ושלשתן בר"ה מיירי. לא ידענא מאי קאמר דאף לחילוקים הראשונים שלשתן בר"ה מיירי כמבואר בכנה"ג בכל חילוק וחילוק. ומה בא לחדש:

עוד כ' הרמד"ל י"ץ וז"ל גם מ"ש עוד י"ץ דמה שסיים מר"ן ז"ל בסי' קנ"ד סו"ס ט"ז וז"ל ומיהו כ' הרמב"ן שאינו יכול להחזיק עליו הואיל ואינו מזיקו עדיין ע"כ דלאו להלכה כ"כ רק לאשמועינן שזו ס' יחידאה היא ע"כ אתמהה אטו כל ס' יחידאה מעלה אותה על שולחנו ולמאי נ"מ בכאן אשמועינן זה מר"ן ז"ל ועוד משפט לשון זה שכ' מר"ן ז"ל ומיהו כ' הרמב"ן וכו' נה'רא נה'רא ופשטיה יורה יורה להדיא שלהלכה העלהו ועוד אם לא להלכה העלהו וכו'. לדידי חזי לי אנא דאמרי דהאי דהוצרך מר"ן לכתוב האי ומיהו וכו'. היינו משום דסגנון דבריו חייבו לכתוב כן. יען דבדעת הרא"ש שכ' בריש ס' זה. כ' להדייא דכיון שאינו יכול לעכב אין לו חזקה. ואולם כשכתב דעת הרשב"א דס"ל שיכול לעכב אע"פ שאינו מזיקו עכשיו ושכן היא דעת הראב"ד והריב"ש והרבה מהאחרונים ורבינו יונה והרמב"ן לא ביאר מה סברי מרנן הללו בהיכא דלא מיחא. אי ס"ל דהחזיק משום דהיה יכול למחות. או דילמא סברי לא החזיק אע"ג דיכול למחות משום דיכול להתנצל ולומר לא רציתי למחות כ"ז שאינו מזיקני. לזה כ' ומיהו כ' הרמב"ן שאינו יכול להחזיק. ואשמועינן בזה תרתי. חדא דכולהו רבוותא הנז' פליגי עליה. וס"ל דהחזיק. וגם דלית הלכתא כוותיה דרבים פליגי עליה. ודעת יחידאה היא וה"ט דדקדק מר"ן לכתוב ולומר והכי נקיטינן אדברי רבוותא הנז' קודם שכ' ומיהו כ' הרמב"ן. דאי ס"ד דדעת מר"ן להלכה כהרמב"ן קשיא לן טובא. דאיך שביק ס' כולהו הנך רבוותא ואזיל בתר סברת הרמב"ן שהוא דעת יחיד ותגדל התימה. דמצינו למר"ן בסעיף זה שדחה ס' הרא"ש שהוא מג' עמודי הוראה מקמי הנך רבוותא. ואע"ג דכבר השרשנו בהקדמתו דבמקום שלא גילו דעתם הרי"ף והרמב"ם והרא"ש ז"ל שפוסק כדעת שאר החכמים המפורסמים. הא אם גילה דעתו א' מהפוס' הנז' והשנים האחרים אינם חולקים עליו ולא גילו דעתם ראוי לפסוק כמותו וכמ"ש הכנה"ג חו"מ סי' רנ"ה הגב"י אות ח' הב"ד הרב יד מלאכי בכללי מוהריק"א:

אות ל"ח. ואפ"ה כאן לא הלך אחר כלל זה לפסוק כהרא"ש לפי שדעתו היה נגד כל חכמי ישראל הנז'. וא"כ אמאי שבקינהו לכולהו ואזיל בתריה דהרמב"ן ז"ל. ובפרט למ"ש

הפ"ת שם סקי"ד משם רבינו עקיבא איגר ז"ל סי' קנ"א וזל"ה עוד האריך שם לבאר דרוב הפוס' חולקים על הרמב"ן בזה וס"ל דהוי חזקה גמורה גם על שעה שיזיקנו דאין צריך לסתום וכן מבואר דעת הרמב"ן עצמו בסוגייא פפאה וכמ"ש הב"י וגם בתשו' הריב"ש סי' שכ"ב ומזה נראה דהרמב"ן בעצמו ספוקי מספקה ליה ולא אתי ספיקא דהרמב"ן ומוציא מידי ודאי של רוב הפוס' ע"ש ע"כ. ותו לא היה לו לכתוב והכי נקטינן אלא אחר ומיהו כתב הרמב"ן. אלא ודאי כמ"ש. ומעתה הוסרו שני התמיהות והיו כלא היו:

אחרי כותבי. אמרתי אני אל לבי. אולי הדוחה יוכל לדחות בקש ולומר דהך קושיא ראשונה ליתא, דהא הסמ"ע סקל"ז עמ"ש מור"ם אפי' לדברי מ"ד שי"ל חזקה כ' וז"ל רבינו יונה והריב"ש הם המ"ד דס"ל הכי דכיון דיכול למחות יש לו חזקה. ומריהטת לשונו משמע דהנך רבנן אחריני לא גילו דעתם, לזה באתי כמזכיר דלזה ציין הסמ"ע שם עי' בריב"ש סי' תע"א. ושם נאמר וז"ל ובנד"ז כיון שחלון זה הוא על תכונה שאם היה פתוח לחצר היתה לו חזקה עתה כשפתוח לגג של רעפים יש לו חזקה ואם בא בעל הגג לבנות כנגדו צריך להרחיק כדינו זהו מה שנראה לי לדין הגמרא לפי דעת הגאונים ז"ל והרמב"ן והרשב"א ז"ל והרבה מן האחרונים ז"ל ע"כ:

הרי מבואר דלדעת הגאונים והרמב"ן והרשב"א ז"ל והרבה מן האחרונים דכולהו סברי דהחזיק והן הם הפוס' שזכר מר"ן ז"ל. אלא. שהריב"ש לא כ' דעת הראב"ד בזה ובמקום הראב"ד כ' הגאונים. ואיתוספו ספסלי דמיעוט רבים שנים. וא"כ הסמ"ע דנקט רבינו יונה והריב"ש. לא אתא לאפוקי הנך רבוותא אחריני. אלא משום דלא ראה סברתם כ"א ברבינו יונה והריב"ש כ"כ משמם:

ומהרא"ש ז"ל סי' פ"ח כ' וזל"ה המעיין בתשובות הריב"ש שבדין זה יראה דלמ"ד דיכול למחות בחורבה ובגג של רעפים אם לא מיחא יש לו חזקה. ע"כ. ועי' הכנה"ג סי' קנ"ד הגב"י אות ל' שכ"כ בפשוט לדעת הרשב"א הב"ד בפס"ד הא' ע"ש:

ולדברי רע"ק איגר ז"ל דכ' שהרמב"ן ספוקי מספקא ליה. אפשר לי לומר שכן היא דעת מר"ן ולהכי כ' ומיהו כ' הרמב"ן שנראה לו. דלשון זה מורה דלאו מיפשט פשיטא ליה להרמב"ן אלא ספוקי מספקא ליה וכיוצא בזה כ' ה' חוט השני סי' ל"ב הב"ד ה' יד מלאכי כללי שאר הפוס' סכ"ז וז"ל פוסק שכותב וכן נראה ס' האחרונים. נראה שהדבר ספק אצלו אם האחרונים סוברים כן או לא שאל"כ הו"ל למימר וכן הוא ס' האחרונים:

ומה שתמה הרמד"ל י"ץ שכ' אהיכא סמכו מה שרצו הם עצמם יש"ץ לדון בימים החולפים בחלון הפתוח על גג החנות שאין בו תשמיש כגג של רעפים ופסקו לפי הנשמע דאין חזקה לבעל החלון כיון שאינו עשוי לתשמיש ובעל גג החנות יכול לבנות ולהאפיל

והלא לדברי הרשב"א ודעמיה כיון שלא מיחא בעל גג החנות החזיק בעל החלון וכו' ע"ש בדב"ק:

הגם כי תימא זו איתא בלשון רבים ולא ידענו על מי תחול התימה. כי בפס"ד זה אני אני הוא המדבר מ"מ האמת יורה דרכו. כי גם אני הייתי נמנה עם הב"ד הי"ו אל יחסר המזג בדין ההוא. ולכן לא אחדל מהשיב. כי עם היות לדידי חזי לי בפשוט שכן הוא דעת מר"ן כהרשב"א ודעמיה ולא כהרמב"ן מהנך טעמי דכתיבנא. מ"מ בההוא עובדא אכתי לא אסיק אדעתאי תשו' הכנה"ג. ובטלתי דעתי בע"כ לפני מי שגדול הוא הסמ"ע ז"ל שכ' בסי' קנ"ד סכ"ה סק"ן וז"ל הא סתם המחבר וכ' בסוסי"ו דהפותח לחורבה אין לו חזקה ע"כ. הרי מבואר דס"ל דדעת מרן כהרמב"ן ומהתימה על מעכ"ת דהשג ישיג עלי ועשה לו סמוכות מה' וי"ץ ח"ב סי' ר"ג. ולא השיג מדברי הסמ"ע שהוא רב קדמון. דאיך אשתמיט מניה לשון זה בעוד דהאי שמעתתא דידיה בפומיה ובו פתח פתחא להאי דינא כאשר יראה הרואה דבתחילת דבריו אייתי בידיה דברי הסמ"ע הללו דסק"ן ראש תוך סוף ואשתמטתיה בין שיטה לשיטה כמלא שיטה. איך שיהיה אדבני ביני והאלד'ים אנה לידי את דברי הכנה"ג בתשו' ח"ב סי' ע"ג שכ' דדעת מר"ן ומור"ם כרבינו יונה וסיעתו דיכול למחות ויש לו חזקה כאשר נכריח להלן בפשוט. וששתי כעל כל הון שנתכוונתי לדעת עליון ואמרתי לסמוך על דבריו מתרי טעמי. חדא דבתראה הוא והא ודאי דעינא דשפיר חזי נגלו אליו דברי הסמ"ע ובפרט דהסמ"ע ספר מפורסם הוא הלא הוא חקוק בששר על גיליון הש"ע. ועוד דהכנה"ג ז"ל כל רז לא אניס ליה הנסתרות והנגלות. ומאחר שכ' בפשוט שכן היא דעת מר"ן ודאי דלא ס"ל דברי הסמ"ע ותו דלו יהיה דמידי פלוגתא לא נפקא. א"כ סמי מכאן דעת מר"ן דקבלנו הוראותיו. ומאחר דכולהו רבוותא דסברי דיכול למחות, ס"ל דהחזיק. והרמב"ן דפליג יחיד בדבר. ובפרט למ"ש משם רע"ק איגר דגם הרמב"ן ספוקי מספקא ליה הא ודאי דלא שבקינן דעת רובא דרבוותא מקמי ההיא דהרמב"ן ז"ל:

וכן מצאתי להט"ז סי' קנ"ד שכ' על דברי מר"ן סכ"א וז"ל נ"ל דברי רמב"ם אלו מיירי שהיה מתחילה חורבה או בקעה וקמ"ל דיש חזקה למחזיק בקעה כמ"ש הריב"ש סי' תע"א וכן לחורבה וס"ל להרמב"ם כהרשב"א דסי"ו דהוי חזקה בפותח לחורבה וע"כ אמר ובא חבירו אח"ך ועשה חצר וע"כ שפיר קאמר רמ"א וכ"ז הוא בבונה נגד החלון שע"ג החצר דהיינו שאחר שעשה זה החלון עשה חבירו חצר ונמצא שהוא ניזוק בראיה וע"כ רוצה לבנות כנגד החלון ואין אנו צריכין לפירוש הסמ"ע בהאי ועשה חצר בצדו

שהוא דחוק. ע"כ. הרי דס"ל. דמר"ן פסק כהרשב"א. ומדקאמר וע"כ שפיר קאמר רמ"א. מוכח דס"ל שגם רמ"א הכי מפרש בדעת מר"ן ושכן ס"ל:

ומה מאד נפלאתי במאי דחזיתיה להרמד"ל י"ץ שהשיא דברי הכנה"ג לדברים אשר לא יעלו על לב ופירש דמ"ש הכנה"ג אבל רבינו יונה וסיעתו סוברים דיכול לעכב ואם פתח יש לו חזקה. היינו בעוד שאינו מזיקו ולאפוקי מס' הרא"ש דאינו יכול למחות ואין לו חזקה, אבל באותו פרט אשר פסק מר"ן כהרמב"ן מזה לא אירי הוא ז"ל. ע"כ. והוא ע"פ פירוש רע"ק איגר הב"ד הפ"ת סי' הנז' סקי"ד שכ' הא דאין לו חזקה להרמב"ן היינו דוקא לענין דלשעה שיזיקנו יצטרך לסתום אבל מ"מ הוי חזקה לענין דאינו יכול להאפיל עליו כ"ז שאינו מזיקו ע"כ. ואי אפשר להולמו. דלו יהיה כדבריו ויהיבנא ליה כל דיליה ונאמר דהכנה"ג ס"ל בפי' רע"ק איגר בדברי הרמב"ן. דלדעתי הוא דוחק גדול לומר כן מאחר שלא נזכר פירוש זה בדברי הראשו' שקדמוהו. ש א"כ אף אם היה דעתו דהכנה"ג כן לא היה כותב כ"כ בפשוט כאלו פי הרמב"ן הוא המדבר. ואדרבה פשט דבריו אינם כן. מ"מ מכמה אנפי אי אפשר לפרש בדברי הכנה"ג כן. דהתם אתשיל הרב בשמעון לוי ויהודה שהחזיקו בחלונות לחורבת ראובן כמה שנים וראובן בנה בתים בחורבה וסתם חלונות ביתם. וע"ז השיב ה' וז"ל גם מה שטענו שסתם חלונותיהם אינה טענה שגלוי וצפוי הוא שדעת הרא"ש וסיעתו ז"ל שהפותח חלון ברשות חבירו במקום שאינו מזיקו עכשיו אינו יכול לעכב עליו שזה נהנה וזה אינו חסר הוא וכיון שאין יכול לעכב עליו אין לו חזקה וכשיבנה הלה יכופנו לסותמו כדי שלא יזיקנו בהיזק ראיה ולבנות כנגד אותו חלון בלא הרחקה ומטעם זה פסקו שראובן שבא לפתוח חלון על חורבת שמעון אינו יכול למחות בו כיון דאינו מזיקו וכיון שאין יכול למחות בו אין לו חזקה אבל רבינו יונה ז"ל וסיעתו סוברים דיכול לעכב ואם פתח יש לו חזקה ופסק כן הרב ז"ל בספר הקצר והודה לו בס' המפה והרשד"ם ומהר"מ גאלנטי ומורי הרב ז"ל ומשאת בנימין סי' ד' מ"מ מהריב"ל בספר ראשון סי' פ"ג ומהרא"ש סי' ז"ך כתבו דכיון דאיכא פלוגתא יכול המוחזק לומר קי"ל כדעת הרא"ש ז"ל וסיעתו שהפותח חלון לחורבה אין לו חזקה ויכול הבא לבנות לסותמו וכו' ע"כ. ומאחר דהאי גוונא דקאי ביה הרב אירי בראובן שבנה בתים בחורבה. א"כ הרי אירי הרב בדיוכל להזיקו עכשיו. דלא אמרינן אינו יכול להזיקו עכשיו אלא בעודה חורבה. וא"כ איך אמר הרמ"ד הי"ו דבאותו פרט אשר פסק מר"ן כהרמב"ן מזה לא אירי הרב ולא אירי אלא בעוד שאינו מזיקו והלא בחורבה שנבנית עסקינן. ואפ"ה אמר הרב דלדעת מר"ן ומור"ם יש להם חזקה. ואלו

לדעת הרמב"ן אין להם חזקה אחר שבנה בה בתים שיכול להזיקו. אלמא ס"ל דדעת מר"ן כרבינו יונה והרשב"א ז"ל:

ועוד איך ס"ד לומר דהכנה"ג איירי בעוד שאינו מזיקו. דא"כ איך קאמר הרב דלדעת הרא"ש ז"ל מה שטענו שסתם חלונותיהם אינה טענה. והלא אדרבא לדעת הרא"ש כופין על מידת סדום כמ"ש מר"ן בש"ע:

ועוד אי איירי בשאינו מזיקו א"כ אליבא דכ"ע אינם יכולים לסתום. דלס' הרא"ש ז"ל כופין על מדת סדום ואינו יכול למחות. ולס' הרשב"א והר' יונה וסיעתם הויא חזקה אף בשעה שיזיקנו. ולדעת הרמב"ן הויא חזקה השתא מיהא בעוד שאינו מזיקו ועין רואה בדברי הרב דנדון דידיה תלוי בפלוגתא דרבוותא. אלא דמטעם קי"ל פסק כהרא"ש. ואי איירי בעוד שאינו מזיקו. הא אדרבא לכ"ע אינו יכול לסתום. ולא אתו דברי הרב לא במאי דהביא פלוגתא בנ"ד ולא במאי דפסק כהרא"ש:

גם לא ידעתי מאי דכתב הרמד"ל י"ץ ולאפוקי מס' הרא"ש. כיון דבנ"ד כ"ע ל"פ. ול"פ אלא בטעמא ועוד איך יצדק לפרש כן. שהרי הכנה"ג כ' אבל רבינו יונה וסיעתו וכו' ואם פתח יש לו חזקה. וס' רבינו יונה היא דיש לו חזקה אף בשעה שיזיקנו. וע"ז קאמר ופסק הרב וכו'. וא"כ מי שם פה לאדם לפרש ולומר דעת הרמב"ן בדברי רבינו יונה. והלא רבינו יונה לא ס"ל כן. בשלמא אם היה כותב הכנה"ג אבל הרמב"ן וכו' במקום שכ' אבל הר' יונה. היינו יכולים לפרש כמ"ש הוא י"ץ דמ"ש הרמב"ן יש לו חזקה היינו בעוד שאינו מזיקו. כי היכי דלא תקשי ממ"ש מר"ן משם הרמב"ן. אבל השתא שכ' אבל הר' יונה וכו' יש לו חזקה. אי אפשר לפרש בדבריו כי אם סברתו דהחזיק אפי' בשעה שהוא מזיקו. וכ"ז פשוט הוא ועיני כל אדם חזו בו. ומה שפירש מעכ"ת פלא הוא בעיני איך לא שת לבו לכל זה:

באופן דהאמת יורה דרכו. דהכנה"ג איירי אחר שבנו בתים בחורבה ויוכל להזיקו עכשיו אם לא יסתום החלונות. ולזה הביא דעת הרא"ש דאין לו חזקה. ודעת הר' יונה וסיעתו ומר"ן ומור"ם דיש לו חזקה, ומכח קי"ל פסק כהרא"ש. באופן דמבואר מדבריו להדיא דדעת מר"ן ומור"ם כהרשב"א ולא כהרמב"ן והכי נקטינן וכמש"ל

עוד כ' הרמד"ל י"ץ וז"ל גם מ"ש דלא גרע מקום קביעת הצנורות וכו' לא דמו כעוכלא לדנא וכו' ע"ש בדב"ק כל זה נתבאר למעלה באר היטב. ע"ש דאין כאן הפקעת זכות. דלעולם חלון הפתוח לר"ה לית ליה זכייה כלל לענין אפילה כדי שיוכל לעכב מלבנות. דאין כאן הפקר לשנאמר זכה. אלא דרך המלך היא. וכך רצונו של המלך שכל א' יזכה כזוכה מן ההפקר זה יפתח וזה יסתום וא"ץ להרחיק וכל הרוצה ליטול יבוא ויטול בין

קרוב בין רחוק. וא"כ קביעת הצנורות הוי כמוציא זיז ואין ביניהם אפי' כמלא נימא. ואולם כ"ז הוא דוקא כשיש מנהג לקבוע צנורות דאין כאן שום עיכוב מצד אחר אלא מצד החלון. אבל כשלא יש מנהג לקבוע הצנורות. הגם שאינו יכול לעכב מצד החלון שהוא פתוח לר"ה דלית ליה זכייה כלל לענין אפילה. מ"מ יכול לעכב מצד שהוא מזיק לכותלו וכיוצא:

ומ"ש עוד הי"ו ועוד אעיקרא דהאי דינא פירכא דלא ראינו ולא שמענו וכו' ע"ז אמרו לא ראינו אינה ראיה. ומ"ש עוד גם הגע עצמך דיכול לקבוע צנורות נגד פתח החצר וכו' דמאי שנא וכו' ע"כ. לא דמו כעוכלא לדנא. דכל שהוא פתח פתוח לכניסה ויציאה הא ודאי דהחזיק בו ואין שכנגדו יכול לבנות ולסתום פתחו אע"פ שהפתח פתוח לר"ה והדרך של המלך הוא. דדוקא לגבי חלון שאינו צריך כ"כ כמו הפתח הוא דקאמר הרשב"א דיש מחוקי המלך שזה יוכל לפתוח וזה יוכל לבנות ולסתום. אבל פתח פתוח לכניסה ויציאה דלא סגי בלא"ה ובלתו אי איפשר. כל היכא שקדם ופתח במקום שלבו חפץ. ה"ז זריז ונשכר. וכך הוא ודאי רצון המלך:

עוד כ' י"ץ וז"ל גם מ"ש י"ץ דמדבריהם דרבנן אנו למדין וכו' לשון זה אינו מדוקדק או הוא טעות המעתיק דמאי ואולם וכו' ע"כ. אינו טעות המעתיק. ומדוקדק ביותר. ולישנא מעליה הוא על בא'ר בביאור רחב כפתחו של אולם. והכוונה היא. כי לפי מה שכתבנו שכל א' יבנה ויזכה כזוכה מההפקר. יהיה נמשך מזה דאית ליה זכייה למי שקדם גם לענין אפילה שיוכל לעכב על שכנגדו מלבנות ולהאפיל. לכן כתבנו ואולם וכו' ירצה לומר דלא אמרינן דהויא ליה זכייה כזוכה מן ההפקר ויוכל לעכב אלא דוקא לענין שלא יפתח כו'. אבל אם בא לבנות ולהאפיל רשאי ואפי' על ידי זיז וכו':

ומ"ש מאי הו"ל כרשותו וכו'. לא ידענא מאי כוונתיה בדקדוק זה. שהלא כן צריכין לכתוב. יען שכתבנו לעיל דמהרי"א ז"ל דייק מלשון הרשב"א ז"ל שכ' שזה אומר מאי שאתה משתמש באויר רשותי וכו'. שאינו יכול להוציא זיז דרשות בעל החלון הוא שכבר זכה מן ההפקר. ושם נאמר דלדעת הכנה"ג אין דיוקו מוכרח כיון שיש רשיון מחוקי המלך. לזה כתבנו הו"ל כרשותו. והרי הוא כמבואר:

איך שיהיה. בהא סלקינן ובהא נחתינן. דהדין עם האחים הנז' לקבוע שם צנורותיהם. ואין בני ר"ה יכולים לעכב ולא בעלי אתברנא. מצד המנהג. וגם מצד החלון אינם יכולים לעכב אף אם היה החלון ההוא על תכונה שאם היה פתוח לחצר יש לו חזקה. מ"מ כיון שהוא פתוח לר"ה. אין בו חזקה. דאויר ר"ה לא הוי הפקר גמור. אלא דרך המלך היא. ורצון המלך הוא שלא יזכה בעל החלון גם לענין אפילה וכמש"ל. ובמקומי אני

עומד ולא אמרתי דבר וחזרתי לאחורי. וכ"ש השתא דלית ליה תבונת חלון בצו"פ ומלבן וכמו שביארנו זה בפס"ד הא'. ותו לא. וליה עינינו יצילנו מכל שגיאה. ויראנו נפלאות במאור תורתו הנפלאה. הכ"ד החו"פ פאם יע"א. בשלה"י כסלו דהאי שתא טבתא בפר"ק בא סימ'ן

אז אמרת'י הנה באתי במגלת ספר כתוב עלי וכו':

ע"ה שלמה אבן דנאן סי"ט

סימן ס

מעשה בא לידינו בקצב א' שחט ה' בהמות והוציא מהם מקצת לחנות א' ומקצת לחנות אחרת והתחילו למכור ממה שבחנויות ולא נשאר במקולין כ"א ה' דפנות שלמות. ואח"ך מצאו בכבד מסמר ולא יכלו לברר מאיזה בהמה הוא. ורצינו לדעת מה יהיה משפטם ודינם:

ומה שנראה לכאורה הוא דמה שמכרו ודאי שרי מההיא דש"ע סי' ק"י ס"ה וז"ל מי שלקח בשר ממקולין אפילו חתיכה הראוי' להתכבד ונמצאת טריפה ממקולין ולא נודעו חתיכות הטריפה ואינו יודע מאיזו לקח כל מה שלקחו מהמקולין קודם שנמצאת הטריפה מותר שלא נפל הספק בקבוע אלא לאחר שפירש וכיון שהרוב כשר מותר. אבל ליקח מכאן ואילך אסור. ואפי' חתיכה שאינה הראויה להתכבד שאין הכל בקיאין בזה ויטעו בין ראויה להתכבד לשאינה ראויה. ע"ך. ומטעם זה גם כן יש להתיר מה שהוציאו לחנויות דהוי פירש ולא מיקרי קביעות. וראי' לזה ממ"ש פר"ח בק"א סי' ק"י שהתירו כל מה שהוציא מביתו למקולין. וה"ה בנד"ד במה שהוציא ממקולין לחנות מותר. דהא חנות כמו מקולין שלהם דהם היו מוכרים במקולין כמו שאנו מוכרים בחנות ועוד דהא אפי' אם הוציאם מחוץ לפתח המקולין וחזר והכניסם למקולין אם הוא מכירן מותר. וכמ"ש הפר"ח סי' ק"י סקכ"ח וז"ל ואם פרשו מקצת והותרו וחזרו והוקבעו פעם אחרת עם שאר התערובת אם הוא מכירן מותרין דכיון שהותרו שוב אינם חוזרין ליאסר עוד עכ"ל ע"ש. וכ"ש בנד"ד שהוליכן לחנות שהוא מקום אחר דודאי מותר:

ומ"ש פר"ח בסי' קי"ד סקכ"ו גבי דברים הכבושים וז"ל לקנות מהם בבתיהם וכו' וה"ה בחנויות שלהם דאע"פ שפירש מן הבית להוליכו לחנות מ"מ חזר והוקבע וכו' יע"ש וכ"כ הש"ך סי' הנז' סקי"ט וז"ל וה"ה אם הנוכרים המוכרים יש להם חנויות הרי נעשה קבוע בחנויות שלהם וכו' ע"כ צ"ל דהתם מירי דהמוכרים כולם עושים כן דהיינו שעושים הכבשים בביתם ומוליכין אותם לחנויות שלהם למכור אבל אם המיעוט הוא שעושים

כן והרוב נשארין בבית למכור ודאי דשרי דכל דפריש וכו' וכ"ך הרב שפתי דעת סי' ק"י סקל"ז וז"ל החקירה הב' במקום שהקצבים שוחטים בביתם ונוטלים הבהמות משם לחנויות אי הוי פירש או לאו שהוקבועו פעם אחרת בחנויות וכו'. ובחקירה הב' אם נטלו והניחו בחנויות המש"ל בזה עשרה קצבים שחטו כ"א בהמה בבתיהם ולקחו לחנויות עשר ואח"ך ערבו כל הבני מעים ונמצא אחד טריפה ודאי יש כאן חנות אחת בשר טריפה הוקבע בחנויות. ועי' ש"ך סי' קי"ד סקי"ט דהוקבע בחנויות ואי נטלו ב' או ג' מבואר בב"ה במעשה דק"ק ווילנא שהמיעוט שבחנויות מותרים יעו"ש עכ"ל. והמעשה דק"ק ווילנא הוא שהביא הפר"ח בק"א הנז' שהבאנו ממנו ראיה לנד"ד. ומה שכתב ועי' ש"ך סי' קי"ד וכו' בתחילת דבריו דמירי בנטלו כולם והניחו בחנויות נראה להדיא דמפרש דברי הש"ך כמ"ש למעלה. עולה מן המדב'ר דמה שהוציאו לחנויות מותר דקמא קמא שרינן ליה מטעם דכל דפריש וכו' ואיסורה בתוך רובה אשתאר ועי' פר"ח סקכ"ז אבל מה שנשאר במקולין לכאורה נר' דאסור וכמ"ש בסי' הנז' סעיף הנז' וז"ל אבל ליקח מכאן ואילך אסור:

וכד דייקינן פורתא נראה להתיר אפי' מה שבמקולין שהרי ההיא דס"ה הנז' היא סברת הרשב"א וז"ל הרשב"א שהביא בב"י אבל אסור ליקח משם מכאן ואילך. במד"א בחתיכות החשובות הראויות להתכבד שאין להם ביטול מחמת חשיבותם כמ"ש ואע"פ שאין מקומן ניכר אבל שאר החתיכות מותרות דיבש ביבש מתבטל הוא ברוב וראוי להחמיר ולאסור כל החתיכות שנשארו במקולין שאין הכל בקיאין בדברים אלו ואם אתה מתיר בשאינן חשובות קרוב הדבר לטעות וליקח אף מן החשובות עכ"ל. וכתב הב"י שדבריו נכונים וברורים דכשנתערבו חתיכות הטרי' עם חתיכות הכ"ש במקולין דינם כמו שנתערבו בבית וכאן וכאן בטלים הם ברוב אם אינם ראויות להתכבד כמ"ש בסי' הנז' ואין זה ענין לקבוע כמחצה על מחצה דמי. דהתם כשלקח מאחת החנויות ולא נודע אם לקח מהמוכרת כשי' או מהמוכרת טרי' דאמרי' דלמה מהמוכרת טרי' לקח ואע"ג דרובן מוכרות כשי' כיון שהאיסור קבוע וניכר במקומו אינו בטל אבל הכא שיודע שלא לקח מהמוכרת טריפה הניכרת אלא שבמקולין נתערבו חתיכות הטרי' עם חתיכות הכשי' והם חתיכות שאינם ראויות להתכבד וידוע שהכשרות מרובות פשוט הוא שהם מתבטלות ברוב הכש' כדין כל יבש ביבש ומותר לכתחי' ליקח מהמקולין שמוכרין חתיכות אלו שאין כאן דבר אסור כלל עכ"ל הב"י וכ"כ הפר"ח בסי' זה ס"ק י"ג ז"ל הכלל העולה דלא מקרי קבוע דאורייתא. אח"כ נודע וניכר האיסור וההתר כל א'

וא' במקומו. הלא"ה לא מקרי קבוע ואזלינן בתר רובא עכ"ל יעו"ש וכן כתבו האחרונים בסי' זה:

מבואר מהני מילי מעלייתא דכתיבנא דההיא דס' ה' לא מדין קבוע אסור אלא מדין דבר חשוב דלא בטל אלא דקרו ליה רבנן קבוע וכמ"ש הב"י וז"ל ובדבר המעורב נמי היכא דחשיב ולא בטיל אמרינן כל הקבוע כמחצה על מחצה דמי כדאמרינן פרק התערובת גבי ב"ח דחשיבי ולא בטלי דפריך ונמשוך וכו' ונימא כל דפריש וכו'. ומשני משום דהוה ליה קבוע וכתבו התו' על זה ועיקר הטעם אינו מקבוע אלא משום דב"ח לא בטלי עכ"ל הב"י. וכתב הש"ך והט' דנתנו עליו דין קבוע נ"מ דאי לקח מקבוע קודם שנודע התערובת דשרי דאמרינן כל דפריש וכו' עכ"ל. ודברי ה' באר הגולה הם תמוהים שציין על מותר וכתב והוי כדין תערובת יבש ביבש דחד בתרי בטל וכמ"ש בסי' דלעי' עכ"ל. דהא חתיכה הראויה להתכבד אינה בטילה מדין יבש ביבש אלא הטעם הוא משום כל דפריש וכו'. וכמ"ש וכבר תמה עליו ה' שו"ג סק"כ יע"ש:

ומאחר דמדינה אינו אסור ליקח מכאן ואילך אלא חתיכה הראויה להתכבד דאינה בטלה אבל חתיכה שאינה ראויה להתכבד אינה אלא חומרא בעלמא דשמא יטעו. א"כ יש להסתפק אם לא נשאר במקולין כ"א חתיכה שאינה ראויה להתכבד אי גזרינן אטו פעם אחרת או לאו:

ומצאתי לה' הפרישה שכתב על דברי הטור שכתב וז"ל ואם אתה מתיר בשאינן חשובות קרוב הדבר לטעות וליקת אף החשובות. כתב ה' הפרי' ע"ז וז"ל ר"ל דוקא בהא דבהמה שלימה במקולין שנטרפה ויש ממנה חתיכות חשובות ושאינן חשובות ויש לטעות בין דא לדא משא"כ בחתיכת איסור שנתערבה בין הכשרות והם אינם חשובות דליכא למיטעי בה כיון דאין בהתערובת חתיכות חשובות. עכ"ל. וכ"כ ה' ש"ד סקל"א משם ה' מנחת יעקב וכתב עליו וכ"נ דזה גופיה חומרא הבו דלא להוסיף עליה. עכ"ל. אמור מעתה לפי דברי הרבנים עליונים למעלה בנד"ד דהוי כה"ג שבשעה שנולד הספק לא נשארו כ"א ה' דפנות בודאי שרי דהא אינם ראויות להתכבד וכמ"ש בש"ע סי' ק"ה ס"ג וז"ל וכן כבש שלם או חתיכה גדולה יותר מדאי לא חשיבה ראויה להתכבד שאין דרך ליתן לפני האורח כבש שלם או חתיכה גדולה יותר מדאי עכ"ל. והיא סברת י"א שהביא הרא"ש וסברת הרשב"א והר"ן כמבואר בב"י ואע"ג דכתב אח"ך ויש חולקין בכל זה והיא סברת הרא"ש אפ"ה הלכה כס' קמייתא דכלל גדול יש לנו דסתם ויש הלכה כסתם. וא"כ בנד"ד שלא היו בשעה שנולד הספק כ"א ה' דפנות שלמות שאינם ראויות להתכבד

מחמת גודלן פשוט הוא שהם מתבטלות ברוב כדין כל יבש ביבש ולא גזרינן אטו פעם אחרת. דהבו דלא לוסיף עלה וכמ"ש הרבנים הנזכרים עליונים למעלה:

עוד יש צד אחר להתיר ממ"ש הטור בסי' ק"א בשם הרא"ש שכתב י"א שחתיכה חיה אינה ראויה להתכבד ושהרא"ש חולק וכתב בב"י וז"ל ולענין הלכה כיון דחתיכה הראויה להתכבד אינה אלא מדרבנן הלכה כדברי המקילין ע"ך יובן סתם כשולחנו הטהור סי' זה ס"ג. ועי' לה' שולחן גבוה ס"ז סק"ו שהקשה דין זה עם ההיא דסי' ק"י ס"ה והניח בצ"ע ועי' עוד להרב הנז' סק"ח דנקטינן כההיא סתמה ושכן אמר לו הרה"ג מהר"ר יצחק נר"ו שמנהג בעה"ק ירושת"ו דלא מקרי ראויה להתכבד אלא א"כ היא מבושלת דוקא אע"פ שהפר"ח סי' ק"ה סקט"ו חולק ע"ז והוא היה רבו של הרב הנז' והיה מאריה דאתרא אמר מה שכך נהגו רבנים שקדמוהו אשר בארץ המה וכן עשה מעשה ה' שו"ג יע"ש ובס' זכרון משה סי' ק"א מ"ך וז"ל מדקאמר בש"ע וכן בכל חלוקה כוונתו לומר דאינה נקראת ראוי להתכבד אלא דוקא באלו התנאים קטנה ומבושלת ובלא נוצא ואם חסר א' מכל אלו התנאים אינה נקראת ראויה להתכבד וכן נהגו במראקיס יע"א ה' מהר"ש עמאר כ"י שיורי ברכה עכ"ל. וה' נדיב לב סי' ע"ג כתב וז"ל וכ"כ הרא"ה בשם רבותיו דבעינן שיהי' מבושל וכן דעת הנמק"י והריטב"א והרמב"ן הביא דבריהם הרב ערך השולחן שם בסי' ק"א אות ז' עכ"ל. ומאחר שחתיכה הראויה להתכבד אינה אלא מדרבנן יש לסמוך על הרבנים הנז'. ובפרט דגם מר"ן סתמה וכמ"ש טעמו בב"ה שהוא טעם כעיקר ועי' לה' נדיב לב סי' הנז' שכתב וז"ל וגם מחלוקת הפוסקים שזכרנו לעיל אי חתיכה הראויה להתכבד איתיה בבשר חי או בעינן שיהיה מבושלת דאף דרוב הפוסקים ס"ל דגם בהיות הבשר חי איתא להאי חשיבות דחהר"ל וכמו שמתבאר מדברי הפר"ח והפר"ת וה' ערך השולחן ז"ל. מ"מ מידי פלוגתא לא נפקא. ומה גם דראינו למר"ן מלכא ה' בתי כהונה ז"ל דהורה גבר בעה"ק תוב"ב דהכי קבלו עליהו בעה"ק הנז' דאין דין חתיכה הראויה להתכבד אא"כ במבושלת וכמ"ש השו"ג בסי' ק"א סק"ח משמו והשתא אפי' בחד ספיקה יש להקל כיון דהוי איסורא דרבנן וכמ"ש מור"ם בשם או"ה בד"מ בסי' ק"י ובהגה בסי' ק"א ומשם הרמב"ם ז"ל דספיקא דרבנן הוא ואזלינן לקולא וכ"כ מר"ן בב"י סי' ק"א דכיון דחתיכה הראויה לתתכבד אינה אלא מדרבנן הלכה כדברי המקילין יע"ש. כ"ש בהיות הדבר דאיכא ס"ס דפלוגתא דרבוותא דכבר נתבאר דחשיב שפיר ס"ס להתיר אפי' איסור דאורייתא דאין ס' דראוי להתיר ולהקיל בתערובת דנד"ד בשופי בס"ס ס' אי הלכה כהרי"ף ורש"י ז"ל דאין דין חתיכה הראויה להתכבד בנבלה וטרי' ואת"ל דהלכה כשאר פוסקים דאף בנבלה איתא להאי דינא דחתיכה הראויה

להתכבד ס' אי הלכה כי"א והרא"ה דס"ל דאין דין חתיכה הראויה כ"א במבושל. והוא ס"ס דמתהפך וס"ס זה נכון להתיר אף לדעת ר"י דס"ל דס' אחד בגוף וס' אחד בתערובת לא מהני להתיר וכמבואר בסי' ק"י בטור וכו' ופר"ח וש"ך דהאי ס"ס הוי תרתי דפלוגתא דרבוותא עכ"ל ה' נדיב לב וז"ל וכ"ש בנד"ד דהוי ספק טרי' עי' פר"ח סי' מ"א סקי"א מה שהביא משום תשובת צ"ץ אלא שבנד"ד היה ניכר להם שודאי מחיים נכנס וא"כ בנד"ד הוו כמה סי' שמא דרך קנה נכנס מסמר זה ולא ניקב שום אבר מאיברים הפנימיים שנקיבתם במשהו ואת"ל דרך ושט שמא הלכה כהרי"ף ורש"י דנבלה וטרי' לא הוי ראויה להתכבד ובטלה ברוב. ואת"ל כשאר פוסקים דלמא הלכה כמ"ד דחתיכה חיה אינה ראויה להתכבד. ואת"ל דהלכה כמ"ד דחתיכה חיה מקרי ראויה להתכבד דלמא כהרשב"א והר"ן דחתיכה גדולה לא מקרי ראויה להתכבד וא"כ אין ס' דראוי להתיר ולהקיל:

עוד יש להתיר מצד אחר והוא ממ"ש הב"י בסי' נז' מחלוקת ר"י ור"ת בס' אחד בגוף. וס' אחד בתערובת ואח"כ כתב וז"ל ומצאתי כתוב קשה וכי פליג ר"י על התלמוד בכ"מ דאומר ס"ס בדאורייתא. ועוד קשה למה אין כל העדר מותר מכח ספי' דרבנן לקולה שהרי אפי' אי ודאי דרס לא היה אסור העדר רק מדרבנן ונ"ל דלא איירי ר"י אלא דוקא היכא שנודע שדרס הזאב קודם שנתערב באחרים וא"כ כיון שנודע מיד שהיא ספק דרוסה והוא ס' דאורייתא ובאותו פעם לא היה עדיין רק ס' אחד שהרי לא נתערב עדיין ונעשה הספק בודאי וכשנתערב בעדה הוי כמו ודאי דאורייתא שנתערב בעדר. אבל אם לא נודע לנו שדרס הזאב עד אחר שנתערב בעדר מודה מ"ט ס"ס הואיל שכ' הספקות באים יחד מיד כשנולד הס' וכן בכל התלמוד וכן משמע באו"ג ובסמ"ק דלא איירי ר"י אלא שנודע מתחי' שדרס הזאב ואח"כ נתערב וכן משמעות הלשון שכתב הא"ז עכ"ל וא"כ בנד"ד שלא נודע לנו עד אחר שנתערבו אפי' ר"י מודה דשרי מכח ס"ס שמא דרך קנה או דרך ושט. ואת"ל דרך ושט שמא לא זו היא. ואע"ג דד"מ חולק ע"ז וס"ל דאפי' לא נודע הספק עד אחר התערובת לא הוי ס"ס יעו"ש בסי' נז' בד"מ סקט"ו ופסקה בהגה סי' ק"י ס"ט וכ"כ הפר"ח סי' ק"י סקמ"ז בד"מ. ודלא כהב"י. וכתב שכן הסכימו האחרונים ולאפוקי מתשו' משאת בנימין סי' ל"ז שהשיב על הד"מ בזה ואין דבריו נכונים בעיקר הדין עכ' אפ"ה אנו דקבלנו הוראות מר"ן כוותיה עבדינן ואין לנו לזוז מהוראתו ועי' זכ"ל אות ת' ערך תערובת שהביא כמה רבוותא דעבדינן ס"ס בכה"ג הלא המה הראשון אדם ה' בית דוד והשו"ג וה' דבר משה ומהר"ס פנסי המובה בס' שמץ צדקה והביאה ג"כ ה' חיים וחסד סי' מ"ב משם זכ"ל. ועי' עוד לה' זכ"ל אות הנ"ל שכתב וז"ל והשו"ג חזר

להשיב אליו בס' ל' ובא באריכות ותורף דבריו הם לומר דאנן קבלנו הוראותיו של מר"ן וכיון דמר"ן ס"ל דאם לא נודע הספק עד אחר התערובת עבדינן ס"ס להתיר הכי נקטינן ושהרב"ד ג"כ עשה ס"ס בזה עכ"ל. עוד כ' הרב הנז' אות הנז' משם מהרח"א ומה שעשה הלקט ס"ס כזה היינו דוקא בא"י דנוהגין כמר"ן ע"כ. יעו"ש באורך ועי' בכללי הס"ס בקצרה להש"ך אות אלף שהביא ב' סברות אלו וכתב ויש לסמוך על המתירין במקום הפ"מ ויש צורך סעודות מצוה ועי' פרי אדמה הל' שחי' דף כ' ע"ג ועי' לה' חכמת אדם כלל ס"ג אות ט"ז וז"ל ולכן הכריע הש"ך דבה"מ וגם סעודת מצוה יש להקל בנודע ב' הספיקות ביחד וה' מנחת יעקב מיקל אפי' בהפסד מועט ע"כ ע"ש ועי' עוד לה' חיים וחסד סי' מ"ג וז"ל לע"ד נראה דהיכא דלא נודע עד אחר המליחה כמו בנד"ד יש להקל בהפ"מ או בשבת ויו"ט מה גם דחזינן לכמה מרבנן בתראי דשרו כה"ג אפי' הוי ס' אחד בגוף ואחד בתערובת כמ"ש ה' זכ"ל ועוד דמר"ן ז"ל דקבלנו הוראותיו הכי ס"ל דהיכא דנודע אחר התערובת כ"ע מודו דעבדינן ס"ס חד בגוף וחד בתערובת ועל מילתא דא עשיתי מעשה כמה זימני בהוראת ה' ש"ץ ורבנן דעמיה אלא דאם אינו הפ"מ או ע"ש ויו"ט אני חושש לכתחילה לס' פר"ח עכ"ל ע"ש:

הראת לדעת דס"ל הני מרנן ורבנן דאם לא נודע עד אחר התערובת דעבדינן ס"ס א' בגוף וחד בתערובת. וא"כ בנד"ד דלא נודע עד אחר התערובת פשוט דעבדינן ס"ס א' בגוף וא' בתערובת ואף לס' הש"ך וה' חיים וחסד דמצריך הפ"מ וסעודת מצוה גם בנד"ד היה הפ"מ וצורך סעודות מצוה א"כ פשוט דשרי וכן עשינו מעשה במעמד הח' ישצ"ו פה פאס יע"א שנת

לשוש עליך לטוב בס' זאת חקת התורה:

ע"ה שלמה אבן דנאן ס"ט

סימן סא

ע"ע הנז'.

עיין לעיל בהצד הב' שהראיתי מקום להפר"ח סי' מ"א משם תשובת הצ"ץ וכוונתי בזה לומר דקרי לה ס' לא ודאי. והנה אנכי מצאתי לה' תבואת שור סי' מ"א שכתב וז"ל הנה מה שכתב הר"ב צ"ץ ס' דרך ושט וכו' יש לתמוה כיון דבשיטתו דרש"י קאי ובאמת רוב הפוסקים הסכימו לשיטתו וכן פסק הטור וש"ע אין זה ספק דהא כ' רש"י דף מ"ח ע"ב דרוב הנכנסים דרך הוושט נכנסים דאין דרך הקנה לבלוע עכ"ד ואנן לא משוינן ס' כ"א היכא דב' הצדדין שקולין כמ"ש סי' נ"ז. אבל הכא תלינן טפי בוושט מבקנה כמ"ש. ואי

אזלא דרך הוושט א"א שלא נקבה ממה שנקובתו במשהו ע"כ יעו"ש. ולענ"ד לא ידעתי אדקשיא ליה על הצ"ץ אמאי ל"ק ליה על הטור ומר"ן דהרי הטור סי' זה והש"ע סימן זה ס"ט כתבו נמצא מחט בטרפש ס' טריפה ואיברא ד"ק ג"כ על הטור והש"ע שכתבו שהיא ספק כיון דבשיטת רש"י קאי. ולעיקר הקושיא נראה לתרץ דהרי התוס' והרא"ש הם אזלי בשיטת רש"י כפי' קופא לגאו וקופא לבר ודלא כהרמב"ם עי' בב"י שהביא שם ב' הסברות ועי' בגמרא חולין דף מ"ח ע"ב ד"ה דילמא. ורש"י ד"ה דילמא. ועי' בהרא"ש פ' דבריהם אלא דאכתי יש להסתפק אי אף בקופה לבר לית ליהו חששת רש"י דרוב הנכנסין וכו' רק דחיישינן שמא נקבה בחודה קרומי הריאה וחזרה. או בקופה לגאו הוא דלית ליהו חששת רש"י אבל בקופה לבר אית ליהו חששת רש"י:

ומצאתי להפר"ח סי' ל"ו סק"מ שכתב וז"ל ובחתוכה טריפה בכל גוונא וכו' לרש"י הטעם וכו' ולדעת התוס' וכו' והרא"ש הסכים לזה. והר"ן אע"פ שהעתיק לשון רש"י כמנהגו. מ"מ סבור כדעת התוס' שהרי שכתב שחוששין שמא נקבה הראיה וחזרה לאחוריה ע"כ יעו"ש. נראה דמפרש כהצד הראשון דאי כהצד הב' למה כתב שהר"ן העתיק לשון רש"י כמנהגו וכו'. והא בכוונה העתיקו היכא דקופה לבר אלא ודאי כהצד הראשון וה' תבואת שור סי' ל"ו כתב בשמלה חדשה אות ל"ה על קופה לגאו טעם התוס' ועל קופה לבר טעם רש"י שחיישינן שבאה המחט דרך הוושט ועל טעם זה כ' בתב"ש אות פ"ו דרך הוושט לכאו' משמע מהתוס' ד"ה דלמא דלא ס"ל האי חששה דרש"י רק דלעולם חיישינן שמא נקבה בחודה קרומה הריאה וחזרה. אבל הר"ץ הביא תרווייהו חדא דרש"י והיינו דילמא נכנסה דרך הוושט כדרך כל הנבלעים ונקבה עד שבאה לריאה. וחדא דהתוס' והיינו דלמא נקבה הקרומים וחזרה. והמעיין בדברי הר"ן יראה פשוט דכוונתו דחששה דרש"י חיישינן היכא דקופה לצד חלל הגוף דהתם אין סברה שנקבה בחודה וחזרה עד שבא החוד נגד הסמפון כמ"ש הוא ז"ל שם בהדייא דלא חיישינן כ"א כשמונחת בחודה סמוך לקרומים דאז חיישינן שמא הוציאה המחט חודה לחוץ מעט וחזרה. אבל אם קופה לצד הסמפון דאז ליכא חששה דרש"י התם חיישינן חששת התוס' דכיון דחודה לצד הקרומים שמא נקבה וחזרה ולא כמ"ש פר"ח סק"מ שהר"ן העתיק לשון רש"י כמנהגו וכוונתו דלא ס"ל כרש"י. רק פשוט דבכוונה הביאו כמ"ש. וכן משמע להדייא ממ"ש הר"ן בד"ה אבל ע"ש. ואפשר דגם כוונת התוס' כן דלתרווייהו חיישינן כמ"ש ולהכי לא כתבו ופי' בק"ו כו' כדרכם רק כתבו ז"ל לא משום דדרך הוושט וכו' משום דפי' הק"ו ג"כ אמת לענין קופה לבר רק דלא לכל חיישינן הכי ואפי' קופה לגאו נימא דדרך ושט אתא ועברה עד מעבר לחציה כמ"ש הרא"ש דא"כ גבי כבד נמי. אלא לחששה אחרת חיישינן

גבי קופה לגאו עכ"ל. הרי דאף ה' תב"ש כתב דמשמעות התוס' כהצד הראשון אלא שבדרך אפשר כ' בהצד הב' א"כ לפ"ז ס' התוס' טפי הבאים דרך קנה וכו' וב' הצדדים שוים ודוקא בריאה לא חיישינן דבאים דרך ושט משום דקרובה לקנה וכמ"ש התוס' ד"ה אי קופה לגאו אבל בכבד ב' הצדדים שוים ולא הוי אלא ספק ואפשר דמר"ן והצ"צ בפי' קופה וכו' אזלי בשיטת רש"י שהרי גם התוס' אזלי בשיטתיה אבל בהאי טעמא דרש"י דרוב הנכנסים וכו' אפשר דמפרש כהצד הראשון ואזלי בשיטתם ולכך כתבו דהוי ס' ולא ודאי שהרי אם תחובה כולה בתוך הכבד לס' הב"י שרש"י והתו' חולקים ופסק כהתו' וא"כ אף בזה פסק כהתו':

ובינותי בספרים ומצאתי להכנה"ג ביו"ד סי' מ"א ס"ק י"ט וז"ל והוי יודע שה' בעל המאור והרשב"א בת"ה הבינו מפרש"י דהא דמחלק תלמודא בין מחט אלימתא למחט קטינתא הוא לקולא דבמחט קטינתא ל"ש קופה לבר לש' קופה לגאו לכ"ע כשי' עכ"ל. ולפענד"ן דגם הב"י יפרש כך דהא היכא דכל המחט נכנס לפנים לסברת הב"י לדעת רש"י כשר אפי' קופה לבר דלא מטריף רש"י לס' הב"י אלא במציאות דמוכחא מילתא ודאי דדרך ושט עייל ונקיב ואי לא נפקא קופה לבר מצינן למימר דדרך קנה עיילה ונקבה קצת והדרה פומא דמחטא בתר הכי לפנים וחזרה קופה לבר אבל אי יצאה הקופה לבר ודאי דרך ושט נקיב ואתי דאי דרך קנה בקופה אינה יכולה לנקוב וא"כ אף בקטינתא יסבור הכי דלא מטריף לרש"י ואדרבה הא עדיפא דב' ראשיה חדים דנוקבת מכאן כמו מכן מהך דכולה תחובה בכבד דחששה רחוקה היא דעיילה דרך קנה דרך חודה ונקבה קצת הכבד וחזרה ונקבה לפנים וחזר קופה לבר. ועוד שהרי כתב הב"ח בשם הרשב"א ובעל המאור דסברי מרנן ורבנן דלדעת רש"י אין חילוק בין טמונה כולה בכבד למקצתה בכבד ומקצתה חוץ לכבד לעולם בקופה לבר טריפה ע"כ. והביא דברי הרשב"א ה' מזמור לדוד ע"ש. ועי' פר"ת סי' מ"א סק"ו ואפ"ה בקטינתא ס"ל הני מרנן ורבנן דלדעת רש"י שרי וא"כ כ"ש דלס' הב"י דס"ל דטמונה כולה בכבד דלרש"י שריכ"ש דבקטינתא דשרי ועי' פר"ת שהאריך ואח"כ כתב דהאי פי' לאו מוכרח הוא בדברי רש"י כיון דלא נרמז מעט בדבריו יע"ש ולא זכר ש"ר דברי המאור כלל כ"א דברי הרשב"א. והרב המאור בסוף דבריו כ' וז"ל כתבתי פ' שמועות הללו על הדרך שנ"ל מתוך פ' ותוס' שמצאתי מישיבתו של רבינו שלמה אע"פ שאין הדברים מבוארים כ"כ בפירושו. וע"ש שהביא גירסא אחרת בגמרא לשיטת הגאונים ותמהני על התב"ש שכ' בנדון של הצ"ץ דלשיטת רש"י ודאי היה ולא ספק דהרי לדברי הרבנים הנז' עליונים למעלה שרי בלי שום ספק. וה' כנה"ג סי' ל"ו אות ק"ח בהגב"י כ' על מהרש"ט שתירץ קושית התוס'

חולין ד' מ"ח ד"ה דילמא דמיירי בקטינתא כתב עליו הכנה"ג יראה לי דאשתמיטתיה דברי הרז"ה והרשב"א שכתבו דדעת רש"י דבקטינתא בין קופה לבר בין קופה לגאו כשירה ע"ך יע"ש:

וקשה לי לס' הרב"י דס"ל דלדעת רש"י אם טמונה כולה בתוך הכבד אפי' קופה לבר שרי וכמ"ש. ומ"ש ממחטא דאשתכח בחי' דריאה דשדרוה לקמיה דר"א וטרפה וע"כ בטמונה כולה איירי. דאי מקצתה יוצה לחוץ פשיטא דטריפה דהרי הריאה נקובה לפניך והיאך ס"ד מעיקרא לאכשוריה. ועוד היאך פריך והא רבנן מכשירי והא בהא ליכא מאן דמכשר. אלא ודאי בכולה טמונה בתוך הריאה ואפ"ה אסר ומ"ש מכבדא. וי"ל דיאמר הרב"י דבלא"ה מי ניחא והא קשה קושית התוס' דהא בריאה אסר אפי' קופה לגאו מטעם דדרך ושט נכנסים ומאי שנא מכבדא דשרינן בקופה לגאו דודאי סמפונא נקט. אלא דאכתי קשה על הרב"י דהרי קושית התוס' י"ל כמ"ש הכנה"ג סי' ל"ו בהגב"י אות ל"ח וז"ל אבל ריו"ו בנט"ו ח"ה אות ו' כתב ונ"ל לפי מה שפסק רש"י דהא דאמרינן כשהריאה כבר חתוכה דטריפה דוקא בקופה לבר אבל בקופה לגאו כשירה דאמרינן דנכנסה דרך הסמפונות כדאמרינן במחט שנמצאת בחיתוכה דכבדה ולפ"ז ל"ק קושית התוס' כדכתיבנא עכ"ל. ולדברי הרב"י קשה אקופה לבר עצמה מאחר שכולה טמונה בריאה ומ"ש מכבדא. ועוד דק"ו התוס' י"ל כמ"ש הפר"ח וז"ל ובחתוכה טריפה בכ"ג ואפי' קופה לגאו לרש"י הטעם דכיון שאינה שלמה לפנינו אמרינן שנכנסה דרך ושט כדרך רוב כל הנכנסים ולפיכך טריפה ואע"פ שאין דרך קופה לנקוב וכדאמרינן גבי כבדה. שאני בשר הריאה שהוא רך ומשום הכי חיישינן שנקב אפי' בצד הקופה ע"כ יע"ש. אבל לדברי הרב"י עדיין י"ל דהא בריאה אפי' יכולה לבוא משני צדדין תלינן לחומרא והכא בכבדה תלינן לקולה. וי"ל דיאמר הרב"י דבלא"ה ק' קושיא זו שהרי כתבו הרז"ה והרשב"א דבקטינתא שרי ותלינן לקולא ולמה בריאה תלינן לחומרא. ואפשר לחלק דשאני ריאה כיון דטרפותא מחמת עצמה תלינן לחומרא אבל בכבדא דאין טרפותו מחמת עצמו אלא מחמת מיחוש הדקין תלינן לקולא. ועי' להפר"ת ס"ז ל"ו סק"ל ומ"ש עליו ה' מזמור לדוד. ולפ"ז יראה לתרץ מה שקשה לי על הרז"ה והרשב"א שהרי כתב הכנה"ג סי' הנז' אות הנז' וז"ל בינותי בס' המאור ובת"ה להרשב"א ומוכח מדבריהם דאפי' לרש"י דמפליג בין קופה לבר ובין קופה לגאו במחט שנמצאת בריאה היינו להחמיר כשנמצאת הריאה שלימה לפנינו דתלינן להקל היינו דוקא בקופה לגאו. אבל בקופה לבר אפי' היא שלימה תלינן דדרך הוושט נכנס. אבל להקל לא מפלגינן שהרי חתוכה לפנינו דתלינן להחמיר תלינן הכי בין קופה לבר בין קופה לגאו ובכל ענין

טריפה כיון דאינה שלימה לפנינו ע"כ וכ"כ באות ק"ט ונראה דלא ס"ל דנקיב דרך קופה אפי' בבשר הריאה שהוא רך ולכך אסור בקופה לבר אפי' בשלימה דודאי דרך ושט אתאי וקרום הוא שעלה וא"כ צריכין אנו לדעת מאי טעמא בחתוכה דאסר בקופה לגאו הוא ע"כ דרך קנה אתא דאלו דרך ושט לא נקיב בקופה וע"כ צ"ל כמ"ש הרא"ש דאמרינן דרך ושט נכנס המחט ונפל חודה על דופק הריאה ונכנס לתוכה ועבר כל רוחב הריאה עד מעבר לחציה הלכך אפי' קופה לצד סמפון האמצעי טרי' ע"כ יע"ש. ולא יכילנא למימר כהפר"ח דעייל דרך קופא דהא ס"ל דלא נקיב דרך קופא וא"כ קשיא קו' התו' והרא"ש. ולפמ"ש אפשר לומר דסברי מרנן כיון דהריאה טרפותה מחמת עצמה תלינן דדרך ושט נכנסה ונפל חודה על דופק הריאה ובא עד מעבר לחציה וכמ"ש הרא"ש. אבל בכבדא דאין טרפותו מחמת עצמו לא תלינן בהכי לאסור ותלינן לקולא ועוד אפשר לומר דס"ל דלקולא לא אמרינן דנקיב דרך קופה אבל לחומרא אמרינן דנקיב דרך קופה כיון דטרפותה מחמת עצמה. ודע שהפר"ת סי' הנז' ס"ק ל' כ' וז"ל והרשב"א בת"ה כ' דלרש"י יחלק ג"כ בריאה ולא נהירא ע"כ יע"ש דקאי אחיתוכה דריאה. וכ"כ ה' תב"ש סי' הנז' ס"ק פ"ה בשם הרשב"א וז"ל דרש"י מחלק בריאה נמי בין קופה לבר. ובין קופה לגאו וס"ל דבחי' דריאה וקופה לגאו כשירה באלימתא ע"כ והם הפך דברי הכנה"ג הנ"ל: **ומצאתי** בס' המאור שכ' וז"ל מחט שנמצאת בריאה אי קופה לגאו כשירה והוא שלא יצא ממנה לחוץ כלום והוא דאיתא לריאה שלימה קמן ובדיקנא ולא מינקיבא ואי קופה לבר טרי' ע"כ יע"ש דוק מינה דבחתוכה לכ"ע דאלת"ה מאי בינייהו. וס' תורת הבית כעת אינו מצוי וצ"ע על ה' הנז' דבחתוכה לא חלק כ"א רי"ו כנז'. ומצאתי לה' שער המים שהביא תירוץ הכנה"ג לס' רי"ו ואח"ך כ' וז"ל ולפי קו"ד יש לדקדק על רי"ו ממ"ש רש"י בד"ה דילמא היא נקובה שרוב הנכנסין דרך הוושט נכנסין ואי בוושט נכנס ודאי נקבה וכו'. ואם איתא דמאי דמטריף היינו משום דקופה לבר למה ליה לאתויי הא דרובא טפי הלי"ל לפי שנמצאת קופה לבר ובודאי דרך הוושט נכנסה ולמה תלה הדבר ברוב דמורה דאפי' בקופה לגאו דאזלינן בתר רובא. ועוד דכפ"ז מאי פריך לר"א והא רבנן מכשירי ומשני הם הכשירו וכו' היה לו לומר בדברות שתים הכא שאני דקופה לבר ובודאי דרך הוושט נכנסה ע"כ. ואחרי התאבקות בעפרות זהב לו במטו ובבעו מניה דמר לא ירדתי לסוף דעתו ולא זכיתי להבין דבריו הנעמים שהרי באות ק"ט כ' הכנה"ג וז"ל ולדעת רי"ו לא חלק רש"י בין קופה לבר ובין קופה לגאו אלא דוקא בחתוכה להקל. אבל לא בשלימה להחמיר ע"כ ומוכרח הטעם הוא כמ"ש התו' והרא"ש וז"ל ולא מפליגנן השתא בין קופה לבר ובין קופה לגאו כדמפליג לקמן גבי כבדא לפי שהריאה קרובה לקנה

וסמפוני הריאה רחבים ואפי' קופה לבר נכנסת לתוך הספמון ומשם דוחקת ונכנסת לתוך בשר הריאה שהוא רך ע"כ וא"כ ל"ק קו' ה' שע"ה דעל קו' הר"א י"ל דאי לאו טעמא דרובא הא' דמותר דדרך קנה נכנסה ונקבה בבשר הריאה שהוא רך כמ"ש בשלמים. ועל קו' הב' לק"מ דהא אף בשלימה בקופה לבר נמי מיירי לס' רי"ו ואין כאן שום קו' כלל וזה פשוט ואינו ניתן ליכתב:

הדרן למאי דאתן עלה הוא דהדבר אשר דבר התב"ש בנדון הצ"ץ דקרי לה לשיטת רש"י ודאי ולא ספק וכבר כתבנו דמר"ן קרי לה ספק ולשי' רש"י מותר דתלינן לקולא ואע"ג דבריאה אפי' קופה לגאו אסור לשי' הרשב"א שאני התם דטרפותה מחמת עצמה ולכך תלינן לחומרא ועי' הפר"ת סי' מ"ח ס"ק י"ז שכ' אמחט שנמצא בחלל הגוף וטרפות זה לאו ודאי טרי' אלא ספק הוא דהוי ונ"מ אי איכא ספיקא אחרינא פשיטא לי דכשר ע"כ יע"ש ועי' לה' משבצות זהב סי' מ"א ס"ק ד' שמחלק בין מחט שנמצא בחלל הגוף ובין מחט שנמצא בכבד דבכבד הוי ס' ובחלל הגוף הוא ודאי. וה' כנפי יונה סי' מ"א הביא ההיא דתשו' צ"ץ והשיגו מההיא דס' מחיים ולא השיגו בס' דרך קנה וכו' משמע דבזה מודה להצ"ץ דהוי ס' וה' ש"ד סק"י כ' דאפי' באלימתא וקופה לבר הוא רק ס' ע"כ. והוא לכאורה תמוה שהרי כ' רש"י ד"ה אי קופה לגאו וכו' ואי קופה לבר וכו' ודאי דרך הוושט נכנסה ובטור כ' שאלו נכנסה דרך סמפון לא היה יכול לנקוב בצד העב שלו ועי' ט"ז סק"ה וק"ל. וצוויי"מ וימ"ן:

ע"ה שלמה אבן דנאן ס"ט

סימן סב

שאלה ראובן לקח אשה לחנוך בנו נערה קטנה זה קרוב לשתי שנים. ומאז ועד עתה. לא נהג חנוך מנהג אישות עם הנערה לבא עליה כדרך כל הארץ. והן היום גלה חנוך אזן ראובן אביו על ידי אחרים לאמר כי געלה נפשו הנערה הלז יען יש לה חטטין בראשה. ולא יכול עוד לשכב אצלה ולסבול ריחם הרע. ודי לו מה שסבל זה שנתים ימים מאז היתה לו לאשה. הנה כי כן אם הוא רוצה בתקנתו ימהר יחישה מעשיהו לשלחה מעל פניו בשכבר נקטה נפשו ממנה. ומרחמי האב על הבן. שם ראובן על לבו להפיק רצון בנו ולהציל לו מרעתו. ולכן נדרשתי מראובן להגיד לו מה יהיה משפט הנערה. אם יזכה בדין להפסידה כתובתה ע"י מום זה כיון שהבעל טוען בריא שמום זה נולד בה טרם תכנס לרשותו והוא לא ידע ולא שמע ממום זה עד שכנסה. ועדיין לא בא עליה כדרך כל הארץ:

תשובה השקפתי בשאלה הנז' ואת אשר נגזר עליה מאת ידידינו הרב המובהק הפוסק אברהם אוהבי הי"ו אשר האריך הרחיב ברוח מבינתו. שהלכה אתו. וזו הלכה העלה דחטטין הוי מום. וע"ז הב"ד הרמב"ם ז"ל בפ"ז מה"א שכ' וז"ל ומה המומים הפוסלים בנשים כל המומין הפוסלים בכהנים פוסלים בנשים. ויותר עליהם בנשים ריח רע וזיעה וריח הפה וכו' ושדבריו ז"ל הם מבוארים בש"ס כתובות דע"ה ע"א תנא הוסיפו עליהן זיעה ושומה וריח הפה יעו"ש. והאריך בזה קצת ואסופה דמילתא כתב וז"ל מפורש יוציא מהאמור דריח רע היוצא משאר מקומות הגוף נמי מום גמור הוא לכ"ע ופוסל באשה כשאר מומין ואדרבא הוא גרע מריח הפה שהזכי' כל הפוס' ז"ל וא"כ בנד"ד נמי שהנערה יש לה חטטין בראשה. הרי הדבר ידוע שבעלי חטטין ריחן רע ונמאס לכל הקרב הקרב אצלם אף במקרי וכ"ש לאיש חיקה הדבק בה ומצוי אצלה תדיר. והיינו ממש ריח רע שהזכירו הרי"ף והרמב"ם ז"ל וליכא מאן דפליג עלייהו וכדאמרן וכ"כ מהראנ"ח ז"ל להדיא הבי"ד הבאה"ט בסי' ט"ל סק"ד והרב המאסף ז"ל בהגה"ט לשם. ואף שהרב ז"ל לחלק יצא בין רב למעט. נראה שאין דבריו ז"ל רק בדליכא ריע רע. אבל בדאיכא ריח רע וכנד"ד פשיטא שאין מקום לחלק בין רבו למעט וכמו שביררנו וס' הר"ב ז"ל לא זכינו לאורו לראות הדברים על בוריין ועי' לה' מוהרש"א ז"ל בס' משדר באה"ע סי' קי"ז שגם הוא ז"ל נשאל על מעשה כיוצא בזה והמעיין שם עיניו יחזו דמפשט פשיטא ליה ז"ל דמום גמור הוא ופוסל יעו"ש ע"כ:

והנה ממ"ש ידידינו הרה"פ הי"ו דחטטין הוי מום משום ריח רע וע"ז כ' וכ"כ מהראנ"ח ז"ל וכו' משמע דס"ל דמהראנ"ח ז"ל בדאית ביהו ריח רע מיירי דאלא"ה הול"ל וגדולה מזאת כ' מהראנ"ח וכו'. אך ממ"ש בסו"ד אדברי מהראנ"ח ז"ל נראה שאין דבריו ז"ל רק בדליכא ריח רע וכו' משמע דס"ל דלמהראנ"ח ז"ל כשהן רבים הוי מום אף בדלית ביהו ריח רע:

ולכאורה הכי משמעותייהו דדברי מהראנ"ח ז"ל. והילך דברי הרב ז"ל בס' ק"ב וזל"ה ואם הוא כעין חטטין בראש המעט הוא אם רב כי הן רבים מומין יחשבו מומין באשה אע"פ שאינם מהמומין הפוסלים בכהנים כמו זיעה ודדין גסין וריח הפה וכיוצא בהן המנוים בגמרא ויותר מהמה כל שהן מומין שיש בהן קפידא ומ"מ בכגון זה שהיו קצת חטטין בראשה מעט מזער לא רבים אפשר שדרך נשים כן ואין כל כך קפידא בדבר ולא חשיב מום ע"כ:

ומריהטת לשון זה משמע דכל מום שיש בו קפידא אף שאינו בכהנים וגם אינו מהמנויים בגמרא כמו זיעה וריח הפה וכו' אפ"ה הוי מום שהרי כ' אהנך המנויים בגמרא ויותר

מהמה כל שהן מומין שיש בהם קפידא. אלמא ס"ל דלאו דוקא אותם שהוסיפו בש"ס אלא כל שיש קפידא הוי מום:

ואולם כד הוינן בה אשכחנא דאי אפשר לומר כן שהרי מצינו למר"ן ז"ל בב"י אה"ע סי' ט"ל שעמ"ש רבינו הטור סי"ג וז"ל ויתר על מומין הפוסלים בכהנים כגון זיעה וריח הפה. וכו' כ' הא"י כגון טעות הוא וצריך למוחקו דכיון דאין מומין באשה יתר על של כהנים אלא אלו לא שייך למימר כגון ע"כ. מבואר מדבריו דכל מום שאינו מן המומין הפוסלים בכהנים וגם לא מאותם שהוסיפו עליהם בש"ס לא הוי מום אף שאנו רואים שיש בו קפידא כיון שלא נזכר בש"ס. וכן מבואר בתשו' הרשב"ץ ז"ל שהב"ד מר"ן ז"ל שם וזל"ה הטוען על אשתו שיש בה מום שהיא משתנית במטה בשעת השינה אין זה מהמומין הפוסלים בנשים שלא נזכר בגמרא כלל ע"ש:

איברא דלכאורה יש לתמוה על מר"ן ז"ל דפליג עליה שם וכ' וז"ל ולענין מ"ש שאין זה מום אין דבריו נראין בעיני דמום גדול זה וכו' ע"ש. דאיך פליג עליה הרשב"ץ בזה כיון שבא בנותן טעם כיון שלא נזכר בגמרא והלא מ'ר נמי הכי ס"ל דאין מומין באשה יתר על של כהנים אלא אלו המנויים בש"ס ותו לא. גם הט"ז סי' הנז' הקשה אב"י דא"כ היה לו לתנא דברייתא. דהוסיפו בנשים למחשב גם מום זה:

וחזיתיה לה' פ"מ סי' ע"ו שכ' אנדון דידיה כיון שמום זה אינו מהמומין הפוסלים בכהנים שפוסלים בנשים גם אינו מאותם שהוסיפו עליהם שפוסלים בנשים לא מקרי מום. ואייתיה בידיה ראיה מתשו' הרשב"ץ שהב"ד מר"ן הב"י הנז' דס"ל להדייא כיון שלא נזכר מום זה בהדייא בגמרא לא הוי מום ואף מר"ן בב"י דפליג עליה שם וקא חשיב משתנית למום היינו משום ריח רע ולדידיה הוי בכלל זיעה וריח רע כמו שיעו"ש. הרי דגם ה' פ"מ ז"ל הכי ס"ל. דאין להוסיף על המנויים בש"ס. וטעמא טעים למר"ן ז"ל דפליג אהרשב"ץ במשתנית. היינו משום דהוי בכלל ריח רע. אבל אי לא הוי בכלל לא. משום דאין להוסיף על המנויים בש"ס ולפ"ז היה מקום למר"ן ז"ל ליישב תיבת כגון שבדברי רבינו הטור ז"ל ולא למחוק ולומר דכוונתו היא על מומין שהן בכלל אלו המנויים בש"ס כגון משתנית וכיוצא כמ"ש להלן:

וע"ע בב"י שכ' דהמרדכי כ' דריח החוטם בנשים אינו מום ומהר"מ דפליג עליה וס"ל דהוי מום הוצרך ליתן טעם למה לא קתני ריח החוטם גבי הוסיפו עליהם והט' כיון דתנא ריח הפה כ"ש ריח החוטם דקשה מריח הפה דאפשר דנקיט פלפלין בפומיה ע"ש. באופן דמדבריהם דרבנן הנז' מבואר דאין להוסיף על מה שהוסיפו בש"ס אם לו דבר שהוא בכלל דבריהם כגון ריח החוטם למהר"מ ז"ל ומשתנית למר"ן:

וא"כ א"א לומר דמהראנ"ח ז"ל פליג אכולהו רבוותא הנז' וס"ל דכל שיש קפידא יש להוסיף. ומוכרחין אנו לומר דגם מהראנ"ח ז"ל נמי בהכי איירי בחטטין שריחן נודף ויש בהם ריח רע והוו בכלל ריח הפה. ומ"ש ויותר מהמה וכו' היינו מומין שהם בכלל המנויים בש"ס. לא להוסיף מה שאינו בכלל. וכ"ת אמאי מספיקא ליה במועטין אי איכא בהוא ריח רע מאי שנא מועטין ממרובין ואי לית ביהו ריח רע וכמ"ש הרה"פ הי"ו. א"כ במרובין נמי לא הוי מום והנלע"ד הוא דאפשר דהרב איירי בדאית ביהו ריח רע. אלא שאינו קצה כ"כ ואפשר שנפשו של איש יכולה לסבול ריח מועט כזה. ולס' הרמב"ם דס"ל שהאיש יכול לסבול ריח החוטם צריכין אנו לומר דאיירי בחטטין שיש בהם ריח יותר. ולס' מהר"מ דפליג אהמרדכי וס"ל דאינו יכול לסבול איירי במועטין דזוטר ריחייהו מריח החוטם. אמטו להכי מספקא ליה להרב כה"ג אי הוי מום או לא:

באופן במאי דאנן קיימין דהאי חטטין אית ביהו ריחא וכמבואר בדברי הרב הפוסק הי"ו. הא ודאי דהוי מום דכל היכא דאיכא באיזה מקום מהאשה ריח רע הוי מום והוי בכלל ריח הפה. וכ"כ הפ"מ ז"ל סי' ע"ו הנז' באשה שיש לה מכה בשוקה כי כל מכה יש לה ריח רע ולא גרע מריח הפה. וכמ"ש מהר"מ הובא במרדכי והביאו מר"ן בסי' ט"ל דריח החוטם הוי מום אע"פ שלא נזכר בגמרא במכ"ש דריח הפה וא"כ בנ"ד נמי אין לך מום גדול מזה בודאי יע"ש. ומינה לה"ג דידן:

אלא שצריך הבעל להביא ראיה שעד שלא נתארסה היו בה כמ"ש מר"ן ז"ל סי' קי"ז ס' ח' ע"ש. ובנד"ד שמעתי דאית ליהו סהדי דהיו בה קודם שנתארסה. ואם כנים הדברים על האשה להביא ראיה שראה ושתק ונתפייס הלא"ה אינו חייב בכתובתה. וכמ"ש רבינו הטור ז"ל בא"ה סי' ט"ל וז"ל נמצאו בה מומין שבודאי היו בה קודם כגון אצבע יתירה וכיוצא בו על האב להביא ראיה שידע בהן הבעל ונתרצה וכו' וכ' הב"י כ"כ הרמב"ם ז"ל בפכ"ה מהל' אישות. וכ"פ מר"ן בש"ע ס"ז וז"ל כיצד היא טענת המומין אם היו המומין שנמצאו בה מומין שודאי הוו בה קודם שתתארס כגון אצבע יתירה וכיוצא בו על האב להביא ראיה שידע הבעל ונתרצה או שחזקתו שידע ואם לא הביא ראיה תצא בלא כתובה כלל ע"כ. ועי' ס' ט'. וכ' הב"ש סקי"ד כגון אצבע יתירה אז אפי' אם היא בבית בעלה צריך האב להביא ראיה שידע הבעל אע"ג דקיימה לן אין אדם שותה בכוס אא"כ בודקו מ"מ יש חזקה אין אדם מתפייס במומין לכן צריך האב להביא ראיה והיינו כ"ז שלא בעל אע"ג שכבר הכניסה לחופה אבל אחר שבעל אמרינן בודאי ראה ומתפייס כמ"ש בסמוך ע"כ. ועי' ח"מ סקי"ג:

המבואר מדבריו דהך חזקה דאין אדם שותה בכוס וכו' כ"ז שלא בעל לאו אלימתא היא. ואידך חזקה דאין אדם מתפייס וכו' עדיפה מינה. אך אחר שבעל אלימתא היא הך חזקה דאין אדם שותה וכו' מאידך דאין אדם מתפייס וכו'. וכן מבואר במהרי"ק שו' ק"ה אמ"ש הרמב"ם בה"א פכ"ה ה"ד היו בה מומין שאפשר שנולדו בה אחר האירוסין אם נמצאו בה אחר שנכנסה לבית הבעל על הבעל להביא ראיה שעד שלא נתארסה וכו' כ' וזל"ה ובהא סגי ליה דהא לא אלימתא חזקה דאין אדם שותה בכוס וכו' כיון דעדיין לא בא עליה. ואדרבה איכא חזקה דאין אדם מתפייס וכו' כנגד אותה חזקה ואוקמי ממונא בחזקת מאריה דבשלמא היכא שלא הביא הבעל עדים שעד שלא נתארסה הוו וכו' הרי חזקת הגוף מסייעת לאשה ואיכא למימר כאן נמצאו כאן היו והוי חדא במקום תרתי כדאיתא פ' המדיר דע"ו ומשום הכי מהימנא אבל היכא דהביא הבעל ראיה דעד שלא נתארסה היו בה ותו ליכא דמסייע לאשה אלא חזקה שאין אדם שותה בכוס וכו' אז איכא למימר אדרבא אין אדם מתפייס וכו' דהא לא אלימתא חזקה דאין אדם שותה בכוס כ"כ כיון דאכתי לא נבעלה אלא שנכנסה לבית הבעל ואדרבא איכא למימר אוקי ממונא בחזקת מאריה ע"כ:

וא"כ בנ"ד שהבעל טוען שעדיין לא בעל אם כנים הדברים כגון אם האשה מודית לו. או כיון דלדבריו אכתי בתולה היא הרי אפשר ע"י בדיקה כמ"ש מר"ן ז"ל אה"ע סי' ס"ח ס' ד' ועי' כנה"ג שם בהגב"י אות ב' אמ"ש מר"ן דל"ד בדיקה של יין אלא ה"ה אחרת כ' משם מהר"ם אלשקאר ז"ל סי' צ"ה כגון שתמעך באצבע לפני הנשים ותראה השמלה לאנשים וכו' ע"ש. ואם יתברר שעדיין בתולה היא שלא בעל הך חזקה דאין אדם שותה בכוס לאו אלימתא היא דאיכא חזקה דאין אדם מתפייס וכו' דעדיפא מינה ואוקי ממונא בחזקת מאריה:

איברא דגם בשהה ולא בעל כה"ג דאנן קיימין ביה לפי דבריהם מידי פלוגתא לא נפקא. שהרי דיני מקח וממכר במומין שוין הן לדין מום באשה כמ"ש הה"מ ז"ל פט"ו מה' מכירה הג' אמ"ש הרמב"ם ז"ל וז"ל וכן המוכר לחבירו קרקע או עבד או בהמה או שאר מטלטלין ונמצא במקח מום שלא ידע בו הלוקח מחזירו אפי' לאחר כמה שנים שזה מקח טעות הוא והוא שלא נשתמש במקח אחר שידע במום אבל אם נשתמש בו אחר שראה המום ה"ז מחל ואינו יכול להחזיר ע"כ. כ' וז"ל ומ"ש שלא נשתמש וכו' יצא לו ממה שאמרו כן במקדש את האשה ובא עליה ונמצאו בה מומין דאמרי' חזקה אין אדם שותה בכוס אא"כ בודקו וחייב בכתובתה כמ"ש פכ"ד מה"א וכן הם דיני מקח

וממכר שוים לאשה בדינין הללו כדאיתא פ' המדיר דע"ה ע"ב ע"כ וכבר הוב"ד בדברי הרה"פ הי"ו:

והנה מצינו דפליגי רבוותא בפי' הלכה זו כדאשכחן לרבינו הכנה"ג בתשו' ח"ב סי' פ"ב וז"ל מה זו שאלה שהדברים מוכיחים וגם שמעון והסרסור מודים שראה שמעון שהחריש היו קצרים וכיון שכן לא נשאר שום טענה לשמעון על ראובן שאף שכתבו הרי"ף והרמב"ם והרא"ש והר' בעל הטורים דחפץ שנמצא בו מום מחזירו אפי' אחר כמה ימים האי מחזירו אחר כמה ימים אשעת המקח קאמר שיחזור המקח כשראה המום אפי' אחר כמה ימים לאפוקי כשיש שם אונאה ואין בו מום דכל שעבר זמן בכדי שיראה לתגר שוב אינו יכול לתבוע אונאה וכן מוכח מדברי הרי"ף והרא"ש ז"ל וכן מצאתי בתשובה כ"י למהר"ם אלשיך ומהר"ר אברהם ן' אשר ז"ל הובאו דבריהם בתשובות כ"י להרב המוסמך מהר"א גאליקו ז"ל כתבו דכל שהיה המוכר בעיר ולא חזר לו המקח תכף כשראה המום סבר וקביל ולא מצי לחזור בו ולדידהו ודאי שפירוש דברי הרמב"ם ז"ל כמו שפירשתים דמחזירו לאחר כמה ימים קאי אשעת עשיית המקח ולא אשעת ראיית המומין וכן מוכיח מדברי הרדב"ז ז"ל בסי' קל"ה ואפי' אם נפרש דמחזירו אחר כמה ימים דקאי אשעת ראיית המום וכמו שמוכרח לומר שכך מפרש גדול א' הובאו דבריו שם במהר"א גאליקו שפסק שאפילו בעיר מחזירו אפילו אחר כמה ימים ע"כ:

וכ"כ בכנה"ג ח"מ סי' רל"ב בהגה"ט אות ו' וז"ל מחזירו אחר כמה ימים וכו' נ"ב פשט הלשון משמע אפי' בעיר וכן מצתי לגדול אחד הובאו דבריו בתשובות מהר"א גאליקו ז"ל כ"י סי' נ"ח אבל מהר"א ן' אשר ומור"ם אלשיך ז"ל שם כתבו בפי' דוקא כשאינו עמו במדינה אבל אם ישנו עמו במדינה סבר וקביל ע"כ:

הרי לך להדייא דפליגי רבוותא בדעת הרמב"ם דאיכא מינייהו מלכי דסברי מרנן דמ"ש הרמב"ם מחזירו אפי' לאחר כמה ימים היינו דברים כפשטן אפי' אחר כמה ימים משעת ראיה דאפי' שהה כ"כ אחר שראה וידע המום אפ"ה חוזר והן הן פשט דברי הרמב"ם ז"ל דכל שלא נשתמש אינו חוזר. ולעומתם איכא מרבוותא דס"ל דהאי מחזירו וכו' קאי אשעת מקח ולא אשעת ראיה וס"ל דאם ראה ושתק אינו חוזר אפי' לא נשתמש:

קושטא הוא דסוף דברי הרמב"ם ז"ל שכ' והוא שלא ישתמש וכו' אבל אם נשתמש וכו' קשה להולמו לדבריהם דרבנן דמאי אירייא נשתמש אפי' לא נשתמש נמי אלא ראה ושתק אינו חוזר. והנלע"ד ליישב דמ"ש הרמב"ם ז"ל נשתמש לאו למימרא דכשראה וידע ולא נשתמש חוזר וכפשטן של דברים. אלא לרבותא כ' כן דאף אם נשתמש לא אמרינן דאינו חוזר אא"כ נשתמש אחר שידע המום. אבל בסתמא לא אמרינן חזקה דידע

כשנשתמש מהך חזקה דאין אדם שותה בכוס וכו'. דלא קי"ל האי חזקה אלא לגבי אשה וכמ"ש הרמב"ם בה"א פכ"ה דכשבעל חזקתו דידע ומחיל:

ואפשר שכן היא כוונת הכנה"ג ז"ל שכ' בסי' הנז' הגה"ט אות כ"ח וז"ל אין דין זה אמור אלא כשנודע לו המום אבל כל שלא נודע המום לא הראנ"ח ז"ל ח"א סי'. מ' אמר המאסף עדיין איכא לספוקי בדבריו דאפי' נשתמש בעינן שנודע לו המום אבל נודע לו המום אפילו לא נשתמש אינו יכול לחזור בו מצאתי לגדול אחד בתשו' הובא' בתשובות כ"י למהר"א גאליקו ז"ל סי' ל"ח כתב דכל שלא נשתמש בו אפי' ידע המום חוזר ע"כ:

והנה המט"ש סי' הנז' הגה"ט אות מ"א הניח דבריו בצ"ע וז"ל אבל אם נשתמש במקח אחר שידע המום וכו' משמע דכל שלא נשתמש אפי' ראה המום ושתק חוזר הרב מש"ל ז"ל פט"ו דמכירה ומח"א ה' אונאה סי' ד' וכ"כ הכנה"ג ז"ל סק"ו כ"ח ובתשו' ח"ב סי' פ"ב בשם גדול א' וכן נראה מדברי מהראנ"ח ח"א סי' מ' שכ' ועל הטענה שטוען ראובן משמעון לבטל מקח הבתים שא"ל שמעון שי"ל מאגאזין תחתיו ונמצא שאין לו ודאי מום גדול הוא בבית ויכול לחזור בו ואע"פ ששהה וגם נשתמש בבית כיון שראובן לא ידע עדיין המאגאזין שתכף השכיר הבית למוכר ולא אמר הרמב"ם דכשנשתמש בו אינו חוזר וכן החולקים על הרי"ף והרמב"ם ז"ל דאפי' כשלא נשתמש אלא כשנודע לו המום אבל כל שלא נודע לו לא עכ"ל ומדכתב דלא אמרו החולקים על הרי"ף והרמב"ם דאפי' שהה בלא נשתמש אינו חוזר אלא כשנודע לו מכלל דלדידהו אפילו נודע לו ושהה אינו חוזר אם לא נשתמש ודברי הכנה"ג ס"ק כ"ח שכתב ע"ד מהראנ"ח ז"ל הללו עדיין יש להסתפק וכו' צ"ע ע"כ:

ולדידי חזי לי דאפ"ל דכוונת הכנה"ג ז"ל במ"ש איכא לספוקי בדבריו היינו בדברי הרמב"ם ז"ל והיינו כמש"ל דבנשתמש בעינן נודע לו המום משום דבכה"ג לא אמרינן אין אדם שותה וכו' אבל כשנודע לו לא בעי נשתמש ואין כוונת הרמב"ם ז"ל אלא לאשמועינן דאף אם נשתמש בעי נודע. דדוקא במומי אשה הוא דאמרינן אין אדם שותה וכו'. ולא כאשר פירש המט"ש ז"ל דמ"ש הכנה"ג ז"ל איכא לספוקי בדבריו היינו דברי מהראנ"ח ז"ל דהא ודאי דגם הכנה"ג ז"ל יודה דדעת מהראנ"ח ז"ל בפשוט דלהרמב"ם ז"ל אף בנודע לו בעי נשתמש. מדכ' וכן החולקים על הרי"ף והרמב"ם ז"ל דאפי' כשלא נשתמש אלא כשנודע לו המום וכו'. ומאחר שכן היא דעת החולקים. אלמא לדידהו ס"ל דבעי נשתמש. דאל"ה במאי פליגי:

אלא דאכתי יש לתמוה דמה חידוש למד הכנה"ג ז"ל ממהראנ"ח ז"ל עד שהוצרך להביא לנו את דבריו. והלא הן הן הדברים הנאמרים באמת להדייא בהרמב"ם ז"ל שכ' אבל אם

נשתמש וכו' אחר שידע המום ואין שום חידוש בדברי מהראנ"ח ז"ל כלל. ובשלמא על מהראנ"ח ז"ל אין לתמוה שכן דרכן של בעלי תשובה לחלק בין נד"ד לדברי הפוסקים בדבריהם בדברים פשוטים ועי' במט"ש אות מ"ב שהב"ד הכנה"ג הנז' וכ' ומדבריו שהביא הרב ז"ל נראה דכוונתו דבא ללמד דאף אם נשתמש אם עדיין לו נודע לו המום לא הוי מחילה וזה ברור בדברי הרמב"ם פט"ו דמכי' וכו' ע"ש:

והנראה ליישב דאין כוונת רבינו הכנה"ג ז"ל לאשמועינן שום חידוש שאינו מבורר בדברי הרמב"ם ז"ל והראיה לזה שהרי מהראנ"ח ז"ל כ' כן בין לדעת הרמב"ם ז"ל בין לדעת החולקים עליו ובדבור אחד נאמרו. ואמאי השמיט הכנה"ג את דברי מהראנ"ח בדעת החולקים כיון דבהדדי נינהו ובדבור אחד הם. אלא ודאי אין כוונת הכנה"ג ללמוד מהראנ"ח ז"ל שום חידוש. דדברים פשוטים הם ועיני כל אדם חזו בהם. ולכך לא כ' דברי מהראנ"ח בדעת החולקים אלא מ"ש אדברי הרמב"ם דבנשתמש בעי נודע המום. יען דמזה נרגש הרב להסתפק בדברי הרמב"ם ז"ל דדילמא גם הרמב"ם ז"ל ס"ל דלא בעי נשתמש והאי דנקט נשתמש לאשמועינן דבעי ידע המום וכמש"ל כנ"ל ליישב דברי הכנה"ג ז"ל:

איך שיהיה דעת הרמב"ם ז"ל מידי פלוגתא לא נפקא. דמהר"ם אלשיך ז"ל ומהר"א ן' אשר ז"ל ושכן נראה מדברי הרדב"ז ז"ל ס"ל דכל ששהה אחר שראה המום אע"פ שלא נשתמש אינו חוזר וכמ"ש הכנה"ג ולדעת גדול אחד שהביא הכנה"ג כל שלא נשתמש בו אפי' ידע המום חוזר. וכן היא דעת מהראנ"ח ז"ל סי' מ' והמש"ל פט"ו דמכי' והמח"א ה' אונאה ס' ד' וכן העלה המט"ש שם דלדינא מידי פלוגתא לא נפקא. ועי' בש"ע ס' רל"ב ס' ג' שהב"ד הרמב"ם ז"ל כאשר הב"ד הרה"פ הי"ו. וא"כ גם דעת מר"ן ז"ל מידי פלוגתא לא נפקא וכיון שכן יכול הבעל שהוא המוחזק דאית ליה חזקת ממון לומר קי"ל כהנך רבוותא דס"ל דכל שלא נשתמש אפי' ראה המום ושתק חוזר. לפום מאי דכלי"ל לן הה"מ דדיני מומי האשה שוין הן לשאר מומי מקח וממכר כמביא למעלה. וא"כ כל שלא בעל לא מחל ופטור מהכתובה וכמ"ש ידידינו הרה"פ הי"ו אך לא כמ"ש הרה"פ שכן הוא הדין בפשוט שהרי מידי פלוגתא לא נפקא אלא מטעם קי"ל ונפקא מינה שאם תפוסה האשה שאין מוציאין מידה:

פש גבן לברר אי נימה דבמאי דאנן קיימין הוי חזקתו דידע. כפי המנהג שנוהגים שמרחצין את הכלה אור ליום רביעי יום החופה במעמד קרובות חתן וכלה. ונימה דודאי בדק ע"י קרובותיו וא"כ כשכנס לחופה הרי ידע ומחל. הא למה זה דומה למ"ש מר"ן ז"ל באה"ע סי' קי"ז ס' ה' וז"ל אם יש מרחץ בעיר והיו לו קרובים שם אינו יכול לומר לא

ידעתי מומין אלו ואפילו מומין שבסתר מפני שהוא בודק ע"י קרובותיו וחזקתו ששמע ונתרצה ע"כ. כאשר עמד בחקירה זו הרה"פ הי"ו:

וחזיתיה דאסיק דלאו מילתא היא שאם אמרו בגדול שאינו מתבייש מקרובותיו יאמרו בנער קטון פחות מבן י"ח שנה שהוא מתבושש לדבר בענין זה אף בפני נשים נכריות וכ"ש בפני קרובותיו ואם אמרו בבית המרחץ בעת שהם שקטות ושאננות ולבם פנוי לעין ולבדוק יפה. יאמרו בבית אביה בעת שהם מהומות וטרודות בצורכי החופה הרבים ולבם בל עמם. ובר מן דין אף אם היה בודק ע"י קרובותיו בעת ובעונה הזאת. מום זה דנד"ד בל יראה ובל ימצא אף בהיותה עומדת ערומה במרחץ שהשער חוצץ ומגין בעדו ומסתירו מעיני כל רואה ע"כ:

ומ"ש שהשער חוצץ אף בהיותה עומדת במרחץ לא שמיע לי כלומר לא ס"ל. שהרי סתם אמרו אפי' מומין שבסתר וכמ"ש מר"ן ז"ל ולא חילקו בזה כלל. ואדרבא מצינו בסי' קי"ז סי' יו"ד שכ' מר"ן ז"ל וז"ל בא על אשתו ושהה כמה ימים וטען שמום זה לא נראה לו עד עתה אפי' היה בתוך הקמטים וכו' חזקה אין אדם שותה וכו' ע"ש. ופירש בעל ההגה וז"ל פי' כגון תחת בית השחי ותחת הדדים וכדומה ע"כ. והא ודאי שהדדים חוצצים ומגינים על המום שתחתיהם יותר ממה שחוצץ השער ואפ"ה אמרי' חזקתו דידע ונתרצה. ודון מינה לבדיקת המרחץ. דאין סברא לחלק בניהם דבדיקות אלו במשמוש היד הם ולא בראיית העין בלבד. ולזה אמרו אפי' מומין שבסתר דבבדיקת היד אין בין סתר לגלוי:

וכ"כ מהראנ"ח ז"ל סי' ק"ב להדייא וזל"ה ופשיטא שאין לחלק עדיין ולומר דמום שבראש חשיב יותר נסתר מכל מומין שבסתר ובפרט במקום שיש מרחץ:

גם הרב משד"ר ז"ל אה"ע סי' קי"ז דאירי במום החטטין כ' שם וזל"ה אך מה שטען על מום שבראש זה ודאי יש לו בדיקה במרחץ וכ"ש בדיקה קודם שיבעול:

אך מה שחלק ידידינו הרה"פ הי"ו בין גברא לגברא ובין מקום למקום כאשר עיניך תחזינה בדב"ק כמביא למעלה. אנן נמי מודינא ליה ודברי טעם הן והשכל והסברא מורים כן. וכיוצא בזה חלק המשד"ר ז"ל ע"ז:

גם כפי המונח אשר הנחנו לפניך דלא הוו החטטין הללו מום אא"כ יש בהם ריח רע. אין להם בדיקה כמ"ש המשד"ר שם וז"ל מיהו הך מום דריח רע שבה שפיר מצי טעין משום שדרך הכלות לעשות ריח טוב בראשם ובגופם שיהיה ריחם נודף וכ"ש אשה כזאת שודאי יעשו לה כהנה וכהנה עד שיהא אותו הריח רע בטיל במיעוטו וכך טען שמעון החתן הנז' שמתוך ריח בשמים שעשו לה לא הרגיש כלל תחילה בריח רע שבה

אך אח"ך בפתע פתאום הרגיש בה שלא במתכוין וכן במרחץ אפשר שיעשו לה בשמים ג"כ ולא יורגש כלל הריח רע שבה ע"כ:

ואם חטטין אלו שבנ"ד הם הנק' בלשון ערבי לקרועא. נראה דמטעם אחר אין להם בדיקה שהדבר ידוע שאין ריח רע שלהם מתמיד יען שע"י איזה משיחות משמנים החטטין מתפררים ומתרפאים לפי שעה ולא נשאר בהם ריח כלל. אלא שתכף שלשה ימים או ארבעה חוזרים וצומחים וחוזרים לקדמותם עד אשר יעלה באשם ויהיה ריחם נודף והא ודאי שבאותם הימים מתרפאים אין להם בדיקה במשמוש היד. ואע"ג שנשאר העור שתחתיהם אדום מ"מ מרבית שער האשה מחפה על גוון העור ההוא והא ודאי שכדי שלא תתגנה שביה אביה עשו לה משיחות משמנים קודם כניסה לחופה. כדי שתתרפא אדביני ביני ולא ירגישו בה בשעת הרחיצה שעושים אור ליום רביעי הנז'. הא למה זה דומה לנכפה לעתים שכ' רבי' הב"י אה"ע סי' ט"ל משם המישרים שאין לו בדיקה במרחץ והביאה מור"ם ש"ם ס"ד ועי' בח"מ ובב"ש שם וכ"כ הפ"מ סי' ע"ו אנד"ד וזל"ה ואפילו אם מרחץ בעיר לא היתה הולכת בימים ההם לבית המרחץ כיון שהוא לפרקים מחולקים וכו' ע"ש:

וגדולה מזו נראה דכיון שחולה זה הוא לפרקים ולאו בכל שעתא ושעתא ריחו נודף. א"כ אפי' כאשר יהיה האופן דבעיל. לא אמרינן חזקה דידע דיכול לטעון דבאותה שעה לא היה לה ולכך לא הרגיש בריחה. שכן מצינו בתשו' הפ"מ ז"ל סי' ע"ו הנז' שכ' וז"ל איברא שאם יטעון ראובן שמום אשתו זאת אינו מום תדירי אלא דמזמן לזמן קא אתי אפשר דלא דמי להך דהרמב"ם דכתבנא דהרמב"ם במום שיש לה תדיר מיירי וע"ז כ' דמסתמא ידע ביה ומחיל דהרי בשעת בעילה אין אדם שותה בכוס וכו' אבל בנ"ד יטעון שבשעת בעילה כשבדק לא היה לה מום זה בעת ההיא דמזמן לזמן קא אתי והשתא הוא דקא אתייא לה ומכי חזי למום צווח ככרוכייא ע"כ. וכ"כ ה' דב"מ חאה"ע סי' מ"ט משמו ומשם הרב בני יעקב בתשו' ס"ח:

ועוד בה דקא טעין דהאי דשתיק לאו משום דאפייס אלא משום דאסיק אדעתיה דלאו מום קבוע הוא וע"י רפואות יוכל להתרפה. ובפרט בהגיע תור זמן הגדלות כי כן יארע לכמה ילדים וילדות בקטנותם תהיינה קרחת בראשם ולעת גדלותם הן מתרפאים והכי חזינא ליה להרה"פ הי"ו שכ' וז"ל ועדיין יש לבעל דין לטעון ולומר הן לו יהי כדברי הבעל. שמום זה היה בה קודם שתכנס לרשותו ולא ידע ולא הרגיש בו עד שכנסה והטעתו. מ"מ הרי ידע והכיר בו זה שנתים ימים והרי ראה ונתפייס. וכמ"ש מר"ן ז"ל באה"ע סי' קי"ז ס"ט וז"ל הביא הבעל ראיה שעד שלא תתארס היו בה או שהודית לו

בכך והביא האב ראיה שראה ושתק ונתפייס או שחזקתו שידע בהן ונתפייס ה"ז חייב בכתובתה. ע"כ. ובנד"ד הרי הבעל אזיל ומודה שכבר ידע והכיר במום זה ומדשתק ולא ערער תכף ש"מ דאפייס ולא קפיד והשתא הוא דהדר ביה:

האמנם נראה דזה לאו כלום הוא. ושתי תשובות בדבר. חדא דכיון דקי"ל חזקה אין אדם מתפייס במומין. כל כימה דמצינן מדי למתלי ביה שתיקתו. תלינן ולא מרעינן לה לחזקה עד דחזינן להדייא דאתרעי. והכא בנד"ד הא קא טעין דהאי דשתק לאו משום דאפייס הוא. אלא קסבר האי מום עובר הוא בדרך שמתרגש ובא בכמה נשים סמוך לנישואין ע"י כיסוי הרא"ש. וע"י רפואה קלה חיש קל מהרה נרפא הנגע ולעומת שבא כן ילך. ויהי כראותו שזה כמה השתדלו קרוביו וקרוביה ברפואתה ולא עלתה בידם אז ידע אל נכון כי מום קבוע הוא. ויבוקש הדבר וימצא כי הגידו לו לאמר שכבר נראה בה מום זה בנעוריה בית אביה. וכבר שקדו יולדיה ודרשו ברופאים היטב אולי יש תקוה להעלות ארוכה למחלתה ולא מצאו ואין זה מן החדש כשאר נשי דאתרע ביהו הכי ע"י קישורי הראש. הנה כי כן גלה נפשו אותה ונראה דהיא טענה נשמעת. ואף שראינו לה' מוהרש"א ז"ל הנ"ל בההוא עובדא דאתשיל קמיה כנד"ד. צידד לומר דכיון שידע בחולי הזה שהיה לה אף שנתרפאת הו"ל לאתנויי ע"מ שלא יחזור ומדלא התנה כן אחית נפשיה לספיקא יעו"ש. וה"נ בנד"ד נימא כיון שידע והכיר במום זה הו"ל לגלויי דעתיה דלא מפייס. ולא שתיק רק אי הוי מום עובר כשאר נשים. לא היא. דהרואה יראה שאין הנושאים שום דשאני התם שהיה לה חולי רע וקשה מאד עד שיש אומרים שאין לה רפואה כלל כמו חולי הצרעת כמו שיראה המעיין לשם. אמטול הכי יש צד לומר דכיון שידע שהיה לה חולי קשה אף שעכשיו נתרפאת מ"מ הו"ל לאסוקי אדעתיה ולמיחש שמא יחזור ולאתנויי ע"מ ומדלא אתני אחית נפשיה לספיקא. לא כן בנד"ד שחולי זה הווה בכמה קטנות דנסבי ומתרפה על נקל הכמ"ש. מהיכא תיסק אדעתיה לחוש למיעוטה דלא שכיח ולהתנות ע"מ שתתרפה עד שנאמר מדלא אתני אחית נפשיה לספיקא. עכ"ל הרה"פ הי"ו:

ואתה תחזה לרבינו מוהריב"ץ זלה"ה בתשו' שכ' על ראובן שטען על אשתו שמשתנית במטה וכו' וע"ז הביא דברי מר"ן בב"י אה"ע סי' ט"ל שהביא תשו' הרשב"ץ דלא הוי מום ומר"ן דחה דבריו ובמפה סי' קי"ז ס"ה פסק כדברי מר"ן. ושוב כ' ומ"ש הח' נר"ו דאין אדם שותה בכוס אלא א"כ בודקו. אין זה ענין לנ"ד דלא אמרו כן אלא בטוען מום זה לא ראיתיו עד עכשיו. אבל זה טוען ראיתי וידעתי והייתי סובל ועכשיו איני יכול לסבול עוד. גם מ"ש שכיון שעברו ח' חדשים והיה שותק ולא ערער סבר וקבל. הן אמת שהרשב"ץ

כתב באותה תשו' שאפי' לאותם שהיו דנים שזהו מום כיון שאשה זו גדלה עם אחות בעלה וכו' והיתה ישינה עם השכנות אינו יכול לטעון וכ"ש שעברו ה' חדשים בנישואין וכו' עכ"ל. והן אמת דמר"ן ז"ל לא דחה דבריו בזה. מיהו עינינו לנוכח יביטו. ואנן סהדי שאין אדם יכול לסבול לשכב עם אשה שתשתין בבגדיו ותטנפנו ותהי נדתה עליו ויצטרך להחליף בגדיו בכל יום ויהיו כל ימיו שבתות כעולם שכלו שבת ואם לא ימצא להחליף שמלותיו יהא אסור להניח תפילין ולהתפלל ולקרות בתורה. וכן אי אפשר לשום אדם לסבול שלא ישכב עם אשתו בקירוב בשר אלא בשעת תשמיש ויפרוש ממנה כל ימיו ויהא שוכב הוא במטה אחת והיא במטה אחרת גם בימי טהרתה וכמשכב נדתה יהיה לה. ושתיקתו אנן סהדי דאינה אלא מפני הבושה דכסיפא ליה מילתא וגנאי הוא לו להבזות את הכלה ולהקלותה בעיני כל רואיה שהיא משתנת במיטתה כדרך שעושין ילדים וילדות קטנים וקטני קטנים. וסמכה דעתיה שרוב בני אדם בימי קטנות יארע להם כן מחמת קרירות ואח"כ בימי גדלות מתרפאים מהקרירות ופוסקים מלהשתין. ובזה היה מקבל תנחומין וסובל עד שמן השמים ירחמו. ויהי כי ארכו לו שם הימים וסירכה נקטא ואזלא פתה את פיהו וערער ואלו היה מום אחר שאין בו גנאי היה מערער מיד ולכן מצד כל הני אומדנא אין לחסמו ולא לחייבו לפרוע הכתובה כמשפט הבנות. וכ"ש בזמן הזה שהכתובות גדולות אלא יעשו ב"ד פשרה ויאמרו לה טול מה שהבאת מבית אביך ועוד יוסיף לה הבעל סך מה משלו כפי כח הסבל ויפטרנה ואיש על מקומו יבא בשלום עכ"ל. (העתקתי כל לשון הרב יען שאינו נמצא ביד כל אדם):

ופשוט הוא דלא בא הרב לחלוק על הרשב"ץ ז"ל ומר"ן ז"ל שלא דחה דבריו בזה וכמ"ש ה' גופיה אלא דיצא לחלק בין מאי דקמיה למאי דקאי ביה הרשב"ץ דבנד"ד איירי בקטנה ורוב בני אדם בימי קטנות יארע להם כן וא"כ הא ודאי דיכול לטעון דהאי דשתיק לאו משום דאפייס אלא משום דסמכה דעתיה דבהגיע תור ימי הגדלות מתרפאת. ומוקי דנדון הרשב"ץ איירי בגדולה ובאופן דליכא למימר סמכה דעתיה וכו'. והוכרח הרב לחלק כן שכן הדעת נותנת מטעם האומדנא כמבואר בדבריו ודברים של טעם הם:

וחזיתיה לרב אחרון מוהר"ר שאב"ץ ז"ל אחד מב"ד שלפנינו שכ' על דבריו וז"ל עי' בס' אדמת קדש ח"ב חאה"ע סי' א' שהאריך בנדון כזה ממש והביא תשו' הרשב"ץ ז"ל ומ"ש עליו מר"ן הב"י ז"ל והאריך בזה וזו הלכה העלה דאף לס' מר"ן ז"ל וסיעתו דס"ל דהוי מום אפ"ה כיון שבא עליה אחר שנודע לו כבר מחל ושוב אינו יכול לטעון ואם רצה חייב לפרוע לה כל כתובתה עכ"א. יעו"ש בד"ק ועי' בס' בן פורת יוסף חאה"ע דל"א ע"א שכ' בשם ה' בית דוד חאה"ע סכ"ח דהוי מום ויכול להוציאה וצריכה גט אבל חייב

ליתן לה כתובה כיון שנשתמש בה אחר שידע בה ועי' בס' יד אהרן אה"ע סי' ט"ל הגב"י אות י"א עכ"ל הרב הנז':

וספרן של צדיקים הנז' אינם מצויים בידי כעת. ומ"מ משתמען מלוהי דהנך רבוותא דאייתי בידיה פליגי אדמוהריב"ץ. ולפ"ד אתו דברי מהריב"ץ דלא כהרשב"ץ ומר"ן ז"ל. ואהמ"ר לדידי חזי לי דחלילה לחשוב כן על רבינו מוהריב"ץ ז"ל שיחלוק על הרשב"ץ ומר"ן שלא דחה דבריו. וכבר כתבנו בכמה מקומות משם הכנה"ג בתשו' דכשמביא בב"י איזה סברא ולא ערער עליה ולא כ' עליה חולקים שכן היא דעתו. ואנן אתכא דמר"ן ז"ל קא סמיכנא בין בב"י בין בש"ע וכמ"ש מוהריב"ע ז"ל ומוהריב"ץ ז"ל גופיה הוב"ד בס' ויאמר יצחק בדינים נפרדים או"ב וא"כ מי שם פה לאדם לומר דרבינו מוהריב"ץ פליג עליה דמר"ן ואכולהו רבוותא הנז'. אכן האמת יורה דרכו דהרב לא יצא אלא לחלק מכח הסברא והאומדנא בין האי גוונא דאקי ביה שהיא קטנה אחר שכן יארע כן לרוב בימי קטנות ובימי גדלות מתרפאים ומוקי דההיא דהרשב"ץ בגדולה וגם באופן דליכא למימר סמכה דעתיה שמתרפאת. וא"כ אם לא בא הדבר מפורש בדברי הנך רבוותא דליכא למימר אף כה"ג דנדון מהריב"ץ ז"ל סמכה דעתיה וכו' אנן נמי נימא דכולהו רבוותא איירי כאשר יהיה האופן דליכא למימר סמכה דעתיה:

ומ"ש ה' מוהריב"ץ ז"ל בתחילת דבריו אין זה ענין וכו' אבל זה טוען וכו' ועכשיו אינו יכול לסבול עוד ע"כ. סמך הרב על סוף דבריו שבא בנותן טעם משום דקא סמכה דעתיה:

באופן דאנו אין לנו לזוז מדברי רבי' מוהריב"ץ ז"ל דמאריה דאתרין הוא ודברים של טעם הם. מעתה אף אתה אמור להאי גוונא דידן שכמה ילדים יהיה להם בקטנותם חטטין בראשם. ובזמן הגדלות הם מתרפאים. וא"כ ודאי נוכל לומר דע"ז סמכה דעתיה. וכההיא דמהריב"ץ ז"ל. והגם דבעיל לאו משום דאפייס אלא משום דאסיק אדעתיה. הנה ימים באים ונרפה הנגע. דאנן סהדי דלא אפייס דאין אדם יכול לשכב עם אשה וריחה נודף. זהו הנלע"ד בזה. וצויי"מ וימ"ן הכ"ד החו"פ פאס יע"א בחשון דהאי שתא טבתא בא סימן שמוע אשמע

צעקתו ליצירה וקיים:

ע"ה שלמה אבן דנאן סי"ט

סימן סג

שאלה חברה שהסכימו ונתקשרו בני' בקגו"ש להוציא את ביניהם תשב"ר מאת המלמד שהם אצלו ולהושיבם אצל מלמד אחר שיביאו מעיר אחרת. והרשו את ראובן אחד

מבני החברה שיביא מלמד מעיר אחרת ונתחיי' לו בקנס שכל החוזר בו יתן לו קנס כו"כ. כמשוח"ב פי' תו"מ וכן היה שהביא ראובן מלמד מעיר אחרת. והושיבו בני' אצלו כתנאם והנה הילדים האלה אינם במדרגה אחת שיש מהם שהורגלו בתורה שבכתב אצל המלמד הראשון עד גדר שבכל הענינים אינם צריכים שום עיכוב ובהעברה בעלמא בלשון ערבי סגי ליהו. ובתורה שבע"פ גם כן לומדים בהבנה ובסברא ואם מעט. ויש מדריגה אחרת פתוחה מזו כ"כ דבתורה שבע"פ לא ניסו כלל לא בגירסא ולא בפי' המילות. וגם בתורה שבכתב צריכים טורח בלשון עברי ובפסוק הטעמים וכ"ש בלשון ערבי שהתחילו מקרוב ויש עוד מדריגות אחרות למטה זו מזו. ובקיץ שעבר סמוך לביאת המלמד הבא הושיב את בן ראובן המורש"ה שהוא מבני המדרגה הב' אצל בני המדריגה הראשו' ללמוד בתנ"ך משלי איוב וכו'. והם לא יעברו עד שיהא הפסוק שגור בפיו בענין שלא יהא רבו צריך לחזור עמו עוד הפעם. באופן שבני המדריגה הא' הם מוכרחים שיתעכבו ויתבטלו מלימודם בעבור זה הבא אצלם מחדש. שוב בחג הסוכות שנשלם ששה חדשים זמן הקצבה שקצבו עם המלמד. חזרו וחידשו קצבה אחרת ואין פוצה פה. ואחר החג שבאו הילדים ללמוד אצל רבם. הושיב בן ראובן אצל בני המדריגה הראשו' גם בלימוד תורה שבע"פ. וכאשר בא א' מבני המדריגה ההיא אצל אביו בסעודת הצהרים. שאל האיש את בנו בני במה למדתם היום. השיבו מאז הבקר ועד עתה לא למדנו כ"א מעט גמרה חק לישראל שאנו רגילים בה מקודם. וגם אותה לא השלמנו בפרטותי' כו'. לרגל הילד הבא אצלנו מחדש. שהוכרחנו להתנהל לאטו עד אשר למד אותה בגירסה וחזר ושנאו בפי' ומצדו בא העיכוב לנו. כשמוע שמעון אביו את דברי בנו היטב חרה לו וגמר אומר שלא להושיב את בנו אצל מלמד זה ובכן הגישו עצמותיהם ראובן ושמעון. לדעת אם חייב שמעון לשלם חלקו בשכירות המלמד או יתן קנס. או דילמא פטור מכל וכל וזהו סדר טענותיהם ראובן טוען שכבר היה בזה מימות הקיץ. וראו כולם ושתקו ולא מיחו. זה הוכחה שסברו וקבלו. ואם יאמר שמעון שהוא לא ראה ולא ידע מזה יקבל עליו בחר"ח שכן הוא שלא ידע מזה כלל. השיבו שמעון קושטא קאי שלא ידעתי. ואת"ל שידעתי ושתקתי אינו דומה ההפס' והנזק המגיע מהעכבה שהיו מתעכבים עבורו בתורה שבכתב להנזק המגיע עתה בהתערבו עמהם בתו' שבע"פ שצריך הרבה שובה ונחת בפרט להילדים רכים אשר בגיל בני דכולי האי ואולי יקלוטו מעט הבנה וסברה במיצוי תוכן הענין שיהיה. לא כן עתה כאשר בנך עמהם שעדיין צריך לימוד בגירסא ופי' המלות וכו' והם צריכים להקשיב ולהאזין אליו שפה ולשון אחר והנהגה אחרת בקל ישתבשו ופסידא דלא הדר הוא. עוד טען ראובן אם אינו בדין שיהיה בני עמהם. יושיב

אותו המלמד בחבורה בפ"ע ויתן לכל א' וא' ולכל חבורה וחבורה חלקו במנין השעות לפי ערך מתן דמי שכי'. וגם ע"ז השי' שמעון כיון שהגיע המלמד למדריגה זו דשבקיה להימנותיה ועיכב והפסיד את הרבים בשביל היחיד לאהבתו אותו. ולא חשש לעצמו בינו לבין קונו לעשות מלאכת ה' באמת ובתמים ולא ניכר שוע. כדבעי למיעבד לכל המלמדים ללכת בדרכי יושר איני מאמינו עוד שיהא זריז ונזהר לתת לבני חלק ערכו. ובכגון זה לא הרשינו אותך ולא נתקשרנו עמך להביא לנו מלמד ללמוד עם בנך ואנו נותנים שכר הרבה. ועל כיוצא בזה אמרו חזקה לא שדי אינש זוזי בכדי. ע"ז יורו המורים הדין עם מי. ויבא שכמ"ה. נאם הח"פ האזא יע"א שני ימים למרחשון תרנ"ז לפ"ק:

ע"ה אברהם בן סוסאן ס"ט

תשובה הא ודאי דמקרי דרדקי דפשע בהו בינוקי דבלא התראה מסלקינן ליה שכ"כ מר"ן ז"ל בחו"מ סי' ש"ו ס"ח וז"ל הנוטע אילנות לבני המדינה שהפסיד [ויש אומרים דה"ה ליחיד] וכן טבח של בני העיר שנבל הבהמות והמקיז דם שחבל והסופר שטעה בשטרות ומלמד תינוקות שפשע בתינוקות ולא למד [אפי' רק יום או יומים] או למד בטעות וכל כיוצא באלו והאומנים שאי אפשר שיחזרו ההפסד שהפסידו מסלקין אותם בלא התראה שהם כמותרים ועומדים עד שישתדלו במלאכתם הואיל והעמידו אותם הצבור עליהם ע"כ. והמה דברי הרמב"ם ז"ל בפ' עשירי מהל' שכירות. וכתב הה"מ וז"ל ומלמד תינוקות כו' רש"י ז"ל פי' דמשום דשבשתא דעל על והויא לה פסידא דלא הדרא. ובהל' דפשע בינוקי פי' שמתבטל מלמדו. ושני הפירושים כדברי רבינו ופי' לדעת רש"י ז"ל כגון שהמלמד עצמו טועה בדבר ואינו יודעו בכוון ובזה הוא דמסלקינן ליה. אבל אם היה יודע הוא הדבר ואינו משגיח על א' מהתינוקות אם אומר הדבר בטעות לא מסלקינן ליה ע"כ. ונראה דלזה כיון ידידינו הרב השואל הי"ו במ"ש בדברי טענת שמעון בקל ישתבשו ופסידא דלא הדרא הוא. דכוונתו לרמוז להאי דינא:

ואולם לדידי לא שמיע לי. משום דמצינו פלוגתא דרבוותא בזה לגבי יחיד. וגם מר"ן ומור"ם ז"ל ג"כ פליגי בזה. ומבואר טעמייהו בטור וז"ל והרמב"ם נתן טעם בדבר הואיל והעמודו אותם צבור עליהם וכ' ג"כ שתל של כל בני המדינה ונראה שאין חילוק בין לשל יחיד לשל רבים מההוא עובדא דרונייא שתלה דרבינא הוא וסלקיה בלא התראה ע"כ ובב"י כ' וז"ל ומ"ש רבינו ונראה שאין חילוק בין יחיד לשל רבים כההיא עובדא דרונייא שתלה דרבינא הוא בהשגות ג"כ כתוב וכן נמי אם שתלה דיחיד וכ' ה"ה שיצא לו מעובדא דרונייא שתלה דרבינא הוא ואפשר שדעת רבינו לומר דרונייא שתלה דרבים היה ובכללן היה רבינא ואירע הדבר שהפסיד לרבינא. ע"כ מבואר להדייא דדעת

הרמב"ם ומר"ן דלא אמרינן כן לגבי יחיד. ונראה דכה"ג דנדון דידהו לא מיקרו צבור יען כי החברה ההיא לא יש בה יותר מחמשה ב"א. והתנו ביניהם שלא ילמד המלמד כ"א לבניהם דוקא. ואין לו רשות להוסיף בלתי רשות כולם כמשו"ח בידם. והגם דמצינו בפ' השולח דמ"ו גבי הא דאמר רבי יהודה כל נדר שידעו בו רבים לא יחזיר קאמר הש"ס וכמה רבים ר"ן אמר ג' ר"י אמר עשרה וכו' ע"ש. ומר"ן ביו"ד סי' רכ"ח סכ"א כ' ואין נקראים רבים בפחות מג' ע"כ ועי' קה"י לשון חכמים אות ריש סי' תע"ו מ"מ מדנקט הרמב"ם בלישנא לישנא דצבורה. נר' דס"ל דלא הוי האי דינא בפחות מעשרה. דאין צבור בפחות מי' כמשמע בכמה מקומות דמשני הש"ס הא ביחיד הא בצבור. ובפרט דטעם זה הוצא הר"מ במז"ל מדברי רבא דאמר מקרי דרדקי שתלה טבחא ואומנא וסופר מתא. דמתא אכולהו קאי. והכא כיון דבחברה זו אין כאן בי עשרה א"י לסלקו בלא התראה:

וכ"ז הוא לדברי שמעון דאחשיביה להאי מקרי דרדקי פושע. ואולם לדידי חזי ליה דאין כאן פשיעה. וה"ט דהגם דהני דרדקי דבני החברה אינם בהדרגה א'. אלא זה למעלה מזה דיש מהם דיכול ללמד אותם מעט מהש"ס. ויש שאינם יכולים ללמוד כ"א מקרא וכו' ונחלקין לב' כתות. מ"מ כאשר יוסיפו לקח בעלי מקרא אז רמי עליה לחנכם ולהבינם קצת בש"ס וכו'. עדי בהמשך הימים יתנו לב להבין. והגם דנמשך קצת בטלה לאותם הקודמים שמבינים קצת. לא יחוש להם. דמאי חזית וכו'. ואי משום דהי"ל ללמדו בפ"ע באיזה חלק מהיום מזה אין לקרותו פושע. דהרי מצינו ערובין דנ"ד ע"ב דקאמר הש"ס ת"ר כצד סדר משנה משה למד מפי הגבורה נכנס אהרן ושנה לו משה פירקו נסתלק אהרן וישב לשמאל משה נכנסו בניו ושנה להם משה פרקן נסתלקו בניו נכנסו זקנים ושנה להם משה פרקן נסתלקו זקנים ונכנסו כל העם ושנה להם משה פרקן נמצאו ביד אהרן ד' ביד בניו ג' וביד הזקנים ב' וביד כל העם א' נסתלק משה ושנה להם אהרן פרקן נסתלק אהרן שנו להם בניו פרקן נסתלקו בניו שנו להם זקנים פרקן נמצאו ביד הכל ארבעה מכאן אר"א וכו' ופריך תלמודא ולא גמרו כולהו ממשה ומשני כדי לחלוק כבוד אהרן ובניו וכו' ופרש"י כצד סדר משנה כצד למדו ישראל תורה שבע"פ ע"כ. הרי דלכל העם היו שונין להן פיר' ביחד. הגם דא"א שיהיו כל העם הדרגה א'. וכשנסתלק משה היה הנכנס אחריו מלמד לכולם בב"א. ועוד מדפריך הש"ס ולגמרו כולהו ממשה ופרש"י ולעיילו כולם ברישא ולילפו ממשה ד' זמנים וכו' ע"כ. ואם היה המלמד צריך ללמד לכל הדרגה בפ"ע. א"כ מאי מקשה הש"ס. ואמאי הוצרך לתרץ לחלוק כבוד. הא לא מצי למיעבד הכי. אלא ודאי אין בזה קפידא. גם איפ' דמלמד זה אסיק אדעתיה לפי ראות עיניו דיותר טוב ללמדם יחד ממה שילמד לכל הדרגה בפ"ע. יען דממ"ן אי איפ' בלתי

קצת בטלה לאחרים. ובחר לו ללמדם יחד כדי שיהיו יושבים לפניו ועיניהם רואות את מורם ותהיה אימתו עליהם ואל יסיחו דעתם לדברי הבאי. גם לא גרע מההיא דהה"מ דהמלמד יודע הדבר ואינו משגיח על התלמיד האומרו בטעות דלא מסלקינן ליה. ובפרט דכ"ז לא היה אלא מחצית היום כמובן מהשאלה ושכן הוגד לי ג"כ מהמביא השאלה:
באופן דאין כאן מקום פטור לשמעון מלשלם השכירות או הקנס. ואין פנאי להאריך.
הכ"ד הח"פ פאס יע"א אדר ב' דהאי שתא
וזר לא יקרב אליכם לפ"ק. וצוויי"מ וימ"ן:
ע"ה שלמה אבן דנאן סי"ט

סימן סד

שאלה אי מצי למימר גוא"א בפחות משוויה. א"ל.
תשובה הנה ביותר משוויה מצינו לרבינו בעה"ט סי' קע"א ס"ה ורבינו הב"י שם הביאו פלוגתא דרבוותא איכא דסברי דאין שומעין לו אלא שמין אותו בב"ד ואיכא דאמרי דיכול להעלותו ובש"ע ס"ו העתיק לשון הרמב"ם פ"א מה"ש הב' ובב"י מבואר דהרמב"ם ס"ל כרש"י דיכול להעלותו בדמים א"כ לפ"ז דעת מר"ן דשומעין לו וכ"פ מור"ם במפה שם. ואולם בפחות משוויו רבי' הב"י מתשו' הרמב"ן סי' מ"ג שכת' וזל"ה מיהו כ' הרמ"ה דדוקא אם בא להעלות על דמיו שומעין לו אבל לפחות מדמיו אין שומעין לו. שאם אתה אומר כן. עשיר ועני שהניח להם אביהם מידי דלאו בר חלוקה. הרי עשיר אומר לעני תנה לי בפחות מדמיה. או אני אתנם. והוא יודע דלרש אין כל ונמצא העשיר לוקח על כרחו דעני בפחות מדמיו ולקתה מדת הדין ע"כ ופסקה מור"ם במפה. ולכאורה נראה דהכי נקטינן כיון שהב"י הביא דברי הרמ"ה בלי שום חולק ובפרט דמור"ם פסקה ואנן קי"ל כוותיה היכא דלא פליג אמר"ן ז"ל. ואולם המנהג הוא להפך דבין ביותר בין בפחות מצי א"ל גוא"א. ונראה דהט' שהרי הה"מ כ' על דברי הרמב"ם וז"ל ויש שהיו סוברין לומר שאין אומרים כן אלא בשומת ב"ד אבל לא ביתר מכאן. והעיקר כדברי רבינו שכל א' יכול לקצוב הדמים לרצונו ולומר לחבירו או קנה כשיעור זה או מכור הן חסר הן יתר משומת ב"ד ע"כ. הרי מבואר דהה"מ ס"ל דהרמב"ם ז"ל סבר דאף בפחות שומעין לו. ומאחר דמר"ן הביא לנו את דברי הרמב"ם ז"ל בשולחנו הטהור והה"מ פי' כן בדבריו ודאי דהכי ס"ל למר"ן. דאפי' היכא דאיכא פלוגתא בפי' דברי הר"מ במז"ל כ' הרדב"ז שעל הה"מ הוא סומך שהיה אדם גדול ובקי ורוב שיטתו היא שיטת הרשב"א וגם דקדק בדברי הר"מ במז"ל בכל הצורך. וכ"ש כאן שלא מצינו חולקים על הה"מ בפי' דברי

הרמב"ם ז"ל והחולקים שיש הם אעיקרא דדינא על הרמב"ם ז"ל. וא"כ אף דמור"ם פסק כהרמ"ה לא נקיטינן כוותיה כיון דמר"ן לא ס"ל הכי. אלא דיש לתמוה קצת על מר"ן מ"ט לא העיר ע"ז להדייא אדברי הרמ"ה ז"ל דהרמב"ם ז"ל חולק לדעת הה"מ. והנראה הוא משום דהב"י לא העתיק דברי הרמ"ה הללו אלא משום דבאו בכלל דברי הרמב"ן ומריהטת דברי הב"י נראה דכל עיקר כוונתו בהעתקת דברי הרמב"ן ז"ל עצמו אינו אלא לאשמועינן האי פלוגתא דיותר מדמיו דאיירי בה רבינו הטור יע"ש. ומאחר דלא באו דברי הרמ"ה דאיירי בפחות אלא באגב לכך לא העיר עליהם כיון דלא נחית על זה. ועי' מט"ש סי' הנז' בהגב"י אות י"ג. וצוויי"מ וימ"ן:

ע"ה שלמה אבן דנאן הי"ו

סימן סה

כתוב בס' התקנות והוא בנדפס סי' ריי"ב צוה מ"מ שהוא מאמין את אשתו בנאמנות גמורה כדת וכהלכה אם יש שום צד לפטור האלמנה מחרם וכו' ויראה האלמנה זו פטורה מחרם ומנדר שעם היות שכתבו הפוסקים שאף כשהאמין הלוה למלוה וכו' התם היינו טעמא שהלוה טוען בריא שלא האמינו לגוזלו אבל בנ"ד וכו' אין היורשים יכולים להחרים על האלמנה כלל וכו' כיון שהאמינה בשעת מיתתו וכו' מהר"ם טולידאנו זלה"ה ומהר"א אלבאז זלה"ה:

מדבריהם דרבנן מבואר דהא דאין הנאמנות מועיל שלא להחרים כמ"ש מר"ן סי' ע ע"א ס"ו דוקא בבא בטעות בריא אבל בטענת ספק בטענת יורש אינו יכול להחרים ובהורמנותייהו דרבנן קאמינא דדבריהם תמוהים בעיני דמלבד דמסתמיות דברי הפוסקים והטוש"ע וממאי דאמור רבנן בטעמא דלא הימניה דלגזול אותו ואם לא גזל לא עליו קאי הקללה וכמ"ש הסמ"ע סקט"ו לא משמע הכי מצאתי הדבר מבואר להדייא בתשו' הרשב"א ח"ב סי' ס"ב וז"ל וכל מה שיטעון עליה היורש והיא משיבה כל שאין היורש בריא בטענתו אינו יכול להשביעה אפי' בהסת כמו שאמרנו ומ"מ אם רצה היורש להחרים חרם סתם שכל מי שנטל מנכסי מורישו בין בחייו בין במותו שלא מדעת מורישו דרך גזלה ודרך גנבה יכול הוא להחרים מתקנת הגאונים ז"ל והיא אינה יכולה להוציא עצמה מכלל החרם ואפי' פערה משבועה שאם האמינה ופטרה משבועה לא נתן לה רשות לגזול ממנו וכ"כ הרב אלפאסי ז"ל בתשו' ע"כ. ומצאתי לה' מט"ש סי' הנז' בהגה"ט אות מ"ב וז"ל וכן אין הנאמנות מועיל שלא להחרים חר"ס כו' וכ"כ הרי"ף ז"ל בתשו' סי' קל"ח הרדב"ז ז"ל נ"מ סי' קי"ז בית דוד חו"מ סי' י"ט הרשב"ץ ז"ל ח"ב

סי' קנ"ה מיהו בח"ג סי' ש"א משמע דצריך שיהא לו ראיה שגזל כדי להחרים חר"ס יע"ש ע"כ:

והנה לכאורה משמע מתשו' רשב"ץ דח"ג דצריך שיהיה לו ראיה וכמ"ש המט"ש ז"ל והוא היפך מאי דמשמע מתשו' דח"ב ואולם כד דייקינן פורתא נראה לישב ותחילה אציג לפניך את דברי ה' בשתי התשו' וזל"ה בתשו' דח"ג ואפי' חר"ס שהוא מתק' הגאונים ז"ל בכל טענת ספק שמחרימין בד' חר"ס כמ"ש הריא"ה ז"ל בפ' כל הנשבעין שב"ד מחרימין על מי שכופר בתביעה זו והחרם חל עליו בין בפניו בין שלא בפניו וא"צ לענות אמן כמו שכ' הרב בעל העיטור ז"ל בשם הגאונים ז"ל גם מזה החרם הוא פוטר אותה וכ"ז הוא אם אין להם ראיה עליה שגזלה אבל אם יש להם ראיה עליה לא פטרה שלא האמינה לגזול וכ"כ בעל העיטור ז"ל בשם הגאונים ז"ל. ע"כ וזל"ה בתשו' דח"ב שכ' רבינו האי גאון ז"ל וז"ל דחר"ס והדרת הראש לא מהני בנאמנות ואין חבירו יכול לעכב חרם סתם ולומר לו הוציאני מן הכלל שלא האמינו לגזול ואם לא גזל אין לו חרם עכ"ל וכיון וכו' שאין כוונת הנאמנות שהוא מוחל לה גזלתו אלא שהאמינה שלא גזלתו ואם הודית לו או יש לו עדים שגזלתו חייבת להחזיר לו ע"כ:

והנה המט"ש מפרש דמ"ש בתשו' דח"ג וכ"ז הוא וכו' דאתא לאשמועינן האי דינא דרבינו האי גאון ז"ל דאין הנאמנות מועיל שלא להחרים ומחלק בין אין לו ראיה ליש לו ראיה דהיכא דיש להם ראיה דגזלה לא פטרה מחרם שלא האמינה לגזול ולפיכך כ' דמתשו' זו משמע דצריך שיהיה לו ראיה שגזל כדי להחרים חר"ם ולפי' זה קשה טובה חדא דמשמעות שתי תשו' ה' סתראי נינהו ועוד דהא סתם ראיה היא בעדים וכיון שיש עדים שגזלה בעיא לשלומי ולהחזיר הגזלה ואינו פוטרה החרם וכמ"ש הרב התשב"ץ גופיה בתשו' דח"ב שאם הודית לו או יש עדים שגזלתו חייבת להחזיר לו ועוד דהאי דינא דאין הנאמנות מועיל שלא להחרים מביאים אותו הפוסקים והטור והב"י ז"ל וגם הרשב"ץ עצמו בתשו' דח"ב משם רבינו האי גאון ז"ל ובההיא תשו' דח"ג הביאו משם ה' בעל העיטור משם הגאונים:

והנלע"ד לישב הוא דה' בתשו' דח"ג לא איירי בהאי דינא דרבינו האי גאון ז"ל אלא בפי' שטר כתו' עסיק וכאשר עיניך תחזינה בתחילת התשו' שהעתיק לשון שטר הכתובה שהיו כותבין ואח"ך כ' וזה פי' שטר הכתובה והשתא מפרש מה שהיו כותבין בנאמנות שבשטר כתובה ואח"ס שכוונת הבעל לפוטרה אף מקבלת חרם שתקנו הגאונים על טענת ספק ואח"ך כ' וכ"ז הוא וכו'. וכוונת ה' בזה הוא דאין כוונת הבעל בנאמ' שהאמינה למחול לה אף אם יהיה ידוע שגזלה שלא האמינה לגזול ואם יש לו ראיה

שגזלה לא פטרה אלא צריכה להחזיר. אבל אם אין לו ראיה שגזלה אלא דאכתי צריכה לקבל חרם מתק' הגאונים שתקנו חרם על טענת ספק בזה הוא דרצה לפוטרה והן הן הדברים הנאמרים באמת בתשו' ה' גופיה בח"ב שכ' שאם כוונת הנאמנות שהוא מוחל לה גזלתו כמביא למעלה אבל בדינא דאין הנאמנות מועיל שלא להחרים לא איירי הכא בההיא תשו' כלל והיינו טעמא שלא הבין דין זה משם רבינו האי גאון ז"ל מארה דשמעתא כמ"ש ה' גופיה בתשו' דח"ב דהכא לא איירי ה' בהאי דינא:

הן אמת כי מתוך פי' הרב בכוונת הנאמנות נמשך הדין של רבינו האי גאון ז"ל כי מאחר שלא האמינה לגוזלו וחייבת להחזיר הגזלה אם יש ששש יחרים דהחרם הוא קללה לגוזל ואם לא גזלה לא תחול עליה קללה וכמש"ל מ"מ ה' לא איירי אלא בכוונת הבעל ולא איירי בדין אם יועיל הפטור אם לאו והראיה לזה שהרי לדידהו אף שהיו כותבין הנאמ' לאשה בכתובתה אפ"ה היו משביעין לאלמנה וכמ"ש ה' גופיה בתשו' דח"ב והכא לא שנאה אלא ודאי הכא לא איירי אלא בפי' כוונת הבעל דבפי' שטר כתובה עסיק:

ולכאורה יש ליישב על הרבנים מהר"ם טולידאנו ומהר"א אלבאז זלה"ה כי היכי דלא תיקשי עלייהו מתשו' הרשב"א כמש"ל דהנה הסמ"ע סי' הנז' סקי"ד כ' כוון דאינו מחרים ומקלל לנוכח לא מצי המלוה מלעכב מלהחרים ע"כ וכ' עליו הש"ך סקי"ז וז"ל ונראה דהיינו דוקא בפטרו בפי' מקב"ח אבל אם פטרו משבועה יכול לכופו לקבל חרם בב"ד דלא פטרו אלא מן החמור ולא מן הקל ע"כ. ומתורתו של הש"ך נלמוד לחלק כדי לישב דברי הרבנים דע"כ לא קאמר הרשב"א שאם האמינה ופטרה משבועה לא נתן לה רשות לגזול ואם רצה היורש להחרים חר"ס יכול הוא להחרים היינו דוקא בדפטרה משבועה ולא פטרה בפי' מקב"ח והרבנים איירי בדפטרה בפי' אף מקב"ח ולכן כתבו הא דלא מהני הפיטור מקב"ח דוקא בבא בטענת בריא ולא בבא בטענת שמא בטענת יורש:

אלא דלפ"ז אתו דברי הש"ך דלא כהרשב"א דלפ"ז הרשב"א איירי בדלא פטרה בפי' מקב"ח ואפ"ה כ' יכול היורש להחרים חר"ס משמע דאינו יכול לכופה לקבל חרם בב"ד ואלו הש"ך כ' דבכה"ג יכול לכופו לקבל חרם בב"ד:

ועל כורחין מוכרחין אנו לומר כדי לתרץ על הש"ך דנדון הרשב"א ז"ל הוי כפטרה בפי' מקב"ח וכמ"ש הפ"ת סק"ט שאחר שהביא דברי הסמ"ע והש"ך ז"ל כ' ועי' בתשו' חמדת שלמה סוס"י ט' שכ' דאם כ' כל דין תורת נאמנות ולא פי' דוקא לשבועה הוי כאלו פטרו גם מקב"ח ואינו יכול להטיל עליו רק חר"ס ע"כ ודברי הרשב"א שהצגנו לפניך הם תשו' למ"ש בסוף השאלה עוד הודיעיני בדין אשה שפטרה בעלה בשעת מיתה משבועה ויתומים רוצים לחרים חר"ס וכו' ולא נזכר לא בדברי ה' השואל ולא בדברי הרשב"א

שפטרה משבועה דוקא א"כ הוי כפטרה בפי' מקב"ח או אפשר עוד דאיירי דפטרה בפי' מקב"ח אלא דהשואל והרשב"א קצרו בדבר פשוט ולכן כ' הרשב"א דיכול היורש להחרים סתם דמשמע דאינו יכול לכופה לקבל חרם בב"ד ולפ"ז הרבנים הנז' אתו דלא כהרשב"א ז"ל:

איך שיהיה דברי הרבנים הנז' הם תמוהים והם הפך סתמיות הטוש"ע ושאר הפוסקים ואין להם על מי לסמוך ואנו אין לנו אלא כסתם מר"ן הש"ע שלא חילק בין טענת בריא לטענת שמא והיכא דפטרו בפי' מקב"ח לכ"ע אינו מקבלו לנוכח רק חר"ס אף לדעת הש"ך וכמש"ל ואפי' לפי מ"ש האורו"ת והביאו הפ"ת סי' פ"ב סק"ז וז"ל עי' ביתומים דבזמנינו נוהגים בכל מקום שנזכר חר"ס הוא מקבל חרם על עצמו וכן דנין בכל ב"ד שבישראל ע"כ וכן אנו נוהגים בהיתומים אפ"ה היכא דפטרו בפי' מקב"ח אינו יכול לכופו לקבל חרם אלא הוא בעצמו יטיל חר"ס וכ"כ ה' נה"מ סי' ע"א ס"ק י"ג וז"ל ואף שמנהגם בכ"מ שחייב חר"ס שמקבל חרם לנוכח כמ"ש ביתומים בס' מ"ט בכאן שפטרו בפי' בחרם אין לו רשות לכופו לקבל חרם רק שיכול בעצמו להטיל חר"ס ע"כ והפ"ת סק"ט כ' דה' חמדת שלמה נסתפק בזה יעו"ש ואולם אנן לא שבקינן מאי דפשיטא ליה לה' נה"מ מקמי מאי דמספיקא ליה לה' חמדת שלמה וצוויי"מ וימ"ן:

ע"ה שלמה אבן דנאן הי"ו

סימן סו

ראובן שאמר לשמעון תן לי בהמה זו שאלך עליה למקום פ' משך זמן מה ואחזירה לך ונאנסה בדרך או נגנבה ונאבדה ה"ז פטור שכ"כ הרשב"ם ז"ל הב"ד הה"מ ז"ל פ"ג' מהל' זכייה הלכה יו"ד וז"ל וכ' הרשב"ם ז"ל בנותן שור לחבירו ע"מ להחזיר בתוך ל' יום ומת בתוך הזמן דפטור מלשלם דלא הו"ל שואל להתחייב באונסין ואף לא שומר להתחייב בגנבה ואבידה אלא מקבל מתנה הוא ולא יתחייב אלא בפשיעה עכ"ל והב"ד הב"י ז"ל בסי' רמ"א וכ"פ בש"ע ס"ח ועי' בבאה"ג. והט'. דלא מקרי שואל אלא בלשון שאלה דאמר השואל השאילני. או דאמר ליה משאיל הריני משאילך. אבל בלשון מתנה לא מיקרי שואל אלא מתנה ע"מ להחזיר ועי' ברית אבות ד' קכ"א ע"ב. הן אמת דגבי אתרוג בא"ח סי' תרנ"ח ס"ד כ' מר"ן וז"ל נתנו לו ע"מ להחזירו הרי זה יוצא בו י"ח המחזירו שמתנה ע"מ להחזיר שמה מתנה ואם לא החזירו לא יצא אפי' נתן לו את דמיו ואפי' נאנס מידו וכו' ע"כ והמט"ש סי' רמ"א בהגב"י אות נ"ב כ' דהרב עדות ביעקב סי' ס"ז ד' ק' ע"ב וע"ג הקשה היאך פסק מר"ן גבי שור כדעת רשב"ם ז"ל דפטור מאונסים ואלו גבי אתרוג פסק

כהרא"ש והטור ז"ל דחייב באונסים. הרי המט"ש ז"ל תירץ וז"ל ולענד"ן דגבי אתרוג שניא ליה למר"ן לחייבו דבההיא לא סגיא בהחזרת דמים דאתרוג דוקא קאמר ליה לצאת בו י"ח כדכ' בעה"ע ז"ל ושכן ראה לה' בני אהרן ז"ל דקכ"ז קכ"ח שכ' הכי לישב דברי מרן ז"ל ע"ש ש"ב דזה מוכרח כוונת מר"ן ז"ל מדלא הביא שם בסי' תרנ"ח אלא דברי ה' העיטור ואשתמיט להבני דברי הרא"ש ז"ל כוונתו מוכחת דדוקא גבי אתרוג הוי דינא הכי וכטעמיה דהעיטור ע"כ. ומה גם דאפשר לומר דלגבי פטור אונסין לא ס"ל למר"ן לחלק בין שור לאתרוג ואין אנו מוכרחין לתרץ ק"ו ה' עדות ביעקב ז"ל כמ"ש המט"ש ז"ל וה' בני אהרן ז"ל דהא דהוצרכו הם להאי תירוצה הוא ודאי משום דס"ל דלמ"ד פטור מהאונסים לא נתבטלה מתנתו. ואולם רב תנא הוא המש"ל ז"ל בפ"ג מהל' זכייה נסתפק בזה וז"ל ויש להסתפק היכא דמת בתוך הזמן דאמרינן דפטור מלשלם אם מחזיר הפירות שאכל א"ל דאפשר דחייב להחזיר הפירות שאכל משום דכיון דנאנס ולא החזירו הרי לא קיים תנאי ונתבטלה מתנתו וא"כ חייב להחזיר הפירות ומה שפטר מן התשלומין הוא משום דס"ל דנהי דלא קיים תנאי ונתבטלה מתנתו מ"מ לא ירד לוקח זה להיות כשואל ולא כשומר שכר אלא הרי הוא כשומר בעלמא ואינו חייב כ"א בפשיעה ואפשר לצדד עוד ולומר דכל שנאנס לא נתבטלה מתנתו משום דמה שהתנה ע"מ שתחזירהו לי אינו אלא כשתהיה בעין וה"ק שור זה נתון לך במתנה ותהיה פטור מן האונסין ומגנבה ואבידה כדין כל מקבל מתנה ע"מ שאם תהיה בעין בתשלום הזמן שתחזירהו לי ולפי צד זה כל שפטור מלשלם אינו מחזיר הפירות שאכל שהרי לא נתבטלה המתנה לפי שלא התנה שיחזרנה אלא כשהיא בעין ע"כ. יעו"ש דדעת עליון נוטה להצד הא' אי בעית אימא סברא אב"א ראיה מדברי בעה"ע שהביא הרא"ש בפי' לולב הגזול כאשר יראה הרואה שם. וא"כ אף אנן נמי נוכל לומר דהכי מכרעא דעת מר"ן דכיון דנאנס ולא החזירו הגם דפטור מהאונסים מ"מ הרי לא קיים התנאי ונתבטלה מתנתו כהצד הא' דהרב מש"ל ז"ל וא"כ צדקו יחדיו הני תרי דברי מר"ן דשור ודאתרוג וא"ץ לחלק ביניהם כמ"ש המט"ש ז"ל. ועוד לדידי חזי לי למימר דאפשר שנאמר דלמר"ן לא מכרעא ונאמר דמשמע ליה למר"ן כדמשמע ליה להמש"ל ז"ל דדבר זה הוא תלוי בפלוגתא דרבוותא ה"ה רבינו ישעיה והי"א ז"ל שהביא הרא"ש ז"ל בפי' לולב הגזול כמבואר כ"ז בדברי המש"ל שם ובזה נוכל לתרץ דברי מר"ן אהדדי והוא ע"ד מה שראיתי לרבינו מהרימ"ט ח"א סי' קי"ד הבי"ד ה' שער אשר ח"ב דמ"ג ע"ג גבי פלוגתא דרבוותא דפליגי אי יש חזקה להזיק ראיה א"ל כ' ולא שראה הרב מהרי"ק ז"ל שבמחלוקת היא שנויה תפס סברה זו דיש חזקה להיזק ראיה לסייע את המוחזק כאותה שאמרו הילכתא כוותיה

דרבא בארעא היכא דקיימא ארעא תיקום ע"ש. וא"כ אף אנן נמי נימא בנ"ד דמשום דראה מר"ן דפליגי בזה הרשב"ם והרא"ש ז"ל לזה תפס גבי שור כרשב"ם לסייע המוחזק דפטור מלשלם אבל גבי אתרוג דלצאת בו י"ח פסק דאפי' נאנס לא יצא י"ח דחייש לס' הרא"ש ז"ל דס"ל דחייב באונסים. ולדידיה פשוט הוא דכיון שלא נתקיים התנאי נתבטלה המתנה. ובפרט דאפי' לס' רשב"ם ז"ל דפטר מהאונסים הרי מידי ספיקא לא נפקא דדילמא כהצד הא' דאף למ"ד פטור כיון שלא נתקיים התנאי נתבטלה המתנה והוו תרי ספיקי לחומרא ולכן פסק דלא יצא ועי' מט"ש שם אות נ"ו ומחנה אפרים הלכות זכייה סי' י"ח והפרמ"א ח"א קי"ו:

באופן דדעת מר"ן כהרשב"ם דפטר והגם דבש"ע לא כ' אלא ומת בתוך הזמן וכו' ולא כ' גם גניבה ואבידה הרי בב"י הבי"ד הרשב"ם דאיירי גם בגניבה ואבידה וכבר השרישונו רבותינו הא' זיע"א דאנן גריריה בתר מר"ן בין בב"י בין בש"ע ומאחר דבב"י הב"ד הרשב"ם גם בגניבה ואבידה אף דבש"ע לא הביאו אפשר דס"ל כאשר צדד הרא"ש ז"ל לדעת רבינו ישעיה ז"ל בפ' לולב הגזול דכיון דפטר ליה מהאונסין משום מתנה ה"נ מגניבה ואבידה וכן היא דעת הסמ"ע והבאה"ג ע"ש ואף למ"ש המט"ש ז"ל דהרב עדות ביעקב נרגש על מר"ן דאמאי אשתמיט לכתוב דה"ה גם בגנבה ואבידה וכ' דשמא טעמו ממ"ש הרא"ש ז"ל בפ' לולב הגזול מההיא דנוטל כלי מבית האומן דבחזרה פטור מהאונסין וחייב בגנבה ואבידה דהואיל ונהנה מהני מ"מ מדין פלוגתא וספיקא לא נפקא ומספיקא לא מפקינן ממונא:

ע"ה שלמה אבן דנאן ס"ט

סימן סז

שאלה ראובן ושמעון שותפים בבית א' ועמד ראובן א' מהשותפים והשכיר כל הבית ללוי ועמד שמעון לערער בבא מחמת טענה שאינו רוצה לשכור לו חלקו. ולוי משיב כיון ששותפו שכר לו כל הבית מה שעשה א' מהשותפים הוא עשוי. מה הדין נותן אם יש ממש בדברי שמעון. או לא:

תשובה הנה הרב מהר"ש גאון ז"ל במשפטים ישרים סי' ע"א כ' וז"ל השכירות ששכר שמעון החנות לזבולון אין שכירותו שכירות משום שהחנות הזה ירשו אותה ראובן ושמעון ונשותיהן וכפי הנראה שמעון שכר כל החנות לזבולון ואין לו יכולת לשכור כל החנות שהחצר אינה שלו ואף אמנם שדבר זה הוא פשוט וא"צ ראיה עכ"ז מצינו שאמר בגמרא כמ"ש בבא בתרא דקכ"ו אתמר בההוא בכור דאזל וזבין נכסיה וכפשוט וכו'

אתו לקמיה דרבא א"ל לא עשה ולא כלום מר סבר לא עשה כלום בפלגא ופי' רשב"ם בפלגא בחלק פשיטותו וכ"ש בחלק פשוט אחיו וכו' הרי דאע"פ שירשו הם אותם נכסים והאחד מכר כל הנכסים שירשו ביניהם שאין המכירה מכר ובעלי התוס' חלקו עפ"י רשב"ם כאשר יראה המעיין ופי' פי' אחר וכתבו בסוף דבריו אך תימא דלע"ד לא ולא כלום בפלגא היינו בחלק פשיטות אחין מאי קא משמע לן רבא הרי שהוי דבר פשוט דשנים שירשו דבר אחד שאין היורש הא' יכול למכור אותו דבר וכו' וכיון שכן בנ"ד אין יכולת לשמעון לשכור כל החנות כיון שחצי החנות היא של ראובן ע"כ ונראה דע"כ לא קאמר מהרש"ג ז"ל אלא בשאינה עומדת לשכירות ואף שמפו' בשאלה שבחיי המוריש היתה עומדת לשכירות מ"מ אפשר שאחר מיתת המוריש שזכו בה מחמת ירושה לא היתה עומדת לשכירות ומנא אמינא לה ממ"ש מהרשד"ם חח"מ סי' תי"א שנשאל באשה אלמנה ובן א' שלה שניהם השכירו בית לדירה לראובן לזמן ששה שנים ובא לוי בן אחר מאלמנה הנ"ל ומערער על השכירות הנ"ל בטענה שיש לו חלק ונחלה בבתים אם יש ממש בדברי המערער אז נאמר כיון שנודע הוא שהמשכירים שהשכירו הבתים הנ"ל גם להם יש להם חלק ונחלה בבתים הנז' ומכח הזכות אשר להם בבתים השכירו אותם לראובן א"כ אע"פ שג"כ יש להמערע זכות בבתים הו"ל כשותף אחד והשותף האחר שהשכיר בתחילה שכירותו מקויים והשיב אם הבתים הם בשותפות הדין ברור שהדין עם ראובן וז"ל הריב"ה א' מהשות' שבא לישן פירות ע"ד הזמן הידוע אין חבירו יכול לעכב ואם זמן ידוע חבירו מעכב וכן פי' רש"י כו' ע"ד ואם הגיע הזמן יכול למכור ואם מכר בלא דעת חבירו ואתיקר אח"כ אין לחבירו עליו כלום ע"כ הרי בפי' ששנים ששות' בסחורה אחת אם הגיע זמן מכירת אותה סחורה יכול א' מהם למכור הסחורה בלא דעת חבירו ואפי' בשיקרה אח"כ אין השותף יכול לערער על המכירה נ"ל שכיון שהבתים להשכירם בכל חדש ונשכרו לזמן הנז' השכי' קיים כי שכי' ממכר ליומיה הוי ע"כ. והבי"ד הכנה"ג ח"מ סי' קע"ו בהגה"ט אות קי"ג וז"ל אבל משהגיע הזמן למכור יכול למכור וכו' ג"כ וכן ב' שות' בבית אחד יכול א' מהם להשכירה בלי רשות חבירו כיון שהבתים עומדים לשכירות ואם השכירם קנה השוכר הרשד"ם סי' תי"א מוהר"ר בצלאל סי' מ"ג ע"כ וכ"כ בסי' שי"ו בהגה"ט אות י"א וא"כ איך נוכל לומר דמהרש"ג כ"כ פשיטא ליה מילתא עד שכ' שדבר זה הוא פשוט וא"צ ראיה ותרי אריותא מקאמאי רבינו בצלאל ז"ל ומהרשד"ם ז"ל לנגדו בתשו' גמו' ונצחת וראיה חותכת עד שמהרשד"ם כ' כלל הדברים שהאריכות כזה מותר גמור כאשר יראה הרואה שם ותו מה זו ראיה מההיא דב"ב דודאי דבר פשוט דב' שירשו בית אחד שאין היורש האחד יכול למכור

חלק היורש האחר כיון שאינה עומדת למכי' אבל יכול להשכירו אם היא עומדת לשכי' דדמיא להההיא דרבינו בעה"ט וכמ"ש רבינו בצלאל ומהרשד"ם וא"כ לא דמי שכי' דכה"ג למכי' דש"ס דב"ב א"ו דמהרש"ג ז"ל לא איירי אלא בשאינה עומדת לשכי' ומא"ח ול"פ זהו הנלע"ד בזה:
ע"ה שלמה אבן דנאן סי"ט

סימן סח

הוה עובדא כאשר נתבשם הרב כמוהר"ר רפאל משה אלבאז ז"ל כ"ב תמוז התרנ"ו בעיר צפרו ובין אין לו נשארה אשתו זקוקה ליבם להחכם כהה"ר אליהו אלבאז ז"ל שהוא הגדול מאחיו כהר' בצלאל הי"ו ואחר סמוך ימים לא כבירים אחר פטירת הרב הנז' נתבשם גם החכם הנז' והניח אחריו זרע של קיימא ולא הניחו לכהר' בצלאל הי"ו הנז' ליבם אשת הרב הנז' אלא חלץ לה וראיתי לה' ישרי לב אות יו"ד שכ' וז"ל יבמה שנשארה זקוקה לב' אחים והגדול נשוי ויש לו בנים ושוב מת הגדול הקטן אינו יכול ליבם אלא חולץ ואינו מיבם משום דהזיקה של גדול הוי כנשא והוי אשת אחיו שיש לו בנים ה' שער המים סי' י"ד ע"כ. ולא זכר ש'ר כי כן פסק מור"ם ז"ל במפה אה"ע סי' קע"ה ס"ח וז"ל וה"ה אם היה נשוי נכרית ויש לו בנים אסורה לו משום זיקת אשת אחיו שיש לו בנים ע"כ ושרשן של דברים מהרב שלטי הגבורים בפ' ד' אחין ושמה דמרה עלה ריא"ז וז"ל ונראה בעיני שאם היו ג' אחין נשואין ג' נשים נכריות ומת אחד מהן והרי אשתו זקוקה לב' אחיו והיו בנים לאחד מהן ומת הרי זו אסורה להתיבם לאותו האח הנשאר הואל והיתה זקוקה לאחיו שיש לו בנים הרי היא כאשת אחיו שיש לו בנים ואסורה ע"כ והכנה"ג אה"ע סי' קנ"ו בהגה"ט אות ג' כ' וז"ל ראיתי לריא"ז הוב"ד בשלטי הגבורים פרק ד' אחים דברים זרים בעיני שכ' וז"ל ונראה בעיני שאם היו ג' אחים נשואים ג' נכריות ומת א' מהם והרי אשתו זקוקה לב' אחים והרי בנים לא' מהם ומת ה"ז אסורה להתיבם לאותו האח הנשאר הואיל והיא זקוקה לאחיו שיש לו בנים ה"ה כאשת אחיו שיש לו בנים ואסור ע"כ והוא דבר חדש ונפלא בעיני ולא עוד אלא שדבריו מוכיחין שהיא מאותן שלא חולצות ולא מתיבמות שכ"כ הרי היא כאשת אחיו שיש לו בנים ואשת אחיו שיש לו בנים לא חולצת ולא מתייבמת ואם כך הוא דעתו הוא דבר תמוה מאד ומעיד אני עלי שמים וארץ שהח' הש' כהר' שמואל ן' ויליסיד נפלה לו יבמה לו ולב' אחיו אחרים ולא' מהב' אחים בנים ובנות ומת אותו האח שהיה לו בנים וגם ה' הנז' נלב"ע הצדק והאח הנשאר חלץ ליבמה אמנם אם דעת ריא"ז שלא תתייבם אבל חליצה

מיהא בעי אף כי לא ראיתי מעשה כזה מ"מ נ"ל פשוט שלא כדברי הר' ז"ל ועולה ג"כ ליבם וכמדומה לי שבמעשה שזכרתי למעלה אם היה רוצה ליבמה היבם היה מיבמה וצ"ע ע"כ ולא זכר הרב את דברי מור"ם הנז' והרב מוהר"ר ר"ב ז"ל בס' משפטים ישרים הנד"מ הבי"ד מור"ם וחלק עליו מסברא דנפשיה יעו"ש ואנו אין לנו אלא דברי מור"ם דקי"ל כוותיה היכא דלא פליג על מר"ן וכ"ש דריא"ז ושה"ג וגם ה' מוצל מאש למוהרנ"ח אלפאנדרי ז"ל הביא תשו' ממר אביו שקיים סברת ריא"ז כמ"ש שער המים ושכן פסק גם הוא. ומדבריהם דרבנן ריא"ז ומור"ם ז"ל משמע דלאו דוקא מת גדול אלא כל א' מן האחים שמת ויש לו בנים בין גדול בין קטן אינו יכול האחר ליבם מדילף ליה להאי דינא מההיא דזיקת צרת אחות אשתו דלא שאני לן בין גדול בין קטן וכן הוא להדיא במוצל מאש:

ודע דאף לסברת ריא"ז מיחלץ מיהא חלצה וכ"כ להדייא ה' שער המים והשיג על הכנה"ג שכ' על הריא"ז שדבריו מוכיחין שאינה חולצת אלא דברי הריא"ז ברורים שחולצת ע"ש. גם ה' משד"ר אה"ע סי' קע"ה וז"ל מה שהק' הרב כנה"ג על ריא"ז שכ' הרי היא כאשת אח שיש לו בנים דא"כ אף חליצה אינה חולצת אחר המחי' מכבודו אינה קו' דכה"ג איתא בגמ' דף כ"ז עב' גבי ב' אחיות יבמות כל יבמה שאין אני קורא בה בשעת נפילה יבמה יבא עליה ה"ז כאשת אח שיש לו בנים ואסורה והיינו ליבום דוקא אבל לחליצה חולצת ע"ש ע"כ וע"ש סי' קס"ג גם מדברי מור"ם שכ' האי דינא דריא"ז בלשון וה"ה אדברי מר"ן דמיירי בזיקת צרת אחות אשתו דקי"ל מיחלץ חלצה מיבם לא מיבמה יש במשמע כן:

ע"ה שלמה אבן דנאן סי"ט

סימן סט

שאלה ראובן קנה חצר מעכו"ם שקנה משמעון שנשארה החזקה לשמעון אם רשאי ראובן לרדת לדינא דגוא"א עם שמעון בעל החזקה. ואת"ל שאינו יכול אם ראובן יש לו בית באותה חצר שאין לשמעון בה חזקה אי מצי למינד ליה מכח אותה בית א"ל ומהו הדין גם בחזקת ישוב:

תשובה הנה הצד האי שבשאלה מפורש בדברי רבותינו הא' זיע"א שהרב מוהריב"ץ ז"ל שאלה זו שאל להרבנים כמוהר"ר וידאל הצרפתי ז"ל וכמוהר"ר מנחם סירירו ז"ל והשיבוהו דאינו רשאי ראובן לרדת לדינא דגוא"א עם בעלי החזקה הב"ד בס' משפט וצדקה ביעקב ח"א סי' קכ"א וכ"כ ה' מוהר"י ן' סמחון ז"ל משם מהריב"ץ ז"ל וז"ל

ישראל הקונה קרקע מהעכו"ם אינו יכול לעשות גוא"א עם ישראל בעל החזקה שהרי כל מגמתם וכוונתם של חז"ל מתקני התקנה לא היתה אלא למען ידבקו בני ישראל איש בנחלתו ולפיכך תקנו החזקה בענין שלא ימצא העכו"ם לא למכור ולא להשכיר אלא לבעלים הרא' וכשיראה העכו"ם צרתו צרה יחזור וימכרנה לבעלים הראשו' בדמים מועטים ולפעמים תיפוק ארעא בלא כסף וא"ת שיכול הקונה מהעכו"ם לעשות דינא דגוא"א הרי בנקל בעל החזקה העני עומד בחוץ ונמצא תק' חז"ל בטילה מאליה ומה הועילו חז"ל בתקנת' אם ינחו הפתח פתוח לקונה למיגד ונמצא יציבא בארעא וגיורא בשמי שמיא וכן ראיתי הרבנים מוהרמ"ס ומוהר"ר רוי"ה דנים והולכים. ע"כ והנה שני מיני חזקות הם האחת היא בישראל המוכר קרקעו לעכו"ם דנשארה לו חזקת קרקע מדין דסקריקון דסי' רל"ו. והשנית שהיא חזקת ישוב דהיינו דהקרקע הוא של העכו"ם ובא ישראל ושכרו ממנו דיש לו חזקה להיותו שוכר ראשון שמנהג זה נתיסד מדין עני המהפך בחררה וא"כ יש להסתפק במה דאמרו דלא מצי קונה הגוף למיגד לבעל החזקה אם הוא דוקא כמין הראשון ולפ"ז עיקר הטעם הוא כי היכי דיחזור העכו"ם למוכרה לבעלים הראשו' ולא להוי יציבה בארעא וטעם זה לא שייך במין השני א"ד עיקר הטעם הוא כי היכי דלא תהוי תקנת חז"ל בטילה ומה הועילו וכו' וטעם זה שייך בכולהו וחזיתיה להרה"ג מוהרא"ה זלה"ה שכ' משם מוהריב"ץ ז"ל וז"ל ולענין אם רשאי הר"י מוריגון לרדת לגא"א עם הר"ס אנו רשאי שהרי כל כוונת התק' של החזקה היא שלא תסב נחלה וכו' וכאשר לא ימצא העכו"ם למכור לישראל אחר ולא להשכיר אלא לבעליה יחזור וימכרנה להם בדבר מועט ולפעמים בחנם ואם יש לו גא"א בנקל יסתלק בעל החזקה ונתבטלה תק' חז"ל ומה הועילו בתקנתם. ועוד הר"י הנז' לא עשה רצון חז"ל ונכנס בתחומו של חבירו ונעביד ליה תקנתא ונוסיף לבעל החזקה עלבון ע"כ והטעם השני פשוט דשייך גם במין השני. ונראה דהא דלא מצי למיגד לבעל החזקה ה"ד בכה"ג דקנה או שכר אותו הגוף שיש לזה חזקה בו. אבל מי שיש לו חלק בשאר גוף החצר מצי למיגד ליה כיון שאין לו בזה הגוף שום חזקה. ואולם מצאתי לה' ויאמר יצחק ז"ל חח"מ סי' כ"ז דאתשיל. בראובן ושמעון שיש להם בית ועליה קרו"ח ויש להם שות' עם לוי ויהודה בחזקה של הבית והעליה האחרת ומכר לוי חלקו של החזקה לזולת ורוצה ראובן לעשות גא"א עם הלוקח הנז' וע"ז הביא דברי הרב מוהריב"ץ ז"ל וכ' אלא דיש לחלק בין כשכל החזקה הוא של אחד וקרקע הוא של אחר בההיא הוא דאמרינן דאין יכול בעל הקרקע לעשות גא"א עם בעל החזקה מטעם עקירת התקנה ולא תסוב נחלה אבל הכא בנ"ד שבעה"ק משותף עם חבירו בחזקה ג"כ ויד שניהם שוה בה. אחר שבחזקה שהוא

משותף עמו יכול לירד לדינא דגא"א דלא שייך בזה עקירת התקנה שהרי נשארה ביד אחד מהם. מטעם זה יכול לירד עמו בקרקע ג"כ לדינא דגא"א לכ"ע ע"כ המבואר מדבריו דאין ראובן יכול לרדת לגא"א מכח החלק שיש לו בהבית והעליה שאין לזה חזקה בו אם לא מטעם שהוא משותף עמו גם בחזקה ואהמ"ר לענד"ן דכה"ג לא תקון רבנן דלא אמרו דלא מצי בעה"ק למינד לבעל החזקה אלא בקונה או שוכר קרקע מעכו"ם שיש לזה חזקה בו אבל כאשר יהיה האופן דיש לו קרקע אחר דאין לזה חזקה בו כה"ג דנדון הרב הגם דאינו משותף עמו בחזקה מצי למינד ליה. זהו הנלע"ד בזה:

ע"ה שלמה אבן דנאן ס"ט

סימן ע

שאלה ראובן שכר פועל לזמן שנה ובתוך השנה חלה זמן מה. ולא עשה עבודתו. מה דינו באותן הימים שבטל מעבודתו. האם ראובן חייב לשלם לו שכירות כל השנה במושלם. ואף שבטל מעבודתו בזמן חליו. נימא נשתחפה שדהו ומזל דידיה גרם. אם לאו:

תשובה הן קדם אערכה לפניך דברי רב קדמון מ'ר זקינינו הרה"ג כמוהר"ר שמואל אבן דנאן זלה"ה וז"ל מעשה בא לפני רבותי באחד ששכר פועל לזמן שנה והתנה עליו שכל זמן שיעכב מלעשות מלאכתו שישלים חוקו אחר זמנו. וזה נהוג בינינו ונקרא השלמת פ'אלטא"ש. ובאו לדין. השוכר טוען שיקיים תנאו ככתוב והשכיר טוען שהיה אנוס מחמת חולי שנפל למשכב על ערש דוי. וכל כה"ג לא אסיק אדעתיה. ואנוס רחמנא פטריה ויתן לו שכרו מושלם. ודנו רבותי שהדין עם השכיר זולת אם רוב השנה היה שוכב על ערש דוי שאין טענתו טענה. וראיה ממ"ש הרמב"ם בה' עבדים פ"ב וז"ל חלה העבד בין שחלה שנה אחר שנה בין שחלה חולאים מקוטעים אם הכל פחות מארבע שנים עולים למנין שש אבל אם חלה ד' שנים חייב להשלים כל ימי החולי שנאמר כשכיר כתושב ואם פגע בו יובל יוצא. בד"א שמחשבין ימי החולי כשהיה חוליו כבד שאינו יכול לעשות מלאכה אבל אם לא היה חוליו כבד אלא יכול לעשות מעשה חייט אפי' חלה כל שש עולין לו עכ"ל ומכאן ראיה לדין פועל שזכרנו. עכ"ל הרמ"ז ז"ל. וכ' ע"ז אבא מארי הרב הכולל כמוהר"ר משה אבן דנאן זלה"ה וז"ל אחר המחי' רבתי ממעכ"ת רבותיו של הרה"ג א"ז זצוק"ל לא זכיתי להבין דבריהם. דלא דמי פועל לע"ע דהתם גופו קנוי בכסף או בשטר או בחזקה א"כ כל היכא דחלה ברשותא דמאריה חלה משא"כ הכא. ואשתמיטתייהו ש"ס דילן קידושין ד' טו"ב ע"א תוס' ד"ה חלה וכו' וז"ל יש שהיו רוצים לומר שאותן מלמדי תנוקות אם חלו חצי זמן כמו כן לא ישלימו כמו ע"ע וקשה

וכו' וא"כ מלמדי נמי אם חלו לא יקחו אלא מה שהרויחו דאין לדמותם כלל לע"ע דע"ע גופו קנוי לאדונו הלכך חלה שלש אינו חייב להשלים דאי' לעשות מלאכה יותר מיכולתו אבל מלמד אין גופו קנוי אלא שכר עצמו ללמד עד הזמן וכשאינו יכול להשלים לא יטול אלא מה שהרויח עכ"ל. ופסקה מור"ם במפה סי' של"ג ס"ה וז"ל ומיהו א"צ לשלם להם כל שכרם רק מה שעשו וכו' אבל בלאו הכי מנכה לו כל ימי חוליו או אונסו אע"פ שלא חזר בו הפועל וכו' וכ"ש וק"ו בנ"ד שהתנה עליו המשכיר שכל זמן שיעכב עליו לעשות מלאכתו שישלם חוקו אחר זמנו ועי' להש"ך ס"ק כ"ה ודו"ק. עכ"ל א"א ז"ל:

ואנא חלא בר חמרא דלגבי אבא בתר דמחוינא קידה כדת וכשורה. עד שיתפקקו כל חוליות שבשדרה וגופא בתר רישא תחת כבודו יק"ד יק"ד עד עולם תוק"ד ואחר בקשת המחילה רבה ונשיקת הרצפה. אציע לפניך אך דרך קצרה מלי מעלייתא דאמור רבנן בהאי דינא. דהרבה סברות ודעות חלוקות נאמרו בדבר זה והוא דמה שהוצרכו התוס' ז"ל לחלק כן. הוא משום דקשיא ליהו. דאלו בפ' האומנין דע"ז אמרי' היכא דאניש שכיר או קבלן אינו נותן לו אלא שכרו שלפני האונס. ובפ"ק דקידושין ד' י"ז אמרינן עבד עברי שחלה שלש ועבד שלש אינו צריך להשלים. ולזה חילקו בין שכיר ומלמד לעבד עברי. דשאני עבד עברי דגופו קנוי לאדונו משא"כ שכיר ומלמד:

והרא"ש ז"ל כ' בפ' האומנין וז"ל תירץ רבינו מאיר ז"ל דהתם מיירי כשקבל העבד כל שכרו דאם נתן לו האדון לא ישלים ואם לא נתן ישלים. ול"ן דהתם מיירי כשחלה שלש ועבד שלש דכיון שאחר חוליו קבלו בעה"ב למלאכתו ולא אמר לנכות לו מה שחלה מסתמא מחל לו. אבל הכא שהחולי היה בסוף זמנו אין הוכחה שמחל לו ע"כ. והריטב"א ז"ל בפ"ק דקידושין כ' כאשר ראיתי דבריו בהש"ך ח"מ סי' של"ג ס"ק כ"ה וז"ל חלה שלש אינו חייב להשלים ואע"ג דאמרינן בפ' האומנין דפועל או קבלן שחלה אין לו אלא שכרו במה שעשה ובטלת חוליו לעצמו לא דמי פועל לע"ע דאלו פועל או קבלן השכירו בעה"ב למלאכה זו על דבר ידוע נוטל שכרו וכיון שלא עשאו אף על פי שחלה או נאנס אין לו אלא שכר מה שעשה לפי חשבון אבל עבד עברי לא נשתעבד לו לעשות דבר ידוע אלא נשתעבד לו שיכופוהו למלאכתו לומר שכל מלאכתו תהא לרבו ולפיכך אם חלה ולא עשה כלום נסתחפה שדהו של אדון וזה נכון וברור עכ"ל ונראה דבפועל אפי' השכיר עצמו לכל מלאכות מ"מ כיון דאין גופו קנוי לו שהרי לא נקנה לו בכסף ובשטר וחזקה כקנין העבדים אין לו אלא לפי חשבון אלא אורחא דמילתא נקט הריטב"א דמסתמא כשמשכיר עצמו לכל המלאכות מקנה את גופו בכסף או שטר וחזקה. ע"כ:

וחזיתיה להרב מהר"י אלגאזי ז"ל בס' שמע יעקב פרשת נח שהשיג על הש"ך ז"ל וז"ל ודעת הריטב"א שלא כדעת התוס' דס"ל דפועל אין גופו קנוי אלא אף פועל היכא דשכרו סתם לכל מלאכה גופו קנוי וכ"כ בפירוש בפ' האומנים שם בסוגייא דשכיר שנאנס שכ' וז"ל והיינו כששכרו למלאכה ידועה אבל אם שכרו לעשות כל מלאכה דינו כמו ע"ע והש"ך בסי' של"ג רצה להשוות דעת הריטב"א עם דעת התוס' דפועל אפי' השכיר עצמו לכל המלאכות אין גופו קנוי והוא לא ראה דברי הריטב"א בשיטתו דדעת שפתיו ברור מללו דפועל נמי גופו קנוי ולא שאני לן בין עבד לפועל כל ששכרו לעשות כל מלאכה וההיא דנאנס שכיר דאין לו אלא שכרו איירי כששכרו למלאכה ידועה דמנכין לו. ע"כ: **ועי"ע** בפרשת וישב שתמה עוד וז"ל ואני תמה על דברי הש"ך איך רצה להשוות דעת הריטב"א עם דעת התוס' דס"ל דפועל אין גופו קנוי. ולא היא שהרי הריטב"א גופיה בחידושיו פ"ק דבב"מ עלה דאמרינן התם ד' יו"ד פועל כיד בעה"ב כ' בהדיא דפועל גופו קנוי לבעה"ב כמו דע"ע וז"ל אמר ליה שאני יד פועל דידו כיד בעה"ב והאמר רב פועל יכול לחזור בו ואם איתא דיד פועל כיד בעה"ב הא קנייה קנייא אלימתא ליומיה כדאמרינן גבי עבד כנעני שידו כיד רבו והיאך יכול לחזור בו ופרקינן דמאי דמצי הדר ביה טעמא אחרינא הוא ולאו משום דאין קניינו קנין גמור אלא גזרת הכתוב משום כי לי בני ישראל עבדים ולא עבדים לעבדים הא כל כמה דלא הדר ביה ידו כיד בעה"ב ע"כ ע"ש:

עוד כ' דלדידיה ניחא דברי הריטב"א ז"ל שלא יהא נסתר מחמתו דהנה הריטב"א ז"ל גופיה כ' בפ' הזהב ד' נ"ו עלה דההיא דשכירות יש לו אונאה כ' שם וז"ל בעי ר' זירא שכירות יש לו אונאה פי' שכירות מטלטלים קמבעיא ליה דאלו בקבולת מלאכה ושכירות פועל פשיטא דאין בו אונאה דממכר אמר רחמנא והכא ליכא מכירה כלל וכו' וזה הפך ממ"ש בפ"ק דבב"מ ובפ' האומנים דפועל גופו קנוי ולדידיה ניחא דההיא דפ' הזהב איירי כשהיה השכירות לדבר ידוע דאין גופו קנוי. אבל לשיטת הש"ך דאין חילוק לדעת הריטב"א ז"ל בין פועל לדבר ידוע לפועל שהשכירו לכל מלאכה והריטב"א ארחא דמילתא נקט דברי הריטב"א סתרי אהדדי ע"ש:

ובהורמנותיה דמ'ר אנא אמינא לדידי חזי לי לישב מאי דקא מתמה מ'ר על ה' הש"ך ז"ל דאפשר דאף הוא ראה את דברי הריטב"א ז"ל דפ' האומנים שכ' דהיינו דוקא כששכרו למלאכה ידועה. אבל אם שכרו לעשות כל מלאכה דינו כמו עבד עברי. אלא דמוקי ליה דהתם נמי איירי באורחא דמילתא. דמסתמא כשהשכיר עצמו לכל מלאכה הקנה עצמו

בכסף או שטר וחזקה. ולזה כ' בפשוט שדינו כמו עבד עברי. אבל היכא שלא הקנה עצמו בכסף וכו' אף דהשכיר עצמו לכל מלאכה לא הוי גופו קנוי ולא הוי כמו עבד עברי:
וההיא דפ"ק דבב"מ נמי בהכי מוקי לה. דההיא ברייתא דמקשה מינה ומשני שאני פועל דידו כיד בעה"ב. מיירי בשהשכיר עצמו לכל מלאכת בעה"ב וכדפרש"י שם. והמקשה ס"ל דאף דנימא דהך ברייתא איירי אף כשהקנה גופו בכסף וכו' משום דהכי אורחא דמילתא שכן עבדי פועלים כשמשכירים עצמם לכל מלאכה. אפ"ה ס"ל להמקשה דבזמן הזה אין גופו קנוי. וכדעת הרמ"ה ז"ל שהב"ד רבינו בעה"ט יו"ד ה' עבדים סי' רס"ז דס"ל דכיון דקי"ל. אין עבד עברי נוהג אלא בזמן שהיובל נוהג לכך בזמן הזה אין גופו קנוי והמתרץ ס"ל דאף בזמן הזה הוי גופו קנוי. והא דקי"ל אין עבד עברי נוהג אלא בזמן שהיובל נוהג. ההיא לענין דיני עבד לצאת בשש ובסימנים או להתירו בשפחה. אבל מ"מ גופו קנוי וכדעת הרטב"א גופיה בשם רבו שהב"ד רבינו הב"י שם ע"ש. וס"ל ג"כ דלא מתוקמא ההיא ברייתא אלא במה שהוא אורחא דמילתא ולכך משני שאני פועל דידו כיד בעה"ב. והמקשה חזר להקשות להכריח סברתו מההיא דאמר רב פועל יכול [לחזור בו. דאם איתא דיד פועל כיד בעה"ב הא קנייה קנייא אלימתא. כדאמרינן גבי עבד כנעני שידו כיד רבו. והיאך יכול לחזור בו. ופרקינן דמאי דמצי הדר ביה טעמא אחרינא הוא. ולאו משום דאין קניינו קנין גמור. באופן דהסוגייא ההיא איירי כפי סתמא דמילתא שהקנה גופו בכסף כשהשכיר עצמו לכל מלאכה. ולעולם היכא דלא הקנה גופו בכסף או בשטר וחזקה אין גופו קנוי. אף שהשכיר עצמו לכל מלאכה:
וההיא דפ' הזהב ד' נ"ו שכ' הריטב"א ז"ל דשכירות פועל אין בו אונאה דממכר אמר רחמנא והכא ליכא מכירה כלל. איירי בדלא הקנה גופו ולכך לא הוי מכירה:
עוד איפשר לי לישב לדעת הש"ך דלא ליהוו דברי הריטב"א ז"ל סתרי אהדדי. ההיא דפ"ק דבב"מ ד' יו"ד וההיא דפ' הזהב ד' נ"ו. ונימא דכל כוונת הריטב"א במ"ש בפ"ק דאם איתא דיד פועל כיד בעה"ב הא קנייה קנייא אלימתא וכו' היינו למעשה ידיו. אבל גופו אינו קנוי ומאי דמסיים הריטב"א ז"ל בלישניה כדאמרינן גבי עבד כנעני שידו כיד רבו. היינו למילף דלא אמרינן ידו כיד בעה"ב אלא א"כ הקניה ההיא היא קנייא אלימתא. ולא בא ללמד על קנין גופו כלל. וקא מקשה כיון דקנהו למעשה ידיו אמאי חוזר. ומשני משום כי לי בני ישראל וכו' ומ"ש בפ' הזהב גבי שכירות פועל דליכא ביה מכירה כלל היינו דאין גופו קנוי. ולכך אין בו אונאה:
והגם דלכאורה קשה אמאי אין אונאה בשכירות פועל הא איכא מיהא קנייה למעשה ידיו. ומ"ש משכירות מטלטלים שיש בהם אונאה אע"ג דליכא ביהו אלא קנין תשמיש.

וכמ"ש הנ"י ז"ל שם בסוגייא דהזהב וז"ל והא דאמרינן דשכירות מכירה ליומי וקנייא היינו לענין שישתמש בו כל ימי שכירותו אבל גוף הדבר אינו קנוי כלל ומשום הכי אסרינן להשכיר בית דירה לכותי דכיון דגוף הבית של ישראל הוא שפיר קרינא ביה ולא תביא תועבה אל ביתך ואמרינן נמי התם כהן ששכר פרה מישראל לא יאכלנה כרשיני תרומה הרנב"ר ז"ל ע"כ:

והנה אי קשיא קושיא זו. קשיא ג"כ גם לדעת הרב מהר"י אלגאזי ז"ל דהגם דנימא דההיא דפ' הזהב איירי בשהיה השכי' לדבר ידוע דאין גופו קנוי מ"מ האיכא קנין לענין מעשה ידיו:

אכן בתר ההשקפה נראה דל"ק מידי. והוא דמה שהגיעו להר"ן ז"ל לומר דלא קנהו קנין הגוף אלא קנהו לענין תשמיש בלבד. היינו משום דקשיא ליה דבפ' הזהב גבי אונאה אסיקנא דשכירות ליומיה ממכר ואלו במס' ע"ז דף ט"ו גבי שכירות בית דירה לכותי וכהן ששכר פרה מישראל לא יאכלנה כרשיני תרומה אסיק תלמודא התם דש"מ שכירות לא קנייא. ולזה בא לתרץ דמאי דאמרינן בפ' הזהב שכי' ליומיה ממכר לאו לקנין גופו דגוף הדבר אינו קנוי. ולא קני אלא לענין שישתמש בו. והא דאמרינן התם שכירות לא קנייא היינו קנין הגוף:

והתוס' בפ' הזהב ובמס' ע"ז הקשו קושיא זו ותירצו וז"ל וי"ל דמאי דממכר קרינא ליה לפי שעה היינו דוקא לגבי אונאה דכתיב ממכר מיותר מיהו בשאר מקומות אמרינן דשכירות הוא לא קנייא. ע"כ:

ומדהוצרכו לחלק בין אונאה לשאר מקומות אלמא ס"ל דהא דאמרינן גבי אונאה שכירות ליומיה ממכר היינו שגוף הדבר קנוי ולכך יש בו אונאה. אבל אי לא קני גוף הדבר אלא תשמיש בלבד אין בו אונאה. דלא כהר"ן ז"ל דלשטתיה אין חילוק בין אונאה לשאר מקומות דבכולהו שכירות גוף הדבר אינו קנוי ולא קני אלא תשמישו בלבד. וא"כ נימא דהריטב"א ז"ל ס"ל כתירוץ התוס' ז"ל דליכא אונאה אלא היכא דאיכא מכירה בגוף הדבר. דלגבי אונאה דכתיב ממכר מיותר אמרינן שכירות ליומיה ממכר לגוף הדבר. ולכך גבי שכירות פועלים כ' דליכא אונאה כיון דליכא מכירה בגופו. לדעת הש"ך ז"ל אף בשכור לכל מלאכת בעה"ב. ולדעת מהר"י אלגאזי ז"ל בשכור למלאכה ידועה:

ועיין לה' מח"א ז"ל הלכות שכירות פועלים סי' א' שכ' והנה דעת הריטב"א בחידושיו פ"ק דמציעא גבי יד פועל כיד בעה"ב דפועל גופו קנוי לבעה"ב כמו עבד עברי. ואסופא דמילתא כ' וז"ל ועל מש"ל דפועל גופו קנוי לבעה"ב כמ"ש הריטב"א בחידושיו פ"ק דמציעא דשכירות ליומיה ממכר הוא וכו'. קשה דאיהו גופיה כ' בפ' הזהב גבי שכירות

יש לו אונאה דשכירות פועלים לא הוי ממכר יעו"ש. ונראה שהוא מחלק בין היכא דנשכר אצל בעה"ב לכל מלאכה דאז חשיב גופו קנוי דיכול לשנותו לכל מלאכה שירצה משא"כ בשוכר פועל למלאכה ידועה דאין זה חשיב קנוי אצלו. שהרי אינו יכול לשנותו למלאכה אחרת. ומטעם זה כ' איהו גופיה בפ' האומנים גבי אם שכיר הוא אינו נותן לו אלא שכרו כיון שנאנס. דהיינו דוקא כששכרו למלאכה ידועה. אבל אם שכרו לעשות לו כל מלאכה דינו כמו עבד עברי יע"ש. ע"כ. ודבריו הם כדברי ה' מהר"י אלגאזי ז"ל בהבנת דברי הריטב"א ז"ל. וקושטא הוא שכן הן פשט דברי הריטב"א ז"ל וכל מ"ש הוא לישב למאי דפירש ה' הש"ך ז"ל בדברי הריטב"א ז"ל:

ועי"ע לה' מח"א ז"ל שם שכ' שכ"כ מהר"מ בהדיא בתשו' סי' קכ"ה דפועל גופו קנוי לבעה"ב וזה נראה שהיא דעת הרמב"ם ז"ל שכ' בפ' י"ג מהלכות מכירה דשכירות פועלים אין בהם אונאה מפני שהוא כקונה אותו לזמן ועבדים אין בהם אונאה יע"ש והרא"ש בכלל ע"ח כ' שאין מחייבים ללוה שישכיר עצמו כדי לפרוע לבע"ח דנמכר בגנבתו ולא בחובו ושכירות ליומיה ממכר הוא יע"ש. שכ' דמדבריהם נראה דכל פועל גופו קנוי. ולפי דבריו גם מר"ן הכי ס"ל דפועל גופו קנוי שהרי בסי' רכ"ז ס' ל"ג הב"ד הרמב"ם ז"ל להלכה:

ואולם לכאורה יש להקשות דאיך למד הרב ממ"ש הרמב"ם ז"ל בהלכות אונאה דס"ל דפועל גופו קנוי. והלא אפי' לס' התוס' דס"ל דהא דאסיקו בפ' הזהב דשכירות ליומיה ממכר היינו דגופו קנוי. היינו דוקא באונאה משום דיש ממכר מיותר. אבל לא בשאר מקומות. וא"כ נראה דדוקא באונאה הוא דכ' הרמב"ם ז"ל שהוא כקונה אותו לזמן וכ'. אכן בתר ההשקפה פורתא נר' דלא קשה מידי דהאי ממכר מיותר לא אתא לאשמועינן אלא דשכירות ליומיה ממכר להחמיר ולומר שיש בו אונאה משום דהוי גופו קנוי אבל לא להקל ולומר דכה"ג דכ' הרמב"ם ז"ל דמשום דגופו קנוי אין בו אונאה. אלא ודאי אי לאו דס"ל להרמב"ם ז"ל שכן הוא הדין גם בשאר מקומות דפועל גופו קנוי לא הוה ליה למימר דמטעם זה אין בו אונאה:

איך שיהיה הדרן לקמייתא לס' היש שהיו רוצין שהביאו התוס' ד' טו"ב בקידושין. דהגם דמשתמען דברי התוס' דבעלי סברא זו לא עמדו בסברתם מדכתבו שהיו רוצין. מ"מ הרי מצינו רבים וגדולים סבירא ליהו כן שכן כ' המרדכי בפ' האומנין ושהרב רבינו ברוך אבי רבינו מאיר הביא ראיה מספרי ושכן כ' רבינו מאיר בתשובותיו יעו"ש. הן אמת שמהר"ם חזר בו מפי בעל החלום כמ"ש בתשובו' מימוניות השייכות לס' קנין להלכות

עבדים סי' ל"ד. מ"מ הרי כ' שכן דנין בכל צרפת וכן דעת רבותיו ושם בסי' ל"א כ' שכן היא דעת רבינו שמעון בר אברהם ע"ש:

ונמצאו לפ"ז ה' סברות בדבר וארבעה מהם הביאם הכנה"ג בתשו' סי' רי"ט ובכנה"ג חו"מ סי' של"ג בהגה"ט אות י"ו וז"ל נמצאת למד ד' סברות יש בדבר. הסברא הראשונה היא סברת יש מי שהיו רוצים לומר דמדמינן שכיר לע"ע בכל מכל כל. ומה בע"ע חלה שלש ועבד שלש בכל גוונא בין חלה תחילה ועבד באחרונה בין עבד בתחילה וחלה באחרונה אינו חייב להשלים מטעם דאנוס הוא אף בשכיר הדין כן וזו היתה סברת מהר"ם קודם חזרתו וגדולים אחרים שהובאו במרדכי פ' האומנים ומדקדוק לשון התוס' יש מקום לומר שהיש רוצים לומר כן לא עמדו בסברתם אלא שלבסוף חזרו בהם כמו שחזר מהר"ם ז"ל ואולי תוס' אחרונים הם והיש שהיו רוצים לומר הוא מהר"ם ז"ל. הסברא השנית היא סברת מהר"ם ז"ל דמדמינן שכיר לע"ע ובין הכא ובין התם היינו כשכבר פרע לו כל שכרו דאז לא ישלים ואם לא נתן ישלים. הסברא השלשית היא סברת הרא"ש ז"ל דמדמינן שכיר לע"ע ובין הכא ובין התם בחלה שלש ועבד שלש אבל בעבד שלש וחלה שלש אף בע"ע חייב להשלים וה"ה ג"כ השכיר. הסברא הרביעית היא סברת התוספות דלא מדמינן שכיר לע"ע ובכל שכיר בכל גוונא אפי' חלה שלש ועבד שלש חייב להשלים דלא דמי שכיר שאין גופו קנוי. לע"ע דגופו קנוי ע"כ עש"ב. הסברא החמישית היא סברת הריטב"א ז"ל דשאני ליה בין שכיר למלאכה ידועה לשכיר לכל המלאכות:

ויש לתמוה על הרב הכנה"ג איך לא מנה סברת הריטב"א ז"ל עם שאר הסברות. ומה גם שהוצרך הרב בנד"ד שראובן שכר לשמעון להיות סופר שלו ע"פ פנקס שלו כמנהג הסוחרים שיש להם סופרים כותבים כל חשבונותיהם הכניסה והיציאה וכל דבר דמצטרך לכתוב ונדר ראובן לתת לשמעון בעד שכר טרחו סך מה לשנה ונאנס בתוך השנה ודורש דמים מראובן כל שכרו מושלם. וע"ז השיב הרב אחר שהביא ד' סברות הנז' ששורת הדין נותן שיכול ראובן שהוא מוחזק לומר קי"ל כתוס' ומהר"ם ז"ל שלדעתם בנדון שלו אין חייב ראובן לשלם לשמעון כל שכרו מושלם אלא שיעור שמושו. מטעם דלא ילפינן מע"ע ולמהר"ם ז"ל מטעם דלא נתן לו כל שכרו ואע"פ שהם מחולקים בטעמים מצטרפים להשען המוחזק בסברתם יעו"ש שהביא להקת הפוס' שכתבו כן ע"ש. ואמאי הוצרך לכל זה והלא היה לו להביא סברת הריטב"א דס"ל בפשוט דכשהוא שכור למלאכה ידועה כנדון דידיה ששמעון היה שכור למלאכה אחת שהיא מלאכת הכתיבה דאין גופו קנוי כדעת התוס' ויכול לומר ראובן המוחזק קי"ל כהתוס' והריטב"א

ז"ל דכולהו ס"ל דבנ"ד אין גופו קנוי ולא דמי לע"ע. ואולי לא זכר שר את דברי הריטב"א ז"ל כעת וישכחהו:

מעתה נדעה נרדפה לדעת דעת מור"ם ז"ל בסי' של"ג ס"ה שכ' וז"ל ומיהו אינו צריך לשלם להם כל שכרם רק מה שעשו וידם על העליונה ואם חזר בעה"ב וקבלן לאחר שעבר האונס סתם וחזרו ועשו אח"כ מלאכתן צריך לשלם להם כל מלאכתן ואינו מנכה להם כלום. אבל בלאו הכי מנכה לו כל ימי חליו או אונסו אע"פ שלא חזר בו הפועל. וה"ה למלמד שחלה שמנכין לו דמי חליו ומיהו אם כבר קבל הפועל או המלמד שכרו י"א דאינו צריך להחזיר ע"כ. ולפום רהיטא נראה דעירוב פרשיות כתוב כאן שהרי מ"ש ואם חזר בעה"ב וקבלן וכו' היא ס' הרא"ש ז"ל דס"ל דכל שעשה אחר האונס מסתמא בעה"ב מחל ואפי' אכתי לא קבל שכרו צריך הבעה"ב ליתן לו ולדעת מהר"ם דמחלק בין קבל שכרו ללא קבל אינו חייב ליתן לו. ואח"כ כ' אבל בלא"ה וכו' ומיהו אם כבר קבל הפועל וכו' י"א דאינו צריך להחזיר שהיא דעת מהר"ם ז"ל. ולדעת הרא"ש ז"ל אף דקבל שכרו צריך להחזיר כיון שנאנס לבסוף דליכא הוכחה דמחל. דמהר"ם והרא"ש ז"ל פליגי בין כשנאנס בתחילה וקבלן אח"כ בין כשנאנס בסוף. וא"כ אמאי מור"ם זכר עשה לס' הרא"ש ז"ל כשנאנס בתחילה וס' מהר"ם כשנאנס בסוף. ועי' הט"ז שם שתמה כן על דברי מור"ם הללו. וכ' שכמדומה לי שהרב רמ"א לא עיין בדברי הרא"ש פרק האומנין בזה דגם הב"י לא כ' מראה מקום בזה. רק ראה דברי הרא"ש שהביאום רבינו ומדברי רבינו מאיר ראה במרדכי ובתשובות מימון ע"כ לא הרגיש שהם חולקין אהדדי וכו' יע"ש:

ואפשר לומר דדעת מור"ם ז"ל דמהר"ם לא פליג אהרא"ש ז"ל. וגדולה מזאת מצאנו דאיכא דס"ל דכלהו רבוותא היש מי שהיו רוצים והתוס' ומהר"ם מודים להרא"ש ז"ל הב"ד הכנה"ג בסי' של"ג ובתשו' סי' רי"ט הנ"ל. והגם דכנה"ג דחה דבריהם כאשר יראה הרואה שם. הרי כ' שם דאפשר דהרא"ש ומהר"ם לא פליגי ע"ש. ובזה צדקו דברי מור"ם ז"ל דכ' ואם חזר בעה"ב וקבלן וכו' צריך לשלם להן כל מלאכתן כס' הרא"ש ז"ל. דגם מהר"ם לא פליג עליה ושוב כ' אבל בלאו הכי וכו' ומיהו וכו' י"א דאינו צריך להחזיר שהיא סברת מהר"ם ז"ל וכ"ז הוא דוחק דפשטן של דברים נראין דמהר"ם והרא"ש ז"ל פלגן בהדייהו:

איך שיהא הרי מבואר דדעת מור"ם ז"ל לפסוק כהרא"ש ז"ל מדסתם כוותיה. וא"כ אם נאנס תחילה וחזר בעה"ב וקבלו מסתמה מחל וצריך לשלם לו כל מלאכתו ולא מנכה לו כלל. ואפשר שגם המעשה שבא לפני רבותיו של הרה"ג הרמ"ז כמוהרר"ש אבן דנאן

זלה"ה שקבלו הבעה"ב להפועל אחר חליו בסתם ולכך פסקו שחייב ליתן לו שכרו מושלם. והגם שבימיהם לא היתה קבלת מר"ן. ומור"ם דקדמונים נינהו. וא"כ היה להם לפטור הבעה"ב מכח הקי"ל. מ"מ בימיהם על הרוב היו פוסקים כהרא"ש ז"ל כמפורש בפסקי הרא' זיע"א ולא היו תופסי דגל הקי"ל ועי' בס' התק' הנדפס סי' ק"א. ואפי' תימא דלא כך היה המעשה. אלא שהחולי היה לבסוף. וא"כ לס' הרא"ש ז"ל מנכין לו מאחר שהאונס היה לבסוף. וכן הדין נותן לדעת התוס' ומהר"ם ז"ל. להתוס' מטעמא דפועל אין גופו קנוי ולא הוי כמו ע"ע. ולמהר"ם ז"ל מטעם דלא קבל שכרו. מ"מ הרי רבים וגדולים ס"ל כהיש מי שהיו רוצים שהביאו התוס'. הלא הם רבני צרפת ורבותיו של מהר"ם ורבינו שמעון בר אברהם ז"ל וסייעתם דמדמין פועל לע"ע בכל מכל כל. ולצד שנאמר שהפועל ההוא היה שכור לכל המלאכות הרי גם הריטב"א ז"ל בהדייהו. והא ודאי דמאורי אור עיני קדשם חזו בכל דברי הפוסקים הנז' בעינא דשפיר חזי. והמה בחרו שיטת היש מי שהיו רוצים וסיעתם. והגם דמשמעות לשון התוס' דהיש מי שהיו רוצים לא עמדו בסברתם וכמש"ל משם הכנה"ג מ"מ הרי כמה רבוותא דס"ל הכי ולא מצינו שחזרו מסברתם. וכ"ז לדידהו. אבל לדידן כבר קיימו וקבלו עליהם אבותינו ורבותינו הוראות מור"ם ז"ל היכא דלא פליג אמר"ן ז"ל בב"י ובש"ע ואין לנו לזוז מדבריו דבתריה גרירנא. ותל"מ וצוויי"מ וימ"ן הכ"ד החו"פ פאס יע"א:

ע"ה שלמה אבן דנאן ס"ט