שו״ת · אחרונים

ויוסף אברהם

רבי אברהם דיין

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

ויוסף אברהם

רבי אברהם דיין

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/ויוסף-אברהם/
הקובץ נוצר ב־19 בנובמבר 2026 מגרסה v38-202611162349 של הספרייה.

תוכן העניינים

הקדמת המחבר 11
סימן א 13
סימן ב 32
סימן ג 44
סימן ד 66
סימן ה 72
סימן ו 76
סימן ז 81
סימן ח 89
סימן ט 94
סימן י 98
סימן יא 112
סימן יב 126
סימן יג 130
סימן יד 146
סימן טו 168
סימן טז 172
סימן יז 184
סימן חי 191
סימן יט 198
סימן כ 204
סימן כא 210
סימן כב 216
סימן כג 228
סימן כד 237
סימן כה 250
סימן כו 288
סימן כז 304
סימן כח 311
סימן כט 321
סימן ל 332
סימן לא 340
סימן לב 346
סימן לג 359
סימן לד 362
סימן לה 365
סימן לו 378
סימן לז 382

הקדמת הרבנים המובהקים מאירים בברקים היושבים על כסא ההוראה רבני אר"ץ יע"א ובראשם שבם הרב המופלא כמה"ד נר"ו

מאן בעי חיי. הכל לאתוויי. הן עם אחד ישראל לסגולתו:

תורה בקרן זוית מונחת. ואת כל ונוכחת. כל שהתיבה קולטתו:

וכל הרוצה ליטול יבוא ויטול הפוך בה. לזאת יקרא חפצי בה. משכים ומעריב לעבודתו:

רבותא למיבעי בעיי. ובתורתו יהגה אפריין נמטייה. עבודתו מחנכתו:

עץ חיים היא למחזיקים. בתורה ובחקים. ועמך כולם צדיקים. תורתו קבע ועראי מלאכתו:

ולא הלך בפעם בפעם לקראת נכ'סים. אף שהוא מרובה באוכלוסים. בהשכמה עלה לעסוק בתורתו:

כי מה יתרון לאדם בכל עמלו. לאצו'ר איסר ולא לו. והוא נכוה בגחלתו:

לעשות לו שם כשם הגדולים. בית והון ועליות מרווחות ומגביה שפלים. והוא פתאום יבוא אידו ורוח קמעא עוכרתו:

ויאמר עשרתי. והון רב מצאתי. צוברן ומניחן בבית גנזיו ואפילו על עצמו מקמץ בעיסתו:

ולא ידע כי לעצמו בור כרה. ובנפשו הוא חובל ועושה עקירה. כי כל המשתייר לית ליה ביה זכיה בעת אשר יגיעו ימי קצירה. ועמדו זרים ואכלו את יגיעו ואת תבואתו:

וטוב לגבר כי ישא עול התורה. כי נותנת לו אחרית ותקוה שבחא ופירא. צדיק יחיה באמונתו:

ובתורת ה' חפצו. עד עת בוא קיצו. היינו דאהניא ליה והבא ליטהר מסייעין אותו:

מן שמיא מיהב יהבי. ח' עדיף מנביא. הנה שכרו אתו ופעולתו:

זכה מוסיפין לו ויקח **אברהם מאן** דלביש מדה. לתורה ולתעודה. חדש'ה במוע'דה. בשבחא דאתי ממילא שבחוהו רבנן:

כי מסיני הם נתונים. הלא לאלהים פתרונים. רחמנא ענינן:

מקבלה ואילך כל אחד כשיעוריה. ומוציא כלי למעשהו משופריה שופריה. רבותא אתא לאשמועינן:

והיד כותבת קמא קמא דמטי לידיה. מהדר תלמודיה גריס ביני עמודי. אשר קבלה נשמתו האלהים אשר חנן:

ובזאת יתהלל המתהלל העושה ביתו אוצר חכמה. להבין דבר מתוך דבר גבור ואיש מלחמה. כל ימי היותו על האדמה. לחם שערים ובתבונה יתכונן:

רודף אחריה פתאום נודד הוא ללחם איה לכו לחמו בלחמי חדוותיה

הקדמת רבני אר"ץ מסתייה. אשרי מי שעמלו בתורה בהא סלקינן ובהא נחתינן:
אף שמיו. יזלו בשמיו. ויאמרו לו חכמיו. כל מין דין סמוכו לנא מדוע אחרו פעמיו.
שמנו אגור בתוכו זית רענן:
מאשר שמנה לחמו. טעמו ונימוקו עמו. כל חיך שטועמו. מתניתא דמר מתנינן:
לחם חמודות. מדובר בו נכבדות. וקבע את קובעיהם גם במדרשים ואגדות. אי משכח
רברבי שקיל ואי משכח זוטרי שקיל עושה אותם אגודות אגדות. בקומתן ובצביונן:
יוצאה בסימנים. ומראה להם פנים. מינים ממינים שונים. ובצל שדי יתלונן:
העמק שאלה. דגמר לה לה. זכה למעלה תבענה שפתיו תהלה. אף אנן נמי תנינן:
חזו מאן דקמן. מעשה ידי אומן. זרע המיומן. דחיל ומוקיר רבנן:
אחד היה **אברהם מאן** דבעי למיחזי. מה נאה אילן זה. עינא דשפיר חזי. כל העם עונין
אחריו תוכו רצוף אהבה:
כי ישאל איש מעם רעהו ספיקא דדינא. עמד וימודד אר"ש דרך לימודו קרא ושנה. קורא
ופושט הפותח יד בתשובה:
ברוך מרחיב אמרות טהורות. כסף צרוף באות סדורות. לשלם במיטבא:
לן בעומקא. עד דאשכח פרוקא. ומוציא כאור צדקה. מעשה ידיו כוננה גדולה תשובה:
שט בים התלמוד בדרישה וחקירה. עבד לחם רב עד דאשכח הלכה ברורה. כהווייות
דאביי ורבא:
וידו אוחזת בעקב הפוסקים. גדולים צדיקים. ומהם מוציא משפטים וחקים. מפני חומר
שבה:
דקביע ליה עידניה. זה דרכו כל הימים וכתב לו את משנה. לילה כיום יאיר לא זז
מחבבה:
ואסף איש טהור כמה הילכתא גברוותא. נפק דק ואשכח מהני מילי מעלייתא. אתיא
זכירה זכירה לא תחסר כל בה:
מנ"ר הרב הכולל בישראל להלל כמה"ר **אברהם דיין** נר"ו כל שישנו בחיבורין. עומדין
ומזהירין. ולנפש הם מאירים. כל חיך שטועמו ברבות הטובה:
וכבר השמש יצא על הארץ בספריו הנחמדים. ויד הכל ממשמשת בהם חכו ממתקים
וכלו מחמדים. ששון ושמחה ימצא בה:
ג' ספרים נפתחים. ובעיני העם הם משובחים. ובתורתו יהגו ליוצא ולבא. ואתיא תוך
תוך כמה תשובות את מי יורה דעה. והיום הוסיף על השמועה הכי קרא שמו **ויוסף**
אברהם ולא יקרא חפצי בה:

ואת שם השני קרא **טוב טעם** אשר פריו יתן בעט'ו אמור רבנן בטעמא. נותן טעם לשבח בתורת ה' תמימה. טעם כעיקר יוצאה בהינומא. שפתותיו שושנים נוטפות מר עובר במדב'ר בערב'ה:

הא כמה שני שמעתתיה בעלמא. על אחת כמה וכמה. ידע את מקומה. דאכיל דלאו דיליה מסיני בא:

שנה ופירש ברוח מבינתו. לפי מקומו ושעתו. מתוקים מדבש דבסים מחלבא:

ובטובו מחדש לחדשי'ו יבכ'ר להשביע נפש שוקקה. חק חקה. ודתא נפקא. אף שהקיפוהו חבי'לי טרדי'ן שנה אגב דוחקא. אף הוא ישיב לא תחסר כל בה. משכים לעבודתו. לעסוק בתורתו. וישכם **אברהם מאן** דצלי בבקתא דדחיקא ליה שעתא מהדר אמרירותא. ישראל אמרו ויחנו בחסי'רות:

אנא ה' הושע את עמך מתחת סבלות. ויאכלו את ישראל בכל פה להתעולל ברשע עלילות. עיני כל ישראל עליך להתיר את הצרות:

השקיפה ממעון שמיך. על זרע אברהם רחומך. מוציא אסירים בכושרות:

עד מה ה' תאנף לנצח יציבא בארעא. וגיורא ברקיעא. משחקת לו השעה. והן עם אחד עמוס התלאות ואת כל הקורות:

שלח לנו אבינו. ה'ן משיח לישראל מלך ביופיו תחזינה עינינו. ישמח ישראל בעושיו בני ציון יגילו במלכם אבוא בגבורות:

ואסף נדחי כרועה עדרו ירעה. אל קדוש ישראל ישעה. ייתי ונחמיניה בבית ה' בחצרות:

אל מקום המזבח שם יזבחו זבחי שלמים. תמידין כסדרן ומוספין כהלכתן ומתן דמים. וכהנים בעבודתן ולוים בדוכנם ונתנו ידידים זמירות:

ושה פזורה. הוציאם מאפלה לאורה. ושא נס במהרה. ביום בו בשורות. ני'סה את **אברהם** כה דברי החותמים פה אר"ץ יע"א בחדש טבת דהאי שתא בשנת ויתן לך את **ברכ"ת אברהם** ברוב עוז ושלום:

הצעיר **חיים מרדכי** הצעיר **רפאל שלמה** הצעיר **שלום לבטון נחמד כאסכי ס"ט ס"ט ס"ט הקדמת בן הרב המחבר. משה ידבר. החכם השלם**

והכולל נר"ו בן אברהם אבינו קטן העובר לפני התי'בה עניא קרי אבבא העני עומד בחוץ. והנה נער נצב פתח השער יקום והתהלך בחוץ. אפתחא אהדורי אזיל ויתיב בשערי פעם בחוץ. וכן אתה מוצא חבר נכנס והדר יוצא ברוך ה' למה תעמוד בחוץ. ברא דנפיק רובץ ב'ן המשפתים וסוגרו דלתים כל השערים ננעלו חוץ. אין למדין מן הכללות אפי' במקום שנאמר בהם חוץ. הני מילי בבית ראשון היה בארש חו'ץ. אימא סיפא הא במילי דביתא דברים הבאים מחוץ. מע'רב ר'ב קא אתו בכל מער'בין חוץ. צורת הבית

ותכונתו מוצאיו ומובאיו היה נותן בהם סימנים אבות על בנים מבית ומחוץ. תולדה **ואב בן** הילוד רוח היא באנוש יושב בסתר עליון ושם חביון טשי בעליתא. מחזה שדי יחזה מאחז פני כסא היינו רביתא. דמי לבר אלהין צבא השמים וכסיליהם סוד שרפי קדש רומ'י רבתא. בו בפרק עשה בה מאמר דאפיק משמע כרוזא קרי קל קרנא משרוקיתא. קומי צא'י את הנער דעייל בב'ר די תנסבן לכל גבר אתר דמארי ביתא. האי עולימתא שפירתא. דאשתכחת באחמתא. תשיב אמריה קשיא הלכ'תא. בי אדוני למה הרגזתני לעלות דנפיק לקרייתא. בעדן גן אלהים הייתי מושב אלהים ישבתי סגניא ופחוותא. כאן במחנה שכינה מלכותא ורבותא. משלחן גבוה קא זכינא משופרי שופרי ורבו יתירתא. למה תעמוד בחוץ ונזנח מעדן דאית ליה מעבר'תא. ופרשת כנפיך על אמתך לעולם היא ברשות **האב בן** פוטי שפטפט כבן המתחטא. לאמר אלהים עזבו ויגרש את האדם דהוה ממונה אניטי. בעלילה באת זו הוא שימת עין לשים נדיבים חובקי אשפתות מאיגרא רמא לבירא עמיקתא אילן שנופו נוטה. אם בניך חטאו לך ותשלחם ביד פשעם שקול טאטא וטאטי. נשמת כל חי טהור דמעיקרא מזוקקת שבעתים מכל סיג וחלאה אשר לא פנה אל רהבים ושטי. למה וירץ נח'ץ עלי דרך למיחש ליה מבעיא גזירה שמא יטה. האי עלמא דשקרא מאי בעי ומאי שיאטיה. שופט כל הארץ ידין עמים בצדק בבא מחמת טענה צדקו יחדיו משפטי. ודין הוא למדין ואין משיבין דלא מצו לאשתמוטי. שכינה קדמא ואתייא ורב חסד מטה. ודיו לעבד להיות כרבו ולא עדיף מגברא דאתי מחמתיה אין חוששין לזרע **האב בן** פר'ץ עליך פר'ץ ק"ו פריצא אין הנדון דומה. לא ראי זה כראי זה אדמויי ולא אדמי. הניחא לר'ב דלא חייש לאונסא דאורחא ואזדא לטעמיה. דעאל בשלם ונפק בשלם טהור קדש ונהורא עמיה. בקדושתיה קאי ודין קיומיה. בן כסיל מועד להזיק כולהו תנויי בנזיקין ומתנינן בעוקצין דין מרומה. ויעשה מה שלבו חפץ דעבד לגרמיה. המטים עקלקלותם שבתם וקימתם לרע ירוצו האונס והמפתה לסטאה בלסטאותיה משלחי גלימי. ולא חייש מר לקלקולא היכא דשכיח היזקא זמנין דמתרמי. נמצאת מכשילן לעת"ל בקום למשפט אלהים ויקצוף המלך מאוד ויחר אף **אליאב בן** אדם יש לפניו שתי דרכים תרתי משמע הנהו תרי שבילי. לאחד קראתי חוב'לים דרך כבושה שכבשוה לסטים עשו שטים וארח לחברה עם פועלי. יתיצב על דרך לא טוב יצר סמוך נצב לשטן לו להטותו הדרך דמטפס ועולה. אכול ושתה יאמר לו עלמא דמיא לבי הלולי. נפש רשע אוותה רע תפר יראה ותגרע אלו דברים מקולי. ויאמרו לאל סור אני ארבה ולא אסור איש ממנו לא יכלה. הא דאיכא דרכא אחרינא לאחד קראתי נועם דרך החיים מסילת ישרים רב גובריה ורב חיליה. הולך בתום וחסיד בכל מעשיו בכתם

פז לא יסולה. מלא יראת אלהים בכל פנות שהוא פונה בהדי פני'א דמעלי. ושוטים שקלקלו יאכלו מפרי דרכם והנפש החוטאת היא תמות קוצים הוא מכלה. איש בחטאו יומת לא יומתו אבות על בנים ובן לא ישא בעון **האב בן** מביש נבהל להון ואץ להעשיר יצבור כעפר כסף דעייל ונפיק אזוזי דעתיה אפרוטה. דורש דמי'ם אותם זכר מצדות סלעי'ם ונבון תחבולות יקנה להיכן דעתו נוטה. זה דרכם כסל למו התאוו תאוה קופרא טבא לפומא בשרא וכווריי מלח שיבוטא. בכרי'סיה טריד חוליא וחורפא אוכלא דאפ'רת וכל עוף למינו מנין לשחיטה. שות שתו הסח'רה לעס'וק אהב מערים אדם על תבואתו חטים בערי'מות מעייל פילא בקופא דמחטא. הלא ימצאו יחלקו שלל צבע רקמתים בוץ וארגמן סדינא בקייטא. טעו בעשרם ובנו עליות מרווחים משכנות מבטחים אתר די שמיה קוש'טא. יצאו בפעלם מבקר לערב יוכתו שעוסקין בחיי שעה להחיות להם לפליטה. יצבור ולא ידע כי כלת'ו היא ישוב עמלו בראשו ולא יועיל הון ביום עברה ועמדו זרים בסל'ע המחלו'קות חלקת בית **אב בן** צדיק דגמ'יר וסביר זהבים מעביר אין כסף נחשב מקנה וקנין. עושה כדי חייו באוכל להשיב נפש פורתא מסעד סעיד כדי לעשות כלכ'ול מכלכל דבריו במשפט במדה ובמשקל דבר שבמנין מתעסק בקדשים לכל דבר שבקדושה עושה גדולות מצות חבילות כחדא נפקין וכחדא שריין. דאזיל מוטב כל מעבדוהי קשוט ואורחתיה דברים על בוריין. הא במילי דשמיא דידע לרצויי למאריה הולך בתום רב פעלים רוב בנין ורוב מנין. מילין לצד עלאה ימלל בונה עולמות בני'ות ברמ'ה באמ'ת הבנ'ין. ופעולתו לפניו לעולם שכולו טוב בית אל ימצאנו בעלמא דאתכסייא הני דמכסיין ליה גליין. ונפשו לו חיה לאור באור החיים כי הייתי לישראל **לאב בן** חכם הולך את חכמים הא למגמר הא לאגמורי הלכות גדולות חמורות וקלות לשון מדברת. משכים ומעריב לבתי כנסיות ולבתי מדרשות נכנס ראשון ויוצא אחרון משל לשפופרת. יושב אהלים בד"א של הלכה משנה ערוכה קורא ופושט כאגרת. למדין ומשיבין ת"ח מנצחים זה את זה וממילא רווחא שמעתתא ויורו המו'רים בין דין לדין בין אדם לחבירו ובין איש לאשתו זו אסורה וזו מותרת. אחד חכם נכספה וגם כלתה נפשו לחבר את האהל בחיבורין שנו כאן עשות ספרים מקצה בחוב'רת. ושמעתתיה ליבדרן בקצוי ארץ יפוצו מעיינותיו חוצה תורה מחזרת. בן חכם ישמח **אב בן** הייתי לאבי אב בחכמה מתיר איסו'רים כי פגע באיסור ערוה קס'תו דרך ויכוננה כדי להתיר אשה על בעלה. ואשה שהלך בעלה לאי אפנויי מופנה היינו עזובה סורה וגולה. עדים דמפקי לקלא. מוציא אסירים בכושרות מושיב יחידים ביתה יש מי שהולך אצל זיווגו שחיברו היו'צר מתחילה. וכי ינצו אנשים מדיינים סוחרים על עסקי רי'בה טרח וכתב

לה. צלל במים אדירים והעלה. דברים המחוורים כשמלה. מק"ו ומג"ש ומבנין **אב בן** זכאי באמירתו לשון הקדש שקדשוהו שמים כל העם עונים אחריו מקודש מקודש בכל פה ובכל לשון. לשון של זהו'רית נת'ן צוצי'תא מזוקק שבעתים כסף נבחר לשון. לשון חכמים נופת צופים סמא דחיי מעלה ארוכה מרפא לשון. לשון תורה לחו'ד מעשה חידו'דים חד'ד ותי'מה יתו'ר נפי'ש יתרון לבעל הלשון. לשון לימודים בחכמה יסד אר"ש תריץ ואימא הכי אמרו לבעל הלשון. זה בנה **אב בן** משכיל רבי יתקרי אתמחי גברא ואתמחי טעמא חמרא וריחיה דמעלי טפי. חותם תכנית מלא חכמה וכליל יופי **הולך תמים** אבי יתומים ודיין אלמנות משום תקנת עגונות אשר יראה הצופה. והריחו ביראת אלהים **פועל צדק** והכה אר"ץ בשבט פיו במת'ק ודשן במיטב הארש משתעי בלשון חכמה משום דרכי האמו'רי חרו'ז חדש בעל פיפ'יות אחד בלב ואחד בפה. ותורה מונחת בקר'ן זוי'ת שהיו מצויינים שם עם נקו'דות הכס'ף דילמא אתי לאחלופי. כנז'ר יעיר קינ'ו תבנית כל רמ"ז הרומ'ז על הארש ודבר בעט'ו יפה. וישימה לחק **זכרון** לבני ישראל האי מאן דבעי למהוי חסיד לקיים מילי דאבו'ת שמור מצותיו וחיה מתוק **לנפש** ומרפא. לכו חזו מפעלות יוסף תהלות אר"ש זבת חלב ודבש על ערב'ים בתוכה ערבים על שומעיהם **כשיר חדש** נעים אף יפה. דורש כת'רי אותיות תל שכל פיות **בטוב טעם** ודעת מטעם המלך וגידו'ליו גידולי הקדש פרפראות לחכמה קב ונקי בי"ג נפה מנופה. ואלה מוסיף על הראשונים **ויוסף אברהם** מה הראשונים מסיני חזרו ונשנו בערבות **מ'אב בן** פורת פרי צדיק עץ חיים שטעם עצו ופריו שוה רב חיליה ורב גובריה. פלא יועץ וחכם חרשים בנן של קדושים אבי עד שר שלום עין ראתה ותעידהו אזן שמעה ותאשרהו ר'ב באישו'רי. כת'ר לי זעיר עט"ר וצניף תפארתי אב המון קנה וקנמון הרב הכולל בישראל להלל א"א הרא"ש נר"ו מגדולי רומ'י נטע נעמן זר"ק זרוק חוטרא לאוירא קאי אעיקריה. זרע המלוכה מלכות ב"ד שלשלת יוחסין ונצר משרשיו יפרה. כל שזרעו מיוחס אחריו גזע היחס והמעלה חוטר מגזע ישי מרן מלכא **דוד המע"ה** נז"י הבוחר בשירי. כאשר ידוע ומפורסם בכל תפוצות ישראל וכתוב וחתום בס' יוחסין אשר בידינו מימות ר' משה הנשיא זל שהוא קרוב שנים ואבימ'לך נר"ו דור שמונים מדוד המע"ה נשיא בית **אב בן** מי זה העלם מבין ריסי עיניו ניכר סימן דלא ידע הצד השוה. ומה אנוש כי תזכרנו כי באת לדרוש בבעל זבו'ב יתוש קדמך מסאנא דר'ב וקידה מחוי. כי מישאת את כל כלי מורשי לבבי וכליותי מה מצאת בי כי הביאותני עד הלום ושפל אנשים יקים והוד והדר תשוה. אל תקרי בניך אלא בוניך הניחא לרבנן יודעי דעת ומביני מדע די נהירו ושכלתנו אשתכחת בהו כי שיח וכי שיג להם לדבר צחות והמה פתיחות דברו חכמים

בהווה. טף למה באים במה נחשב הוא בבלי דעת מילין יכביר כעין תיב"ה פרוצה וכי כתב לה מאי הוי. בישישים חכמה סופרי דווקני לעשות משפט כתוב והמל"ץ בינו'תם שמו בם דברי אותו'תם הנחמדים מזהב ומפז שהקב"ה מתאוה על זה פקחת עיניך ואותי תביא ממציא יש מאין ולא חיישת למראית העין כל רואי ילעיגו לי כי מילתא מיני אזדא הרחק כמטחוי. איהו מותיב לה ואיהו מפרק לה ופשרא יחוה. בשנו'תו את טעמו טעם כעיקר הלכה פסוקה לא יסתור את דבריו הוא צוה ויעמוד מצות האב על הבן לקדם פני הקדש במעט שו'רי הנוטף מעצי הכתב אם מעט ואם הרבה איש לפי ערכו נגיד ומצוה. ומצות שפתיו לא אמיש וחיובא רמיא מלאו דלא תסור ועלי לשמור ולעשות וגדול המצווה. זו היא סיב"ה ויט משה את מט'הו לכבוד בית אבא בן יכבד **אב בן** אשה אחת מנשי בני הנביאים כולם אהובים כולם ברורים. ושם אשה גדולה דכל בני ביתא משתבחין בה מנשים צדקניות נשים בציון מעולפת ספירים. אבן בוחן פנת יקרת ממשפחת רם של חכמים ושל סופרים. יסוד המעלה והתהלה גזע ישישים כולם קדושים בת אשורים אשת חיל עטרת שמעשיה נאים כקטורת אימ'א רישא אב'ן הראשה שר'י גבירתי משוש תפארתי מזל צדק צדק תרדוף מנשים באהל תבורך אהל ישרים הנה כי כן קמו בניה ויאשרוה ויהללו בשערים ראש אמו'ת בית **אב בן** ישי מדוע לא בא גם תמול גם היום ייתי ונחמיניה בא יבא ברנה. העבד ישראל מדוע היה לבז למען ענותו בסבלותם כי ל'ו עינה. למה תעשה צה לעבדיך גרש את האמה ואת בנה. כי רב שבענו בוז ראש ולענה. אם בציון געלה נפשך שובה את שביתנו ותשב אליו היונה. הלעולמים יזנח ה' שוב מחרון אפך שמחנו כימות עניתנו אחרי בלותי תהיה לי עדנה. לא לנו ה' לא לנו כי לשמך תן כבוד לאקמא שכינה. קנה עדתך כימי קדם ופרשת כנפיך על אמתך כאשר היתה באמנה. ורפוא ירפא את מזבח ההרוס וכהנים בעבודתם ופרחי כהונה. ושם יזבחו זבחי צדק פרים ואלים תורים ובני יונה. וקטורת סמים דקה נטף ושחלת וחלבנה סמים ולבונה. ולויים בדוכנם כך עושין בני לו'יה ש'ר בשירים. ותעבור הרנה. וארמון על משפטו ישב ירושלם בבניינה. ובא לציון כתר עליון והממלכה נכונה. ישמח הר ציון ותגלנה. וישימני **לאב בן** קטי'ן חרפת אדם ובזוי עם נבזה בעיניו נמאס תולעת ולא איש קטי'נא דארעא הכ"וח זמן נקט בס' איש אמו ואביו תיראו מתוקה שנת ויתן לך את **ברכת** אברהם לפר"ק:

הקדמת המחבר

איש כי יפליא הפלא ופלא. בן מי זה העלם דמטפח ועולה. העובר לפני התיבה חמק עבר:

יליף ריקם ריקם מוכיח עליו חזותו דבר שאינו מתוקן. ויחנו בחסי'רות ואינו נקי ובר. וכל השומע יצחק לי לא פסיק חוכא. ופה מה לך מי זאת עולה מן המדבר:

לעשות לך שם כשם הגדולים. יושבי אהלים. בדברים שאין בהם ממש הבל הבלים. מה לתבן את הבר:

זאת אשיב ל לבי. אף אני אביא. גם אנכי ידעתי ערכי עלי פחות שבערכין ולית טעמא דמסתבר:

לישנא קלילא. ודבר שפתים אך למחסור דנפיש הבלא. לא דבר ולא חצי דבר:

ומה גם בעתות כאל כי הת"ח בצרה וצוקה. כי אין בידם לכלכל את בני ביתם והשעה דחוקה. להביא אל כליהם בר:

ובכל. יום ישוטטו בחוצות ובשוקים. להמציא טרף לביתם ולתת ריוח בין הדבקים. כי הנוגשים אצים כלו מעשיכם. ואותם דוחקים. להביא להם טרף ולא יהיה מונע בר:

ולכן אין בהם הת"ח דעת צלולה מפני חומר שבה. ובקבע אין להם ישיבה. לישב על לימודם כאשר תאוה נפשם כי תלו בהו טפלי ומזכה לעובר:

אכן ההכרח אם לא ישובח לא יגונה. ואגב דוחקא קורא ושונה. וחידושי תורה קונה. כל מאן דאלים גבר:

כי מסיני הם נתונים ולמשה שנה. וכל אחד כשיעורו מתנה לו ניתנה. ועליהם נאמר לקחת מתנות באדם ובנחלתו התעבר:

וכל אחד מוציא כלי למעשהו. אגב למודייהו. קמא קמא דמטי לידייהו. ביום שידובר: כמוני היום שאף שטריד במזוני. והוא לא שו'נה. לא אוכל להתאפק לחד'שיו יבכ'ר אפילו שאין לי כי אם פת קיבר:

עושה חדשות דרך לימודי. כפי אשר תשיג ידי. לפי מיעוט שכלי אל שני קצותיו וחובר: ומה שיש בידי ספיקא. לפי מיעוט שכלי יורד לעומקא. וקורא ופושט ומחפש בספרן של צדיקים היטב הדק דקה מן הדקה. עד מקום שידי מגעת ואדע כי נכון הדבר:

וקראתי בשם **ויוסף אברהם** שהן היום הוספתי. על כמה תשובות שחברתי. וקראתי בשם **פועל צדק** וכבר הדפסתי. והן היום הוספתי. על השמועה ביתר שאת תתאה גבר:

גם אש'ור נלוה עמו דורש טוב לעמו. טעמו ונימוקו עמו. לנערי בני ישראל וימלאו את כליהם בר:

אשר רחש לבי. על משכבי. נותן טעם לשבח הכי קראתי שמו **טוב טעם** בדברים פשוטים שמושכין לבו של אדם אף אני אביא. לאנשי לבב נקי וברי:

כל רואיהם יכירום דורש ה'ן לה. בדברים פשוטים בלישנא קלילא. קריאתה זו הלולא. טעמא דמסתבר:

ברם זכור אותו האיש לטובה. לאיש החסד והרחמים דבסים מחלבא. מר ניהו רבא. הגביר החכם המרומם כה"ר **מאיר גבאי** נ"ע אשר בעודנו חי איש על העדה ויואב שר הצבא יגע בעשר אצבעותיו ועשה לת"ח בביתו ישיבה. וקבץ וקנה ספרים נחמדים והוציא עליהם כספא ודהבא. בנפש חפצה ובאהבה רבה. והקדיש אותם לת"ח לכל יוצא ובא. ללמוד בהם בקבע לא ימיש מרחובה. ואילולי הוא נשתבחה תורה מפני חומר שבה. כי הת"ח לא יעלה בידם לקנות ספרים יקרי הערך שהם צריכים להוצאה מרובה. ובפרט לאיש אשר כמוני היום שהלואי שתשיג ידי לפת חריבה. ולאיש אשר אלה לו זכה וזיכה את הרבים זכות הרבים תלוי בו אלהים חשבה לטובה. ובלא"ה עלמא אשכחתיה בחרובא. תהי נפשו צרורה בצרור החיים בכל מידי דמיטבא. גם מזכירין לטובה. לאשה יראת ה' היא תתהלל כפה פרשה לעני ברוח נדיבה. הכבודה והצנועה הכשרה בנשים ולומדת בתורה באהבה. מרת

מזל נ"ע בתו של הגביר הנזכר אשר ידעה בצרת נפשי כי דחיקא לי שעתא טובא. ועשתה צרי למכאובה. והפרישה לי ולבני הי"ו מממונה בלב טוב ובנפש חפצה באהבה רבה. להיות תחת ידי לרי'וח היום ונתנה לי סכי כתובתה במסירה וכתיבה. נפשה תנוח בעדן אלהים בעולם הבא. אלא שלא הוציאו כל מחשבתה לפועל כאשר היה בלבבה:

ואפריין נמטייה לעמיתנו בתורה רב חביבא. רחמתין עזיזא תוכו רצוף אהבה. מר ניהו רבה. הרב הכולל כמה"ר **אברהם ששון** נר"ו אשר יגע עמי בעשר אצבעותיו זה ימים מקדם בשקידה רבה. ושלח לי לעיר המהוללה והטובה.

ליוורנו יע"א ג' ספרים וגם היום מגלגלין זכות ע"י זכאי ששלח לי ספרי זה ולא זז מחבבה. אנא דאמרי וגמולו ישלם לו בבני סמיכי עוד ינובון בשיבה:

כ"ד החותם פה

ארם צובה יע"א בחדש ניסן שנת כי אתה

תברך צדיק ה' לפ"ק:

הצעיר **אברהם דיין** ס"ט

שאלות ותשובות.

סימן א

שאלה ראובן שהיה לו שני בנים ובת אחת יחידה ושידך אותה לשמעון ובמשך זמן השידוכין היה קונה לה ראובן אביה צרכי נדונייתה ותכשיטין כנהוג באבי הבנות והיה מוסר אותם בידה וביד אמה ולא זכתה הבת להגיע לפרק הנושא עד שיד ה' נגעה באביה הנז' ונלב"ע וחלי"ש. והן עתה הבנים בניו באו בטענה על אחותם שאינם רוצים לתת לה מה שהזמין לה אביה כיון שנכסים אלו יותר משני עישורים

ועדין לא נישאת ולא זכתה בהם בשום זכיה והבת ואמה טוענים כיון שהזמין אותם לשמה ואדרבה דעתו היה להוסיף לה כהנה וכהנה ומה גם כי בהיותו שכיב מרע צוה לבניו כמה צוואות ולא זכר שום דבר מענין בתו כנראה שלא חזר בו ממה שהזמין לבתו ועתה יחדיו למשפט נקרבו אחים ואחות למען דעת שורת הדין ויבוא שכמ"ה:

תשובה כתב מרן ז"ל בש"הט סי' קי"ג וז"ל מי שמת והניח בת אומדים דעתו כמה היה בלבו ליתן לה לפרנסתה ונותנים לה ומנין יודעים דעתו מריעיו ומיודעיו ומשאו ומתנו כבודו וכן אם השיא בת בחייו אומדים בה ע"כ. וא"כ נראה דבנ"ד דגילה דעתו בפירוש והזמין לה צרכי נדונייתה וא"ל בפירוש הרי אלו לנדונייתיך ואחיה יודעים בדבר זה אין לך גילוי דעת יותר מזה אכן קשה דאם באמת שאם גילה דעתו ע"י שהזמין לה צרכי נדונייתה דמקרי גילוי דעת א"כ אמאי לא כתב מרן ז"ל ואם השיא בת בחייו וכן אם הזמין לה נדונייתה אך נראה דאין זו קושיא דאם הזמין לה נדונייתה הוא בכלל מ"ש שאומדין דעתו מריעיו ומיודעיו וק"ו הוא שאפילו אמרו מיודעיו שאנו יודעים דעתו שכך הוא היה נותן אנו נותנים לה כדברי מריעיו כ"ש כשגילה הוא דעתו בפירוש. והנה לפ"ז יש לדקדק בדברי מרן דבתחילה הו"ל להשמיענו אם השיא בת בחייו שאומדים בה ואח"ך יאמר שאפילו לא השיא בת אלא שכך אמדוהו מיודעיו נותנים לה כפי מה שאמדוהו ונראה דזה שהשיא בת בחייו חידוש גדול יותר והוא שאפילו באו חביריו ומיודעיו ואמרו שכך אמדנו דעתו שראוי לתת לה אלף גרו"ש והשיא בת בחייו ונתן לה אלף וחמש מאות אין אנו אומרים דשמא הבת הראשונה היה אוהב אותה ונתן לה אלף וחמש אבל לשנייה ניתן לה כפי מה שאמדוהו אלא ינתן לה לשנייה כפי מה שנתן לראשונה ולכן מרן ז"ל כתב בתחילה שאומדין דעתו מריעיו ומיודעיו ואח"ז כתב אם השיא בת בחייו שאומדים בה לומר שאפילו אמדוהו חביריו יותר או פחות אם השיא בת לא נשמע מהם ואיך שיהיה נראה דבנ"ד שהכין לה צרכי נדונייתה כשהוא בחיים אין לך גילוי דעת יותר מזה ובודאי דזכתה בהם מעת שהכין אותם לשמה:

אכן עדין יש להסתפק בזה דהנה הטור כתב בהאומדנא עצמה איכא מחלוקת הגאונים בזה דאיכא מ"ד דדוקא לגרוע מן העישור אמדינן דעתיה ולא להוסיף ואיכא מ"ד דאפילו להוסיף ע העישור אזלינן בתר אומדן דעת האב וכתב שהרא"ש הסכים לדעת מ"ד דדוקא לגרוע מן העישור וא"כ בנ"ד שהוסיף על העישור אתאן לפלוגתא דרבוותא וכתב הרא"ש דכיון דאיכא פלוגתא דרבוותא לא מפקינן מהיורשים ואין נותנים לה אלא עד עישור ולא יותר וכ"כ הטור ז"ל. אכן נראה דמרן ז"ל מיפשט פשיטא ליה כמ"ד דאפילו להוסיף על העישור אמדינן דעתיה שכן כתב וכן אם השיא בת בחייו אומדים בה ולא כתב דדוקא לגרוע מן העישור וכן כתב הרב חלקת מחוקק בדעת מרן שדעתו אפילו להוסיף על העישור וכן כתב הרב באמן שמואל סי' ס"ג שדעת מרן לפסוק כהרי"ף והרמב"ם שאפילו להוסיף על העישור אמדינן דעתיה דאב אם השיא בת בחייו שנותנים לשנייה ג"כ כמו לראשונה:

ועדיין יש להסתפק בנ"ד שהזמין לה לנדונייתה יותר ממה שאמדוהו אם נאמר דכיון דהדבר תלוי באומד דעתו ובוותרנותו ומצינו לו שגילה דעתו להדיא במה שהזמין לה צרכי נדונייתה ואין לך גילוי דעת יותר מזה או דילמא דוקא אם השיא בת בחייו ועשה לה יותר ממה שאמדוהו שעשה מעשה בפועל אז אהני גילוי דעת אבל בהזמנה בעלמא לאו מילתא היא דאפשר שאחר שהזמין לה היה חוזר בו והזמנה כהאי לאו מילתא היא כ"א מעשה בפועל. ונר' לפשוט ספק זה מדברי מהרשד"ם ח"מ סי' שי"ג שכתב דאע"פי שנחלקו הפוסקים אי אמדינן דעתיה דאב דוקא לגרוע מן העישור ויש מי שסובר דאפילו להוסיף על העישור וכתב הרא"ש ז' דאין להוציא מיד המוחזק נראה דוקא היכא דליכא אלא אומדן דעת או על הרוב גילוי מילתא כההיא דהשיא לראשונה אז אמרינן דאין להוציא מיד המוחזק דסוף סוף אנו המוציאים לא האב אחר דאיכא צד לומר דאין דעת האב לתת כ"כ דאפשר לראשונה היה דעתו כך ולשנייה לא דמהאי טעמא פליגי רבנן עליה דר"י וכו' אלא מדמהדר מתני' לאשמועינן רבותא אליבא דרבנן ולא אשמועינן אלא בהני משמע דהיכא דאמר בהדיא שיש לו ליתן לבתו כ"וך או שנדר לה כן ולא הספיק ליתן ומת יתנו לה לבת עי"ש. משמע דאם גילה דעתו באותה בת עצמה שכך רצונו ליתן לה הוא עדיף ממי שהשיא דאפשר דלראשונה נתן ולשנייה אין רצונו ליתן וא"כ בנ"ד נמי כיון שראינו לאב שקנה לה תכשיטין ובגדים וא"ל הרי אלו לבתי לנדונייתה אדרבה הוא עדיף ממי שהשיא בת בחייו דאפשר דלראשונה נתן ולשנייה אין דעתו ליתן ואף דכתב שם הרב וכ"ש בנ"ד שנטל קנין ושבועה לתת לה הסך הנז' כששדכה גם כבר נתן ביד הארוס הסך הנז' וקנה משאר מעות כ"כ תכשיטין עי"ש. נראה מדבריו אלה דוקא

לפי שפסק לה וגם נשבע על כך אבל אם לא היה עסק שבועה ביניהם אין לה ליקח כלום י"ל דלאו בדוקא נקט וגם מאי דנקט ונדר לה לאו בדוקא שהרי כתב להדיא משמע דהיכא דאמר בהדיא שיש לו ליתן לבתו כ"ך או שנדר לה כן ולא הספיק ליתן ומת יתנו לה משמע דנדר ואמירה שוו בשיעורייהו:

ועוד דהרואה יראה דעיקר ראייתו היא דדוקא היכא דאיכא אומדנא או גילוי מילתא כההיא דהשיא בת בחייו אין להוציא מיד המוחזק אבל היכא שאמר בפי' שכך רצונו ליתן ודאי הוא שנותנים לה וא"כ בנ"ד שאמר לה בפי' הרי אלו לנדונייתך ודאי דזכתה בהם מאותו עת ועדיפא ממי שנדר ולא עשה מעשה בפועל:

והנה לכאורה דברי מהרשד"ם סתראי נינהו שהרי שם בסי' של"ג כתב על אב שפסק לבתו בעת השידוכין כ"ך ומת האב והניח בנות נשואות ושאינן נשואות וכתב שם הרב דאפילו היה שם קנין לא זכתה הבת עי"ש הרי אפילו היה שם קנין לא זכתה הבת במה שפסק לה אביה וא"כ איך פסק בסי' שי"ג דאפילו בפסקא בעלמא זכתה. ונראה לתרץ והוא דההיא דסי' שי"ג שנפלה הירושה לפני הבן והבנות וכשיש בן תקנו חכמים ז"ל לאמוד דעת האב לתת לה פרנסתה וא"כ אם ראינו לאב שגילה דעתו כמה יתן לה זה יספיק לה וזה עדיף ממי שהשיא בת בחייו דאפשר לומר דלראשונה נתן ולשנייה לא יתן ככה אבל ההיא דסי' של"ג שם לא היה בן כי אם בנות יורשות ובכי הא אין לנו לאמוד דעת האב אלא היא באה לזכות במה שפסק לה אביה ועל זה שקיל וטרי הרב שם והעלה דלא זכתה הבת באותה פיסקא וא"כ נראה דבנ"ד שיש בנים ובת יש לנו לאמוד דעת האב דבהכי ניחא ליה

ומה גם כי מצינו לו שגילה דעתו בפירוש והכין לה צרכי נדונייתה:

אך עדין נראה דהריב"ש בסי' קכ"ט פליג על דברי מהרשד"ם הנז' שנשאל שם על ראובן שהלך למד"הי ושידך את בתו שם ללוי ונדר לתת להמשודך כ"וכ מעות ונשתעבד בקנין ומת אביה ובא לוי ותבע מה שנדר לו חמיו והשיב שאם היה שם קנין הדבר פשוט שגובה לוי מה שנדר לו חמיו אמנם צריך שיהיו התנאים בעת הקידושין אבל אם היו התנאים בשעת השידוכין ואחר זמן קדשו ולא הזכירו התנאים אינם נקנים באמירה ע"ש הרי להדיא דאע"פי שנדר לה בעת השידוכין לא קנתה הבת כ"א דוקא אם היה שם קנין ואפילו שהיה שם בן ואין הבת יורשת. אכן נראה לומר ובתחילה יש לדקדק על דברי הריב"ש דאיך כתב בסתם דאם יש קנין יטול מה שנדר לה ואם לא יש קנין היא תאמר לו או כנוס או פטור הרי הלכה רווחת דלפרנסה שמין באב וא"כ הו"ל לומ' דישומו דעת האב תחילה מיודעיו ומריעיו דאם שמו דעתו היה עולה בסך שנדר לה ואם שמו דעתו

ולא עלה בסך שנדר לה אז יכתוב הרב ז"ל דאם יש קנין מתחייב ואם לא יש קנין תאמר לו או כנוס או פטור אכן נראה דהריב"ש סבר לה מר כדעת ר"ח וסיעתו דהא דשמין באב דוקא לגרוע מן העישור אבל לא להוסיף על העישור וא"כ מאחר שממונו נאבד מה ישומו דעתו והיכן יגיע מה שנדר לה אביה ומשו"ה קא פסיק ותני הריב"ש ז"ל דאם יש קנין אע"פי שאין שמין דעת האב כ"א לגרוע מן העישור מ"מ ע"י חיוב מתחייב אבל אם לא יש קנין ובאנו לחייבו מכח מה שנדר לה אין אנו אומרים כיון שמצינו לו לאב גילוי דעת שכך רצונו ליתן אין לך אומד גדול מזה ז"א דהאומד לא מהני אלא לגרוע מן העישור אבל לא להוסיף על העישור וא"כ אנן בדידן דקבלנו הוראת מרן דאמדינן דעתו אפילו להוסיף על העישור וכמ"ש הרב ח"מ והרב נאמן שמואל ז"ל וכמש"ל אם גילה דעתו האב שכך רצונו ליתן אפילו שהוא יותר מן העישור ואפילו שלא היה שם קנין:

אכן נראה דזה אינו כי מרן עצמו בתשובותיו א"ה סי' י"א סבר לה מר כדעת הריב"ש ונראה לתרץ כי מהרשד"ם לא פליג על דברי הריב"ש והוא כי כבר כתב הריב"ש בתוך השאלה שממונו נאבד וא"כ כיון שיש שם בן ובמקום בן אנו נותנים לה מכח מה שאנו אומדים באביה או אם גילה דעתו בפירוש כגון שהשיא בת בחייו או שאמר בפירוש כמה רוצה ליתן לה כנדון מהרשד"ם א"כ בנדון הרי"בש שנאבד ממונו אחר שנדר לה משו"ה לא זיכה לו הריב"ש כ"א דוקא אם יש קנין אבל אם לא יש קנין לא יזכה לפי שאף שגילה דעתו כמה רצונו ליתן לה והיה ראוי שתזכה בו מ"מ כיון שנאבד ממונו אמדינן דעתיה שאין רצונו לתת לה מה שנדר ונמצא לפ"ז דאף דהריב"ש שכ' דדוקא אם יש קנין זכתה אבל אם לא יש קנין לא זכתה במה שנדר לה היינו דוקא לפי שבעת שמת נאבד ממונו ואף שנדר לה היינו דוקא בעת שהיה עשיר אבל אם הוא עומד במצבו הראשון ולא נשתנה ונדר לבתו סך מה זכתה במה שנדר לה ולאו דוקא שנדר לה אלא ה"ה אם אמר בפירוש שכך רצונו לתת לה אין לך גילוי דעת גדול מזה וזכתה בו מאותו עת. וא"כ נראה בנ"ד שהזמין לה צרכי נדונייתיה דזכתה בהם ואף דמהרשד"ם לא כתב כ"א דוקא אם נדר או לפחות אם אמר באמירה בעלמא נראה דכ"ש נ"ד שעשה מעשה בפועל והיה אומ' לה ולאמה בפני אחיה שהם לנדוניית' ודאי דזכתה בהם מאותו עת וכן מצאתי להמבי"ט ח"ב סי' רי"ט שכתב במה שטענה הבת דכשמת האב עדין לא נשאת אחותה וא"כ שתיהן יורשות בשוה ובעל לאה טוען כי קודם שמת אביה זכתה בכל מה שה שהכניסה לו והשיב ולכן אם יתברר כי מה שהכניסה לבעלה הכל נתן ויחד לה אביה בנדונייתה בחייו אין לאחותה שום זכות במה שהכניסה עי"ש. הרי דסבר לה מר כיון שנתן ויחד אותם לה אע"פי שנשאת אחר מותו זכתה בהם הבת:

והנה במה שכתב שיחד ונתן הא ודאי תרתי בעינן דאם נתן ולא אמר לה הרי אלו לצורך נדונייתיך הנתינה לאו כלום היא דאפשר שנתן אותם לה כדי שתשמור אותם לצרכו כשיצטרך להם ואם יחד אותם לה שאמר לה קניתי לך תכשיטין ובגדים לנדונייתיך כיון שלא מסר אותם בידה או ביד אמה אפשר שכוונתו שרוצה לקנותם ועדין לא קנה אותם והראיה שלא מסר אותם בידה ומשו"ה כתב דבעינן תרתי נתן אותם בידה וגם א"ל הרי אלו לנדונייתיך והא בלא הא לא סגי ונראה דלזה כתב בח"ג סי' ג' על ראובן ששידך את בתו ונדר לה לתת בנדונייתה סך כ"וך והכין אותם לשמה ונפטר קודם נישואי בתו אם הבעלי חובות הקודמים והמאוחרים יגבו. מאותן חפצים שהכין לבתו והשיב אם הבעלי חובות שקדמו לשידוכין כתב להם מקרקעי אגב מטלטלי דקנה ודי יקנה ומכר או משכן מטלטלים אח"ך היה גובה כד"ת מן המטלטלים וכ"ש אם נתן המטלטלים המשועבדים אגב כמו בנ"ד שמוציאין מיד המקבל עי"ש הרי להדיא דלא זיכה לבע"ח אלא משום שכתוב בשטר דקניתי ודי אקנה הא לאו הכי היתה זוכה במה שהכין לה דאלת"ה א"כ אפילו לא כתוב בשטר דקנאי ודאקנה קנה כיון שלא זכתה בהם בהזמנה בעלמא:

והרב החבי"ב בח"מ סי' ס' הגהב"י אות כ"ג אחר שהביא לנו א דברי המבי"ט הנז' כתב והרב מהר"י אדרבי בש"ות סי' ק"ט שנשאל על ראובן שהיה לו בת ושדכה והזמין לה כלים לנדונייתה והלכה הבת ונשאת שלא מדעת אביה אם זכתה באותן כלים שהזמין לה אביה והשיב שלא זכתה ומתוך דבריו שם מוכח דכל עוד שלא נשאת לא זכתה בכלום איברא שנדון הרב ז"ל כשאביו קיים אבל הראנ"ח בתשו' כ"י כתב דבגדי הנדוניא שיחד האב לבתו אין בע"ח גובה מהם אע"פי שלא לבשתם עכ"ל. ולכאורה יש לדקדק בדברי הרב החבי"ב במ"ש ומהרי"א כתב וכו' נראה דר"ל דמהרי"א פליג על דברי המבי"ט אבל מהראנ"ח אזיל ומודה לדברי המבי"ט והרואה יראה דלא דמי נדון המבי"ט לדברי מהרי"א דבנדון המבי"ט דוקא זוכה אילו לא כתב דקנאי ודאקנה לפי שנדר לה לתת כ"וך בעת השידוכין ואחר זה עשה מעשה ג"כ שהזמין והכין אותם לשמה דכיון שנדר לה וחייב עצמו משו"ה אי לאו דכתב לבע"ח דקנאי ודאקנה היתה זוכה משא"כ בההיא דמהרי"א. שו"ר למהרי"א עצמו שהביא ראיה לדבריו ממ"ש הריב"ש סי' קכ"ט ששם נדונו היה באיש שנדר לבתו וחייב עצמו ואפ"ה כתב שם הרב שלא זכתה הבת וא"כ נראה דכל אפייא שוים דכל שלא נישאת לא זכתה במה שהזמין לה אלא שלפ"ז קשה במה שכתב הרב החבי"ב איברא שנדון הרב היה כשאביה קיים דנראה מדבריו דדוקא היכא כשהאב קיים יכול לחזור בו אבל היכא דמת האב ולא חזר בו זוכה הבת במה שהכין לה והרואה יראה למהרי"א עצמו שהביא ראיה לדבריו מדברי הריב"ש ששם

נדונו היה בבת שהכין לה אביה צרכי נדונייתה וקדשה ללוי ומת ראובן אביה והשיב דהבת לא קנתה החפצים ההם אע"פי שהיה דעת האב לתתם לה כשתנשא כיון שעדין לא נתנתם לה ע"כ הרי כתב להדיא דאע"פי שמת האב ולא חזר בו ממתנתו אפ"ה לא זכתה בהם אע"פי שקנאם לצורכה ואיך כתב הרב ז"ל איברא שנדון הרב היה כשאביה קיים אלא שלפ"ז קשה כי נמצא כי דברי מהרי"א הם לקוחים מדברי הריב"ש ואיך יחלוק המבי"ט על דברי הריב"ש ולפחות היה לו להזכירו:

גם ראיתי להרב ב"ד ז"ל דף שהקשה על דברי הריב"ש וז"ל וקשה למה לא קנתה הבת בשביל שעדין לא נתנם לה והרי שנינו בפ' שום היתומים אחד המקדיש ואחד המעריך אין לו בכסות אשתו ובניו ולא בצבע שצבען לשמן ולא בסנדלים שלקחן לשמן ופי' רש"י לפי שאינן שלו סנדלים חדשים רבותא קמ"ל דאע"פי שעדין לא נעלום הרי הן בחזקתן משעת לקיחה וכו' הרי דאע"פי שעדין לא נתנם זכו בהם ואיך כתב הריב"ש דלא זכתה הבת בשביל שעדין לא נתנם לה ותירץ דלא דמי דהתם בכסות אשתו ובניו מקנה להם מיד באותה שעה לפי שאין דברים שבעת הלקיחה משתמשים בהם מיד אבל בדברים של נדוניא אינו מקנה אותם לבת מיד באותה שעה לפי שאין צריכים לה ואינה משתמשת בהם עד זמן הנישואין ולכן כל אותו זמן שקודם הנישואין הרי הם בחזקתו ולכן אם מת קודם הנישואין לא זכתה הבת לפי שעדין לא נתנם לה. אמנם נראה שאם יש בכלל החפצים ששלח דברים שראוים ומשתמשים לה עכשיו קודם נישואין יראה דאפילו לא לבשתם עדין זכתה בהם כדין כסות אשתו ובניו דערכין דמפני שראוים לה לאותה שעה הוא מקנה אותם מיד ולא כתב הריב"ש דלא קנתה הבת אלא דברים שאינן ראוים לה להשתמש בהם קודם נישואין עי"ש. ולפקד"ן דיש לפרש דברי הריב"ש בדרך אחר וממילא יתורצו הקושיות הנז' והוא כי יש לדקדק על דברי הריב"ש בתחילה במ"ש שכאשר היה ראובן במד"הי היה שולח לביתו תכשיטין לצורך בתו כדי ליתנם לה בזמן הנישואין בנדונייתה או במתנה וקשה דמה לו להזכיר כ"כ באורך שהיה שולח לביתו לצורך בתו והו"ל לומר סתם שהיה שולח תכשיטין לבתו אכן נראה לומר שכיון בזה שלא בירר שיחותיו בעת אשר שלח אותם אלא שלח אותם לביתו סתם והם ידעו כי הם לצורך בתו לנדונייתה וראיה לזה שהרי כתב כדי ליתנם לה בזמן הנישואין בנדונייתה או במתנה משמע דלא בירר שיחותיו במכתבו אי כוונתו לתת אותם בנדוניא או במתנה דאי לשם מתנה גמורה מעכשיו נתנם לה ודאי שהיה מברר ואומר קבלו תכשיט פ' לנדוניית בתי או לתת אותו במתנה בעת הנישואין אלא ודאי מדכתב או משמע שלא כיון למתנה גמורה ועוד דכתב כדי לתת אותם בנדוניא משמע שעדין לא נתנם לה גם

ראיה לזה לפי שבאמצע התשובה הוקשה לו מההיא דשדר פיסקי שיראי לביתיה ותירץ דהתם כשפירש בפי' לשם מתנה הא לא"ה לביתיה שדר שיעמדו בעדו עד שיבוא משמע דבנדון דידיה דהריב"ש לא פי' לשם מתנה כלל כ"א בהזמנה בעלמא ולכן לא קנו אותם הבנים. עוד ראיה לזה שהרי כתב שהתנה ראובן עם חתנו שיתן לו סך כ"וך בכל דבר שירצה או כסף או זהב או מטלטלים ואם היו תכשיטין אלו ד"מ כסף וא"ל החתן שרוצה תכשיט מזהב ואינו רוצה במה שהזמין לו א"כ מה הועיל הזמנתו אלא ודאי בעת שהזמין לה תכשיטין אלו אין כוונתו להקנות אותם לה לגמרי. ומעתה ל"ק מה שהקשה הרב ב"ד ז"ל ממה שאמרו בערכין דהתם שאני לפי שכבר לבשום וזכו בהם ואפילו דברים שעדין לא לבשום מ"מ הרי לקחן לשמן משא"כ נדון הריב"ש דאפילו לקיחה לשמן לא היה שם כ"א שאנו אומרים כיון שאין לו בת אחרת ולא שלח אותם לסחורה לכן אנו אומרים שלבתו שלח. ומעתה לא פליג המבי"ט על דברי הריב"ש דהמבי"ט מיירי במי שגילה דעתו בפירוש ואמר שהכין והזמין אותם לשמה ולכן אילו לא כתב לבע"ח דקנאי ודאקנה היתה זוכה כיון שהכין והזמין אותם בפירוש לשמה משא"כ נדון הריב"ש שלא הכין והזמין אותם לשמה כ"א ששלח תכשיטין ומשו"ה לא זיכה לבת בחפצים ההם הן אמת כי מהרי"א סבר לה מר כדעת הריב"ש דברים כפשטן שאע"פי שלקחן לשמן לא זכו בשעת לקיחה עד שיתנם לה בפועל בשעת כניסתה לחופה:

אכן נראה לומר כי המבי"ט לא סבר לה כן בדעת הריב"ש ובזה יתורץ שפיר מה שהיה לנו להקשות על דברי הרב החבי"ב דלמה לא הביא ג"כ דברי הריב"ש שהוא כדברי מהרי"א אלא שלפי שדברי הריב"ש סובלים שני פירושים כי יתכן לומר שדברי הריב"ש אמורים דוקא במה שלא גילה דעתו שרצונו ליתן לה אבל אם גילה דעתו והכין אותם לשמה זכתה בהם וכדברי המבי"ט ואפשר לומר כי דברי הריב"ש אפילו אם גילה דעתו והכין אותם לשמה לא זכתה בהם וכדברי מהרי"א וכיון שדבריו סובלים ב' פירושים לכן לא הביאו הרב החבי"ב. וראיתי להר' החק"ל ז"ל ח"מ סי' ס' שהקשה על הרב ב"ד במה שהקשה על דברי הריב"ש מההיא דערכין וכתב דלדידיה ל"ק שהרי הריב"ש סי' קכ"ח הביא מחלוקת הראשונים אי בע"ח גובה מכסות אשתו ובניו של שבת וי"ט וכתב דכ"ע מודו בתכשיטי כסף וזהב דגובה בע"ח מהם והרי נדון דסי' קכ"ט היה ג"כ שהיה שולח לה תכשיטין ובזה כ"ע מודו ותו מאי ק"ל מבגדי בניו ואשתו והנראה שלא ראה הב"ד דברי הריב"ש דסי' קכ"ח ותו ל"ק להמבי"ט והראנ"ח מדברי הריב"ש שהם לא דברו בתכשיטין עי"ש. ולפקד"ן דלפ"ז יש להקשות על דברי הריב"ש דאמאי לא עשה עיקר ראייתו מההיא דבע"ח שגובה מתכשיטין של בניו שהוא אליבא דכ"ע אם איתא

דהא דנקט תכשיטין להכי כיוון. ועוד איך הריב"ש חילוק גדול זה יאמר אותו ברמיזה ולא יגלה קצת ממנו ואף שכבר כתב כן בסי' קכ"ח היינו דוקא גבי בע"ח והיה לו לבאר כן להדיא דגם גבי הבת דינא הכי ועוד ששם הריב"ש הוקשה לו מההיא דפ' מ"ש גבי ההוא גברא דשדר פיסקי שיראי לביתו ואמר ר' אמי הראוי לבנים לבנים והראוי לבנות לבנות ותירץ שאין זה אלא כשפירש לשם מתנה הלא"ה לביתיה שדר שיעמדו בעדו ע"כ הרי להדיא דאם לא פירש בפירוש לשום מתנה אלא שקנה והזמין אותם לשמה דוקא לא קנתה הבת אע"פי שהיו שם בגדים והדרא קושיא לדוכתה דמ"ש גבי בע"ח שאם היו שם בגדים שקנתה אותם הבת וגבי ההוא דשדר פיסקי שיראי דאם לא פירש לשם מתנה כ"א ששלח אותם לשמה שלא קנו ועוד דאם איתא דהא דנקט תכשיטין להכי כיון לפי שבע"ח גובה מהם א"כ הו"ל להקשות מההיא דב"ח שגובה מהתכשיטין דוקא אבל לא מהבגדים ומ"ש גבי ההוא דשדר פיסקי שיראי לביתיה שזוכים בין בבגדים ובין בתכשיטי זהב:

ואיך שיהיה נמצינו למידין לדעת המבי"ט ומהראנ"ח שאם הכין לה האב איזה תכשיטין ובגדים לנדונייתה שזכתה בהם ואין לבע"ח לגבות מהם ואף שמהרי"א פליג אפשר דוקא כשחזר האב עצמו בעודו בחיים אבל אם מת האב ולא חזר אפשר שיודה לדברי המבי"ט ומהראנ"ח וכמ"ש הרב החבי"ב ודעת הרב החבי"ב כהמבי"ט ומהראנ"ח מדכתב בסוף דבריו אבל מהראנ"ח וכו' משמע דסבר כדעת מהראנ"ח מדהביאו בסוף והנה לפי תירוץ הב"ד האמור לעיל יוצא לנו לנ"ד שאם בכלל הנדוניא תיקן לה חפצים שראוים להשתמש עכשיו קודם הנישואין יראה דאפילו לא לבשתם עדין זכתה בהם כדין כסות אשתו ובניו דערכין דמפני שראוים לאותה שעה הוא מקנה אותם מיד ולא כתב הריב"ש שלא קנתה הבת אלא דברים שאין ראוים להשתמש קודם נישואיה ויצא לנו מדברי הב"ד תרתי חדא דכל דברים שראוי לה להשתמש בהם עכשיו שקנתה אותם וא"כ בזמן הזה שנשתנו סדרי בראשית וחדשים מקרוב באו דשוו בשיעוריהן הבתולה עם הבעולה וכל בגדים שהתקינה לנדונייתה ראוים לה אפילו בעת השידוכין א"כ לפ"ז בנ"ד קנתה אותם הבת ועוד לפי דברי הרב הנז' ניתרץ לנו דברי הריב"ש שהיו עומדים לנגדינו שפסק שלא זכתה הבת לפי שלא כתב כן אלא דוקא בדברים שראוים לה בעת נישואיה ולא עכשיו ולהכי לא זכתה בהם:

עוד נראה להביא ראיה לנ"ד ממה שכתב הוא עצמו בא"ה סי' ע"ד שכתב בסוף התשובה והוא שראובן הזמין וקנה כמו ר"ן גרוש שמושי ערשא וכיון שקנה דברים הראוים להם לקטנות קנתה אותם והביא ראיה מהא דקי"ל אחד המקדיש ואחד המעריך אין

לו בכסות אשתו ובניו ואין לו' דאלו הש"ע הם דברים חשובים כמו בגדי שבת וי"ט דבע"ח גובה מהם נראה דהתם הטעם כמ"ש בב"י ובסמ"ע משום דבגדים יקרים אלו אינו מקנה להם מסתמא אלא על דעת שאם יצטרך להם יקח אותם מידם וימכרם ומשו"ה בע"ח גובה מהם אבל בנ"ד שלא בא לידי צורך למוכרם נשארו להם קנין עולם וכ"ש לדעת החולקים על זה ולדעת המחלקים בין מיוחסת לשאינה מיוחסת כמבואר שם. ואין לומר דוקא כשקנאן לשמן בפירוש אבל על הסתם לא דכיון שדברים אלו אינם ראויות להם אלא לקטנות וגם הם הכרחיות להם הכרח גדול סתמו כפירושו ע"ש. ודון מינה ואוקי באתרין דכיון שבגדים אלו אשר הזמין ראובן הנז' אינם ראוין לבנים וגם לאשתו לא שייכי שהם ראוין לבחרות א"כ אפילו על הסתם שלא קנאן בפירוש לשמן היא זוכה בהם וכ"ש בנ"ד שכולם היו יודעים אם על בנים שהיה קונה אותם לשמה בפי' ודאי דזכתה בהם אכן הרואה יראה כי דברי הרב ב"ד סתראי נינהו שהרי בההיא דסי' ע"ד מוכח דכיון דהש"ע הם ראוים לקטנות קנתה אותם הבת ומההיא דסי' ז"ך מוכח דלא זכתה אלא דוקא בדברים שראוים להשתמש בהם מיד הא אילו לא היו ראוים להשתמש בהם עכשיו לא זכתה בהם אע"פי שראוים לקטנות ואפשר לומר דסבר הרב ז"ל דש"ע הם ראוים להשתמש בהם באותו עת שלקחן משו"ה קונים אותם מיד ודומים לכסות אשתו ובניו דמקנה להם מיד שלקחם אבל שאר דברים שאין משתמשת בהם אלא בעת הנישואין לא זכתה בהם עד יום הנישואין וכל עוד שלא נישאת יכול לחזור בו. אך עדין הדבר קשה במה שהקשה שם דש"ע הם דברים חשובים כמו בגדי שבת וי"ט דבע"ח גובה מהם לדעת קצת פוסקים כמבואר בב"י ותי' דהתם הטעם כמ"ש בב"י משום דבגדים יקרים הללו אינו מקנה להם מסתמא אלא על דעת שאם יצטרך להם יקחם מידם וימכרם ומשו"ה ב"ח גובה מהם אבל בנ"ד שלא בא לידי צורך למוכרם נשארו להם קנין עולם וכ"ש לדעת החולקים ע"ז וכו' עי"ש. הרי דסבר לה מר דטעם שבת וי"ט משום דאפשר שיחזור בו אבל כל עוד שלא חזר בו הרי זכתה בהם הבת וא"כ בההיא דסי' ז"ך אמאי כתב שלא זכתה בדברים שאינם ראוים ללובשם באותו עת הרי אע"פ שאינם ראוים ללובשם באותו עת ולא יהיו אלא כבגדי שבת וי"ט שבע"ח גובה מהם לפי שאינו מקנה אותם להם ושמא יחזור בו מ"מ הן עתה שלא חזר בו ומת תזכה בהם האשה כיון שלא באו לידי צורך למוכרם נשארו להם קנין עולם וכמ"ש בסי' ע"ד ועוד דלפ"ז נמצא כי דבריו שבסי' ע"ד הם היפך דברי הריב"ש שהרי בנדון הריב"ש אע"פי שמת האב ולא חזר בו אפ"ה כתב שאין לוי חתנו זוכה במה שהזמין לבתו ואיך כתב דכיון שמת ולא חזר בו זכתה הבת במה שהזמין לה. ונר' לומר דלא כתב הרב

דכיון שמת ולא חזר בו מחיים שקנתה אלא דוקא כי ההיא דנדון דידיה שקנה דברים שאינם ראויות אלא לקטנות והם הכרחיות להם וצריך כל אדם לקנותם מזמן קדמון כדי למצוא אותם דודאי שם ברור הענין שהוא לצרכם של הקטנות קנאן ולשמן דוקא ומאותו עת קנו אותם לשמן מעת שלקחן אבל ההיא דסי' ז"ך אפשר דמיירי בקנה לה דברים המצויים תמיד בכל עת אשר ירצה לקנותן והם ראוים בין לגדולות ובין לקטנות דהריב"ש בסתמא נקיט ליה דמשמע דמיירי בכל ענין ולהכי הוצרך הב"ד שם לתת טעם דכיון שאינם ראוים לה ללובשם באותו עת כ"א בעת הנישואין משו"ה אינו מקנה לה האב אותם חפצים בעת קנייתם כי אם בעת הנישואין אבל אה"נ אם דברים אלו אינם מצויים בכל עת וקנה לה האב אותם חפצים קנתה אותם מאותו עת. עוד נראה לחלק ולומר דלא כתב הריב"ש דלא קנתה הבת אותם חפצים אלא דוקא בנדונו שהיה יושב האב במד"הי ואגב נמצאו לו שם חפצים לצורך נדוניית בתו כי אפשר שהם בזול באותו עוד ודעתו היה לשלוח אותם לבתו כי חשב פן ואולי ימצאו אותם אחרים שהם בזול ויקנו אותם מבני ביתו ולבתו ישלח אחרים במקומן כי הוא יושב שם ומצויים אצלו ולהכי אמדינן דעתיה כי אין כוונתו להקנות לה אותם חפצים מיד שיגיעו לידה אלא עד עת. הנישואין כיון דאפשר לומר דלסחורה שלחם ואין כוונתו בעת קנותם לתת אותם לבתו מיד אבל אם קנה חפצים מעירו ואין הדרך למוכרם ומה גם אם חתכן ותפרן כי ידוע אם הוא בגד אפי' הוא חדש ממש אם יחתך ויתפר אם רוצה למוכרו יפסיד שליש לפחות וא"כ בנ"ד כיון שחתכן ותפרן ודאי שכוונתו מאותו עת למתנה גמורה ועוד כיון דרוב הבגדים צריכים חיפוש מחיפוש עד שימצא מי שיראה בעיניו ועוד כי צריכים טירחא לתת אותם להחייט ולהרוקם ולא נמצא לשום אדם שאחר שטרח והזמין אותם שחוזר בו אח"ך וא"כ ודאי מאותו עת שקנה אותם קנתה הבת כי אין חוזר בו לעולם:

גם למדנו מדברי הב"ד ממ"ש בסי'. ע"ד דהטעם דבגדי שבת וי"ט אינו מקנה להם דכיון שהם מיותרים אינו מקנה להם אלא על דעת שאם יצטרך להם יקח אותם:

ובנדון דידיה שמת ולא הוצרך למוכרם קנתה אותם קנין עולם וא"כ נראה בנ"ד שקנה לה חפצים הראוים לה לבדה ולא חזר בו ואדרבה בכל. עת היה מוסיף עליהם ודאי שקנתה כל מה שהזמין לה ואף לפי מ"ש בח"מ סי' ז"ך דדוקא כסות אשתו ובניו ב"ח אינו גובה מהם לפי שנכסים אלו מקנה להם מיד אבל נדוניא אינו מקנה אותה. לבת באותו עת שלקחם לפי שאין צריכים לה באותו עת כ"א אחר זמן בעת הנישואין מ"מ נראה דהרי שם סיים אמנם נראה דאם יש בכלל החפצים שקנה דברים שמשתמשת בהם עכשיו קודם נישואה יראה דאפי' לא לבשתם עדין זכתה בהם כדין כסות אשתו ובניו שאמרו

בערכין דמפני שראוים לה לאותה שעה הוא מקנה אותם מיד ולא אמר הריב"ש שלא קנתה אלא דברים שאינן ראוים לה להשתמש בהם קודם נישואין ויראה דבאלו אפילו שלוקח אותם לשם בתו לא קנתה דמ"ש לשם ר"ל לתתם לה כשתנשא עי"ש. א"כ נראה דסבר לה מד דכל דבר שראוי להשתמש בו בין בתולות ובין בעולות יד הכל שוה בו וראוי לה להשתמש בהם עכשיו דזכתה בו א"כ נראה דכל הבגדים שתקן לה שראוים להשתמש בהם עכשיו דזכתה בהם והרב חק"ל ז"ל שם הקשה להב"ד כי חילוקי זה הוא היפך דברי המבי"ט ח"ג סי' ג' דאם איתא דתכשיטין ובגדי נדוניא לא זכתה בהם הבת עד הנישואין בודאי דב"ח גובה מהם גם להרא"ש ז"ל דס"ל דבמתנה יש בה משום ת"ה ואף כי לא הקנה מקרקעי ואגבן מטלטלי והרב גופיה ציין שם תשו' המבי"ט הנז' ולא נרגש ממנה עי"ש. ואנכי העבד נראה דזר מעשהו לומר שציין על תשו' המבי"ט ולא נרגש ממנה. אכן נראה שכוונת הב"ד הוא שבתחילה הביא דברי הריב"ש שכתב שאם הזמין לה כלי נדונייתה בחייו ומת שלא זכתה הבת עד שיגיעו לידה ואח"ז ציין על דברי המבי"ט ור"ל דהמבי"ט חולק על הריב"ש והוקשה לו על דברי הריב"ש מההיא דערכין והוצרך לחלק בין ראוי ללבוש אותם ובין שאינו ראוי ללובשם באותו עת וכל זה אליבא דהריב"ש אבל אליבא דהמבי"ט מעיקרא אין להקשות עליו מההיא דערכין כי הוא סבר דזכתה הבת כההיא דערכין ודוקא בנדונו שכתב לב"ח דקנאי ודאקנה ב"ח גובה אותם הלא"ה זכתה במה שבידה והן הם הדברים הנאמרים בערכין שכל מה שיזמין האב לבניו זכו בהם אפי' שעדין לא לבשום אבל לדברי הריב"ש קשה ההיא דערכין דשם נאמר שזכו הבנים והוצרך לחלק בין שהם ראוים ללובשם עכשיו ובין שאין ראוים ולכן בחילוקו בזה כתב ולא אמר הריב"ש וכו' ומשמע דלדעת המבי"ט אין אנו צריכים לחילוק זה וכ"ת איך יחלוק המבי"ט על הריב"ש י"ל כיון דחיליה מההיא דערכין שזוכים הבנים במה שהזמין להם אביהם יכול לחלוק עמו. והרב חק"ל כדי לתרץ קושיא זו מעל הב"ד רצה לחלק והוא שדברי הריב"ש והב"ד כשלקח התכשיטין והנדוניא קודם השידוכין ושוב שידך ונדר לה בנדוניא שנמצא בעת לקיחת הנדוניא לא זכתה הבת אבל בנדון המבי"ט שלקח הנדוניא אחר השידוכין דהוי הנדוניא כשאר חוב כה"ג ודאי דבשעת לקיחת הנדוניא זכתה הבת כיון שקנאם לשמה עי"ש. ולא ידעתי חילוק זה מנ"ל דהא ודאי בנדר לה לבד שנדר לבתו כ"וך נדוניא אין עליו שום חיוב בזה ואין חיוב כ"א דוקא בדברים הנקנין באמירה שעמדו וקדשו או בקנין ואפילו בקנין איכא מאן דפליג אבל בנדר לבד אינו מעלה ואינו מוריד וכ"ת כיון שנדר גילה דעתו שרצונו ליתן לה וכיון שקנה והזמין ודאי למתנה גמורה איכוון מעת שקנאם הא לא איריא דכל הבנות מזמינים להם נדוניא בין

אם נשתדכו בין לא נשתדכו וכמו שכתב הריב"ש עצמו שם שראובן היה לו בת וכשהיה במד"הי היה שולח לבתו תכשיטין כנהוג באבי הבנות ולזמן שידך בתו ללוי ונדר לתת לו סך ידוע וכו' הרי להדיא דאפילו קודם השידוכין נוהגים אבי הבנות להזמין להם צרכי נדוניא ומנהג זה פשוט בכל מקום כדי להקל מעליהם משא הנדוניא ועוד כדי שיראו שיש לה תכשיטין וימהרו לשדך אותה ועוד קשה שהרי המבי"ט ח"ב סי' רי"ט כתב ולכן כל מה שהכניסה לאה לבעלה הכל נתן ויחד אביה לנדונייתה בחייו אין לאחותה שום זכות במה שהכניסה עי"ש. וקשה אכתי איכא למיחש שמא קנה והזמין לה קודם השידוכין ואח"ך שדכה ונדר לה שבנדון זה אין לה זכות במה שהכין לה וא"כ הו"ל למימר אם יתברר ענין זה ג"כ שקנה לה נדוניא אחר ששדכה ועוד לפי דבריו כשכתב הריב"ש שם ובנדון זה כל שלא קנה הבעל באמירה גם הבת לא קנתה אע"פי שיהיה דעת האב לתתם לה כשתנשא כיון שעדין לא נתנם לה ע"ש. ולפי דבריו הו"ל לומר גם הבת לא קנתה לפי שקנה אותם האב קודם השידוכין שבעת לקיחתם לא זכתה בהם ואגב משמיענו חידוש גדול בזה ומדנקט כיון שעדין לא נתנם לה משמע דהעיקר הוא משום שלא נתנם בידה אע"פי שקנאם אחר הנדר והשידוכין כיון שלא נתנם בידה לא קנתה אותם וכ"ת דהאי נדר שכתב הרב חק"ל ז"ל היינו נדר ע"י קנין וחיוב ומשו"ה אביה מתחייב בזה כשאר חוב וזה נדון המבי"ט ז"ל הא ליתא דא"כ אפילו לא הזמין לה תכשיטין מתחייב מכח הקנין ואפילו הזמין קודם השידוכין היא זוכה בהם וכמו שמצינו להריב"ש ז"ל שהיה נדונו שהזמין לה קודם השידוכין ואעפ"כ כתב שאם יש קנין היא זוכה במה שהזמין לה:

והנה מהריב"ל ח"ג סי' צ"ג נשאל בראובן שהיו לו בנות ושידך אחת מהם ופסק לתת לחתנו מעות בנדוניא בקנין ושבועה וקודם שנשאת נפטר ראובן וכתב עמ"ש שם בגמ' ואם אמרו קטנות הרי אנו נושאות כדרך שנשאתם אתן אין שומעין להן וכתב דיש להסתפק אי אמרינן דמה שנתן להם נתן דוקא היכא דנשאו גדולים בחיי אביהם וקבלו המתנה אבל היכא דעמדו וקדשו או שקנו בקנין ועדין לא קבלו המתנה לא אמרינן הכי אלא כיון דמת האב ועדין לא קבלו המתנות דחולקים עם השאר בשוה דא דאמדינן דעתיה דלא רצה שיזכו במתנה היכא דמת קודם שנשא וכו' והביא ממה דאוקמוה שם רישא וסיפא דמתני' כאן שנשאו הגדולים בחיי אביהם וכאן לאחר מיתת אביהם ואם איתא דאע"ג דנשאו לאחר מיתת אביהם זוכין במתנות כיון שעמדו וקדשו או קנו לוקמה תרווייהו כשנשאו לאחר מיתת אביהם וכאן שעמדו וקדשו בחיי אביהם וכו' עי"ש. ויש להקשות דבשלמא כשעמדו וקדשו בחיי אביהם שפיר אשמועינן רבותא דאע"ג

דלא קבלו המתנה בחיי אביהם כיון שעמדו וקדשו קנו אבל כשלא עמדו וקדשו ונשאו הגדולים מהיכא תיתי שיזכו בהם במה שלקחו אחר מיתת אביהם כיון שלא עמדו וקדשו או קנו וי"ל דאשמועינן רבותא דאע"ג דאביהם כשהיה בחיים הזמין להם צרכי נדוניא או שפסק כמה רוצה ליתן להם אעפ"כ כיון שלא קנו מידו או עמדו וקדשו לא קנו וכמ"ש הריב"ש סי' קכ"ט אלא שהרואה יראה שדברי מהריב"ל הם היפך דברי הריב"ש שהרי הריב"ש כתב דאם יש לו נכסים יורדים לנכסיו ונותנים לפי שהם דברים הנקנים באמירה אע"פי שעדין לא כנס והלך לו למדינה אחרת כיון שזה מוכן לכנוס וה"ה אם מת האב הפוסק קודם שכנס ע"ש. הרי דסבר לה מר דכיון דעמדו וקדשו קנו ואפילו שעדין לא כנס וזה הפך דברי מהריב"ל אכן י"ל דבכגון דא אמרינן גברא אגברא קא רמית ומה גם דחיליה דמהריב"ל מהש"ס ההיא דפרק יש נוחלין:

והרב ב"ח סי' רפ"ו הוקשה לו עמ"ש שם נשאו גדולים לאחר מיתת אביהם ישאו קטנים והוקשה לו דהא פשיטא ותירץ דאתא לאשמועינן דאע"ג דהאב אמר שיתנו כ"וך לבתו כההיא דרב גידל וכו' אפ"ה לגבי אחין לאו כלום הוא דלא זכה הבן בנכסים אלא אחר הנישואין עי"ש. והקשה עליו הפמ"א ח"א סי' ס"ב דאישתמיט מיניה דברי הריב"ש סי' קכ"ט שכתב שאם עמדו וקדשו קנו ואפילו מת האב זכו בפיסקא ע"ש. ולפקד"ן דהרב ב"ח סבר לה כדעת מהריב"ל דאפילו עמדו וקדשו אם מת האב לא זכו בפיסקא אלא דוקא אחר הנישואין אבל קודם הנישואין לא זכו בפיסקא ההיא ולדברי הריב"ש יתורץ דקמ"ל בנדון דידיה דאע"ג דהאב נדר בעת השידוכין שכ"וך יתן לה וגם קנה והזמין לה קצת לנדונייתה אפ"ה כיון שלא קנה ופירש לשם מתנה לא זכו הבנים ולזה קמ"ל נשאו גדולים לאחר מיתת אביהם אע"פי שאביהם נדר להם כמה יתן להם וגם הזמין להם ועמדו הבנים ונשאו לאחר מיתת אביהם ולקחו מה שנדר להם אביהם ישאו הקטנים ג"כ כמו שלקחו הגדולים דלא זכו הגדולים בפיסקא ההיא ודין זה שכתב הריב"ש דאפילו הזמין וקנה לבתו לא זכתה הבת יש להכריח זה מדברי הש"ס דאם איתא דאב שהזמין לבתו צרכי נדונייתה זכתה בהם מעת לקחתן א"כ הו"ל להש"ס לאוקומה בהכי ולימא רישא וסיפא שנשאו לאחר מיתת אביהם וכאן שהזמין לה צרכי נדונייתה ומשו"ה מה שכבר זכו זכו וכאן שלא הזמין אלא ודאי משמע דבין הזמין לא זכו ובין לא הזמין שוים דלא זכתה ונר' דאין זה דקדוק דהא במתני' קאמ' אין שומעין להם אלא מה שנתן להם אביהם נתן משמע דמיירי כשכבר קבלו בידם ולא שהם מזומנים בהזמנה בעלמא:

וראיתי להרב החבי"ב שם בסי' רפ"ו הג"הט אות ט' שהקשה על דברי הריב"ל וז"ל ולעד"ן דאין זה הכרח דלאוקומי כשעמדו וקדשו או נטלו קנין דהיא אוקמתא דלא

נתפרשה במשנה משא"כ אוקמתת הש"ס דבפי' קתני אין שומעין להם אלא מה שנתן להם אביהם נתן הרי מפורש דמיירי סיפא כשנשא בחייו עוד הוקשה דאי מוקמינן רישא וסיפא כשנשאו לאחר מיתת אביהם וכו' לא א"ש מאי דקתני מה שנתן להם אביהם נתן שהרי אין הדבר תלוי במתנתו דאם נתן ולא קנה לא זכו וא"כ כך היה לו לתנא לשנות אין שומעין להם אלא מה שזכו בחיי אביהם זכו גם לישנא דמתני' דמה שנתן להם אביהם נתן משמע דהוי מתנה ולא חיוב עי"ש. ולפקד"ן דמהריב"ל קיצר בדבר המובן מעצמו כמ"ש הוא עצמו הרב החבי"ב בתחילת דבריו. והנה למה שהקשה תחילה דלפי מהריב"ל היא אוקמתא דליתא בש"ס משא"כ אוקמתא של הש"ס שהיא מפורשת נראה דלאו קושיא היא דכוונת הרב ז"ל לומר דהו"ל להש"ס להשמיענו חידוש זה בדרך ואב"א וכך הול"ל אחר שיתרץ תירוץ האמור בש"ס יתרץ ואב"א הא כשקנו מידו או שעמדו וקדשו ובשלמא אילו היה מקשה שלא יתרץ תירוץ האמור בש"ס אלא יתרץ הא כשקנו מידו שפיר הוה מקשה דאין זה רמוז בדברי המשנה אבל מאחר שמקשה שיתרץ בדרך ואב"א ודאי משום דלא נתפרש במשנה לאו משום זה הש"ס יאבד ממנו חידוש דין כזה. ומה שהקשה עוד דאי מוקמינן הכי לא א"ש מאי דקתני מה שנתן להם אביהם נתן דאין הדבר במתנתו גם זה ל"ק דכבר כתבנו דהרב ז"ל קיצר בדבריו וכוונתו דאם איתא דהכי הוא הדין דאם עמדו וקדשו קנו אף לאחר מיתה א"כ הו"ל להש"ס לחלק בזה ולהשמיענו חילוק זה שהוא חידוש וממילא גם קשה במתני' דאמאי נקט מה שנתן להם אביהם ולא נקט מה שזכו בחיי אביהם זכו דאם איתא דהתנא ס"ל דאם עמדו וקדשו קנו מאותו עת אף לאחר מיתת אביהם ואמאי נקט מה שנתן להם אביהם נתן דמשמע דבנתינה דאב תליא מילתא ודוקא במה שכבר קבלו בידם והלא אף אם לא נתן בידם ומת זכו משום שהיה שם קנין אלא ודאי אף אם קנו מידו או עמדו וקדשו ומת לא קנו ומשו"ה נקט אלא מה שכבר נתן להם אביהם נתן דוקא במה שכבר קבלו ומאי דלא דקדק בזה מהריב"ל. לא איצטריך להא כו ממילא משמע דקדוק זה:

וחזי הוית להרב שער המים סי' ט' שנרגש במה שכתבנו וכתב ז"ל וא"ת במתני' נמי. אמאי נקט לישנא דנשאו דמשמע דלא מהני אלא דוקא אם נשאו י"ל רבותא קמ"ל דאי הוה נקיט בשעמדו וקדשו ולא נשאו היינו אומרים דדוקא בשעת קידושין הוא דמהני משום דפסקו כן בשעת קידושין משום דההיא שעתא שייך למימר כמו שאמר רב גידל משום דמתחתני אבל אם פסקו בעת נישואין היינו אומרים דלא מהני לזה אשמועינן מתני' דאפי' שאמר שפסקו להם בעת נישואין שייך למימר אגב דמתחתני כמ"ש הריב"ש ש וכו' עי"ש. והרואה יראה להריב"ש עצמו שם בסי' שמ"ה יראה היפך מה

שכתב הוא ז"ל שהרי מדבריו שם נראה להדיא דאדרבה ההיא דעמדו וקדשו היא רבותא יותר שכן כתב וגם אפשר דה"ה בשעת נישואין אע"פי שקדשו מכבר דההיא שעתא הוי גמר החיתון ואיכא אקרובי דעתא טפי ורב גידל נקט וקדשו לרבותא דבקידושין לחוד מהני אע"פי שלא נזכר התנאי בשעת נישואין עי"ש. הרי משמע להדיא דאדרבה ההיא דרב גידל רבותא טפי דאפילו בקידושין לחוד שהתחילו להתחתוני אפ"ה קנו כ"ש בעת הנישואין שהוא גמר החיתון וא"כ הדרא קושיא לדוכתה אמאי נקט במתני' נשאו דמשמע דוקא נשאו שהוא גמר החיתון הרי אפילו קדשו לחוד קנו:

והנה מהריב"ל שם כתב דאמדינן דעתיה דאב דלא נתן אלא ע"מ שתנשא בחייו וראיתי להרב בני שמואל סי' ט"ו שהקשה על דברי מהריב"ל הנז' ממה שכתב הרא"ש בפ' מ"ש דף קמ"ח גבי ש"מ שכתב כל נכסיו לאחרים ועמד אינו חוזר חיישינן שמא יש לו נכסים במד"הי וכתב הרא"ש והא דחיישינן מספיקא לאפוקי ממונא ה"ט משום דיש כאן מתנה גמורה בקנין אלא דמחמת האומד אמרינן דאם עמד חוזר והאי אומדנא לא אמרינן אלא היכא דבריר לן בודאי דהוי מתנה בכל נכסיו אבל היכא דמספקא לן לא אמרינן אומדנא וכו' א"כ בנ"ד כיון דאיכא מתנה גמורה בקנין משום ספק אומדנא שמא אין דעתו שיזכו במתנה ובירושה וכו' אין לנו לבטל מעשיו. עוד הק' דאמאי ניזיל בתר אומדנות חלושות לבטל מתנה שנעשית בקנין. וראיתי להרב שער המום בסי' ט' שכתב ולעד"ן דיש לחלק דלא כתב הרא"ש דלא אמרינן האומדנא אלא היכא דבריר וכו' היינו משום דמסתמא כל המחלק נכסיו אדעתא דמתנה יהיב כשימות משו"ה בעינן שתהיה האומדנא ברורה כדי שיוכל לחזור אבל בהא דהן הדברים הנקנים באמירה והיינו טעמא משום דהא מתחתני אהדדי א"כ כשלא נמצא זה בחיתון והרי הוא מת בהא אמרינן דלא נתן אלא כדי שתנשא בחייו והתם שאני דכל הנותן במתנה יהיב עי"ש. ולפקד"ן דאין זה חילוק דהא יש לדקדק ע דברי הריב"ל דאמאי לא הביא ראיה להאומדנא שלו משום דהא דקנו באמירה בעלמא משום אהבת החיתון א"כ כשלא נמצא בחיתון לפי שמת אז אמדינן דעתיה דלא הקנה לה אלא כשימצא בחיתון ולא מת. ועוד יש לדקדק בדברי הש"ס דאמאי קאמר בההיא הנאה דקא מתחתני אהדדי והרי עתה לא התחתנו והו"ל בההיא הנאה דבעו. להתחתוני אכן נראה פשוט כיון דקדשו ונתקשרו הרי כאלו התחתנו כיון שאין יכולה לינשא לאחר והשתא אידחייא ליה חילוקו כיון שקדש בתו הרי נתחתן עמו וקיבל ממנו הנאה וא"כ כשמת האב ולא זכתה במה שנתחייב לה מאי אומדנא איכא הכא. ועוד קשה לפי חילוקו דא"כ גם בהשיא בת בחייו אמאי אמדינן דעתיה שכך רצונו ליתן אימא דוקא בראשונה שהיה חי ולאהבת החיתון נתן לה כ"כ

נכסים אבל בשניה שכבר מת ולא נמצא בחיתון אין דעתו ליתן לה כ"כ כמו בראשונה ומנ"ל שכן דעתו גם בשניה אלא ודאי נר' פשוט שאין זה חילוק דהאי סברא דאגב דבעו להתחתוני שייכא אפילו היכא דמת האב:

ולעיקר קושית הרב ב"ש נראה לתרץ והוא כי חילוק ואומדנא יש כאן דבשלמא כשהיה בחיים שהבת אין בידה כלום אלא מה שנותן לה אביה ודעתו להקנות לה בכל כוונתו כדי שלא תתבייש בפני שאר הבנות ואין לה מקום אחר להתפרנס כ"א מאביה דוקא אבל לאחר שמת שאז הבת נעשית יורשת לכל ממון אביה ואז באותו עת ירשה נכסי אביה ויש בידה ממון כמו שנדר לה א"כ אמדינן דעתיה דאין לזכות לבתו בתרתי במתנה ובירושה כיון שעכשיו יש בידה ממה להתפרנס ומעתה גם מה שהקשה מההיא דהרא"ש ל"ק ולא מידי דבשלמא ההיא דהרא"ש שהיה שם קנין ובאים אנו לבטל המתנה לגמרי ולחזור בו משום אומדנא דאם עמד חוזר משו"ה בעינן אומדנ' ברורה כי שמא יש לו נכסים במד"ה אבל בנ"ד אם אנו מבטלין מתנתו ודבריו אין הבעל מפסיד כלום בזה כי עדין לוקח אותו סך עצמו בתורת ירושה משא"כ בההיא דהרא"ש שצריכין לבטל הענין לגמרי משו"ה בעינן אומדנא ברורה. ומהתימה מהרב שער המים שהביא סברא זו לעיל ואיך לא דחה בה קושית ב"ש בזה כי חילוק גדול יש בין ההיא דהרא"ש להההיא דמהריב"ל:

עוד נראה להביא ראיה לנ"ד שזכתה הבת במה שהכין לה אביה והוא ממה שכתב מהרשד"ם ח"מ סי' שמ"ב שנשאל על יעקב שהיה קונה תכשיטין לשם בנו לסיוע נישואיו והיה שמעון מקבלם מידו ומניחם בארגז שלו המיוחדת לו בבית אביו ומת יעקב ובאו אחיו לחלוק עמו בתכשיטין ההם והשיב דאע"ג דהטור כתב בח"מ סי' ר' כליו של לוקח ברשות מוכר אי א"ל זיל קני קנה ואי לאו לא קנה וכו' התם טעמא משום הקפדה דאדם מקפיד על מקומו ובנ"ד דודאי האב אצל בנו ליכא קפידא קנה עכ"ל. א"כ נראה דבנ"ד נמי שהיה נותן לה בגדים ותכשיטין אע"ג דשם בבית אביה מנחת אותם מ"מ כיון שהוא אביה מסתמא אינו מקפיד על מקומו ולא הוי כליו של לוקח ברשות מוכר. ואע"ג דהתם דוקא שהיה נותנם לבנו ובנו היה מניחם בארגז שלו אבל בנ"ד שהיה נותנם לאם הבת ולהבת ולא היו מניחים בארגז המיוחד להם מ"מ נראה דלא שנא שהרי שם בנדון מהרשד"ם טען הבן הבכור כי אמו אחר שמת אביו מסרה אותם ליד בנה והבן טען כי מיד אביו קבלם ובתשובתו הרמת'ה לא השיב כלום על זה כי נראה דס"ל דכיון דעכשיו אנו רואים אותם שהם ביד שמעון והוא תפוס בהם אנו מאמינים לכל דברי שמעון ועוד כיון דרשות אחרים הוא של מקנה מאי נפקא מינה אם בארגז שלו כיון שהעיקר היא הנתינה מיד אביו ליד בנו ואילו לא היה אביו לא היה קונה לפי שהם כליו של לוקח

ברשות מוכר וא"כ לגבי אב שמקנה לו אפילו ברשותו העיקר הוא לומר לו הילך חפץ זה ויהיה שלך וא"כ בנ"ד כיון שא"ל קחי חפצים אלו לנדונייתיך דיבור זה יספיק לה ובמקום שתרצה תניחם כי זכתה בהם בעת קבלתם מיד אביה. ולעד"ן כי עדיפא נדון דידן דהתם אע"פי שהיה קונה לו תכשיטי זהב ואפשר לומר כי לא לגמרי הקנה אותם כי אפשר שיצטרכו לו ויחזור ויקח אותם כי תכשיטי זהב אינו מפסיד כלום במכירתם ומעשים בכל יום שלוקחים ומוכרים ואח"ך מחזירין ואעפ"כ זכה בהם עולמית כ"ש בנ"ד שקנה לה בגדי נדוניא והתחיל לתפור אותם וידוע כי בגדים אלו אם ירצה למוכרם הוא מפסיד בהם ומעולם לא נמצא שיקנה אדם בגדי נדוניא ואחר זה ימכור אותם ודבר דלא שכיח הוא ובודאי לשם מתנה גמורה איכוון ולא יחזור בו לעולם ועוד דאפילו את"ל דמהרשד"ם לא דיבר אלא דוקא כשנתן לבנו דוקא אבל בנ"ד שהיה נותן ביד האם אפשר שלא זכתה מ"מ מהראיה השנית שהביא נראה דלא שנא והוא שהביא ראיה מהא דקי"ל בדין ופסקו הטור בא"הע סי' צ"ו שאלמנה שאמרה בעלי נתן לי מנה במתנה גמורה על מנת שלא יכנס בכתובתי אם היא מוחזקת במנה שיש מממון בעלה תחת ידה נאמנת במיגו דאי בעיא אמרה אין בידי כלום עי"ש. א"כ גם בנ"ד נמי כיון שהאם מוחזקת בנכסים ואין מי שיודע מה יש בידה זולתי האם והבת נאמנת האם לומר שבעלה נתנם לבתה במתנה במיגו דאי בעיא אמרה אין בידי כלום:

אלא כי אחד הרואה עיניו יחזה כי דברי מהרשד"ם הם היפך דברי הריב"ש שבסי' קכ"ח האמורים לעיל דשם כתב משם הרמב"ם דאין בע"ח גובה מכסות אשתו ובניו של לוה בד"א בגדי חול אבל בגדי שבת ורגל גובה אותם בע"ח ואין צ"ל אם היה בהם טבעות וחלי זהב וכתב דיש חולקים על הרמב"ם וס"ל דמה שהאיש מזכה לאשתו ובניו מנכסיו אפילו כלי רגל ומועד מזכה להם וכתב דאפילו החולקים על הרמב"ם בבגדי שבת לא חלקו בתכשיטי זהב וכסף וכו' וכן כתב הרי"ף בתשו' ע"כ. הרי לך להדיא דבתכשיטין אליבא דכ"ע אין בע"ח גובה מהם ואיך זיכה הרב לבנים בתכשיטין שהיה מזמין להם בחייו וא"ת דהתם שאני לפי שכל מה שהיה נותן לו אביו היה מניחו בארגז שלו. ומשו"ה זיכה להם הרב ז"ל אבל בנדון הריב"ש לא היה מניחן בארגז שלו הא ליתא חדא דהריב"ש כתב דיש מי שחלק על הרמב"ם בבגדי שבת וי"ט והתם נראה דאפי' היו מונחים בארגז שלו דסתם בגדי שבת וי"ט הם מונחים בארגז שלו וא"כ כשכתב אפילו החולקים על הרמב"ם לא נחלקו בתכשיטי זהב וכסף משמע אפילו היו מונחים בארגז שלהם וכן מצינו להרי"ף עצמו בתשובה סי' רנ"ח שנשאל אם יכול ליקח תכשיטי אשתו ליתן לבע"ח והביא ראיה מההיא דאחד המעריך וכו' אין לו בכסות אשתו ובניו

וכתב דבירוש' אמרו בבגדים של חול אבל לא של רגל ושבת הילכך כל מה שהיה מן הבגדים המעולים וכ"ש תכשיטי זהב ובדולח דיש לו למכור עי"ש. הרי שהשוה הבגדים והתכשיטין להדדי וכי היכי דרוב ב"א מניחים הבנים בגדיהם בארגז לבדם ואפ"ה יש עמו רשות למכור אותם גם בתכשיטין כה"ג כ"כ יכול למכור. ועוד דאם איתא דיש חילוק בין מונחים בארגז שלהם לבין אין מונחים הו"ל להשמיענו זה להדיא. ועוד כבר כתבנו לעיל כי מהראיה שהביא דכליו של לוקח ברשות מוכר דלא קנה משום דאדם מקפיד על מקומו ולגבי בנו אינו מקפיד משמע דלאו משום שהיו מונחים בארגז שלו הוא דקנה אלא משום דכיון שקבלם מיד אביו אפילו שהיו בבית אביו קנה. ועוד קשה אמאי לא הביא מהרשד"ם ראיה לנ"ד דכליו של לוקח ברשות מוכר לגבי בן דקנה מההיא דאחד המעריך וכו' דאין לו בכסות אשתו ובניו וזוכים בהם אפילו שהם יושבים בביתו והוו כליו של לוקח ברשות מוכר ועוד דמה זו סברא דאם הניחם בארגז דקנה כיון דאין שם דרכי הקניה מה לי בארגז ומה לי במקום אחר. ונראה לחלק ולומר דדוקא בנדון הרי"בש שעדין האב קיים ובא עכשיו לחזור בו לפרוע לבע"ח משום הכי אמדינן דעתו דדוקא בבגדים הוא מזכה להם מיד ע"מ שלא לחזור וזכו בהם מעת הנתינה אבל בתכשיטין אמדינן דעתיה כי אין דעתו להקנות להם לגמרי אלא אם יצטרך להם מיד יקחם כי כך היתה כוונתו אבל אם מת ולא חזר בו אז זכו בהם כי לא הוצרכו לו ולא חזר בו. וכבר כתבתי שמצאתי אותו להרב ב"ד א"ה סי' ע"ד שכתב בשם הב"י משום דבגדים יקרים הללו אינו מקנה להם מסתמא אלא ע"ד שאם יצטרך יקחם מידם א"כ בנ"ד שלא בא לידי צורך למוכרם נשארו להם קנין עולם עי"ש. א"כ גם בנ"ד דמהרשד"ם דמיירי שנתן לבנו בעוד שהוא חי ואח"ז נשארו בידו משו"ה כתב שזכו בהם הבנים כיון שלא חזר בו. ומעתה מה שהק' הרב חק"ל דאשתמיטיתיה דברי הריב"ש דסי' קכ"ח דשם מבואר דבתכשיטין כ"ע מודו דב"ח גובה מהם ונדון הריב"ש דסי' קכ"ט שם היה תכשיטין של כסף וזהב. לפקד"ן דל"ק דרב ב"ד סבר כיון דשם מיירי שמת האב ולא חזר בו דאז באותו עת זכו הבנים א"כ שם ל"ש בגדים ול"ש תכשיטין דכולם שוים לטובה דזכו בהם הבנים וחילוק זה של הרב ב"ד ז"ל מצאתי אותו בהרדב"ז החדשות ח"א סי' שס"ה דשם נשאל בראובן שנתן מתנה לבתו לצורך נישואיה וזכתה בה במתנה וקנתה תכשיטין ומת האב ולא הספיקה הבת לינשא עד שמתה ועתה בא בע"ח לגבות מאותה מתנה והשיב דאם המתנה היתה ע"מ שתנשא בה הדין פשוט עם שמעון ואם היתה המתנה סתם אע"ג דאיכא גילוי דעת שלא נתן לה אלא לצורך נישואיה לא זכה שמעון וכן משמע מהך עובדא דפ' מ"ש וכו' הא קמן דאע"ג דאיכא גילוי דעת לא מציא הדרא בה כיון

שהיא מתנה במקצת ואפילו לדעת המפ' עובדא דאמיה דרב זביד במתנה במקצת ה"מ בזמן שבעל המתנה חוזר בהדיא אבל בנ"ד שכבר מת דילמא אי הוה קיים לא הוה הדר אלא שיזכו שאר אחיה במתנה ותו איכא גילוי דעת לאידך גיסא שרוצה הוא שתתקיים המתנה אפילו שתמות כדי שירשו אותה שאר בניו עי"ש. הרי להדיא דכיון שמת ולא חזר בו זכתה במתנה ועדיפא נ"ד שהרי התם אפילו שמתה הבת לא אמרינן כי שמא חזר בו כדי לפרוע לבע"ח כי פריעתו מצוה אלא אמרינן כי כוונתו שיזכו אחיה במה שנתן לה א"כ כ"ש בנ"ד שהבת עצמה קיימת דודאי אמרינן דלא הדר ביה אלא זכתה הבת במה שהזמין לה אביה כלו. שוב ראיתי להרדב"ז עצמו בח"א סי' קנ"א שנשאל ביעקב ששידך לבנו ונתן בידו מוהר לכלתו וכן עשה אחר זה מת יעקב ונתבטלו השידוכין אם יחזור המוהר לתפיסת הבית והשיב אם כשנתן יעקב לבנו קנה מתנתו בדרכי הקנייה לא ראיתי מקום לשאלה זו ואע"ג דאמדינן דעתיה דלא נתן אלא לצורך נישואין והרי לא נשא הא ל"ק דלצורך נישואין נתן ואם לא נשא זו ישא אחרת ע"כ. משמע דוקא שקנה בדרכי הקנייה המפורשת בדין קונה חפץ מחבירו אבל אם לא קנה בדרך זו לא קנה וא"כ נראה דבנ"ד שלא קנה בדרך הקנייה לא זכתה הבת במה שהכין לה אביה וא"כ נמצא דפליג ג"כ על דברי הרשד"ם ובשלמא לדברי עצמו בההיא דסי' שס"ה אינו סותר לפי שאפשר לפרש דפי' וזכתה הבת במתנה היינו שזכתה בדרכי הקנייה אבל לההיא דהרשד"ם קשה שכתב דאפילו כליו של לוקח ברשות מוכר קנה ואפשר לומר דסבר לה מר דכיון שהוא בנו ולגבי בנו אינו מקפיד על מקומו הו"ל כדרכי הקנייה ומעתה גם בנ"ד כיון שהיתה הבת מקבלת מיד אביה מה שהיה מביא לה ודאי דזכתה הבת ואפילו שהוא ברשות אביה והיא נאמנת לומר כי אביה נתנם לה במתנה גמורה מגו דאי בעיא אמרה אין בידי כלום וכמש"ל משם מהרשד"ם ואפי' מי שירצה לומר דבדוקא נקט לה הרדב"ז שלא קנה הבן כי אם דוקא אם קנה בדרכי הקנייה מ"מ נראה שלא נאמר זה אלא דוקא שם שהיו תכשיטין ולגבי תכשיטין קי"ל לגבי בע"ח אליבא דכ"ע דלא קנו הבנים ולכן בעל חוב גובה מהם אבל אם היו שם בגדים קונה אותם הבן הכלל העולה בנדון דידן דאם הם בגדים אפילו הם בגדים יקרי הערך וחמודים זכתה בהם הבת ואפילו דלגבי ב"ח דוקא בגדי חול קנו אותם אבל בגדי שבת וי"ט וכ"ש תכשיטי זהב וכסף שב"ח גובה מהם נראה דוקא לגבי בנים שעדין הם ברשותו ואם יקח אותם היום מחזיר למחר חליפתם ולא יש קפידא אם יקחם אבל לגבי בתו שרוצה לינשא לאחרים וכל מה שנותן לה היא מכנסת אותו לבעלה ואחר שלוקח אותם הבעל לא ישאר לאב שום שליטה עליהם וא"כ אפילו הם בגדים יקרים מעת שקונה אותם הוא מתייאש מהם ולמתנה גמורה נתכוון

ואין חוזר בו לעולם ולא נמצא דבר זה בשום זמן שאחר שיקנה בגדים לנדוניית בתו שיחזור ויקח אותם או יפרע אותם לבע"ח אלא אדרבה בכל יום הולך ומוסיף עליהם כפי יכלתו ונותן בכל דעתו וכחו להוסיף עליהם ויש קצת מופת לזה שהרי כי עינינו הרואות שבכל שידוכין אע"פי שפוסקין על המשודך כמה יתן לכלתו מ"מ על אבי הכלה לא יפסקו עמו כמה הוא צריך להוציא לבתו נדוניא אלא אומרים נדוניא כפי כבודו ולא ימצא שפוסק כ"א אחד מעיר ושנים ממשפחה לפי כי ידוע וברור להם כי אבי הבת אפילו שהוא קמצן מוציא כפי יכלתו ולא ביייש עצמו ובתו לפני בני אדם ואומדים שכך דעתו בודאי וא"כ איך אפשר לומר שאחר שקנה לה בגדים כוונתו לחזור בהם ודבר זה אין לו מציאות בעולם וא"כ בנ"ד שקנה לה בגדים ולא תכשיטין כ"ע מודו שקנתה אותם הבת וכן נמי תכשיטין הקטנים כגון נזמי זהב אשר באזני בנותיהם וכיוצא שתכשיטין אלו ילביש אותם האב לבתו ורחוק המציאות שיקח אותם אחר כך אפילו שהוא בדוחק גדול ודאי למתנה גמורה איכוון ולא מצינו לשום אדם שחוזר בתכשיטין כאלו כי אם דוקא כשהוא בדוחק גדול וצרות רבות סבבוהו א"כ בנ"ד שכ"ע ידעי להאי גברא שבנ"ד שאפילו שלא היה חשוב בין העשירים עכ"פ פרנסתו היתה מצויה לו ובודאי שלמתנה גמורה נתנם לה. והנלע"ד כתבתי:

נאום זעירא דברייך אברהם דיין ס"ט

סימן ב

שאלה ראובן מת והניח אלמנתו ועמה מטלטלי בית שהם ידועים ליורשים שאינם מגיעין אפילו לסכי כתובתה שהיא מועטת וכ"ש להוציא מהם מזונותיה ובראות צערה שאין ממון בידה לפרנס את עצמה היתה משרתת אצל עשיר אחד ועמדה שם חמש שנים ועי"ז בא לה ממון מהשכירות שלה שהשלימה בהם דמי כתובתה ועוד מוסף על כתובתה יותר משלוש מאות גרוש וטענו. היורשים שהמותר שלהם לפי דקי"ל מותר מעשה ידי האלמנה ליורשים והאלמנה טוענת שאין אתם נותנים לי מזונותי עד שתזכו במעשה ידי ועתה האלמנה נפשה לשאו"ל הגיעה אם זכתה בטענתה ויבוא שכמ"ה:

תשובה גרסי' בפ' חזקת הבתים דף נ"ב ע"א איתמר אחד מן האחים שהיה נושא ונותן בתוך הבית והיו אונות ושטרות יוצאים על שמו ואמר שלי הם שנפלו לי מבית אבי אימא אמר רב עליו להביא ראיה ואמר שם אמר רב חסדא לא שנו אלא שאין חלוקין בעיסתן אבל חלוקין בעיסתן אימור מעיסתו קימץ ועליהם להביא ראיה ואמר שם רב נחמן דברייתא מסייעא ליה לרב דתניא אחד מן האחים וכו' וכן האשה שהיתה נושאת

ונותנת בתוך הבית והיו אונות ושטרות יוצאים על שמה ואמרה שלי הן שנפלו לי מבית אבי אימא עליה להביא ראיה מאי וכן מהו דתימא אשה כיון דשביחא לה מילתא דאמרי קא טרחא קמי יתמי לא גזלה מיתמי קמ"ל ע"כ בגמ'. ונראה דהאי חילוקא שחילק רב חסדא דלא שנו אלא שאין חלוקין בעיסתן שייך גם גבי אשה שהיא נושאת ונותנת בתוך הבית ובעלה חי שהרי שנינו בנזיר דף כ"ד גבי אשה שנדרה בנזיר והפרישה בהמתה ואח"ך היפר לה הבעל אם שלה היתה הבהמה חטאת תמות והקשו בש"ס היא מנ"ל הא אמרת מה שקנתה אשה קנה בעלה ותירצו אמר רב פפא שקמצה מעיסתה אי בעית אימא דאקני לה אחר ואמר לה ע"מ שאין לבעליך רשות בהם ע"כ נמצא לפי דברי ר"פ דאף באשה שייך לומר מעיסתה קמצה ועל האחין להביא ראיה לפי שאם קמצה מעיסתה הכל שלה ואף שכתב רש"י שם גבי ואב"א דאקני לה אחר כתב רש"י דאי קימצה מעיסתה אמרינן נמי מה שקימצה אשה קנה בעלה ור"ל דקי"ל מותר מזונות לבעל וכן הקשו התוס' כנראה מדבריו אלה דכשאמר ואב"א חזר בו משינויא קמא של ר"פ דגבי אשה אם הותירה ממזונותיה המותר לבעל ואם הדברים כן לא ידענא מאי אידון בה דא"כ ר"פ שאמר כן כמאן ס"ל דהא לכ"ע מותר מזונות לבעל וא"כ מאי קאמר שקמצה מעיסתה והתוס' תירצו למה שהקשו על ר"פ מההיא דמותר מזונות לבעל דהכא מיירי שאמר לה צאי מעשה ידיך במזונותיך ונתרצית בכך והותירה וכו' ואפ' דאף רש"י הכי כוונתו ור"ל מה שאמרו בש"ס ואב"א לפי דקי"ל אפילו מה שקמצה הוא לבעל ואף דקי"ל אם אמר לה צאי מעשה ידיך במזונותיך אם הותירה שלה מ"מ מציאות רחוקה היא ואין דרך הנשים להיות ניזונים ממעשה ידיהן ולישב עם הבעל אבל מה שתירץ שנתן לה אחר מתנה ע"מ שאין לבעלה בהם כלום אפשר להיות דבר זה ונמצינו למידין מדברי הש"ס לדברי ר"פ דאף לגבי אשה שהיא תחת בעלה שייך לומר אימור מעיסתה קמצה כ"ש גבי אלמנה דיש מי שסבר דמותר מזונותיה לעצמה דודאי גם בה שייך לומר אימור מעיסתה קמצה אם חלוקין בעיסתן וכן נראה מדברי הרא"ש ז"ל דלאחר שכתב סברת רב גבי אחין ואח"ז הביא הברייתא שאמרה וכן אשה וכו' והביא דברי רב חסדא כנראה שחילוקו של רב חסדא שייך גם לגבי אשה וכן כתב הרמב"ם בפ"ט מה' נחלות להדיא שאחר שהביא דברי רב והברייתא כתב בד"א באחין ובאלמנה שאין חלוקין בעיסתן וכו' אבל אם היו חלוקין בעיסתן אימור מעיסתו קמץ ועל האחין להביא ראיה אלא שלפ"ז קשה לי על דברי רבי' הרמב"ם ז"ל דא"כ אמאי כתב האי חילוקא דחלוקין בעיסתן דוקא באלמנה הלא גם גבי אשה שהיא תחת בעלה שייך לומר ג"כ אימור מעיסתה קימצה וכמו שאמרו בנזיר והו"ל לרבינו לומר האי חילוקא גם גבי

אשה שהיא תחת בעלה ואף שמדברי הש"ס שבפ' ח"ה נראה דהאי וכן האשה שהיתה נושאת ונותנת בתוך הבית מיירי באשה אלמנה וכמ"ש מאי וכן מהו דתימא אשה כיון דשביחא לה מילתא דאמרי קא טרחא קמי יתמי נראה מזה דבאשה אלמנה מיירי מ"מ רבינו שהביא מן התוספתא דגם גבי אשה שהיא תחת בעלה דינא הכי וכמפורש בדברי רבי' וכמ"ש הש"ך ח"מ סי' ס"ב הו"ל לרבי' לומר האי דינא דחלוקין בעיסתן גם גבי אשה שתחת בעלה. ואם נאמר דאם יאמר האי חילוקא גבי אשה שהיא תחת בעלה יפול בקושיא שהקשו התוס' בנזיר דמהיכן יבוא לאשה ממון שאין לבעל רשות בו והרי אף המותר שהותירה ממזונותיה הוא לבעל וא"כ איך אפשר אשה שהיא תחת בעלה להיות חלוקה בעיסתה. הנה קושיא זו גם עכשיו גבי אלמנה יפול בקושיא זו וכבר השיג עליו הרב בני חיי סי' כ"ה והרב מגילת ספר בלאוין דף ל' ע"א והרב מגילת ספר תריץ דמיירי דאמרו לה האחין צאי מעשה ידיך והרב בני חיי תירץ שהתנו עמה שאם הותירה הותירה לה וא"כ הו"ל לרבינו לכתוב הדין גם גבי אשה שהיא תחת בעלה ומה שתרצה לתרץ גבי אלמנה תרץ גבי אשה שהיא תחת בעלה וכמו שתי' התוס' בלאו הכי:

ונראה לי לתרץ האי קושיא וקושית הרב בני חיי ומגילת ספר הנז' מה שהקשו על רבי' מ"ש בה' נחלות דאם חלוקין בעיסתן עליהם להביא ראיה דאימור מעיסתה קמצה והקשו דאף אם נאמר מעיסתה קימצה מ"מ המותר הוא ליורשים. ונראה לתרץ כי הן אמת דרבינו בפי"ח מה' אישות כתב מותר מזונות ליתומים ומותר בלאות ליתומים אכן לא כתב כן אלא דוקא אם האשה מודה שנתנו לה מזונות והותירה מהם ואז הם ליורשים אכן אם האשה נמצאו לה אונות ושטרות יוצאים על שמה והיא אומרת שהם שלה. וכתב הרמ"ה בחי' לבתרא דאם יש עדים שלא בא לה ירושה מממון אביה ודאי שהיתומים נאמנים ואם באו לה עדים שירשה ממון מאביה ודאי שהיא נאמנת כי פליגי היכא שבאו עדים שמת אביה אלא שלא ידעו אם הניח ממון אם לאו עכ"ל. נמצא לפ"ז דכי פליגי היכא שנודע שמת אביה אלא שלא ידענו אם הניח ממון אם לאו ואז אמרינן על האחים להביא ראיה וא"כ אפשר דבכ"הג אמרינן דהמותר הוא שלה לפי שיש כאן כמה ספיקות אחד שאביה מת ומסתמא הניח ממון. שנית שידים מוכיחות שהשטרות נכתבו על שמה ועוד שהיא טוענת שנפלה לה מבית אמה ואם הם חלוקין בעיסתן דיש לומר שמא מעיסתה קמצה א"כ בכל הני ספיקי יש לומר דשמא הלכתא כהירוש' שהביא הראב"ד דאם קמצה מעיסתה הקימוץ שלה ואין לנו כח להוציא מידה נגד כל הני ספיקות ובפרט שהירושלמי סבר דמותר מזונות האלמנה לעצמה ובזה נתיישב שפיר מה שהקשינו על רבינו לעיל דאמאי לא כתב דין זה דחלוקין בעיסתן גם גבי אשה שהיא תחת בעלה לפי

שדוקא גבי אלמנה דיש מי שסבר דמותר מזונותיה לעצמה בכה"ג אזיל ומודה רבינו אבל גבי אשה שהיא תחת בעלה אפילו אם קמצה מעיסתה הם לבעל ודוחק הוא לאוקומי כגון שאמר לה צאי מעשה ידיך במזונותיך:

ויש להביא סמך לזה ממה שכתב המבי"ט ח"א סי' שי"ב ונדון דידיה היה שהאלמנה האכילה מותר מזונותיה לבניה וכתב דאפשר דהרמב"ם יודה בזה להראב"ד ואף שיש ספק בזה אם יודה מ"מ כדאי הוא הראב"ד לסמוך עליו בזה שפסק כהירוש' עי"ש. ואף אנו נאמר דבכגון זה אף הרמב"ם אזיל ומודה לדברי הראב"ד דהמותר שלה בהצטרף עמה טעם אחר לפי שבכאן היא מכחשת ואומרת שהם שלה שנפלו לה מבית אמה:

עוד יש להביא סמך לזה ממה שכתב הרמב"ם בפכ"ב מהלכות אישות הרי שנמצאו מעות או מטלטלים ביד האשה היא אומרת במתנה ניתנו לי והוא אומר ממעשה ידיך שהם שלי הרי זו נאמנת והקשה מהרלב"ח סי' נ"ח על זה ממ"ש בפ"ט מה' נחלות ותירץ דבה' אישות מיירי באינה נושאת ונותנת בתוך הבית ע"כ הרי מצינו גבי אשה כל שטוענת שהם שלה אנו מאמינים אותה אלא שאם נושאת ונותנת בתוך הבית הורע כחה ועליה להביא ראיה א"כ כשחלוקין בעיסתן דיש מקום לומר מעיסתה קמצה וגם שאר ספיקות הדרינן לכללין דכל שטוענת שהם שלה אנו מאמינים אותה כיון דיש מי שסבר דמותר מזונות האלמנה לעצמה בזה האופן יש לסמוך עליו דהיאך נוציא מידה כנגד כמה ספיקות דאפשר דבאמת הם שלה שנפלו לה מבית אביה מאחר שאנו רואים שאביה מת אלא שלא ידענו אם הניח לה ממון אם לאו וכדברי הרמ"ה ועוד שאנו רואים שהשטרות על שמה ומסתמא הם שלה ועוד דאפשר דהילכתא כדברי הירוש' שהביא הראב"ד הילכך בכל הני ספיקי אין להוציא מידה ועל היורשים להביא ראיה ועכ"פ נמצינו למידין מדברי מהרלב"ח שאם לא היתה נושאת ונותנת בתוך הבית ואמרה שהמעות שהם בידה הם שלה שנתנו לה במתנה נאמנת וא"כ בנ"ד שלא היתה נושאת ונותנת בתוך הבית אלא שהיתה משרתת בבית ראובן וידוע לכל שבחגים ובמועדים נותנים למשרתים מתנות יכולה לטעון שהמותר הזה הוא ממה שנתנו לה מתנות כנהוג:

עוד יש להביא ראיה לנ"ד ממ"ש מהרימ"ט ח"מ סימן ס"ז שנסתפק בנשים שהם גבירות ונכנסות בחצרות שרי המלכים וטירותם והמה כאניות סוחר להביא טרף לביתם ומכלכלין את בעליהן זה כמה שנים ומפרי ידיהם עתקו גם גברו חיל עושר ונכסים אם נאמר שאשה כזאת אין לבעלה זכות בכל אשר עשתה חיל כי מאחר שהוא אינו מעלה לה מזונות ואדרבה היא מכלכלת אותו ואת בניו אין הבעל זוכה במעשה ידיה בסתם ואינה צריכה לפרש ולומר איני ניזונת ואיני עושה דכל שאין הבעל זנה במאי

זוכה במעשה ידיה והביא ראיה מדברי הר"ן בפ' אלמנה ניזונת משם הרמב"ן גבי אלמנה ששהתה וכו' שאם לא נתנה מזונות לאשתו ועשתה ואכלה אפילו שהותירה אין לבעלה עליה כלום דכל היכא דאיהו לא יהיב לה מזונות אינה צריכה להקנות בפירוש ולומר איני ניזונת ואיני עושה אלא זכתה במעשה ידיה אפילו דרך שתיקה וזוהי ששנינו אם אין נותן לה מעה כסף לצרכה מעשה ידיה שלה עי"ש. וא"כ נראה בנ"ד כיון שאין ניזונת מנכסי היורשים כל מה שהותירה על כתובתה הרי הוא שלה ואינה צריכה לומר בפירוש ליורשים איני ניזונת ואיני עושה ואפ' ששם מהרימ"ט ספוקי מספקא ליה מ"מ נראה שהסכימה דעתו דעת עליון בזה שהכל שלה וכן הסכים על ידו הרב משנה למלך בפרק כ"א מה' אישות אלא שתמה עליו דאיך השמיט גדולי המחברים שנחלקו בזה כמ"ש הטור בא"ה סימן צ"ה משם הראב"ד באלמנה שהשביחה קרקע של יתומים דאע"פי שהיא ניזונת משל יתומים ומעשה ידיה שלהם השבח לעצמה שלא אמרו מעשה ידיה שלהם אלא במעשה ידיה הקבועים כגון טווה או אורגת אבל במלאכה אחרת שאין דרכה בכך לא כיון שאין יכולין לשנותה למלאכה אחרת אם עשתה הרי הוא לעצמה והרשב"א הסכים לדעת זה כמ"ש מהריק"א עי"ש. ולכאורה על דברי הראב"ד עצמו לפי דברי המש"ל יש להקשות מההיא דנזיר שהבאתי לעיל שאמרו אם שלה היתה הבהמה וכו' והקשו היא מנ"ל הא מה שקנתה אשה קנה בעלה ותירצו אמר ר"פ שקימצה מעיסתה ואב"א שנתן לה אחר מתנה וכו' ואם איתא כדברי המש"ל דאם אשה השביחה קרקע של בעלה בין אלמנה ובין בעולה דהשבח לעצמה הו"ל להש"ס לאוקומי בהכי ולימא כגון שהשביחה קרקע של בעלה ואף שמעשה ידיה שלו דוקא במעשיה הקבועים כגון טווה וכו' ומדלא חילקו בהכי נראה דלא דיבר הראב"ד אלא דוקא גבי אלמנה משום דטרחא קמי יתמי מסתמא יתמי מחלי לה וכמ"ש הב"ח וכן הב"ש נתן טעם אחר משום דכיון דיש לה שייכות בנכסים שרוצה לגבות כתובתה הוי כאילו יש לה חלק בנכסים ועיקר הטעם כמ"ש הראב"ד שלא אמרו מעשה ידיה שלהם אלא במעשה ידיה שהם קבועים לה כגון טווה או אורגת אבל מלאכה אחרת שאין דרכה בכך לא אבל גבי אשה שהיא תחת בעלה אף ששייך טעם זה לומר שלא אמרו אלא במעשה ידיה הקבועים לה כגון טווה או אורגת מ"מ הני טעמי דטרחא קמי יתמי שכתב הב"ח וגם מה שכתב הב"ש משום שיש לה שייכות בנכסים משום שרוצ' לגבות כתובתה לא שכיחי הני טעמי שלא ניתנה כתובה ליגבות מחיים ואף שבאמת אין הבעל יכול לשנותה למלאכה אחרת שאין קבועה לה מ"מ אם מרצונה עשתה מלאכה אחרת שאין דרכה בכך לא מפני זה תהיה לעצמה דודאי אפילו דגבי יתמי אמרינן משום דטרחא קמייהו מחלי מ"מ גבי

אשה שהיא תחת בעלה שדרכה לטרוח לפני בעלה אין הבעל מוחל מעשה ידיה ועוד דההיא דהראב"ד אין כל השבח שלה אלא שנוטלת כדין אריס שיורד ברשות שידו על העליונה וכמו שפירש הרב הדרישה עי"ש. וא"כ לפ"ז אין דומה נדון מהרימ"ט להההיא דהראב"ד שכתב גבי אלמנה דגבי אלמנה דוקא שירדה לנכסי בעלה אחר מותו אז דייניגן לה כדין אריס שיורד בשדה אחר וגם היא כאחר מדמינן לה אבל ודאי אשה שירדה לשדה בעלה כשהוא חי מרצונה לא דייניגן לה כדין אריס ולא מצינו בשום מקום שאשה ששינה אותה בעלה למלאכה אחרת שאינם כתובים במשנה שתהיה נוטלת כל אותו ריוח לעצמה ואדרבה מצינו להרמב"ם בפ"ט מה' נחלות שכתב שאשה שהיתה נושאת ונותנת בתוך הבית והיו אונות ושטרות יוצאין על שמה. ואמרה שלי הם שנפלו לי בירושה מבית אבי עליה להביא ראיה ואם איתא דכל ששינה אותה למלאכה אחרת שלא חייבו אותה חכמים יכולה לטעון שהשבח שלה א"כ הו"ל לטעון שהם שלה מצד שהיתה נושאת ונותנת בתוך הבית ושינה אותה למלאכה שאין חייבת בה שכל השבח שלה ועל היורשים להביא ראיה אלא ודאי מזה נראה דאפילו ששינה אותה למלאכה אחרת שאין דרכה בכך אפ"ה כל השבח שלו ואה"נ שיכולה לטעון שאין רצוני להתעסק במלאכה זו שלא חייבוני חכמים אכן עכ"פ השתא מיהא שנתעסקה במלאכה זו אין השבח שלה אלא של בעל אלא שאם באנו לדייק מזה יקשה גם על הראב"ד שהרי סיים שם הרמב"ם וכן אלמנה שהיתה נושאת ונותנת בתוך הבית והיו אונות ושטרות יוצאים על שמה ואמרה בירושה נפלו לי או מציאה מצאתי או מתנה נתנו לי עליה להביא ראיה ואם איתא לדעת הראב"ד דכל ששינה אותה למלאכה אחרת שאין דרכה בכך שהיא שלה א"כ הו"ל לטעון שהשטרות שלה משבח שהשביחו הנכסים במלאכה שאין דרכה בכך ואין לומר דהראב"ד פליג על זה דהא ברייתא היא בפ' ח"ה או דהוה לן להאמינה במיגו דאי בעיא ץ הוה אמרה אלו הנכסים השבחתי אותם:

ואפשר לתרץ דלא כתב הראב"ד שאם השביחה קרקע שהיא שלה אלא דוקא אם אנו יודעים בבירור שהיא השביחה הקרקע ואם לא היתה היא עוסקת בה לא היתה משבחת אבל אם היתה נושאת ונותנת בתוך הבית ואין אנו יודעים אם השביחו הנכסים אם לאו אלא מפיה אנו חיין שאומרת שהשביחה אותם אז ודאי אין אנו מאמינים אותה במה שאומרת וא"כ ליכא מיגו וכ"ת דעכ"פ היה לה לטעון שאני יש לי ממון ממה שהשבחתי זה אינה טענה דעכ"פ טוענת שבירושה נפלו לי שהיא טענה חזקה אליבא דכ"ע ואין ספק בזה. ומה שסיים הרב התנא שם וז"ל וא"ת דגבי אשה עם בעלה לא נפקא לן מידי דכשתמצא לומר דאין זה בכלל מעשה ידיה דין מציאה יש לו לשבח זה

ומציאת האשה לבעלה. הא. ליתא דגבי מציאת האשה עצמה פליגי רבוותא דאם אינה ניזונת כתב הרמ"ה דמציאתה לעצמה והרא"ש חלק עליו וכמ"ש הטור סי' פ"ד א"כ למאן דס"ל דאין זה בכלל מעשה ידיה כיון דאין הבעל זנה ממילא מציאתה לעצמה לדעת הרמ"ה ומהתימה ממהרימ"ט ש שהעלים כל זה וצ"ע עכ"ל. והנה הרב ח"מ והב"ש ז"ל שם בסימן פ"ד כתבו דמחלוקת הרמ"ה והרא"ש הוא דכשם שהרשות ביד האשה לומר לבעלה איני ניזונת ואיני עושה כך יכולה לומר לבעלה איני ניזונת ואיני נותנת לך המציאות והרא"ש חולק עליו ובגמ' פרק המדיר דף ע' ע"ב אמרו ואם איתא להא דרב הונא דאמר יכולה האשה לומר לבעלה איני ניזונת ואיני עושה קונם שאני עושה לפיך אמאי אין צריך להפר לימא מתוך שיכולה לומר לבעלה איני ניזונת ואיני עושה נעשה כמי שאמרה לו איני ניזונת ואיני עושה אלא לא תימא נעשה אלא באומר לה צאי מעשה ידיך במזונותיך ע"כ. ובודאי דכוותה נמי גבי אשה דוקא אם אמרה איני ניזונת ואיני עושה בפירוש הרשות בידה אבל אם לא אמרה כן בפירוש אלא שמתוך דבריה שאמרה קונם שאני עושה לפיך אין אנו אומרים כיון שאמרה כן נעשה כאילו אמרה אלא עד שתאמר בפירוש ולכן אם אמרה קונם שאני עושה לפיך אינו צריך להפר כי היא משועבדת לו כל זמן שלא אמרה לו כן בפירוש וא"כ גבי פלוגתא דהרמ"ה והרא"ש דפליגי דהרמ"ה ס"ל דכשם שיכולה האשה לומר לבעלה איני ניזונת ואיני עושה כך הרשות בידה לומר איני ניזונת ואיני נותנת לך המציאות והרא"ש פליג עליה וא"כ באנו לדון לדינו של מהרימ"ט שהריוח של האשה שמרווחת הוא כמציאה ומציאתה לעצמה אכן לא נאמר זה אלא דוקא אם אמרה לבעלה בפירוש איני ניזונת ואיני עושה אבל אין אנו אומרים נעשה כמי שאמרה כיון שהיא מרווחת וניזונת משל עצמה ומיגיע כפה שהרי מצינו גבי אשה שאמרה קונם מה שאני עושה לפיך אין צריך להפר ואין לך גילוי דעת יותר מזה ואפ"ה אמרינן שאין צריך להפר ומעתה מה שהק' הרב התנא על דברי מהרי"מט הנז' דאמאי לא הזכיר דברי הרמ"ה דסבר לה מר דמציאתה לעצמה וע"פי האמור ל"ק דהא דאמרינן דמציאת האשה לעצמה דוקא אם אמרה בפירוש איני ניזונת ואיני עושה ואיני נותנת לד המציאות אבל אם לא אמרה כן בפירוש אלא שאנו רואים שהיא ניזונת משל עצמה אין אנו אומרים כאילו אמרה איני ניזונת ואיני עושה כי לא יועיל דבר זה אלא אם אמרה כן בפירוש ועכ"פ נמצינו למידין מדברי ה' התנא כי האשה הזאת כיון שהיא מרווחת מעצמה ובעלה אינו זן אותה ריוח זה הוא כמו מציאה ומציאת האשה לדעת הרמ"ה הוא לעצמה ואין יכולין להוציא מידה ואף שהרא"ש פליג עליו

מ"מ בנדון דידן שהיא אלמנה ומציאת האלמנה לעצמה גם ריוח זה הנותר על כתובתה הוי לעצמה כיון דקי"ל מציאת האלמנה לעצמה:

וחזי הוית למרן ז"ל בח"מ סי' רע"ו הביאו הרב בני אהרן סי' נ"ד דף ס"ב וז"ל כתוב בתשו' הגאונים על ראובן שהיה מוחזק לעשיר והיו לו שני בנים אחד גדול ואחד קטן והגדול היה נושא ונותן בתוך הבית בממון אביו וטען הגדול שכל הממון שלו ולא היה לו לאב כי אם דבר מועט וטען כי אבי אביו נתן לו חמש דינרים ומהם הרויח כל אותו ממון והשיבו כיון שידוע שנתן לו אבי אביו חמש דינרים נאמן בשבועה כדאמרינן גבי אחד מן האחים שהיה נושא ונותן בתוך הבית והיו אונות ושטרות יוצאים על שמו וכו' ואמרינן אבל אם היו חלוקין בעיסתן אימור מעיסתו קמץ והקשה מרן עמ"ש כיון שידוע שנתן לו אבי אביו חמש דינרים דמאי איריא ידוע אפילו אין ידוע נמי נאמן בשבועה שהיו לו מעות מיוחדים חוץ משל אביו ומהם הרויח כל הממון ההוא והרב בני אהרן הנזכר הקש' עליו וזהו לשונו ואיני יודע איך אשתמיטיתיה למרן ז"ל תוך כדי דיבור בקיאות הגמרא שהזכירו הגאונים שהרי שם אונות ושטרות יוצאים על שמו והוא טוען מבית אבי אמי נפלו לי בירושה ואינו נאמן אם לא שחלוקין בעיסתן עד כאן. ולי נראה דמרן ז"ל אזיל לשיטתיה שכתב משם בעל התרומות בסימן קע"ט דדוקא אונות ושטרות שאין תפיסתן מחוורת אצל הממון עי"ש ואם כן שפיר כתב דאפילו אין ידוע נמי נאמן בשבועה ור"ל דבההיא דתשו' הגאונים מיירי שלא היו אונות ושטרות יוצאים על שם הגדול אלא שהיה נושא ונותן בממון אביו במטלטלים ומשו"ה אפי' אין ידוע נמי נאמן בשבועה. שו"ר להרב החבי"ב בסי' רע"ו שתירץ כן משם המפרשים ולא נתחוור בעיניו תי' זה עי"ש. ונראה דהא דלא נתחוור בעיניו משום דמרן בס' הקצר פסק כהרמ"ה שחולק על ב"הת וכן נראה מדברי הטור כמ"ש הרב החבי"ב עצמו בסי' ס"ב וא"כ איך אפשר לומר סתם כבע"הת:

והרב בני אהרן תירץ ושמא סבור מרן שלא היה הבן סמוך על שלחן אביו כיון שלא הזכירוהו ולכן בהכרח שהיה לו ממון להחיות את נפשו וכיון שכן אע"פי שהיה נושא ונותן בממון אביו יהיה נאמן לומר שהיו לו מעות מיוחדים ומהם הרויח דאל"כ מהיכן פרנסתו וכ"ת שנוטל פרס מאביו א"כ היינו חלוק בעיסתו ומהם הרויח בלתי ידיעת החמש דינרים ע"כ. ודבריו אינם מובנים דא"כ שאינו סמיך על שלחן אביו אלא אוכל לבדו א"כ אפילו שאינו נוטל פרס מאביו אפ"ה אמרינן מאותו שקצוב לו קמץ כ"ש כשאינו נוטל דאמרינן בממונו הרויח וא"כ הו"ל למרן ז"ל להקשות בסתם דאמאי הוצרך לומר אם ידוע דאפילו אין ידוע נמי כיון שחלוקין בעיסתן ועוד דמנ"ל למרן ז"ל לאוקומי

בהכי שלא היה הבן סמוך על שלחן אביו ולהקשות עליהם אפילו אין ידוע נמי ועוד כיון שאין הבן סמוך על שלחן אביו א"כ היינו חלוקים בעיסתן והן הם דברי הש"ס שאמרו ואם חלוקין בעיסתן אימור מעיסתו קמץ וא"כ מה חידשו הגאונים בשאלה זו. ונראה לומר דהן אמת דאם היו חלוקין בעיסתן נאמנים דאימור מעיסתו קמץ אכן הייתי אומר דוקא בדבר שהוא קרוב לומר שזה בא לו מקימוץ עיסתו אבל בדבר שהוא רחוק ומופלג לא ולכן באו הגאונים וחידשו דאפילו שהיה אביו מוחזק לנו לעשיר ואבי אביו נתן לו חמש דינרים והוא אומר כי אביו לא היה לו כי אם דבר מועט אפ"ה כיון שיש לנו לתלות ולומר שמאותו ממון שיש לו הרויח אפילו שאביו מוחזק לעשיר אפ"ה אנו אומרים מאותו ממון שהוא מיוחד לו הרויח כל אותו ממון ועל אח הקטן להביא ראיה:

עוד יש לתרץ ההיא דפי"ח מה' אישות שכתב דמותר האלמנה ליורשים עם ההיא שכתב בפ"ט מה' נחלות דאם היו חלוקין בעיסתן דאימור מעיסתה קמצה כנראה מזה דמותר מזונות האלמנה לעצמה והוא כי יש להקשות עוד דאילו הכא גבי אלמנה אמרינן דמותר מזונות האלמנה ליורשים אליבא דכ"ע ואילו בסימן צ"ה הביא הטור ומרן סברת הראב"ד דס"ל דאם אלמנה השביחה קרקע של יתומים דבמחלוקת הדבר שנוי ואליבא דהראב"ד הכל לאלמנה והו"ל לדון שבח זה כמו מותר שהוא ליורשים ואמאי כתב הראב"ד ששבח זה לעצמה ואין לומר דהראב"ד אזיל לשיטתיה דס"ל דמותר מזונות לעצמה ומשו"ה פסק הכא גבי שבח קרקע לעצמה זה אינו שהרי גבי מותר ליכא מאן דסבר כוותיה והוא יחיד בסברא זו ואילו גבי אם השביחה האלמנה קרקע של יתומים הרשב"א וריו"ו פסקו כהראב"ד ואילו גבי מותר פליגי עליה וגם מרן גבי מותר פסק דלא כהראב"ד ואילו הכא ספוקי מספקא ליה לכן נראה פשוט דאם האלמנה יושבת בקרב ביתה והיורשים מוליכים אצלה מזונותיה והיא צמצמה מהם להראות את עצמה שהיא איסטניסית ואינה רעבתנית והיא מודה שהותירה ממזונותיה אז ודאי כ"ע מודים שהמותר ליורשים דאמדינן דעתה לפי שהם טורחים ונותנים לפניה דעתה להקנות להם המותר אבל אם היתה נושאת ונותנת בתוך הבית והיא מרווחת בממון בעלה כדי לאכול ולהתפרנס ממנו ולא יכלה הקרן שהניח בעלה אז אמדינן דעתה דכל מה שצמצמה והותירה הוא לעצמה דלמה נאמר שכוונתה לתת המותר ליורשים הרי אין היורשים טורחים ונותנים לפניה אלא היא טורחת לעצמה ובכגון דא אמרינן לא שבקה דידה ועבדא לאחריני ומשו"ה כתב הרמב"ם בפשיטות דאם היא נושאת ונותנת בתוך הבית אם היא חלוקה בעיסתה אמרינן מעיסתה קמצה ועל היתומים להביא ראיה ובזה עלו דברי רבינו שפיר דהא דכתב דהמותר ליורשים היינו דוקא כגון שהיורשים מרויחים ונותנים לפניה ואז אמרינן

אם הותירה כוונתה לתת אותם ליורשים אלא שעדין יש לנו לברר דלמה גבי אלמנה אם השביחה הקרקע אמרינן דהכל שלה ואילו גבי אשה שהיתה נושאת ונותנת בתוך הבית דוקא אם חלוקה בעיסתה אמרינן דעליהם להביא ראיה ואם נאמר שדוקא אם ירדה לקרקע והשביחתו אז בכ"הג אמרינן דהכל שלה לפי שאינה מחוייבת לעבוד עבודה כזו שאין דרכה בכך ומשו"ה אמרינן דהשבח שלה אבל אם נושאת ונותנת בתוך הבית אה"נ שהוא של יתומים זה אינו דהא כתב הראב"ד דבריו בסתם שלא אמרו מעשה ידיה שלהם אלא כגון טווה או אורגת אבל מלאכה אחרת שאין דרכה בכך לא לפי שאין יכולין לשנותה למלאכה אחרת משמע דכל מלאכה שאין דרכה בכך הויא שלה וכבר כתבתי למעלה מזה:

ועפ"י האמור בין תבין למ"ש הרדב"ז ח"א סי' פ"ח על אלמנת ראובן שלא השביעוה ומתה והיורשים טוענין שאין אדם מוריש ממון שחייב עליו שבועה ויורשיה אומרים נכסים נפלו לה מבית אבי אמה או מציאה מצאה והשיב ז"ל ומעתה בנ"ד כיון שאשה זו חלוקה בעיסתה שהרי לא היתה אוכלת עם יורשי הבעל שהרי יורשי הבעל במזרח והיא היתה במערב אימור מעיסתה קמצה מאותו שיעור שהיה ראוי ליתן לה למזונותיה צמצמה עצמה והותירה ועל יורשי הבעל להביא ראיה ומגו דיכולה לומר מעיסתי קמצתי יכולה לומר בירושה נפלי לי עי"ש. והנה דבריו באו כספר החתום באין מבין מאי קאמר דמאי סבר כדעת הרמב"ם דאי סבר דמותר מזונות ליורשים א"כ מאי קאמר מגו דיכולה לומר מעיסתי קמצתי דמה בכך הא אפילו דמעיסתה קמצה המותר ליורשים ואם נאמר דסבר כהראב"ד דהמותר לעצמה כמה מהדוחק הוא זה ועוד דכל כי האי הו"ל לפרש ולא לסתום הדברים וכבר הרב בני חיי בסי' צ"ה האריך הרחיב בזה ועלתה מסקנתו בזה דהרדב"ז סבר כהראב"ד ועפ"ז כתב דהמוחזק יכול לומר קי"ל כהראב"ד. ואנא עבדא ע"פי אמות הקודם נ"ל דאין הנדון דומה לראיה דלא כתב הרדב"ז שיכולה לומר מעיסתי קמצתי אלא בנדון דידיה דהיא היתה רחוקה מן היורשים ואין היורשים עצמם נותנים לה מזונות אלא היא היתה מתעסקת בממון בעלה ומרווחת מהם ואוכלת ואז בכה"ג אמרינן דהמותר לעצמה דודאי כל מה שקמצה אין דעתה לצמצם אלא לעצמה ולא כדי שירויחו היורשים כיון שאין נותנים לה הם המזונות כי הם רחוקים זה מזה ונראה לקיים חילוק זה ממה שכתב הוא עצמו לקמן וז"ל וא"ת שאני הכא דאונות ושטרות יוצאים ובאים על שמה ומשום הכי אם חלוקה בעיסתה על היורשים להביא ראיה אבל בנדון דידן שאין אונות ושטרות יוצאים על שמה אפילו חלוקה בעיסתה עליה להביא ראיה כמה תשובות בדבר חדא דאשה הנושאת והנותנת בתוך הבית משמע שיורשי הבעל

עמה בבית ולפיכך סתם משאה ומתנה לצורך תפיסת הבית ומשום הא בעינן שיהיו אונות ושטרות יוצאים על שמה אבל בנ"ד לא היו יורשי הבעל עמה אפילו באותו מלכות ולפיכך סתם משאה ומתנה לצורך עצמה וכל השטרות יוצאים על שמה קרינן להו ותו דמשמע דהנכסים מרובים ולפיכך נושאת ונותנת בהם אבל בנ"ד לא היו הנכסים כדי כתובתה כמו שכתבו משם וא"כ לא שבקת נפשה ועבדא לאחריני וכו' עי"ש. מדברים אלו נראה שאף בנדון דידיה האשה ההיא היתה נושאת ונותנת בתוך הבית בנכסים ומפרנסת עצמה וא"כ מסתמא אמרינן לא שבקה נפשה ברעב ומצמקת גופה בשביל אחרים ובודאי בכגון זה אמרינן דהמותר לעצמה ולא ליורשים וא"כ לפי דברי הרב בני חיי דפשיט לה מדברי הרדב"ז דאם היתה האשה מוחזקת בנכסים במותר יכולה לומר קי"ל כדברי הראב"ד א"כ בנ"ד שהיא מוחזקת בנכסים יכולה לומר קי"ל אכן לפקד"ן דבנ"ד כ"ע מודו כפי דברי הרדב"ז שהמותר שלה דהא דכתב הרדב"ז דאימור מעיסתה קמצה והמותר לעצמה אלא בנדון דידיה שהיתה האשה טורחת בנכסים ומרווחת בהם ואפילו שבאמת הם נכסי בעלה ומהם היתה מרווחת וניזונת מ"מ אין לנו לומר שצמצמה על עצמה בשביל היתומים דמה לה אצל היתומים ומה עבדת גבייהו כיון שהם במלכות אחרת ובודאי שאנו אומרים שכל מה שטרחה ועשתה לעצמה עשתה אבל אם היתומים הם שטורחים ונותנים לפיה ובכל עת משכימין לפתחה לתת לה מזונות ודאי אנו אומרים מה שקמצה וצמצמה על עצמה הוא בשביל היתומים כדי לעשות להם נחת רוח שהם טורחים לפניה ולא כדי שתרויח היא את המותר לעצמה. וא"כ בנ"ד שהיתומים לא היו זנין אותה כלל ולא היו טורחים לפניה שום טרחא למה לנו לומר שצמצמה עצמה בשביל היורשים ולכן נראה ודאי שבכגון זה הכל לעצמה:

והנה אם באנו לפשוט בעיין מההיא דמוהרי"מט הנז' לעיל הנה נראה שעלתה הסכמתו שכל הריוח שהאשה מרווחת בנדון דידיה הוא לבעל וכן כתב הרב החבי"ב בשמו. אכן נראה דבנדון דידן המותר שלה לפי דשם הביא ראיה לנ"ד מדברי הר"ן והרמב"ן ועליה יש לסמוך בנ"ד דנראה ממנה שהאשה הזאת כיון שאינה ניזונת כל הריוח שלה ומה שדחה זאת הסברא בנ"ד בנדון. דידן אינה נדחית דהא מה שדחה הוא במ"ש דנשים אלו תחילת שימושם במלאכה זו עדין היה הבעל טורח בפניהם וכשהיא טורחת ומרווחת ונותנת בעין יפה יציאות הבית כל שלא אמרה איני ניזונת ואיני עושה וכו' הרי יש לה ממה שתפרנס הבית ממה שהרויחה כבר ומדידיה קא שתו וכל מה שהיתה אוכלת ומשתכרת קמא קמא בטיל לגבי בעל וא"כ בנדון דידן שמיום שנתאלמנה היתה משרתת ובתחילת שימושה בשירות לא היו היתומים זנין אותה וא"כ לא אפשר לומר לגבה קמא

קמא בטיל וכ"ת גם הכא לא אפשר דלא אכלה דהא בעוד שהיתה אבלה ודאי שאכלה מנכסי בעלה זה אינו דהא עכ"פ בעת שהיתה אוכלת משל בעלה לא היתה מרווחת ולא קאמר הרב אלא בעוד שהיא מרווחת היתה ניזונת משל בעלה ואז אמרינן קמא קמא בטיל אבל בנדון דידן שבעת שהיתה משרתת ומרווחת לא היתה ניזונת מנכסי בעלה לא אמרינן בזה האופן קמא קמא בטיל. ועוד נראה דשם כל מה שהיתה מרווחת היתה נותנת אותו לפניהם בעין יפה וא"כ מסתמא אנו אומרים שויתרה לבעלה אבל בנ"ד שכל מה שהיתה מרווחת היתה מצנעת אותו אצלה ולא היתה נותנת ממנו אפילו גרוש אחד ליורשים. וכן יש להביא עוד ראיה לנ"ד ממה שכתב מהרשד"ם ח"מ סי' שכ"ז שכתב אבל באשה דעלמא כל שהיא ניזונת מהם מעשה ידיה ליורשים וכו' וא"כ גם בנ"ד כיון שהיא אינה ניזונת מהם אינם זוכים במעשיה וכ"ש שבנדון רשב"ם עכ"פ מה שהשביחה נכסי בעלה השביחה ויש שייכות לבנים בקרקע ומשו"ה איכא מאן דפליג וס"ל דהשבח ליורשים אבל בנ"ד לא מכח נכסי בעלה בא לה שבח זה כי אם מיגיע כפה וגופה שהיא טורחת בדבר שאינה מחוייבת. ואף שמרן בש"הט הביא ההיא דהראב"ד בשם ויש מי שאומר והביא עוד שלוש סברות בזה וכלל מסור בידינו בדברי מרן שכל מקום שמביא בשם ויש מי שאומר הילכתא כיש מי שאומר בתרא ובכאן כתב ויש מי שאומר שנוטלת שכר טרחה וידה על התחתונה. מ"מ נראה דבנדון כזה שלא החליט מרן הדין להדיא יכול המוחזק לומר קי"ל כדעת הראב"ד ואף שלא הביא דבריו כ"א באמצע ולא בסוף ועדיפא מינה מצאתי למהר"ם בן חביב הובאו דבריו בגו"ר ח"מ כלל א' סי' שכתב מרן בדין אחד וי"א וכוונתו לרמוז דיש חולקים על סברא זו א"כ המוחזק יכול לומר קי"ל וא"כ כ"ש כשאמר ויש מי שאומר בפי' ואף שהרב גו"ר דחה שם דבריו מ"מ הרי כתב שם דאם כתב וי"א וי"א כוונתו לומר דלא מיכרעא ומאן דעבד כמר עבד ומאן דעבד כמר עבד ובודאי שיכול המוחזק לומר קי"ל:

עוד יש להביא ראיה לנ"ד ממ"ש מרן בסי' פ' ס"א וז"ל דחקה עצמה ועשתה יותר מהראוי לה המותר לבעל וכתב הב"ח שלא להוציא שום העדפה שע"י הדחק וכן נוהגים במדינות אלו וכן כתב הב"ש והח"מ ואף שאנו אין לנו אלא דברי מרן שסתם דבריו מ"מ גם הם לא נחלקו עליו אלא שאמרו שאין להוציא שום העדפה ע"י הדחק וא"כ ודאי שכוונתם שדברי מרן שאמר שהם לבעל כשאינה מוחזקת בהם ועוד דבנ"ד אף מרן יודה בזה שהרי כתב מור"ם על דברי מרן ודוקא שנותן לה מעה כסף כמו שנתבאר לעיל סי' ע' וא"כ בנ"ד שאין נותן לה מעה כסף ודאי שאין זוכים היורשים במותר:

עוד יש להביא ראיה לנ"ד ממה שכתב הר"ן ז"ל בסוף פ' אע"פי על מה שאמרו במשנה ואם אינו נותן לה מעה כסף לצרכיה מעשה ידיה שלה ופי' הר"ן כלומר מותר מעשה ידיה שלה ודאמרינן ואם אינו נותן לה מעה כסף לאו למימרא שיכול הבעל לומר איני נותן מעה כסף ויהיה המותר שלה דהא קי"ל יכולה אשה לומר לבעלה איני ניזונת ואיני עושה ובודאי שיכולה לומר ג"כ איני נוטלת מעה כסף ואיני נותנת המותר ואי דהוא נמי יכול לומר איני נותן מעה כסף ואיני לוקח המותר א"כ מה הועילו חכמים בתקנתם הרי כל אחד מהם יכול לעכב אלא ודאי הכי קאמר שאם שתקה היא ולא תבעה מעה כסף ועשתה מותר הרי הוא לעצמה ואין הבעל יכול לומר כיון ששתקה ויתרה וכתב הרמב"ן דה"ה למזונות ולמעשה ידיה אלא רבותא קמ"ל שאפילו במעה כסף שאינה צריכה לו כ"כ לא אמרינן ויתרה עכ"ל. ודין זה פסקו מור"ם בא"ה סי' כ' סי"ח אשה ששתקה ולא תבעה מזונות ולא מעה כסף מן הסתם מעשה ידיה עם המותר שלה ולא אמרינן מחלה מעשה ידיה וכתב הח"מ כלומר לא אמרינן מאחר ששתקה ולא אמרה בפי' איני ניזונת ואיני נוטלת מעה כסף ואני אעשה הכל לעצמי דהו"א דויתרה לבעל מעה כסף והמזונות רק רוצה לצמצם ולסגף עצמה וליתן הכל לבעל ולא תטול ממעשה ידיה רק כדי חיותה אלא אדרבה אמרינן מסתמא אדעתא דנפשה עבדא והכל לעצמה עד שיתן לה הבעל מזונות בעד מעשה ידיה ומעה כסף בעד המותר עי"ש. הרי ראיה מפורשת לנדון דידן דמבואר מדברי הר"ן ופסקו מור"ם דכל ששתקה ולא תבעה מזונות ולא מעה כסף מן הסתם מעשה ידיה עם המותר שלה וזה אפילו גבי אשה שהיא תחת בעלה וכ"ש גבי אלמנה שהכל שלה אלא שצריכה האלמנה בעת גביית כתובתה לישבע שזה הוא מותר ולא מנכסי בעלה הוא וכמ"ש מרן בסי' רע"ו:

באופן דנ"ל דאשה זו זכתה במעשה ידיה כיון שאינה ניזונת מהם וכן מצאתי להרדב"ז בח"א בחדשות סי' תקכ"ג שכתב וכ"ת מעשה ידיה הם הא ליתא דכיון שהיא ניזונת מנכסי היתום הוו מעשה ידיה לו עי"ש. נראה מדבריו דאם אינה ניזונת מהם מעשה ידיה לעצמה ועוד נראה כן ג"כ מדברי מרן בא"ה סי' צ"ה ס"א שכתב מאחר שחייבים היורשין במזונותיה מעשה ידיה שלהם ע"כ משמע דאם אין נותנין לה מזונות מעשה ידיה שלה כנלע"ד:

סימן ג

שאלה ראובן נשא אשה בחזקת בתולה ויקרב אליה ולא מצא לה בתולים וידבר על לבה שתודה לו מי הוא זה שבא עליה לאונסה בעודה פנויה ואמרה לו פ' בא עלי כשהייתי

ישנה ואח"ז בא עלי כמה פעמים ואז הבעל בשומעו את דבריה ויחר אפו עד מאוד ויבקש להוציא רשעה מביתו ועמדו מתווכי השלום ופשרו ביניהם שיחזירה ויפחות מכתובתה וכן עשה שפיחת לה מכתובתה והתנו עליו שלא יגרשנה בעל כרחה ושלא ישא אשה אחרת עליה בחייה אלא א"כ שהתה עמו עשר שנים ולא ילדה זש"ק ומכאן ולהבא לא ימצא בה ערות דבר. ואחרי כל זאת גמירי בישא לא הוי טבא שנמצא בה כמה רעות ואינה מתנהגת כבנות ישראל הכשרות ראשונה פעם אחת יצאה לרשות הרבים בלא צעיף על ראשה לראות בחתן גוי שהיה עובר שם עם קיבוץ רב מהגוים והגוים נסתכלו בה ונתנו לה מיני מתיקה ופשטה ידה וקבלה מהם שנית פעם אחת גלתה זרועיה לפני איש זר וא"ל ראה נא זרועותי אכן שם לא נמצא עדים כ"א אשה אחת שהיא קרובה לבעל אכן הבעל הוא מאמין לדבריה גבי תרי ויודע בה שאינה משקרת עוד נמצא בה ריעותא שמדברת על עסקי תשמיש לפני בני אדם בדברים אשר לא ניתנו ליכתב ועוד שהיא מקללת לבעלה וחמותה בפניהם וכעת הבעל קצה נפשו במעשיה הרעים אשר לא תעשינה כבנות ישראל הכשרות והיא עוברת על דת ולכן רוצה הבעל להפסידה כתובתה ולפחות שיכול לגרשה בע"כ ולא יפחד מאריה דשבועה דרביעא עליה ועל הכל יחדיו למשפט נקרבו לדעת אם יש ממש בדברי הבעל לגרשה בע"כ ויבוא שכמ"ה:

תשובה תנן בפ' המדיר דף ע"ב ואלו יוצאות שלא בכתובה העוברת על דת משה ויהודית ואיזו דת משה מאכילתו שאינו מעושר ואיזוהי דת יהודית יוצאה וראשה פרוע ומדברת עם כל אדם וכו' ובגמ' יוצאה וראשה פרוע דאורייתא היא דכתיב ופרע את ראש האשה ותירצו דאורייתא קלתה שפיר דמי דת יהודית אפילו קלתה נמי אסור ובירושלמי איתא וראשה פרוע לחצר אמרו ק"ו למבוי ר"ח בשם ר"י אמר היוצאה בקפליטין שלה אין בה משום וראשה פרוע הדא דתימא לחצר אבל למבוי יש בה משום וראשה פרוע יש חצר שהוא כמבוי ויש מבוי שהוא כחצר חצר שהרבים בוקעים בו הרי הוא כמבוי מבוי שאין הרבים בוקעים בו הרי הוא כחצר ע"כ. והנה לכאורה נראה שהירוש' פליג את"ד שהרי לפי דברי הירוש' דראשה פרוע דמתני' מיירי בחצר א"כ מאי מקשה וראשה פרוע דאורייתא הרי דאורייתא דוקא יוצאה לשוק אבל מתני' מיירי בחצר וזה ודאי דת יהודית היא אלא ודאי נראה דהירו' פליג את"ד ולפ"ז ל"ק מה שהקשה הרב מגילת ספר דף ס"ה על דברי התו' והר"ן מדברי הירו' שהם פי' על ההיא שאמרו בש"ס ואלא בחצר א"כ לא הנחת בת לאברהם אבינו שיושבת תחת בעלה שפי' אפי' בלא קלתה נמי אין בה משום פריעת הראש ומדברי הירו' משמע דאפי' בחצר יש בה משום פריעת הראש אכן נראה ודאי דאם נאמר דהירוש' פליג את"ד ל"ק ולא מידי וכן נראה מדברי ריא"ז בשלטי

הגבורים שבלא קלתה אסור לצאת אפילו בחצר כן היא שיטת תלמוד א"י עי"ש. משמע דלפי ת"ד שפיר יש לצאת בחצר בפריעת הראש וכן נראה מדברי הרב פ"מ בחי' על הירוש' שכתב עמ"ש וראשה פרוע לחצר כתב והא דאשה פרוע דאורייתא אלא בחצר אמרו ובבבלי קאמר א"כ לא הנחת בת לא"א וכו' אלא מחצר לחצר ודרך המבוי עי"ש. משמע דסברי מרנן דהירו' פליג את"ד אכן דא עקא דאם נאמר דהירו' פליג את"ד א"כ קשה על הרי"ף והרמב"ם ובעל העיטור והרשב"א שפסקו כת"ד איך פסקו ג"כ ההיא דהירוש' ואפשר לומר דהרי"ף ודעמיה שפסקו ההיא דהירוש' יפרשו ההיא דהש"ס דידן ואלא בחצר א"כ לא הנחת בת וכו' הכוונה דאם איתא דבחצר וקלתה בראשה יש בה משום פריעת הראש א"כ לא הנחת בת לא"א והנה בדברי רש"י יש להעמיד פי' זה וכן ראיתי להרב מגילת ספר בדעת רש"י פירש כן אבל לדברי התוס' והר"ן לא יתכן לפרש כן וא"כ קשה על דברי הר"ן ז"ל שראה להרי"ף שפסק כהירוש' איך פירש כן בדבריו והוא היפך ת"ד וגם בהגהות אשירי פי' ג"כ בדברי התוס' והר"ן ואיך לא שתו לב שהרא"ש פסק כהירוש' גם על הרב מגילת ספר קשה מה שפי' בדעת רש"י שהרי הריטב"א וגם מרן בב"י לא כן פירשו בדעת רש"י וא"כ קשה איך יפרש כן היפך דברי הפוסקים הנזכרים אכן נר' לע"ד לומר דודאי הש"ס דילן פליג על הירוש' וכדכתיבנא דא"כ לא מקשה מידי בש"ס דילן אבל אנן בדידן אם נפסוק כהירו' שכתב דחצר שהרבים בוקעים בו הרי הוא כמבוי וכן בהיפך שהיא סברא בפ"ע אין זה מן התימה לפסוק כוותה ואין זה תלוי במאי דאמר לעיל כי אף דת"ד פליג על הירו' בהא שהוא ענין בפ"ע אפשר דאף ת"ד יודה בזה וכן תראה להרי"ף והרא"ש שלא הביאו בהלכות כ"א סיפא מאי דאיתא התם חצר שהרבים בוקעים בו וכו' ולא מ"ש היוצאה בקפליטין שלה אין בה משום פ"ר משמע דרישא פליג את"ד ולא קי"ל כוותיה:

אבל הסמ"ג רוח אחרת אתו בדברי הירוש' שפסק לאותה שאמרו שם היוצאה בקפליטין שלה אין בה משום פ"ר הא אם פרוע הראש לגמרי יש בה משום פריעת הראש בחצר וזה היפך ת"ד לדעת רש"י והתוס' והר"ן והג"א אכן נראה דהסמ"ג יפרש דמאי דאמרו שם ואלא בחצר הכוונה בלא גילוי שער לגמרי אלא בקלתה על ראשה פשיטא שא"כ לא הנחת בת לא"א ומשמע דבגלוי שער לגמרי ודאי שאסור היפך דברי רש"י והתוס' והר"ן והוא מ"ש שם בירוש' היוצאה בקפליטין שלה אין משום פריעת הראש וה"מ בחצר דמשמע הא בלא קפליטין שלה בחצר אסור:

והנה הרב החבי"ב בדינא דחיי דף מ"ח שנזדמן לידי לפי שעה ראיתי שפי' שם על דברי הסמ"ג במ"ש יוצאה מחצר לחצר ודרך מבוי כתב שם דאי יוצאה בחצר דוקא אפילו בלא

קלתה נמי אין בה משום פריעת הראש דאם יש בה משום פריעת הראש לא הנחת בת לא"א וכדקאמר בש"ס וכתב המחבר יוצאה מחצר וכ"ש יוצאה בשוק וכתב עוד עמ"ש הסמ"ג ואין בזה משום פ"הר דהא אמרינן בירוש' אין בה משום פריעת הראש דאורייתא אבל יש בה משום דת יהודית ע"ש. ולא ידעתי לפ"ז איך יתיישבו דברי הסמ"ג שהרי בתחילה פירש דאם יוצאה בחצר אפילו בלא קלתה נמי אין בה משום פריעת הראש וא"כ איך סיים דבחצר והיא בקלתה אין בה משום פ"ר דאורייתא אבל יש בה משום דת יהודית הלא אם היא בחצר אפילו בלא קלתה נמי אין בה משום פ"ר ואפילו לדת יהודית וכמו שפי' בתחילת דבריו וא"כ דבריו סתראי נינהו:

ואיך יתיישב סוף דבריו במה שפי' הוא עצמו הרב החבי"ב בתחילת דבריו ונמצינו למידין לפ"ז לדעת הרי"ף ודעימיה לדעת הירוש' שערה מגולה לגמרי אפילו בחצר עוברת על דת היא ומאי דפסקו כהירוש' היינו דוקא למאי דסיים שם חצר שהרבים בוקעים בו שהוא כר"הר ומהתימה מהר' ב"ח בסי' קט"ו שיצא לידון בדבר חדש שאף היוצאה בחצר בגילוי שער לגמרי יש בה משום פ"ר היפך דברי רש"י והתוס' והר"ן ואמאי לא סייע עצמו מדברי הירוש' שאמרו כן להדיא שאפילו בחצירה בגילוי שער לגמרי יש בו משום פ"ר ומה גם כי לא הביא שום סייעתא לדבריו ועוד שהיה לו להביא סייעתא לדבריו מדברי הסמ"ג שפסק ההיא דהירוש' שאמרו שם היוצאה בקפליטין שלה אין בה משום פ"ר וה"מ בחצר משמע דס"ל להסמ"ג דבלא קפליטין שלה יש בה משום פ"ר:

והנה מרן בב"י סי' קט"ו הקשה על דברי הטור שכתב אבל במבוי שאינו מפולש וחצר שאין הרבים בוקעים בו לא תצא והק' עליו מרן דמשמע שלא תצא מבעלה ע"י כך אע"פי שהוא דבר שאינו הגון והא בחצר אפילו פריעת הראש ממש לית לן בה ובמבוי שאינו מפולש בקלתה נמי לית לן בה וראיתי להרב מגילת ספר בדף ס"ה שהקשה על דברי מרן הללו וז"ל ואני נבהלתי מראות על הראשונים אנו מצטערים איך פסקו היפך הירוש' והוא מוסיף לומר דל"מ שאינה דת יהודית אלא אפילו דבר שאינו הגון אינו ולא ידעתי איך נראה כן מדברי הר"ן והנה לשון ואלא בחצר א"כ לא הנחת בת לא"א שיושבת תחת בעלה משמע להדיא מדברי הטור דלענין שלא תצא ותהיה תחת בעלה הוא דלית לן בה דאל"כ לא הנחת בת וכו' וזה שכתב הר"ן וא"כ כלהו נפקן שאין האשה נזהרת בתוך ביתה אבל אה"נ דליכא מאן דפליג ויכחיש דעושה דבר שאינו הגון עי"ש. ונראה לע"ד דל"ק דמה שהקשה איך נראה כן מדברי הר"ן הרואה יראה דדברי הר"ן כן מללו כמ"ש מרן שהרי כתב כלהו נפקן שאין אשה נזהרת בחצירה וא"כ מאחר דכתב להדיא דכל

הנשים כולן יוצאות בחצריהן בגילוי שער לגמרי א"כ איך יתכן להוציא מפיו ולומר דאף דכולן יוצאות הם עושים דבר שלא כהוגן ביציאתם בחצר כי לא אפשר בעולם שכל בנות ישראל עושים שלא כהוגן וא"כ לא ידעתי איך כתב המג"ס הנז' דאע"פי שכולן יוצאות הם עושים דבר שלא כהוגן ואפילו למה שפי' הריטב"א ז"ל לא הנחת בת לא"א וכו' לפי שרובן הולכות בחצר בראש פרוע משמע שיש מיעוט שנזהרין מלילך פ"ר לא תידוק מינה שהמיעוט שהם נזהרין לפי שהוא דבר שאינו הגון שהרי עכ"פ הדבר ק' דאיך אפשר להיות שרוב בנות ישראל יעשו דבר שאינו הגון אלא ודאי נראה שהמיעוט שהם מכסין ראשן לאו משום שהוא דבר שאינו הגון אלא שכך הוא הדרך כמו בנות שאינן נשואות שנוהגים שפעם מכסין ראשן ופעם הולכים בגילוי הראש לגמרי. ומה שדקדק מדברי הש"ס שאמרו א"כ לא הנחת בת לא"א שיושבת תחת בעלה דמשמע כדברי הטור הא ליתא דאדרבה כיון דקאמר לא הנחת בת לא"א שיושבת תחת בעלה משמע דלא אפשר בעולם להיות שום אשה נזהרת בזה וכיון דלא אפשר ליזהר היתר גמור הוא. ומה שהקשה עוד על דברי הריטב"א ומרן ממ"ש רש"י מחצר לחצר ודרך מבוי דלא שכיחי רבים מכלל דבלא קלתה אפילו דלא שכיחי בו רבים יש בו משום פ"ר ע"כ. גם בזה ל"ק ולא מידי דודאי היכא דהיא יושבת בחצירה ואין שם שום אדם נכרי לראות התירו פרושים את הדבר לפי שהיא בחצירה ואין איש זר עמה לראות שערה ולא חיישינן שמא פתע פתאום יכנס אדם לביתה ויראה אותה בגילוי שער שהוא ערוה וה"ה נמי אם היא עומדת במבוי שלא יש במבוי ההוא כ"א חצירה לבד אפי' שהוא ר"הר ואפשר שיבוא איזה אדם לשם עכ"ז אינם חוששים להכי כיון שאין שכנים בביתה אבל ודאי ליכנס מחצר לחצר אצל השכנים אפילו שאין שכיחי דבים במבוי אפ"ה אסור כיון שרואים אותה השכנים והיא בגילוי שער לגמרי אבל אה"נ אם היא בקלתה אפילו שיראו אותה השכנים לית לן בה כיון שאין שם רבים מצוים אבל ודאי אם בוקעים שם רבים אפילו שהיא לובשת קלתה דת יהודית היא ואסור וא"כ מאי מקשה להריטב"א במה שכתב שאם היא בחצירה אין בה משום פ"ר מההיא שכתב רש"י בההיא דמחצר לחצר דלא שכיחי רבים דודאי ההיא דמחצר לחצר שאני שיראו אותה השכנים בגילוי שער לגמרי ומה שהתירו דוקא בביתה ואין איש עמה בבית ולא חיישינן שמא יראה אותה איזה אדם מהגג או דרך חורין וסדקין ומעשה דבת שבע יוכיח שהיתה רוחצת על הגג וראה אותה אדונינו דוד משם ואף שאמרו בסנהדרין דף ק"ז שהיתה חפיא רישא תותי כלחא פי' כוורת מ"מ נראה דהכוורת לא היתה מכסה ראשה כ"א מבני ר"ה אבל בחצירה היתה יושבת בגילוי שער לגמרי והראיה כשנשברה הכוורת ראה אותה אדונינו

דוד בטוב וא"כ משמע שיש עמה רשות לצאת בביתה בגילוי שער לגמרי. והרב מג"ס הנז' כתב שהרי"ף והרא"ש שהביאו הירוש' ס"ל דביוצאה וראשה פרוע אפילו לחצר שאין הרבים בוקעים בו עוברת על ד"י עי"ש. ולא ידעתי איך עלה בדעת עליון לומר כן שהרי הר"ן פי' על דברי הרי"ף שאם יצאה לחצר בפריעת הראש לית לן בה גם בהג"א פי' כדעת הרא"ש בדברי הר"ן ומעתה יגדל התימה עליו ועל הב"ח שאיך יוכלו לומר שאם יצאה לחצר בפריעת הראש שעוברת על ד"י היא ואיך לא שתו לבם שרש"י והתוס' והר"ן והריטב"א והג"א כולם כאחד ענו ואמרו שאם יצאה לחצר בפריעת ראש שאין עוברת עד"י והיתר גמור הוא. הן אמת כי דברי הירוש' מסייע להו אכן נראה לפק"ד לפרש דברי הירוש' ובזה יבוא על גורן נכון גם לפי ת"ד והוא דמ"ש ישם וראשה פרוע לחצר אמרו ק"ו למבוי לפי מה שסיימו שם חצר שהרבים בוקעים בו הרי הוא כמבוי א"כ האי חצר שאמרו שם שהיוצאה בו הפסידה כתובתה לא יכלה משני פנים או חצר שאין הרבים בוקעים בו או חצר שהרבים בוקעים בו ואם נפרש דמיירי בחצר שאין הרבים בוקעים בו ואפ"ה כשיוצאה לחצר בשער מגולה שתפסיד כתובתה הדבר קשה חדא דאם כן דומיא דהכי במבוי שאין הרבים בוקעים בו ואם כן מאי קושיא הרי מבוי שאין הרבים בוקעים בו שוה לחצר ועוד דאיך יתכן שאם יצאה בחצירה בלתי קלתה ואין שם רואה זולתי אנשי ביתה שתפסיד כתובתה דאם כן לא הנחת בת לא"א שיושבת תחת בעלה וכמו שהקשו בש"ס דידן לפי דברי רש"י והתוס' והר"ן ועוד כיון שאין הרבים בוקעים בו כ"א אנשי ביתה בעלה ובניה א"כ מאי איריא יוצאה בחצר אפילו עומדת בתוך ביתה עוברת עד"י היא ואמאי נקט יוצאה בחצירה. ועוד דפשטא דמתני' יוצאה וראשה פרוע היינו שיוצאה כן לפני רבים דומיא שטווה בשוק וכיוצא לכן נראה פשוט דודאי האי חצר ומבוי שאמרו בירוש' היינו חצר שהרבים בוקעים בו ואמר וראשה פרוע בחצר אמרו ק"ו למבוי ר"ל דכיון שרבים בוקעים בו היה ראוי לנו לומ' שהיא עוברת על ד"מ דכיון שרבים בוקעים בו א"כ הרי הוא כר"הר מ"מ כיון שהוא חצר לאו באמת רבים בוקעים בו דא"כ מאי למימרא ומה חידש לנו בירוש' מי גריע משוק אלא ודאי דפי' שהרבים בוקעים בו היינו ששוכנים בו שכנים מרובים ולהכי קרינן ביה רבים בוקעים בו אלא דאשה שיצאה בגילוי שער לפני השכנים בלא קלתה לאו עוברת ע"ד משה היא אלא ד"י היא דכיון שהיא בתוך ביתה לא נזהרה ויכולין לדון אותה כשוגגת ורבים כן שאינם נזהרים בתוך ביתם וק"ו למבוי שיוצאים ונכנסים בו השכנים ואף שאין בני השוק בוקעים בו כ"א דוקא השכנים מ"מ עד"י היא אבל בחצר שאין הרבים בוקעים בו תצא אפילו בגילוי שער לגמרי ולכן אמרו שם בירוש' היוצאה בקפליטין שלה אין

בה משום פ"ר הדא דתימא לחצר והיינו ודאי בחצר שהרבים בוקעים בו והאי רבים לאו היינו כל הרוצה ליכנס שם נכנס אלא היינו חצר שיש בו שכנים רבים והוה ס"ד לומר שאפי' בקלתה לא תצא כן לפני השכנים מידי דהוה כבני השוק שהם זרים לה ובא ר"ח וחידש שאין דומים השכנים לבני השוק ומותר לצאת לפני השכנים בקלתה. ובזה נתיישב שפיר מה שהק' הרב מג"ס על דברי הסמ"ג במ"ש יוצאה מחצר לחצר דרך מבוי ואע"פי ששערה מכוסה אין בזה משום פ"ר לגמרי דהא אמרינן בירושלמי היוצאה בקפליטין שלה אין בה משום פ"ר והק' עליו שזה הפך פשט דברי הש"ס ועוד קשה במ"ש דאין בה משום פ"ר לגמרי דמהיכא תיתי שיהיה יוצאה בקלתה עוברת עד"מ ועוד קשה שהביא ראיה מהירו' דאמר היוצאה בקפליטין שלה אין בה משום פ"ר תלמוד דידן ערוך הוא דאמרינן קלתה ש"ד ע"ש. וע"פי האמור ל"ק ולא מידי ושיעור דברי הסמ"ג כך הוא איזו היא ד"י יוצאה מחצר לחצר וכו' והיינו חצר שהרבים בוקעים בו ואע"פי ששערה מכוסה במטפחת לא מיבעיא היכא ששערה מגולה והיא בחצר שעוברת עד"י אלא אע"פי ששערה מכוסה במטפחת אפ"ה עוברת עד"י וסיים ואין בזה משום פ"ר לגמרי ר"ל זאת האשה אשר נכנסה לחצר שהרבים בוקעים בו אין בזה משום פריעת הראש לגמרי לפני רבים שהיא עוברת עד"מ ולומר שאע"פי שאינה עומדת בשוק והיא בפ"ר מ"מ היא עומדת בגילוי שער לא היא דאע"פי שעומדת בחצר שהרבים בוקעים בו אינה עוברת אלא עד"י לפי שהיא עוברת בהעברה בעלמא במבוי ואינה שוהא שם וראיה לזה דאמרינן בירוש' היוצאה בקפליטין שלה אין בה משום פ"ר משמע דהיוצאה בלא קפליטין חות דרגא שעוברת עד"י אבל אינה עוברת עד"מ אע"פי שעוברת במבוי ובחצר שהרבים בוקעים בו. וחזר עוד והקשה עמ"ש וה"מ בחצר דמשמע דהיוצאה בקפליטין דאין בה משום פ"ר דמשמע דהיוצאה בלא קפליטין יש בה משום פ"ר דוקא בחצר הוא דעוברת עד"י אבל במבוי עוברת עד"מ וא"כ איך אמרינן דאם היא עוברת מחצר לחצר דרך מבוי שהיא עוברת עד"י. ותירץ דהיינו דוקא שעוברת עד"מ כשרוצה לשהות במבוי אבל ודאי אם עברה מחצר לחצר ודרך מבוי ואותו חצר רבים בוקעים בו עוברת עד"י אלא דלפ"ז קשה שהרי אמרו בירוש' שם שחצר שרבים בוקעים בו שוה למבוי ואיך מחלק ביניהם אכן נראה דבחצר עצמה ליכא רבים כ"א במבוי לפעמים נמצאים שם ב"א והסמ"ג ס"ל דמה שאמר ר"י קלתה אין בה משום פ"ר היינו שאין בה פ"ר דאורייתא אבל יש בה משום פ"ר דרבנן וכמו שפי' הרב החבי"ב ואם תעבור בגילוי שער לגמרי מחצר לחצר לאו עוברת עד"מ אלא עוברת עד"י היא כיון שאינה עומדת במבוי וגם אם תעבור בקלתה מחצר לחצר ד"י היא:

והנה הטור ז"ל כתב משם הרמב"ם שאע"פי שמכוסה במטפחת כיון שאין עליה רדיד ככל הנשים והנראה פשוט בדעת הרמב"ם דבזמנו שינו הקלתה והיו לובשים במקומה מטפחת ומשו"ה לא הזכיר הרמב"ם בלשונו קלתה והרב באר שבע בתשו' סי' י"ז כתב דהרמב"ם בא להשמיענו חידוש דלא מיבעיא בקלתה שיש בה תרתי לריעותא חדא שאינו עשוי ביחוד לכסות השער ועוד שהוא מלא נקבים חלולים אלא אע"פי שמכוסה במטפחת עי"ש. ולדידי ק' לי דא"כ הו"ל לרבינו למינקט הכי להדיא ולהזכיר לנו הקלתה שאע"פי שהיא מנוקבת וחלולה ונראה השער מתוכה מיקריא כסוי אבל עכשיו דנקט מטפחת משמע דוקא מטפחת שהיא מכסה השער אבל. קלתה שהשער מגולה דרך נקבים הייתי סובר שהיא עוברת עד"מ והו"ל לרבינו להשמיענו חידוש זה דבקלתה נמי ד"י היא דוקא אע"פי ששערה נראה לעין כל מתוך הנקבים ונמצינו למידין לפ"ז דהיוצאה במבוי וכ"ש בשוק וקלתה על ראשה שהיא עוברת עד"י היא וא"כ בנ"ד שיצאה מן המבוי לגמרי ועמדה ברשות הרבים ודאי שהיא עברה עד"י היא ויכול הבעל להפסידה כתובתה אם התרה בה:

ונבוא אל הטענה השנית שטען הבעל שגלתה זרועיה לפני בני אדם. הנה מצינו למרן ז"ל בש"הט סי' קט"ו שכתב או שטווה בשוק ומראה זרועותיה לב"א וכתב מור"ם ורגילה בכך והרב משפט צדק ח"ג סי' ג' כתב וז"ל והנה שאר פוסקים כותבים סתמא בדינין אלו יוצאה וראשה פרוע וטווה בשוק ולא פי' אם רגילה בכך או בפעם אחת סגי והנה יש להכריח ולומר דיגיד עליו ריעו דאחר דתנן במתני' מאכילתו שאינו מעושר ומשמשתו נידה דלשון זה משמע שהוא הווה ומצינו להרמב"ם שכתב או שהאכילה את בעלה דבר שאינו מעושר וכן הוחזקה נידה בשכנותיה וכו' וא"כ כמו דהתם דבפעם אחת מיקריא עוברת כן ביוצאה בגילוי שער או טווה בשוק וכ"ת זיל לאידך גיסא דדוקא התם דיראה כן מדבריהם בפי' שבעשותה פעם אחד לבד נקראת עוברת עד"י לא כן ביוצאה וראשה פרוע דמשמע דברגילה בכך דאם נימא כן קשה מאן פלג להו לומר בקצת עוברת ע"ד בפעם אחד סגי ובקצת עד שתהיה רגילה בכך באופן דאסיק שם הרב דבין בעוברת עד"מ ובין בעוברת עד"י בפעם אחד סגי עי"ש. ולפקד"ן דהרמב"ם ז"ל דעל כל טיפה וטיפה מונים לו ז' נקיים. יש לדקדק בדבריו כמו שתדקדק במשנה בודאי שבדוקא נקט והכי ומה שהקשה דמאן פלג להו בקצת לומר דעוברת על דת אפילו בפעם אחת ובקצת עד שתהיה רגילה בכך נראה לומר דדוקא בעוברת עד"מ שהאיסור הוא מפורסם וידוע לכל שאסור לאכול דבר שאינו מעושר או לשמשו נידה משו"ה בפעם אחת מיקריא עד"מ אבל גבי ד"י שהוא מנהג שהנהיגו בו רבני עולם לכל בנות ישראל ואינו מפורש בתורה

משו"ה בעינן שתהיה רגילה בכך אבל בפ"א לא מיקריא עוברת אבל דבר שהוא אסור מן התורה אפילו בפ"א נקראת עבריינא ואף דנקט ונודרת ואינה מקיימת והנדרים מן התורה נראה דוקא נדרים לפי שבעת אשר נדרה לא היה בדעתה לעבור אלא שאחר זה לא נתקיים עמה ועוד לפי שהוא אומר אי איפשי באשה נדרנית שבניה מתים ובש"ס אמרו בעון נדרים בנים מתים ולא אמרו בעון נדר לומר דלאו בפעם אחת נקראת נדרנית אלא אם נודרת כמה פעמים בניה מתים ולכן נקט הרמב"ם נודרת ואינה מקיימת לומר דאינה מפסדת כתובתה עד שתדור כמה פעמים ועוד גבי נדר אע"פי שהוא מן התורה אינה מפסדת כתובתה אלא בכמה פעמים לפי שבפעם אחת יכולה לומר שכחתי הנדר או שאלתי ח' והתיר לי אבל אם נדרה כמה פעמים אע"פי שאמרה כן כמה פעמים אינה נאמנת ודמיא להההוא סמיא ששכח עירובו פעם אחר פעם וא"ל רבו פושע הוא. ויש להביא קצת ראיה לזה ממ"ש רש"י בסוטה דף כ"ה גבי עוברת ע"ד אם צריכה התראה להפסידה כתובתה פי' רש"י בעוברת עד"י משמע דבעוברת על ד"מ אינה צריכה התראה אלא בפעם אחת שהיא עוברת מפסדת כתובתה והיינו ודאי כמש"ל דבד"מ ידוע האיסור לכל והוא ע"ד חבר אין צריך התראה אבל בד"י שהוא מנהג בנות ישראל הצנועות והכשרות צריכה התראה להפסידה כתובתה וכן ראיתי להרב בית שמואל שפי' כן בדעת רש"י שבדוקא נקט הכי וא"כ גם לגבי רגילות בד"מ אפילו פעם אחת יספיק אבל בד"י עד שתהיה רגילה בכך:

אכן דין זה דרגילה לא ידעתי על מה אדניה הטבעו דממ"נ אם התרה בה אפילו בפעם אחת יספיק ועוברת עד"י היא ואם לא התרה בה אפילו עשתה כן כמה פעמים ורגילה בכך לא תקרא עד"י כיון שלא התרה בה וכבר ראיתי להב"ש והח"מ שנתעוררו בזה על דברי מור"ם. ולעד"ן לתרץ והוא דודאי הא דאיבעיא לן בסוטה בעוברת ע"ד אי צריכה התראה היינו דוקא להפסידה כתובתה אבל ודאי אם עברה כמה פעמים בלא התראה ורגילה בכך אפילו שאינה מפסדת כתובתה כיון שלא התרה בה מ"מ אשה כזאת שיש בה כל המידות הללו מצוה עליו לגרשה אם רגילה בכך אע"פי שלא התרה בה וכן נראה ממ"ש הת"ה סימן רמ"ב דהמתייחדת עם הגוי עוברת עד"י היא ומצוה לגרשה ואם אינו מוציאה נקרא רשע אלא דלענין להפסידה כתובתה צריכה התראה עי"ש. משמע דאילולי דלא בעי להפסידה כתובתה אלא דוקא בא לישאל אם מצוה לגרשה היו מורים לו דמצוה לגרשה לפי שהיא רגילה בכך וכן מצאתי למהר"ם מפדווה סי' ג' דהא דצריכה התראה זה דוקא אם רוצה להפסידה כתובתה דעל זה קבעי תלמודא אבל פשיטא שמצוה לגרשה אף כי לא התרה בה ויתן לה כתובתה אכן לא יתכן פי' זה שהרי

הרשב"א עצמו שם בסי' תקע"א כתב דין זה דרגילה לענין להפסידה כתובתה ולא לענין לגרשה דוקא:

וראיתי להרב משפט צדק ח"ג סי' ג' שכתב שנראה מדברי הרשב"א הנז' שבכל החלוקות מיירי שרגילה בכך וא"כ ק' לדעתו ההיא עובדא דמר עוקבא שאמרה לעלם הבא לי פליכא ורבינא טווה בשוק אמר בה ורבנן מדברת עם כל אמרי בה דהגם שראה אותה בשוק מנא הוה ידע שרגילה בכך כדי שיקראנה טווה בשוק או לרבנן מדברת עם כל אדם עי"ש. ולפקד"ן לומר דודאי האי עובדא לא היתה הלכה למעשה שדנו כן שהרי ההיא איתתא ערביא ישמעאלית היתה כדפי' רש"י במהדורא קמא הובאו דבריו בש"מ אלא שהיה הולך מר עוקבא עם רבה בב"ח ואירע מעשה זה לפניהם וא"ל מר עוקבא אם אירע מעשה זה באשה ישראלית שעשתה כן מה תקרא אם תקרא מדברת עם כל אדם שהרי זאת האשה אפילו. שאינה מכרת אותם דברה עמהם ולא בעינן שתשחק עם הבחורים כדעת ר"י או מדברת עם כל אדם ששוחקת עמהם וזאת שלא שחקה עמהם לאו מדברת עם כל אדם אלא טווה בשוק אמר בה שא"ל עולם הבא לי פלכא ופליגי בזה רבינא ורבנן חד אמר שכך אמר מר עוקבא וח"א כך אמר מ"ע אבל ודאי בהא מודים שתתמיד ורגילה בכך אבל בפעם אחת לא תקרא ע"ד בזה לא איירי מר עוקבא וזה נשמיענה מן מתני' שאמרו יוצאה וראשה פרוע וטווה בשוק ולא אמרו יצאה וראשה פרוע דמשמע בפעם אחת סגי לא יוצאה משמע שרגילה בכך כדעת הרשב"א וכן ראיתי לרש"י במ"ק שכן פי' מעשה דמר עוקבא שכתב וז"ל מדברת וכו' שכגון זה אמרו ח' טווה בשוק שיוצאה בלא כתובה עי"ש בש"ע:

וחזי הוית להרב ח"מ שם בסי' קט"ו סי"א שכתב שהרשב"א. בתשו' שכתב להההיא דרגילה לרווחא נקטא דאפילו לקוראה בשם עוברת ע"ד אין ראוי לקרותה בשביל פעם אחת והרואה יראה להרשב"א ז"ל שם בתשובה שכל דבריו לענין להפסידה כתובתה ולא לענין לקוראה בשם עע"ד ולעיקר קושית הח"מ על הרשב"א אפילו את"ל שבדוקא נקט הרשב"א הכי ל"ק ולא מידי שהרי מצינו להת"ה שם סי' רמ"ב והביאו מרן בב"י גבי אשה הרגילה להתייחד עם גוים עוברת ע"ד היא ואפשר דלא בעי התראה הרי מצינו דאם היא רגילה לא בעיא התראה. ואף דהת"ה עצמו כתב דמשום דאנו מדמין לא נעשה מעשה ואף מרן ז"ל כתבה בדרך אפשר מ"מ מצינו למהרח"ש בא"ה סי' ז"ן והמ"ץ בח"ג סי' ג' והרב כרם שלמה בא"ה סי' נ"א שכתבו בפשיטות דהיכא דרגילה בחציפות ובפריצות דאפילו התראה לא בעי ויכול להפסידה כתובתה כדעת הת"ה ואף דאיהו כתבה בדרך אפשר הפוסקים הנז' מפשט פשיטא להו. הן אמת כי היו יכולין הפוסקים

הנז' להביא ראיה לנדון דידהו מדברי הרשב"א דאם היא רגילה בכך שמפסדת כתובתה אכן לפי שאין מפורש שם בדברי הרשב"א אם יש שם התראה ויתכן לפרש כדעת מור"ם בד"מ דמיירי שעשה לה התראה לכן לא הביאו ראיה מדברי הרשב"א אכן אנן בדידן עד שנאמר דלרווחא דמילתא נקט הכי יותר טוב לנו לומר דאפילו להפסידה כתובתה יכול הבעל להפסידה אם היא חצופה ורגילה בכך כדעת הת"ה והפוסקים הבאים אחריו ומה גם כי מרן ז"ל פסק כוותיה וכן מור"ם ז"ל וכל זה נראה לומר כדי לתקן דברי הרשב"א ונאמר בדוקא נקט הכי ולא לרווחא דמילתא אבל ודאי על מור"ם שהעתיק בהגה דברי הרשב"א אין להם מקום כלל וכמו שהקשה עליו הח"מ והב"ש ואף שלפי האמור דאם היא חצופה ביותר דלא בעיא התראה וא"כ מאי מקשה דאם לא התרה בה אפי' רגילה לא הפסידה כתובתה הא לפי דעת הפוסקים הנז' אם היא רגילה ביותר אינה צריכה התראה דיש לומר דמ"מ לא יתיישב שפיר שהרי סיים שם מרן בש"הט כל אלו שאמרנו צריכים התראה בעדים דמשמע דאפי' רגילה אפ"ה צריכה התראה:

ואופן ההתראה מצאתי להרב החבי"ב שכתב שמדברי הרא"ש לפי פשטן נראה שצריך שיתרו בה בפי' שאם תעשי כך תפסידי כתובתיך וכן כתב מרן בבד"ה וכ"כ הרדב"ז אכן מהרח"ש בשם שלטי הגבורים כתב שאין צריך לפרש שאם תעשי כך תפסידי כתובתיך וכתב שכן נראה מדברי הרא"ש בפסקיו וכתב דהרא"ש בתשו' לאו בדוקא נקט וכתב הרב החבי"ב שיראה כן מדברי הרא"ש שלאו בדוקא נקט הכי מדסיים ואם לא התרו בה לא הפסידה כתובתה ואם בדוקא הו"ל לסיים ואם לא התרו בה שתפסיד כתובתה ע"ש. וראיתי מי שהקשה עליו דאישתמיטתיה להרב החבי"ב מ"ש הרא"ש עצמו שם בסי' ח' דהיכא דעברה עד"י ולא התרו בה אם תעבורי ע"ד תפסידי כתובתיך לא הפסידה עי"ש. ולדידי לאו קושיא היא שהרי גם בכאן כתב אם התרו בה שתפסיד כתובתה וממילא משמע שאם לא התרו בה שתפסיד כתובתה שאינה מפסדת ועיקר כוונת הרב החבי"ב לומר שהרא"ש לאו לעיכובא ובדוקא נקט הכי והביא ראיה לזה מסוף. לשונו שלא חזר ופי' בפי' משמע שלא בדקדוק כתב הכי ואם היא עיקר ולעיכובא לא הו"ל להרא"ש מלשתוק מינה ומאי נ"מ אם כתב כן להדיא לעיל והרי אף בכאן כתב שצריך שיתרו בה שמפסדת כתובתה ואפ"ה כתב מהרח"ש שלאו בדוקא כתב כן וא"כ אף לעיל לאו לעיכובא כתב כן ועוד דהרא"ש רוב תשובותיו היו נשלחים לו תשובות ממקומות אחרים והיה משיב להם ולבסוף חברם יחד וא"כ ודאי דיש לדקדק עליו אמאי לא סיים להדיא ואם לא התרו בה שתפסיד כתובתה כדי שלא יטעה אדם לומר שלאו בדוקא כתב כן ולא יסמכו על אותה תשובה דאפשר שלא ראו אותה:

ואיך שיהיה נמצינו למידין לדעת מרן בבד"ה שצריך שיתרו בה להדיא שתפסיד כתובתה ואף שהפוסקים פליגי בזה וכתבו האחרונים שהבעל שהוא מוחזק אף כי לא התרה בה שתפסיד כתובתה אינה יכולה להוציא מידו מ"מ אין לנו אלא דברי מרן שכתב שאם לא התרו בה שתפסיד כתובתה אלא סתם התרו בה שאינה מפסדת כתובתה וא"כ בנ"ד שלא התרה בה שתפסיד כתובתה אם עברה ע"ד שאין יכול עכשיו להפסידה כתובתה ואפי' שהיא עוברת ע"ד. אכן נראה פשוט בנ"ד שאע"פי שאין יכול להפסידה כתובתה מ"מ יכול ליתן לה כתובתה ולגרשה בע"כ וכמו שכתבנו לעיל משם הת"ה סי' רמ"ב שלענין להפסידה כתובתה בעינן התראה אבל ודאי שיכול לגרשה בע"כ ולתת לה כתובתה וכן כתב מהר"ם מפדוואה סי' י"ג שכתב וז"ל מי הוא זה אשר יעכב על ידו לכופו להכניסה לביתו מאחר שלפי העדויות לפחות היא עוברת עד"י ואפש' אף בכלל עידי כיעור ובזה אל יטעה שום אדם לומר הלא בעובר ע"ד הוזכר שצריכה התראה שזהו דוקא אם רוצה להפסידה כתובתה אבל פשיטא שמצוה לו לגרשה אף כי לא התרה בה וסברא נכונה היא כי מה לו בהתראה אם לבו נוקפו שזנתה תחתיו והיא אסורה עליו דממילא אם באמת זנתה אסורה לו אף אם לא תעבור עוד ע"כ. והנה מדבריו אלה נראה דלאו דוקא שבאו עדים והעידו שעברה עד"י אלא אפילו בא עד אחד והעיד או ששמע בקלא דלא פסיק ולבו נוקפו שזה גריעא מעד אחד שכן כתב בתחילת דבריו כמו שיעו"ש וכן הבין הרב מ"ץ ח"ב סי' ס' כי דברי מהר"ם מפאדווה הנז' מיירי בעד המעיד ומהימן ליה והרב הנז' בענין עד המעיד פליג עליו ופסק דדוקא בעידי כיעור יכול לומר דמהימן אבל בעוברת ע"ד דהיא דרגא יותר למטה מהיוצאה בעידי כיעור אינו יכול לומר דעד א' מהימן לי. אכן נר' כי רבו עליו חביריו על המ"ץ שהרי מלבד שמהר"ם הנז' פליג עליה עוד בה כי מצאנו ראינו להמבי"ט בח"ג סי' קכ"ו שכתב שעוברת ע"ד מצוה לגרשה אפילו שאין לו עדים ושאין בזה חר"ג וכמ"ש בהג"מ פכ"ד מה' אישות ומה שצריכה עוברת ע"ד עדים והתראה היינו להפסידה כתובתה אבל לגרשה כיון שיודע הוא שעברה ע"ד מצוה לגרשה והביא שם דברי הרמב"ם דפכ"ד מי שראה אשתו ומסיק שם ודומיא בהכי עוברת ע"ד עי"ש. הרי להדיא שהשוה שם דבר זנות לעוברת ע"ד וכי היכי דבזנות אי מהימן ליה אחד מגרשה בע"כ ה"נ גבי עוברת ע"ד אי מהימן ליה עד א' מגרשה בע"כ ואפילו שאין שם עדים וכן כתב הרב משם הרב מהר"ש טרניקי בתשו' כ"י. והנה הרב מ"ץ הנזכר הוקשה לו על דברי מהר"ש הנז' וז"ל ויש לפקפק עליו דבשלמא בעידי כיעור יש מקום לומר שלבו נוקפו שזנתה מה שאין למיחש כן בעוברת שמא זנתה עי"ש. ולפקד"ן דלאו קושיא היא שהרי כתב שם הרא"ש בפ' המדיר בטעם עוברת ע"ד

משום חציפות ומשום זנות וא"כ גם בעוברת ע"ד יש לחוש שמא זנתה או אפשר לומר בעוברת ע"ד שנתייחדה עם ב' אנשים שהוא איסור והבעל חושש שמא זנתה עמהם שכן מצאתי להת"ה סי' רמ"ב שדקדק כן מדברי רש"י בפ' ארוסה שאם נתייחדה עם ב' אנשים מקריא עוברת ע"ד ואם התרה בה מפסדת כתובתה ומינה דן שם הת"ה דכ"ש הנסתרת עם הגוים דשטופי זימה הם דחשיבה עוברת ע"ד ומצוה לגרשה דבכה"ג לא תיקן הגאון עי"ש. וא"כ אפשר דעל כיוצא בזה שנתייחדה עם אנשים בזה כתב מהר"ם כי מה לו בהתראה אם לבו נוקפו שזנתה. אכן נראה שתירוץ זה דוחק שהרי מהר"ם על סתם עוברת ע"ד קאמר כן ואפילו על אותן השנוים במשנה ואיך שיהיה נמצינו למידין לדעת כל הני רבוותא דאע"פי שלענין להפסידה כתובתה צריכה התראה ולדעת מרן בבד"ה צריכה התראה בפי' לומר לה אם תעבורי ע"ד תפסידי כתובתיך מ"מ אם רצונו לגרשה בלתי הפסד כתובה יכול לגרשה בע"כ אפי' שלא התרה בה. וכ"כ מהר"י הלוי אחיו של הט"ז בש"ות סימן ט"ל וז"ל ונ"ל הא דאמרן דמצוה מן התורה לגרשה ומדרבנן אסור לקיימה ויגרשנה בע"כ היינו בעברה ולא התרה בה דלא אישתמיט שום פוסק להזכיר התראה לענין לגרשה ודוקא לענין להפסידה כתובתה מיבעיא ליה בפ' ארוסה אי בעינן התראה ואם רגילה בכך פעמים שלוש אף בלא התראה כופין אותו להוציא עי"ש. הרי להדיא כמ"ש לעיל והוסיף עוד לומר דמדרבנן אסור לקיימה ואם רגילה בכך כופין אותו להוציא רשעה מביתו:

פש גבן לברר על דברת שבועת האלהים אשר נשבע הבעל בעת הנישואין שלא יגרשנה בע"כ ונראה דבכגון זה יראה דיכול לגרשה אפילו שנשבע לה כי יכול לומר הבעל אדעתא דהכי לא נשבעתי ויש להביא ראיה לזה ממ"ש מהראנ"ח סי' ך' שכתב על אשה שיצא עליה קול שזנתה ואסיק שם דאם הקול קול פשוט ונאמר בפי אנשים ונשים מוזרות בלבנה אפילו אין בו כדי לאסור לא קודם נישואין ולא אחר נישואין כיון דמכח השבועה אנו באים לאוסרו יכול ראובן הנז' לומר דאדעתא דהכי לא נשבעתי דכל כה"ג אנן סהדי דאין אדם סובל כלל שיהא קול על אשתו והוא סובל ואע"ג דשבועה זו היא ע"ד אשתו ובשבועה ע"ד חבירו לא שייך לומר דאדעתא דהכי לא נשבע מ"מ בדבר דמוכח טובא ואנן סהדי שייך לומר ואפילו בנשבע ע"ד חבירו ולא פי' כלום עי"ש. הא קמן דבדבר דמוכח טובא דאדעתא דהכי לא נשבע השבועה כמאן דליתא דמי וא"כ בנ"ד נמי הדבר מוכח שתחזור לפריצות ורשעות שהיתה בה מקודם ודאי דאדעתא דהכי לא נשבע ומה גם כי בנ"ד כבר התנה בתחי' ופי' שיחותיו שהתנה על עצמו שלא ישא אשה אחרת עליה ושלא יגרשנה בע"כ ע"מ שלא ימצא בה ערות דבר ואף שמהראנ"ח עצמו

אחר שהביא ראיה לדבריו מדברי הרא"ש ומהרי"קו כתב שיש לגמגם בזה שלא כתבו הרא"ש ומהרי"קו בההיא דיצאה אחות המשודכת מן הכלל וההיא דנשתטית כולם הם בענין שאנו באים לכוף את הנשבע למען הקים את הדבר אשר נשבע בקום עשה והוא עומד בשב ואל תעשה ואינו רוצה לקיים הענין מטעמא דאדעתא דהכי לא נשבעתי אבל בשבועה שהיא בשב וא"ת שקבל עליו שלא ישא אשה אחרת ושלא יגרש בע"כ ובא עתה לישא או לגרש ואומר דאדעתא דהכי לא קיבל עליו אפשר דלא מהני אדעתא דהכי עי"ש מזה נראה דמהראנ"ח ספוקי מספקא ליה. מ"מ נראה דמהרש"ך בח"ב סי' רכ"ז מפשט פשיטא ליה שהביא נדון זה דמהראנ"ח וכתב בפשיטות שיכול לומר איני רוצה במשודכתי וכ"כ הרב החבי"ב בא"ה סי' א' הגהב"י אות כ"א. אכן דברי הרב החבי"ב לא זכיתי להבינם במאי דקאמר אע"ג דמהראנ"ח ספוקי מספקא ליה והרש"ך מפשט פשיטא ליה. וקשה הרי מהראנ"ח דמספקא ליה היינו משום דנדונו היה שנשא אשה ובא עכשיו לגרשה ונסתפק שם הרב דאפשר דבקום עשה כגון הא שרוצה לגרשה לא דיבר הרא"ש ומהרי"קו אבל ההיא דמהרש"ך הוא באחד שנשבע לישא את משודכתו ומחמת שיצא עליה שם רע רוצה שלא לקחתה שהיא בשב וא"ת כנדון הרא"ש ומהרי"קו ובזה ודאי דליכא לאסתפוקי וא"כ לא ידעתי מאי קאמר דמהרש"ך פשיטא ליה וצ"ע. גם על הראנ"ח קשה במ"ש שלא כתבו הרא"ש ומהרי"קו אלא בההיא שהמירה אחות המשודכת שהיא בשב וא"ת וכו' עי"ש. וקשה שהרי סיים שם מהרי"קו והביא ראיה לדבריו מדברי הרשב"א שכתב ולא עוד אלא אפילו בנשואה גמורה התיר הרשב"א לישא אשה היכא שיצאה מדעתה וא"כ קשה במה שיש לגמגם בזה שלא כתב הרא"ש וכו'. שו"ר להרב פ"מ ח"ב סי' קי"ז שהקשה כן על דברי מ"ז הראנ"ח וכתב שם שיש לתרץ דשניא ההיא דהרשב"א שהיא חרם ר"ג משבועה דלגבי האי מילתא איכא לחלק דעדיף טפי לומר דאדעתא דהכי בחרם ר"ג מכשהוא נשבע מפי עצמו דהו"ל לאתנויי דאם יתיליד איזה סיבה דאדעתא דהכי לא נשבע וכיון שלא התנה בהחלט נשבע כיון דהוה סמיה בידיה להתנות ולא התנה משא"כ בחרם ר"ג עי"ש. והרואה יראה למהראנ"ח עצמו שם בסי' ל"א דליתא להאי חילוקא דשם נדונו היה באשה שנשבע ארוסה להביא הדבר לידי גט וגם יש להם חר"ג וכיון שיש שבועה איהו דאפסיד אנפשיה מדלא התנה ואפ"ה קאמר שם דיכול לבטל שבועתו משום דאדעתא דהכי לא נשבע ומשמע דס"ל דלא שאני ליה בין חר"ג לשבועה אלא בכל גוונא יכול לומר דאדעתא דהכי לא נשבע ואף דהתם מלבד השבועה יש חר"ג וכיון שיש חרם ר"ג משו"ה התם דוקא מצי למימר דאדעתא דהכי לא נשבעתי ויכול לישא או לגרש אבל אה"נ במקום שיש בו שבועה

לחוד מצינן למימר כיון שיש סמיה בידיה הו"ל להתנות וכיון שלא התנה איהו דאפסיד אנפשיה הא ליתא חדא דהרואה יראה דחר"ג דנקט מהראנ"ח מעשה שהיה כך היה ולא איצטריך ליה לדינא שהרי לדינא כתב מהרי"קו בשורש ק"א דבארוסה לא תיקן הגאון וכיון שנדונו בארוסה למה ליה למינקט חר"ג ואף שיש חרם בין הקהילות שלא לישא אשה על ארוסתו מ"מ נראה דהיינו דוקא שלא לישא אשה אחרת עליה אבל לגרשה ש"ד וא"כ ודאי כל ספיקו אינו אלא משום השבועה שנשבע לישא אותה והיא באה בטענה עליו שיקיים שבועתו. ונראה דלזה בתחילת התשובה כתב שיכול לומר הבעל דאדעתא דהכי לא נשבעתי והביא ראיה מדברי הרא"ש שהוא מדבר בענין השבועה ולא זכר שר חר"ג לומר דאדעתא דהכי לא תיקן הגאון נראה דאף בשבועה שהיא בקום עשה לישא או לגרש יכול לומר דאדעתא דהכי לא נשבעתי ועוד דאי מהראנ"ח עומד בדבריו במ"ש דההיא דהרא"ש מיירי בשב וא"ת א"כ מאי ראיה מביא לנדונו שהוא בקום עשה וכתב עוד הפ"מ כי לא נמצאו שאר יתר דבריו ואולי אם היו נמצאים היה פושט ספיקו להקל והדעת נוטה לכך דאי לא שרינן ליה לישא או לגרש בע"כ א"כ אתה מזקיקו ליכנס עמה כיון דלא שרו ליה אחריתי וא"כ מה בצע כי פטרוהו מלהכניסה לחופה סוף סוף כיון דלא שרינן ליה לגרשה בע"כ או לישא אשה אחרת א"כ מיחזי דלינקטיה לכבסיה דלישבקיה לגלימיה הוא ע"כ. והנה מדבריו אלה נראה שהבין דברי הראנ"ח שכתב דההיא דהרא"ש והרי"קו שפטרו אותו לבלתי יכנס עמה לחופה שהיא בשב וא"ת אבל אה"נ שאין עמו רשות לישא אשה אחרת או לגרשה וכן נראה מדבריו לעיל בהביאו לעיל דברי מ"ז מהראנ"ח ולכן כתב דאם לא יוכל לישא אשה אחרת או לגרשה בע"כ מאי נ"מ שפטור מלהכניסה לחופה אבל אחר המחי' כדת אין זה פי' דברי הראנ"ח אלא פי' דבריו הכי כי נדון הרא"ש ומהרי"קו הוא באחד ששדך אשה ונשבע לישא אותה ולהביא הדבר לידי גט אכן לא התנה עמה שלא ישא אשה אחרת אלא מכח שבועתו אנו באים לחייבו לקיים שבועתו ועל כיוצא בזה כתב מהראנ"ח כיון שהיא בשב וא"ת אם ימנע מלישא אותה יכול לעבור על שבועתו ועל כיוצא בזה כתבו דוקא שיכול שלא לישא אותה ובודאי הגמור שיכול לישא אשה אחרת כיון שכבר מותר הוא ועומד כיון שלא נשבע לה שלא לישא אשה אחרת אבל אה"נ היכא ששדך או ארס אשה ונשבע לה שלא ישא אשה אחרת או שלא יגרשה בע"כ ובא עכשיו ואמר שרוצה לקום ולגרש או לישא אשה אחרת ודאי בנדון כזה לא דיבר הרא"ש ואפשר בנדון כזה שהיא בקום עשה לעבור על השבועה לא דברו הפוסקים הנזכרים:

ואיך שיהיה נמצינו למידין מדברי הפ"מ כי לדעתו ז"ל הראנ"ח יחיד בסברתו נגד כל הפוסקים שכתבו דאפילו בקום עשה פטור משבועתו משום דיכול לומר דאדעתא דהכי לא נשבעתי וכ"כ הרב נחפה בכסף בא"ה סי' ב' שכל האחרונים חלקו על הראנ"ח וכן ראיתי להמ"ץ שם בסי' הנז' שאחר שהביא ראיה מדברי הרא"ש והרי"קו הביא עוד ראיה מדברי מהרשד"ם השייכות לי"ד סי' ת"ד שכתב בפשיטות שכל היכא דאיכא אומדן דעת דאדעתא דהכי לא נשבע הוי כאילו התנה כן בשעת השבועה ואפי' שהאומדנא אינה מוכחת כ"כ וכו' עי"ש בד"ק דכאילו לא נדר ולא נשבע הוא ואפילו התרה לא בעי אלא שכתב דמדברי הת"ה סי' נ"ח נראה דאפילו משום דבר ערוה יצטרך התרה עי"ש נראה דהתם דוקא לפי שהיו הדור פרוצים ביותר בשבועות ואם לא יתירו להם לא יבקשו שום התרה ושוב הביא מ"ש מהריב"ל ח"א סי' ע"ה בנשבע לאשתו שלא ישא אשה אחרת עליה ואפילו שלא הביאה לו בנים ולא אמרינן משום מצוה יתירו לו שאני התם דכיון דהבנים מילתא דשכיחא היא והו"ל לאתנויי וכיון שלא התנה איהו דאפסיד אנפשיה אבל בההיא דהרא"ש שהמירה אחות המשודכת וגם בההיא דמהרי"קו הויא מילתא דלא שכיחא ויכול לומר דאדעתא דהכי לא נשבעתי ומינה דן המ"ץ בנדון דידיה דמילתא דלא שכיחא היא שתהא אשתו עוברת ע"ד והוא שותק עי"ש. א"כ בנ"ד נמי מילתא דלא שכיחא ואדעתא דהכי לא נשבע שתהא עוברת ע"ד ועיניו יחזו והוא שותק וכתב עוד שם וכ"ת דבנ"ד אחר שיצא השם כשהיא ארוסה הו"ל לאסיק אדעתיה ולאתנויי ומאחר שלא התנה ונשבע בעת הנישואין נתחייב בכולל לא היא דמאחר דהוברר ששקר ענו בה לא אסיק אדעתיה שאחר הנישואין שאימתו מתרבה עליה שתרבה בקילקולה על הכל בראותו שכמה היה מגזים עליה שלא לקחתה ובודאי מילתא דלא שכיחא היא ולפיכך לא אתני עי"ש. א"כ גם בנ"ד אחר שראתה שכל דעתו לגרשה אחר שמצא אותה בעולה מאיש פ' ולרוב ההפצרות מאהובים וריעים החזירה אליו א"כ לא אסיק אדעתיה שתחזור לקילקולה הראשון ואף שאין דומה נ"ד להההיא דהמ"ץ דהתם שאני שלא הוברר הדבר שזנתה הו"ל להתנות אכן גם בנ"ד אסיק אדעתיה לכל זה והתנה עמה בכתובה שניה שאין עמו רשות לגרשה בע"כ אלא א"כ מצא בה ערות דבר וא"כ כיון שמצא בה ערות דבר שהוא הזנות ואגפיה א"כ השבועה כמאן דליתא דמיא ומותר לגרשה בע"כ ואף שהרב מ"ץ כתב דלרווחא דמילתא יקבל התרה מג' ולא יצטרך רשות ב"ד עי"ש נראה דבנ"ד אפי' התרה לא בעי כיון שבירר שיחותיו שלא יגרשנה בע"כ אלא א"כ מצא בה ערות דבר ואין לומר דכוונת ערות דבר היינו זנות ממש כמו בתחילה דלהא אין צריך תנאי בכתובה אלא ודאי ערות דבר שהתנה היינו פריצות הסדורים במשנה ובנ"ד אם

ירצה יעשו לו התרה ג' בלתי רשות ב"ד. שוב שמעתי בע"פ כי התנאי הכתוב בכתובה כך כתוב והתנו ביניהם שלא ישא אשה אחרת עליה אלא א"כ שהתה עמו ה' שנים ולא ילדה זש"ק ושלא נמצא בה ערות דבר ושלא יגרשנה בע"כ ולשון זה יתפרש על שני פנים הפן הא' שהתנה עמה שלא ישא אשה אחרת עליה אלא א"כ שהתה וכו' ושלא נמצא בה ערות דבר כאשר נמצא בה בתחילה כאשר היתה בתחילה כשהיתה פנויה אכן אם שהתה או נמצא בה ערות דבר באחת משתים יכול לישא אשה אחרת וגם התנה שלא יגרשנה בע"כ ואפילו שהתה ואפילו נמצא בה ערות דבר זהו הפן הא'. הפן הב' והוא שהתנה הבעל שלא ישא אשה אחרת אלא א"כ שהתה וכו' ושלא נמצא בה ערות דבר ושלא יגרשנה בע"כ ומילת ושלא יגרשנה וא"ו מוסיף על ענין הא' דהיינו כשלא נמצא בה ערות דבר אז לא יוכל לגרשה בע"כ הא אם נמצא בה ערות דבר יכול לגרשה בע"כ אכן על הפן הא' ק' לפרש כן כאשר כתבתי לעיל ועוד דאיך אפשר ותיסק אדעתין שהבעל קיבל על עצמו שאפילו דברו עליה מוזרות בלבנה ושם רע מתרבה עליה בכל יום שאעפ"כ לא יוכל לגרשה בע"כ כ"א דוקא שהרשות בידו לישא אשה אחרת והעדים עצמם שהם ת"ח ומביני מדע איך יחתמו על דבר זה להחזיק יד עוברי עבירה שאפילו ראה הבעל דבר מכוער שישתה בעציצו ועוד היא עצמה איך תוכל להוציא דבר זה מפיה ותעשה תנאי עם הבעל שאם אני יראה בי ערות דבר שלא תוכל לגרשני אלא קח לך אשה אחרת עלי דא"כ ביררה שיחותיה שרצונה לקלקל אלא שמקבלת עליה צרה ואם היא יודעת בעצמה שהיא נקייה הו"ל להתנות על עצמה שאם ראה בה ערות דבר שכל מה שירצה יעשה בין לישא אשה אחרת ובין לגרשה בע"כ ועוד כי מאחר שידוע לכל שהאשה הזאת אחר שנכנסה לחופה ונמצאת בעולה והיא הורית על עצמה שפ' בא עלי ואז צעק הבעל ככרובייא לאמר הצילוני מהרשעה הזאת ואגרשנה וכשעמדו מתווכי השלום שינסה אותה ומכאן ואילך חושבנא טבא ללכת בדרך בנות ישראל הכשרות ולא תשוב עוד לכסלה וא"כ כשהתחילה בקילקול ודאי שיכול לגרשה בע"כ וא"כ איך נוכל לומר שכוונת הבעל שאם נמצא בה ערות דבר שלא יוכל לגרשה בע"כ כ"א דוקא לישא אשה אחרת עליה ועוד כי בכלל ערות דבר היא ערוה ממש שתהא נאסרת על בעלה כי ימצאו אותה עדים בדבר וא"כ איך אפשר שתהיה אסורה עליו והיא אגידה ביה אלא ודאי נראה כמו שפי' בפן הב' ושלא יגרשנה בע"כ הוא"ו מחברו עם מה שלמעלה ממנו מה הא' דוקא כששהתה או נמצא בה ערות דבר יכול לישא אשה אחרת אף בגירושין כן. עוד נראה לומר דדמיא נ"ד להההיא שכתב מהראנ"ח ח"א סי' מ"ב שכתב בנדונו שהיה כתוב תחילה שלא ישא אשה אחרת עליה ושלא יגרשנה כ"א ברשותה וברשות ב"ד ובתחילה

רצה הרב לומר דברשות ב"ד הכתוב בכתובה לא קאי אלא אגירושין דסמיך ליה ולבסוף אסיק דמקרא נדרש לפניו ולפני פניו כדאמרינן בחגיגה וגם אנישואין צריך רשות ב"ד. גם בנ"ד נמי מקרא נדרש לפניו והוא דמה שכתוב בכתובה שלא יהיו הגירושין בע"כ דוקא כשלא שהתה ולא נמצא בה ערות דבר ואז לא יוכל לגרשה בע"כ אבל אם שהתה או נמצא בה ערות דבר יכול לגרשה בע"כ וכ"כ הרב שתי הלחם סי' כ"ח כדברי הראנ"ח ואפילו את"ל דשאר פוסקים פליגי על דברי הראנ"ח וס"ל דרשות ב"ד לא קאי כ"א דוקא אגירושין אבל לענין לישא אשה אין תלוי ביד ב"ד מ"מ נראה דבנ"ד תרווייהו איתנהו דאם רוצה הבעל לישא אשה ואפילו עברה עד"י דוקא הרי מעתה הרשות בידו כי כן התנה עמה שלא ישא אשה אחרת כ"א דוקא כשלא נמצא בה ע"ד ואם לא ירצה לישא אשה אחרת כ"א דוקא לגרשה הרי התנית על עצמה שברשותה וברשות ב"ד יכול לגרשה וכבר הסכימו הפוסקים דברשות ב"ד לחוד סגי ולא בעי רשותה עיין להרב מ"ץ ח"ב סי' א' והפ"מ ח"ב סי' ט' ובשתי הלחם סי' כ"ח והרב יד אהרן סי' קט"ו וא"כ הב"ד שהעידו לפניהם העדים שעשתה דבר מכוער הם יתנו לו רשות בזה לגרשה בע"כ ונראה דלהכי בתנאי שלא יגרשנה בע"כ לא כתבו תנאי זה שלא יגרשנה בע"כ אלא א"כ מצא בה ע"ד דהא גבי תנאי שלא יגרשנה כתוב שם אלא ברשותה וברשות ב"ד וכיון שהרשות ביד ב"ד הב"ד שהעידו לפניהם על הכיעור הם יתנו לו רשות כי אז לא יוכלו להתאפק מלתת לו עצה הגונה להוציאה מביתו ויאמרו לו בפה מלא שמצוה עליו לגרשה כמ"ש מרן בסי' קט"ו ולכן לא הוצרכו. לכפול

עוד נראה לומר דאף את"ל דבנ"ד שכתוב שלא ישא אשה וכו' אלא א"כ מצא בה ע"ר ושלא יגרשנה בע"כ כל אחד ענין בפ"ע ואין אנו יכולין לומר שהוא"ו הוא להוסיף שהרי וא"ו שלא נמצא בה ע"ד היא לחלק והיא במקום או וא"כ גם וא"ו ושלא יגרשנה הוא במקום או ור"ל שלא ישא אשה אלא א"כ או שהתה או מצא בה ע"ד וגם לא יגרשנה בע"כ ובזה לא הטיל שום תנאי אלא כל אפייא שוין ואפילו שהתה ואפילו עברה על דבר ערוה אין עמו רשות לגרשה בע"כ אע"ג דזה רחוק מן השכל וכדכתיבנא לעיל מ"מ דבנ"ד שבא הבעל בטענות אחרות שהיא עוברת עד"י מצד שהיא מקללת אותו ואת אמו וגם מדברת על עסקי תשמיש נראה שבאלו הטענות יכול לגרשה בע"כ דהא פשיטא דערות דבר הכתוב בכתובה לא נכלל בה עוברת על דת מצד שהיא מקללת אותו ואת אמו ומדברת על עסקי תשמיש דאף דהרא"ש כתב בפ' המדיר בטעם עוברת משום פריצות ומשום חשד זנות נראה פשוט דהרא"ש ז"ל או או קתני דהא יש דברים השנויים במשנה דלאו משום חשד זנות כגון המקללת יולדיו בפניו ויש מהם משום חשד זנות

כגון יוצאה וראשה פרוע וא"כ כשכתב תנאי זה בכתובה אלא א"כ מצא בה ע"ד כוונתו זנות ממש והמסתעף ממנו כגון מדברת עם כל אדם אבל ההיא דמקללת יולדיו בפניו לא כיון בתנאי אלא הניח הדבר לדין תורה. וגם אפשר לומר דהבעל לא כיון לא ענין עוברת עד"מ ולא על ענין עד"י אלא כוונתו אלא א"כ מצא בה ערות דבר ערוה ממש כמו שקרה לה בימים הראשונים ולכן היום הזה חזר והתנה עמה שלא תחזור לאוולתה אבל אם יוצאה וראשה פרוע או משחקת עם הבחורים וכדומה הניח הדבר לדין תורה ולדין תורה כבר כתבנו משם הפוסקים דאם יש התראה כראוי לדעת מרן מפסדת כתובתה ואם אין שם התראה אפ"ה יכול לגרשה בע"כ ואע"פי שנשבע וכדכתיבנא לעיל:

והנה בההיא דמדברת עם כל אדם ראיתי להמ"ץ ח"ב סימן ס' שהקשה על דברי רבינו ירוחם ז"ל שאינו מתיישב דבריו שבמדברת אמר עם כל אדם ובמשחקת אמר עם הבחורים משמע דתרי מילי נינהו וצ"ע עי"ש. ולפקד"ן דאם נגיה וא"ו בדברי רי"ו יתיישב הכל ודבריו ברור מללו כי ר"יו תחילה הביא המשנה כצורתה ואח"ך הביא מה שפי' בגמ' ואמר שמדברת עם כל אדם האמור בגמ' אין הכוונה בדיבור לבד ואפילו עם איש זקן תצא שלא בכתובה אלא פי' מדברת דיבור שנמשך ממנו שחוק עם הבחורים ופי' עם כל אדם לאו דוקא אלא הכוונה אפילו שאין קרובים ולא יש לה עמהם ידיעה עכ"ז פותחת עמהם בדברים וכמ"ש ז"ל גבי שלומית בת דברי שנותנת שלום לכל אדם וא"כ לפ"ז כך צריך להגיה בדברי ר"יו מדברת עם כ"א משחקת עם הבחורים ובודאי שיותר טוב לנו שנסיר וא"ו מדבריו ולא נניח דבריו בצ"ע וכן הוא בגמ'. ומעתה צריכים אנו לבאר בענין שהיא מקללת אותו ואת אמו אי מיקריא עוברת ע"ד דהנה הפוסקים לא הזכירו זה בהדיא כ"א מקללת יולדיו בפניו שהוא אביו כמ"ש בגמ'. אכן נראה דל"ש דבין מקללת לאביו או לאמו הכל אחד אלא מאי דנקטי אביו דוקא לפי מה שפי' דאם מכה אותה בעלה ומצערה הרבה אין להפסידה כתובתא בשביל כך דאין אדם נתפס על צערו עיין במהר"א די בוטון סי' ב"ן שהוכיח כן מדברי הרמב"ן וא"כ בחמותה דסתמא הם אויבים זה לזה ואם חמותה ציערה אותה ביתר שאת והכבידה העול עליה מסתמא אם כלתה קללה אותה באופן זה אינה מפסדת כתובתה ומשו"ה לא הזכירו זה בש"ס דסתם חמות מנגדת כלתה ומצערתה ולכן היא מקללת אותה אבל אם חמותה אינה הולכת עמה בקושי אלא שהיא ידועה שהיא חצופה ואינה עושה כבוד לחמותה והשכנים מעידין שהיא מתנהגת עם כלתה בכשרות ודאי בכגון זה לא נפקא מכלל מקללת יולדיו בפניו ויש לחייבה על ככה. וכן ראיתי למהר"א די בוטון בלחם רב שם שכתב בסוף דבריו בפי' דאם אחר ההתראה קיללה או לאביו או לאמו שמפסדת כתובתה עי"ש הרי להדיא

דאם קללה אפילו לאמו לבד שמפסדת כתובתה אם התרה בה התראה מעולה כדעת מרן בבד"ה שאם תעבורי עוד תפסידי כתובתיך ולענין מקללת בעלה עצמו מרן ז"ל בב"י סי' קט"ו הביא משם הרמב"ן שאם מקללת אותו על חנם הדין עמו דהא מקללת בעלה בפניו מן היוצאות שלא בכתובה אכן מרן עצמו כתב שאינו יודע מנין לו זה ועוד דא"כ לא הוה משתמיט חד מהפוסקים לומר כן עי"ש. ואנא עבדא ראיתי להרא"ה ז"ל הובאו דבריו בש"מ לרבינו בצלאל בפ' המדיר שכתב וז"ל דהא דאמרינן במקללת יולדיו בפניו כ"ש לבעל עצמו בפניו שהדין נותן שהיא יוצאה בלא כתובה ותו לא מידי עי"ש. הרי מצינו להדיא שגם הרא"ה ס"ל כדעת הרמב"ן שגם המקללת בעלה בפניו שתצא בלא כתובה ועפ"ז נוכל לומר דגם מרן עצמו אילו היה רואה דברי הרא"ה היה מודה לדברי הרמב"ן וכ"כ מהר"א די בוטון שם בסי' ב"ן ומהריט"ץ סי' רל"א שכתבו בפשיטות כדעת הרמב"ן ובנ"ד שהבעל הוא מוחזק יכול לומר קי"ל ואף שכנגד מרן לא יוכל אדם לומר קי"ל מ"מ אפשר דמרן עצמו אילו היה רואה דברי הרא"ה היה חוזר בו ויכול לומר קי"ל: **ועדיין** צריכים אנו לברר על ענין האשה הנז' שהיא מדברת על עסקי תשמיש הנה מרן ז"ל בסי' קט"ו פסק כדעת הרי"ף והרמב"ם והרא"ש שפי' על ההיא דקולנית שתובעת תשמיש מבעלה עד ששכניה שומעים אותה מדברת על עסקי תשמיש וכתב הלבוש שכל אלו דברי פריצות הם והבעל בוש בדבר עי"ש. ונראה לדקדק מדברי מרן שכתב בתחילה שהיתה תובעת התשמיש בקול רם עד ששכניה שומעות שמדברת על עסקי תשמיש כי יש בו מהדיוק דהו"ל לסיים כמו שהתחיל ולימא הכי עד ששכניה שומעות שהיא תובעת תשמיש ולמה זה נקט עד ששכניה שומעות מדברת על עסקי תשמיש אלא ודאי מילתא אגב אורחיה קמ"ל תרתי דלאו דוקא שהיא תובעת ממנו תשמיש אלא אפילו אינה תובעת ממנו אלא שכ שכ"וך עושה עמי בעת תשמיש והוא מגיע לו בושה מזה שגם בזה מיקריא עוברת עד"י ולכן כתב עד ששכניה שומעות שמדברת על עסקי תשמיש ולא אמר על תביעת תשמיש. ולפקד"ן שק"ו הוא שאפילו היא תובעת ממנו תשמיש שהבושה יותר מצידה והוא לא יש לו כ"כ בושה בזה אפ"ה משום ששומעים השכנים על ענין זיווגו והוא מתבייש מיקריא עעד"י כ"ש כשמסדרת לפניהם סדר תשמישה עמו מה שלא יעשו כן שאר נשים הצנועות שודאי על זה כסתה כלימה פניו וכ"ש שהוא אומר בת כז"בי שבכגון זה ודאי עעד"י היא ורש"י ז"ל על ההיא דקולנית פי' כשהוא מדבר עמה על עסקי תשמיש מריבה עמו והשכנים שומעים והוא בוש בדבר וגם על פי' רש"י נראה דכ"ש נ"ד שהרי אפילו מריבה עמו ואינה רוצה באותו עת לשמשו אפ"ה לפי שהשכנים שומעים והוא יבוש בדבר מיקריא עעד"י כ"ש כשהיא מדברת שמרבה בתשמישו ושאר

דברים שאינם ראוים ליכתב מה גם לפי שהקולנית שהיא מדברת והשכנים שומעים קולה והשכנים אפשר שישמעו או אפשר שלא יתנו דעתם אפ"ה מיקריא עע"ד כ"ש וק"ו כשהיא מדברת עמהם להדיא על עסקי תשמיש ואפשר כי יבוא לידי סכנה בזה שאין כל אדם יכול לסבול בושה כזו. והנה בירושלמי איתא איזהו קולנית רב אמר כל שקולה הולך ממיטה למיטה בשעת תשמיש ובש"ס דילן איתא אמר ר"י אמר שמואל במשמעת קולה על עסקי תשמיש במתניתא תנא במשמשת בחצר זו ונשמע קולה בחצר זו ופי' רש"י ז"ל שקשה לה התשמיש וצועקת מחמת כן:

וחזי הוית להרב שדה יהושע בחי' על הירו' כתב דאי אפשר להסביר פי' זה דצועקת מחמת תשמיש בהך דהירוש' משום דאמר ממיטה למיטה ואילו צועקת מחמת תשמיש במיטה אחת הן עי"ש. ולעד"ן דלאו קושיא היא דודאי מחמת שהיא יודעת שקשה לה התשמיש בכל עת והיא בורחת ממנו והולכת למיטתה והוא צועק עליה ממיטתו ועי"ז נשמע הקול ממיטה למיטה והיינו הך דמתניתא אכן מצד אחר אין אנו יכולין לומר דמילתיה דרב כמתניתא משום דההיא אידחיא לה דא"כ ליתנייא גבי מומין וא"כ איך אפשר לומר דרב כברייתא ואיך שיהיה נמצינו למידין מההיא ברייתא שהרי לפי דברי רש"י אף שהיא אנוסה כי יש לה צער בתשמיש אעפ"כ מחמת כי יגיע לו בושה מהשכנים כי ישמעו את קולה עוברת עד"י מיקריא כי היה לה לסבול הצער ולא לביישו שהוא רוצה לשמש עמה א"כ כ"ש בנ"ד שהיא מביישתו ברבים ומספר את רובע דודאי אין לך עוברת ע"ד גדול מזה ואף שבאמת הברייתא אידחייא לה משום דא"כ הו"ל למתנייה גבי מומין מ"מ נראה דאם לא היה משום מום אלא שמשמעת קולה על ענין תשמיש לא הוה קשיא ליה אלא דהמקשה שמעיה לתנא דאם נשמע קולה מחצר לחצר ע"י שיש לה כאב משו"ה קשיא ליה דא"כ ליחשבא גבי מומין:

עוד יש להביא ראיה לנ"ד מדברי רש"י במ"ק הובא בש"מ שפי' במשמעת קולה על עסקי תשמיש שממאנת לטבול ומסרבת בתשמיש עד שמרבה עליה ריעים והקול נשמע וחרפה היא לו ע"כ. ונר' דק"ו לנ"ד שהרי אפילו איש זה שרוצה לשמש עמה כדרך כל הארץ והיא מסרבת בו ועי"ז הקול נשמע וחרפה היא לו כ"ש בנ"ד שהיא מרבה בתשמישו ושאר דברים שאינם מהוגנים שמגיע לו בושה גדולה מהם. ונראה כי הפוסקים ז"ל לא אצטריכו לבאר דבר זה כי הוא אתי מק"ו וכמש"ל וכן ראיתי להסמ"ג בעשין מ"ח שכתב להדיא וז"ל על ההיא דקולנית שתובעת התשמיש מבעלה או ששכנותיה שומעין אותה מדברת על עסקי תשמיש עי"ש. הרי להדיא דאפילו שמעו שהיא מדברת על עסקי תשמיש לבד הויא עוברת ע"ד הן אמת כי ראיתי להרב החבי"ב

בדינא דחיי דף מ"ח שכתב על דברי הסמ"ג שט"ס נפל בדבריו וצ"ל במקום או עד ששכניה שומעין וכו'. ולפקד"ן דאין צריך להגיה דא"כ הו"ל לומר עד ששכניה שומעין אותה שהיא תובעת ולמה שינה ואמר שהיא מדברת על עסקי תשמיש אלא ודאי נראה דאם מדברת על עסקי תשמיש לבד ואפילו שאינה תובעת עוברת ע"ד היא:

הכלל העולה מכל האמור לעיל דראובן זה יכול לגרשה בע"כ אכן מכיון שאין שם התראה אינה מפסדת כתובתה וכן כתוב בהג"מיי משם הר"ם שאם יש עדים שעברה עד"י ואין שם עדים שהתרה בה יכול לגרשה בע"כ מיהו לאחר שיגרשנה יצטרך לתת לה כתובתה ע"כ. הרי שאפילו היה שם חר"ג כמ"ש בתחילת דבריו אפ"ה יכול לגרשה בע"כ אף שלא היה שם התראה וכ"כ הרב המגיד בפכ"ד מה' אישות עמ"ש הרמב"ם עברה בינו לבינה שמחלוקת האיש והאשה בזה כשאר תביעות שבין אדם לחבירו וכיון שהבעל רוצה להפסידה כתובתה עליו להביא ראיה ומ"מ בלא ראיה יכול להשביעה ונ"ל דוקא כשידוע שעברה ע"ד אלא שנחלקו אם היה אחרי ההתראה אם לאו או אם היה שם התראה אבל אם אינו ידוע אם עברה אם לאו אינו יכול להשביעה כיון ששטר כתובתה בידה אחזוקי אינשי ברשיעי לא מחזקינן ע"ש. הרי להדיא דס"ל דכל שאין שם טענה ברורה אע"פי שאין יכול להפסידה כתובתה מ"מ יכול לגרשה בע"כ. ואף שה"ה ז"ל לא מיירי אלא בענין שלא יש עסק שבועה אבל אם יש עסק שבועה ביניהם אפשר דאין יכול לגרשה בע"כ מ"מ נראה דלא שנא וכמש"ל דאדעתא דהכי לא נשבע ולרווחא דמילתא יתירו לו ג' שבועתו בלתי שום פוצה פה ומצפצף וכמ"ש הרב מ"ץ ח"ג סי' ג'. ובדברים הנקנים באגב ראיתי להרב מלך שלם בחידושיו על הרמב"ם דף פ"ט ע"ג שהקשה על דברי ה"ה עמ"ש דאחזוקי אינשי ברשיעי לא מחזקינן והקשה ויש להבין מ"ש ממ"ש בדין טו"ב מי שראה אשתו שזנתה וכו' לפיכך משביעה בנק"ח שלא זנתה תחתיו אם ראה אותה בעצמו ואח"ך תגבה כתובתה וקשה למה משביעה כיון ששטר כתובתה בידה הלא אחזוקי אינשי ברשיעי לא מחזקינן וצ"ע ע"כ. והרואה יראה דקושיתו היא קושית ה"ה עצמו שכתב ולא נתברר לי טעמו וכתב הרב משנה למלך דכוונתו דאפילו שטענת הבעל ודאי שראה שזנתה אינו בדין שתשבע שהרי רבינו עצמו כתב בפי"ד מה' מלוה ולוה דאין המלוה נשבע כששטרו בידו אלא על טענת פרעון אבל על טענת אמנה או ריבית אין המלוה נשבע ע"ש. ולפקד"ן לתרץ דבשלמא גבי שטר שטוען אמנה או ריבית ובא לפסול השטר עצמו שישנו ביד המלוה אז אינו נאמן אבל הכא אין עיקר טענתו על הכתובה להפסידה לאשתו אלא טענתו כי שמא נטמאה תחתיו וממילא אם הודית על עצמה שנטמאה מפסדת כתובתה אבל לא באה עיקר

טענתו שישביעה כדי להפסידה כתובתה ולכן יכול. להשביעה וגם בההיא דעוברת ע"ד עיקר טענתו כדי להפסידה כתובתה כי אם עברה עד"י בזה אינה נאסרת על בעלה ואם ירצה לקיימה יכול לקיימה וא"כ ודאי כיון ששטר כתובתה יוצא מתחת ידה ובא הבעל להפסידה אינו נאמן כי אחזוקי אינשי ברשיעי לא מחזקינן. וא"כ נראה כי בנ"ד אין כוונת הבעל בממון אלא שהוא קץ בה מהפריצות שיש בה אלא שהוא חושש מאריא דשבועה דרביע עליה שלא יגרשה בע"כ ויעבור על שבועתו וכבר דיברנו עד כה שאין לחוש כלל על שבועתו כי אשה זו אינה ממינו כי הוא מוחזק לכל כי ירא שמים הוא ואשה זו אינה מסוגו ולכן יכול לגרשה בע"כ בלתי שום פקפוק כלל והנלע"ד כתבתי:
כ"ד זעירא דבריין אברהם דיין ס"ט

סימן ד

ראיתי את השאלה ואת אשר נגזר עליה מאת רב רחומאי הרב הכולל כמה"ר אברהם דיין נר"ו עליון למעלה ולא הניח זוית ופינה בפלפול וסברא ישרה ולפי רוב הענוה רצה לעמוד על דעתי גם אני וזה החלי בעזר צור גואלי תחילה וראש מה שהביא דתלמוד הירושלמי ותלמוד דידן דפ' המדיר לכאורה סתראי נינהו וכתב דפליגי אהדדי. ונסתייע מדברי ריא"ז וכן נראה מדברי הרב פ"מ בחי' על הירוש' ובזה כתב שנסתלקה תמיהת הרב מגילת ספר וכו' והאריך למעניתו כאשר מבואר בד"ק. הנה אנכי הרואה שאם באנו לומר שהירוש' פליג את"ד יגדל התימה חדא דהר"ן ז"ל קא פסיק ותני דבחצר אפילו בגילוי הראש לית בה משום דת יהודית ואפילו שום זכר מהירוש' לא הביא ובפרט שהרי"ף הביא דברי הירוש' גם הרא"ש הביא דברי הירוש' ולא כתבו דפליג את"ד אלא אדרבה סתם וכתב תלמוד הירוש' עם ת"ד באופן שאם באנו לומר שהירוש' פליג את"ד יגדל התימה מכמה טעמי לכן לעד"ן לומר דהירוש' לא פליג את"ד ותחילה וראש נבאר כוונת הירוש' במ"ש וראשה פרוע לחצר ק"ו למבוי ר"ל דהא דאמרו וראשה פרוע במתני' היינו מחצר לחצר ומשו"ה נקראת עוברת עד"י כיון שראשה פרוע לגמרי ויוצאה מחצר שלה לחצר אחרת לא יבצר שלא יראו אותה השכנים אבל בחצרה אפילו ראשה פרוע לגמרי לא מיקריא עוברת עד"י וזהו שדקדקו בירוש' באומרם ראשה פרוע לחצר וכו' דהיינו מחצר לחצר ולא אמרו בחצר וסיים שם בירוש' ר"ח בשם ר"י היוצאה בקפליטין שלה אין בה משום ראשה פרוע הדא דתימא לחצר ר"ל מחצר לחצר אבל בחצר עצמה אפילו פריעת הראש לגמרי אין בה משום פריעת הראש אבל למבוי יש בה וכו' והיינו טעמא דהוי ר"הר לגמרי וחצר שהרבים בוקעים בו אם יצאה מחצר לחצר ואפילו

בקפליטין יש בה משום וראשה פרוע נמצא שלשה חלוקות בדבר אם היא חצר שאין הרבים בוקעים בו רק הם לבדם ויצאה בתוך חצירה לבדה אפילו ראשה פרוע לגמרי אין בה משום וראשה פרוע ואם יצאה מחצר לחצר אפילו שאין הרבים בוקעים בו כיון שיצאה מחצירה לחצר אחרת אם יצאה פרועת הראש לגמרי יש בה משום ראשה פרוע ואם יצאה לחצר שהרבים בוקעים בו אפילו בקפליטין עוברת ע"ד היא וזהו כתלמוד דידן שאמרו קלתה ד"י נמי אסור ר"ל למבוי או לחצר שהרבים בוקעים בו ובא רב אסי בשם ר"י ואמר קלתה אין בה משום פרוע הראש וכו' והוי בה ר' זירא היכא אילימא בשוק ד"י היא ואלא בחצר ר"ל בחצר עצמה והיינו חצר שאינה כמבוי אפילו בגילוי הראש לגמרי אין בה משום וראשה פרוע ולזה השיב מחצר לחצר ודרך מבוי ר"ל מחצר לחצר הוא דקאמר ר"י ודרך מבוי והיינו שאינו מפולש ומשו"ה קאמר בקלתה אין בו משום גילוי הראש אבל בלא קלתה יש בה דמחצר לחצר ודרך מבוי אינו דומה לחצר עצמה:

והנה הרב מגילת ספר נדחק לפרש בדברי רש"י שכתב ואלא בחצר א"כ לא הנחת בת לא"א וכו' וכתב ונ"ל דכוונת רש"י דמהיכא תיתי דבחצר וקלתה וכו' עכ"ל והוא היפך דברי התו' והוצרך לדוחק זה כדי שלא יקשה לרש"י דברי הירוש' הנז' ומלבד שהוא דחוק וגם משמעות דבריו מבואר להיפך אלא גם זאת ראיתי לרש"י במהדורא קמא שכתב דבחצר יש בה משום גילוי הראש בלא קלתה וזהו כדברי התוס' בדקדוק ולפ"ז אתי רש"י כדברי התוס' ומעתה אתו כלהו רבנן בסברא אחת והם הרי"ף והרמב"ם והרא"ש והתוס' והר"ן וכלהו ס"ל דבחצר שאין הרבים בוקעים בו ובתוך החצר עצמה אפילו בגילוי הראש לגמרי לאו עוברת ע"ד היא ועיין להב"ח שרצה לפרש בדברי הרמב"ם דס"ל דאפילו בפריעת הראש לגמרי בחצר אין בה משום פריעת הראש לגמרי ואח"ך חזר בו ולפי מה שכתבתי שפיר דמי:

והנה הרב הפוסק נר"ו תמה על הב"ח שלא נסתייע מדברי הירוש' ולפי מה שכתבתי אין מדברי הירוש' שום סייעתא ולפי שהירוש' יש לפרשו כת"ד ויש לפרשו שהוא חולק משו"ה לא נסתייע ממנו ומרן ז"ל בב"י סי' קט"ו הקשה על דברי הטור שכתב אבל במבוי שאינו מפולש וכו' לא תצא והקשה עליו מרן ז"ל דמשמע לא תצא מבעלה ע"י כך אע"פי שהוא דבר שאינו הגון והא בחצר אפילו פריעת הראש ממש לית לן בה וכו' והרב מגילת ספר כתב. עליו ואני נבהלתי עליו וכו' וכתב עליו הרב הפוסק ולעד"ן דל"ק דמה שהקשה איך נראה כן מדברי הר"ן הרואה יראה דדברי הר"ן ברור מללו וכו' ע"כ. ונוראות נפלאתי על הרב מג"ס והרב הפוסק נר"ו דנראה דהבינו דהכי קאמר דבחצירה אפילו פרועת הראש לגמרי היתר גמור הוא ומשו"ה קא מקשו ומתרצי אמנם כוונת הב"י

לומר דהטור קאמר איזוהי ד"י יוצאה וראשה פרוע אפילו אין פרוע לגמרי וכו' ודוקא שיוצאה כן בר"הר וכו' אבל בחצר לא תצא וכו' משמע בהדיא מדברי הטור דבחצר וראשה מכוסה לא תצא אע"פי שהוא דבר שאינו הגון וע"ז קא מקשה דהא בחצר אפילו פרועה לגמרי לית לן בה ר"ל לא תצא א"כ כשהיא בקלתה אפילו דבר שאינו הגון לא יש ואיך קאמר הטור לא תצא דמשמע הא דבר שאינו הגון הוא והא בקלתה ובחצר לכ"ע אפילו דבר שאינו הגון אין בו ולא שייך לומד דס"ל להטור דבחצר בגילוי הראש לגמרי אסור ובקלתה דבר שאינו הגון הוא דזה היפך דברי רש"י והתוס' והר"ן כן נראה לפרש דברי הב"י ז"ל:

ותבט עיני בשו'רי להר' הדרישה שהביא דברי הב"י הנז' וכתב וז"ל ויש לישב בדוחק דהא דמותר היינו כשאין שם איש ובמבוי מפולש תצא וכו' וז"ל ד"מ דודאי גם רבינו מודה לדבר זה כמ"ש לעיל וכו' דאין אסור וכו' והרואה יראה מדבריהם שהבינו שכוונת הב"י דלא כמו שפירשתי אכן הב"ח הבין כמו שפי' שכתב וז"ל כתב הב"י וכו' ועוד קשה דהו"ל לרבינו לפרש דכל אשה בתוך חצירה מותרת בפריעת הראש לכתחילה וכו' וכוונתו לומר דמלבד מה שהקשה הב"י על הטור במ"ש לא תצא בקלתה בראשה דודאי אם היא בקלתה מותרת לגמרי וגם הי"ל להודיענו שאפילו בלא קלתה מותרת לגמרי משמע להדיא שהבין הב"ח בכוונת הב"י כמש"ל. המורם מכל האמור לעיל דאם יצאה לר"הר וקלתה בראשה עוברת על ד"י ואם יצאה ג"כ למבוי המפולש נמי דינא הכי ואם יצאה בפריעת ראש לגמרי ומחצר לחצר ודרך מבוי ג"כ עוברה עד"י ואם היא בתוך חצירה אפילו פרועת הראש לגמרי אינה עוברת עד"י והרב הפוסק נר"ו כתב וז"ל וא"כ בנ"ד שיצאה לר"הר עוברת עד"י היא ותצא שלא בכתובה ולא ידעתי איך פסיק ותני שתצא בלא כתובה והא אכתי בעינן שיתרה בה או רגילה בכך כאשר יבוא בס"ד וכמו שהאריך בזה הוא עצמו. והנה לענין הספק הב' דאי בעינן שתהא רגילה בכך או לא הנה הרשב"א ז"ל הובא ביתה יוסף כתב וז"ל באשה שהיתה מתקוטטת וכו' אבל אם גלתה באקראי בעלמא וכו' וכתב עליו מרן ז"ל ואיני יודע למה לא טען עליהם מטעם דעוברת ע"ד צריכה התראה עכ"ל הנה מדברי הרשב"א אלו מבואר דהא דקאמר רגילה בכך דוקא על נדון דידיה שנתקוטטה בדרך מקרה אבל אם במזיד גלתה זרועיה או ראשה אין צריך להיות רגילה וא"כ מן התימה ממור"ם שכתב בסי' קט"ו ורגילה בכך וכו' והא אפילו הרשב"א לא כתב כן. וראיתי להרב חלקת מחוקק בס"ק י"א שכתב וז"ל לא ידעתי למה העתיק וכו' דאי בלא התרה אפילו רגילה וכו' עי"ש וזהו כמ"ש. וגם הב"ש תמה בזה והנה הרב הפוסק נר"ו הביא לנו תשובת הרב משפט צדק ח"ג סי' ג'

שכתב וז"ל והנה שאר פוסקים כותבין סתמא בדינין אלו וכו' ואסיק שם דבין בעוברת עד"מ ובין בעוברת עד"י בפעם אחת מיקרי עוברת וכו' וכתב עליו וז"ל ולפקד"ן דבדוקא נקט הרמב"ם הני ומה שהקשה מאן פלג להו היכא שהאסור הוא מפורסם וידוע לכל וכו' ויש להביא קצת ראיה לזה ממ"ש רש"י בסוטה דף כ"ה גבי עוברת ע"ד אם צריכה התראה להפסידה כתובתה ופי' רש"י בעוברת עד"י וכו' וכן ראיתי להב"ש וכו' עכ"ל ודבריהם תמוהים של הרב מ"ץ והפוסק נר"ו על הרב מ"ץ קשה שהרי הרשב"א לא קאמר דצריכה להיות רגילה בכך אלא בנ"ד דע"י קטטה נתגלה שערה ומשו"ה בפעם אחת אינה נקראת עוברת ע"ד ומה שהק' מעובדא דמר עוקבא על הרשב"א ל"ק ולא מידי וכמו שתירץ הרב הפוסק נר"ן גם מה שכתב עליו הפוסק דלהרמב"ם יש לחלק בין עוברת עד"מ ובין עוברת עד"י והביא ראיה מדברי רש"י אחר המחילה זה אינו דהא לפי מאי דפשיט התם בש"ס דבעי התראה מהא דאמרו ואלו שמקנין להם ב"ד וכו' מבואר להדיא דאפי' בעוברת עד"מ צריכה התראה דהא יחוד א"א דאורייתא כמבואר בסנהדרין וא"כ מוכרחים אנו לומר דהא דפי' רש"י בפי' הבעיא בעוברת ע"ד צריכה התראה ופי' רש"י בעוברת עד"י כוונתו לומר דלא תימא דהא דבעי בגמ' אי בעי התראה דוקא לד"מ אבל לד"י ודאי דבעיא התראה אלא אף על ד"י בעי בש"ס אי בעי התראה אי לאו ומעתה אני תמיה על הב"ש סי' קט"ו ס"ק י"ו שכתב וז"ל ומשמע מכל הפוסקים דעוברת ע"ד הן ד"מ והן ד"י צריכה התראה אלא שרש"י בסוטה דף כ"ה פי' בעיא זו דאיירי בעוברת עד"י משמע דס"ל דעוברת עד"מ אינה צריכה התראה עכ"ל. ודבריו תמוהים חדא במ"ש דמשמע מכל הפוסקים והיא סוגיא ערוכה בסוטה דכ"ה ושם מבואר להדיא דאפילו ד"מ בעי התראה וביותר יגדל התימה במ"ש ולרש"י ואיך יסבור רש"י היפך מאי דמסיק שם בש"ס וכעת צל"ע:

ונשוב לדברי מור"ם שכתב ורגילה בכך ולעד"ן דיש לישב דברי מור"ם במה שתמהו הח"מ והב"ש והוא שהרשב"א ז"ל ודאי ס"ל דאם עשתה כן בפעם אחת במזיד שגלתה זרועותיה או גילתה ראשה והתרה בה בעלה תצא שלא בכתובה אבל אם עשתה כן במקרה ע"י איזה סיבה ועילה כגון נדון דהרשב"א הנז' אפילו התרו בה לא מיקריא עוברת ע"ד משום פעם אחת אלא צריכה שתהא רגילה בכך ואז ע"י התראה עוברת ע"ד היא ותצא שלא בכתובה והנה מרן ז"ל כתב בסתם שגלתה זרועותיה או ראשה פרוע ומשמע שאפילו עשתה כן ע"י איזה סיבה ועילה מדלא כתב שעשתה כן במזיד ומשו"ה מור"ם ז"ל הוכרח לרמוז דין זה דהרשב"א דכשאינו במזיד רק ע"י מקרה וסיבה בעינן שתהא רגילה בכך ומשום דכל פעם שתעשה האשה כן שתגלה זרועותיה יכולה לטעון

שלא במזיד עשתה כן רק ע"י סיבה משו"ה הוכרח מור"ם לסתום בדברי מרן על זה ורגילה בכך שאם רגילה בכך אפילו ע"י מקרה וסיבה אם רגילה בכך מפסדת כתובתה וזהו שדקדק מור"ם אחר דברי מרן בדין גילתה זרועותיה כתב ורגילה בכך ור"ל בדין זה בעינן ורגילה בכך יען כי יכול להיות ע"י סיבה ומשו"ה בעינן ורגילה בכך. ומעתה מה שכתב הרב הפוסק נר"ו דלדעת מרן ומור"ם אם רגילה בכך אינה צריכה התראה ליתא. חדא דמור"ם בד"מ כתב על דברי הרשב"א דאיירי בהתרו בה דאל"ה לא וכו' הרי מפורש יוצא בדבריו דהעיקר אם התרו בה ואם לא התרו בה אפילו רגילה בכך אינה מפסדת כתובתה ומה שהביא מרן הא דת"ה אין מזה ראיה חדא דמרן לא הביא רק ההיא דמתיחדת עם הגוים דוקא בזה ידוע לכל שהוא אסור ומשו"ה אינה צריכה התראה משא"כ שאר דברים שהיא עוברת עד"י וכו' בעיא התראה אפילו רגילה בכך ועוד גם הת"ה שהביא ב"י בדרך אפשר אמרה ועוד שבש"ע פסק להיפך דאפילו רגילה בעינן שיתרו בה באופן שדבריו אינם נראים והעיקר כמ"ש. שו"ר להרא"ש בתשו' כלל ל"ב סי' ח' שכתב להדיא וז"ל אלמא אפילו היא עוברת ע"ד כמה פעמים אם לא יתרו בה לא הפסידה כתובתה ע"ש וזה היפך הת"ה וא"כ אין ספיקו של הת"ה כנגד פשיטותו של הרא"ש כלום ואילו ראה הת"ה דברי הרא"ש לא נסתפק בזה ומעתה אני תמיה על מרן שהביא הא דת"ה ולא חש לדברי הרא"ש והוא עצמו בסי' קט"ו הביא תשובה זו של הרא"ש עי"ש. ובזה נידחו נמי דברי הרב כרם שלמה סי' נ"ב שכתב דהיכא דרגילה לא בעיא התראה וכמ"ש הב"י ומור"ם ע"ש. ומלבד שלא כתבו כן וכדכתיבנא אלא שלא ראה דברי הרא"ש שכתב בפשיטות להיפך והנה אופן ההתראה כבר כתב מרן בבד"ה שצריך שיאמר לה שאם תעשי כך תפסיד כתובתיך ואנן כמרן קי"ל ועיין להכנ"הג שכתב שנראה מדברי הרא"ש דלא בעינן שיאמר כן בפירוש:

והנה הרב הפוסק נר"ו כתב שראה מי שהקשה עליו מההיא תשו' דהרא"ש כלל ל"ב סי' ח' והוא דחה דבריו. ולפקד"ן דהעיקר כדברי המקשה ולענין אם יוכל לגרשה בע"כ אפילו שאינה מפסדת כתובתה הנה הפוסק נר"ו האריך בזה והעלה דיכול לגרשה בע"כ אפילו שאינה מפסדת כתובתה והביא כמה ראיות בדבר כמו שמבואר בד"ק ויפה כיון והדין דין אמת טעמו ונימוקו עמו אמנם במה שהביא מדברי מהראנ"ח ומהרש"ך יש לי לעמוד במ"ש וז"ל ואף שהראנ"ח עצמו אחר שהביא ראיה לדבריו מדברי מהרי"קו והרא"ש כתב שיש לגמגם בזה שלא כתבו הרא"ש ומהרי"קו בההיא דיוצאה וכו' אבל בשבועה שהיא שב ואל תעשה וכו' נראה מזה דהראנ"ח ספוקי מספקא ליה מ"מ מהרש"ך בח"ב סי' רכ"ז מפשט פשיטא ליה שהביא נדון זה דהראנ"ח וכתב בפשיטות

איני רוצה במשודכתי וכו' עכ"ל. ודבריו תמוהים איך קאמר דמאי דמספקא להראנ"ח מפשט פשיטא ליה להרש"ך והא מאי דמספקא ליה להראנ"ח בזה לא דיבר מהרש"ך דהראנ"ח נסתפק בנשואה כיון שהיא בקום עשה אבל במשודכת פשיטא ליה ונדון מהרש"ך במשודכת שהיא בשב ואל תעשה וביותר יש לתמוה על הפוסק שהוא עצמו תוך כדי דיבור תמה בזה על הכנ"הג והצ"ע כמבואר בדבריו. והנה בעיקר תמיהתו על הרב החבי"ב נראה דל"ק ולא מידי וכמו שאבאר והוא דמהרש"ך כתב וז"ל ולא מיבעיא שאם לא היה שם שבועה אלא שיעבוד ממון הקל וכו' אלא שאפילו היה שם שבועה פשיטא שנתבטלה דאין לחלק בין היכא דאיכא שבועה להיכא דליכא שבועה והביא ראיה לדבריו ממאי דקאמר בגמ' גבי נתן את הכסף לאנשי משמר ומת וכו' ובלי ספק היא ראיה גדולה וכו' ע"ש מדבריו אלה מוכח דס"ל דאף בנשואה שאם בא לגרשה קא מבטל לשבועה בקום עשה אפ"ה אמרי' דאדעתא דהכי לא נשבע והוא שהרי אמרו שם בגמ' א"כ יבמה שנפלה לפני מוכה שחין א"צ חליצה דאדעתא דהכי לא קדשה עצמה ואי יש הפרש בין איסורא דיש בו קום עשה לאיסורא דשב וא"ת מאי מקשה בגמרא שם מיבמה תיפוק ליה דיבמה לשוק היא בקום עשה שרוצה לינשא לשוק אם נתירנה אלא ודאי לא יש הפרש בזה כלל ועל זה קאמר מהרש"ך שהיא ראיה עצומה א"כ מוכח להדיא מדבריו דמפשט פשיטא ליה למהרש"ך מאי דמספקא ליה להראנ"ח איברא שלפי זה נפל פיתא בבירא והוא דלפי זה נמצאו דברי מהראנ"ח תמוהים דאיך נסתפק בזה והוא היפך ראיה שהביא מהרי"קו שאפי' בקום עשה אמרי' דאדעתא דהכי לא נשבע והנה הרב פ"מ ח"ב סי' קי"ז תמה על מהראנ"ח ז"ל מדברי מהרי"קו שהביא תשובת הרשב"א שהיא בקום עשה כמבואר שם מדבריו עי"ש ורצה לחלק בין שבועה לחרם רגמ"ה. וראיתי להרב הפוסק נר"ו שהביא הא דהפ"מ וכתב עליו והרואה יראה למהראנ"ח שם בסי' ל"א דליתא להאי חילוקא דשם נדונו היה באשה שנשבע ארוסה להביא הדבר לידי גמ"ט וגם יש להם חר"ג וכיון שיש להם שבועה איהו דאפסיד אנפשיה מדלא התנה ואפ"ה קאמר דיכול לבטל שבועתו והוא משום דאדעתא דהכי לא נשבעתי וכו' ע"כ. ולעד"ן דל"ק מידי על הפ"מ מההיא דהראנ"ח דהמעיין שם בדברי מהראנ"ח יראה דהשבועה שהזכיר היא השבועה שנשבע בעת השידוכין שישא אותה אשה בזמן הקצוב ביניהם א"כ זה הוי כההיא נדון דהרא"ש שהמירה אחות המשודכת שהיא בשב וא"ת כמבואר להדיא בדברי מהראנ"ח וא"כ לא נשאר בההיא תשו' דסי' ל"א כי אם חר"ג ומשו"ה כל דבריו של הראנ"ח שקיל וטרי דוקא לענין חר"ג דהא לענין השבועה לא חיישינן כלל כיון שהשבועה היתה בעת השידוכין שישא אותה כמבואר בדבריו ואיך שיהיה לענין

הדין הבא בשאלה הדין דין אמת וכמו שהאריך הרחיב למעניתו הרב הפוסק נר"ו עליון למעלה וטעמו ונימוקו עמו:
נאום הצעיר יצחק בכמהר"ר אברהם ענתיבי נר"ו ס"ט

סימן ה

לדזיו ליה כבר בתיה. עמו עוז ותושיה. דולה מים מבורות עמוקים להשקות כל צמא בארץ ציה. בן פורת נטיעה דומה אל השורש גפן פוריה. רב אחאי משבחא ויזר"ח יצחק כלבנת הספיר שתחת כס יה. כי"ר. לקול האות הראשון תמהת עלי איך כתבתי שהירוש' פליג עם ת"ד וכתבת שהר"ן קא פסיק ותני דבחצר אפילו בגילוי הראש לגמרי לית לן בה ואפילו שום זכר מהירוש' לא זכר והרי"ף והרא"ש הביאו הירוש' הנז' ועי"ז יצאת ממחיצתך לפרש פי' דחוק בהירוש' דהאי דקאמר וראשה פרוע לחצר ק"ו למבוי ר"ל מחצר לחצר והנה במ"ש שאיך כתבתי שהירוש' פליג עם ת"ד כבר הבאתי סמוכות לזה. ומ"ש למה לא זכר הר"ן מדברי הירוש' הנה כלל ידוע ומפורסם דבכל מקום ת"ד עיקר והירוש' לא יעלה על דל שפתם כ"א לפרקים אם ימצא בו איזה סייעתא לאיזה פי' וכמ"ש הרב שדה יהושע בהקדמתו וא"כ מאחר דלפי דברי הר"ן והתוס' כי ת"ד ביאר להדיא דאם היא בחצירה אין בה משום פריעת הראש דא"כ לא הנחת בת לא"א א"כ מה לו להזכיר דברי הירוש'. ומ"ש שהרי"ף והרא"ש הביאו הירוש' כבר כתבנו דאין זה תלוי בפלוגתא קמייתא אלא הוא ענין מחודש לבדו ואין זה מן התימה אם הביאוהו ומה שפי' בדברי הירוש' לא ידעתי היאך יכולת להעמיס פי' זה בדברי הירוש' דאף דבאמת ת"ד פי' על ההיא וראשה פרוע דמיירי מחצר לחצר ודרך מבוי היינו דוקא במתני' דקתני יוצאה וראשה פרוע סתם ופי' בש"ס דהיינו מחצר לחצר ודרך מבוי אבל בירוש' דקתני יוצאה וראשה פרוע לחצר איך נוכל לפרש דמיירי מחצר לחצר דכל כי האי הו"ל לתלמודא לפרש ולא לסתום כדי שלא נטעה לומר דיוצאה בחצר דוקא כפשטא דמילתא. ומה שדקדקת דהו"ל יוצאה בחצר אין זה דקדוק כי כן דרך הלשון לומר על מי שיצא ממקום למקום ה"נ הכא יוצאה מן ביתה לחצר ומה שפי' בכוונת הב"י לא משמע הכי מדבריו דמשמע מינה דאין לנו עסק לדבר על היוצאת בפרועת ראש בחצירה דהיא היתר גמור ואם היא דבר שאינו הגון עושה למה לנו לשתוק והו"ל להודיעה שהוא דבר שאינו הגון אלא ודאי דלית לן בה משמע שהוא היתר גמור ועוד דגם מדברי הר"ן משמע להדיא דהיתר גמור ומ"ש דהרב"ח הבין כמו שפי' לא ידעתי היאך משמע כן ואדרבה נהפוך הוא כי כוונת הב"ח ברורה לומר דמלבד מה שהק' הב"י עליו דכיון דהיתר גמור

יוצאה בפריעת הראש לגמרי למה כתב לא תצא דמשמע שהוא דבר שאינו הגון עוד בה דהוקשה לו להב"ח למה לא פי' להדיא הטור את דבריו דבפריעת הראש לגמרי שהיא היתר גמור ועוד דלפי דבריך דהטור והב"י לא דברו במי שיוצאה לחצר בפריעת הראש לגמרי שהיא היתר גמור אלא לא תצא מבעלה אמרו אבל הוא דבר שאינו הגון א"כ מנ"ל להב"ח לומר דאם פרועת הראש לגמרי שהיא היתר גמור. ומה שתמהת עלי איך פסיק ותני דאם יצאה לר"הר שמפסדת כתובת' והא אכתי בעינן התראה לא חששתי בזה לטועה שיטעה כיון שאחר זה באו הדברים באורך ענין ההתראה ואימתי מפסדת כתובתה ואשגרת לישנא הוא:

והנה מ"ש שרש"י ז"ל פי' הבעיא בעוברת עד"י דלא נימא דהא דבעי הש"ס אי בעי התראה דוקא לד"מ אבל ד"י דאי בעיא התראה אלא אף עד"י בעי הש"ס לא יכולתי להעמיד פי' זה בדברי רש"י חדא דעכ"פ הו"ל לרש"י לפרש הסוגיא בעוברת עד"מ וד"י האמורים במשנה בכתובות כדי שלא נטעה לפרש דדוקא בד"י הוא דבעי הש"ס אבל בד"מ אין צריך התראה כמו שטעו בזה גדולי האחרונים הב"ש והרב פנים מאירות ז"ל ולא יסמוך רש"י על פשיטות הש"ס דמשמע מינה דאפילו עד"מ בעי הש"ס כי כן דרכו של רש"י לפרש דבריו ואפילו דבר שהוא מפורש בש"ס דרכו לפרשו במשנה ואומר בגמ' מפרש וכו' ואפילו שאחר זה רואים בעינינו דברי הש"ס וכ"ש זו שאין מפורש להדיא ומה היה לו טירחא אילו היה אומר ד"מ וד"י ועוד לפחות היה לו לפרש ד"מ דוקא אם צריכה. התראה וממילא משמע דד"י פשיטא שצריכה התראה מאחר שראה שאסיק בש"ס דאפילו ד"מ בעי התראה ועוד לפי דבריך א"כ נימא דאה"נ דעל ד"י לא בעי הש"ס מאחר דפשיט מד"מ ומנ"ל דעל זה קא בעי גם עד"י וד"י ממילא משמע דבעי התראה מק"ו דד"מ אכן נראה לי פשוט דרש"י בדוקא נקט ד"י דעל זה קא בעי הש"ס אבל. עד"מ אין צריך התראה וכמ"ש הב"ש והפ"מ וטעמם ונימוקם עמם וכמש"ל ומה שהקשית לשאול מפשיטות דברי הש"ס לאו קושיא היא שהרי שם בדף כ"ו ע"ב אמרו אמר שמואל שחוף מקנין על ידו והקשו פשיטא ותי' מהו דתימא ושכב איש אותה ש"ז אמר רחמנא והאי לאו בר הכי קמ"ל וכתבו התוס' תימה אמאי נקט שמואל שחוף ולא סריס ותי' ושמא שחוף הוי רבותא טפי ועוד גרסי' שם ע"י כל העריות מקנין ואפילו עם אביה ואחיה הרי משמע מכל זה דעיקר מה שצוותה התורה על הקינוי לאו משום שעברה עד"מ אלא אפילו נסתרה עם הסרים והקפיד הבעל על זה שאין רצונו להתיחד עם איש שאינו אישה ואפילו עם אביה אם נסתרה עמו הוא משקה אותה וא"כ נראה דכשמתרה בה ואומר אל תסתרי עם איש פ' לאו משום שעברה עד"מ אלא שכך צוותה

התורה להיות האיש מקנא לאשתו וכן ראיתי להגו"ר בא"ה כלל ד' סי' י"א שכתב כדברי הב"ש וכתב עוד דכלהו ראיות שמביא התלמוד למפשט בעיא זו הם מדיני קינוי וסתירה שאין איסורם מן התורה אלא מפני שקינא לה בעלה וא"כ יש לומר דעוברת עד"מ חמירא טובא דבלא התראה מפסדת כתובתה עי"ש. וכן אמרו דש"ז דאמר רחמנא למעט קינא לה דרך איברים ופריך אביי פריצותא בעלמא היא ופריצותא מי אסר רחמנא ומשני מהו דתימא בקפידה דבעל תלי רחמנא ובעל הא קא קפיד קמ"ל משמע דאילולי מיעוטא הוה מקנא לה אף על הפריצות אף דהפריצות אין איסורו מן התורה דבקפידה דבעל תלי רחמנא ואין הקינוי משום שעברה על יחוד שהוא דאורייתא ונשים שאמרו שם בש"ס שב"ד מקנין להם לא להשקותן אלא לפוסלן מכתובתן גם הם במקום בעל קיימי ואם הקפידו עמה שלא תתייחד עם סריס ונתייחדה עמו גם היא מפסדת כתובת' לפי שעשתה פריצות בעלמ' ואף שבאמת מדברי הש"ס דאם אמר לה אל תסתרי עם איש פלוני שהוא אינו סריס ועברה ונסתרה אז מפסדת כתובה אבל בלא קינוי אינה מפסדת ואפילו שעברה על איסור יחוד שהוא דאורייתא מ"מ אין ללמוד מזה לעלמא דהיכא דעברה על איסור דאורייתא דוקא אם התרה מפסדת דאימור דשאני התם דבקפידא דבעל תלי רחמנא ואפילו הקפיד על דבר שאין איסורו מן התורה בעי התראה דהיינו קינוי ונר' דלכן פי' רש"י בסוטה ואי לאו דקני לא מיפסדא אלמא צריכה התראה וזו עוברת ע"ד היא שנסתרה עם אנשים ודקדק לומר שנסתרה עם אנשים ולא עם איש פ' לפי דכתב הרמב"ם בפ"א דסוטה קינא לה על שנים כאחד וא"ל אל תסתרי עם פ' ופ' ונסתרה עם שניהם כאחד אפילו הם שני אחיה הרי זו אסורה עד שתשתה וכתב המ"ל דהיא בעיא בירוש' וצדדי הבעיא משום דהו"א דלא שייך קינוי אלא בסתירה האסורה מן התורה אבל באומר אל תסתרי עם איש פ' ופ' אפשר דלא חשיב קינוי דתנן בקידושין אשה אחת מתייחדת עם שני אנשים וכו' אבל הא פשיטא דליכא איסור יחוד בשני בני אדם ופשט הבעיא מהאי דקי"ל דמקנא לה אפילו מאביה אע"ג דליכא איסור יחוד וא"כ אפשר דלהכי נקט רש"י וזו עוברת ע"ד שנתייחדה עם ב' אנשים כאחד ור"ל דבזה ליכא איסור תורה כ"א ע"י שקינא לה בעלה וא"כ אף שהבעל מתרה בה שלא תעבור עד"מ מ"מ עיקר התראתו לאו משום שעברה עד"מ מתרה בה שאפילו לא תהיה עוברת עד"מ תועיל התראתו דבקפידא דבעל תלי רחמנא וא"כ אם באת ללמוד מזה בעלמא דד"מ צריכה התראה אמינא לך אנא דאין ללמוד מזה דשאני התם דכיון שנתנה לו תורה לקנא אפי' בכל דהו שמקפיד עליו ומשו"ה התורה לא נתנה דבריה לשיעורין וגזרת הכתוב לקנא בין עד"מ ובין עד"י אבל אה"נ בעלמא כיון דד"מ איסורא ידוע אינה צריכה התראה:

ומ"ש לישב דברי הרשב"א דמחמת כעס וקטטה אפי' שהתרה בה אינה מפסדת כתובתה עד שתהא רגילה בכך דבר זה כבר ישבו מור"ם בד"מ שכתב דהרשב"א מיירי בהתרו בה ואפ"ה בעינן רגילה בכך ובודאי הטעם לפי שהוא מחמת כעס גם מ"ש לישב דברי מור"ם דשמיע ליה דברי מרן דמיירי שעשתה כן במקרה ע"י סיבה ומשו"ה הגיה עליו ורגילה בכך הנה מרן עצמו ימאן בזה שהרי בפי' הקשה על הרשב"א דאמאי בעי רגילה דאם היא בהתראה אפילו אינה רגילה בכך ואם היא בלא התראה אפילו רגילה בכך לא תפסיד משמע דס"ל למרן דאם התרו בה אפילו בפעם אחת והיא מחמת כעס וע"י סיבה אפ"ה לא בעינן רגילה בכך וא"כ מור"ם ז"ל לא היה לו לפרש כן בדברי מרן עצמו אחר דמרן עצמו לא ס"ל כן והו"ל לעשות הגה בפ"ע ויאמר ונ"ל דאם עשתה כן ע"י סיבה וכעס בעינן שתהא רגילה בכך ולא שיפרש כן בדברי מרן עצמו כי מרן כבר גילה דעתו בב"י שאפילו בפעם אחת אם התרה בה מפסדת כתובתה:

והן עוד מה שתמהת עלי במ"ש נראה דאע"פי שהראנ"ח ספוקי מספקא ליה הרש"ך מפשט פשיטא ליה ותמהת עלי דהא אני בעצמי תמהתי על הרב החבי"ב בזה לא זכר כבודו מ"ש הפוסקים כלל זה דפוסק אע"פי שנדחו דבריו לאו משום זה נדחו דבריו לגמרי כי אין משיבין את הארי לאחר מותו כי אפשר דאם היה בחיים היה מיישב את דבריו וא"כ אני הדל אע"פי שהקשיתי לו על הרב החבי"ב לאו משום זה נדחו דבריו וכן מה שתירצת לדברי הרב החבי"ב לא דקדקת יפה דגם שם שב וא"ת היא שהרי יבמה לשוק אם נתירנה לאו בקום עשה שאנו מתירין אותה דלא מיקרי קום עשה אלא כגון אם נצריכה חליצה אבל אם נתירה בלא חליצה שב וא"ת היא ומה שהותרה לשוק לאו ע"י שום מעשה שעשינו ודמיא להכי במשודכת שנשבע לה להביא הדבר לידי גמר טוב שאנו מתירין אותה לפי שהיא שב וא"ת ואע"פי שאחר זה צריך להתיר לו לישא אשה אחרת לא מיקרי קום עשה אלא שב וא"ת הוא ואדרבה נראה לדקדק מדברי הש"ס כדברי מהראנ"ח והוא דאם איתא דאפילו בקום עשה יכול לומר דאדעתא דהכי לא נשבעתי א"כ למה נקט בש"ס יבמה לשוק שהיא שב וא"ת הו"ל למינקט דאפילו בבעל עצמו שנעשה מוכה שחין יכולה האשה לומר דאדעתא דהכי שיעשה בעלי מוכה שחין לא נתקדשתי אלא ודאי נראה דדוקא ביבמה לשוק שהיא בשב וא"ת אז אמרינן שיכולה לומר דאדעתא דהכי לא נתקדשתי אבל בנשואה שאם תטעון כן צריכה ממנו גט והיא בקום עשה אז לא אמרינן דאדעתא דהכי לא נתקדשתי. ומעתה מה שהקשה על מהראנ"ח שהוא היפך דברי הש"ס לפ"ז נראה דאדרבה הויא סייעתיה ולא עוד אלא

שקשה לפי"ז דאמאי ספוקי מספקא ליה ולא פשיט ספיקו מדברי הש"ס שדוקא בשב וא"ת ולהא יש ליישב כנ"ל:

סימן ו

שאלה סופר שטעה וכתב בת"ומ מילת והשתחויתם שני פעמים ולא הרגיש עד גמר הפרשה אי יכול לקדור מקום והשתחויתם האחת ולהניח מקום פנוי כיון דריוח זה אין ראוי לכתוב בו כלום אין זה דומה להניח מקום פנוי במקום שאין שם פרשה או דילמא השתא מיהא אנו רואין מקום פנוי במקום שאין שם פרשה:

תשובה דבר זה נשאל להלק"ט ח"ב סי' מ"ט והעלה לפסול והביא ראיה מדין סוכה עי"ש. אכן הרב יד אהרן א"ח סי' ל"ב דף יו"ד ע"א פליג על דברי הלק"ט בזה וס"ל דלא מיפסיל תפלין בהכי והביא ראיה לדבריו מדברי הרא"ה בס' גן המלך סי' ג' שכתב בתפלין שהיה כתוב השם ב"ה שני פעמים וקדר הסופר אחת מהם ונשאר המקום חלול ורצו לפוסלו משום שהניח מקום חלול וחשיב שיעור פ' במקום שאין שם פ' והשיב שהוא כשר משני טעמים חדא שכבר נהגו להכשיר בריוח זה ולא חשו לשיעורא דר"ת ועוד דע"כ לא נאמר שיעור זה שפוסל רק כשנשאר בקלף מקום פנוי בלא כתיבה אבל אם ההפסק היה בשביל נקב של הריוח שבנתים אינו ראוי לכתיבה וליכא למיחש ליה כלל ע"כ. והנה בעיקר דברי הרא"ה דבריו קשים לשמוע שיצא לידון בדבר חדש שלא כתבו שום פוסק ועוד דדברי הרמב"ם הויא תיובתיה שכתב בפ"א מהל' ס"ת שאם הניח מקום פנוי במקום שאין בו פ' שהוא פסול ולפי דברי הרא"ה למה הוא פסול והרי אפשר לו לקדור מקום הפנוי והוי כמאן דליתיה דמי ועוד דודאי הטעם שפוסל מקום הפנוי במקום שאין שם לאו משום שיסברו שיש שם פ' ובאמת אין שם פ' שהרי הרמב"ם סתם דבריו וכתב הניח מקום פנוי במקום שאין שם פ' שהוא פסול ונראה מדבריו שאפילו הניח סמוך למילת בראשית שכתב בראשית והניח מקום שהוא פסול ושם כ"ע ידעי שאין שם פ' אלא ודאי הטעם שפסול לפי שאין זה נוי לס"ת והוא שינוי הניכר בס"ת ועוד הטעם כתב הרמב"ן בש"ות סי' רל"ח טעם פיסול פיסוק הפסוקים לפי שאין לנו אלא כנתינתו מסיני א"כ גם אם הניח מקום פנוי במקום שאין שם פ' אין זה כנתינתו מסיני וא"כ גם אם קדר והניח המקום פנוי אין זה כנתינתו מסיני ואפשר דלדברי הרא"ה ל"ק לפי שלא כתב כן אלא גבי השם שנכתב שני פעמים והוכרח לקדור המקום משום כבוד הויה ב"ה והצטרף עמה טעם אחר כי לא היה שם שיעור פ' כי אם ג' אותיות שהוא שיעורא דר"ת והסופרים נהגו שלא לחוש לשיעורא דר"ת אבל ודאי בנדון הלק"ט שהיו

בו שיעור ט' אותיות אפי' הרא"ה יודה דהוא פסול ולא יועיל לו קדירה וא"כ קשה על הרב יד אהרן שהביא סיוע לדבריו מדברי הרא"ה והרא"ה לא מיירי בהכי:

והנה ראיתי להרב ב"ד י"ד סי' קל"ח שכתב על אותיות השם שנרקבו בגויל שיכול לקדור השם ולגונזו וכתב שבענין הנקב הנשאר יש מי שרצה לומר שצריך שלא יהיה גדול כשיעור פ' ונראה דאין קפידא דדוקא כשנשאר חלק בגויל הוא נפסל אבל בנקב אינו נפסל והוכיח כן מדברי מהרלב"ח דף י"ב שכתב שלא נשאר פיסול בס"ת כשעושה נקב שהרי הוא כותב בסדר בלתי שיעור חלק פיסול בנתים כי אפילו בלא נקב אם היה שיעור זה חלק בלא נקב אינו פוסל כיון שאין שם שיעור אשר כ"ש כשהוא מנוקב הרי משמע דבנקב אינו נפסל אפילו יהיה בו שיעור פ' והביא עוד ראיה מדברי מרן בבד"ה שכתב משם הרשב"ץ ס"ת שחסר ממנו פסוק שלם שכותב אותו ביני שיטי ואם השלים החסרון באמצע שיטה אין לפוסלו לפי שנשאר שאר השיטה פנוי שהרי התיבה מוכיח עליו שלא לשם פ' נשאר פנוי אלא ששם נשלם הפסוק וכתב דה"ה בנקב ניכר ומוכח שלא לשם פ' נשאר פנוי אלא שאי אפשר לכתוב שם עי"ש. ואני הדל לפקד"ן דאין ראיותיו מוכרחות דמה שהביא ראיה מדברי מהרלב"ח שכתב דאם היה מקום זה חלק אינו נפסל לפי שאין בו שיעור פ' כ"ש כשהוא מנוקב הרואה יראה דדברי מהרלב"ח ברור מללו דדוקא כשאין בו שיעור אשר ואין הוא כשר כ"ש נדון זה שהוא מנוקב ואין בו שיעור אשר אבל מנ"ל לומר דאפילו היה הנקב יש בו שיעור שהוא כשר כי בזה לא דיבר מהרלב"ח ודיו לבא מן הדין להיות כנדון ומה בנדון דוקא כשאין בו שיעור פ' הוא דכשר גם כשהוא מנוקב דוקא כשאין בו שיעור פ' ומאי דנקיט לה מהרלב"ח במכ"ש לאו משום דהוא מנוקב לכן אינו מעכב אפילו יש בו שיעור פ' אלא משום דהוא מנוקב אינו מעכב דקי"ל הנקב ממלא כל החלל וגם הא פשיטא דלא כתב הרב ב"ד וכ"ש כשהוא מנוקב דוקא בדיעבד שנמצא כך השם שנרקב אבל ודאי לכתחילה אם נמצא טעות אין לעשות נקב ולהתירה ולכן נראה פשוט לפ"ז שסופר שרצה לעשות נקבים ביריעה בתוך האותיות כמו שנוהגים לעשות בשאר דברים שאינם ת"ומ שאסור לעשות כן בס"ת ובת"ומ דדוקא בדיעבד מותר ולכן נקיט לה מהרלב"ח במכ"ש ור"ל דאפילו יהיה מקום פנוי בגויל כיון שאין בו שיעור פ' כשר וכ"ש כשהוא מנוקב ואין בו שיעור פ' דעל צד הדחק ובדיעבד דמכשרינן כשהוא מנוקב:

באופן דמדברי מהרלב"ח אין ראיה ואדרבה נראה מדבריו דאם יש בנקב שיעור פ' שהוא פסול דאל"ה למה ליה למנקט כיון שאין בו שיעור פ' הא כיון שהוא מנוקב אפילו יהיה בו שיעור פ' אין קפידא אלא ודאי נראה דאם הוא נקוב ויש בו שיעור פ' שהוא פסול

וכ"כ הרשב"ץ בח"א סי' קמ"ט שכתב על נדון מהרלב"ח שיקדור מקום האזכרה כעין ארובה ויגנזנה וידבק במקום הנקב מעט גויל ויכתוב עליו אות החסרה או יניחנו נקוב והאות החסרה יתלנה ביני שיטי ואע"פי שמקום הנקב נשאר פנוי מה בכך והלא אם לא היה נקוב ונשאר פנוי אין הס"ת נפסל בכך כיון שאין שם שיעור פ' עי"ש. הרי. שלך לפניך שלא הכשיר הנקב כ"א דוקא כשלא יש בו שיעור פ' אבל ביש בו שיעור פ' והוא נקוב לא הכשיר הרשב"ץ ז"ל וא"כ לא ידעתי מנ"ל להרב ב"ד לומר דאפילו יש בו שיעור פ' והוא נקוב דכשר. ומה שהביא ראיה ממ"ש מרן בבד"ה שכתב על פסוק חסר שכתבו ביני שיטי וכו' לעד"ן דגם זה אינה ראיה דהתם דוקא לפי שהרואה יראה ויודע שהסופר השמיט פסוק וכתבו ביני שיטי אבל הכא הרואה יראה ויסבור שיש כאן פ' דאל"ה הו"ל להניח טלאי ולכתוב על הסדר ומדהניחו פנוי סובר שיש כאן פ' שהנקב ומקום הפנוי שניהם שוים וכבר הוא עצמו כתב בדבריו להדיא וכתב שהרי התיבה מוכיח עליו שלא לשם פ' נשאר פנוי אלא ששם נשלמה תליית החסרון וע"ש שמזה מוכח גבי נקב שניכר ומוכח שלא לשם פ' נשאר פנוי. ולעד"ן דלא דמי דהתם נמי אימא שאפילו מקום הנקב הניחו פנוי כשר שהרי אפילו ניקב כל תוך האות כשר כשהנקב ממלא כל החלל וא"כ א"נ ממלא חלל מקום פ' דכ"ש הוא והנה על דברי הרשב"ץ שהביא מרן בבד"ה יש לתמוה שמדבריו נראה שאם הניח מקום פנוי במקום שאין להסתפק שהיא משום פ' מותר והרי מדברי הרמב"ם נראה סתם שאם הניח מקום פנוי כגון שכתב בראשית או וידבר והניח מקום פנוי שיעור פ' וכ"ע ידעי דבמקום זה אין שם פ' כלל ואפ"ה פסל הרמב"ם וזה היפך דברי הרשב"ץ ויתכן לומר דדעת הרשב"ץ דמה שכתב הרמב"ם הניח מקום פנוי במקום שאין פ' הכוונה במקום שיש להסתפק ולומר דכאן הוא מקום פ' אבל במקום דליכא להסתפק לית לן בה ד

א"נ יש לתרץ דהרשב"ץ סבר כדעת הב"ח שכתב בסי' הע"ר עמ"ש הטור ומרן פתוחה לא יעשנה סתומה וכו' וכתב הב"ח דוקא פתוחה שעשאה סתומה וכו' אבל אם הניח מקום פנוי במקום שאין שם פ' דאין נפסל ס"ת בהכי וא"כ גם אם כתב פסוק ביני שיטי והניח השאר מקום פנוי דאין נפסל ס"ת בהכי אכן נראה דזה אינו חדא דכבר כתבנו משם הרשב"ץ לעיל גבי השם שהניח המקום פנוי דאין נפסל הס"ת בהכי לפי שאין בו שיעור פ' נראה מדבריו אלה דאם יש בו שיעור פ' נפסל ס"ת בהכי ועוד שכתב שהדבר ידוע דאין שם פ' לפי שהכתיבה דקה נראה דאם היתה הכתיבה גסה נפסל ס"ת בהכי וזה היפך דברי הב"ח ודון מינה לאידך גיסא כי אדרבה מדברי מרן בבד"ה נראה דאם הניח מקום פנוי בס"ת שנפסל ס"ת בהכי שהרי כתב להדיא שהרי התיבה מוכיח עליו שלא

לשם פ' נשאר פנוי אלא ששם נשלם הפסוק וכו' וא"כ נראה דאם לא היה התיבה מוכיח עליו היה נפסל ס"ת בהכי וזה שלא כדברי הב"ח במה שכתב בדעת מרן ז"ל. ומעתה לפ"ז מה שכתב מרן ז"ל פרשה פתוחה שעשאה סתומה יגנז לאו דוקא אלא כ"ש אם הניח מקום פנוי במקום שאין שם פ' וכמ"ש הט"ז שם. ומעתה לפ"ז ל"ק מה שהקשיתי על דברי הרשב"ץ מדברי הרמב"ם שפוסל אם הניח מקום פנוי במקום שאין שם פ' דלא כתב הרשב"ץ אלא דוקא אם שכח פסוק אחד והניחו ביני שיטי דשם אפילו. שינוי לא יש בס"ת וכ"ע ידעי דהדין הוא דאם שכח כמה תיבות שתולה אותם ביני שיטי ומסיני הם נתונים לתלות תיבה שנחסרה ביני שיטי ושום אדם לא ירגיש בשינוי זה אבל ההיא דהרמב"ם שהניח מקום פנוי במקום שאין שם פ' תוך השיטה עצמה ולא ביני שיטי הא ודאי שינוי הניכר הוא דאין לנו אלא כנתינתו מסיני ולא בשינוי כזה שנראה לכל:

והנה עמ"ש מרן פתוחה שעשאה סתומה וכו' ראיתי להרב שלחן גבוה שכתב שדברי מרן סתומים ולא פי' לנו את הדבר בהאי מילת יגנז אם ר"ל יגנז ואין לו תקנה עולמית או ר"ל יגנז עד שיתקן ואם יאמר האומר דהדעת נוטה כפי' הא' מדנקט יגנז אין זו הכרעה דלישנא דברייתא נקט גם דברי הרב המפה דקאמר וי"א דמותר לתקנו ספוקי מספקא לי אם לחלוק יצא על דברי רבינו או דילמא פרושי קא מפרש דבריו דהאי יגנז לאו דוקא אלא כל זמן שלא תקנו אבל אם תקנו כשר כי"א דמותר לתקנו עי"ש. ולא ידעתי איך אפשר לומר דפרושי קא מפרש וסבר לה מר כדעת מרן דהאי יגנז ר"ל עד שיתקן דא"כ לא הו"ל לומר בשם י"א אלא כך הו"ל להגיה יגנז כל זמן שלא תיקן אבל אם תקנו כשר ולא הו"ל לומר וי"א כמנהגו בכל מקום להביא דעת החולקים על דברי מרן בשם י"א ועוד ק' דאיך אפשר לומר. בדעת מרן דהאי יגנז ר"ל עד שיתקן והרי הוא עצמו כתב בב"י שהריב"ש תיקן דברי הרמב"ם משום שנראים נכונים כסוגיית הגמ' ושם בהריב"ש עצמו סי' ז' כתב שנראים דברי הרמב"ם מסוגיית הגמ' דבמקום דקתני יגנז ר"ל דאין לו תקנה עולמית וא"כ איך נוכל לומר דכוונתו במילת יגנז שר"ל עד שיתקן היפך מילת יגנז האמורה. בכל מקום שר"ל שאין לו תקנה עולמית ועוד דאף את"ל דמילת יגנז מתפרשת לשני פנים מ"מ מרן הו"ל לבאר. ולא לסתום ועוד דכיון דמרן בב"י הביא לנו דעת הריב"ש שלא נראו בעיניו דברי. הרשב"א אלא דוקא אם עבר ותקן כשר לקרות בו א"כ איך אפשר לומר שכוונת מרן שיגנז עד שיתקן דמשמע דלכתחילה יכול לעשות כן כדברי הרשב"א והרי דוקא אם עבר ותקנו כשר לקרות בו. לדעת הריב"ש אבל לא שיתקן לכתחילה ואה"נ דהו"ל למרן ז"ל אחר מילת יגנז לומר שאם עבר ותקנו כשר

וכמו שביאר בב"י אלא שמרן ז"ל קיצר בש"הט וסמך עמ"ש בב"י וכן תמצא למהריק"ש. ז"ל בהגהותיו שהגיה על דברי א מרן כן שאם עבר ותקנו כשר והיינו ודאי כמ"ש בב"י: **נחזור** לנ"ד כי הנה מצאנו להרדב"ז בח"א סי' פ"ב נשאל על סופר שכתב בחוזק בחוזק ב"פ שיגרור בחוזק האחד יניחהו חלק דכל שאין בין תיבה לתיבה כשיעור פ' כשר והרב החבי"ב שם א"ח סי' ל"ב נסתפק בסופר שכתב עשה ב"פ והשיב דלמעשה יותר טוב להאריך גג הקו"ף של בחזק או רגל הה"א של עשה כשיעור שלא ישאר פ' סתומה לדעת ר"ת מלהניח המקום פנוי והרב יד אהרן שם בא"ח סי' ל"ב דנראה לו בין מעשה דהרדב"ז ובין למעשה דהרב החבי"ב כדי שלא ישאר המקום פנוי שיעור פ' לדעת ר"ת שיחתוך מהקלף מעבר אל עבר ואז נשאה המקום פנוי חלל ושוב אין לנו לומר שנשאר המקום חלול שיעור פ' לדעת ר"ת דלא כתב ר"ת דהוי מקום פ' סתומה אלא כשנשאר המקום פנוי בלא כתיבה אבל אם ההפסקה היה בשביל ריוח נקב של בנתים שאין ראוי לכתיבה אין לחוש כלל וכמ"ש הרא"ה בס' גן המלך סי' ג' עי"ש. והנה כבר תמהנו עליו לעיל כי מדברי הרא"ה אין נראה כן ועוד ק' לי על דבריו כי מדבריו נראה שאפילו יש שיעור שלם שהוא ג"פ אשר אם הוא נקוב אינו מעכב וזה היפך דברי הרא"ה שלא הכשיר אלא דוקא בשיעורא דר"ת שכבר נהגו להכשיר ולא חשו לשיעורא דר"ת אבל בשיעור שלם שהוא ג"פ אשר בזה לא דיבר הרא"ה כלל אם הוא נקוב שהוא כשר ואף את"ל שגם הוא לא הכשיר אלא בשיעורא דר"ת משא"כ האמת מ"מ גם דברי הרא"ה הם היפך דברי הרשב"ץ ומהרלב"ח שלא הכשירו אלא דוקא לפי שאין בו אפי' שיעורא דר"ת שכן כתבו כיון שאין בו שיעור אשר אפילו לדעת ר"ת ואם איתא דכיון שהוא נקוב לא מיקרי הניח מקום פנוי א"כ הו"ל לומר אפילו יש בו שיעור אשר כיון שהוא נקוב אינו מעכב כי שם אינו ראוי לכתיבה אלא ודאי נראה מדבריהם דדוקא לפי שאין בו שיעור אשר וא"כ קשה על הרא"ה איך כתב היפך דברי הרשב"ץ ומהרלב"ח ועוד דדברי הרדב"ז וגם הרב החבי"ב הויא תיובתיה שבנדון דידהו פסלי בתפלין ולא נראה בעיניהם לעשות תיקון כזה באופן שתיקון זה אשר המציא הרב יד אהרן חידוש הוא ולא נמצא כן בפוסקים וכן ראיתי להרב מעשה רוקח בחי' על הרמב"ם שכתב דברי הרא"ה הנז' וכתב שחידוש הוא זה:

עוד נראה להביא סתירה לדברי הרב י"א הנז' ממ"ש שם מור"ם עמ"ש מרן פ' סתומה שעשאה פתוחה יגנז וכתב מור"ם וי"א דמותר לתקנו וכן נהגו הסופרים לתקנו אם אפשר לו למחוק שלא יפגע בשם כי אין לו לחתוך השם ולעשות נקבים ביריעה. וכתב הלבוש שאין זה הידור לס"ת ומשמע מדבריו דאפילו בשאר מקומות אין לו לעשות נקבים

ביריעה וכן הבין מדבריו הש"ך ס"ק ג' אכן כתב עליו וא"א לומר כן דא"כ מאי איריא כשפוגע בשם אפילו תיבות אחרות הו"ל לאסור מטעם שגנאי הוא לעשות נקבים ביריעה עי"ש. ולעד"ן דל"ק דאה"נ דאפילו בשאר תיבות גנאי הוא לעשות נקבים ביריעה אלא דנקט אותה גבי השם לפי דבשאר תיבות קולף קליפה העליונה ואפי' שנחתכו האותיות לית לן בה ולכן ישאר המקום בלי נקב אבל גבי השם אי אפשר לקלוף הקליפה העליונה שמא יחתך השם ולכן מוכרח שצריך לקדור השם ולעשות נקב ביריעה וזה הדבר גנאי הוא לעשות נקבים ביריעה וא"כ קשה על הרב יד אהרן דאיך כתב על מילת בחוזק שיכול להניח מקומה פנוי והא אפילו ביריעת ס"ת אמרינן שתגנז. ונראה דעל הרב יד אהרן ל"ק כ"כ דגם הרב לא הכשיר אלא במילת בחוזק שאין בה שיעור ג"פ אשר אבל על הרב ב"ד קשה שכתב דאפילו יש בה שיעור פ' שלימה אין קפידא. ואנכי הדל לפקד"ן דאין ראיותיו מוכרחות ומה גם כי הם היפך דברי הרשב"ץ והרלב"ח ולכן נראה לע"ד דאם טעה הסופר וכתב ה' שני פעמים וקדר האחד יש להכשיר תפלין בזה כיון שאין בו כ"א שיעורא דר"ת ולא חשו לשיעור זה אכן אם כתב שני פעמים והשתחויתם אין יכול להניח האחד ויקדור השני כי שיעור זה יש בו שיעור פ' אליבא דכ"ע ואפילו שהוא נקוב יש לפסול תפלין זה כי אפילו בתוך האות הנקב ממלא כל החלל ואין להם תקנה אלא גניזה ובנדון זה אפילו הרב יד אהרן מפסיל שלא כתב דינו אלא על מילת בחוזק שאין בה אלא שיעורא דר"ת אבל והשתחויתם שיש בה שיעור פ' אליבא דכ"ע אפילו שהוא נקוב פסול ואפשר לדחוק ולומר דאפילו לדעת הב"ד לא הכשיר אלא ביש בו שיעור דר"ת אבל בנ"ד שיש בו שיעור ג"פ אשר יודה הרב דפסול ואפילו שהוא נקוב כנ"ל:
הצעיר אברהם דיין ס"ט

סימן ז

שאלה חתן המקדש כלתו שפירסה נידה ומקובצים שם עשרה בני אדם לברך ברכת חתנים כיצד יעשה בנתינת הקידושין ופה אר"ץ נוהגים כשהכלה היא נידה שפורסת סודר על ידה ונותן עליהם הקידושין אי אריך למיעבד הכי וגם יש להסתפק ג"כ גבי אשה נידה אם מותר הבעל ליגע בה ע"י בגד באופן שלא יגע בבשרה כי הלא תראה למרן ז"ל בי"ד סי' קצ"ה שכתב לא יגע בה אפילו באצבע קטנה ולא יושיט דבר מידו לידה שמא יגע בבשרה ויש להסתפק בדבריו אם נוגע בבגד שעל גופה מכ"ש היא שאפילו הושטה מידו לידה ע"י דבר אחר אסור כ"ש נגיעה ע"י בגד או דילמא הושטה מידו לידה חיישינן שמא יגע בבשרה אבל אם נוגע במקומות המכוסין שבה שאין נוגע בבשרה לא

ועוד צריך לדעת על מה אדניה הטבעו פה אר"ץ שנוהגים כשהכלה היא נידה ורוצה החתן לתפוס בידה בהכנסתה לחופה כנהוג שתופס בידו סודר והיא תופסת ראש השני והרי לדברי מרן אסור להושיט דבר מידו לידה וא"כ כיצד עושין דבר זה לכתחילה:

תשובה כתב הרמב"ם והביאו הטור בא"ה סי' מ"ד המקדש אחת מכל העריות לא עשה ולא כלום חוץ מהמקדש את הנידה שהיא מקודשת קידושין גמורים וכתב ה"ה הטעם שכיון שאינה ראויה לביאה ולא לחופה אין ראוי לקדשה ויש מי שכתב הטעם שמא יגע בבשרה והנה מדברי ה"ה הללו יש לפשוט קצת לנ"ד להספק הא' והוא דבטעם הא' כתב ה"ה משום שאינה ראויה לביאה אבל משום שמא יגע בבשרה לא חיישינן ומוהר"י עייאש בס' בית יהודה א"הע סי' ל"ח עמד על נדון דידן וכתב דכשר הדבר להושיט לה הטבעת ע"י אחר וכו'. וראיתי להרב יד אהרן בא"הע סי' מ"ד בהגב"י שיטה ט"ו שתמה על דברי מהרי"ע הנז' מדברי ה"ה הנז' וז"ל ותמהני איך לא הזכיר דברי ה"ה ובודאי אנו סומכין על פי' ה"ה שכתב דלאו משום שמא יגע בבשרה אלא מכיון שאינה ראויה לביאה אין ראוי לקדשה וכן לדעת הרמ"ך שהשיג על הרמב"ם דאמאי כתב ואין ראוי לעשות כן נראה דס"ל דליכא איסור בנגיעה באותה שעה אלא שצריך לישב ההיא דהירושלמי דמייתי מהרי"ע לדעתם וכן נתפשט המנהג בכל העולם דאין משגיחין אם האשה היא בנידותה אם לאו. וראיתי כתוב על זה למהר"ח עטייה ז"ל וז"ל ולא ידענא מה זו סמיכה דאדרבה מתוך דברי ה"ה מוכח איפכא דע"כ לא פליגי אלא בטעמו של הרמב"ם דלה"ה טעמו משום שאינה ראויה לביאה ולא לחופה משום דגזרינן שמא יגע בבשרה ולהיש אומרים הוי טעמא משום שמא יגע בבשרה וא"כ מנ"ל להמחבר דלפי טעמו של ה"ה שרי ליגע בבשרה הא ודאי פשיטא דגם ה"ה אזיל ומודה דאסור ליגע בבשרה אלא דטעמא טעים אליבא דרבי' משום דאינה ראויה לביאה ולא ס"ל כיש מי שכתב דטעמא הוי משום שמא יגע בבשרה דאי משום הא הו"ל לומר דיזרוק לה הקידושין בתוך ד' אמותיה או לידה מרחוק באופן שלא יגע בבשרה ולהכי אתי עלה מטעמא אחרינא ולעולם דגם הוא מודה דאסור וכמ"ש מהרי"ע עכ"ל. ואחר המחילה לא ידענא מאי קאמר תחילה במאי דקאמר דלה"ה טעמו משום שאינה ראויה לביאה ולא לחופה דגזרינן שמא יגע בבשרה ולהיפך הדבר דלה"ה דאית ליה משום שאינה ראויה לביאה ס"ל דלא גזרינן שמא יגע בבשרה אלא משום שאינה ראויה לביאה ועוד ק' במה שכתב דלפי טעמו של ה"ה שרי ליגע בבשרה לא ידעתי היכן מצא כן בדברי הרב יד אהרן ודבריו ברור מללו שהביא ראיה גדולה לדברי מהרי"ע מדברי ה"ה דהא כתב הטעם לדברי רבינו משום שאינה ראויה לביאה אבל משום שמא יגע בבשרה לא חיישינן להכי דיכול להזהר שיתן

בידה הטבעת ולא יגע בבשרה כי קרוב הדבר בנקל לעשות כן כל שנודע לו שהיא טמאה יכול להזהר בטוב ולהכי לא נתן טעם שמא יגע בבשרה וא"כ הא לך ראיה גדולה לדברי מהרי"ע מדברי ה"ה לענין הקידושין כי לא חיישינן שמא יגע בבשרה כי יכול ליזהר ליתן לה הקידושין ולא יגע בה ואפילו טבעת קידושין יכול להניחו באצבע שלה ולא יגע בה ועוד ק' כי לפי דעתו שהבין שכוונת המחבר דשרי ליגע בבשרה לפי דעת ה"ה א"כ הו"ל להקשות מהכתוב עצמו דכתיב ואל אשה בנידת טומאתה לא תקרב וכמו שאמר אליהו ז"ל לאותה אשה כדאיתא בפ"ק דשבת ועכ"פ לפ"ז נראה דלה"ה שסובר שטעם רבינו משום שמא יגע בבשרה לא חיישינן משום שיכול להזהר שלא יגע בה אבל הטעם משום שאינה ראויה לביאה וא"כ נראה בנ"ד שיכול לקדשה אפילו שהיא נידה אך יזהר שלא יגע בבשרה ואף דכתב הרמב"ם דאין ראוי לעשות כן לקדשה כשהיא נידה מ"מ כבר כתב מור"ם דעכשיו אין מדקדקין אי משום שמא יקדמנו אחר כדכתב הח"מ ואי משום שעכשיו שעושים הקידושין סמוך לנישואין וכבר הכין כל צרכי הסעודה ואיכא הפסד מרובה כדכתב הרב הפרישה מותר ליתן בידה הקידושין ובלבד שיזהר שלא יגע בבשרה ואין צריך ליתן הקידושין ליד אחר כדכתב מהרי"ע אלא כדעת הרב יד אהרן שדחה דבריו מדברי ה"ה וכן כתב מהרי"ל הביאו הרב החבי"ב דאם אינה טהורה אינו נוגע בה אך מניח מעצמו ליפול באצבעה עי"ש. ומהתימה ממהרי"ע ז"ל והרב יד אהרן איך לא הביאו דברי הרב החבי"ב וכל יום שמעתתיה בפומיה גם הרב המחבר באר היטב הביא דברי הרב החבי"ב בלתי שום חולק והוסיף עוד מדיליה ואנו לא נוהגים כן אלא שהחתן בעצמו נותן הטבעת באצבעה דקודם שקידשה בטבעת לא הויא אשתו ומיד כשקדשה בטבעת מתרחקת הכלה מהחתן אם היא נידה עי"ש. ואנכי הרואה דדברי הבא"הט נכונים בטעמם שהרי כתב מרן בסי' כ"ז בכסף כיצד נותן לה בפני שנים פרוטה ואומר לה הרי את מקודשת לי משמע מזה דבתחילה נתן לה הטבעת ואח"ך אומר לה וכל זמן שלא אמר לה לא הויא אשתו וא"כ אף אם היא נידה ונגע בבשרה ממש והלבישה הטבעת כל עוד שלא אמר לה הרי את מקודשת לי לא הויא אשתו ואף שנגע בבשרה לא איכפת לן כל זמן שלא נגמרו הקידושין אלא דלפי זה ק' על היש אומרים שהביא הרב המגיד שנתן טעם שמא יגע בבשרה ויקשה דמאחר שעדין לא אמר לה הרי את מקודשת לי א"כ עדין לאו אשתו היא. שו"ר להרב החבי"ב בסי' כ"ז שכתב וז"ל לא יתן הקידושין ואח"ך יאמר הרי את מקודשת לי דהוי מקדש במלוה אלא יאמר תחילה ואח"ך יתן הקידושין וא"כ שפיר חיישינן שמא יגע בבשרה לפי שבתחילה אומר הרי את מקודשת ואח"כ נותן א"כ חיישינן שמא לאחר שאמר לה והניח הקידושין בידה

לא יסיר ידו מידה במהרה ונוגע בבשרה ממש ונראה דמשו"ה לא כתב מהרי"ל והרב החבי"ב טעם זה שכתב הבא"הט משום דכיון דקי"ל דצריך לומר תחילה ואח"ך יתן לה הקידושין א"כ חיישינן בגמר הקידושין שכבר נעשית אשתו יגע בבשרה ממש ומשו"ה כתבו יזהר מעיקרא בנתינתו שלא יגע בה ויניחו שיפול מעצמו אלא שלפי זה לא ידעתי למה הטור ומרן כתבו לישנא זה בכסף כיצד נותן לה פרוטה בפני שנים ואומר לה הרי את וכו' והו"ל לדקדק בדבריהם לומר בכסף כיצד אומר לה בפני שנים הרי את מקודשת לי בפרוטה ונותן הכסף בידה כיון שיש מקום לטעות בדבריהם שכך הוא הסדר ועוד קשה לי על הטעם שכתב שאם נותן הכסף ואח"ך אומר הוי כמקדש במלוה דאיך הוא מקדש במלוה והרי הוא אומר לה הרי את מקודשת לי בטבעת זו והרי היא בידה לפניו: **והנה** עמ"ש מור"ם ועכשיו אין מדקדקין כתב הרב בית הילל בסי' מ"ד דהיה לו למור"ם להביא זה בסי' מ"ד והו"ל לכתוב כאן ע"ז ועכשיו מותר לעשות כן עי"ש. ולפקד"ן דאין זה קושיא דהשמיענו דין זה גבי נשואה דאף דהרמב"ם סובר שאסור לקדשה עכשיו נהגו שלא לדקדק ועוד דכיון דעכשיו עושים קידושין סמוך לנישואין משו"ה כתבה כאן ומ"ש שהיה לו לכתוב ועכשיו מותר לעשות כן לא ידעתי היכן מצא היתר זה דמור"ם לא כתב מותר אלא עכשיו אין מדקדקין אי מטעם שלא יפסיד הסעודה אי משום שמא יקדמנו אחר ומטעמים אלו לא יכול לכתוב מותר לכתחילה אלא ועכשיו נהגו היתר והרב מהרי"ע הנז' בתחילה הביא ראיה לנ"ד מההיא דהירוש' שכתבו התוס' בפ' לולב וערבה דף מ"ז גבי מנחת סוטה שאמרו וכהן מניח ידו תחתיה ומניף ופריך בירוש' ואין הדבר כעור מביא מפה ואינו חוצץ מביא כהן זקן ואפילו תימא ילד אין יצ"הר מצוי לשעה ע"כ. ובתחילה רצה לפרש דפי' אין יצ"הר מצוי לשעה היינו משום דעושים בעזרה כנופייא נגד רבים ובכה"ג דרבים מצויים אין יצ"הר מצוי ומזה הירושלמי הקשה עוד עמ"ש מרן בי"ד. בב"י סי' קצ"ה גבי מישוש הדפק של אשתו נידה ובעלה רופא דאסר בת"ה וכ"כ הרמב"ן בסי' קכ"ז וכתב דהרמב"ן לטעמיה אזיל דס"ל דנגיעת אשתו נידה אין אסור אלא מדרבנן ומשו"ה כתב דאם יש פיקוח נפש שרי אבל להרמב"ם דס"ל דאיסור נגיעת ערוה מן התורה הכא אע"פי שיש פיקוח נפש אסור עי"ש. ואם איתא כמ"ש הרמב"ם דאיסור נגיעה היא מדאורייתא מאי נ"מ אם אין יצ"הר מצוי לשעה ע"ש. ועוד ראיתי להש"ך שהק' עוד על דברי מרן הללו והוא דודאי אף להרמב"ם אין איסור כ"א דוקא חיבוק ונישוק אבל מישוש הדפק אין בו איסור וכן מנהג פשוט שרופאים ישראל ממשמשים הדפק של אשה אפילו אשת איש ע"ש. ולפקד"ן לחלק וממילא ידחו השני קושיות מעל דברי מרן והוא דודאי ידע וסבר לה מר מרן ז"ל כסברת הרמב"ן איסור

קריבה דאסרה תורה היינו בדרך חיבוק ונישוק ודרך ביאה אלא דס"ל למרן דגבי אשתו שהוא יודעה ומכירה ואהבתה תקועה בלבו מיד שהוא ממשמש הדפק זוכר אהבתה והרי הוא נהנה מהערוה ומשו"ה אע"פי שיש פיקוח נפש אסור ולדעת הרמב"ם הוי כמו חיבוק ונישוק דעלמא ומשו"ה דוקא באשתו אסרו מישוש הדפק אבל שאר רופאים דעלמא אין איסור להם המישוש כיון דלא שייכי הני טעמי ולזה תראה להרשב"א בתשו' המיוחסות שנשאל על מישוש הדפק גבי אשתו דוקא ולא על שאר רופאים אם מותר למשש הדפק דודאי אף לדעת הרמב"ן דס"ל דחיבוק ונישוק מדרבנן מ"מ אשתו נידה ואשת איש בעלמא שוים שניהם יחד באיסור ולמה נשאל גבי אשתו דוקא אכן נראה פשוט דגבי אשתו מישוש הדפק כמו חיבוק ונישוק דעלמא ולכן דוקא גבי אשתו אסור אבל בשאר רופאים מותר לפי דהיצר מתחיל אז לפתותו ואין יצ"הר לשעה משא"כ גבי אשתו. ולעד"ן לומר דמה שלא נשאל הרשב"א על איניש דעלמא אם מותר למשש הדפק משום דס"ל דזה פשוט דמ"ש בירוש' דאין יצ"הר מצוי לשעה היינו משום דהכהן עושה זה הענין לפני רבים וכמ"ש וכל הרוצה לראות יבוא ויראה ובכה"ג דרבים מצויים שם אין יצ"הר מצוי שם וכדכתב מהרי"ץ לחד פירושא וא"כ גבי רופאים דמסתמא יש שם בני הבית מותר למשש הדפק שלה כיון שהוא יושב בין אנשי בית שצריכים לסדר לו סדר חליו כנהוג ואע"פי שמצינו לכמה עניינים דהחמירו גבי איש דעלמא והקילו גבי אשתו כמו הסתכלות שגבי אשתו התירו לו להסתכל בה אע"פי שנהנה בראייתה ולגבי אחרים אסורים להסתכל בה מ"מ נראה שזה דוקא משום דלא אפשר שלא להסתכל בה והראיה שמצינו גבי נידה שהחמירו בה בכמה עניינים כמ"ש מרן בסי' קצ"ה ולגבי אשה דעלמא לא החמירו כולי האי כ"א מדרך צניעות ובודאי הטעם הוא שגבי אשתו כיון שהוא גייס בה ומכרת ברמיזותיו חיישינן שלא יבואו לידי הרגל דבר וגבי מישוש חיישינן שלא יהנה במישושו מן הערוה ודוגמא לזה מצינו גבי מגרש את אשתו שאינה יכולה לדור עמו בשכונתו לפי שהיא מכרת ברמיזותיו וכמ"ש מרן בסי' קי"ט וגבי איש דעלמא מותר לדור עמו לפי שאינו מכיר בה מקודם:

אלא שיש לי לתמוה על דברי מרן במ"ש שהרמב"ן אזיל לשיטתיה דס"ל דנגיעה בערוה אין איסורא אלא מדרבנן והרי הוא עצמו כתב בהקדמתו לטור א"ח שתשובות אלו הם מיוחסות להרמב"ן אבל באמת הם להרשב"א וכן כתבו כל הפוסקים וא"כ איך כתב שהרמב"ן אזיל לשיטתיה עוד נראה לתרץ למה שהקשה הש"ך ומהרי"ץ על מרן והוא דודאי לדעת הרמב"ם אין איסור כ"א דוקא דרך ביאה אלא דס"ל למרן דבשלמא לדעת הרמב"ן דס"ל שהיא מדרבנן ס"ל במישוש הדפק במקום שיש פיקוח נפש לא גזרו רבנן

משום הרגל עבירה אבל לדעת הרמב"ם דס"ל שהיא מן התורה אף דאין איסור כ"א חיבוק ונישוק מ"מ במישוש הדפק חשו בה רבנן לגזור כדי שלא יבוא לידי איסור תורה וז"ש מרן לדעת הרמב"ם אסור משום דהוי אביזרא דג"ע ולפ"ז מה שהקשה עליו הש"ך דהרמב"ם לא אסר כ"א דרך ביאה מ"מ כיון דהאיסור הוא מדאורייתא גזרו במישוש הדפק ויש להביא ראיה לזה שהרי גבי אותו אדם שעלה בלבו טינא וכו' ואסרו חכמים לדבר עמה אפילו מאחרי הגדר וכתב הר"ן הביאו הש"ך סי' קנ"ז משום דעובר על לאו דלא תקרבו לגלות ערוה וכתב הש"ך דס"ל כהרמב"ם ולפי דעת הרמב"ם אין איסור כי אם דרך ביאה דוקא ולמה אסרו לו החכמים אפילו לדבר עמה מאחורי הגדר אלא ודאי נראה דכיון דאיסור תורה היא לפי דעת הרמב"ם א"כ אפילו דברים בעלמא שאין עושה כלום אפ"ה אסרו לו כיון שעיקרו מד"ת וא"כ גם גבי מישוש הדפק אע"פי שהרמב"ם לא אסר כי אם דרך ביאה מ"מ כיון שהוא איסור תורה החמירו חכמים בו אפילו שלא דרך ביאה אלא דעדין ק' לי לפ"ז על דברי הש"ך שהרי בסי' קצ"ה הסכימה דעתו להתיר לבעל למשש לה הדפק במקום סכנה דלא כתב הרמב"ם דאסור אלא דוקא דרך ביאה ולעיל כתב דההוא דעלתה לו טינא בלבו דאסרו לו אפילו לראותה הוא כדעת הרמב"ם וא"כ קשה למה אסרו לו לראות אותה מאחר דאין איסור לראות אותה כי אם דוקא דרך ביאה אבל ראיה בעלמא או דיבור מותר ומעתה לפי דברי מרן דבין לדברי הרמב"ם ובין לדברי הרמב"ן לפי דעת שניהם אסור להתקרב גבי ערוה ליגע בה בין נידה ובין אשת איש אלא שההפרש שביניהם הוא דלהרמב"ם איסור נגיעה דאורייתא ולהרמב"ן דרבנן וא"כ מ"ש הבא"הט לעיל בהמקדש אשה נידה דקודם שקידשה בטבעת לא הויא אשתו ומיד שקידשה מרחקה אין זה חילוק דאיסור נגיעה שוה בערוה בין אם היא אשתו והיא נידה ובין כשאינה אשתו והיא אשת איש אסור ליגע בבשרה ובין אם היא נידה והיא פנויה הנוגע בה בכלל איסור תורה לפי דברי הרמב"ם כדעת מרן וכמ"ש הש"ך:

והנה מ"ש ה"ה לעיל דטעם רבינו לפי שכיון שאינה ראויה לביאה ולא לחופה אין ראוי לקדשה הכי נתבאר בפ"י מה' אישות אבל אם היא היתה נידה אע"פי שנכנסה לחופה לא גמרו הנישואין והרי היא כארוסה עדין והר"ן ז"ל הקשה על רבינו ממה שאמרו ביבמות דף נ"ח דיש חופה לפסולות והא התם לא חזיא לביאה. וראיתי להרב לחם משנה שתירץ לקושית הר"ן וז"ל ונראה דהכל הולך בתר הכוונה דכונס לחופה אם כונס לבוא עליה אחר אותה חופה אע"פי שהיא חופה פסולה הרי קנאה וכו' אבל כשכנסה והיא נידה אין דעתו לבוא עליה אלא אחר שתטהר ולא קנאה עי"ש. ולא ידעתי איך נחה דעתו בזה שהרי רבינו כתב להדיא והוא שתהיה ראויה לביאה והא ודאי הפסולות אינם ראויות

לביאה וא"ת כוונתו לאפוקי נידה דוקא שהרי סיים להדיא אבל אם היתה נידה כנראה דלא בא לאפוקי אלא נידה אבל שאר פסולות שדעתם להכניסם לחופה ולבעול אותם יש להם חופה זה אינו דא"כ הו"ל לרבינו לדקדק בלשון הזהב וכך הול"ל ומשתכנס לחופה נקראת נשואה אע"פי שלא נבעלה והוא שתכנס לבעילה אבל אם היתה נידה וכו' והוה משמע מינה דהעיקר הוא שתכנס לחופה לבעילה ואפילו היא פסולה כל שדעתו לבעול אותה אבל מדכתב והוא שתהיה ראויה לביאה משמע כל שאינה ראויה לביאה אפילו שדעתו לבעול אותה עכ"פ אינה ראויה היא ואין לומר דפי' ראויה היינו לגבי הבעל שהוא דעתו לבעול אותה דודאי אין זו ראויה ועוד יש לתמוה על הלח"ם ממה שהביאו ראיה בש"ס דיש חופה לפסולות ממה שאמרו בסוטה אמן שלא שטיתי ארוסה ונשואה ומוקי לה דקני לה כשהיא ארוסה ואיסתתרת ונכנסה לחופה ולא נבעלה וש"מ דיש חופה לפסולות ובשלמא תירוץ הלח"ם ניחא לגבי הנושא אחת מחייבי לאוין כיון דידע שהיא אסורה עליו ואפ"ה קידשה והכניסה לחופה ודאי דעתו לבעול אותה תכף לחופה דאל"כ למה נשאה אבל זאת שקינא לה כשהיא ארוסה ואח"ך נסתרה ונכנסה לחופה אע"פי שנכנסה לחופה אין דעתו לבעול אותה אלא עד שישקנה מי סוטה וידע שהיא נקיה ואז יבעול אותה כמו גבי נידה דודאי אין דעתו לבעול אותה ויעשה איסור אלא עד שתטהר דלאחזוקי אינשי ברשיעי לא מחזקינן ואה"נ אלמנה לכ"ג ודאי כיון שהכניסה לחופה ודאי כוונתו לבעול אותה אבל זאת שידע שנסתרה ונאסרה עליו ודאי אין דעתו לבעול אותה באיסור ואפ"ה הביאו ראיה בש"ס מזה דיש חופה לפסולות אע"פי שאין דעתו לבעול היפך דברי הלח"ם וכ"ת דמיירי שלא ידע שנסתרה והכניסה לחופה ע"מ לבעול אותה אלא שאח"ך נכנסה לחופה ולא נבעלה דא"כ לפ"ז מאי מביא ראיה מזה דיא חופה לפסולות הא הוא עצמו כ' כשעדין לא ידע שנסתרה לא יקדש חופה וא"כ מאי מביא ראיה מינה לרב דיש חופה לפסולות דאימא דוקא הכא שאף שהיא פסולה עכ"פ הבעל שלא ידע בזה לא תקרא פסולה כ"כ ומשו"ה אמרינן בה דיש חופה אבל ההיא דרב דקודם שנשאה ידע שהיא אסורה עליו מנ"ל דזאת תקרא חופה אע"פי שהיא פסולה ועוד דמדברי התוס' שכתבו בד"ה וניקה וכו' שהקשו דנוקמא שבא עליה בשוגג ולא ידע שנסתרה משמע דבאמת לא קאי הכא ועוד מי לא עסקינן שידע שנסתרה והכניסה לחופה ולא נבעלה ואפ"ה משקה אותה:.

וראיתי להרב קרית מלך רב בדף ע"ב שכתב. לתרץ לקושית הלח"ם והוא דלא קי"ל כרב כ"א דוקא גבי תרומה דהילכתא כרב באיסורי אבל לגבי ממון קי"ל כשמואל דס"ל דאפילו חופה דבתר קידושין לא קני כיון שאינה ראויה לביאה עי"ש. ואחר המחילה

כדת אין זה תירוץ שהרי הרמב"ם כתב אע"פי שנכנסה לחופה ונתייחד עמה לא גמרו הנישואין והרי היא כארוסה שאין בעלה מטמא לה וכ"כ ה"ה שאין יורשה ואין מטמא לה ובזה חזרה קושית הלח"ם כיון דקי"ל כרב באיסורי דיש חופה לפסולות חופת נידה למה לא תועיל לה ליטמא לה ולמה כתב רבינו שהיא כארוסה שאין מטמא לה כיון דקי"ל דיש חופה לפסולות והילכתא כרב באיסורי. ולי הדל נראה לי לתרץ לעיקר קושית הר"ן והוא דודאי גבי תרומה קנסא הוא שקנסו רבנן כיון שקרבה עצמה לחופה פסולה אמרו דיש חופה לפסולות אבל בעלמא לא קי"ל הכי דיש חופה לפסולות לענין ירושתה וליטמא לה וכן ראיתי להריטב"א ז"ל בחי' למס' יבמות דף ק"ד שהקשה על דברי רש"י וז"ל ועוד כיון שאין חופה קונה למה נפסלת מפני זה לתרומה דהא אפילו לכשרות אין חופה וכ"ש לפסולות ותירץ דהא ל"ק דדילמא דאע"ג דחופה לא קניא כיון דעל דעת קידושין או נישואין נכנסה וזימנה וקירבה עצמה לביאה פסולה קנסוה רבנן שלא תאכל עי"ש. הרי להדיא דמטעם קנס נגעו בה גבי תרומה ואף שהוא כתב שאין מחוור תירוץ זה נראה דהרמב"ם יתרץ לזה גבי תרומה דמשום קנס נגעו בה וראיה לזה שהרי אמרינן ביבמות דף נ"ו אלמנה לכ"ג מן. האירוסין לא יאכלו בתרומה ואמרינן בגמ' ק"ו ומה קידושי רשות אין מאכילין בתרומה קידושי עבירה לכ"ש ובודאי הוא דסברא היא דקידושי עבירה ראוי לקנוס בהם שלא תאכל ומשו"ה קאמר שאין מאכילין אותה:

והנה לענין הספק השני שכתבתי לעיל בענין אם מותר ליגע באשתו ע"י בגד דבר פשוט הוא שאסור דאפילו להושיט דבר מידו לידה אסור וכ"ש נגיעה וכן ראיתי להרשב"ץ ח"ג סי' ח"ן שכתב ליגע בבגדיה בעודה לבושה יש להתרחק אכן מדכתב יש להתרחק ולא כתב אסור ליגע משמע דמצד הרחקה בעלמא נגעו בה ונראה דעל זה סמכו פה ארם צובא יע"א כשהכלה היא נידה שמנחת סודר על ידיה שלא יגע בבשרה בנתינת הקידושין וגם על סמך זה נהגו עוד לעמוד שניהם יחד זה בצד זה לפי שהיא בבגדה והוא בבגדו וגם פורסין על ראשן טלית ופה אר"ץ נוהגים לעמוד החתן והכלה זה בצד זה אכן בארץ הקדושה תובב"א ובדמשק יע"א ראיתי נוהגים שהחתן והכלה פניהם איש אל אחיו ולא סמוכים זה לזה ואפשר דנהגו כן לעשות הרחקה יותר שמא תהיה הכלה נידה:

ונראה עוד לומר דמנהג זה שנותן סודר על ידיה הוקבע ע"פי דברי הירושלמי שכתבנו לעיל וקאמר שם ואין הדבר כעור ותירץ מניח מפה. והדר הקשה ואינו חוצץ והרי ילפינן דבעינן תחת ידה ממש ותירץ מביא כהן זקן ואפילו תימא ילד אין יצ"הר מצוי לשעה והנה מדאמרו מניח מפה נראה דעל ידי הפסק מפה אין איסור בדבר ולא דחו זה אלא משום שחוצץ אבל משום שלא יגע בבשרה ויהנה מהאיסור וע"י הפסק מפה מותר וזה

סיוע לדברי הרשב"ץ שכתב שע"י בגד יש להתרחק כנראה שאין איסור בדבר ועל זה סמכו לקדש אשה נידה ע"י הפסק בגד כדברי הירוש' הנז' וכ"ת דהירוש' מיירי באשת איש דעלמא אבל לא לגבי אשתו אם היא נידה אין זה קושיא דכבר כתבנו לעיל משם מרן ז"ל דכל שנוגע בבשרה ממש אין חילוק בין אשתו לאשת איש דעלמא שניהם שוים באיסור אלא דלהרמב"ם איסור זה מן התורה ולהרמב"ן דרבנן ועוד דסמכו במנהג זה של הפסק מפה מדברי הירוש' שסיימו ואפילו תימא ילד אין יצ"הר מצוי לשעה וס"ל דפי' אין יצ"הר מצוי לשעה היינו לפי שהוא נגד רבים וכל שהוא נגד רבים אין יצר מצוי שם וא"כ גבי קידושין שנעשים בפני רבים אין יצר מצוי שם ועוד כיון שהוא זמן מועט לא חיישינן לכלום וכמ"ש אין יצ"הר מצוי לשעה ור"ל זמן מועט וכן כתב מור"ם בא"הע סי' כ"ג גבי מכנסים שאסור וכתב ומה שנהגו היתר במרחץ אפשר לומר דבשעה מועטת אין איסור וא"כ גם גבי קידושין הואיל והוא זמן מועט מותר ונרא' דלזה סמכו כשהיא נידה שנוהגים פה אר"ץ שתופס החתן ראש הסוד והיא תופסת ראש השני לפי שהוא נגד רבים וזמן מועט לא חיישינן וכן ראיתי להרב חיד"א ביוסף אומץ סי' פ"ה שכתב להתיר לאשה היולדת להיות סנדקית ולתת הילד ביד אביו ע"י כסת וכתב הטעם לפי שכיון שהוא לשעה וכמו רגע ופעם אחת בימיה ואינו נוגע בבשרה ממש יש להתיר עש"ב. ונסתייע מדברי הירוש' הנז' וא"כ אף אנן בנ"ד כיון שהוא למצוה וכמו רגע ופעם אחת בימיה יש להתיר וגם שנותנים סודר על ידיה והוא לפני רבים יש להתיר:

נאום הצעיר אברהם דיין ס"ט

סימן ח

שאלה מנהג פשוט בכל תפוצות ישראל כשנלב"ע איש או אשה לפי מה שהוא אדם עושים לימוד על נשמתו ומביאים שני ת"ח או ג' ולומדים במקום שמת המת ועושים להם. סעודה ולפעמים האבלים אינם יושבים עמהם הן מצד שרוצים לאכול עם אנשי הבית והן מצד שיש להם צער גדול לישב במקום שמת שם המת ויש להסתפק אם בכגון זה שהאבל אינו אוכל עמהם אם צריכים האוכלים שם לברך ברכת האבלים כיון שעכ"פ הם יושבים בבית האבל או דילמא כיון שהברכה כולה היא נחמה וברכה לאבל אם אין שם האבל אין צריכים לברך ברכת אבלים ואת"ל דכיון דכל הברכה היא נחמה לאבל אם אינו יושב עמהם אינו צריך לברך אכן יש להסתפק אם האבל יושב עמהם אלא שאינו אוכל עמהם הן מצר שהוא חולה ואינו יכול לאכול מאותו מאכל או מסיבה אחרת אם צריכים לברך ברכת אבלים כיון שהוא לפניו:

תשובה כתב מור"ם בי"ד בסי' שפ"ה לענין התפלה שמתפללין בבית האבל אע"פי שאין שם אבל וא"כ גבי ברכת המזון אפילו שאין שם אבל יש לברך אכן נראה דלא דמי דדוקא בתפלה שעל ידי הקדיש שאומרים בבית האבל יש נחת רוח לנשמה אשר שם שהולכת כל שבעה מביתא לקברא וכמ"ש שם מור"ם שאע"פי שאין שם אבל יש נח"ר לנשמה אבל ברכת המזון שנתקנה לנחם האבלים וכמ"ש הרמב"ם פ"ב מה' ברכות ה"ח שכתב נוסח ברכת אבלים ולבסוף כתב ומבקשים רחמים על האבל לנחמו כפי מה שירצה עי"ש. מדבריו אלה נראה שהברכה נתקנה לנחם האבל וא"כ אם אין שם אבל למי ינחם ואף שהבקשה היא להש"ית מ"מ האבל בראותו שמתפללין עליו הוא מתנחם בהכי הן עוד נביא מ"ש התוספות בברכות דף מ"ו ע"ב שכתבו נוסח ברכת אבלים האל הטוב והמטיב אל אמת וכו' הוא יגדור הפירצה זאת מעלינו ומעל האבל שבתוכנו וכו' מדבריהם אלו נראה דוקא כשהוא יושב בתוכנו יתפללו עליו לנחמו אבל אם אין יושב בתוכם אין צריך לומר ברכה זו וכן נראה לדקדק כן מדברי הטור סי' שע"ט שכתב משם רבינו סעדיה וז"ל שבעת ימי האבל מברך האבל לעצמו בהטוב והמטיב אל אמת וכו' ואם ברכו אחרים לפניו כך הם מברכין עי"ש. מדברים אלו משמע דדוקא אם יושבים לפניו מברכין ברכה זו אבל אם אין יושבים לפני האבל אין צריך לברכה זו דאל"כ הוה ליה להשמיענו רבותא ולימא הכי ואם מברכים אחרים בביתו מברכין ברכה זו ולמה נקט בפניו אלא ודאי משמע להדיא מזה דדוקא בפניו מברכין ברכה זו אבל שלא בפניו למה יברכו ברכה זו ואי שכוונת התפילה להתפלל על האבל שהקב"ה יתן בלבו להתנחם א"כ אפילו אינו יושב בבית האבל אלא כל אדם יושב בביתו ובחומותיו ויש לו אהוב שהוא אבל יתפלל עליו ומה יש לה עדיפות אם הוא יושב בבית האבל והאבל אינו שם אלא ודאי דוקא כשהוא יושב שם האבל והוא מתנחם בדברים אלו שאומרי' בפניו ומשתתפים בצערו והיא עיקר הנחמה. עוד יש לדקדק דאם האבל אינו יושב עמהם דאין צריך לברך ברכת אבלים ממ"ש הרא"ש בברכות שם והעתיק דבריו הטור בסי' שע"ט וז"ל מזכירין מעין המאורע בבית האבל וזה נוסחו בא"י וכו' הוא יגדור הפרצה הזאת מעלינו ומעל אבל זה לחיים וכו' עי"ש ומדכתב ומעל אבל זה משמע שהוא יושב עמהם ולו הם מנחמים משמע דאם אינו יושב עמהם אין צריך לברך ברכת אבלים והנה הן היום נדפס ספר שם חדש וראיתי בסופו שגם הוא נסתפק ספק שלנו ונדון דידיה שהיה האבל חולה ויושב עמהם אלא שאינו אוכל עמהם אלא שיושב עמהם בבית אחד והעלה הרב ז"ל דאין לברך לפניו ברכת אבלים ומדבריו נראה דכ"ש אם אינו חולה אלא שאינו יושב עמהם יחד בסעודה אלא שאוכל לבדו בבית אחר שאין להם לברך אותן שאוכלים שם

אכן במה שהפריז על המידה שאפילו לא היה חולה אלא שיושב שם בבית עמהם אלא שאינו אוכל עמהם גם בזה י"ל דאין מברכין דבעינן דוקא שיאכל עמהם וכשאני לעצמי לא כן אנכי עמדי אלא נראה לי דאם האבל יושב עמהם בבית אע"פי שאינו אוכל עמהם שמברכין ברכת אבלים לפניו הן אמת דגבי חולה אני מודה לדבריו דאין נכון לברך לפניו ברכת אבלים דהא ברכה זו היא נחמה וברכה לאבלים כמ"ש הרמב"ם והבאתי דבריו לעיל וכבר כתב הב"ח עמ"ש הטור ומרן בי"ד סי' של"ז חולה שמת לו מת אין מודיעין אותו שמא תטרף דעתו עליו ואין קורעין חלוקו ואין בוכין ומספידין לפניו שלא ישבר לבו ומשתיקין את המנחמין לפניו ופי' הרב"ח לא מיבעיא שאין מודיעין אותו שמא תטרף דעתו אלא אפי' נודע לו אין מצווים לקרוע לו ועמ"ש ואין בוכין ומספידין וכו' כתב הרב"ח נר' דה"פ ולא עוד אלא דאין בוכין וכו' אף על מת שאינו קרובו של חולה וכו' גם י"ל שאין בוכין ומספידין נמי מיירי שמת לו מת ונודע לו לחולה שמת קאמר וכן משתיקין המנחמין על מת שלו עי"ש. וכ"כ הש"ך משמו ובאמת שפי' הרב"ח בדברי הטור ומרן ז"ל הוא מוכרח בדבריהם והוא דכיון דכבר כתב שאין מודיעין אותו כלל א"כ כיצד יאמר אח"כ שאין בוכין ומספידין לפניו שאם יספידו ויבכו אין לך הודעה לחולה גדולה מזה אלא ודאי כי כוונת הטור ומרן דמיירי באיש חולה שנודע לו כבר שמת לו מת ואע"פי שנודע לו שמת אין קורעין לו חלוקו חיישינן שמא תגדל דאגתו וישבר לבו ולכן אין בוכין ומספידין לפניו ומשתיקין את המנחמין מפניו וא"כ נראה לפי זה דברכה זו שהיא כולה תפלה ונחמה לאבל אם הוא חולה אע"פי שכבר שמע במיתתו אין יכולין לנחמו בפניו וזו ראיה נכונה לנדון דידיה שהיה חולה והפוסקים לא נתנו שיעור לחולייו אם הוא כבד בחולייו אם לאו והתימה ממנו שהביא ראיה זו של הב"ח בקצר אמיץ:

אכן במה שכתב שם ואפילו לא היה חולה אם לא אכל עמהם יש לומר שאין מברכין דבעינן שיאכל עמהם ולא ידעתי מנ"ל הא שהרי כבר כתבנו לעיל לשון הטור משם רבינו סעדיה שהאבל מברך לעצמו בהטוב והמטיב אל אמת וכו' ואם ברכו אחרים לפניו כך הם מברכין עי"ש. הרי דלא הצריכו לאכול עמהם ממש אלא כל שאכלו. לפניו מברכין ברכה זו דאל"כ הו"ל לומר ואם אכלו עמו ולא לפניו ומה שהביא ראיה לזה ממ"ש שהאבל מיסב בראש והסיבה היא לאכילה כמ"ש הסיבו אחד מברך לכולם הרואה יראה שאין זה ראיה כלל ואין לה שום הכרח ועוד דלפי דבריו הסיבת האבל בראש דוקא לאכילה ולא בשאר זמנים ואין זה אמת כי לא נמצא. שום פוסק שפי' כן ועוד קשה כי הוא סתיר דידיה אדידיה תוך כדי דיבור שהרי בתחילה הביא דברי הירוש' ומ"ש הרב שדה יהושע שכתב מה הכא מנחמין ואומרים ברכת אבלים עמו ומזכירין אע"פי וכו'

עי"ש. נראה דוקא אע"פי שאין שם המת מברכין ומנחמין אבל צריך שיהיה שם האבל ולהכי דייק לומר ומברכין ב"א עם האבל ולא בפני האבל אלא עמו ממש וכ"כ הרמב"ן והביאו ריא"ז בפ"ד דמגילה מברך האבל לעצמו וכו' ואם ברכו אחרים לפניו כך הם מברכין עכ"ל. והרואה יראה כי דבריו סתראי נינהו כי בתחילה דייק ממה שאמר עמו ולא אמר בפניו ואח"ז אמר מדקאמר לפניו משמע דאינו אלא בפני האבל שאוכלים יחד וזה היפך דבריו הראשונים:

והנה קצת מחכמי אר"ץ רצו לדקדק דמדקאמר בש"ס ובדברי מרן והפוסקים בית האבל מברכין ולא אמרו האבלים מברכין נראה מזה דכל שהם יושבים בבית האבל אומרים ברכה זו. ולפקד"ן דמאי דנקטו בית האבל לומר דלאו דוקא האבלים הם שמברכין אלא כל הנמצאים שם בביתו ואוכלים מסעודתו חייבים לברך ולכן נקט בית האבל ועוד דאפשר דאשגרת לישנא דקרא נקטו דכתיב טוב לכת אל בית אבל והרב ש"ח הנז' שם הביא ראיה לנדון דידיה שהיה חולה ממ"ש הבא"הט דהחולה אין צריך לחזור ולנהוג אבלות אחר שיבריא אם ידע שמת לו מת כיון שנוהג קצת אבלות עי"ש. וכתב ותיפוק לי שכבר קיבל תנחומין כל שבעה שברכו ברכת אבלים לפניו כל שבעה ע"כ. וקשה וכי כל אדם עושה דבר זה שאוכלים בני אדם בסעודתו ומה גם כי איש זה הוא חולה ואין דרך לקרוא ב"א על סעודתו והרי רובא דרובא אפילו הבריאים לא ימצאו ב"א על סעודתו ועוד קשה דהיכן מצא דאם ברכו לפניו כל שבעה שהוא יפטר מדיני אבלות כי לא יפטר אלא דוקא אם נהג קצת דיני אבלות אבל בברכת אבלים לבד לא יפטר:

והרב מהר"א אלזרקי פליג על דברי הרב שם חדש הנז' ועלתה הסכמתו בנדון דידהו גבי חולה שלא היה אוכל עמהם לברך ברכת אבלים ומתוך דבריו וראיותיו ניכר דס"ל דגם גבי בריא שאינו אוכל עמהם כל שהוא יושב לפניהם מברכין ב"א שהביא ראיה לזה מדברי הירוש' בפ"א דמ"ק ודברי הרב שדה יהושע שם שכתבו אומרים ברכת האבלים עם האבל וכו' והבין מהרא"א הנז' כיון שהאבל הוא בבית האבל אע"פי שאינו אוכל עמהם מברכין ב"א וכתב עליו הש"ח הנז' דאדרבה מדקאמר עם האבל ולא אמר בפניו משמע עמו ממש שיאכל עמהם ע"כ. ולפקד"ן דאדרבה מוכרח לומר עם האבל דאם היה אומר בפני האבל היה משמש בפניו של האבל מברכין אבל הוא עצמו האבל אינו מברך וכמו שנראה מפשט הש"ס לכאורה ואין האמת כן שגם האבל מברך עמהם כמו שהם מברכין ולכן אמרו מברכין ברכת האבלים עם האבל כי הוה ס"ד לומר דכיון דנוסח כל הברכה היא תפלה שמתפללים אחרים על האבל היה עולה על הדעת שהאבל עצמו לא יברך ברכה זו לכן דקדקו לומר מברכין עם האבל וכמו שהם מברכין גם הוא מברך:

וכתב עוד מהרא"א הנז' ופי' על דברי הרא"ש שכתב נוסח א הברכה הוא יגדור הפרצה הזאת מעלינו ומעל האבל הזה וכתב שי"ל שנוסח הרא"ש הוא מעל האבל הזה בנקודת צר"י תחת האל"ף ע"כ. ולעד"ן דאין האמת כן אלא האבל הא' בנקודת קמ"ץ שהרי רוב דבריו נמשך אחר דברי התוספות שהם רבותיו וכבר כתבנו לעיל משם התוס' כי נוסחתם בברכה היא מעלינו ומעל האבל שבתוכינו ואם היא אבל בצי"רי לא יאמר בה האבל הזה שבתוכנו וא"כ ודאי גם הרא"ש שהסיר מלת שבתוכנו ודאי שכוונתו על האבל הזה שהוא בנקודת קמ"ץ עוד כתב והביא ראיה ממה שפסקו הפוסקים ומרן בא"ה סי' ס"ב גבי חתן שמברכין ברכת חתנים אפילו אין החתן אוכל עמהם ואוכלים בבתים שאינם פתוחים למקום שהחתן אוכל שם כמו כן נימא באבלות שאין צריך שיהיה האבל עמהם ע"כ. וקשה לי על דבריו דא"כ דבאת לדמותו להההיא דחתן א"כ נימא דכמו דגבי חתן שאפילו שהם יושבים בשאר בתים ואין החתן עמהם ועכ"ז מברכין ב"ח א"כ נימא ג"כ דאפילו שאין האבל יושב עמהם באותה סעודה אלא בבית אחר ג"כ יברכו ב"א ואין האמת כן דלא נמצא זה בשום ספר. אכן נראה לומר דלא דמי החתן לאבל דבשלמא גבי חתן דרך העולם שבבית החתן מתחלקין לכמה חבורות בכמה בתים והחתן ושושביניו מחזרין מחבורה לחבורה ומבית לבית כדי שיראו שמא יחסר להם דבר ולכן מברכין ב"ח אפילו שאין החתן שם אבל האבל יושב במקומו ולכן דוקא אם הוא יושב לפניהם מברכין ב"א דוקא כשהוא לפניו ולכן אם מברכין ב"א ואין האבל שם מה יש להם שייכות בברכה זו ולכן מ"ש מהרא"א וז"ל ולענין ברכת אבלים בודאי שמברכין אם חלקו בשני המקומות ע"כ אין האמת כן והנה הש"ח כתב על דבריו דמעיקרא אינם יכולין ליחלק גבי אבל ואפילו אם בדיעבד נחלקו מה נחמה שייך גביה כיון שאין האבל שם ע"כ ומדבריו אלו נראה שאם האבל יושב שם אפילו שאינו אוכל עמהם שייך נחמה גביה וזה סותר דבריו הראשונים שכתב לעיל ואפילו אם לא היה חולה אם לא אכל עמהם אין מברכין ויתכן לומר דכאן לדברי מהרא"א קאמר ליה דכיון דאין שם האבל מה נחמה שייך גביה:

הכלל העולה דנראה לע"ד דאם היה האבל חולה ואפי' שנודע לו שמת עכ"ז ברכה זו של אבלים היא נחמה וכבר כתב מרן שמשתיקין את המנחמין מפניו כדי שלא יזכור ותגדל דאגתו ויחלה וימות אכן אם אינו חולה אם הוא יושב ביניהם אע"פי שאינו אוכל מברכין ברכת אבלים לפניו אכן אם הוא יושב בבית אחר אע"פי שהם בחצר אחת אין מברכין דמה נחמה שייך גביה כיון שאינו יושב עמהם ולענין אם הוא חולה לא נתנו שיעור לחולה אם הוא דוקא שכבד עליו החולי או אפילו מיחוש בעלמא ונראה דהכל

שוה דאם לא נודע לו אין מודיעין אותו ואם נודע לו ג"כ לדעת הרב"ח בדעת מרן שאין בוכין ומספידין לפניו אפילו נודע ומשתיקין את המנחמין מפניו ולכן נראה לי דלענין ברכת האבלים והאבלים יושבין לפניהם אפילו שאין אוכלים עמהם מברכין שם אכן אם אין יושבין לפניהם אפילו שהם אוכלים בבית האבל אין מברכין שם וכ"ש אם האבלים הם נשים שאין לברך כלל:
נאום האד"ן ס"ט

סימן ט

שאלה ראובן נשא אשה אלמנה שהיה לה בת אחת מבעלה הראשון וכשנשאת לראובן חייבה אותו לזון ולפרנס את בתה הנז' ועתה הבת חלתה וצריכה רופא לרפאותה ועתה לשאו'ל הגיעו אם חייב ראובן הנז' להביא לה רופא ואת"ל שאין חייב ברפואתה אם חייב ראובן להביא לבת אשתו הנז' מאכלים הקלים הצריכים לחולה אם לאו ויבוא שכמ"ה:
תשובה כתב הרשב"א והיא בתשו' המיוחסות סי' ק"ח ובח"ב סי' קי"ו והביאה מרן בב"י סי' קי"ד וז"ל וששאלתם אם יש בכלל המזונות מלבושין משמו של רבי' האיי אמרו שהמלבושין וצרכי נישואין בכלל המזונות וריב"ם כתב שאין בכלל המזונות אלא מאכל ומשתה אבל מלבושין ונדוניא פרנסה מיקרו ומסתברא שהמלבושין ג"כ בכלל מזונות כמו ששנינו את תהא יתב' בביתי ומתזנא מנכסי ואלמנה ודאי יש לה מלבושין מתנאי זה אבל כשבאים חכמים לחלק בין דין המאכל והמשקה לדין הפרנסה קורין לאלו מזונות ולאלו פרנסה ואלא מיהו במי שבא לחייב עצמו מדעתו שלא בתנאי ב"ד אין דנין ומוציאין לבעל השטר המלבושים מחמת מזונות סתם עד שיפרש אזון ואפרנס דיד בעל השטר על התחתונה וכיון שלעתים אינם כוללין אותם בכלל המזונות ועוד שאינם בכלל המזונות בלשון ב"א לפיכך מי שבא להוציא עליו הראיה וזהו שנהגו עכשיו לכתוב בכתובות אזון ואפרנס עכ"ל. וראיתי להרב מגילת ספר לאוין פ"א דף ל"ו ע"ג שדקדק מדברי הירוש' היפך דברי הרשב"א דאיתא שם בר"פ הנושא וז"ל תמן תנינן בנן נוקבן וכו' ותני עלה ומתכסן בכסותי וכתב הר' הנז' וז"ל ולכאורה קשה דאין מובן דמאי שיאטיה לאתויי ההיא הכא אכן נ"ל ביאורו דהכוונה הוא דכי היכי דסתם התנאי ומתזנא ואפ"ה תני עלה ומתכסן בכסותי דהכסות בכלל מזונות ה"נ שפסקה עמו שיזון את בתה הכסות בכלל המזונות וחייב נמי לכסותה וכדומה שכך הבין הרא"ש ביאורו ולכך כתב עליו ומה שהביא הירוש' ראיה ממתני' דבנן נוקבן לא דמי דמתני' כחוב קא אכלה ובגמ' דידן לעיל מפ' טעמא בפ' אע"פי עי"ש. אך מה שרמז לפ' אע"פי לא הבנתי ולא מצאתי שום

רמז עכ"ל. והנה מ"ש הירוש' שאמרו ומתכסן בכסותי ומזה הבין הרב דכוונת הירוש' ללמדנו דין מחודש דאף שכתב ומתזנן בכסותי אפ"ה מתכסן בכסותו שהמזונות בכללם הכסות. אחר המחילה אינו כן דהגירסא שם בירוש' ומתכסן בכסותי ור"ל כשהיו כותבין תנאי בנן נוקבן וכו' היו כותבין ומתזנן מנכסי ומתכסן בכסותי וכן גריס הרב שדה יהושע והרב פני משה בחי' על הירוש' ואף שהרא"ש ז"ל גריס ומתכסן בכסותו ודאי שט"ס נפל בדבריו כמו שיראה המעיין בדברי הירוש' ובכל הספרים שהביאו דברי הירוש' ומאחר דהגירסא כן א"כ לא ידעתי כיצד אנחנו יכולין לפרש כוונת. הירוש' שר"ל שכמו שבבנן נוקבן מתכסן בכסותו גם בבת אשתו מתכסה בכסותו דאימא דוקא בנן נוקבן שתנאי היה מתחילה שיזונו מנכסיו ויתכסו בכסותו אבל בבת אשתו שלא נתחייב לה כ"א דוקא לזון א"כ מהיכן יתחייב בכסותה ואדרבה נדקדק איפכא דאדרבה מדהוצרך לבאר תנאי זה ואמר להדיא תרתי מיתזנן ומתכסן משמע דעל הסתם אם אמר מיתזנן לחוד לא משמע כסות ועוד דאיך אפשר דהרשב"א והריטב"א נעלם מהם תלמוד ערוך דבני מערבא ועוד דהרי רבי בצלאל בש"מ בכתובות דף ב"ן על מתני' דבנן נוקבן הביא משם הריטב"א וז"ל כתבו התוס' בשם ר"י שאין בכלל זה לבושה וכסויא אלא המזונות ואח"ז כתב שהרמב"ן הקשה עליהם מתלמוד דידן ועוד הביא הירוש' הנז' דגרסי' להדיא אינון יהון יתבן בביתי ומתכסן בכסותי ומיהו דוקא בהני דתקון רבנן ולא דקדקו בלשון הגמ' לגמרי דזמנין דהוו קרו מזון אפילו לפרנסה כדאמרן לעיל א"ל זיל זון ופרישנא לפרנסה קאמר אבל המקבל עליו לזון את חבירו אינו חייב אלא במזונות ממש כלשון הנהוג בין בני אדם והמע"ה דאף ללבוש ולפרנסה קאמר עכ"ל. הרי להדיא שאף שראו הירוש' הנז' בפ' הנושא שלא נזכר במ"א ואפ"ה כתבו דוקא בהני דתקון רבנן אבל במחייב עצמו לזון את בן חבירו אינו חייב בכסות עד שיפרש ומה שלא הזכיר רבי' בצלאל ומיתזנן מנכסי לפי שאין צריך לראיה דידיה:

ועוד קשה לי על דבריו דאיך אפשר לומר דכוונת הירוש' דבא ללמדנו חידוש דין שחייב במלבוש בת אשתו ולא זכרו מזה כלום כי לא מצאנו בשום מקום כיוצא בזה ומ"ש הריטב"א ומיהו בהני דתקון רבנן וכו' זהו לפי תלמוד דידן דלא גריס בתנאי אלא ומיתזנן מנכסי אבל לפי דברי הירוש' דגריס בתנאי ומתכסן בכסותי א"כ פשיטא דלבן חבירו אינו חייב בכסותו דמהיכא תיתי לחייבו כיון שלא נזכר בתנאי ודוקא בבנן נוקבן שהזכיר התנאי להדיא אכן נראה דכוונת הירוש' היא לומר תמן תנינן בנן נוקבן וכו' ותני עלה ומתכסן בכסותי מעשה ידיה למי והוא שואל על בת הניזונת מן האחים וכוונתם כמו שעושים בתלמוד דידן דהא תנינן בנן נוקבן וכו' שמחייב עצמו גם בכסות אבל לענין

מעשה ידיה למי של אחין או שלה ופשיט לה ממה שאמרו במתני' נישאת הבעל חייב במזונותיה ואף דלעיל בפ' נערה שאל על זה ופשיט לה מקרא והתנחלתם אותם שמעשה ידיה שלה היינו כשאינה ניזונת מן האחים אבל בניזונת מן האחים מהו וכן ראיתי להפ"מ בחי' על הירוש' שפי' כן עי"ש- ומה שנסתייע הרב מג"ס מדברי הרא"ש עיין להפ"מ מה שפי' בדברי הרא"ש ובזה אין מקום לסיועו ולא למה שהקשה עליו:

והנה על דברי הרשב"א הנז' הקשה הרב בית דוד ח"ב ח"מ סי' ט"ו מהא דאמרינן בפ"ק דגיטין דף י"ב ע"ב במ"ש שם אי הכי אמאי ניזון מן הצדקה להעדפה א"ה ניזון מתפרנס מיבעי ליה ופירש"י להעדפה שהוא צריך מפני חולייו להוסיף על מזונותיו ניזון משמע מזונותיו כדי חייו פרנסה היינו שאר צרכיו ע"כ הרי דלמה שצריך מחמת חלייו היה צריך לומר בלשון פרנסה ומזה דן הרב ב"ד ז"ל ח"מ סי' ט"ו בנ"ד למי שנתחייב לפרנס את בת אשתו שחייב ג"כ ברפואתה וגם כתב דיש לפקפק מלשון הש"ס על דברי הרשב"א הנז' אך לא כתב מהו הפקפוק ונראה דר"ל דנראה מדברי הרשב"א דאף דכתב איזון ואפרנס אין מתחייב כ"א דוקא במלבושין ולא ברפואתה דאל"כ כך הו"ל לומר שאם כתב אזון ואפרנס שמתחייב בכל הצריך לה ומלשון הש"ס משמע שאם כתב ואפרנס מתחייב בכל הצריך לה ועוד כוונתו להקשות דאמאי איצטריך לומר תרתי איזון ואפרנס הו"ל לומר ואפרנס וממילא משמע כל מילי. ולעד"ן דל"ק דמה שדקדק דאם כתב ואפרנס מתחייב גם ברפואתה ליתא שהרי הרא"ש ז"ל כתב להדיא והביאו הטור א"ה סי' קי"ד וז"ל לפיכך כל המתחייב בפרנסת אדם מתחייב לפרנסו כשאר כל אדם ואם חלה אינו חייב לרפאותו אע"ג דתנן במזון האשה דרפואה שאין לה קצבה הרי היא כמזונות ה"מ כשאוכלת בתנאי ב"ד שהוא חייב לספק כל צרכיה אבל המקבל עליו לפרנס את חבירו אין הרפואה בכלל עי"ש הרי להדיא דאפילו נתחייב לפרנס את חבירו אין הרפואה בכלל וא"כ לא ידעתי איך מלאו לבו לחלוק על דברי הרשב"א והרא"ש והטור ומרן. וא"ת דעכ"פ חיליה מדברי הש"ס דפ"ק דגיטין וכן בכמה מקומות לעד"ן דאין זה ראיה והוא כי ודאי פרנסה משמע כל מילי אכן רז"ל לפעמים ישתמשו במלה הזאת לענין מזונות וכמ"ש בתענית דף ב' מפתח של פרנסה בידו של הקב"ה דכתיב פותח את ידיך ומשביע לכל חי רצון ופעם ישתמשו בה לענין מלבושין כמ"ש בכתובות דף ס"ח והא ניזונות ומתפרנסות תנן ל"ק הא במיכלא ומשתיא והא בלבושא וכיסויא ופעם ישתמשו בה על כל מה שיצטרך האדם כמ"ש בגיטין ובמ"א והנה מי שבא להוציא שטר על חבירו וכתוב בו לשון זה ואפרנס משמע לשון זה כמה גווני ואין אנו יודעים כוונת בעל השטר על מה כיון אם על המזונות או על הכסות או על כל מה שיצטרך לו וקי"ל בדין דכל ספק

שנופל בלשון השטר יד בעל השטר על התחתונה ואנו תופסין הפשוט תחילה וא"כ אם כתב ואפרנס לחוד יתפרש על המזונות ולא יתחייב כ"א במזונות דוקא ואם כתב איזון ואפרנס שהמזונות כתבם להדיא יתפרש כוונת ואפרנס דקאי על המלבושין ואם כתב איזון ואפרנס ואכסי שהמלבושין כתבם במילת ואכסי אז יתפרש ואפרנס דהכוונה דקאי על כל מה שיצטרך לה כגון רפואה. ובההיא דגטין שפיר הקשה עליו דכיון דאמר דהרב מחוייב לזון אותו ומעלה לו מזונות א"כ אמאי נקט ניזון והול"ל כך הקיטע יד עבדו של חבירו נותן דמי שבתו ורפואתו לרבו והעבד מתפרנס מן הצדקה וכשתבוא להבין שמילת מתפרנס משמעותה מזון ותבוא לפשוט בעיין דיכול הרב לומר לעבד עשה עמי ואיני זנך אז יפרש כוונתו דכאן באה המלה הזאת על ענין רפואה ומאי פרנסה רפואה ומתוך דבריו משמע זה שהרי הוא אומר ורפואתו לרבו ומהיכן יתרפא לז"א שיתפרנס מן הצדקה:

ועכ"פ נראה בנ"ד דאף שנתחייב לזון ולפרנס וחייב ג"כ במלבושים הרפואה אינה בכלל וכמו שכתב מרן בסי' קי"ד שכתב שאפילו המחייב עצמו לפרנס את חבירו אין הרפואה בכלל דלא כהרב ב"ד הנז' אכן נראה דעכ"פ מזונות הקלים הצריכים לחולה חייב להביא לה ולא פטרוהו אלא משכר הרופא ודמי הסממנים הצריכים לחולה אבל מאכלים הקלים לא נפטר מהם וכן כתב הרב ב"ח בתשו' סי' מ"ו וז"ל ונראה דוקא רפואה ממש כגון שכר הרופא לפי דמזונות קיבל עליו ובלשון בני אדם אין שכר הרופא בכלל המזונות ולא דמי למזון האשה והבנים שהב"ד כך התנו לספק צרכיה אבל המזונות שהיא צריכה כל יום ויום אפילו היא חולה צריך לתת לה בכל יום ויום וחיוב בפני עצמו כיון שנתחייב לזונה על שולחנו ותדע שהרי אם בתו או חתנו היו קצת חלשין כמו שחש בראשו או במעיו או בכל גופו היה חייב לתת להם מזונות הראוים לאותה שעה דאין יכול לפטור עצמו מטעם דאדעתא דהכי לא נתחייב דא"כ הו"ל לאתנויי עי"ש הרי דהמזונות הצריכים לה בחולייה מתחייב בהם ולא נפטר כ"א דוק' משכר הרופא ואף שמור"ם בח"מ סי' ס' ס"ג כתב משם מרן בב"י דאם חלה הניזון אינו חייב ברפואתו רק בדמי מזונות כמו שהיה בריא וכתב הלבוש דאינו חייב במזונות של רפואתו כבר נרגש הרב ב"ח מזה וכתב דלא כתבו נן אלא דוקא במי שנתחייב סתם אבל בנ"ד שנתחייב לזונה על שלחנו אפילו היא חולה צריך לתת לה מזונות הראוים לתת לה בימי חוליה לכל עת בזמנו:

ולפ"ד נראה לדקדק דין זה של הב"ח מדברי הרא"ש שהביא הטור בא"ה סי' קי"ד שכתב דמי שמתחייב לזון לחבירו דעתו שיפרנסנו כאחד מבני ביתו ולא שישוהו לרע

מכל בני ביתו וכו' לפיכך כל המתחייב בפרנסת אדם מתחייב לפרנסו כשאר בני ביתו ואם חלה אינו חייב לרפאותו עי"ש ומדלא כתב ואם חלה אינו חייב לרפאותו ולא לתת לו מזונות הראוים לו בימי חלייו משמע דוקא רפואה שהיא צריכה רופא ושכר סממנים אינו חייב להביא לו אבל מאכלים הקלים הראוים לחולה חייב להביא דאל"כ הו"ל להשמיענו רבותא טפי דאפילו מאכלים הקלים הצריכים לחולה אינו חייב להביא לו וממילא משמע דכ"ש רפואה שאינו חייב לרפאותו דאפילו מזון החולים אינו חייב להביא לו וכ"ש רפואה. עוד נראה לדקדק כן מדכתב שחייב לפרנסו כאחד מבני ביתו א"כ כמו שאם חלה אחד מבני ביתו שמביא לו מאכלים הקלים הצריכים לחולה כך האיש שנתחייב לזון חבירו חייב. להביא לו מאכלים הראוים לחולה אבל שכר הרופא והסממנים זה ענין אחר והוצאה אחרת ולא שייך למזונות שנתחייב בהם ומ"ש הרב ב"ד בדעת מרן משמו של הריטב"א דלא כתב שאין חייב ברפואתה אלא דוקא המתחייב לזון לחבירו אבל כשנתחייב לפרנס חייב אף ברפואה ע"ש כי לדעתו מילת פרנסה משמע כל הצריך לה. אכן אין האמת כן בדעת מרן שהרי בא"ה סי' קי"ד פסק להההיא דהרשב"א וכתב שם דאינו מתחייב במלבוש אלא א"כ כתב איזון ואפרנס ומשמע דאפילו כתב ואפרנס אינו מתחייב אלא דוקא במלבוש ולא בכל דבר הצריך לה ובכלל הרפואה אלא דוקא לענין מלבושין וא"כ איך כתב בדעת מרן דלא פטר הרפואה אלא דוקא אם כתב איזון אבל כתב ואפרנס לחוד חייב אף ברפואה:

נאום הצעיר אברהם דיין ס"ט

סימן י

שאלה ראובן נשא אשה ושהתה עמו שבע שנים ולא נתעברה ואחר שבע שנים נתעברה וילדה בן זכר שלם בשערו. ובצפרניו ומל אותו לשמונה ואחר המילה בט"ו יום מת הבן ההוא ותעמוד מלדת והמתין לה עוד שבע שנים אחרות ולא נתעברה ורצה הבעל לישא אשה אחרת עליה באומרו שהדין הוא להמתין לה עשרה שנים והוא המתין לה ארבעה עשר שנים כי הבן שילדה הוא נפל לפי שלא חיה ל"י והיא טוענת דכיון דהבן הוא בן ט' וחיה כ"ג יום ונגמרו שערו וצפרניו א"כ הרי הוא זש"ק וצריך להמתין לה עוד שלוש שנים אחרות ויחדיו למשפט נקרבו האיש והאשה לדעת שורת הדין להיכן נוטה ויבוא שכמ"ה:

תשובה דבר זה כבר דברו בו מגדולי הפוסקים לענין השבון והם הרשב"א במיוחסות סי' יו"ד והביאו מרן בב"י א"ה סי' קי"ח והעלה דהדבר הוא בספק וכל מי שאומר שכל מי

שלא חיה ל"י הוא נפל עליו להביא ראיה ונמשכו אחריו מהריב"ל ח"ג סי' קי"ד ומהר"י בירב סי' מ"ו והמבי"ט ח"ב נ"ה ומהרש"ך ח"ג סי' ע"א אכן עדין יש מקום לומר דכיון שלא חיה ל"י שהוא נפל והוא ממ"ש הטור סי' קי"ח בתקנת טוליטולה וז"ל כשתמות האשה תחת בעלה והניחה ממנו זש"ק בין שיהיה בן או בת וכוונתינו בזש"ק שיחיה אותו זרע בחיי האם ואחר פטירתה ל"י או יותר יחלוקו וכו'. וכתב הרב פרישה אינו ר"ל שיחיה אחר פטירתה ל"י דודאי אם חיה כ"ט יום קודם מיתת אמו ויום אחד אחר אמו יצא מכלל נפל ויש לו דין זש"ק אלא ר"ל דחי ל"י מיום הולדו וגם היה בחיים אחר מיתת אמו ע"כ נראה מדבריו דתקנת טוליטולה היתה שיהיה הזרע שהניחה בן ל"י ואז קרוי זש"ק והנה מרן ז"ל בתשו' ה' גביית כתובה סי' ג' כתב להדיא דמנהג דמשק כמנהג טולי' שכתב להקשות על דברי המבי"ט שרצה להשוות הספרדים עם המוסתערבים בדין א' ממה שכתוב בכתובותיהם והירושה כמנהג ק"ק דמשק וכתב לו מרן דהדבר ק' דהיאך נלמוד מהחלק על הכל שמפני שאנו נוהגים לכתוב בירושה כמנהגם ננהוג בשאר דינין של כתובה כמותם וכבר הוכחתי שאין הדבר כן וכ"ש שגם בירושה אין אנו כותבין כן להיותינו נמשכים אחר מנהגם אלא לפי שמנהג דמשק הוא כמנהג טוליטולה ואין ביניהם הפרש כ"א בשמות וכיון שהכל הוא מנהג אחד תלו הדבר בדמשק כיון דלא נפקא מינה לענין ממונא לא רצו להתוכח בשמות עי"ש. הרי שלך לפניך למרן ז"ל שכתב להדיא כי מנהג דמשק הוא מנהג טולי' ואין ביניהם. הפרש כ"א בשמות דוקא וכבר כתבנו לעיל משם ריב"ה כי תקנת טולי' אם יהיה הבן בן ל"י ובפחות מהני חולקים אלא דלפ"ז קשה לי הדבר למ"ש הוא עצמו משם תשו' הרשב"א שנשאל על ענין ההשבון כשלא חיה ל"י והשיב דבפחות מל"י הוי ספק נפל ואין להוציא מיד הבעל שהוא מוחזק אכן נראה דאין זו קושיא דלא נשאל הרשב"א על תקנת טולי' אלא על מקום שנהגו לכתוב בכתובה שנחלוק הכתובה ונחלוק הנדוניא ולא ידענו עיקר המנהג היאך נהגו בו ועל זה כתב דכיון דלא ידענו עיקר התקנה היאך נעשית והיא בספק אז אמרינן יד בעל התקנה על התחתונה ואין כח להוציא מיד הבעל שהוא מוחזק אבל ודאי בתקנת טולי' שעיקר התקנה נתקנה על אופן זה אם לא יחיה ל"י ואין ספק בתקנה ואז אם יפול הענין שלא חיה ל"י אז חולקים וממילא בתקנת דמשק ג"כ אם יפול ספק כדלעיל חולקין כיון שהוא כמו טולי' ומעתה לפ"ז ודאי לא פליגי הריב"ל ודעימיה על דברי מרן כי הם לא דברו בתקנת דמשק אלא בתנאי שמתנין זע"ז או שנהגו לכתוב כן אבל אה"נ בתקנת דמשק שהיא כתקנת טולי' מודו כ"ע שהוא צריך להיות לבן ל"י ובציר מהכי חולקין ונמצינו למדין כי תקנת טולי' ותקנת דמשק אחד היא וכן מצאתי לרבינו בצלאל בש"ות סי' י"א

שכתב משם רבותיו דתקנת טולי' ודמשק אחד הן ואין ביניהם אלא קימעא ודוחק לומר דהקימעא שיש ביניהם הוא זה דלטולי' בעינן ל"י ואילו לדמשק לא בעינן ל"י. וגדולה מזו מצאתי למהר"א ששון סי' י"ט שכתב שאפילו בספק תקנה יד בעל התקנה על העליונה שכתב וז"ל ול"ן לחלק בזה חילוק נכון והוא דבההיא דהרשב"א מיירי בתנאי שמתנה הבעל עם אשתו ולא היתה שם תקנה וא"כ לפיכך הבעל הוא מוחזק לפי שהבעל הוא יורש דאורייתא וכו' אבל בתר התקנה כיון שהתקנה תקנוה לזכות יורשי האשה ולגרוע כח הבעל א"כ חזר הדין להפך ונאמר שאם יש שום ספק בלשון התקנה כיון שהתקנה נתקנה משום עגמת נפש א"כ הבעל שבא לומ' שאין זה עגמת נפש עליו להביא ראיה ע"ש הרי להדיא דסבר לה מר שאפילו בספק תקנה כיון שעיקר התקנה נתקנה משום עגמת נפש וליפות כח יורשי האשה על הבעל להביא ראיה והרשב"א ודעימיה מיירו בתנאי שמתנה עם אשתו בלתי שום תקנה אלא שקשה לי בזה שהרי במיוחסות כתב להדיא שכתב לה אם לא ישאר ממנה זש"ק כמנהג המקום משמע דהדבר נהוג ביניהם לכל איש ואיש ולאו כתנאי בעלמא שמתנה הבעל עם אשתו ונראה דלאו דוקא נקט כתנאי שמתנה האיש עם אשתו אלא ר"ל שנהגו כן בני העיר מצד עצמן ולא מצד התקנה נגעו בה. ומעתה ע"פי דברי מהרא"ש הנז' יש מקום לישב מה שיש להקשות על דברי הריב"ל עצמו כי לכאורה דבריו סתראי נינהו שהרי הוא ז"ל כתב שאפילו היה הולד בן שנה כיון שלא חיה אחר אמו ל"י יחלוקו יורשי האשה עם הבעל וכ"ש היכא שלא חי אפילו ל"י מיום הולדו שיחלוקו ואילו בח"ג סי' קי"ד בולד שמת בפחות מל"י שאין אנחנו יכולין לצאת ידי ספק ולכן אין להוציא מיד הבעל שהוא מוחזק אכן ע"פי דברי מהרא"ש ל"ק ולא מידי דלא כתב דאפילו היה בן שנה כל שלא חיה ל"י שיחלוקו אלא דוקא בתקנת קושטא שהיא לקוחה מתקנת טולי' אבל ההיא דסימן קי"ד מיירי בתנאי שמתנין הבעל עם אשתו וע"פי האמור דבתקנה בעינן ל"י ובפחות מל"י חולקים א"כ בנ"ד שהיא תקנה ולקחו אותה מתקנת דמשק גם מהריב"ל ודעימיה כולם יודו דבתקנה בעינן ל"י ולא כתבו דאפילו חיה יום אחד שזכה הבעל בכל אלא בנדון דידהו שלא היה תקנה אלא האשה התנית עם בעלה ולזה בספק ן' קיימא יד הבעל על העליונה:

אכן מה שעומד לנגדינו דברי מהר"י בי רב שבסי' מ"ו הנז' שנשאל בכיוצא בזה ושם הכתובה היתה כמנהג ק"ק דמשק ואפ"ה דן את הדין כדברי הרשב"א ז"ל שאין להוציא מיד הבעל שהוא מוחזק אפילו בספק תקנה ועוד דהוא היפך דברי מרן שכתב דתקנת דמשק כתקנת טולי' ולדידיה ספוקי מספקא ליה בתקנת דמשק ומשו"ה אין להוציא מיד הבעל שהוא מוחזק אכן נראה כי מרן חולק על דברי רבו מהריב"ר הנז' כי הוא

רבו שאינו מובהק כי רבו ספוקי מספקא ליה בתקנת דמשק והוא מפשט פשיטא ליה שהיא כתקנת טולי' ונראה דלזה כתב מהר"י בי רב המובא בהמבי"ט ח"א סי' פ"ט וז"ל דע שמנהג דמשק ומנהג טולי' אחד הוא ואין הפרש ביניהם ואם יש ביניהם הפרש הוא מעט עי"ש ואפ' דהיינו הך דל"י דספוקי מספקא ליה אם יקרא זה זש"ק וראיתי להרב פרי הארץ א"ה סי' ה' שהשוה דעת מרן לדעת מהר"י בי רב ולא ידעתי מנ"ל הא שהרי מרן בתשו' כתב להדיא שתקנת דמשק ותקנת טולי' אחת הן ואין הפרש ביניהם כ"א בשמות ואילו מהר"י בי רב כתב שיש מעט הפרש ביניהם ועוד שכתב להדיא שלענין ממון לא יש הפרש ביניהם ואם איתא שיש הפרש ביניהם לענין הל"י א"כ אמאי נהגו לכתוב כמנהג דמשק וישנו את מנהגם הקדום כיון שיש הפרש ביניהם לענין ממון. אכן נראה לע"ד כי הרב פרי הארץ לא נחית לדקדק בדבריו כיון דאינו ענין לנדון דידיה ועיקר ראייתו מהם שלא זכרו ענין המתנות אבל ודאי דיש חילוק בין דברי מהר"י בי רב ובין. דברי מרן ונראה דלזה כיון מהריק"ש בס' ערך לחם שהורה לנו דברי מרן שבתשו' ה' גביית כתובה וכתב ויש חולקין ולא כתב מי הם החולקים. אכ"ן דכיון על דברי מהרי"ב הנז' דכתב דיש הפרש ביניהם מעט וכ"כ ג"כ רבינו בצלאל בש"ות סי' י"א ומהריק"ש שם ציין על דברי מהרשד"ם שבסי' קל"ד ונראה דכוונתו להביא סייעתא מדבריו במה שכתב שם על מה שנהגו לכתוב בכתובות שיחזיר חצי הנדוניא כשלא הניחה זש"ק וכתב המנהג זה יצא לנו מתקנת טולי' אע"פי שאין אנו נוהגים לגמרי כמנהג טולי' בכל הדברים אמנם בענין ההשבון של חצי הנדוניא יצא לנו משם עי"ש. והנה הטור בסי' קו"ח הביא לנו תקנה זו של טולי' וכתב ואם לא הניחה זש"ק וכו' ונחשוב כאילו הוא נפטר בחייה לענין שיזכה היורש בירושתה בחצי משמע בפי' שהיורשים במקומה הם עומדים וכל הזכות שיש לה בכל יש להם בחצי ואחר שהיא אומרת כלי אני נוטלת כך הם עי"ש. הרי להדיא סייעתא כדברי מרן שמצינו בענין השבון חצי הנדוניא שהיא לקוחה מתקנת טולי' אנו נמשכין בכל דיני ההשבון כתקנת טולי' ולזה למד מהרשד"ם בענין שכלי אני נוטלת שגם היורשים שלה בשאר התקנות ג"כ יכולין לטעון כן ולא אמרינן דלא השוו אלא לענין שחולקין חצי הנדוניא אלא לכל מילי השוו מדותיהן לתקנת טולי' כדברי מרן וממילא בענין הל"י גם בתקנת דמשק בעינן ל"י כתקנת טולי' אלא דלפ"ז קשה לי במ"ש הוא עצמו מהרשד"ם בא"ה סי' קצ"א שנשאל בנדון כיוצא בנדון דידן ושם היה כתוב כמנהג ק"ק דמשק אלא ששם חיה הבן ל"ג יום והעלה דודאי כיון שחיה יותר מל"י ודאי שזכה הבעל אלא שאם מת ביום ל' ממש הוי ספק ותלו דין זה בלשון הכתוב בכתובה כמ"ש הרשב"א שאם כתוב וכו' עי"ש. הרי דלא פשיט ליה אלא משום שחיה יותר מל"י

הא אם לא חיה ל"י נראה כיצד הלשון כתוב בכתובה ואם איתא דשאר תקנות שלקוחות מתקנת טולי' אזלינן בהו כמו טולי' א"כ בנדון דידיה הו"ל לומר דאפילו בפחות מל"י יחלוקו כתקנת טולי' ולמה זה כתב דאם מת ביום ל' דספיקא הוי ואין מוציאין מיד הבעל שהוא מוחזק אכן נראה לי דכוונתו היא לומר דמ"ש שאם מת ביום ל' שדוקא נקט הכי אם מת ביום ל' דספיקא הוי לפי שכיון שחיה כ"כ ימים קרוב לודאי לומר שאין זה נפל ומשו"ה יש להסתפק בו ואין מוציאין מיד הבעל שהוא מוחזק אבל אם מת בתוך ל"י בזה לא מיירי הרב ולא עסיק ביה וגילה דעתו בזה הענין במה שהורה לנו בסי' קל"ד ששאר תקנות הם לקוחות מתקנת טולי' ושם מבואר הדבר להדיא דבעינן ל"י ואז יזכה הבעל ונראה דלזה דקדק בדבריו וכתב אבל אם מת ביום ל' ממש ולא כתב דאפילו מת ביום ל"י דספיקא הוי דהוה אשמועינן רבותא טפי דאפילו חיה עד ל"י הוי ספק נפל וכ"ש אם מת בתוך ל"י אלא ודאי נראה שבדוקא נקט הכי שאם מת ביום ל' ספיקא הוי אבל אם מת בתוך ל"י אינו ספק אלא ודאי שהוא נפל לדעת טוליטולא:

ולזה תמצא להרב החבי"ב שכתב מת ביום ל' ספיקא הוי ותלוי בלשון הכתוב בכתובה כמו שכתב מהרשד"ם כנראה להדיא דהרשד"ם לא מיירי אלא ביום ל' ממש וע"פי דברי מהרא"ש הנז' דבתקנה יד בעל התקנה על העליונה א"כ בתקנת דמשק כ"ע מודים דיד הבעל על העליונה בכל ספק שיסתפק לן ונמצא דמהר"י בי רב יחיד בסברתו אכן נראה דזה אינו שהרי מצינו למרן בסי' קי"ח וכתבו כן כמה מהפוסקים דבדבר התקנה הבאה להפקיע ירושת הבעל שהיא דאורייתא יד הבעל על העליונה והבא להוציא מידו מכח התקנה ידו על התחתונה אכן נראה לומ' דאף דדבריו שבתשו' ספיקא הוי בפי' אם נאמר דכוונתו דתקנת דמשק כמו תקנת טולי' לכל ענין או נאמר דוקא לענין חזרת חצי הנדוניא ומידי ספקא לא נפקא מ"מ מאחר שמצינו למהר"א מונסון ז"ל שהעיד משם מהרלב"ח שמנהג ירושלים הוא כמנהג דמשק דבעינן ל"י ואז יזכה הבעל בכל הא לא"ה חולקין א"כ אדרבה כדי להשוות הסברות ולא להרבות במחלוקת אין לנו לומר דמרן פליג על דברי הרלב"ח וגם מהר"ם גלאנטי בסי' ק"ב כתב ג"כ שמנהג דמשק דבעינן ל"י הא לא"ה חולקין דוחק הוא לומר דפליג על דברי רבו מרן ז"ל אלא יש לנו להשוות הסברות כל מאי דאפשר כדי דלא לאפושי בפלוגתא וכמו שכן מצאתי להרב מטה יוסף בח"א סי' יו"ד בדף ק"ב שכתב דפוסק שסובלין דבריו ב' פירושים ויש פוסק שבאו דבריו בפירוש שאינו יכול להוציא מן הספק ואפילו להחזיק במה שבידו אינו יכול לומר קי"ל כדי להחזיק מן הספק כיון שיש מאן דפליג עליה בהדיא ואדרבה טפי אית לן למימר דהאי פוסק נמי הכי ס"ל כאידך פוסק שלא להרבות במחלוקת ואף שיהיו צריכים לפרש

דבריו על צד הדוחק יש לנו לדחוק את עצמינו ולפרש דבריו עי"ש. הרי שאפילו שאנו צריכים לדחוק משוים הסברות כ"ש בענין זה שאין אנו צריכים לשום דוחק אם נאמר כי מרן סבר לה מר כדברי הרלב"ח ואף שבנ"ד הרשב"א והנמשכים עמו פליגי בדבר נראה דהרשב"א לא פליג על תקנת טולי' שמעיקרא הכי נתקנה שדוקא אם יחיה ל"י וא"כ כיון שמצינו למהר"א מונסון שהביא משם מהרלב"ח דבעינן ל"י ואז יזכה הבעל וגם מהר"ם גאלנטי סבר כן ודאי אית לן למימר דמרן שכתב דתקנת טולי' ותקנת דמשק אחת היא ודאי דאמרינן דשוים ג"כ בענין הל"י דבפחות מל"י חולקין עם הבעל כעדות מהרלב"ח ומהרמ"ג ולא כדעת מהר"י בי רב דספוקי מספקא ליה ואף מהרי"ב עצמו אילו הוה שמיע ליה שכך הוא המנהג כעדות מהרלב"ח היה חוזר בו:

איברא שראיתי למהר"ם אלשיך ז"ל בסי' ט"ו דספוקי מספקא ליה בדעת רבו מרן ז"ל אי תקנת דמשק כמו טולי' וזה ממ"ש מרן בב"י באשה שמחלה לבעלה חצי ההשבון ודקדק הרא"ש מדברי התקנה שאינה יכולה למחול וכתב מרן דאין ללמוד ממנה לתקנה אחרת שאינה כתובה באותו סגנון וכתב מהר"ם הנז' דשמא מנהג סגנון דמשק באופן אחר עי"ש כנראה מדבריו דתקנת דמשק אינה כתקנת טולי' וזה אינו ממ"ש מרן ז"ל בתשו' דתקנת דמשק ותקנת טולי' אחד הם ואין ביניהם אלא השמות ואפשר עוד לומר דלא כתב מרן ומהר"ם דספוקי מספקא ליה אלא בדבר שבא מכח דקדוק לשון התקנה וע"כ אין לדקדק כן לתקנה אחרת אלא כעין נ"ד שכתוב בתוך התקנה זש"ק וכווניתנו בזש"ק שיחיה ל"י אז ודאי יש ללמוד ממנה לתקנה אחרת אעפ"י שאינה כתובה באותו סגנון ממש אלא דומין זה לזה אז דנין הדבר שמפורש באותה תקנה להדיא כתקנה האחרת אכן לא יעלה לנו מזור מכל הנז' להוציא מידי הבעל שהוא יורש דאורייתא אכן נראה שעכ"ז יש להפך בזכות יורשי שלא התנו עליו אלא שנהגו כך הוה סגי ובכל אלו הדברים מנהג המדינה עיקר ועל פיו אנו דנין גם מהרש"ך ח"ג סי' ע"א כתב דאם יש מנהג הולכים אחריו אם כתוב ע"פי חכמי התקנה ובנ"ד נראה דמנהג דמשק נעשה עפ"י ב"ד לא מכח שנהגו כך וכ"כ המבי"ט ח"ב סי' נ"ה שאם היה מנהג קבוע הולכים אחריו מעתה צריכים אנו לתור ולחפש באמתחת הפוסקים במנהג של בני דמשק כיצד הוא:

ומצאנו ראינו למהר"י בי רב סי' נ"ו שכתב וז"ל ודע שלשון התקנה המקובלת מהנגידים שעברו והחכמים וכן מנהגם במצרים לפרש התקנה בכל הכתובות או רובן בזה האופן ועוד קבל עלוהי חתנא דנא דאם ח"ו תפטר הכלה בלא ולד חי מיניה דכר או נוקבא די הדרי פלגי מאי דמשתייר מנדונייתא לירתא מבית אבוהא ע"כ. נראה מדבריו אלה שמנהג בני דמשק דכל שחי הולד אפילו שעה אחת אין ליורשי האשה כלום אלא הכל

לבעל כיון דעכ"פ תנאם היה שיחיה ולא יולד מת וכן העתיק הלשון מהרש"ו והביאו הרב יד אהרן בסי' קי"ח אכן נראה לפקד"ן לומר שלא העיר כלום מהר"י בי רב על מנהג דמשק בענין הל"י דאם הוא מעיד על ענין ל"י שכך הוא שכותבין בלא ולד חי מיניה ומינה משתמע דאם חי מיניה אפילו יום אחד יספיק א"כ למה כתב שם בנ"ד דאם הוא מסתם ולדות שאין אנו יודעים אם כלו לו חדשיו אם לאו מי שיאמר שלא כלו לו חדשיו עליו להביא ראיה דמשמע מזה שלפי שהדבר בספק והם באים להוציא מיד הבעל שהוא מוחזק משו"ה עליהם להביא ראיה הרי אפילו את"ל שלא כלו לו חדשיו והוא נפל עכ"פ כיון שהתנו בכתובה שיחיה ולא קצבו הימים א"כ זה שחיה אפילו מעט הרי נתקיים תנאם ומה זה שכתב בסוף דבריו א"כ בנדון שלפנינו שהוא ב"ק יחזור לדין תורה שהבעל יורש את אשתו והרי בנ"ד אפילו שהוא ספק ב"ק עכ"פ ספק אם חיה לא מספקינן ועינינו רואות שחיה והתנאי בכתובה כך הוא חי מיניה אלא ודאי נראה פשוט שאף שכותבין בכתובה חי מיניה הכוונה חיות ממש שיקרא חי ב"ק וזה שמת אנו מסופקין אם הוא ב"ק כיון שלא חיה ל"י ולכן אנו חוזרין לד"ת שהבעל יורש את אשתו כיון שלא יצא מכלל נפל ואם נאמר שכוונת חי מיניה היינו שכלו לו חדשיו ואז כיון שכלו לו חדשיו אפילו מת בתוך ל"י זכה הבעל בכל ז"א שהרי אם כלו לו חדשיו לא ידעינן בזה אלא דוקא כשבעל ופירש אבל בסתם ילדות לא ידעינן אם כלו לו חדשיו אם לא וא"כ בנ"ד שהיה הענין כסתם ילדות כמ"ש הוא עצמו זכה הבעל שהדבר בספק והוא מוחזק ואין. אנו יודעים אם כלו לו חדשיו ולאו משום שכן כתוב בכתובה ולד חי ואפ"ה אילו הוה שמיע ליה מהרי"ב הנז' עיקר מנהגם של בני דמשק או שמנהגם שאפילו חיה יום אחד יזכה הבעל בכל או דוקא עד שיחיה ל"י לא היה כותב כן אלא משמיענו חידוש גדול שאפילו היה מוחזק היו מוציאין מידו או אם היה בהיפך שאפילו יורשי האשה היו מוחזקין מוציאין מידם:

ואיך שיהיה נמצינו למידין שמדברי מהרי"ב הנז' אין ללמוד מהם שום דבר למנהגם של בני דמשק כיצד הוא כיוצא בנ"ד וספוקי מספקא ליה בדינא ומצאתי ראיתי להר"א מונסון ז"ל הובא בספר אדמת קדש ח"א סי' ל"ג שהביא עדות מזקן וחכם אחד ששמע ממהרלב"ח וז"ל הזקן. נדרשתי אם נודע אלי מה שכותבין בכתובה והירושה כמנהג ק"ק דמשק כיצד הוא המנהג ולכן באתי להודיע מה שראיתי משם מורי מהרלב"ח וז"ל כשבאתי לפע"הק ירושלם תוב"ב מצאתי שהיו כותבין והירושה כמנהג דמשק ודרשתי וחקרתי על מנהג ירוש' ומצאתי שהוא כמנהג דמשק אז גזרתי שאין לכתוב אלא כמנהג ירוש' ת"ו שאין לתלות הגבירה בשפחה וכך הוא המנהג שכל אשה שתמות בחיי בעלה

ולא הניחה ולד של קיימא דהיינו שנתקיים ל"י יחלוקו יורשי האשה עם הבעל בכל הנמצא להם ולראיה ח"ש יהודה מסעוד גם אני הבא על החתום שכך היה מקובל אצלינו מעולם שמנהג דמשק הוא שאם תפטר האשה בלי זש"ק יחלוקו וכן שמעתי מפי מורי מהר"א אלשקר ופי' זש"ק וכו' הצעיר א' אשר ע"כ הרי מצינו למהרלב"ח והבאים אחריו שהעידו על מנהג דמשק דבעינן ל"י ואז יצא מכלל נפל וקודם לכן הוי נפל וחולקים. וכן ראיתי למהר"ם גאלנטי בסי' ק"ב בתוך דברי השאלה שהעיד על מנהג דמשק וז"ל ומנהג דמשק שכותבין בשטר הכתובה כשיניח זש"ק שהבעל יורשה כדין תורה דהיינו ל"י וכשאין לו זש"ק יחלוקו עי"ש הרי שהעיד על מנהג דמשק שאין יורש את אשתו אלא דוקא כשהניחה זש"ק דהיינו שחיה ל"י. אך באמת עדין הדבר קשה על מהרי"ב ז"ל שהוא מרא דארעא דישראל איך לא ידע בטיב מנהג דמשק שהיא קרובה אליו וספוקי מספקא ליה אכן לפק"ד אמינא ולא מסתפינא והוא כי בתחילה היו כותבין שאם תפטר האשה בלא ולד חי מיניה. ואחרי זה חזרו להיות משנים לשון זה בלשון אחר שכתבו הרלב"ח והרמ"ג שאם לא הניחה זש"ק דהיינו שנתקיים ל"י וכך תיקנו והנהיגו לכתוב כן מכאן ולהבא בכל הכתובות לשתי סיבות האחת משום כי קשה בעיניהם הדבר לכתוב כן בעת הכלה בחופתה לכתוב בהדיא שאם תפטר הכלה בלא ולד חי מיניה ולאו מסמנא מילתא ועוד כי אפשר שפעם אחת קרה להם מקרה אשר לא טהור כיוצא בנ"ד ובאו לדין כמו שבאו לפני מהרי"ב ופסק להם הדין כי הדבר בספק וזוכה הבעל שהוא מוחזק ויורש דאוריותא והיה הדבר קשה בעיני החכמים ובעיני העם שיזכה הבעל בכל הנדוניא ע"י ילד שחי יום אחד ואבי האשה שורו טבוח לעיניו ותם לריק כחו ולכן לשתי סיבות אלו עמדו ותקנו שמכאן ולהבא שיבארו בכתובה שאם לא הניחה זש"ק שנתקיים ל"י ובין כך נסתמו הדברים מעט ממה שהיו כותבין בתחילה שאם תפטר וכו' וביארו ג"כ הל"י וזה מוכרח לע"ד דאל"ה איך העיד מהרלב"ח על הנוסח הנז' היפך ממה שכותבין זה רבות בשנים אלא ודאי נראה כדאמרן כי נשתנה המנהג אחר מהרי"ב וכן ראיתי ג"כ להרב לב שלמה בסי' כ"ט שכתב כן וז"ל כיון שנכתב זש"ק צריך שיחיה ל"י והכרח לזה ממה שבא בשאלה למהרמ"ג וכתב ואע"פי שמהרי"ב הביא לשון התקנה של דמשק כמו שיתבאר לקמן מוכרח שנשתנה המנהג מזמן מהרי"ב וחזרו להיות מפרשים הדבר בכתובה בבירור שכותבין בדמשק זש"ק שנתקיים ל"י עי"ש הרי דכתב הרב להדיא דאין זה רחוק מהמציאות לומר שנשתנה המנהג ממה שהיו נוהגים בזמן מהרי"ב אלא דלפ"ז עדין יש לדקדק דאמאי לא כתב מהרי"ב דאם יש מנהג הולכים אחריו והיה אפשר לומר דכוונת מהרי"ב לומר דבכה"ג לא יועיל מנהג משום דדבר דלא שכיח הוא שתמות האשה

בעת לדתה ואח"ך ימות הבן בתוך ל"י ולא יהיה לה בן אחר בלעדו וכבר כתב הריב"ש סי' תס"ג גבי מינקת חבירו שאין לומר בה מנהג לפי שאינו תמידי וכן כתבו שאר הפוסקים אכן אם כנים אנחנו בזה נשארו דברי מהרי"ב יחידי בזה נגד כל דברי הפו' שכולם כתבו דאם יש מנהג הולכים אחריו ואפילו להוציא מן הבעל ולכן נראה הדרך הא' יותר נאות ומוכרח הוא דאל"כ ישאר מחלוקת במציאות דאילו מהרי"ב הגיד משם הח' והנגידים שכן כותבין וכן כתב מהרש"ו ואילו מהרלב"ח והרמ"ג העידו שאין כותבין כן אלא נוסח אחר והוא מחלוקת במציאות אלא ודאי כדאמרן כי נשתנה המנהג והנוסח ממה שהיו כותבין בתחילה וחזרו להיות מבארים דבריהם וכדברי הרב לב שלמה הנז'. ולפי האמור לענין ירושה זכה הבעל ויורשי האשה שניהם יחד יחלוקו וראיה ממ"ש לעיל משם מרן בתשובות א"הע דתקנת טוליטולה ותקנת דמשק אחד הן ואין ביניהם אלא השמות ולא יש ביניהם נפקותא לענין דינא בממון ומרן ז"ל אבי התעודה אילו היה רואה קצת חילוק ביניהם לא היה מניח לנו מקום לטעות והיה אומר תקנת טולי' ודמשק קרובות הן ועוד דהרב שבות יעקב בסי' ק"ט שנשאל כיוצא בנ"ד ולמד מתקנת טולי' בנ"ד וכתב דיש ללמוד סתום מן המפורש דתקנת טולי' שהובאה בטור סי' קי"ח מפורש כוונותיהם כן להדיא דלא הוי ב"ק עד שיחיה ל"י וא"כ יש ללמוד ג"כ לענין תקנת טו"ודמ דודאי היה. כוונתם על מה שנקרא בלשון ב"א ב"ק ע"ש הרי אפילו על הסתם למד מתקנת טולי' א"כ כ"ש בנ"ד שכתב מרן להדיא דשוים דמשק וטולי'. ועוד ראיה במ"ש לעיל משם הרלב"ח והבאים אחריו גם מדברי הרמ"ג שהעיד על מנהג דמשק ועוד מדמצינו להרב אדמת קדש שהביא דבריהם להלכה בלתי שום חולק ולא כתב שעכשיו ג"כ נשתנה המנהג בז"הז נראה דכ"ע יודו בזה הן עוד היום וכן תמצא להרב פרי הארץ בח"ב א"ה סי' ה' שגם הוא היה איש ירושלים ובקי במנהג והביא דברי מהרלב"ח משם מהר"א מונסון כדבר האמור לעיל וכ"ת הרי מהרי"ב ז"ל ספוקי מספקא ליה במנהג דמשק ואין מוציאין מיד הבעל שהוא מוחזק וא"כ יכול הבעל לומר שקי"ל כמהרי"ב נלע"ד דאין זו טענה חדא דכבר כתבנו דמוכרחים אנחנו לומר שנשתנה המנהג והנוסח מזמן שהיה בימי מהרי"ב ועוד דהא ודאי מהרי"ב עצמו ספוקי מספקא ליה ושאר הרבנים הנז' מפשט פשיטא להו וכבר מצאנו ראינו למהריב"ל בח"א סי' צ"ט שכתב דמהר"ם בדין השכנים ספוקי מספקא ליה אי דמיא לצייד השולה דגים וכו' וכתב דהכא להוציא צריך ראיה ברורה וכתב מהריב"ל דאין יכול לומר קי"ל כמהר"ם בספיקו כיון שהגאונים חולקים עליו עי"ש. גם בנ"ד אין יכול לומר קי"ל כמהרי"ב בספיקו כיון דמהרלב"ח ודעימיה מפשט פשיטא להו בתקנת דמשק:

והנה הרב פמ"א הקשה על מהריב"ל מיניה וביה ממ"ש בסי' י"ג והרב חשק שלמה בכללי הקי"ל אות כ"ו תי' דבשלמא כשהספק הוא בלשון הפוסק בפי' דבריו יכול המוחזק לומר קי"ל דלזה נתכוון אבל ההיא דסי' צ"ט דמהר"ם עצמו ספוקי מספקא ליה ומשו"ה כתב דאין להוציא מיד המוחזק ודאי דכל כי האי אין ספק מוציא מידי ודאי עי"ש הרי דכ"ע מודו דכעין נ"ד שהספק ההוא הפוסק עצמו מסופק בו ומשו"ה כתב דאין להוציא מיד הבעל אין ספיקו מוציא מידי ודאי של כל הפוסקים. ואף דבסברא זו כתב הרב זכור לאברהם ח"ג בכללי הקי"ל שהרב תורת חסד כתב ס"סי קל"ז דפליג על זה וס"ל דאף בכ"הג אין מוציאין מיד המוחזק אחר המחי' מהרב זל"א שאין דמיונו עולה יפה דלא כתב כן הרב תורת חסד אלא בנדונו דהריטב"א בתשו' מפשט פשיטא ליה שאין להוציא מיד המוחזק ובחידושיו נסתפק אם תועיל התפיסה וא"כ ודאי דעל הספק אין להוציא מיד המוחזק כיון דבמקום אחד פשיטא ליה אבל בנ"ד שמהרי"ב ספוקי מספקא ליה ולא יש פשוטה לפניה ולא לאחריה ודאי בכה"ג אין ספיקו של מהרי"ב מוציא ודאי של שאר הפוסקים וכ"ת דבנדון מהרי"ב אין הספק מצד סברת הפוס' אלא מצד שאין אנחנו יודעים בו אם הוא בר קיימא אם לאו נראה דגם בנ"ד הספק מצד הפו' שהרי הרמ"ג מפשט פשיטא ליה דבן קיימא לא יקרא עד שיחיה ל"י ומהרי"ב ס"ל דחי מיניה וב"ק תרווייהו ספיקא הוי וגם מהרלב"ח ודעימיה ס"ל דגם עיקר תקנה של דמשק היתה על אופן זה שיחיה ל"י ואף שהרב דבר משה ח"א בא"ה סימן מ"ו שנשאל אם יקרא זש"ק בפחות מל"י ופסק כדברו מהרי"ב נראה דלא כתב כן אלא בנ"ד שהיה כתוב בכתובה התנאים כפי הסכמה שבעיר ובהסכמה ספוקי מספקא ליה ומנהג לא נודע לו ומשו"ה הוצרך לדינו של מהרי"ב אבל בנ"ד דמרן עצמו כתב דתקנת דמשק וטולי' חדא היא וגם מהרלב"ח ודעימיה כתבו דכן המנהג וגם הרמ"ג כן כתב מי יקל ראשו לעשות היפך דבריהם ומה גם דאיכא שבועת ה' ביניהם דנשבע החתן לקיים התנאים הנז' בכתובה והרי קי"ל ספק שבועה להחמיר ועם שמהריב"ל בח"ג סי' קי"ד כתב דאין לחייב לבעל מכח שבועה דכבר הכריע בכמה מקומות דאמרינן קנין אין כאן שבועה אין כאן כבר מצינו למופת הדור מהר"י חזן בס' חק"ל א"ה סי' מ"ג שכתב דהכרעת כל האחרונים להחמיר עי"ש שלא כדברי מהריב"ל והוקשה לו מדברי מהרש"ך ח"ג סי' מ"ח שכתב שבתנאי ההשבון שסובל שני פי' יכול המוחזק שהוא הבעל לומר להכי נתכוונתי ופטור גם מצד השבועה והוא ז"ל תי' שיש חילוק בין נשבע ע"י עצמו ובין נשבע ע"י בקשת חבירו עי"ש. ועוד נלע"ד לתרץ דבנ"ד דכ"ע ידעי לה להאי מילתא בתורה שבע"פ

שכל זמן שלא חיה ל"י הוא נפל ואף בנ"ד הבעל יודה שכך הוא המנהג א"כ איך יוכל עכשיו לומר לא כך נתכוונתי ודבריו סתראי נינהו ויכניס עצמו בספק שבועה החמורה: **ומצינו** למהרש"ך ח"ג סי' מ"ח שכתב דמה שנהגו לכתוב שיחיה הולד אחריה ס' יום או צ' יום אין זו סתירה לתקנת טולי' כי אדרבה מייפים ומחזקים תקנת טולי' במה שכוונו לזכות וליפות כח יורשי האשה כי בזמנם לא היתה כ"כ גדולה הנדוניא כמו הנדוניא שהורגלו ליתן אחר אותו הדור ובפרט בזמנינו זה ולכן ראו כי בזמנם שלא היתה הנדוניא גדולה יספיק שלא יהיה להם עגמת נפש בל"י אמנם בדורות שבאו אחריהם שנותנים נדוניא בסך גדול התקינו שיהא הזמן גדול או ס' יום או צ' יום. והנה כפי הנשמע מרוב המקומות אשר שמענו את שומעם נהגו לכתוב ל"י ואין פוחתין מזה הזמן אמנם יש שמוסיפים עי"ש וא"כ בז"הז שאבי הכלה נותן נדוניא גדולה לחתן ויש שמוסיפים ונותנים קונטאנטי היה ראוי להוסיף על הימים ולהתנות שיחיה הולד ד' חדשים או יותר כדי שלא יהיה להם עגמת נפש לאבי הכלות ושורו טבוח לעיניו א"כ כשלוקח הבעל הכל בבן שחיה יו"ד ימים ואפילו למילה לא זכה אם הוא כחוש ודאי שאין לך עגמת נפש יותר מזה וגם כי צריך הבעל להכניס עצמו בספק שבועה החמורה בשביל ממון הקל וכן מצאתי ג"כ להרב כנסת יחזקאל סי' ס"א שנשאל על כיוצא בזה ועלה בהסכמה דהדין עם יורשי האשה הן מצד שכותבין זש"ק ומשמע קיימא בלתי שום ספק ועוד דהא קבלו קנין סודר על ככה ובכל כח נדרש השטר עי"ש. ואף שהרב עבודת הגרשוני בסי' ס"ח נשאל ג"כ כיוצא בנ"ד ומסיק ג"כ שהבעל איני מוחזק מכח ספק בתקנה הנעשה בחרם אמנם מסיק שם מאחר שיש קצת דיעות דלא אמרינן ספק חרם כי אם באיסור אבל לא בממון על כן יש לפשר ביניהם עי"ש. וכבר כתב הרב כנסת יחזקאל דלא כתב כן אלא בנדון דידיה שלא היה שם קנין סודר משא"כ למנהגינו שיש קנין סודר עי"ש. וכ"כ ג"כ הרב לב שלמה שם דאפילו לא יתברר המנהג כל שיש שבועה ספק שבועה להחמיר ואף שהרב נחלת שבעה בסי' פ"ב נשאל בנ"ד והעלה דהבעל הוא מוחזק ואין להוציא מידו כבר הוא עצמו כתב שהוא לא חידש שום דבר ממנו אלא שהעתיק דברי מהריב"ל ומהרש"ך והמבי"ט וכבר כתבנו לעיל כי מהריב"ל ודעימיה אינו ענין לנ"ד גם הרב שבות יעקב סי' ק"ט אזיל ומודה לדברי הרמ"ג וכתב שכן כתב מוח"ז מוהר"ש הלכה למעשה ושכן כתב הב"ש סי' ב"ן ס"ק י"ח ועלתה הסכמתו שבתנאים שמתנים זע"ז וכן לשון התקנה ודאי הולכין אחר לשון ומנהג ב"א וכל שלא חיה ל"י נקרא נפל עי"ש:

אך זהו שקשה בדבריו דהא ודאי אפילו לפי טעם זה מידי פלוגתא לא נפקא ואיך נוציא מיד הבעל שהוא מוחזק ואם נאמר דהרב שב"י הנז' מיירי שלא היה הבעל מוחזק

בנכסים ומשו"ה זיכה הרב בנדונו ז"א שהרי בשאלה כתב להדיא שהיה הבעל מוחזק בנכסים ויורשי האשה באים להוציא מידו ועל נדון זה זיכה הרב שם ליורשי האשה כדעת מוח"ז מהר"ש שהיה מפורסם בהוראה והלכה כמותו בכל מקום אך לפק"ד נראה לומר דכוונת הרב ז"ל לומר דאם לשון ב"א רגילין בדבר אנו הולכין אחריו וזה פשוט בפוסקים. ובנ"ד עכשיו אנו רואים שהם רגילין לומר דכל שלא חיה ל"י נקרא נפל ואין מחשיבין אותו לזש"ק לכן על כיוצא בזה כתב הרב כיון דמרגלא בפומייהו דאינשי שזה הילד לא יקרא בר קיימא כלל אנו אומרים לשון ב"א עיקר והולכים אחריו דעל זה היה תנאם בכתובה מעת הנישואין שיחיה ל"י אבל אם לא חיה ל"י נקרא נפל אבל ההיא דמהריב"ל ודעימיה מיירי בתנאים שמתנים ב"א זה עם זה אך אשגרת לשונם בבן פחות מל"י מהו נקרא אצלם זה לא נתברר לנו ומשו"ה פסקו דאין להוציא מיד המוחזק ואף שמהריב"ל והמבי"ט כתבו שהזקנים שבדור אמרו להם שבדעתם לא יקרא זש"ק אם לא חיה ל"י נראה דהתם הזקנים משפט שפטו בדעתם דכל שלא חיה ל"י לא יקרא זש"ק אבל לא היה מרגלא בפומייהו דאינשי כעין נ"ד לומר דאם יפול ענין כיוצא בנ"ד שלא יקרא זש"ק בפחות מל"י אבל בההיא דהרב שב"י שהיה הענין כנ"ד כמו שבא בשאלה שיודעים בני אדם שאם יפול ענין כיוצא בנ"ד שלא חיה ל"י שזה לא יכנס בסוג אדם וכמו שאין מתאבלין עליו וקוברים אותו אצל נפלים כמו כן לענין חלוקת ההשבון חולקים הבעל ויורשי האשה כאילו לא הניחה זרע כלל ועל כיוצא בזה כתב הרב שב"י דלשון ב"א כן הוא לזה פסק מהר"ש דחולקין כן נראה לישב דברי השב"י בדרך פשוטה וכן ראיתי ג"כ להרב לב שלמה בסי' כ"ט שגם הוא נשאל כיוצא בנ"ד וזיכה ליורשי האשה לחלוק ביחד מטעם דלשון ב"א כל שלא חיה ל"י נקרא נפל ואינו זש"ק והביא סמוכות לזה מדברי הריב"ש סי' ר"ז שכתב דבכל ענייני השטרות הולכין אחר לשון ב"א והביא עוד ראיה מדברי המבי"ט והרמ"ג דס"ל דכל שלא חיה ל"י לא יקרא זש"ק בלשון ב"א וכתב עוד והנה מוכרח אליבא דכ"ע דאם בלשון ב"א לא יקרא זש"ק אלא א"כ שהה ל"י ליכא מאן דפליג שהדין עם יורשי האשה דבשטרות הלך אחר לשון ב"א שכבר כתבנו דראיות הריב"ש ראיות חזקות ולא מצינו מי שחולק עליו א"כ מוכרח דהרבנים הנז' סברי דאפי' בלשון הדיוט כיון שנולד בשערו ובצפרניו קרו ליה זש"ק עי"ש. א"כ לפ"ז בנדון דידן שלא ידענו אם נגמרו שערו וצפרניו מידי ספק לא יצא ואין להוציא א מיד הבעל שהוא מוחזק אכן בסוף דבריו כתב שמדברי הרב המבי"ט מוכח שאילולי כתוב בשאר הכתובות שיחיה ל"י א"כ נראה שלשון זש"ק לחוד לא יספיק לשיו בן ממנו שיחיה ל"י אכן לולי. זה היה מזכה ליורשי האשה מסיבת כי שאלו לזקנים ואמרו כי לפי

דעתם לא יקרא זש"ק בפחות מל"י וכתב בסוף דבריו נמצינו למידין בנ"ד אם המנהג בכל הסביבות לכתוב ג"כ זש"ק הדין עם יורשי האשה כמו שהוכחנו שבלשון הדיוט כל שלא שהה ל"י אין נקרא זש"ק כמ"ש המבי"ט ובשטרות הלך אחר לשון ב"א עי"ש. וכוונתו מבוארת דר"ל דע"כ לא פליגי מהריב"ל ודעימיה וזכו לבעל אלא בנדון דידהו שהיה בשאר הכתובות כתוב שיחיה ל"י ובאותה כתובה אין כתוב כ"א זש"ק לבד ומשו"ה לא משמע מינה שיחיה ל"י אבל היכא דנהגו לכתוב בכל הכתובות זש"ק הדין עם יורשי האשה דאזלינן בתר לשון ב"א ואף שבנ"ד לפי דברי הרמ"ג היו כותבין זש"ק דהיינו שיחיה ל"י נראה דהאי ל"י שכתב לאו בכתיבה הוא שכך היו כותבין אלא כך הוא מנהג פשוט ואף את"ל שכך היו כותבין בכתובה גם בזה כבר כתב הרב לב שלמה דזכו יורשי האשה מטעם הרמ"ג ולא מצינו חולק בפי' ואף שבנ"ד עכשיו בז"הז אין כותבין כלום כ"א דוקא והירושה לחצאין כמנהג ק"ק דמשק מ"מ כיון דמעיקרא היו כותבין כן לפי עדות הרמ"ג לזכות יורשי האשה אם כן גם עכשיו שאין כותבין כלום ודאי כוונתם על לשון זה המובא בספרי הפוסקים:

פש גבן לברר מה שבא בשאלה שבאו שני כתי עדים מלפני בתי דינין שדנו בנ"ד להוציא מידי הבעל ואפילו שהוא מוחזק הנה מהרימ"ט ח"א סי' ה' והביאו הרב יד אהרן ז"ל סי' קי"ח וז"ל מקום שכותבין בכתובה ע"פי תקנת טולי' לא מפני שאירע מעשה ודן הדין בהיפך נאמר דנתפשט המנהג בהיפך דשמא כך נתרצו או שמא ב"ד של אותה שעה לא היה בקי עי"ש. נראה דדוקא משום מה שעשו ב"ד היפך מה שכתוב בכתובה אבל אם בכגון נ"ד דמה שעשו הב"ד אינו הפך התקנה אלא פרושי קא מפרש כוונת התקנה אז ודאי נאמר דנתפשט המנהג שכך הוא. הן אמת שמצאתי להרא"ם בש"ות סי' י"ו שכתב גבי. מתנות שאפילו שראינו שהדיינים חלקו המתנות ביניהם ובאו הב"ד של אחריהם ג"כ והחזירו אין זה מנהג פשוט כי אנו אומרים שהדיינים הראשונים מכח פישור עשו כן כמנהג דייני רומניא שלא תמצא אחד מאלף שידונו על פי דינא דגמ' וכשבאו הדיינים שאחריהם ושמעו מה שעשו הדיינים הראשונים וסברו שמה שעשו ע"פי מנהגיהם עשו ונמשכו ג"כ הם אחריהם וא"כ מנהג גרוע הוא עי"ש לפקד"ן דאין זה דומה לנ"ד דלא כתב כן אלא דוקא גבי מתנות דנעשו ונתנו אותם לבעל משום אקרובי דעתא אי נמי משום מנהגא דאי לא יהבו ליה מידי יתבטל החיתון כמ"ש הוא ז"ל בסוף התשו' דמשום חיבת חיתון גמר ומקנה וזכה בהם הבעל ומשו"ה הדיין שדן להם שיחלוקו עשה להם שלא כדין ומנהג בטעות אבל בנ"ד בענין שלא חיה ל"י דחולקים אם אנו רואים שהדיין דן כן לחלוק אין זה מנהג בטעות כיון דמנהג זה מסכים הולך כתקנת טולי' ויש קצת

ראיה לזה ממה שראיתי למהר"ם עבאס הובא במהרש"ך סי' מ"ח שכתב דמסתמא כל היכא דאפשר לפרש לשון הכתובה שלנו שיסכים לתקנת טולי' הכי מפרשינן והכי עדיף ולא שנאמר כי אנשי המדינה עמדו ותקנו תקנות חדשות מדעתם אשר לא כתוב בתקנת טולי' אשר מנהגם אנו נוהגים ומפיהם אנו חיין עי"ש. ואע"ג דשם ודאי ממנהג טולי' לקוחה גם אנו נאמר בנ"ד מי יאמר דאינה לקוחה תקנה זו מטולי' ומה גם כי מצינו למרן ז"ל שכתב דדא ודא חדא היא ועוד בה בנ"ד אפילו שתאמר שאינה מתקנת טולי' מ"מ כיון שמצינו רבים ונכבדים מגדולי הארץ והם הרלב"ח ומהר"א מונסון והרמ"ג שהעידו על מנהג דמשק שכך הוא דבעינן ל"י ובפחות מל"י חולקין בודאי שהדיינים שחלקו פעם ושתים לאו מנהג טעות הוא זה וכגון זה ודאי לא בעינן מנהג ותיקין ועוד נר' לומר דאין זה רחוק מהמציאות לומר דבימי מהרי"ב לא היה מנהג זה בענין זה ומשו"ה כתב אכן בירושלים ת"ו קרא מקרה כיוצא בזה כמה פעמים והנהיגו הרבנים שהיו באותו עת לחלוק וא"כ אפילו מהרי"ב אילו היה שמיע ליה שיש מנהג לא היה כותב כן ועכ"פ עומד לנגדינו דברי מרן שבסי' קי"ח האמורים לעיל שכתב בשם הרשב"א דהדבר הוא בספק וכל האומר שכל שלא חיה ל"י הוא נפל עליו להביא ראיה ומי יבוא אחר המלך את אשר כבר עשוהו והנה בכאן יש מקום לומר דכיון דבב"י כתבה ובש"הט לא פסקה נראה שחזר בו וכמ"ש הרב יד מלאכי בכללי מרן סי' ד' דבכגון זה אמרינן שחזר בו אכן אין זה מוסכם וכמו שהוכחתי במ"א ולאו כל אפייא שוין ועכ"פ מידי ספיקא לא נפקא ולכן ראוי לנו לפשר ביניהם ופה אר"ץ עלתה צעקת ריב"ה על פתגמא דנא והסכימו ועשו מעשה לפשר ביניהם והפישור היה שתחילה יחלקו הכל לחצאין ויחזור הבעל ויחלוק עם יורשי האשה מהעשרה ששה יורשי האשה וארבעה לבעל ולמאי דאתינן עלה במי שרוצה לישא אשה אחרת על אשתו ונראה דאיש זה ששהה י"ד שנים ולא זכה ליבנות כיון דבספק זה שאין ידוע אם הוא זש"ק אין מוציא ממון ע"י ספק זה יכול לישא אשה ולהוציא עצמו מן הספק יתירו לו לכתחילה ג' חכמים את שבועתו ולענין השבון כיון דמרגלא בפומייהו דכל בני אר"ץ מגדול ועד קטן לומר דאם לא שהה שלשים יום שהוא נפל בודאי קבלה בידם שחולקין וגם אם באופן זה לא יעשו השבון כראוי יש עגמת נפש לאבי האשה ושורו טבוח לעיניו לכן ראוי לכתוב בכתובה מכאן ולהבא והירושה לחצאין כמנהג ק"ק דמשק יע"א אם לא שהה שלושים יום ואז יראה דבפחות מל"י הוא נפל וחולקין וכל בני אר"ץ ניחא להו בהאי תקנתא ואז ניצולים מכל הספיקות והנלע"ד כתבתי:

נאום זעירא דבריין אברהם דיין ס"ט

סימן יא

שאלה יעקב שהיה לו חזקת בית בחצר אחת ונלב"ע יעקב והניח אחריו ראובן שמעון לוי ושמעון לקח הבית ודר בו ועבר זמן זמניהם קרוב לחמשים שנה באין פוצה פה ומצפצף ולא דברו לו שום דבר שני אחיו והיו דרים בבית אחר ובמשך הזמן נלב"ע שלושת האחים הנז' והניחו כולם בנים ובני שמעון היו דרים בבית הנז' חמשה שנים ומת אחד מהם והניח יתום קטן והיתום ודודו הנז' דרו עוד בבית הנז' קרוב לעשרה שנים בלתי שום ערעור והן עתה חדשים מקרוב באו שקמו בני ראובן ובני לוי וערערו על בני שמעון כי עדין לא חלקו ירושת זקנם בבית הנז' ומה שלא בקשו הם ואבותיהם חלקם בבית הנז' לפי שהיה שמעון איש ריב ומדון וגברא אלמא ואם תשאל אותם א"כ זה עשרה שנים שמת שמעון למה לא מחיתם בבני שמעון הם משיבין כי לאו אדעתינו ובן שמעון משיב כי זה כמה שנים שאבי מכר וחזר וקנה שם בתים אחרים וסותר ובונה ולא נשמע בשום פעם כי עדין לא חלקו ירושת זקנם הן אמת כי אין בידי שטר חלוקה אכן ברירא לי מילתא כי לא נשמע לכל אנשי מודעתינו כי יש חלק ונחלה לבני דודינו וזה רבות בשנים שאנחנו משכירים וסותרין ובונים ולא נשמע מהם ואפילו תרעומת דברים ואין להם שום שייכות בבית הנז' ועוד טוען ששמעון אביו הלך לעיר אחרת ודר שם כמה שנים והשכירו לאחרים ועוד טוען שבני דודיו הם אביונים ואיך לא יבקשו על ממונם זה כמה שנים ולכן יחדיו למשפט נקרבו לדעת האם יש ממש בדבריהם ויבוא שכמ"ה:

תשובה כתב הטור בח"מ סי' קמ"ט וז"ל וכתב בעל העיטור דאחין אינם כשותפין ואין מחזיקין זה על זה. וכתב עוד סל"ז משם הר"י ברצלוני דאחין שאוכלין על שלחן אחד וכיס אחד לכולם הא מילתא ליתא בגמ' ומדאמרינן בגמ' באב ובן ובאשה שנתגרשה הרי הן כשאר כל אדם אם חלקו משמע דאחין בין חלקו ובין לא חלקו הרי הן כשאר כל אדם אבל משיקול הדעת יש לנו לדקדק אם אין חלוקין בעיסתן קרובים להיות כאב ובן לפיכך אם כל הוצאתן ביחד אין להם חזקה זע"ז ע"כ. והנה מדברי מהרי"ב הנז' לא פורש תנא היכא קאי אם באחין שירשו ממון אביהם או באחין שיש להם ממון מצד עצמם אבל אחים שיש להם ממון מאביהם אין מחזיקין זע"ז אפילו חלוקין בעיסתן. והנה מצאתי למהר"ם אלשקר ז"ל בסי' מ' שהבין דברי מהרי"ב דמיירי באחין שירשו מאביהם כי כן היה נדונו שם והביא ראיה מדברי מהרי"ב הנזכר עי"ש. אכן דא עקא דא"כ מאי מייתי ראיה מדברי הש"ס במה שאמרו בן שחלק ואשה שנתגרשה משמע דאחין בין חלקו ובין לא חלקו דבן שחלק היינו שחלק משלחן אביו והיכי משמע דאחין בין שחלקו ובין שלא חלקו ירושת אביהם. אכן נראה דהא ודאי. ל"ק דהא ודאי הטעם

גבי בן שלא יש לו חזקה לפי שכיון שאוכל על שלחן אביו אין מקפיד עליו אם ירד בתוך שדהו ואכל פירותיה אכן אם נחלק ממנו ויצא לרשות עצמו אז מקפיד עליו אם ירד לתוך שדהו ואוכל פירותיו חנם וא"כ דין זה עצמו. נימא גבי אחין שלא חלקו ירושתן והם משתמשין בה ביחד אם ירד אחיו לתוך שדהו ואכל הפירות לא יקפיד עליו כיון שהם אוכלין על שלחן אחד וכיס אחד לכולם ומדלא חילק הש"ס בהכי נראה דאחין בין חלקו ובין לא חלקו הרי הן כשאר כל אדם. עוד נראה:

לומר והוא דכל עיקר דקדוק מהרי"ב הוא דאם באמת. יש איזה חילוק לגבי אחין הו"ל להש"ס לבארו כמו שביארו גבי בן ואשה ומדלא ביארו נראה דגבי אחין אין לחלק בהם דבכל אופן הרי הן כשאר כל אדם ופי' זה נראה עיקר דאלת"ה אלא הדקדוק מדכתב בן שחלק ולא ביאר אחין שחלקו א"כ למה לו להביא ואשה שנתגרשה אלא ודאי נראה כדכתיבנא:

וחזי הוית להרב באר מים חיים בח"מ סי' יו"ד שהקשה לו כן על דברי מהר"ם הנז' והניחה בקושי ולפקד"ן כדכתיבנא עוד הקשה לו להרב הנז' על דברי מהר"ם הנז' במה שהביא ראיה לחילוק מהרי"ב בין אם כל הוצאתן ביחד אם לאו מההיא דאחד מן האחים שהיה נושא ונותן בתוך הבית. והיו אונות ושטרות יוצאין על שמו דעל זה אמרו בש"ס דאם הם חלוקין בעיסתן אימור מעיסתו קמץ ה"נ יש לנו לחלק גבי אחין והוקשה לו דזה דוקא לפי שהיו כתובין על שמו לא לענין קרקע הידוע לאביהם. ולעד"ן דלאו ראיה גמורה היא אלא קצת ראיה דאם הוא ראיה גמורה יקשה על מהרי"ב דאיך כתב אבל משיקול הדעת וכו' הרי ש"ס ערוך הוא וכמו שהקשה הוא עצמו לעיל אלא ודאי קצת ראיה ור"ל דכמו שמצינו גבי אח שהיה נושא ונותן בתוך הבית והיו אונות ושטרות יוצאין על שמו דאם אין חלוקין אפילו שהיו כתובים על שמו אינו נאמן כיון שאוכלין על שלחן אחד כ"ש בקרקע שהיתה של אביו דאע"פי שהיא ידועה של אביו עכ"פ אימא שעלתה בחלקו אפ"ה אם אוכלין על שלחן אחד אין לו חזקה:

אך עדין הדבר קשה דחלוקין בעיסתן דהש"ס לא דמי דחלוקין בעיסתן דמהרי"ב דחלוקין בעיסתן דהש"ס היינו כיון שחלוקין בעיסתן אימור מעיסתו קמץ אבל אם אין חלוקין בעיסתן מהיכן בא לו ממון זה אבל ההיא דמהרי"ב היינו שאם אין חלוקין בעיסתן אינם מקפידין זה על זה אבל אם חלוקין בעיסתן הם מקפידין זה על זה וכמ"ש הרב הלבוש ז"ל ואפשר דמשו"ה כתב מהרי"ב אבל משיקול הדעת וכו' וכעין שמצינו חילוק זה בהש"ס אע"פי שאין דומים זה לזה ונמצינו למידין דדעת מהרמ"א הנז' כי דברי מהרי"ב אמורים גבי אחים יורשים וכן נר' ג"כ שהבין מהראד"ב בספר לחם רב סי' ס' וכ"כ ג"כ שם בסי'

קל"ה והסכים על ידו רבו מהרשד"ם וכן נר' ג"כ מדברי מהרש"ך שם ובש"ות שלו סי' רל"ב וא"כ בנ"ד שכ"ע ידעי שהיו חלוקין בעיסתן מיום שעמדו על דעתן אפילו בחיי אביהם מחזיקין זע"ז וכ"ש למה שחילק שם מהרש"ך דדברי מהרי"ב אף בממון שיש להם מצד עצמן אבל בממון השותפין כין חלוקין ובין אין חלוקין הרי הם כשאר כל אדם: **והנה** מרן ז"ל בש"הט סי' קמ"ט פסק להההיא דמהרי"ב אכן לא גילה לנו דעת עליון דבמאי מיירי מהרי"ב אי באחין. שהם יורשים או באחין שיש להם ממון מצד עצמן אכן נראה דסתמו כפירושו דאם איתא דיש לחלק לא הוה שתיק מינה והו"ל לבאר ולא לסתום. וחזי הוית להסמ"ע שם שהוקשה לו מדברי הרשב"א שבס"א שהביאו בב"י שנראה להדיא שמשוה אחים לשותפים וכתב דהרשב"א מיירי באחים היורשים אבל מהרי"ב מיירי באחין שיש להם ממון מצר עצמן עי"ש. ונר' דר"ל דאם הרשב"א סבר כמהרי"ב הו"ל לבאר בין סמוכין על שלחן אחד לאין סמוכין ואם זה כוונתו יש לתמוה עליו שהרי מצינו להרשב"א בח"ב סי' ר"ב שאזיל ומודה כדברי מהרי"ב דיש לחלק בין סמוכין על שלחן אחד לאין סמוכין שכן כתב שם. ומ"ש דאחין הסמוכים על שלחן ואחד יורד ולוקט הפירות דאפילו אית בה דין חלוקה אין מחזיקין זה על זה כדין אמרת ע"ש. וקשה לפ"ז על דברי הסמ"ע דאדמקשה על דברי מהרי"ב יקשה על דברי הרשב"א עצמו כי שם בסי' רכ"ב גבי האם שנתנה גן אחד ללוי לא ביאר שם דאם אין חלוקין בעיסתן אפי' אית בה דין חלוקה אין מחזיקין והרי לפי דבריו שבסי' ר"ב אם סמוכים על שלחן אחד אין מחזיקין ואפילו יש בה ד"ח אכן נר' דאין זה קושיא כי הרשב"א ידע לה מר שם בנדונו שלא היו אוכלין על שלחן אחד. והם רחוקים זה מזה ומה לו לבאר במה שלא היה בנדון ההוא דהוי נדרש ללא שאלו וא"ת דהרשב"א בסי' ר"ב מיירי באחין שיש להם ממון מצד עצמן ולא מירושת אביהם ומשו"ה כל שסמוכין על שלחן אחד אין מחזיקין זה על זה ואפילו יש בה ד"ח אבל בממון שבא להם בירושה אין מחזיקין הא ליתא כי הרי התשובה שקודם לה מיירי באחין שירשו ממון מאביהם ועל זה סיים ומ"ש באחין הסמוכין על שלחן אחד כנר' שהוא סיום לתשו' שקודם לה. ומזה ק' לי עמ"ש מהרש"ך וכבר אפשר להוכיח דהרשב"א חלוק על זה מאותה תשובה ה"ח ה"ש על ד' שירשו בית א' ואם איתא דהיכא דאין חלוקים לא מהני חזקה א"כ היה לו לבאר ולחלק ע"כ. ואם נאמר דהרשב"א חלוק על מהרי"ב עכ"פ מה יענה בההיא דהרשב"א עצמו בסי' ר"ב שסבר כמהרי"ב הן אמת כי זו אינה קושיא על מהרי"ב כי בימיו דברי הרשב"א שבח"ב עדין לא עלו על מזבח הדפוס אך עדין ק' לי על דברי מהרש"ך אמאי לא הוקשה לו מדברי הרשב"א על דברי מהרי"ב כ"א דוקא בההיא ד' שירשו בית א' כי

הרואה יראה שגם מתשו' שהביא מרן בסי' קמ"ו גבי אלמנה שמכרה חצי הבית לראובן וכו' שאילו בא ראובן בטענת עצמו אחי מכר לי חלקו ואכלתי שני חזקה בזה הדין עם ראובן שהשותפין מחזיקין זה על זה בדבר שיש בו חלוקה ואם איתא הו"ל לבאר דאם הם סמוכים על שלחן אחד אין מחזיקין זה על זה אפילו אית ביה ד"ח גם בסי' קמ"ט גבי אלמנה שנתנה גן אחד ללוי וכו' ואם היה הגן ראוי ליחלק והחזיק בו ג"ש היה נאמן במיגו דאמר מינך זבנתיה ואם איתא לדברי מהרי"ב אמאי לא ביאר דאם אין חלוקין בעיסתן אין מחזיקין ומה שתירץ שם לא יצדק על שתי תשובות אלו ואפשר לומר דלא קשה ליה מדברי הרשב"א הנז' ולפי ששם בסי' קמ"ו גבי אלמנה שמכרה חצי הבית לראובן השיב שלא זכה שמעון שאילו בא ראובן וטען אחי מכר לי היה הדין עמו דהשותפין מחזיקין זה על זה בדבר שיש בו ד"ח וא"כ נר' דשם לא טען כן אלא כתב אילו היה טוען אכל עכשיו יש בידו טענה אחרת ומשו"ה לא נחית לבאר כל דיני טענות אחי מכר לי דבעינן נמי שיהיו חלוקין בעיסתן אבל בההיא ד' שירשו בית אחד באו בטענה שאחיהם מכר להם ואכלוה שני חזקה והשיב שאם אין בה ד"ח אין חזקתן חזקה לכן הוקשה לו שם אם איתא לדברי מהרי"ב הו"ל לבאר דאם חלוקין בעיסתן חזקתן חזקה אפילו שאין בה ד"ח אך עדין קשה דאמאי גבי אלמנה שנתנה גן אחד לאחד מבניה שכתב דאם היה הגן ראוי ליחלק דנאמן במיגו דאי בעי אמר ממך זבנתה והו"ל לבאר ודוקא כשאין אוכלין על שלחן אחד ועוד דלפי דברי מהרי"ב אין החילוק בין יש בה ד"ח לאין בה אלא עיקר החילוק בין אם סמוכים על שלחן אחד לאין סמוכים ואמאי לא הוקשה לו למהרש"ך מזאת התשובה ודוחק לומר כי מהרש"ך לא ראה כ"א התשו' שהביא מהרי"ב ולא ראה התשו' שהביא מרן בב"י:

ואיך שיהיה נמצינו למידין דלדעת מהר"ם אלשקר ומהרדא"ב ומהרבד"ם כי מהרי"ב איירי בממון שירשו מאביהם ולדעת המ"ץ והסמ"ע איירו דברי מהרי"ב בממון שיש להם מצד עצמן אבל בממון שירשו אין מחזיקין ונמצא כי הדבר שקול והמוחזק יכול לומר קי"ל אכן עדין יש לבע"ד לחלוק ולומר כי מאחר שהסמ"ע פי' כן בדעת מרן איך יכול לומר קי"ל כנגד דברי מרן ז"ל שקבלנו הוראותיו. התשובה לזה כי הנה אין יכול לומר קי"ל כנגד מרן אלא דוקא במה שפירש דבריו להדיא אבל במה שחילקו ופי' הפוסקים בדעתו מה שלא פי' הוא ז"ל מנ"ל שלא יוכל לומר קי"ל כי אפשר דמרן ימאן בפי' זה והראיה שלא פי' את שיחתו ויתכן לומר כי מרן ז"ל תפס עיקר בדברי מהרי"ב דמיירי בין בממון שירשו ובין שיש להם מצד עצמם ואף שבב"י הביא דברי הרשב"א בג' מקומות אפשר שחזר בו בקצר ועוד אפשר לומר כי מרן סבר. בדעת מהרי"ב דמיירי

דאין בו ד"ח ובזה יש לחלק בין אחים לשותפים אבל ביש בה ד"ח האחים והשותפים שוים ומעתה ליכא שום קושיא כ"א דוקא מההיא ד' שירשו בית א' דשם איירי באין בה ד"ח ושם דוקא יפול הקושי דהיה לו לבאר דאם הם חלוקין בעיסתן יש להם חזקה ואפשר כי מרן ז"ל נמי יתרץ כמהרש"ך דמיירי בבני אחין. ולפקד"ן דבכה"ג יכול לומר המוחזק קי"ל אפילו כנגד מרן כי מנ"ל לפרש כן בדעת מרן ומה גם דמצינו רבים ועצומים שהבינו כדעת מהרי"ב דמיירי באחין שירשו מאביהם והם מהר"ם אלשקר ומהרשד"ם ומהראד"ב ומהרש"ך גם מהרש"ל בתשו' סי' א' ועוד כי מרן אין שום קושי בדבריו עד שנאמר דמשום שיש קושי הוכרחנו לפרש כן כי מרן יפרש כדברי מהרש"ך או תירוץ אחר והנה הרב מ"ץ בח"ב סי' כ"ט כתב על דברי בעל העיטור שאם נשארו שותפין נושאים ונותנים בממון אביהם לא גריעי משותפין דאין מחזיקין זע"ז וכ"כ הרב החבי"ב בסי' קמ"ט הג"הט אות י"ג בשמו וכתב וכ"כ הסמ"ע משם הרשב"א וכתב ומשמע אפילו אין כיס אחד לכולם עי"ש. ולכאורה לא נראה כן מדברי הסמ"ע וקשה לזווגם שהרי עיקר חילוקו של הסמ"ע דדברי הרשב"א מיירי באחין שירשו מאביהם והמחבר לימדנו כאן דביש כיס אחד לכולם אין מחזיקין זע"ז ואפילו בדבר שהיה של א' מהם לבד וא"כ מהיכן נראה שכ"כ הסמ"ע בשם הרשב"א ונר' לומר דמאחר שמצינו לו להרשב"א בג' מקומות שהשוה אחין לשותפין משמע דומיא דשותפי שהחזיק בהם האח ושעדין הם משותפין אבל אם מעת שמת אביהם חלקו והלכו להם ולא נשתתפו יחד כלל בממון אביהם א"כ בזה לא דמו כלל לשותפין וחזרנו לדברי העיטור בזה דבכה"ג הם מחזיקין זה על זה וא"כ מאחר שמצינו לו להרשב"א שהשוה אותם לדין השותפין א"כ ודאי דאחין שכתב הרשב"א דאין מחזיקין מיירי באחין שעדין הם שותפין בממון אביהם וכן מצאתי להראד"ב סי' קט"ו שאחר שהקשה מדברי הרשב"א בג' מקומות ועל דברי העיטור תירץ דאפשר לפרש דברי העיטור במ"ש אחין אינם כשותפין ר"ל אחר שהם חלקו ירושת אביהם ע"כ. ור"ל דדברי הרשב"א אמורים כשעדין הם שותפין בירושת אביהם ביחד ועל אופן זה כתב דא דאחין הרי הם כשותפין אבל חלקו ירושת אביהם הרי הם כשאר כל אדם ומחזיקין זה על זה וא"כ נראה דג"כ הרב החבי"ב הבין כן בדעת הסמ"ע וכדברי מהראד"ב ודקדק זה מדברי הסמ"ע ממ"ש דבמה שירשו אחין מאביהם יחד כי לכאורה תיבת יחד דחיק לה עלמא דודאי הם יורשים ביחד אלא כיון במילת יחד שעדין הם שותפין ביחד ועוד כתב הם כשותפין בו דאם חלקו והלכו להם ודאי דאין שותפין בו אלא ר"ל כשותפין דהא דאין מחזיקין דוקא כשהחזיקו ועדין הם שותפין אבל אם הפרידו השותפות מחזיקין. ועוד דקדק מדכתב ומשמע אפילו אין כיס אחד לכולם

שכל אחד אוכל לבדו כתב עוד והמחבר לימדנו דביש כיס א' לכלם אין מחזיקין אפילו בדבר שהיה של אחד מהם ר"ל לא מיבעיא כשיש כיס א' להם וגם הם שותפין ונושאים ונותנים ביחד שודאי אין מחזיקין אלא אפי' יש להם ממון מצד עצמם ונושאים ונותנים בו כל אחד לעצמו מ"מ כיון שיש כיס א' להם אין מחזיקין כנ"ל לפ' דברי הסמ"ע עם דברי הרב החבי"ב ולפ"ז יתורץ לנו שפיר מה שיש להקשות על דברי הסמ"ע דאילו הכא משמע דיש לסמוך על חילוקו שיש לחלק בין ממון שיש להם מצד עצמן לממון שנפל להם בירושה והרואה יראה דהוא עצמו בפרישה אחר שהביא פי' זה כתב אבל מסדר דברי רבי' שהביא דין זה אחר דין השותפין משמע שאחין אף שהם משותפין מחזיקין זה על זה משמע כפי' קמא ע"כ משמע שחזר בו מפי' השני ואיך כאן כתבו להלכה אכן ע"פי האמור א"ש דודאי כל שחלקו אחר מיתת אביהם אף שהיו שותפין בעת מות אביהם אפ"ה מחזיקין ובנשארו שותפין אין מחזיקין ודברי הרשב"א כשנשארו שותפין וא"כ מאי דמשמע מדברי רבי' שאפי' הם שותפין מחזיקין מיירי בהיו שותפין אחר מות אביהן ואח"ך חלקו השותפות אבל אם עדין הם שותפים אין מחזיקין. ואם נאמר דכוונת הרב החבי"ב במ"ש וכ"כ הסמ"ע בשם הרשב"א לאו לכל חילוק המ"ץ אמרו אלא דוקא בההיא שכתב דלא גריעי אחים משותפין הביא לו סיוע מדברי הרשב"א דאחים הם כשותפים. הא ליתא חדא דלא מצינו בשום מקום לכתוב וכ"כ והוא בר פלוגתיה ועוד דמה לו להביא זה בשם הסמ"ע שכתב משם הרשב"א והו"ל להביא מדברי מרן שכתב בשם הרשב"א ואי משום דכתב ומשמע אפילו אין כיס א' לכולן הא נמי לא איריא:

ונמצינו למידין לדעת המ"ץ דאם נשארו משותפין ונושאים ונותנים בממון אביהם דדין שותפין יהיה להם דאטו משום שהם אחין ושותפין גריעי מאילו היו אנשים נכרים עי"ש. ודבריו ברור מללו דכל שראינו אותם לאחר מות אביהם שישבו יחד בחנות אביהם או בעסק שלו ואז באותו זמן החזיק אחד מהם אין לו חזקה אפילו שחלקו אח"ך אינה חזקה דלא גריעי משותפין אבל אם אחר מותו ראינו איש לדרכו פנו ובפרט אם אפילו בחיי אביהם היו כל אחד לבדו הן בדירה והן בחנות ולא ראינו מעולם שיש להם ישיבה אחת בעולם וגם אחר שנשאו להם נשים הלכו כל אחד לבדו כי הבית הזה לא יכילם כי אפילו לבע"ה בדוחק ובצער ודאי דאמרינן שחלקו והלכו להם ומחזיקין זה על זה בלתי שום פיקפוק לדעת המ"ץ. עוד נראה לומר דדעת הרב החבי"ב בפי' דברי הסמ"ע כמ"ש לעיל והוא שהרי מצינו בסי' קמ"ו בהגהב"י אות כ"ח כתב בההיא דהרשב"א בד' שירשו בית אחד לא פליג על מהרי"ב דיש לחלק וכו' מהרש"ך ח"ב סי' רל"ב עי"ש. ומדלא הביא חילוק של הסמ"ע דיש לחלק בין ממון שיש להם מצד עצמן ובין ממון שבא להם

בירושה כפשט דברי הסמ"ע משמע כמ"ש לעיל אכן עדין קשה דהיה לו להביא חילוק של המ"ץ והסמ"ע דדברי הרשב"א מיירי בנשארו שותפין ודברי מהרי"ב כשחלקו להם ומה גם דמהראד"ב שם בסי' קט"ו חילק כן:

והנה המ"ץ יצא לחלק בין נכסים שיש להם בירושה ובין נכסים שיש לכל אחד מצד עצמו דבשאר נכסים יש להם חזקה זע"ז אבל בירושה אין להם חזקה כדין שותף עי"ש. ונר' פשוט דבזה חוזר לחילוקו שחילק בדעת העיטור וכתב דאם משתמשים בה ביחד אין להם חזקה בירושה ההיא לבד אבל בשאר נכסים שיש להם ועדין הם שותפין בירושה אפ"ה יהיה להם חזקה אבל אם אין משתמשים בה ביחד וחלקו והלכו להם ודאי שיש להם חזקה אפילו בירושה וכן חילק ג"כ מהראד"ב בסי' קט"ו כדי לתרץ דברי הרשב"א עם בעל העיטור ז"ל או להחזיק כל אחד בנכסים שקנה ואינם כשותפין ומחזיקין זע"ז אבל קרקע שירשו מאביהם כל זמן שלא נתברר שחלקו אין להם חזקה זע"ז אלא שחזות קשה הוגד לי בדבריו במ"ש כל זמן שלא נתברר שחלקו דמשמע מדבריו דבעי בירור שחלקו עד שיהיה להם חזקה הא אם לא ביררו שחלקו אין להם חזקה וקשה שהרי הוא עצמו בסי' קל"ה כתב כיון שהם אחין מי יודע אם אין חלוקין בעיסתן והוצאתן ביחד ואין להם חזקה זע"ז כדכתב הטור סי' קמ"ט בשם מהרי"ב גם בזה י"ל דעל היורשים להביא ראיה דודאי האחין יכולין לטעון חלוקין אנו בעיסתנו ויש לנו חזקה עי"ש. וא"כ גם הכא אפילו שלא ביררו יכולין לומר שחלקנו ירושתינו ונראה דרצה לומר כמ"ש כל זמן שלא נתברר שחלקו דהיינו שאנו רואים שהם משתמשים ביחד ולכן אין להם חזקה וכדברי המ"ץ אבל אם לא ראינו שהם משתמשים בה ביחד אלא כל אחד משתמש בה לבדו על היורשים להביא ראיה כי המוחזקים יכולין לומ' שחלקנו וכדבריו שם בסי' קל"ה אלא שעדין קשה דא"כ דברי מהראד"ב סתראי נינהו דאילו הכא משמע דסבר דהעיקר הוא דאם חלקו ירושתן אם לאו אבל אם חלוקין בעיסתן אם לאו לא בעינן ואילו בסי' קל"ה משמע דבעינן שיהיו חלוקין בעיסתן ואפשר דסבר לה מר כמ"ש הרב החבי"ב בש"ות סי' צ"ו דאם חלקו ירושתן אפילו שאין חלוקין בעיסתן מחזיקין ואם לא חלקו אכן חלוקין בעיסתן מחזיקין ז"עז ג"כ:

ומעתה לפי האמור בדברי המ"ץ ומהראד"ב שתירצו דברי מהרי"ב עם דברי הרשב"א שהרשב"א מיירי כשעדין הם שותפין ודברי בעל העיטור ומהרי"ב בחלקו ירושת אביהם וא"כ גם מרן נוכל לומר שיתרץ כוותייהו דאם חלקו ירושתן מחזיקין זה על זה אבל לא חלקו אין מחזיקין ודברי הרשב"א מיירי כשלא חלקו והא דחלקו בממון אחרים דיש להם חזקה היינו כשלא חלקו ירושתן והם באותו עת יש להם ממון מצד עצמם ורוצה

האחד להחזיק בו וכדמשמע כן מדברי המ"ץ והפרישה וכ"ת מהיכן יוודע לנו שחלקו עד שיחזיק אחד על חבירו בהא ודאי על היורשים להביא ראיה שלא חלקו דהמוחזק יכול לומר שחלקנו וכמ"ש מהראד"ב והמ"ץ שם וא"כ בנ"ד לכ"ע על היורשים להביא ראיה כי המוחזק יכול לומר שחלקנו וכ"כ הרב החבי"ב בש"ות סי' צ"ו שאם אין עדים שנשארו שותפין אחר מות אביהן ולא חלקו אפילו שראובן מודה שנשארו שותפין עלתה לו חזקה אפילו אין בה ד"ח במיגו דאי בעי אמר חלקנו עי"ש. ומעתה מה שהקשה באר מים חיים על דברי המ"ץ במה שיצא לחלק בדעת בעל העיטור דאם נשארו שותפין ונושאים ונותנים בממון אביהם דאין להם חזקה זע"ז והקשה עליו מדברי הרשב"א בג' מקומות שלא ביאר דאם נשארו שותפין נושאים ונותנים בממון אביהם עי"ש. לא ידענא מאי קא מקשה דדבריו ברור מללו דכל שנשארו שותפין בממון אביהם ולא חלקו ירושתן דאין להם חזקה והרשב"א כבר רמז זה במה שכתב הרי הן כשותפין ובודאי השותפין הם נושאים ונותנים ביחד ואם חלקו אין נקראין שוב שותפין ומה שכתב שיהיו נושאים ונותנים לא בדוקא נקיט לה אלא לפי ששם היו נושאים ונותנים בממון אביהם ואם היה שם קרקע הוה נקיט שמשתמשים בה ביחד באופן לעד"ן דליכא שום קושיא מדברי הרשב"א ואדרבה יש סיוע קצת לדבריו דנקיט הרי הן כשותפין וכתב עוד הרב באר מ"ח הנז' על דברי מהרש"ך במה שהכריח דהרשב"א חולק על דברי הרי"ב ממה שלא חילק בההיא ד' שירשו בין סמוכים על שלחן אחד לאין סמוכים וכתב הוא ז"ל דליתא כלל להכרח זה שהרי התם מיירי ששנים מהם לא היו סמוכים על שלחן אחד כי היו דרים לבדם ובודאי כי הם חלוקין בעיסתן וכו' ומשו"ה לא הוצרך הרשב"א לחלק בכך דהוי נדרש ללא שאלו ע"כ. ושותיה דמר לא ידענא דאדרבה כיון שהיו חלוקין בעיסתן איך כתב דכיון דאין בה ד"ח אין מחזיקין הרי כיון שהם חלוקין בעיסתן ראוי להם להחזיק זה על זה אפילו אין בה ד"ח דומיא דאב ובן שאין לחלק בהם בין יש בה ד"ח לאין בה וכמ"ש הרב החבי"ב שם באות ע"ה וא"כ מה זה שכתב דהוי נדרש ללא שאלו והוא היפך מה שהורה להם ונראה כי הרב ז"ל אשגרת לישנא שבשאר תשובות הטעתו שכתוב בהן אם יש בה ד"ח מחזיקין וסבר שגם בתשובה זו הכי כתב שכן משמע מלשונו שבדף צ' ע"א עי"ש. ולפ"ז יתורץ לנו שפיר מה שהקשינו לעיל על דברי מהרש"ך דאמאי לא הוקשה לו משאר תשובות הרשב"א אכן ע"פי האמור א"ש כי בשאר תשובות שנוכל לומר שראה וידע שהם מרוחקים זה מזה הוי נדרש ללא שאלו כי הרשב"א בכל תשובותיו היה משיב שואלו דבר כידוע ומשו"ה לא כתב אם היו חלוקין בעיסתן כיון שהגידו לו שמיום פטירת אביהם ואפשר מקודם הם רחוקים זה מזה אכן בההיא ד' שירשו בית א' אם איתא דס"ל

כמהרי"ב אדרבה כיון שראינו אותם שהם מרוחקים זה מזה ולא היו. אוכלין על שלחן אחד ראוי להם להחזיק ולמה כתב אין מחזיקין:

עוד הקשה הרב במ"ח על דברי מהרי"ב דבמאי מיירי אי באחין שלא חלקו ירושת אביהן ואוכלין על שלחן אחד וכיס אחד לכולם אין לך שותפות גדולה מזו והיאך כתב האי מילתא ליתא בגמ' ואנן בפי' תנינן לה בב"ב דף נ"ב אחד מן האחין שהיה נושא ונותן בתוך הבית והיו אונות ושטרות יוצאות על שמו ואמר שלי הן שנפלו לו מבית אבי אימא וכו' ואמר רב חסדא ל"ש אלא שאין חלוקין בעיסתן אבל חלוקין בעיסתן אימור מעיסתו קמץ הרי דתלמוד ערוך דאחין שלא חלקו ואין חלוקין בעיסתן כמו שפי' רשב"ם אף דאונות ושטרות יוצאין על שמו לא מהימן וכו' עי"ש. ולא ידעתי מאי קא מקשה דמאחר שראה לדברי רשב"ם שכתב שמאחר שלא נודע מאיזה צד יבוא לו ממון בלא אחיו אין לתלות השטרות אלה בממון דאב עי"ש. הרי נראה דשם דוקא שלא היה לו שום מציאות שיש לו ממון כ"א דוקא מממון אביו ולכן אמרינן דחזקתו של אב אבל אם חלוק בעיסתו אמרינן מעיסתו קמץ אבל ההיא דמהרי"ב ודאי דלא מיירי בכגון זה שאין לו ממון כ"א ממון של אביו ויגיד עליו ריעו שהרי הוא ז"ל הביא ראיה לדבריו מדאמרינן בן שחלק ובודאי האי בן שחלק מיירי בממון שיש לו מצד עצמו א"כ דכוותה גבי אחין שיש להם ממון מצד עצמן ואפ"ה כיון שאוכלין על שלחן אחד וכל הוצאתן ביחד אין מחזיקין זע"ז וגם יש כמה חילוקין מההיא דא' מן האחין שהיו אונות וכו' להההיא דמהרי"ב ולאפס הפנאי לא יכולתי להעתיקם:

עוד הקשה הרב הנז' על דברי מהרש"ך דמ"ש דההיא דהרשב"א בד' שירשו בית אחד דמיירי בבני אחין והקשה עליו מדברי מור"ם בס"ו שכתב משם הרשב"א דה"ה שאר קרובים שאין חלוקין אפילו בעיסתן ע"כ. ואחר המחי' ל"ק דאחד הרואה בדברי הרשב"א שם בסי' תתק"ן וגם במיוחסות סי' צ"ג שלא הזכיר שאר קרובים אלא אח או אחות ואף שמדברי מור"ם והריב"ש סי' רנ"ב שהבינו בדברי הרשב"א דה"ה שאר קרובים מ"מ מהרש"ך סבר דדברים כפשטן ודוקא אח ואחות ולא בני אחין ועוד שהרי מור"ם ז"ל הזכיר וה"ה שאר קרובים שאין מקפידין זע"ז לפי ראות עיני הדיין וא"כ אפשר דההיא דד' אחין מיירי בכגון זה בשאר קרובים שהם מקפידין זה על זה וכמו שפי' שם דמיירי בבני אחין אע"פי שלא הזכיר הרשב"א ז"ל בני אחין ה"נ יפרש בבני אחין שהם מקפידין זע"ז והנה מהראד"ב בסי' קט"ו הוקשה לו שם על בעל העיטור דלמה יגרע אחין שהם שותפין מן התו' משאר שותפין שקנו קרקע דאין בו חלוקה דלא עלתה לו חזקה לאחד מהם משום שכן דרך שותפין להשתמש כל אחד ג' או ד' שנים א"כ ה"ה והוא

הטעם באחין שירשו קרקע עי"ש. ולעד"ן לומר והוא דבשלמא גבי שותפין שקנו קרקע דמסתמא לוקחין שניהם ביחד וזה נותן דמי חציה וזה נותן דמי חציה א"כ מסתמא אין בו עזות פנים לומר לחבירו אני קניתי ממך ואכלתי שני חזקה והוא ע"ד מ"ש חזקה אין אדם מעיז פניו בפני בע"ח לומר לו אין לך בידי כלום ועל זה סומך השותף שלא יערער עליו כי חזקה אין אדם מעיז פניו בפני בע"ח אבל גבי אחין סתם אחין כשהם עם אביהם בחיים חייתו לא ישוו חלוקתן ביחד כי זה גדול מזה ואומר אחיו כי זה אחי יש לו כמה שנים שאוכל ממון אבי ואני רך בשנים וגם לפעמים האב אוהב בן אחד יותר משאר ומוציא עליו ר'ב הונ'א ומשיאו אשה מה שלא עשה כן בשאר אחיו ומשו"ה כשנופל להם ירושה עושים היתר לעצמם במה שמחזיקין בממון שאינו שלהם ואח השני מפחדו שלא יורה היתר לגזול מה שבידו משו"ה הוא מוחה ואם לא מיחה עלתה לו חזקה:

ואחזה אנכי להרב עדות ביהוסף ח"א סי' מ"ט כתב דדברי העיטור ומהרי"ב איירי באחים שיש להם ממון מצד עצמן דסד"א דכיון שהם אחין לא יקפידו זה על זה קמ"ל דאחין אינם כשותפין והם מקפידין זע"ז ואח"ך כתב שכ"כ הרב החבי"ב בסי' קמ"ט אות י"ג משם המ"ץ והסמ"ע עי"ש. ואחד הרואה שפירוש זה בדברי הרי"ב הוא היפך דברי מהרמ"א והרשד"ם ומהרש"ך ומהראד"ב שכולם סברי בדעת מהרי"ב דמיירי באחין שיש להם ממון בירושה ומ"ש וכ"כ הרב החבי"ב באות י"ג לא ידעתי היכן כתב כן דדבריו ברור מללו שחילק בדעת העיטור שאם נשארו שותפין בממון אביהם שאין להם חזקה זע"ז ודברי העיטור כשחלקו להם ומ"ש וכ"כ הסמ"ע כבר פירשתי דבריו לעיל לפק"ד הן אמת כי הרב מ"ץ שם בתשו' כתב או כשמשתמשים בה ביחד אין להם חזקה אבל בנכסים שיש להם לכל אחד יהיה להם חזקה וכמ"ש הרי"ב לשלא יהיה להם חזקה כלל ע"כ. אכן נראה לפרש דבריו ובתחילה יש לדקדק בהם דבתחילה כתב דאם משתמש בה ביחד אין להם חזקה ומשמע דאם אין משתמשים בה ביחד אלא שחלקו הירושה ההיא יש להם חזקה א"כ למה ליה לידון בדבר חדש דאם יש להם ממון מצד עצמן יש להם חזקה הול"ל דאם משתמשים בה ביחד אין להם חזקה אבל חלקו יש להם חזקה וכמ"ש הרי"ב דאם אין חלוקין בעיסתן וכיס א' להם לשלא יהיה להם חזקה אפילו שחלקו אכן נראה לומר דכוונת המ"ץ הוא לומר דאם משתמשים בירושה ביחד אין להם חזקה לפי שעדין לא חלקו להם אבל אם בעת אשר משתמשים בה ביחד בירושה היה להם ממון מצד עצמן לא נימא דכיון דיש להם ממון בירושה ביחד גם אם יש להם ממון מצד עצמן לא יהיה להם חזקה באותו ממון לא הוא דבאותו ממון יש להם חזקה אפילו שעדין לא חלקו וכן פי' כן בפרישה להדיא שבתי וראיתי בכוונת הר' עדות ביהוסף שאף הוא ראה

וידע דאם חלקו הירושה ההיא והלכו להם דיש להם חזקה ונכסים שיש להם בירושה וחלקו להם ונכסים שיש להם מצד עצמן שוים הם שמחזיקין זה על זה ולא בא הרב אלא אם עדין הם שותפין בירושת אביהם וכן מורה לשונו לעיל במ"ש כמו כן האחים אף שהם חלוקין שכל אחד עומד בשלו ובממונו ואין נכסיהם בשותפות אלא הם כשאר כל אדם המה להם. אכן מצד שבת אחים גם יחד שאין מקפידין זע"ז סד"א שאין מחזיקין זע"ז קמ"ל דמחזיקין עי"ש. ולא רציתי לבאר זה אלא לפי שיש מתעקשים בו:

ומעתה לפי האמור אף לפי דברי המ"ץ והסמ"ע והרב עדות ביהוסף שכתבו דדברי מהרי"ב איירי במי שיש לו ממון מצד עצמו היינו נמי כשחלקו להם ירושת אביהם והלכו להם כל אחד לבדו והם שוים להדדי וא"ת מי יודע שחלקו והלכו להם כבר כתבנו לעיל משם המ"ץ ומהראד"ב והרב החבי"ב דעל היורשים להביא ראיה כי המוחזק יכול לומר חלקנו והנה הרב במ"ח הוקשה לו על דברי המ"ץ במה שהביא ראיה מדין השותפין שאם אין עדים שהיה שותפו אלא ע"פי המחזיק נאמן במיגו שלא היה שותפו מעולם והוקשה עליו דזה אינו דומה לשותפין דהתם לא היה ידוע שהיה שותפו אלא ע"פי דיבורו משא"כ גבי אחין שכיון שידוע שקרקע זו של אביהם אנן סהדי שהיו שותפין לפחות שעה אחת עי"ש. ונראה דאף ממקומו אינו מוכרח וכדכתב הרב ז"ל מ"מ מוכרח הוא מדברי מרן בב"י סי' קע"ט דאפילו בשותפין כל דליכא סהדי שעדין הם שותפין אף שידוע לנו שהיו שותפין מתחילה נאמן במיגו דאי בעי אמר חלקנו. ובר מן דין בנ"ד אין צריכין אנו לכל זה כי כבר הובא בשאלה ששמעון השכיר את ביתו זה כמה שנים ובנדון כיוצא בזה כבר מצאנו ראינו להרב החבי"ב בסי' קמ"ט אות ז' שכתב משם רבו מהרימ"ט ח"מ סי' כ"ו שכתב שאם השכירה לאחרים והיו פורעין השכירות לאחד ולא לאחר השותף עלתה לו חזקה וה"ה אחים ושותפין דאין לו טענה שהיה מוותר לו מפני שהיה אחיו ומסכן עי"ש. וא"כ נראה בנ"ד שעלתה לו חזקה בלתי שום ספק וכ"ת אפילו שהשכיר הבית לאחרים מי יאמר שלא היה פורע לאחיו חלקם בשכירות כבר כתב מוהראד"ב בזה בסי' קל"ה דזה אינו כלום דא"כ לעולם לא תמצא עידי חזקה דאפילו דאתו סהדי דדר ביה יממא ולילי מי יוד אם פרעו לו שכר אלא ודאי כיון דיש עדים על הדירה מבלתי שום עירעור די בזה ועל התובע להביא ראיה שהיה פורע לו שכר עי"ש. ועוד דהם מודים שלא קבלו שכירות:

ומה שטענו בנ"ד כי אח המחזיק היה גברא אלמא ולכן שאר אחיו לא טענו עד היום הזה. נראה כי אין ממש בטענה זו כלל כי לא מצינו בשום מקום כי אם הוא גברא אלמא יספיק במקום מחאה שהרי מחאה בפני שנים היא שאומר להם דעו כי שדה שביד פ'

היא שלי והיא גזל בידו כמ"ש מרן בסי' קמ"ו וא"כ מחאה זו יכול לעשותה אפילו עם גברא אלמא אפילו שאין כמוהו בארץ ועוד שהב"ד שעמדו לפניהם אם באמת לא יכלו עליו יכתבו להם שטר שכך נפל הענין ויצניעו אותו והב"ד הם מאליהם עושים להם הדבר הזה ולא יניחו הגזילה תחת ידו זה כמה שנים. ועוד דאם הוא איש ריב ומדון זה לא יקרא אלמא דאין נקרא גברא אלמא אלא מי שהוא בעל עבירות וחוששין לו שמא ימסור למלכות כמ"ש מור"ם בח"מ סי' י"ב אבל בנ"ד שלא מסר אדם מעולם כ"א שהיה איש קשה ועוד שהיה להם לאחיו לקבול עליו לדיין העיר וכשלא יכול הדיין לכפותו לדין יקחו בידם פסק דין מיד ב"ד וישמרוהו עד בוא זמן שיוכלו לתובעו. ועוד הרי מרן ז"ל בש"הט סי' קמ"ט סי"ג ביאר להדיא איזה נקרא גזלן שאין לו חזקה כל שהוחזק על שדה שהיא גזולה בידו או שהוחזקו אבותיו שהם הורגי נפשות משמע דבענין אחר אין זה נקרא גזלן שאין לו חזקה ועוד דהאיש הזה כשהיה שותה שכר היה מקלל את ה' ופעם אחת פה אר"ץ הביאוהו לפני דיין מארץ הקדושה ונתפחד ממנו האיש הנז' והלך לב"הכ ותפס ס"ת בידו ונשבע שלא ישתה שכר כי פחד שלא יעניש אותו הרב הנז' ואחיו שמעו בזה ואמאי לא קבלו עליו הרב הנז' וא"כ נראה דאין בטענות האלו ממש:

והנה הרב באר מים חיים בנה יסוד פסק דינו ואנכי לא ידעתי מנ"ל הא והוא שכתב שאם אנו רוצים להסכים דברי בעל העיטור עם הרמב"ם כמו שרצה להסכימם המ"ץ אף אנו נאמר דבעל העיטור מיירי באחין שחלקו אז מחזקינן אבל באין עדים שחלקו מודו דהוו כשותפין ואין מחזיקין זע"ז ומאי דמחזיקין זע"ז היינו בנכסי עצמן ומכ"ש בקרקע שנפל לכל אחד בחלקו דהא איכא עדים שחלקו עי"ש. ואנכי לא ידעתי מהיכן נתחדש לו דין זה דהא המ"ץ כתב להדיא דאם אין עדים שנשארו משותפין אחרי מות אביהם אלא שמעון הוא דקא מודה נאמן לומר שחלקו מיגו דאי בעי אמר שחלקו תכף ומיד אחר שמת אביהם ולא נשארו שותפין ע"כ. א"כ משמע דאפילו דליכא עדים שחלקו מחזיקין זע"ז מיגו דאי בעי אמר שתכף ומיד חלקו וכ"ש אם אמר בפי' שתכף ומיד חלקו להם אחר מות אביהם דנאמן בזה ואי דסמך על עצמו בזה במה שדחה לעיל דברי המ"ץ במה שדימה אותם לשותפין וכתב דלא דמו הא ליתא דכלל ידוע בין הפוסקים דפוסק שיש קושי בדבריו לא מפני זה נדחו דבריו דאין משיבין את הארי לאחר מותו דאולי אילו היה קיים היה מתרץ דבריו ועוד דכבר כתבנו לעיל דאפילו דאין. ממקומו מוכרע מ"מ מוכרע הוא מדברי מרן בב"י סי' קע"ו והנראה מדברי הרב באר מ"ח שבנה יסוד פסקו על דבר זה ולכן כתב דאין מחזיקין ואנן בדידן אין לנו אלא דברי המ"ץ שכתב דאם אין עדים שנשארו שותפין אחר מות אביהם אלא שמעון הוא דקא מודה נאמן מיגו דאי

בעי אמר שחלקו תכף ומיד וכ"ש אם אמר כן בפי' וכבר כתבנו לעיל דאף מהראד"ב בסי' קל"ה סבר כן והרב החביי"ב בש"ות שלו ח"מ סי' צ"ו הסכים לדבריהם ומעתה אם נימא דהרב במ"ח עכ"ז הוא פליג על כל הרבנים הנז' וסבר דבעינן שיעידו עדים שחלקו וא"כ המוחזק יכול לומר קי"ל הא ליתא דבכה"ג אין יכול לומר קי"ל כידוע ועוד דבנ"ד המוחזק מי שהקרקע בידו עכשיו ולא בעלים הראשונים כדכתב הבמ"ח ועיין למהר"י כולי בס' עזרת נשים בסופו סי' ב' שאסף איש טהור כמה מהפוסקים ומכללם מרן ז"ל דסברי כהרשב"ם דהמוחזק מי שיש בידו הקרקע ועיין להרב כרם שלמה חא"ה סי' ל"ז וח"מ סי' נ"ו והרב משאת משה סי' י"ט והרב אשדות הפסגה ח"מ סי' יו"ד. ועוד נראה דבנ"ד אפילו הרב במ"ח יודה מכמה טעמי חדא דשם בנדונו היה נושא ונותן בממון אביו הבן הגדול כמ"ש הוא ז"ל אח"ך והיה פורע חובות אביו ובכה"ג כבר כתב המ"ץ דבעל העיטור מודה בזה דאין מחזיקין ואפשר ג"כ לומר דגם הוא שהצריך עדים להעיד שחלקו לפי שיש עדים שהבן הגדול היה נושא ונותן בנכסי אביו. ונר' עוד לומר דאף הרב במ"ח לא כתב כן דאין מחזיקין אלא לפי שהחזיק הבן הגדול בעוד שאחיו היה קטן ואין מחזיקין בנכסי קטן כמ"ש הוא אבל בנ"ד שהיו גדולים ודאי דמחזיקין ועוד דשם דוקא לפי שדחק הבן הקטן ודר שם אבל בנ"ד שאחיו לא דרו שם מעולם ולכן הרב במ"ח בהצטרף כל אלו הטענות החזיק ביד הקטן לא כן בנ"ד שאף הבמ"ח מודה שמחזיקין זה על זה ומה גם בנ"ד שהשכיר הבית לאחרים דאליבא דכולי עלמא עלתה לו חזקה לשמעון בלתי שום פקפוק וכל שכן לבני בנים עם בני הבנים ועוד דלפי דבריהם דשמעון הוא גברא אלמא ואינם יכולין עליו לכופו לדין א"כ אחר מות שמעון אמאי לא ערערו עליו כל אותן השנים אחר מיתת אביהם כי ידוע כי בנו של שמעון לאו גברא אלמא ועוד כי להוצאת ממון מיד שמעון נימא גברא אלמא הוא אבל למחאה מה יעשה להם שמעון באלמותו ועוד כי כל אותן שנים שעברו לפחות לפי דבריהם היה להם להתרעם עליו על הדבר הזה:

עוד יש להביא ראיה ממה שמצאתי להרב החביי"ב בתשו' ח"מ ח"א סי' צ"ד שנשאל בראובן שהיה משכיר ביתו לשמעון ואח"ז שמעון נתן בתו ללוי אחיו של ראובן וכו' ואח"ז לוי נשאר בבית אם יכול להחזיק בנכסי אחיו והשיב ובענין אחים אם מחזיקין זה על זה והביא דברי בעל העיטור דאחין אינם כשותפין ומחזיקין זה על זה והביא עוד דברי הרשב"א שהביא מרן במחו' ב' דהא דתנן ולא לאב בנכסי הבן וכו' וכן נמי אח ואחות אע"פי שאינן בדין זה שהרי אין דרכם להשתדל ולהיות סמוכים ע"י אחיהם ואחיותיהם מ"מ לפעמים אין להם חזקה אם יראה בעיני ב"ד שזה סמך על אח זה בעסקי

נכסיו וכן הרמב"ן ז"ל בתשו'. מעתה בנ"ד לב"ד הצדק עליהם לדעת אם ראובן ולוי סמוך איש על אחיו בעסקי נכסיו שאם אינם סמוכים מחזיקין זה על זה כ"ש להרי"ב דבעי שיהיה כל הוצאתן ביחד לשלא יחזיק אחד על חבירו דודאי כיון שהוצאת לוי עם שמעון חמיו ולא עם ראובן אחיו דודאי מהני ליה חזקה. א"כ נראה דגם בנ"ד שהאחים כל אחד דר לבדו ואין להם שום שייכות זה עם זה לא בהוצאות הבית ולא במשא ומתן דודאי מחזיקין זע"ז:

עוד מצאתי לו שם בס"סי צ"ו שכתב אלא שאם אין עדים שנשארו משותפין אחרי מות אביהם ולא חלקו אפילו שראובן מודה שנשארו האחין משותפין אחרי מות אביהם עלתה לו חזקה אפילו אין בה דין חלוקה מיגו דאי בעי אמר חלקנו וכו' ומ"מ באחין לכ"ע כל שאין עדים שנשארו משותפין עלתה לו חזקה אפילו שאין בה ד"ח במיגו דאי בעי אמר חלקנו ולית דין צריך בושש עי"ש. הרי מבואר מדבריו דגבי אחים כל שאין עדים שיודעים שנשארו משותפין אחרי מות אביהם עלתה לו חזקה וכ"ש בנדון דידן שבמעט שלא יש באנשי הדור שזוכרים אביהם וגם הבנים שהזקינו ומתו אין שום עדים שמכיר שדרו בשום זמן בנחלת אביהם ויצאו אלא יודעים שזה האח המחזיק הוא דר שם ודאי שעלתה לו חזקה ומה גם שכמה פעמים הק"ק והיחידים רצו להוציאו בכח ולא יכלו ואם אחיו עדין לא מכרו למה לא הגידו ליחידי הקהל שהם עדין לא מכרו וימכרו אחיו לקהל ובנקל יכולין להוציאו ואיך יניחו לאחיהם שיאכל ממונם שהיחידי' והקהל קדוש אינם מתפחדין ממנו כי ביתו היה אחורי בית הכנסת והיו רוצים לקנות ממנו הבית ולא יכולו שלא היה רוצה למכור וכיון שידוע דבר זה לאחיו היה להם למכור חלקם לק"ק וממילא יוציאו אותו בגוד או איגוד ועוד כי השכנים יודעים שאחיו הגדול היה נכנס אצלו ואצלם ולא שמעו מפיו בשום פעם אפילו בדרך שחוק שעדין לא חלקנו הבית וכ"ש תרעומת דברים שמתרעם על אחיו ובדבר הזה אין פחד ממנו אם גברא אלמא ועוד שכל ימי חייו לא מצאנו שמסר אדם למלכות באופן שאין מקום לטענת בני אחיו עם בני בניו אחר זמן רב שעבר ולא תבעו ממנו כלום:

וראיתי למרן החבי"ב בס' תיקון סופרים סי' ל"ה שתיקן נוסח שטר מחאה למי שבעל דינו הוא גברא אלמא שכתב וז"ל בא הר"פ וקיבל ומתרעם על פ' שגזל ממנו בית פ' וכו' והאידנא לא יכילנא מפני אנסו ותקפו וכשאני תובעו לדין אינו רוצה לדון עמי וכשגוזרים עליו להחזיר לא ציית לדינא אלא בא עלי בכח הזרוע ובכח שלטון וכו' וכשיזדמן לי אתבענו ואני מוחה בפניכם כדי שלא יחזיק ג"ש וכו' עש"ב הרי אפילו שהוא גברא אלמא צריך לעשות מחאה והב"ד שעמד לפניהם צריכים שיורו אותו לעשות כדבר הזה ואם

לא עשה כן חזקתו חזקה כי מחאה בפני ב"ד אין פחד ממנה אפילו שהוא גברא אלמא וכ"ש שבנדון דידן שאפי' שהוא איש ריב ומדון מ"מ אין בידו כח בשלטון והס כי לא להזכיר כדברים אלו ולהוציא ממון מבני בנים בטענות אלו ואם יאמרו שהם מתפחדין שמא ימסור אותם לשרי הארץ הרי לא נשמע בכל אותן הימים שמסר שום אדם ועל טענות רעועות כאלו אין לנו להוציא ממון מיד בני בנים שלא ידעו בכל זה ולא נשמע כדבר הזה שנוציא ממון מיד היורשין אחר חמשים שנה בלתי שיהיה בידו שום מחאה:

ונראה עוד לומר דבנ"ד שנשתהו זמן מרובה והם תובעים מדור שלישי בכה"ג לא אמרינן דהאחין אין מחזיקין זה על זה וראיה לזה ממה שכתב הרב פני אהרן ח"מ סי' ג' שכתב בתוך דבריו דלפי מ"ש מהרשד"ם סי' מט"ר דהא דהיורד ברשות שאין לו חזקה היינו כשלא נשתהא כ"כ זמן בידו אבל אם נשתהא תשעה שנים שאין רגילות להשהות כ"כ הוי חזקה וכו' עי"ש. א"כ נראה שבנ"ד שעבר זמן מרובה יותר משני היובל כ"ע מודים דזכה ראובן בשלו וא"ת דשאני הכא שהוא גברא אלמא אין זו טענה כלל חדא דהאח האחד הלך ודר בדמשק והיאך הניח נחלתו והלך ומה יש לו עוד פחד מדודו ועוד כבר כתבנו דמחאה לפני הדיינין ומעשה ב"ד בידו אין ממנה שום פחד כלל ובנקל יכול לעשותה והב"ד עצמם שעמדו לפניהם ולא יכלו עליו הם היה להם ליתן לו עצה בזו ומדלא עשו כן בודאי שכבר קבלו האחים דמי חלקם מאחיהם כן נראה לי לכאורה:

נאום הצעיר אברהם דיין ס"ט

סימן יב

שאלה ש"ץ שסיים תפילתו תפילת י"ח אם מותר להפסיק בדיבור בין התפילה לחזרה ואם ת"ל דאסור לו להש"ץ לדבר בין תפילה לחזרה אם יש היתר לומר איזה ד"ת ובקשה בין תפילה לחזרה וגם כל אדם אם מותר לדבר בין תפילה לחזרה ובין נפילת אפים וגם ש"ץ עד אימת יכול לדבר ושם נקראת גמר תפילתו ועוד אם מותר לילך ממקום למקום אחר גמר תפילתו בלחש ואפילו שאינו מדבר כלום ויבוא שכמ"ה:

תשובה כתב מרן בב"י א"ח סי' קל"א משם תלמידי הרשב"א בהזהב וז"ל גבי עובדא דר"א מכאן דקדק רבי' שאין לדבר בין תפילה לתחינה והיינו דאמרינן כל יומא לא הוות שבקא ליה למיפל על אפיה וכי תעלה על דעתך שלא היתה זזה ממנו שעה אחת אלא שהיתה מפסקת מכוונת תפילתו להפסיק בשאר דברים ושוב אם היה נופל על פניו לא היתה נשמעת אלמא דאינו בדין להפסיק ופסק הדין מרן בש"הט וכתב המג"א וז"ל וצ"ל דלפעמים מפסיקין בתחינות כגון והוא רחום וכו' וצריך ליזהר מלהפסיק בדיבור מיהו

בסי' נ"א ס"ד משמע דאין קפידא כ"כ וכ"מ בב"י בשם ת"ד דוקא כשמפסיק ועוסק לדבר דברים אחרים אסור אבל שיחה מותר וכ"מ בסי' קנ"ד ס"ד דדוקא משום חזרת הש"ץ יש להם לשתוק הא לא"ה אין איסור ויש לדחות מ"מ נ"ל מ"ש עי"ש. והנה מ"ש בתחילת דבריו שדוקא דיבור אסור אבל והוא רחום שהיא תפילה מותר כ"מ מדברי ת"ד הובאו דבריהם בש"מ לרבינו בצלאל שכתבו וז"ל ומכאן מביא ראיה שאסור להפסיק בשיחה ובדברים אחרים שאינן של תפילה בין תפילה לנ"א ע"כ. משמע דכל שהוא ענין תפילה כגון והוא רחום מותר דלא אסרו אלא דוקא שיחה ולעד"ן דאילו היה רואה המג"א דברי ת"ד אלו לא היה כותב בכאן וצ"ע שלפעמים מפסיקין בתפילה כגון והוא רחום דודאי לאו קושיא היא כיון שהיא תפילה ולא כתבו אלא שיחה בעלמא אז אסורה ולא אם הוא מתפלל בתוך תפילתו ומה שהקשה מההיא דסי' נ"ד ס"ד שכתב שאין להפסיק בדיבור מתחילת ב"ש עד סוף תפילת י"ח ולא כתב עד אחר נ"א לעד"ן דאין זה קושיא ולא דמיין זה לזה דודאי מתחילת ב"ש עד סוף תפילת י"ח אסור להפסיק אפילו בשום בקשה או ד"ת וכמ"ש הבא"ה שם אבל אחר תפילת י"ח אסור לומר שיחה בטילה אבל איזה בקשה ופסוקים מותר והראיה שרבינו בחיי תיקן תפילה אחר תפילת י"ח מה שלא עשה כן בשאר תפילה וכן יש לדחות ג"כ כעין זה מה שהקשה מההיא דסי' קכ"ד דדוקא משום חזרת הש"ץ יש להם לשתוק הא לא"ה ולעד"ן דאין זה קושיא דודאי בחזרת הש"ץ יש להם לשתוק ואפילו איזה פסוקים או ד"ת אסור וכמ"ש הרב ווי העמודים ז"ל ויותר הו"ל להמג"א להקשות מההיא דסי' קכ"ד ס"ז שכתוב שם לא ישיח שיחת חולין בשעה שש"ץ חוזר התפילה משמע מזה דדוקא משום חזרת ש"ץ אסור להשיח שיחת חולין אבל אחר החזרה מותר לדבר שיחת חולין. אכן נראה דגם זה אינה קושיא דכאן לימדנו דאם שח עבירה היא בידו וגדול עונו מנשוא וגוערין בו אבל אה"נ דגם אחר תפילת י"ח אסור לדבר שיחת חולין והוא מ"ש מרן בסימן קל"א אין לדבר בין תפילת י"ח לנ"א וכעין זה יש לתרץ ג"כ מה שהקשה המג"א מההיא דסי' נ"ד דמשמע שם דדוקא מברוך שאמר עד סוף תפילת י"ח אסור אבל אחר תפילת י"ח מותר נראה דאין זה ראיה דודאי מן ב"ש עד סוף תפילת י"ח אז אסור הוא ועבירה היא בידו אבל בין תפילה לנ"א אין לדבר ר"ל דלכתחילה אין לדבר אבל אם דיבר אין כ"כ אסור וא"כ לא יוכל לכתוב אסור לדבר מב"ש עד אחר נ"א כי אם דיבר לא יש איסור כ"כ כמו מב"ש עד אחר תפילת י"ח ונראה דזוהי שכתב המג"א ויש לדחות והכוונה כמ"ש דיש חילוק ביניהם ודלא כמו שפי' הרב מחצית השקל שפי' בכוונת המג"א במ"ש ויש לדחות דכוונתו דאה"נ דאסור לדבר עד אחר נ"א אלא דנקטו מילתא פסיקתא דהא יש ימים שאין נופלין על

פניהם כגון בר"ח וכדומה עי"ש דליתא דודאי כיון דרוב ימים נופלין על פניהם הו"ל למרן להשמיענו דין זה שאין לדבר עד אחר נ"א ועוד כיון דעכ"פ מרן השמיענו שאין לדבר בין תפילת י"ח עד נ"א א"כ למה חילקן לשתי בבות בסי' נ"א ובסי' קל"א והו"ל לומר שאסור לדבר מן ב"ש עד אחר נ"א אלא ודאי נראה דכוונת המג"א במ"ש ויש לדחות כמש"ל אכן מה שכתב משם מרן בב"י שהביא משם ת"ד שמשמע מדבריהם דדוקא כשמפסיק ועוסק בדברים אחרים אסור אבל שיחה בעלמא לית לן בה וכתב המחצ"ה לפרש דבריו דמלשון ת"ד שכתבו להפסיק בשאר דברים משמע הפסקה גמורה אסור אבל שיחה בעלמא לית לן בה ע"כ. והרואה יראה דאף דבאמת העתק דבריהם בדברי מרן כתוב שהיתה מפסקת מכוונת תפילתו להפסיק בשאר דברים ואף שגם זה אינה ראיה וכמ"ש הוא ז"ל מ"מ עין רואה דברי ת"ד בדברי רבינו בצלאל שכתוב להדיא שמכאן כתב רבינו שאסור להפסיק בדברים אחרים שאינן של תפילה ובשיחה מדברים אלו נראה שאין להפסיק אפי' בשיחה בעלמא. עוד נראה יותר מדבריהם שאפילו דברי תורה אסור ללמוד שכן כתבו אסור להפסיק בשיחה ובדברים אחרים שאינן של תפילה מדברים אלו נראה שאפילו לימוד תורה כיון שאינו מענין התפילה אסור להפסיק ועוד קשה לי על דבריו במה שהבין דבין מב"ש עד תפילת י"ח ובין מתפלה לנ"א הכל שוים שאסור להפסיק ביניהם ודיניהם שוה דא"כ ר"א איך היה מניח לאשתו להפסיקו בדברים כיון שאם פסק עבירה היא בידו וחוזר עליה מעורכי המלחמה כמו בין ישתבח ליוצר כיון דדין אחד הוא להם ושוה דיבור בין ישתבח ליוצר כמו בין תפילת י"ח לנ"א:

ועכ"פ נמצינו למידין מדברי הרשב"א דכל שהוא שאינו ענין של תפילה אפילו דברי תורה אסור וכ"ש שיחה בעלמא שודאי אסורה לפ"ז ומעתה לפי האמור דמה שפי' המחצ"ה בכוונת המג"א במ"ש ומ"מ נ"ל מ"ש דר"ל דשיחה בעלמא מותר שאיך לא שם לבו לדברי הרשב"א הנז' דמשמע מדבריו דאפילו ד"ת כיון שאינן מענין התפילה אסור וכ"ש שיחה בעלמא וא"כ איך אפשר לומר דשיחה בעלמא מותר אכן נראה דכוונת המג"א היא לומר דמאחר דיש להביא ראיה דשיחה בעלמא מותר ויש סברא לדחות זה ג"כ אין אנו אומרים שאסור לדבר כלל אפילו כגון והוא רחום ואין אומרים שמותר לדבר שיחה בעלמא ואנו תופסין קו המצוע שלא לדבר שיחה בעלמא אכן אם אומר שאר דברים כגון והוא רחום מותר וזה שכתב ומ"מ נ"ל מ"ש ר"ל מה שכתב בתחילת דבריו דכגון והוא רחום מותר:

עוד נראה להביא ראיה ממ"ש המג"א בסי' קי"א עמ"ש מרן כשהש"ץ חוזר התפילה חוזר ואומר ה' שפתי תפתח בלחש וכתב המג"א משם הב"י אבל שומע תפילה ושאר פסוקים

א"ץ הואיל וכבר אמרן בלחש קודם התפילה ואפילו בשחרית וערבית שלא אמרן קודם התפילה אין צריך לאומרם ע"כ לשון הב"י. וכתב המג"א משמע דש"ץ רשאי להפסיק אחר שהתפלל בלחש עי"ש ופשוט הוא דמ"ש רשאי להפסיק היינו להפסיק בשומע תפילה ושאר פסוקים דוקא אבל לא לדבר דברי חול וכן ראיתי להמחצ"ה שכתב לפרש דבריו וז"ל דהא לא כתב שאסור לומר פסוקים אלא שאין צריך ואע"ג דהפסוקים הוי הפסק ע"כ הרי משמע דוקא פסוקים אבל שיחה בעלמא ודאי שאסור ועוד מצאתי להרב הפרישה בסי' קנ"ב שכתב עמ"ש הב"י בשם ת"ה בטעם דש"ץ אינו חוזר לאחוריו אחר תפילתו שמתפלל בקול רם משום שממתין עד קדיש שלם שתקנוה אחר כל תפילה אלא שמפסיקין בקריאת ס"ת וסדר קדושה ובכה"ג דתקנוהו תקנוה דלסדר תפלת י"ח הן באים ע"כ וכתב הרב הפרישה מכאן משמע דאסור לש"ץ לדבר ביני ביני עד אחר קדיש תתקבל כיון דהכל מעין תפילה אחת היא והקדיש חוזר על כולן עי"ש הרי הדבר מפורש להדיא בדברי הפרישה שאסור להפסיק עד אחר קדיש תתקבל וליכא מאן דפליג ואף שהרב מאמר מרדכי כתב דדברי הפרישה פליגי על דברי המג"א שבסי' קי"א שהוכיח מדברי מהרא"י ממ"ש בדין שבסי' ס"ו דשרי להפסיק אפילו קודם שיתחיל הש"ץ החזרה בקול רם ושמא יש לחלק בדוחק עי"ש. ולפקד"ן דהחילוק הוא מרווח דהמג"א מיירי במפסיק בשומע תפילה ושאר פסוקים וכמו שכן נראה מדבריו שכתב אבל שומע תפילה ושאר פסוקים אין צריך ודקדק מדאמר א"ץ דרשאי להפסיק אבל הרב הפרישה כתב שאסור להפסיק בדיבור עד אחר הקדיש משמע דוקא דיבור אסור:

גם ראיתי לגורי האר"י ז"ל שכתבו אם גמר האדם תפילת י"ח בלחש ועדין השליח ציבור אינו מתחיל החזרה חטא חמור הוא לדבר בין תפילת ח"י שבלחש לחזרה:

עוד מצאתי בזוהר הקדוש שמות דף קכ"ח כיון דמטא לשים שלום כדין עביד שמושא ההוא נהר דנפיק מעדן באדרא דא וכדין בעיין כולא לנפקא מקמי מלכא ולא אצטריך ב"נ ולא אחרא לאשתכחא תמן ולא למישאל שאלתין אלא איצטריך למינפל על אפין וכו' ובעי כל ב"נ למיכסף מקמיה מאריה ולחפיא אנפוי בכסופא סגי ע"כ. מדברים אלו נראה דאין לדבר כלל מעת שיגמור שים שלום עד אחר נפילת אפים וגם מדאמר ולא למשאל שאלתין מדברים אלו משמע שאפילו בקשה בעלמא אין לומר כי אם דוקא עד אחר שיפול על פניו אבל קודם לזה אסור:

ועוד נראה דכיון דאמרו רז"ל בזוהר ובש"ס ע"פ והטוב בעיניך עשיתי דסמיך גאולה לתפילה וכתב מרן בסי' ס"ו וקי"א דאפילו לומר אמן אסור והפוסקים כתבו דאפילו מפני היראה אסור להחזיר שלום א"כ נראה דהחזן שחוזר תפילת י"ח להוציא מי שאינו

יודע להתפלל אם נאמר לו שמותר לדבר בין תפילה לחזרה א"כ לפ"ז לא נסמך גאולה לתפילה ואיך יתקיים דבר זה לגבי ש"ץ:

ולענין אם הוא הולך ממקום למקום אחר תפלת י"ח שבלחש נרא' דאין קפידא בהילוך דהא מצינו למרן בא"ח סי' פ"ט שכתב בשעת הדחק כגון שצריך לילך ולהשכים לדרך יכול להתפלל משעלה עמוד השחר וכו' ואע"פי שאינו סומך גאולה לתפילה הכי עדיף טפי שיתפלל בביתו מעומר ממה שיתפלל בזמנה והוא מהלך ויסמוך גאולה לתפילה ע"כ. מזה נראה דדוקא כשהוא מתפלל אין לו להלך והוא לפי שכשהוא מסדר תפילתו והוא מהלך מתבלבלת דעתו אבל אם הוא ממתין עד שיגמרו שאר הציבור תפילתם ויתחיל החזרה אם הלך מעט קודם שיתחיל לית לן בה ואין קפידא בזה אם ילך בלתי הפסק:

וכן יש להביא ראיה עוד ממ"ש בברכות דף ל"א על ר' עקיבא כשהיה מתפלל בביתו בינו לבין עצמו אדם מניחו בזוית זו ומוצאו בזוית אחרת וכל כך למה מפני הכריעות וההשתחויות ואי דאסור להלך היאך יהלך מזוית זו לזוית זו אכן ממעשה זה נראה דאפילו בעת התפילה מותר להלך אך באמת אין ראיה מר"ע לדור יתום כזה ודי לנו אם נתיר שלא בשעת התפילה:

נאום זעירא דבריין אברהם דיין ס"ט

סימן יג

שאלה ראובן שהיה לו בן אחד וד' בנות והשיא לשתים מהם ונתן להם נדוניא כפי יכלתו ואח"ז בנו הנז' מת והניח שני בנים קטנים ואחר זה מתה גם אשתו ונשאר בבית הוא ושתי בנותיו הבתולות והיו משרתים אותו וכראות עצמו שהוא איש שיבה ומוטל על ערש דוי ובנותיו בגרו ולא נלקחו לאיש וידע ראובן הנז' כי אחרי מותו יגיע צער גדול להבנות הבתולות כי אז יבואו ב"ד ויוציאו אותם מהחצר והבתים שיש לו ואפילו דירה לא יתנו להם וגם מזונות אין להם כי כבר בגרו מזה זמן ולכן שלח אחר שני ת"ח וכתב שטר מתנה להבנות הנז' על החצר והבתים הנז' גם נתן להם תכשיטי זהב שהיו בידו משכון מהגוים ואחר זה נלב"ע ראובן הנז' ואח"ז שמעו הת"ח הנז' כי יצאו עליהם עסיקין באומרם שאיך עברו על מ"ש ז"ל לא תיהוי באעבורי אחסנתא אפילו מברא בישא לברא טבא גם רצו לבטל מתנת התכשיטין אשר נתן להם אביהם באומרם שהם משכונות של גוים ביד ישראל דלא קנו גם טענו על הבנות שלא לתת להם עישור נכסי משאר נכסי אביהם והן עתה שואלים הלכו בו האם יש ממש בכל אלו הטענות ויבוא שכמ"ה:

תשובה תחילה וראש צריכין אנו לדעת במה שדברו על שני הת"ח אשר כתבו שטר מתנה אם עברו על מאמרן ז"ל בכמה מקומות ומכללן בכתובות דף ג"ן שא"ל לר' יהודה שיננא לא תיהוי באעבורי אחסנתא אפילו מברא בישא לברא טבא אכן נראה דארז"ל ע"פ וכל טוב אדוניו בידו זה שטר דייתיקי והקשה היפ"ת דאיך היה אברהם אבינו באעבורי אחסנתא ותירץ דלא אמרינן דלא תיהוי באעבורי אחסנתא אלא בש"מ או בבריא דמקנה לו אחר מיתה אבל המזכה מתנה בחייו לית לן בה דלא גרע מנותן מתנה לזרים בחייו דאין בזה נדנוד עבירה עי"ש. גם ראיתי להרב החבי"ב בח"מ סי' רפ"ב אות יו"ד וז"ל עוד אני אומר דאפילו באעבורי אחסנתא מברא בישא לברא טבא היינו דוקא בלשון ירושה ובשעת מיתה אבל בלשון מתנה ובהיותו בריא אין שום קפידא וכן ראיתי נוהגים שאין נזהרים בזה עי"ש. הנה מדבריו אלו נראה בהדיא דדוקא בש"מ אבל בבריא ונתן מתנה אין שום קפידא וא"כ לדעת הרב החבי"ב מה שכתב מרן ומידת חסידות הוא שלא להעיד בצואה זו שמעבירין הירושה מהיורש היינו דוקא בש"מ אבל בבריא אין שום קפידא וכעין שמצינו גבי א"א ע"ה שנתן את כל אשר לו ליצחק ואין בזה אפילו מידת חסידות ועוד כי רש"י ז"ל פי' בחומש ע"פ ויתן אברהם את כל אשר לו ליצחק זו דייתיקי פי' שטר מתנה נתן ליצחק כדי שיקפצו ויתנו לו בתם א"כ כ"ש בנ"ד שגדלו ולא נישאו ועשה כן כדי שיקפצו ויקחו אותם שכל עוד שהם אביונים לא יקחו אותם והן היום אחר מיתת אביהם שלחו לשדך אותם ועוד כי בנ"ד עכ"פ שייר לבני בנו מטלטלים וחובות. ואף כי המפרשים תירצו גבי יצחק לפי שכתוב כי ביצחק יקרא לך זרע ואין ישמעאל ובני קטורה נקראים זרעו היינו לפי שהוקשה להם דאיך א"א ע"ה יתן את כל אשר לו ליצחק ולא נתן לשאר בניו דבר מועט לקיים נחלה דאורייתא וגם למה גבי בני הפילגשים כתיב שנתן להם מתנות ולא מצד הירושה ותירצו לפי שכתוב כי ביצחק יקרא לך זרע. אך באמת כי תירוץ זה הוא דחוק שהרי גם גבי ישמעאל כתיב כי זרעך הוא ועוד כי מצינו לרז"ל כי חסו על בושת הבנות שהרי אמרו בנכסים מועטין הבנות יזונו והבנים ישאלו על הפתחים וא"כ אין קפידא על ראובן הנז' אם חשש על בנותיו שלא יתעגנו כל ימי חייהם או ימצאו להם זיווג שאינו לפי כבודם ויצטערו כל ימי חייהם בדבר הזה:

וחזי הוית להרב בני חיי בסי' רפ"ב שהקשה על היפ"ת מדברי הש"ס שבכתובות דף ג"ן שם גבי רב פפא דאיעסק לבריה בי אבא סוראה אזיל למיכתב כתובה א"ל לר' יהודה ב"רמ ליעול מרן בהדן חזייה דלא הוה ניחא ליה א"ל מאי דעתיך אי משום דא"ל שמואל לר"י שיננא לא תיהוי באעבורי אחסנתא וכו' א"ל מעליא דידי היינו עשייה כתביה לכל מאי דהוה גביה וכו' והקשה עליו והרי שם היתה מתנת בריא ועכ"ז א"ל לא תיהוי

באעבורי אחסנתא ומזה הקשה ג"כ על בעל העיטור שכתב דלא הוי אעבורי אחסנתא היכא דשייר מידי והקשה עליו והרי מסוגיא זו נראה דאפילו שייר מידי הוי אעבורי אחסנתא. ולעד"ן דדברי בעל העיטור הן הם דברי הרמב"ם בפ"ו מה' נחלות שכתב הנותן נכסיו לאחרים והניח היורשים אין רוח חכמים נוחה הימנו ומדלא כתב הנותן מנכסיו לאחרים דמשמע קצת מהם אלא כתב הנותן נכסיו לאחרים והניח היורשים ר"ל שהניחם בלא כלום נראה מזה דדוקא כשנתן כל נכסיו כולם אבל אם נתן קצת והניח קצת אין בכלל זה מ"ש אין רוח חכמים נוחה הימנו כי באופן זה אין קפידא וכדברי בעל העיטור ז"ל ומה שהקשה עליו מדברי הש"ס כי נראה משם שאפילו שייר קצת נקרא אעבורי אחסנתא לעד"ן בהיפך שהרי ר"י בר"מ מתחילה לא רצה ליכנס לפי שחשש שמא אבי הכלה משום כבודו של ר"י בר"מ יתן כל אשר לו לחתנו וכמו שכן מצינו שלבסוף כת' כל מה דהוה גביה ואין זה רחוק מהמציאות כי עינינו הרואות לכמה אבי הכלות שבראותן שהחתן מיוחס והוא מהנכבדים נותן לו ממון מרובה ולוה מאחרים יותר מכדי יכלתו ונותן לו ואפשר שבעת אשר הוא נותן לחתנו אם ימכור כל נכסיו לא יספיק לחובו אלא מרוב שמחתו בוטח בה' ופורע חובתו:

הנה לפקד"ן לתרץ דברי הש"ס ובתחילה יש להסביר טעם לדברי היפ"ת והרב החבי"ב דמאי שנא גבי ש"מ יש בו משום אעבורי אחסנתא וגבי בריא אין בו משום אע"א אכן נר' לומר והוא דבשלמא גבי בריא שהוא שפוי בדעתו ודאי דמה שנתן מתנה זו לאו על חנם נתן מתנה זו אלא משום שהוא מצפה ממנו לתשלום גמול מהמקבל מתנה ומשו"ה אם נתן לאחרים לא הוי אעבורי אחסנתא אבל בש"מ שהוא הולך לבית עולמו ואינו מצפה מהמקבל מתנה לתשלום גמול ודאי דמה שנתן המתנה הוא להכעיס ליורשיו מאיזה סיבה או שלא שרתוהו בחוליו או שראה שהם שמחים במיתתו ומשו"ה עמד וכתב לאחרים ולכן בנדון כזה נתנו לו עצה לאדם דלא ליהוי באעבורי אחסנתא כגון זו ואה"נ דאם נפל בחולי ארוך ולא באו היורשים לשמשו אלא בא איש זר ושמשו ובשכר זה כתב לו איזה מתנה גם נדון כזה אינו בכלל לא תיהוי באעבורי אחסנתא כיון שהוא מצפה לשמשו עוד כל זמן שהוא בחיים אבל אם כתב לאיש זר שלא שמשו מעולם והוא מתכוין להכעיס יורשיו בזה אנו נותנים עלה לא תיהוי בא"אח:

והנה ההיא דאעבורי אחסנתא נכלל בה שני דברים אחד הא דאמרן שהוא ש"מ ונותן מתנה ומתכוין להכעיס ליורשיו ועל זה בא באזהרה לא תיהוי באעבורי אחסנתא. שנית כי יש לך אדם שהוא נכבד ודבריו נשמעים ויבוא אצלו שום אדם ומתחנן אליו שידבר על לב פ' לתת לו מתנה כעין שמצינו לר"י בר"מ שא"ל רב פפא ליעול מר בהדאי חזייה

דלא הוה ניחא ליה וכו' א"ל מי קאמינא לך עול ועשייה עול ולא תעשייה א"ל מעליא דידי היינו עשייה כי נמצא שסבר ר"י בר"מ שקרא לו לקחת נדוניא יותר והוי אעבורי אחסנתא כיון שאבי הכלה שלא מרצונו נתן לו ולא משום תשלום גמול שהוא מצפה אלא הוא נותן משום כבוד ר' יהודה ולכן לא רצה ליכנס ואפילו ע"מ שישתוק אבל אם היה בריא ונתן מעצמו לאחד בלתי שום בקשה וכבוד מסתמא אנו אומרים שכוונתו למתנה ומקוה לתשלום גמול. והנה בנ"ד שמאליו שלח אחר עדים והעדים עצמם לא ידעו אם יש לו בנות אם לאו וכשמוע העדים את דבריו דברו על לבו שלא יעביר הנחלה מבני בנו הנז' ולא קיבל מהם כי אמר הוא חולה בחולי ארוך ואין לו אשה לשמשו כי מתה זה זמן א"כ מה יש להם לעדים לעשות עוד ומה גם שנתן טעם לדבריו:

עוד כתב הרב החבי"ב שם וז"ל יראה לי שלא אמרו אין רוח חכמים נוחה הימנו אלא דוקא בכותב נכסיו לאחרים והניח לבניו אבל בכותב נכסיו לבניו וריבה לאחד ומיעט לאחד אע"ג דאמר שמואל לר' שילת לא תיהוי באעבורי אחסנתא אפילו מברא בישא לברא טבא אינו בכלל אין רוח חכמים נוחה הימנו עי"ש. הרי כתב להדיא דגבי יורש נחלתו שריבה לאחד ומיעט לאחד אין זה בכלל מה שארז"ל אין רוח חכמים נוחה הימנו. עוד נראה דיתכן להיות ההיא מעשה דרב פפא דאבי הכלה היה חולה ומוטל על ערש דוי ומנ"ל שהיה בריא ואי משום שהיה מדבר כדבר איש אל רעהו וכתב לבתו כל מאי דאית גביה אין זה ראיה כלל וכי ש"מ צריך שיהיה חולה הרבה ובש"ס לא הוצרכו לבאר זה והנה חילוק זה שחילק היפ"ת בין בריא לש"מ כן איתא בירוש' פ' ב' דייני גזירות והביאו הרא"ש בתשו' כלל פ"ה סי' ג' הרי שהיה נתון במדינת הים ואמר ינתנו אלו לבני בנותיו בכלל ואם בשעת מיתה אמר ינתנו לבני אין הבנות בכלל והרא"ש שם הקשה דברי הש"ס אהדדי דבפ' י"נ אמרי' ההוא דשלח חתיכות מעילין ושיראין לבניו אמר ר' אמי הראוי לבנים לבנים והראוי לבנות לבנות ואילו לקמן אמרי' ההוא גברא דאמר נכסי לבני והו"ל ברא וברתא ומיבעיא לן מי קרו אינשי לברא בני ופשיטא ליה דאין בנות בכלל ומאי שנא וחילק שם הרא"ש דהא דאמרי' דבנות בכלל היינו כשהוא בריא וההיא דהוה ליה ברא וברתא דנר' דאין הבנות בכלל מיירי בש"מ וטעם הדבר דמה בין בריא לש"מ דכל שהוא בחייו שהוא נותן מתנה הכל בכלל אבל בש"מ שבא להנחיל אנו אומרים דאמדינן דעתיה דהאי גברא לא בעי למיהוי באעבורי אחסנתא משום הא דקאמר שמואל וכו' ע"כ. הרי להדיא דדברי הירוש' והרא"ש כהיפ"ת ולא חש הרא"ש להההיא דכתובות כי יש לו איזה תירוץ או כדאמרן לעיל:

עוד יש לומר. דבנ"ד לא שייכא ההיא דלא תיהוי באעבורי אחסנתא והוא דכתב מרן והוא מדברי הרמב"ם ז"ל כל הנותן נכסיו לאחרים והניח היורשים אע"פי שאין היורשים נוהגים כו כשורה אין רוח חכמים נוחה הימנו ומידת חסידות שלא להעיד בצואה זו וכתב הסמ"ע דר"ל דאין נוהג בו כבוד כראוי במורישו ואע"ג דנוהג כשורה במילי דשמיא עי"ש. מדברים אלו משמע דאם האב או המוריש ריבה לאחד ומיעט לאחד לאו משום שאינו נוהג בו כבוד אלא שראה להבן האחד שהוא מוצלח ומשכיל בכל דרכיו מה שלא נמצא כן בבן השני ולא חס על השני ונכמרו רחמיו עליו ונתן לו מתנה מרובה שאין זה בכלל לא תיהוי באעבורי אחסנתא כיון שמצד רחמנותו על השני נתן לו מתנה דאלת"ה למה לו למרן ז"ל לומר אע"ג שאין היורשים נוהגים בו כבוד הו"ל להשמיענו רבותא טפי דאפילו שריבה לאחד משום שריחם עליו לפי שאינו מוצלח אפ"ה מיקרי אעבורי אחסנתא וכ"ש אם מעביר במזיד לפי שהיורש אין נוהג בו כשורה והוא מתכוין להכעיסו להעביר ממנו הנחלה אלא ודאי נראה שבדוקא נקט אע"פי שאין היורשים נוהגים בו כשורה לומר לא מיבעיא אם העביר הנחלה בלתי שום טעם שנקרא אעבורי אחסנתא אלא אע"פי שנותן טעם לדבריו במה שמעביר הנחלה לפי שהיורש אין נוהג בו כבוד עכ"ז נקרא אעבורי אחסנתא אבל אם העביר הנחלה מבן לבן לפי שראה שהבן האחד הוא מוצלח ומרויח פרנסתו ויש בידו קרן והבן השני אינו מוצלח ולכן האב חס עליו והרבה לו חלקו בודאי אין בזה אעבורי אחסנתא ומצוה קא עביד כי אין מן הדין שלא לרחם על בניו ואין כוונתו משום שאין נוהגים בו כבוד אלא משום שלא יגיע להם צער אחר מותו וא"כ בנ"ד שידוע לכל שאין כוונתו להכעיס ליורשים ולאו משום שאין נוהגים בו כבוד כי הבנים הם קטנים ואינם בני כבוד אלא כוונתו לרחם על בנותיו כי אמם כבר. מתה מזה זמן וכשימות גם הוא ישארו יחידות בבית ואין להם איש או אח לעזור אותם וגם מהחצר והבתים הנז' יוציאו אותם כי אז יהיו ממון בנים הקטנים ולכן עמד וכתב להם שטר מתנה מהחצר והבתים הנז' וכ"ע מודים אילו לא היה להם חצר והבתים הנז"ל לא היה אדם פוקדם והיו כלואים בבית שהרי אפילו בחיי אביהם לא בקשו לשדך אותם וכ"ש אחר מותו כי ישארו עניים מרודים ולא יעלה להם מנכסי אביהם כ"א דבר מועט ולכן נראה כי אביהם חסד גדול. עשה עמהם וצדקה ואין מונעין לאדם מלעשות צדקה כדי שלא להעביר הנחלה מיורשיו ודבר זה אין השכל מקבלו והתלמוד מלא מזה וכמ"ש גבי מר עוקבא בכתובות דף ס"ז שראה עצמו שלא עשה צדקה הרבה אמר זוודאי קלילא ואורחין רחיקא קם ובזבז לפלגיה דממוניה והקשו והיכי עביד הכי והא באושא התקינו שהמבזבז אל יבזבז יותר מחומש שמא ירד מנכסיו ואם איתא הו"ל להש"ס להקשות

והא מעביר הנחלה מהיורשין אלא ודאי נראה פשוט שאין זה אמור שהמעביר נחלה אין רוח חכמים נוחה הימנו אלא דוקא במתכוין במזיד להכעיס היורש שלא מצא חן בעיניו או שיודע שיורש אותו ועכ"ז אינו נוהג בו כבוד וזוהי שבאו באזהרה לא תיהוי באעבורי אחסנתא והכוונה שרצונו להכעיס להעביר הנחלה אבל אם אין כוונתו להכעיס את היורשין אלא כוונתו לרחם עליהם מצד החמלה שראה לבן האחד כצל"ח העודף והאחד אין לו הצלחה כ"כ או שרצה לזכות את נפשו בתת מממונו לצדקה כמו מר עוקבא בודאי בכגון זה לא יעלה בדעת שום אדם לומר שזה אעבורי אחסנתא וה"נ מצינו בב"ב דף קל"ג גבי אדם אחד שלא היו בניו נוהגים בו כשורה עמד וכתב נכסיו ליונתן בן עוזיאל מה עשה יונתן בן עוזיאל מכר שליש והקדיש שליש והחזיר שליש ואי אפילו בתורת צדקה נקרא אעבורי אחסנתא א"כ היאך קיבל ממנו יונתן בן עוזיאל וגם שמאי הזקן שבא עליו במקלו ותרמילו וצעק כנגדו על שהחזיר השליש ואדרבה היה לו לומר איך עברת ולקחת כל הממון אלא ודאי נראה פשוט שכל שכיון לשם הנאתו כמו איש זה שרצה לזכות שיהנו ממנו לומדי תורה או לצדקה אז בכגון זה לא באו עליו רז"ל באזהרה לומר לו לא תיהוי באעבורי אחסנתא:

עוד נראה לתת טעם לדברי הירוש' והרא"ש שחלקו בין בריא ובין ש"מ והוא דבשלמא גבי בריא שנתן מתנה אין ברור לנו שממון זה שנתן הוא הולך מהיורשים כי אפשר שממון זה היה מאבדו או מפסידו באיזה סחורה וגם כשהוא בחיים ירויח כהנה וכהנה אבל אם הוא ש"מ שהולך למות או זקן שהגיע לגבורות שודאי מכאן ואילך לא ירויח כאותו סך שנתן ובודאי אותו סך הולך מהיורשים ולכן אם יתן אז איזה מתנה הולך מכיס היורשים ויתכן לומר כי אבא סוראה הנזכר בש"ס היה איש זקן שהגיע לגבורות ואין תקוה ממנו שירויח כאותו סך ולכן ר"י בר"מ לא רצה ליכנס כדי שלא יהיה באעבורי אחסנתא:

וראיתי למהראנ"ח ח"א סי' קי"ח שהוכיח מההיא דכתובות הנז' וז"ל מכאן יש ללמוד דאע"פי שאסור להעביר הנחלה מ"מ כל שהעביר אין אומרים לו שיחזיר ומוטב שיעמוד באיסור ההעברה ולא יחזור בו ואע"פי שאם היה חוזר היה מתקן בכך איסור ההעברה עי"ש. ונראה לתת טעם לדבר לפי דבעת שהוא נותן הוא עובר אבל המקבל לא מצינו לו שום איסור. אם קיבל המתנה וא"כ אחר שזכה במתנה אם נאמר לו שיחזיר המתנה שלא כרצונו הרי הוא גזל ביד הנותן כיון שכבר זכה בה חבירו ולכן אפי' שהוא מתקן ההעברה מ"מ אם יחזיר הרי הוא גזל בידו אלא שיש לי לתמוה על דברי מהראנ"ח שדבריו באו כספר החתום ולא ביאר דבריו במאי מיירי ומסתמות דבריו נראה שהוא כבריא שהרי

הוא מוכר ונותן וא"כ הוא יש לתמוה עליו מדברי הרא"ש הנז' שנראה מדבריו דההיא דלא תיהוי באעבורי אחסנתא הוי דוקא בש"מ וכמו שכתב כן להדיא ונתן טעם לדבריו אבל בבריא אין בו משום אעבורי אחסנתא וא"כ קשה איך הוא יאמר סתם דמשמע אפילו בבריא ויתכן לומר שראה הראנ"ח דהאיש ההוא היה זקן וקרבו ימי פקודתו ולכן הוא מוכר מנכסיו כדי לתת אותם לבת בנו ולהבריחם מבנו שראה עצמו שקרבו ימיו למות וכל כוונתו הוא כדי להכעיס לבנו ובכי האי גוונא כבר כתבנו לעיל דאם עשה כן נקרא אעבורי אחסנתא וכמו שנראה כן מדברי הרא"ש מהטעם האמור לעיל:

עוד מצאתי להרא"ש שם שכתב דבחייו אנו אומרים שאדם חפץ בכבוד בנותיו שתהיינה מלובשות בכבוד שיהא להן קופצים ע"כ. א"כ ממנו נקח שגם בנ"ד חס על כבודם ושיהיה להם קופצים לקחת אותם ובהכי ניחא ליה ומה גם שראה שהם בגרו ולא נישאו לפי שהם אביונים ואין בידם ממון ואף שהאב לא פי' את שיחותיו שבשביל זה נתן להם המתנה ההיא מ"מ מסתמא כך דעתו ועוד דעכ"פ ניזונים מהמתנה ההיא:

וחזי הוית להר"ן בפ' מציאת האשה ופסקו מור"ם בא"הע סי' קי"ג שכתב דאף האב בחיים חייתו אין לו להוסיף יותר על העישור משום אעבורי אחסנתא וקשה על דבריו מההיא דהירוש' הנז' דמשמע משם דאף אם הוא בריא ואמר ינתנו אלו לבני דאף הבנות בכלל ולא חילקו בין מתנה מועטת שאין בה כדי עישור ובין מתנה מרובה שיש בה יותר מעישור וסתמא אמרו שאם שלח לביתו נכסים ואמר אלו לבני שאף בנות בכלל ויתכן לומר דאף הר"ן ז"ל לא מיירי אלא באיש המתכוין להעביר הנחלה מיורשיו להכעיס אותם ואף אם לא יתן להם שיעור זה ימצא להם בן זוג ועל כיוצא בזה בא הר"ן באזהרה שאין לאב לתת כ"כ לבתו יותר מהעישור כיון שעינינו. הרואות דבת זה בעישור שנותן לה לבד ימצא לה בן זוג וזה שהוא נותן יותר מעישור להזיק את היורשין נתכוון ועל כיוצא בזה כתב הר"ן דאין לו לתת יותר. א"נ אפשר לומר דאף אם נאמר דבכל גוונא כתב הר"ן שאין ליתן יותר מהעישור מ"מ הרי כתב מור"ם שם שאין נוהגין כן ורצונו לומר דבכל עיר ועיר לפי מנהגו ואם הוא יושב בעיר שנוהגים להרבות נדוניא לבנותיהם ואם לא ירבה לה יושבת בקרן זוית ובכגון זה מה יעשה האב וכי ס"ד שיניח אותם עגונות כל ימיהם כדי שלא יאבד הירושה מבניו והר"ן לא דיבר אלא כנגד בני דורו שהיה מנהגם למעט בנדוניא ולמרבה היה נותן להם העישור ואם היה איש שוע ונדיב ונתן יותר על כיוצא בזה בא באזהרה מדברי הר"ן שאין לתת להם יותר מעישור אבל כגון בזמן הזה שאם הבת אביה אביון אין שואלין עליה ואין אדם פוקדה ובפרט אם היא אינה יפה ועל כיוצא בזה לא דיבר הר"ן ז"ל וכן ראיתי להרב מים רבים בא"ה סי' ט"ז שכתב להדיא

על דברי הר"ן ונתן טעם לדברי מור"ם במ"ש ואין נוהגין כן לפי שבעו"הר כי האידנא לא שכיחא מילתא דליקפצו עליה אינשי אם לא על ידי ממון רב ומשו"ה כדי שלא יהיו הבנות יושבות בקרן זוית מוכרחים האבות להוסיף לבנות לתת כחם ואונם וכו' ופוק חזי מ"ש מהר"ם מינץ סי' מ"ז וכו' שמעינן מינה דלא כתב הר"ן שלא להוסיף על העישור אלא לפי זמנו ומנהג מקומו וכתב עוד שכן כתב הרב פרח מ"א בח"ב סי' ס"ז שאם אין מספיק לה העישור שמותר להוסיף עי"ש. הרי להדיא דהר"ן לא דיבר אלא לפי זמנו ומנהג בני עירו אבל למנהגנו שלווים ומשיאין את בנותיהם לא דיבר בזה הר"ן ז"ל:

והנה מדברי הרא"ש ז"ל הנז' לעיל הקשה מהרי"א בס' שארית יעקב פ' בהעלותך על דברי הרב פ"מ ח"א סי' ע' שכתב בתוך התשו' דגם במתנת בריא אפשר דנכנס בכלל אעבורי אחסנתא והוא לכאורה היפך דברי הרא"ש עי"ש. ולעד"ן דהוא ז"ל כתב דיש מי שסבר דאפילו בבריא יש בו משום אעבורי אחסנתא כנראה מדבריו דלאו הכי הילכתא אלא יש מי שסבר כן והאיש שנתן מתנה לחנוך בן בתו כדי לצאת סברת מי שסובר דאפילו בבריא יש בו משום. אעבורי אחסנתא לכן נתן לבן בתו הפירות של החנות וא"כ יש מי שסובר דמה שכתב הר"ן הוא דאפילו לתת נדוניא לבתו יותר מהעישור נקרא אעבורי אחסנתא ולאו שפיר עבד כ"ש מתנה בעלמא:

הכלל העולה כי לפקד"ן דממה שאמרו לא תיהוי באעבורי אחסנתא ולא אמרו לא תיהוי בנתינת מתנה נראה דהכלל לפי הענין ולפי ראות עיני העדים מה היא כוונת הנותן אם כוונתו להעביר הנחלה מיורשיו או כוונתו לרחם על בניו שלא יצטערו אחרי מותו כי אם אומר לעדים דמה שנותן מתנה לאחרים ומניח בניו לפי שהיורשין אין נוהגין בו כבוד או שהוא אינו אוהב אותם ואפילו שהם בניו ורוצה להרבות לאחד ולמעט לאחד וכל כוונתו להעביר הנחלה ובפרט אם הוא זקן או חולה וחושש הוא למיתה בודאי דכל כוונתו להעביר הנחלה ועל כיוצא בזה אמרו לא תיהוי באעבורי אחסנתא אבל אם הוא בריא או אפילו זקן או חולה ונתן מתנה לבנותיו והניח הבנים כנ"ד ועינינו הרואות דאין כוונתו להכעיס ביורשיו אלא למנוחת בנותיו שאין להם ממה להתפרנס והם כלואים בבית ואינם בני מלאכה ולא בני משא ומתן וגם אם נתן איזה דבר לצדקה בין אם הוא בריא או ש"מ שיזכו בה אחרי מותו לזכות את נפשו לחיי העו"הב בדבר כזה לא אמרו לא תיהוי וכו' וגם אין רוח חכמים נוחה הימנו ואדרבה לאיש כזה יאמרו חכמים תבוא עליו ברכת טוב ומלבד כל זה כבר כתב מרן שאפילו המתכוין להכעיס ליורשיו מידת חסידות הוא שלא להעיד ואין שום חשש איסור ולכן מעשים בכל יום גדולים ואנשי מעשה כותבין שטרי מתנות בלתי שום פקפוק כלל ועיקר ולית דחש לשום דבר:

ונבוא לבאר הספק השני במה שנתן להם אביהם תכשיטין של זהב והם משכונות לגוים אם קנו אותם הבנות הנה כתב המרדכי בפ"ק דקידושין והביאו מרן בב"י א"ה סי' כ"ח וז"ל כתב ראבי"ה ז"ל קדשה במשכון דאחרים דקני מולך תהיה צדקה מקודשת וה"מ במשכון של ישראל אבל במשכון דעכ"ום לא כדאיתא בפ' כל שעה דהלכה כרבנן ולא כר"מ עי"ש. וא"כ מזה נראה דמשכונו של גוי ביד ישראל דלא קני ומאחר דלא קני ליה היאך יכול להקנותו לאחרים אכן נראה דאע"פי שאין קנוי לו גוף המשכון אכן יש לו זכות ושעבוד על המשכון ואותו זכות ושעבוד יכול למוכרו וליתנו לאחרים במתנה וכ"כ מרן ז"ל בי"ד סי' קס"ט סי"ח וז"ל משכונו של עכ"ום ביד ישראל והביאו לישראל חבירו שילוה עליו וכשיבוא העכ"ום לפדותו שיקח הוא הרבית שעלה עליו עד אותו יום והשני שיקח הרבית שעלה עליו מאותו יום והלאה מותר ובלבד שיאמר לו הריני מוכר לך כל כח זכות ושעבוד שיש לי על משכון זה ואין לי עסק עמך ולא לך עמי ואם לאחר זמן רצה שני לחזור וליטול מהראשון קרן ורבית ולהחזיר לו משכונו מותר וכתב הרב הלבוש שאם לא יאמר לו הריני מוכר לך כל כח וזכות ושעבוד ישאר המשכון ביד המלוה הראשון והשני הוא מלוה מעותיו ברבית לראשון מהיום ההוא והלאה אבל בכה"ג הוי מכר ואין כאן רבית עי"ש. ומדברי מרן ז"ל שכתב הריני מוכר לך כל זכות ושעבוד שיש לי במשכון זה נראה דסבר דאע"פי שאין המשכון קנוי לו לפי שהוא של גוי מ"מ יכול למכור כח ושעבוד שיש לו במשכון ההוא דאלת"ה הו"ל למרן ז"ל לומר הריני מוכר לך משכון זה שהוא קנוי לי אלא ודאי נראה דאע"פי שאין קנוי לו גוף המשכון מ"מ שעבוד וזכות יש לו בו ולא פקע מיניה וזכות ושעבוד זה יכול למוכרו:

ודברי המרדכי האמורים לעיל פסקן מור"ם שם בא"ה סימן כ"ח וכתב עוד שם משם מהרי"ו שאם מכרו המלוה לאחרים ואותו אחר קידש בו אשה מקודשת ונתן טעם שם בתשובה דאף על גב דאין המשכון קנוי לו ולא מצי למכור וכו' מ"מ הכא שאני דכיון דאפשר להשמט מן הגוי בשום הערמה שיאמר לו נאבד המשכון דאז הוי היתר גמור ואפשר דאין בו אפילו חילול ה' א"כ דעתו דליהוי מכר גמור והוא יסלק להגוי דניחא ליה לאיניש דליקום בהימנותיה ועוד טעמא דהוי מכירה גמורה דדעתו למיגזליה לגוי ואפשר דבדיעבד לא מהדרינן עובדא עי"ש. הרי להדיא דאע"פי שאין קונה המשכון מ"מ אם מכרו לגוי שנא ושנא או שנאמר דדעתו שיאמר לגוי אבד המשכון דהוי כהפקעת הלואתו כמ"ש מהרי"ו שם או אפילו שנאמר דדעתו למיגזליה בדיעבד לא מהדרינן עובדא אלא שיש להבין בדברי מהרי"ו דאמאי לא פשיט לה מדברי ר"ת והם בי"ד ר"סי קס"ט שכתבנו לעיל דממנו נראה דאף דבאמת גוף המשכון לא קנה כיון שהוא של גוי

מ"מ לא יכחיש שום אדם שעכ"פ הוא משועבד כנגד חובו וכי היעלה על לב שום אדם שיקח ממנו המשכון באמור לו שהמשכון אינו קנוי לך לגופו הא ודאי לא וכבר ביאר זה מרן בש"ע ח"מ סי' ע"ב ס"ק מ"א משכונו של עכ"ום ביד ראובן והפקידו ביד שמעון ומת הגוי יש להסתפק אם זכה שמעון במה שהמשכון יתר על החוב משמע מזה דאין להסתפק אלא במה שהוא יתר על החוב אם יזכה בו שמעון אם לאו אבל במה שכנגד החוב לא יעלה על לב שיזכה בו שום אדם דאע"פי שאין גופו קנוי לו מ"מ שיעבוד שיש לו על המשכון לא יוכל שום אדם להוציאו ממנו וזה דומה לשטרות דאע"פי שאין גופן ממון מ"מ השיעבוד שיש בהם הוא נמכר בכת"ומ וא"כ על מהרי"ו יש לתמוה אמאי הכניס עצמו בדוחקים ולא פשיט לה מדברי ר"ת הנז' שהובא בתשו' דשייכי לס' משפטים סי' ל' שכתב להדיא בפשיטות שיכול למכור המלוה לחבירו וכל שיעבוד שיש לו על המשכון ואפילו שנאמר דישראל אינו קונה משכון מהגוי. ויתכן לתרץ דכוונתו לומר דאפי' מכר לו גוף המשכון עצמו ולא שיעבוד שעליו אתיא דין זה דהכא שאני דיכול להשמט ממנו ולומר לו אבד המשכון:

א"נ יש לתרץ לדברי מהרי"ו דמה שנדחק בכל זה ולא כתב כדברי ר"ת והוא דסבר לה מר דר"ת שהתיר לאו משום שמכר השיעבוד שיש לו על המשכון דהא עיקר דברי ר"ת הובאו בתשו' דשייכי הנז' וז"ל עובדא הוה בדידי שפעם אחת היה לו לר"ת משכון של גוי והוצרך למעות וליתן המשכון בידי וללות עליו וכו' וענני אני מוכר לך כל המשכון ולא תענני עוד ממנו וכו' עי"ש. נראה מזה דמכר לו המשכון לגמרי ולא שיעבוד בלבד ואפשר דסברת ר"ת כדעת הרב המגיד בפ"ד מה' חמץ ומצה שכתב טעם על מה שלא הזכיר רבינו סיפא דמתני' ישראל שהלוה לנכרי על חמצו לפי שהוא פוסק כסתם מתני' דישראל מגוי קונה משכון וכר"מ דאמר הכי בגמ' וכדין ישראל מישראל הילכך חייב באחריותו וכבר נתבאר שחמצו של גוי ברשות ישראל וישראל חייב באחריותו שחייב לבער עי"ש. וא"כ לפ"ז אפשר דר"ת פוסק כר"מ דמשכונו של גוי ביד ישראל שהוא קונה אותו ולכן מהרי"ו בחר לו דרך אחרת לפי דאנן קי"ל כרבנן דפליגי עליה דר"מ וס"ל דישראל מגוי לא קנה משכון אלא שבנדון דידיה הטעם הוא כמ"ש הוא ז"ל אלא דלפ"ז לא ידענו מרן ז"ל כמאן ס"ל דאילו בא"ה סי' כ"ח הביא לנו דברי המרדכי דסבר דישראל לא קנה משכון ואילו בי"ד סי קס"ט פסק כדברי ר"ת דישראל מגוי קנה משכון וגם בא"ח סי' ת"ס בב"י הביא תחילה סיפא דמתני' ישראל שהלוה לנכרי על חמצו אחר הפסח אסור בהנאה וכתב משם הרא"ש דמיירי נמי שהרהינו וא"ל מעכשיו דאל"ה לא קני ליה ישראל דקי"ל כת"ק דר"מ דישראל מגוי לא קני משכון הילכך אפילו הרהינו אי לא א"ל

מעכשיו שרי ומירי נמי שאין אחריות המשכון עליו דאל"ה אפילו אינו שלו עובר עליו ואחר זה הביא דברי הרב המגיד הנז' וכלל מסור בידינו מדברי הפוסקים והביאם הרב יד מלאכי בכללי הטור ומהריק"א שכל סברא שמביא הטור באחרונה עליה יש לסמוך וכתב עוד שגם מהריק"א ז"ל כן דרכו בב"י וא"כ כיון שהביא תחילה סברת הרא"ש ואחר זה הביא דברי ה"ה בסתם ולא דיבר בהם כלום נראה דסבר כדברי ה"ה אכן נראה דכלל זה הנז' אין מוסכם פה שהרי מצינו למרן ז"ל שפסק בש"ע ישראל שהלוה לגוי על חמצו אם משכונו בידו וא"ל מעכשיו והגיע הזמן אפילו אחר הפסח ולא פרעו אפילו אין אחריותו עליו אסור וזה כדעת הרא"ש דישראל מגוי לא קני משכון אלא באומר מעכשיו ולדעת ה"ה כיון דישראל מגוי קני משכון אפילו לא אמר מעכשיו קונה וא"כ נראה מזה דמרן אע"ג דבב"י נר' דסבר כה"ה מדהביאו באחרונה בשה"ט חזר בו וסבר דישראל מגוי לא קני משכון ומעתה לפ"ז דברי מרן סתראי נינהו דאילו הכא בא"ח סי' סבר כהרא"ש ואילו בי"ד סי' קס"ט פסק דאם אמר לישראל חבירו הריני מוכר לך כל כח ושעבוד שיש לי על משכון זה דקנה ומותר הרבית שלוקח וגם מהרי"ו בא"ה פסק דאם מכר המשכון לאחר ואותו אחר קדש בו אשה שהיא מקודשת והביאו מור"ם שם בסי' כ"ח ולא כתב מור"ם דמרן חולק כנראה שהוא אליבא דכ"ע אכן נראה דמכרו לאחר שאני וכמ"ש שם מהרי"ו הטעם כיון דמכרו לאחר א"כ דעתו דליקום בהימנותיה ולמכירה גמורה איכוון וגם גבי רבית ההיא דסי' קס"ט דכיון דיש לו שעבוד על אותו משכון ומכרו א"כ אין כאן רבית דישראל:

אך עדין יש להסתפק אם היה בידו משכון של גוי ומכרו לחבירו וא"ל הריני מוכר לך כל כח ושעבוד שיש לי במשכון זה והוא חייב באחריותו והוא חמץ אם עובר השני או דילמא כיון דישראל מגוי לא קני משכון אפילו אמר לו אני מוכר לך כל שעבוד שיש לי עליו הרי מכר דבר שאינו שלו אכן נראה דגבי חמץ לא נפקא לן מידי דכיון דא"ל אני מוכר לך כל כח ושעבוד שיש לי על משכון זה ולא תעניני עוד עליו א"כ נמצא שנסתלק הראשון לגמרי והוא באחריות השני וכבר נתבאר שחמצו של גוי ביד ישראל והוא באחריותו שחייב לבערו אע"פי שאינו שלו והכא כיון שא"ל אני מוכר לך ולא תעניני עוד א"כ נמצא דאע"פי שבתחילה היה באחריות הראשון ואם עבר עליו הפסח עובר עליו מ"מ היום הזה שמכר לחבירו הוא נסתלק לגמרי וחבירו נתחייב באחריותו ועובר עליו אם עבר עליו הפסח כיון שנכנס במקומו וא"כ נמצינו למידין לפי כל האמור דאע"פי דישראל מגוי לא קנה משכון מ"מ משכון זה אם מכרו או נתנו במתנה לאחר וא"ל הריני מוכר לך או נותן לך במתנה משכון זה קנה אותו השני אע"פי שהראשון לא

קנה אותו לגמרי ולכן גבי רבית יכול למוכרו לחברו וחבירו יקח הרבית מהגוי וגם גבי קידושין נמי אם מכר המשכון לאחר והאחר קידש בו אשה שקידושיו קידושין וא"כ גם בנ"ד דנתנו לאחר במתנה ומתנה כמכר קנה אותו המקבל אע"פי שאין גוף המשכון קנוי לנותן מ"מ עכשיו שנתנו לאחר קנה אותו האחר לגמרי:

עוד יש להביא ראיה לנ"ד ממ"ש מרן בב"י ח"מ סי' רנ"ג על ש"מ שאמר הלואתי לפי' כתב משם המרדכי ז"ל דוקא בהלואה דישראל אבל בהקפות של גוים לא סמכא דעתיה ולא קני אפילו במתנת ש"מ והקשה עליו מרן ז"ל דמאי איכפת לן אי סמכא דעתיה דמקבל מתנה אי לא מ"מ דברי ש"מ ככתובין וכמסורין דמו וכן דעת הפוסקים שלא חלקו בין ישראל לגוי עי"ש. וראיתי להרב מטה יוסף בח"א ח"מ סי' ו' שכתב על דברי מרן שלא יובן מזה הלשון שחולק על הר"מ דא"כ הו"ל לומר ונראה דאין חילוק וכמ"ש מהרשד"ם בא"ה סי' מ"ד עמ"ש הטור סי' י"ו בענין קברתיו שכתב הטור ואיני יודע למה צריך לומר וקברתיו וכתב מהרשד"ם דמ"מ לא יובן מזה שהטור חולק עליו דא"כ הול"ל ונראה שאין צריך לומר וקברתיו עי"ש. ולפקד"ן דהכא לא דמו דברי מרן להההיא דהרשד"ם דהתם דוקא לפי שכתב הטור. ואיני יודע למה צריך לומר וקברתיו משו"ה כתב מהרשד"ם שלא יובן מזה שהוא חולק אבל הכא החליט הדברים וגילה דעתו להדיא שהוא חולק שהרי סיים להדיא וכן נראה דעת הפוסקים שלא חלקו בין ישראל לגוי הרי נראה להדיא שהסכימה דעתו שלא כדעת המרדכי והנה מור"ם שם בסי' רנ"ג ס"ק כתב ההיא דהמרדכי בשם י"א וסיים וכתב ואפילו יש לו שטר או משכון מן העכ"ום יש להסתפק אם יכול להקנות וכנ"ל להורות וכתב הרב מטה יוסף הנז' שם דהכוונה שאם לא בא ליד המקבל אין ליתנו לו אבל אם בא לידו אה"נ דאין מוציאין מידו עי"ש וא"כ נראה לפי דעת מרן גבי ש"מ דאין לחלק בין גוי לישראל ובשניהם זכה המקבל ואפילו את"ל דמור"ם פליג מ"מ בנ"ד שכבר בא המשכון לידם זכו בו לכ"ע. וכ"ת דלא נאמר דבר זה אלא גבי ש"מ אבל בנ"ד שהיתה מתנת בריא לא זכו בה לא היא חדא דזיל בתר טעמא הוא דהא הטעם דלא זכו בהלואה של גוי ואפילו יש לו משכון לאו משום דישראל מגוי אינו קונה משכון אלא הטעם משום דכיון דהגוים אלמים ופיהם דבר שוא אינה סומכת דעת המקבל שיוכל לקחת מהם כלום ומרן לא ס"ל בחילוק זה דמאי איכפת לן אי סמכא דעתיה דמקבל מתנה אי לאו וא"כ מה לי מתנת ש"מ מה לי מתנת בריא ועוד דש"מ ובריא אין ביניהם כ"א שבריא צריך קנין וש"מ דבריו ככתובין וכמסורין דמו אבל לא לכל דבר יפו כחו ועוד דאפילו את"ל דדוקא ש"מ מ"מ הרי איש זה שבנ"ד הוא מת אחר זמן מועט וכתב מרן בסי' רנ"ב ס"ב מצוה לקיים דברי המת ואפילו בריא שצוה

ומת והוא שנתנו עכשיו לשליש לשם כך וא"כ אם נימא שבנ"ד שבריא היה כיון שהיה בקנין מ"מ כיון שצוה ומת מצוה לקיים דבריו ובנ"ד כבר נתן להם בעודו בחיים:

עוד יש להביא ראיה מדברי הב"ח שכתב על מה שהקשה מרן דמאי איכפת לן אי סמכא דעתיה דמקבל מהנה וכתב הב"ח ופי' דכיון דאין מעמד שלשתן בגוי א"כ ליתא בבריא ולפיכך ליתא בש"מ וכו' ומיהו ודאי היכא דמקנה לחבירו במתנת ש"מ המשכון כדי לגבות החוב קני גם במתנת ש"מ גם החוב וכי היכי דבבריא אם מקנה לחבירו המשכון באחד מדרכי הקנייה לגבות בו החוב קני ה"נ בש"מ קנה בדיבורו אבל באינו מקנה לו המשכון כ"א החובות בלבד לא קני בש"מ עי"ש. והנה דבריו באו כספר החתום במ"ש וכי היכי דבבריא אם מקנה לחבירו המשכון באחד מדרכי הקנייה דקני וקשה כיון דישראל מגוי לא קנו משכון א"כ היאך יכול להקנותו לחבירו כיון שאין גופו קנוי לו לכן נראה כי הוא מדבר על הידוע כמש"ל דאף דבאמת גוף המשכון אינו קנוי לו כיון שהוא של גוי מ"מ אם מכרו לחבירו שנא ושנא כמ"ש מרן בי"ד סי' קס"ט ומהרי"ו שהביאו מור"ם בא"ה סי' כ"ח והנה לעיקר חילוק הב"ח הוא שיש הפרש בין אם מקנה לו החובות בלבד ובין אם מקנה לחבירו המשכון כדי לגבות החוב וחילוק זה כתבו מרן בב"י בי"ד סי' קס"ט שכתב לענין הרבית עש"ב:

וכן יש עוד להביא ראיה דהמשכון אע"פי שהוא של גוי קנוי הוא לישראל והוא ממ"ש מרן בב"י ח"מ סי' ע"ב מחו' ל"ח וז"ל מ"כ משכונו של גוי ביד ישראל ובא ישראל אחר ליטול המותר מחמת שהיה הגוי חייב לו לכאורה נראה לדמויי להה"א דפרק הפרה משכונו של גוי ביד ישראל וכו' זה קנה כנגד מעותיו וזה קנה השאר וכו' ונכסוהי דאיניש אינון ערבין ליה על כן דעתי נוטה דגבי המותר על המשכון אבל בענין שלא יבוא בעל המשכונות לידי הפסד אם יבוא הגוי. ומרן ז"ל חלק עליו וכתב דזכה זה במשכון שבידו לכל רבית שיעלה עוד עי"ש הרי להדיא כי ישראל שהמשכון בידו זכה בו כנגד כלו ואפילו שא"ל אני נותן לך קרן ורבית שיש לך עד היום הזה אין מוציאין מידו כלום כי יאמר לו כבר אני זכיתי במשכון ואני רוצה להרויח ממנו עוד ואם איתא דישראל מגוי לא קני משכון והוא חשוב כאילו הוא ביד הגוי א"כ למה יוכל לעכב על חבירו מלתת לו המותר כיון שאינו קונה משכון מהגוי:

פש גבן לבאר אם מתנה זו שגובין אם יש בכללה העישור או לוקחין אותה חוץ מן העישור ונראה להביא ראיה לזה ממה שכתב מרן בב"י ח"מ סי' ר"ן מחו' ח"י משם הרשב"א על ראובן שצוה בשעת פטירתו שתטול בתו מנכסיו כ"וך ולא צוה שתטול מחמת נישואיה אם תטול אותו סך מוסף על עישור והשיב שדעתי נוטה לומר דאע"פי

שפסקו הפוסקים כר' יוחנן דאמר בפ' מ"ש גבי מי שמת והניח שתי בנות ובן וקדמה הראשונה ונטלה עישור נכסים ולא הספיקה השנייה לגבות עד שמת הבן שניה ויתרה משום ריוח ביתה מהני נכסי כיון דבירוש' פסקו כר' חנינא דפליג על ר' יוחנן די לנו שנפסוק כר"י כמו שנתפרש בהדיא דהיינו כשמת הבן דאית להו ריוח ביתא בירושת נכסים של בן אבל ריוח ביתא מחמת מתנת האב לא שאין מתנה זו אלא בנכסים שבאו לה במתנה ממקום אחר עי"ש. הנה מתבאר מתוך דבריו להדיא דאף שהבנות לקחו מתנה מרובה כל שלא אמר בפי' שמתנה זו לצורך נישואין זכו במתנה חוץ מהעישור וא"כ בנ"ד שלא הזכיר בעת הנתינה שהוא נותן להם בשביל נישואין לוקחים מתנה וגם לוקחים העישור ממה שנשאר לבנים ואף כי לא השאירו ליתו' לשליש ולרביע כי הרשב"א ז"ל לא נתן קצבה לדבר כי הכל שוה בין רב למעט כי לגבי אב אין אומרים שהבנות ויתרו משום ריוח ביתא ואף שכתבנו לעיל כי העדים לא חששו להההיא דלא תיהוי באעבורי אחסנתא משום שהאב ריחם על בנותיו כדי שימצאו להם זיווג נאה עכ"פ מפי עצמו לא שמעו כדברים האלו שהוא נותן להם משום נישואיהן ולא שמעו מפיו כי אם שאמר להם שהם טורחין עמו ובפרט בחולייו ומדברי הרשב"א נר' שדוקא כשצוה שתטול המתנה לצורך נישואיה ואף שהרשב"א לא כתב כן כ"א דוקא גבי ש"מ נראה דכ"ש גבי בריא דהא אפילו גבי ש"מ שדרך העולם שמחמת החולי מקצר בדבריו ויש מקום לומר שכן כוונתו שהמתנה היא לצורך נישואין ואעפ"כ כיון שלא ביאר דבריו שהוא לצורך נישואין נוטלין המתנה והעישור א"כ כ"ש גבי בריא שדרכו להרחיב הדברים ואם קיצר ולא אמר לצורך נישואין שאנו אומרים שתקח גם העישור מנכסי אביה. ודין זה של הרשב"א מלבד שמרן הביאו בלתי שום חולק כנראה שהוא מוסכם אליבא דכ"ע עוד בה שפסקו מור"ם בסימן רנ"ג:

ומצאתי למהר"ם מינץ ז"ל בתשו' סי' מ"ז שכתב בראובן שצוה לתת לבתו ל' זהובים אם נוטלת אותם מלבד העישור והשיב דכיון דיש לה ריוח ביתא מנכסי אביה אין לה עישור וזה היפך דברי הרשב"א וא"כ היורשים שהם מוחזקים יכולין לומר קי"ל כמהר"ם מינץ הנז'. אכן אין זה כלום שהרי מרן בב"י הביא דברי הרשב"א בלתי שום חולק וכבר מצינו להרב חיד"א בח"מ סי' כ"ה שבא"י ואגפיה קבלו סברת מרן בין במ"ש בב"י ובין במ"ש בש"ע ובין בתשו' וא"כ כיון דפסק מרן בב"י היאך יכול לומר קי"ל נגד דברי מרן ז"ל וכ"ת שאני הכא דכיון שלא פסקה בש"ע יכולין אנו לומר שחזר בו ממ"ש בב"י. הא ליתא חדא דא"כ למאי הלכתא כתב החיד"א דקבלנו הוראותיו במה שפסק בב"י דכיון שלא מצינו שפסקה בש"ע אנו אומרים שחזר בו וא"כ דל מהכא מ"ש דקבלנו הוראותיו שבב"י ועוד

כי מצינו למורינו הרב מהרש"ל בס' בית דינו של שלמה דף פ' ע"ד שכתב להדיא שהרבה דינין מחודשין מביא בב"י ואינו מביאם בש"ע ומשום הא ליכא למימר דלא ס"ל כוותיהו ולכן השמיטם דאם איתא להא הו"ל לגלויי בב"י דעתיה עי"ש. הרי מצינו למהרש"ל שקבלנו הוראותיו שכתב להדיא דלא אמרינן שחזר בו ומה גם כי מצינו להחיד"א בשם הגדולים ח"א שכתב מהרשד"ם כי רבו מהר"י טאיטצק ז"ל היה מחשיב דברי הרשב"א כנגד רוב הפוסקים וא"כ היאך נוכל לומר שחזר בו בלתי שנראה הדבר מפורש להדיא מה טעם חזר בו. ואף שהרב יד מלאכי בכללי מרן אות ד' כתב משם הפוסקים דנוכל לומר בכה"ג שחזר בו מ"מ הרי מסיק בסוף דבריו שכמה דינין המובאים בב"י והשמיטם בש"ע והם הלכה פסוקה וכבר ידוע בפוסקים דהעיקר לישנא בתרא שמביא הפוסק וא"כ נדון הרב יד מלאכי שהביא דברי מי שאומר דאמרינן שלא חזר בו בסוף דבריו ודאי שעליה יש לסמוך. ועוד כבר כתבתי במקום אחר דאפילו הרב ידי אליהו שכתב דאמרינן שחזר בו היינו דוקא במקום אחר שהביא חילוק מדעת עצמו ובש"ע לא פסקו והש"ך הקשה עליו על חילוק זה וכתב הרב יד"א הנז' דאפשר משום קושיא זו לא פסק בש"ע כן ולא אמר שבכל מקום כלל זה דאמרינן דחזר בו ועוד דבנדון דידן מנ"ל לעשות פלוגתא בזה והרי כתבו הפוסקים דכל דמצינן להשוות דברי הפוסקים שלא יהיו פליגי משוינן. והרי בנדון דידן נוכל לומר דאפילו מהר"מ מינץ מודה להרשב"א שהרי הרשב"א נתן טעם לדבר לפי שלא אמר לנישואיה משו"ה נוטלת אותם חוץ מן העישור והרי בנדון מהר"מם הנז' הזכיר תחילה שהוא כבר נתן לשני בניו הראשונים לנדוניית נשותיהן ומדוע יגרעו אלו לכן אני אומר שיטלו בראש כל אחד נ"ה זהובים כנראה דלהבנים נתן להם לצורך נישואין ואח"ז אמר וגם לבתי ל' זהובים כנראה שגם בתו לצורך נישואין הם לנדונייתה שמדבר בה קודם לזה ועוד אחרת דכתב שם דבאותן המדינות יש להם מנהג קבוע לכתוב להבת שטר מתנה ומנהג פשוט הוא שלוקחים שטר זה דוקא ולא עישור משא"כ בנדון דידן דלא יש מנהג זה ועוד דלאו הרשב"א לחוד קאי בסברא זו אלא מרן ומור"ם ומהר"י אדרבי סי' שט"ו ומהריק"ש בס' ערך לחם וכמה פוסקים מהאחרונים וא"כ איך יוכל לומר קי"ל נגד כל הני רבוותא. וראיתי להרב דבר משה ח"ב סי' פ"ג שנשאל בכיוצא בנ"ד והביא לחכם אחד שכתב שנוטלת ק"ך זהובים שצוה עליהם אביה חוץ מן העישור והוא פליג עליה וסבר דנוטלת אותם במקום עישור נכסי. אכ"ן דבנ"ד גם הוא יודה דנוטלת אותם חוץ מן העישור והוא דלא כתב כן אלא בנדון דידיה שכבר השיא לשתי בנותיו ונתן לכל אחת ק"ך זהובים וגם לזו הקטנה צוה לתת לה ק"ך זהובים כמו לשתים הראשונות לצורך נישואיהן ובודאי בכגון זה לנשואיה נתן כיון שנתן כשיעור

הזה לאחיותיה וטעם זה כתבו הרב ד"מ להדיא ועוד טעם אחר כתב לפי דשם היתה הבת קטנה ונתן לה העישור אע"פי שהיתה לוקחת אותו מאחיה לפי שהיא קטנה וצריכה לטרוח לרדוף אחר אחיה לקחת מהם העישור משו"ה יחד לה מקום לגבות משם ק"ך זהובים בלתי טורח משא"כ בנ"ד דלאו קטנות הן השתי בנות הנז' ועוד אם באנו לומר דמהר"ם מינץ פליג על דברי הרשב"א ויכולין לומר קי"ל כדברי מהר"ם מינץ הנה גדול אחרוננו הוא הד"מ לא עלה על דעתו לומר שמהר"ם חולק על הרשב"א בזה אלא כתב דמהר"ם מיירי במקום שהיה ש"מ וצוה כשהיה חולה ואח"ז עמד מחולייו דקי"ל בטלה צואתו משו"ה אינה נוטלת הל"ז חוץ מן העישור ואה"נ דאם הצווא' היתה עשויה כדת היתה נוטלת הל' זהובים יותר מהשטר דאמרינן דהשטר הוא מטעם ע"ן והל"ז מכח צואה אבל אם הצוואה אינה עשויה כדין אינה נוטלת יותר מהשטר עיש"ב בדברי הרב ושם תראה שאינו דומה נדון דידיה להיא דמהרמ"ם וא"כ דל מהכא דברי מהר"ם לנדון דידן ואם נאמר דבנ"ד שנתן רוב ממונו לבנותיו אמדינן דעתיה שכוונתו שאלו המתנות יהיו במקום עישור לא היא דהרואה יראה לדברי הרשב"א בח"ג סי' קכ"ג שכתב להדיא שאם אמר לנישואיה הכוונה במקום עישור מתנה זו ואם לא אמר לנישואיה חשבינן למתנה זו כנכסים שבאו לה ממקום אחר לא מאביה כמו שיעו"ש. ואם איתא שיש לנו לחלק בין אם מתנה מרובה שהיא רוב נכסיו למתנה מועטת הו"ל להרשב"א לחלק בהכי דאם היא מתנה מרובה אמדינן דעתיה שהיא במקום עישור אפילו שלא אמר לנישואיה אלא ודאי נראה שאין לחלק בהכי כלל. ועוד דהרי הרשב"א חשיב לה למתנה זו כנכסים שבאו לה במתנה ממקום אחר וכיון שהיא כמתנה שבא לה ממקום אחר אין לחלק בה אם היא מרובה או מועטת ואם נאמר דהרי פסק מרן בסי' קי"ג ס"ב דהעישור אינו נגבה אלא מקרקעי הא סיים שם בס"ג ובזמן הזה שכל בני אדם רגילין להשיא בנותיהן מהמטלטלין חשיב כמו אמדניה ואם נאמר דגם הכא אמדניה שאין נותן מתנה מרובה כ"כ לבנותיו ומניח לבני בניו נראה דבנ"ד האמידה להיפך שהרי מיום שמת בנו לא היה רוצה בבני בניו ולא לראותן ואפילו בחולייו אמרו לו שיביאו לו הבנים לראותן ולא רצה וא"כ נראה שהאמידה בהיפך שאוהב לבנותיו יותר מבני בניו וחפץ יותר לזכותן. והנה הרא"ש בפ' נערה דף נ"ב כתב והביא מחלוקת הגאונים גבי כתובת בנין דכרין אי נוהגת בז"הז והסכים דודאי אין לעקור ת"ח אבל כיון שמרבין ליתן לבנות נעמיד התקנה בחזקתה מקרקעי ולא מטלטלי וכן עיקר ע"כ. ולכאורה נר' דכ"ש בענין פרנסת הבת דאפילו אחר תקלת הגאונים נשארה במקומה מקרקעי ולא מטלטלי ואף דהאידנא גובין מהמטלטלי דחשיב כמו אמדניה היה מקום לומר דבמקום שמרבין לבנות מתנות נעמיד

התקנה בחזקתה מקרקעי ולא מטלטלי אכן אין זה כלום כי כבר כתב הטור ומרן כי הרא"ש חולק על דברי התוספות ובעל ספר התרומות ואנן קי"ל כדברי התו' ובע"ת כמו שפסק מרן בסי' קי"ג ס"ג דבזמן הזה שכל בני אדם רגילין להשיא בנותיהן מהמטלטלין חשיב כמו אמדניה עי"ש:
נאום הצעיר אברהם דיין ס"ט

סימן יד

שאלה ראובן שלקח סחורות משמעון וברח והלך לו לארץ מרחקים דרך ט"ו יום וישב שם זמן מרובה ושמעון הנז' לא היה נמצא לו איש נאמן שירשה אותו על ראובן הנז' ופעם אחת ראה איש אחד שהולך לשם וכתב לו שטר הרשאה ומסרו בידו וזה לשון השטר בפ"ע ח"מ בא הר"פ ואמר לנו הוו עלי עדים וקנו ממני קגו"ש במדל"ב וכתבו וחתמו בכל לשון של זכות ויפוי כח ותנו ביד הר"פ שאיך אני מזכה לו ד"א קרקע מאחוזתי ואגבן מניתיו והרשיתיו והשלטתיו מינוי גמור והרשאה והשלטה גמורה וכו' וכך אמר הר"פ המרשה להר"פ המורשה זיל דון והנפק לנפשך ולחולקך וכו' והשמיט הסופר מילת זכי ולקח המורשה השטר הנז' והלך לעיר אשר ראובן דר שם ועמד לפני הדיין והוציא שטר הרשאתו וכראות הדיין שמילת זכי אין כתוב בו א"ל השטר שבידך הוא פסול ותביא שטר אחר במקומו ואז יתדיין עמך ראובן השיב לו המורשה כי המקום רחוק ואיני יכול להתעכב כל כך זמנים ואם תרצה שפוט בינינו והוציא מראובן מה שתוציא והניחו אצלך בתורת פקדון עד שאשלח ואודיע לשמעון וישלח שטר כשר והן עתה צריכין אנו לדעת אם דיין זה שפיר עבד שהחזיר המורשה ריקם והניח הגזילה תחת יד ראובן או לא ושכמ"ה:
תשובה גרסי' בפ' מרובה דף ע' ואמרי נהרדעי אורכתא דלא כתיב בה זיל דון וזכי. ואפיק לנפשך לית בה מששא משום דא"ל לאו בעל דברים דידי את ופסקה הרי"ף והרמב"ם והרא"ש ז"ל אלא שהרמב"ם כתב שלאו דוקא נוסח זה אלא כיוצא בענייניים אלו והרי"ף כתב בתשו' והיא בנדפס סי' רפ"ג והביאה בע"ת בשער ג' ופסקה הטור ומרן בסי' קכ"ב וז"ל הרשאה יצאה לפנינו וכתוב בה זיל סב ואפיק לנפשך ורצו מקצת התלמידים לפוסלה כיון:
דלא כתוב בה דון וזכי והשיב דכיון דכתוב סב סב וזכי חדא היא אבל משום דבר אחר יש לבטלה משום דאין כתוב בה דון אלא שמצאו כתוב בה וכל מאי דמתעני לך מן דינא עלי הדר והרי זה במקום דון וכשרה ע"כ. וא"כ לפ"ז הרשאה שבנ"ד היא פסולה

שאין כתוב בה זכי אכן חמו'תי ראיתי לקמאי דקמאי שהזכירו בלשונם לישנא דנהרדעי ודילגו מילת זכי ובודאי הלא דבר הוא ראשון לציון הרשב"א ז"ל בשבע מקומות הזכיר ואמר דון ואפיק לנפשך ולא הזכיר זכי וי"ג פעמים הזכיר ודילג זכי זה יצא ראשונה בח"ב סי' נ"ה כתב וז"ל שאלת מי שמרשה את חבירו בשטר וכתוב בשטר הרשיתיו הרשאה גמורה וכו' לידון ולהנפק לנפשיה וכל מאי דמתעני לך מן דינא עליה דידיה הדר והשיב דט"ס נפל בהרשאה במ"ש עליה דידיה הדר ושמא כך היה כתוב עלי דידי הדר וכו' ועוד בשעה שנתפשר שלו היה כל שלא חזר בו המרשה כדעת הראב"ד שכתב בחיבור הרשאות שעשה דלא אמרי' שליח שוייה אלא בשמהר בהרשאה וחזר בו ממאי דא"ל זיל דון והנפק לנפשך אבל אם קדם המורשה ואמר לעצמי הוצאתי הדין עמו דאי לא מאי קא מהני לענין הרשאה כי כתיב זיל דון והנפק לנפשך והרי כיון שחזר וא"ל וכל מאי דמתעני הרי חוזר מהמתנה אלא ששתי הלשונות קיימין עי"ש הרי להדיא כי בהרשאה ההיא לא היה כתוב בה זכי ואיך לא פסל את השטר משום שלא היה כתוב בה זכי ואדרבה במילת עליה דידיה הדר כתב שט"ס נפל בשטר ואיך מילת זכי לא העתיקה כלל וגם כשאמר אבל אם קדם המורשה ואמר לעצמי הוצאתי למה לא אמר לעצמי זכיתי והוצאתי כיון שהיא עיקר בשטר ובלא האי השטר פסול גם בהעתיקו דברי הראב"ד לא העתיק כ"א דון והנפק לנפשך גם מרן בב"י בסי' קכ"ב העתיק דברי הרשב"א וז"ל כתב הרשב"א בתשו' דמ"ש שצריך לכתוב זיל דון ואפיק לנפשך משום דינא קאמר ואי משכח לישנא אחרינא דמשמע מיניה דמקני ליה שפיר דמי ע"כ. הרי גם מרן העתיק דברי הרשב"א בלתי שום חולק ולא הזכיר מילת זכי ועוד דנראה מיניה וביה הכי שהרי כתב שלשון זה שאמרו נהרדעי לאו דוקא וה"ה כל לשון שמשמעו שמקנה לו ש"ד ויקשה על זה דא"כ אמאי הצריכו בש"ס זכי והנפק ובחדא מנייהו סגי כל שמשמעו שמקנה לו אלא ודאי כי סבר לה מר הרשב"א ז"ל דבש"ס לצדדין קתני או הא או הא ובחדא מנייהו סגי והכריח זה מדברי הש"ס שאמרו משום דא"ל לאו בעל דברים דידי את וא"כ כיון שכתב או זכי או הנפק לא יוכל לומר כן שיאמר לו כבר א"ל זכי או הנפק לנפשך ואני בעל דינך:

והנה יש להכריח דגם הרי"ף והרמב"ם ס"ל כדברי הרשב"א דדברי הש"ס לאו דוקא אלא כל שכתוב לשון שמשמעו דמקני ליה ש"ד והרמב"ם כתב להדיא בפ"ג מה' שלוחין דון וזכי והוציא לעצמך וכיוצא בעניינים אלו גם הרי"ף כתב דסב הרי היא כזכי ובאמת הרואה יראה כי סב לחוד וזכי לחוד אלא שעניינם אחד שמשמעותו שמקנה לו הדבר ההוא וא"כ לפ"ז בש"ס שאמרו זכי ואפיק הם מילות כפולות שהרי מילת סב שכתב

הרי"ף ר"ל קח לך והרי גם ואפיק ר"ל המוציא לך וא"כ אי אמרינן סב לגרמך ואפיק לנפשך הם מילות כפולות וכפל הענין במלות שונות וכן תמצא להרי"ף עצמו בפ' הגוזל עצים והביאו מרן בתחילת סי' קכ"ב שכתב דאי לא בעי ההוא דאיתיה לממונא בידיה למתבינהו ניהליה לשליח שעשאו בעדים לא כייפינן ניהליה למתבינהו דהא אמרי נהרדעי כל אורכתא דלא כתיב בה זיל דון וזכי ואפיק לנפשך וסב לגרמך לאו אורכתא היא משום דא"ל לאו בעדד"א עי"ש. וכל הקורא בדברים אלו עיניו יחזו שהענין כפול במילות שונות דהא הוא עצמו כתב בתשו' דסב וזכי חדא היא וגם לנפשך ולגרמך חדא היא ולמה לו לכפול הענין לכתוב סב לגרמך ואפיק לנפשך ועוד קשה דהא בש"ס בדברי נהרדעי לא הזכירו כלל מילת וסב לגרמך ומנ"ל להניח בתוך דבריהם מילת וסב לגרמך ועוד לפי דבריו דסב היא בכלל דברי נהרדעי היתכן לומר שאם דילג מילת וסב שיפסל השטר בזה הא ודאי לא. הן אמת כי בדברי הרי"ף עצמו בפ' הגוזל עצים לא הזכיר כ"א דון וזכי והנפק לנפשך ולא הזכיר מילת וסב לגרמך הנזכרת בדברי מרן ובודאי כי מרן ז"ל ראה באיזה ספר מספרי הרי"ף אשר כתוב כן וממנה העתיק כנז' ועכ"פ עדין קשה דהא בגמ' לא הזכירו סב כלל ונראה דהבין מרן בדעת הרי"ף דודאי לכתחילה הבא לשאול כיצד יכתבו שטר הרשאה אומרים לו כפל בלשונך וכתוב זכי ואפיק וסב כדי שאם תפול אחת מהן שהשמיטה הסופר חבירתה תסייע במקומה ולא יורע השטר הבא מארץ מרחקים עם המורשה שהוא איש נאמן למרשה בשביל חסרון א' מהן אבל ודאי היכא שעבר ודילג אחת מהן לא יפסל השטר בהכי ורמוז דבר זה בתוך דברי הרי"ף שכתב דרא אמרי נהרדעי זיל דון וזכי ואפיק לנפשך וסב לגרמך וא"כ היתכן לומר שאם דילג מילת וסב לגרמך שיפסל השטר בכך הא ודאי לא כי לא הוזכרה בדברי הש"ס אלא ודאי כוונתו לומר ולרמוז שני עניינים בתוך דבריו האחת כי מילת זכי האמורה בש"ס לאו דוקא והוא הדין אם כתב סב שהיא כזכי שנית כי כיון שכתב שתים זכי וסב שהם ידועים לכל שהם כפולות אם יעדר א' מהם לא יפסל השטר וה"ה נמי אם דילג אפיק יבוא במקומה זכי או סב וה"ה נמי אם תעדר זכי יבוא במקומה אפיק או סב ויש לדקדק זה מדברי מרן ז"ל. שכתב בסי' קכ"ב ס"ה וצריך לכתוב זיל דון וזכה ואפיק לנפשך ואם לא כתב כן אם ירצה המחזיק לא ישיב לו דבר שיאמר לו לאו בעדד"א ויש לדקדק דהו"ל לומר אם דילג אחת מהן אם ירצה וכו' דהוה משמע דאפילו בדילוג אחת מהן היה נפסל השטר ומדלא כתב כן משמע דר"ל שדילג כל האמור לעיל שלא כתב כלום שהוא מקנה לו כי אם דוקא שכתב לו שעשאו שליח אבל ודאי בדילוג אחת מהם לא יפסל השטר ומרן שכתב וצריך לכתוב דון וכו' לא הוצרך לבאר דזה דוקא לכתחילה צריך לכתוב

כן כי כבר כתב הרב החבי"ב דבטור א"ה סי' וסי' קמ"ו כתב מרן הב"י דלשון צריך לכתחילה הוא אבל בדיעבד ש"ד עיין שם בכנ"הג באורך וא"כ כיון שכתב וצריך לכתוב דון וזכי ואפיק לנפשך משמע דלכתחילה צריך לכתוב כל אלו הדברים כדי שאם תפול אחת מהם חבירתה תסייעה אבל בדיעבד אין לפסול בדילוג אחת מהם ואף דהכא שאני שכתב וסיים ואם לא כתב יכול וכו' מ"מ כבר כתבנו דמ"ש ואם לא כתב כן הכוונה שלא הקנה לו כלל אבל אם כתב ודילג אחת מהן אין לפסול בהכי:

ויש לי להכריח מדברי הרמב"ם והרשב"א הנז' דבש"ס שאמרו זכי והנפק לנפשך לצדדין קתני או זכי או אפיק שהרי אמרו שלשון זה שאמרו בש"ס לאו דוקא אלא ה"ה שאר לשונות שמשמען שמקנה לו ש"ד ואם באמת דדברי הש"ס שאמרו שצריך לכתוב זכי ואפיק הם לעיכובא ואפילו שעינינו הרואות שהם כפל לשון א"כ הו"ל להרמב"ם ולהרשב"א לומר שלשון זה לאו דוקא ובלבד שיהיה לשון כפול כמו שכפלו בש"ס זכי ואפיק לנפשך אלא ודאי שבשאר לשונות נמי אין צריך לכפול ובש"ס שהזכירו זה לאו לעיכובא אלא דלכתחילה צריך לכתוב שתי הלשונות וכן מצאתי להב"ח בסימן הנז' שכתב על דברי הרי"ף וז"ל משמע דלכתחילה צריך לכתוב זכי והכי איתא בגמ' ובהרי"ף ובהרמב"ם ובאשרי אלא דכתב הרמב"ם וכיוצא בעניינים אלו אלמא דלאו דוקא לשון זה וכך נהגו עתה שלא לכתוב אלא דון ואפיק לנפשך וכמ"ש רבינו והב"י הביא דברי הרשב"א דבלישנא אחרינא נמי דמשתמע מיניה דמקני ליה מהני וש"ד ע"כ ודבריו באו בקיצור נמרץ כי לכאורה קשה שהרי הרמב"ם הצריך תרתי זכי והוציא ומהיכן משמע מדבריו במ"ש וכיוצא בעניינים אלו דדי במילת ואפיק לנפשך לבד אלא ודאי נראה כדכתבנו דכיון דכתב וכיוצא בעניינים אלו ולא סיים ובלבד שיכפול הלשון כמ"ש בש"ס משמע שהבין בכוונת הרמב"ם דלאו לעיכובא לשון זה ובכל מלה שמקנה לו ש"ד ולכן נהגו באשכנז דאפילו לכתחילה כותבין ואפיק לנפשך לבד ואין צריך לזכי:

אך עדין קשה במ"ש משמע דלכתחילה צריך לכתוב זכי וא"כ נראה דבדיעבד אם דילג מילת זכי אפילו לדעת הרי"ף אינה מעכבת וקשה שהרי השטר שנשאל עליו הרי"ף ז"ל היה בדיעבד שכבר נכתב ויצא לפניהם ואעפ"כ נראה מדבריו דאילו לא היה כתוב בו סב שהוא כזכי היה פוסל השטר ההוא וא"כ קשה איך כתב דלכתחילה צריך לכתוב זכי אכן נראה לומר דלכתחילה ודיעבד דקאמרינן לאו היינו אם רוצה עכשיו לכתוב השטר ובדיעבד היינו אם כבר נכתב השטר כי ודאי אם נכתב השטר ועדין המורשה בעיר ודילג בו מילת זכי או אפיק ובא לפני מורה אחד לשאול לו אם כשרה הרשאה זו אם לאו ואם צריך לחזור ולכותבו עוד פעם שנית אז אנו משיבין כי זה לכתחילה מיקרי

דאין אנו אחראין על טרחת הסופר שצריך לחזור ולכותבו עוד פעם שנית כיון שעדין העדים הם מזומנים פה וזה נקרא לכתחילה. אבל בדיעבד היינו שהלך המורשה לעיר הנתבע ותבע אותו לפני הדיין והוציא שטר הרשאתו ואז הדיין ראה שמילת זכי אינה כתובה בשטר ואז בכגון זה נקרא בדיעבד ואין לפסול בשביל זה ולהחזיר פני המורשה ריקם הבא מארץ מרחקים כי כל זה בדיעבד מיקרי והרי"ף ז"ל הרשאה שנשאל עליה שם היה נדונו שהיו העדים והסופר בעיר ההיא וגם המרשה והמורשה שניהם יחד באו לשאול את פיו אם הרשאה זו כשרה או צריך לכתוב אחרת במקומה והשיב להם דכיון דכתוב בה סב סב וזכי חד הוא ויש לדקדק כן מדברי הרי"ף עצמו שכתב הרשאה יצאה לפנינו ולא כתב ראובן שתבע לשמעון במה שהיה חייב ללוי והוציא שטר הרשאה ולא היה כתוב בו זכי כ"א זכי מדברים אלו נשמע שלא יצא לפני כבודו כי אם ההרשאה ולא התובע והנתבע אלא ההרשא' דוקא יצאה לפניו לשאול לו אם היא כשרה וכבר עשו העדים שליחותן או אם היא פסולה וצריך לחזור ולכותבה מחדש והשיב להם דסב וזכי חדא היא ואפילו לכתחילה יכול לכתוב כן ואין צריך לכתוב אחרת במקומה ולפ"ז שפיר אתו דברי הב"ח שכתב משמע דלכתחילה צריך לכתוב זכי ואפיק כי באמת אפילו שהיא כתובה ועומדת לפנינו והעדים עומדים בצידה ומוכנים לשנותה ולחתום עוד לאו דיעבד מיקרי והיא ממש נדון הרי"ף המובא בטור וגם מרן עצמו שפסק להההיא דהרי"ף בס"ז גם הוא מיירי כמו שכתבנו דמיירי כשהמרשה והמורשה עדין הם בעיר אחת ויכול לכתוב הרשאה אחרת וראיה על זה שכתב נוסח ההרשאה בס"ד וההיא דהרי"ף בס"ז ואם איתא דההיא דהרי"ף שבס"ז מיירי כשעומד עם הנתבע בעירו ואפ"ה פסל ההרשאה ההיא שלא היה כתוב בה זכי א"כ אמאי חילקן לשתי בבות וריחקן זה מזה והו"ל למרן לעיל בס"ד לכתוב וצריך לכתוב זיל דון וזכי וכו' ואם דילג זכי אם ירצה המחזיק לא ישיב לו דבר שיאמר לו לאו בעל דברים דידי את דהוה משמע דאפילו בדיעבד שעומד עם המחזיק בעירו אפ"ה המחזיק לא ישיב לו דבר ועוד דהול"ל בס"ז התובע את חבירו בהרשאה שאין כתוב בה זכי אלא ודאי נראה דבס"ז לא מיירי אלא בספק ההרשאה עצמה אם אנו צריכין לשנותה אם אין כתוב

ומעתה ע"פי האמור נתיישב מה שיש לדקדק על דברי מרן והוא דמאחר שפסק בב"י כדברי הרשב"א שלשון זה לאו דוקא וה"ה לישנא אחרינא דמשמעו דמקנה ליה ש"ד א"כ אמאי לא פסקה להדיא בש"הט ואף שיש כמה דינין שפסקן בב"י והשמיטן בש"ע מ"מ בזה נוכל לומר דכיון דהשמיענו בס"ז דסב וזכי חד הוא ובאמת סב לחוד וזכי לחוד אלא שעניינם אחד א"כ הרי פסק דברי הרמב"ם והרשב"א א"כ ה"ה נמי כל לשון דמשמע

דמקני ליה ש"ד ואפילו לכתחילה יכול לשנות מדברי הש"ס וא"כ לפי כל האמור לעיל ומדברי הב"ח הנז' יש להכשיר בפשיטות שטר הרשאה שבנ"ד הבא מארץ מרחקים בלתי שום ספק:

ואיך שיהיה נמצינו למידין שהרשב"א בשני מקומות הזכיר דון ואפיק לנפשך ולא הזכיר זכי ואם היא לעיכובא למה לו לדלגה גם את השלישי מצינו לו עוד בח"ב סי' רכ"ד בד' מקומות דון ואפיק לבד. והד' בסי' רל"ו כתב כן. הה' בתשו' הביאה רבי' בצלאל בש"מ פ' הגוזל עצים על דף ק"ד שאלת וכו' דליכא תקנתא אלא בהקנאה גמורה אג"ק וכו' והשיב דכיון שכתוב בה זיל דון ואפיק לנפשך הקנאה היא וכו' וסיים עוד אבל כל שהוא ע"פ אין לו הקנאה אלא באגב ומעמד שלשתן והרשאה כעין הקנאה דכתב ליה זיל דון ואפיק לנפשך וכ"כ עוד שם על דברי הרז"ה הו' מ"ש הרשב"א והביאו מרן בסי' קכ"ג שגם הקרובים פסולים להעיד למורשה אם כתב לו בהרשאה זיל דון ואפיק לנפשך הרי הוא כבעל הדבר ממש עי"ש. השביעי כן כתב עוד בחי' למס' שבועות והביאו גם הרב יד יהודה בדף ס' וז"ל שאין כותבין הרשאה אלא במה שאפשר להקנות דהא בעי למיכתב זיל דון ואפיק לנפשך עי"ש. הרי מצינו להרשב"א בשבע מקומות שהזכיר דון ואפיק לנפשך ולא הזכיר זכי ואם היא לעיכובא היאך גדול אדונינו הרשב"א ז"ל דכוליה תלמודא כמאן דמנח ליה בכיסתיה דמי איך אפשר שידלג מילת זכי שהיא לעיכובא וכ"ת דקיצר בדבריו אין מלה זאת כבדה כ"כ עד שיקצר אותה ועוד כי דרך הפוסקים כי בעת אשר ירצו לקצר המלה יתפשו תחילתה ויאמרו וכו' לא שיתפשו תחילתה וסופה ויניחו האמצע וגם פה היה לו לומר דון וזכי וכו' הן אמת כי נהרדעי הזכירו מלת זכי וגם הרשב"א עצמו סי' אלף ע"א כתב הרשאה מבטלת הרשאה ואפילו כתב לו דון וזכי ואפיק לנפשך אכן נראה פשוט כי לכתחילה גם הוא יודה דצריך לכתוב זכי א"נ כוונתו דכמו שבש"ס הזכירו זכי והכוונה לצדדין ה"נ פירוש דבריו דלצדדין קתני או דכוונתו לומר לשופרא דשטרא ור"ל דאפי' כ' כל חיזוקי סופר אפ"ה הרשאה מבטלת הרשאה עוד בה גם את השני הרז"ה הביא דבריו ר"ב בש"מ בפ' מרובה וז"ל והרז"ה לקח לו דרך אחרת לעצמו וכתב דרב אסי דאמר כיון דכתב ליה כל מאי דמתעני לך מן דינא עלי ליהדר שליח שויה חולק על נהרדעי והילכתא כוותיה דשליח שויה הילכך לא בעי זיל דון והנפק לנפשך ואפ"ה לא מצי א"ל לאו בעדד"א עי"ש. הרי להדיא שלא הזכיר דון וזכי וכו' גם לדעתו דקי"ל כר"פ דאמר שליח שויה ולא בעי דון וכו' כלל ואף דאנן לא קי"ל הכי מ"מ אהני לן דאם דילג זכי לא מיפסיל שטר בהכי. גם את השלישי הוא ראב"ן ז"ל באבן העזר אות ע"ט שהשיב לחתנו ר' יואל על ענין הרשאה ובחמש מקומות

הזכיר זיל דון והנפק לנפשך התקינו נהרדעי ולא הזכיר בשום פעם מילת זכי ואם היא לעיכובא איך ידלג אותה ואת רב"ע הרמב"ן במלחמות פ' הגוזל עצים הזכיר תחילה דברי נהרדעי שאמרו זיל דון וזכה ואפיק לנפשך ואחר זה בשני מקומות הזכיר זיל דון ואפיק לנפשך ולא הזכיר שם מלת זכי כלל. וחמישתו יוסף עליו הוא בע"הת כתב משם הראב"ד והביאו מרן בב"י ח"מ סי' ס"ו וז"ל כתב בע"הת בשער נ"א יש מן המורים שהורו שהמוכר שט"ח לחבירו צריך לכתוב בשטר המכירה זיל דון והנפק לנפשך ואי לא לא מצי לאשתעויי דינא בהדיה כך דעת הראב"ד ויש תימה דאטו מי גרע לישנא דקני לך איהו וכל שעבודיה מלשון דון וזכי והנפק לנפשך ע"כ. והרואה יראה כי בדברי הראב"ד לא הוזכר מלת זכי אלא ודאי נראה כי זכי והנפק חדא היא ובחדא מנייהו סגי ולא בעי תרתי שתות מלגו הוא מהר"ם מסקרטה ז"ל הביאו ר"ב בש"מ שם עמ"ש ואי כתב ליה מרשה זכי ביה למחצה וכו' אע"ג דלא כתב ליה זיל דון וזכי לנפשך מגו דמשתעי דינא וכו' וקשה דאיך דילג מלת והנפק שגם היא נזכרה בדברי נהרדעי אלא ודאי נראה דאו או קתני בוחר בשביעיות הוא המרדכי בפ' מרובה תחילה העתיק כל דברי נהרדעי ואח"ך הביא הא דרבינו יואל ששאל לחמיו ראב"ן והא שלוחו של אדם כמותו ותירץ דודאי כל זמן שהמשלח חי לא מצי א"ל לאו בעדד"א ולמידחי את השליח אבל אם מת ונפלו זוזי קמי יתמי כההיא דלקמן וכו' דילמא אדאתא שכיב ר' אבא וכו' ופ' הגוזל דאמרי' דליקנינהו ניהליה אג"ק ושוב אתו נהרדעי ותקנו דאין צריך אג"ק אלא דון ואפיק לנפשך ומועיל כאילו הקנה לו אג"ק עי"ש. מדבריו אלה נשמע תרתי לנ"ד חדא דאע"ג דבתחילה הביא דברי נהרדעי דבעינן זיל דון וזכי ואפיק לנפשך מ"מ בסוף דבריו סיים דון ואפיק לנפשך לבד ובודאי שהבין דלצדדין קתני ועוד נראה דאפילו עשאו שליח בעדים לבד כל עוד שהוא בחיים אינו יכול לומר לאו בעדד"א ואפי' לא כתב לו זיל דון וכו' נהרדעי לא הועילו אלא כדי שיועיל אם מת ואף דמרן ז"ל לא פסק כן מ"מ יועילו דברי קדשו לסניף בעלמא וכן ראיתי להרב כסא אליהו שהביא דברי המרדכי הנז' דנר' דס"ל דלא מצי למימר לאו בעדד"א אלא היכא שמת אבל בעודו חי אין יכול לומר כן וכתב עוד שמדברי הרז"ה נר' דס"ל כהמרדכי אף דסתמות דברי הפוסקים אין נראה כן. שמיני למל"ה הוא הראב"י הביאו בע"הת בשער נ"א ח"ד ה"ז שכתב נוסח הרשאה וז"ל יודעים אנחנו וכו' מחמת שהקניתי לו ד"א בחצרי ואגבן הרשיתיו וכו' ליזיל לידון ולזכי וליפוק לנפשיה וכו' אלא יהא רשאי להוציא מידו בע"כ לדון ולהנפוקי לנפשיה עי"ש. ואם מלת זכי היא לעיכובא איך ידלגה בפעם השני וגם סיים שם בע"הת ואיכא מ"ד דכל אורכתא דכתיב בה זיל דון והנפק לנפשך בין בפקדון בין במלוה וכו' ואף שיש מקום לדוחה

לדחות מ"מ יספיק במקומה איכא מ"ד שכתב אחריה סמוך לה ומדברי הראב"י שהביא בע"הת כנז' כתב דלכתחילה יכתוב ליזיל ולידון ולהנפק ולא כתב הדברים לנוכח זיל דון וכו' ומהריט"ץ בסי' כ"ה נסתפק בזה ופשיט לה מדעתיה ואשתמיטתיה דברי הראב"י הנז' דכתב דלכתחילה יכתוב כן וכן כתב ג"כ הרשב"ש סי' רל"ה הטה אזנך ושמע דברי בע"הת עצמו שם ח"ג הל' ו' שכתב וז"ל וכ"ש להרשאה שכתוב בה זיל דון והנפק לנפשך שאין לנו לחוש דדילמא מיית והרשאתו לאו כלום גם בשער הנז' ח"ד הזכיר ג"כ שלש פעמים דון וזכה וב"פ דון והנפק לבד ואם היא לעיכובא למה לו לדלגה. העשירי יהיה קדש הוא הרב המאירי הובאו דבריו בש"מ על ההיא דנהרדעי וז"ל גדולי המפרשים כתבו בנימוקיהם שאף שהמוכר שט"ח לחבירו שאע"פי שהוא קונה את החוב אינו יכול לתובעו מן הלוה מפני שיכול לומר לו לאו בעדד"א שהרי לא נשתעבדתי לך עד. שיכתוב לך דון עמו ותוציא לעצמך עי"ש. אחד עשר כוכבים הוא רש"י בדף ע' על ההיא דאמרו ואי כתב ליה למחצה לשליש וכו' פעם כתב דון וזכה ופעם כתב דון ואפיק לנפשך ואם היא לעיכובא למה לו לדלגה גם רש"י אשר סביבות הרי"ף דילג מלת זכי וכתב דון ואפיק ואם הוא אינו רש"י אלא מחבר אחר יהיה יותר סייעתא לדברינו. הי"ב שבטי הוא רבינו בע"הט בסי' קנ"ב שכתב בששה מקומות זיל דון ואפיק ולא הזכיר זכי ומה גם בעיקר נוסח ההרשאה שכתב זיל דון ואפיק לנפשך:

וחזי הוית להסמ"ע בדרישה ס"ד שנתעורר בזה וכתב וז"ל לכאורה נראה דצ"ל זיל דון וזכה ואפיק לנפשך וכן הוא בגמ' ובהרי"ף ובהרמב"ם ובאשרי וכו' ל"נ דס"ל לרבינו דלפי מה שהשיב הרי"ף דסב הרי הוא כזכי למדנו ממנו דאין צריך לא סב ולא זכי דאם היה בעינן לכתוב זכי ודאי לא היה משיב דסב הרי היא כזכי דמה ענין סב שפי' טול לענין זכי אלא ודאי הכי השיב לו לא הצריכו חכמים לומר לשון זכיה אלא שיהיה כתוב בה לשון שמשמעו שיטלנו לנפשו וא"כ סב וזכי חדא היא ושוים וממילא נשמע מיניה דאף אם לא כתב שום אחד מהם כשר דהא בכתבו דון ואפיק לנפשך ג"כ נשמע מיניה דיטלנו לנפשו אלא שהרי"ף השיב לשואל ע"פי מעשה שהיה וכן נ"ל עיקר דודאי לא כיוונו חכמים ז"ל על לשון זכיה דלא מצינן לשון זכיה אצל הקונה לעצמו כ"א ע"י אחרים הזוכים אבל המחבר בש"ע העתיק לשון התשובה ומשמע דוקא קאמר גם שם בסד"ה כתוב בנוסח הרשאה דון וזכה ואפיק לנפשך והנראה בעיני לדעת רבינו כתבתי עכ"ל י הנה פי' שיחותיו לדעת רבינו בע"הט דאפילו לכתחילה אין צריך לכתוב זכה אלא יכתוב דון ואפיק לנפשך אלא שהוקשה לו בדברי מרן שהעתיק דברי התשובה וגם בנוסח ההרשאה נראה שדוקא קאמר ור"ל שלכתחילה צריך לכתוב מלת זכי אבל ודאי

בדיעבד אם דילג מלת זכי לא יפסל השטר בזה ודברי הרי"ף נמי לדעת מרן בלכתחילה מיירי ובודאי לדעת הסמ"ע לא יחלוק מרן על דברי הטור מן הקצה אל הקצה דהא לדעת הטור אפי' לכתחילה אין צריך לכתוב זכי אלא דון ואפיק לנפשך ומרן יסבור דאפילו בדיעבד אם דילג זכי שיפסל השטר בהכי ואפי' שבא מארץ מרחקים נאמר לו שיחזור לעיר המרשה ויאמר לו שיקנה לו עוד בקנין מחדש ויאמר לו זיל דון וזכי כי לא מצינו למרן שדיבר בזה בהדיא וההיא דסעיף ז' כתבנו למעלה שהיא לכתחילה מיירי שעדין בעיר המרשה וכלל גדול ידוע בפוסקים דכל מה שאנו יכולין לקרב הסברות ולא להרחיקן עדיף טפי. ועוד דאם נימא דמרן ס"ל דאפילו בדיעבד אם דילג זכי פסולה א"כ סתיר דידיה. אדידיה דהא הוא עצמו כתב בב"י שלשון זה לאו דוקא אלא כל לשון שמשמעו שהוא מקנה לו ש"ד וא"כ כיון שכתב ואפיק לנפשך הרי משמעותה שהוא מקנה לו ואפילו לא כתב לו זכי וא"כ איך יאמר דאם דילג זכי אפי' בדיעבד פסולה ואז יהיו דבריו סתראי נינהו:

והנה מצינו להרב ב"ח מפרק כלאחר יד דברי הטור והוא דכיון דהרמב"ם כתב וכיוצא בעניינים אלו משמע שלשון זה לאו דוקא ולכן נהגו שידלג מלת זכי ונסתייע מדברי מרן ז"ל שכתב בשם הרשב"א שכתב שלשון זה לאו דוקא ולכן אי משכח לישנא דמשמע מיניה דמקני ש"ד ומהני ולא הוקשה לו שום קושי מדברי מרן עצמו שהוא פסק כדברי הרי"ף שפסל הרשאה שאין בה זכי לפי שכבר גילה דעתו בתחילת דבריו שהרי"ף לכתחילה קאמר והוא ז"ל נראה לו דאפילו לכתחילה ידלג מלת זכי ולדעתו כי העיקר הוא דברי הרמב"ם ודברי מרן שהביא משם הרשב"א דאפילו לכתחילה יכתוב דון ואפיק לנפשך ואין צריך לכתוב זכי כי הרי מצינו לו עוד למרן בב"י בסימן ס"ו הזכיר דון וזכי לנפשך או דון ואפיק לנפשך גם העתיק בשני מקומות דברי הרשב"א ודילג מלת זכי גם הרא"ש העתיק דבריו מרן ז"ל דאהני מאי דכתב:

ליה זיל דון ואפיק לנפשך ודילג מלת זכי האמורה בהרא"ש ומאחר שהעתיק בד' מקומות זיל דון ואפיק לנפשך ודילג מלת זכי סבר לה מר הב"ח דהעיקר כדברי מרן אשר העתיק בב"י שהם כמה מקומות ודברי הרמב"ם והרשב"א ומה גם שלא מצינו שנתעורר למה לא הביא הטור דברי הש"ס שאמרו מלת זכי והטור דילגה ומה גם בעיקר נוסח הרשאה שכתב הטור אלא ודאי נראה דס"ל להב"ח בדעת מרן דבש"ס או או קאמר ולא לעיכובא היא דאם היא לעיכובא ובהעדרה יפסל השטר איך אפשר לדלג העיקר:

אכן עדין קשה לי בדברי הב"ח שאיך סייע למנהג שנהגו לכתוב דון ואפיק לנפשך מדברי הרמב"ם שכתב וכיוצא בעניינים אלו הרי הרמב"ם עצמו הזכיר שצריך שתים

זכי והוציא אכן נראה לומר שהבין הב"ח בדברי הרמב"ם דכיון שכתב וכיוצא בעניינים אלו ולא כתב ובלבד שיכפול בענין כמו שכפל דון זכי ואפיק משמע דאפילו באחד מהם יועיל וההרשאה כשרה היא. ומאחר עלות לכל הנז' חזות קשה הוגד לי בדברי רש"ל שכתב בים של שלמה בפ' מרובה סי' י"ג וציין עליו הש"ך סקי"ד שכתב ודקדק מדברי הרי"ף שכתב שאם כתב בהרשאה דון ואפיק לנפשך בלא זכי אינו מועיל כי אפשר לומר אפיק והב לי קאמר ליה אבל כשכותב זכי וה"ה סב שהוא לשון יתור ועומד במקום זכי א"כ מובן מלשונו שיהיה לו זכיה בדבר ותמה על הטור שהזכיר כמה פעמים דון ואפיק לנפשך ולא הזכיר זכי בשום מקום ומ"מ נראה דע"כ דט"ס הוא או שגגה לפניו דהוא מביא תשובת הרי"ף שלא הכשיר הוא הרשאה שלא היה כתוב בה זכי וכו' וכן כתבו המחברים עי"ש. ואנכי העבד לא ידעתי איך העלים עין מדברי הפוסקים שזכרתי ואיך יצוייר בדעת שכל הפוס' אשר זכרנו למעלה שהם י"ב פוסקים וכולם ראו דברי הרי"ף ולא חלקו עליו והזכירו דון ואפיק לנפשך ולא אמרו מלת זכי ואיך הסופר יטעה בארבעים מקומות וכל הסופרים כיוונו לטעות א' ואם נאמר כי שגגה היא איך יצוייר ונעלם דבר מעיני הקהל ועוד קשה כי לדעתו ז"ל מלת זכי היא העיקר ומלת ואפיק לנפשך כלומר הוצא והב לי א"כ היאך יניחו העיקר ויתפסו הטפל ועוד קשה במ"ש כי פי' אפיק ר"ל אפיק והב לי דא"כ לפ"ז מלת לנפשך היא יתירה ודחיק לה עלמא כיון שפי' אפיק והב לי. ועוד ק' כי לפ"ז מלת ואפיק לנפשך אין לה מקום כלל ואין מועילה לכלום ומה להם לתקן נהרדעי תיבה זו שאין לה מקום כלל ועוד ק' כי מלת ואפיק לנפשך משמע אפיק והב לי מהיכן משמע כן אדרבה אומר לו מה שתוציא תוציא לעצמך ולא לי ומלת זכי אפשר כי יזכה לאחרים וצריך להיות עמה לנפשך או זכי אתה בהם. ועוד קשה שהרי מצינו בש"ס בשבת דף ק"ך גבי נפלה דליקה ופסקו מרן בא"ח סי' של"ד שאומר לאחרים בואו והצילו לכם וכתב הב"ח אבל בלא אמירה לא הוי הפקר כיון שיכול להציל ע"י עכ"ם ואם איתא לדברי רש"ל דפי' אפיק לנפשך אפיק והב לי וגם הכא נמי יאמר להם אח"ך אני אמרתי הצילו והבו לי אלא ודאי כיון שאמר לכם אינו יכול לומר תנו לי ה"נ הכא כיון שאמר אפיק לנפשך הכוונה שתקנה אותו. ומה שהקשה דברי הטור כי הביא דברי מ"א הרא"ש ולא הזכיר זכי ואילו הרא"ש עצמו בפ' הגוזל עצים הזכיר דון וזכי כבר כתבנו דזה ל"ק ולא מידי דשניהם משמעותם שהוא מקנה לו הממון אשר יש לו עם חבירו וידוע לעין כל קורא שהם מלות כפולות ואפילו במקרא אמרינן כפל הענין במלות שונות ועוד אפשר לומר דכוונתם לומר שבכל לשון שיאמר יספיק או זכי או אפיק או שאר לשונות הדומין לזה וגם הטור עצמו יודה דאם כתב דון

וזכי לנפשך יועיל. וכמו שהביא מרן עצמו בסי' ס"ו ובאמת דמלת זכי לבד או אפיק לבד לא יספיק דזכי יתכן לומר שזכי לאחרים וגם אפיק לבד לא יספיק כי יתקן לומר אפיק והב לי אבל מלת נפשך מתקנת זכי ואפיק והטור וכל הפוסקים שזכרתי בחרו להם מלת ואפיק לנפשך משום דבש"ס היא סמוכה למלת לנפשך ואה"נ דגם הטור מודה דאם כתב זכי לנפשך יספיק. ועוד קשה לי על דברי רש"ל במ"ש וכן כתבו כל המחברים מלת זכי ואפיק הן אמת כי הרי"ף והרמב"ם והרא"ש כן העתיקו אבל שאר הפוסקים לא הזכירו זכי כ"א אפיק לבד ומהם פעם הזכירו זכי ופעם הזכירו אפיק כנראה שכוונתם שזה או זה קתני והנה מרן ז"ל בראותו לדברי הרשב"א הנז' ולכל הפוסקים שזכרנו ודאה עוד לדברי הרי"ף והרמב"ם והרא"ש שהזכירו מלת זכי לכן עשה פשר דבר וכתב בש"הט וצריך לכתוב זיל דון וזכה ואפיק לנפשך ומלת וצריך היא לכתחילה וכבר גילה דעתו בזה במקום אחר כי מלת צריך היא לכתחילה ולא הוצרך לבארה פה להדיא ועוד גילה לנו הדבר הזה במ"ש ואם לא כתב כן ולא כתב ואם דילג אחת מהן משמע שר"ל שלא כתב שהוא מקנה לו הממון וגם בסעיף ז' שהביא דברי הרי"ף לא הוצרך לבאר דמיירי בלכתחילה כי כבר ביאר זה בס"ד וגם פה כיון שכתב דסב וזכי חדא ולא סיים ואם לא כתב זכי יכול לומר לאו בעדד"א משמע מזה דאין אנו דנין על התובע והנתבע אלא על ההרשאה גופה אם היא כשרה ואין צריך לשנותה כיון שהמרשה עדין הוא עומד במקומינו ויכול לכתוב אחרת במקומה:

ומעתה נסדר נא דברי הפוסקים הבאים מזמן מרן ואילך אשר גם המה בחרו בדרכי הראשונים ראשון שבקדושה מרן ז"ל בב"י ומה שכתב בש"ע הוא לכתחילה. הב' מור"ם בהגה סימן קכ"ב ס"ב עמ"ש מרן העושה שליח וכו' וכתב די"א דחייב אלא א"כ כתב דון ואפיק לנפשך. גם את הג' הרשב"ש בסי' רל"ה וכל אורכתא דלא כתיב בה ליזיל ולידון וליפוק לגרמיה לאו אורכתא היא. הד' הוא הב"ח כאמור לעיל. החמישי הוא הסמ"ע בדרישה כאמור לעיל. הו' הוא רבינו בצלאל בש"מ בדף קנ"ה הזכיר דון ואפיק לנפשך לבד והזכיר הדבר ב"פ. הז' הוא הרב תומת ישרים בסי' קפ"ט הזכיר ההיא דנהרדעי זיל דון ואפיק לנפשך ולא הזכיר זכי ודילגה בג' מקומות. הח' הוא הרב שארית יהודה ז"ל בדף ס"ח הזכיר דון וסב לנפשך ודילג ואפיק. הט' הוא הרב דורש משפט בהגהותיו על מרן ז"ל כתב לא ידעתי מי הכריחו לבקש ראיות דבעי קנין דהא מדקאמרי נהרדעי זיל דון ואפיק לנפשך והזכיר זה ג"פ. היו"ד הוא מהרימ"ט ח"ב סי' י"ז וח"ג סי' פ"ה אע"פי שבתחילה העתיק דברי נהרדעי והזכיר זכי אח"ז כתב בדף ח"י ותקון רבנן שיכתוב דון לנפשך והנפק לגרמך כלומר לאחר שתוציאם ממנו הרי הם קנויים לנפשך. הי"א הוא

מהרש"ך ח"ב סי' ל"ג הזכיר ההיא דנהרדעי זיל דון והנפק לנפשך ולא הזכיר זכי. הי"ב הוא מהרשד"ם ח"מ סי' קי"ג הזכיר זיל דון ואפיק לנפשך ולא הזכיר זכי הרי לך להדיא לכ"ד מהפוסקים הראשונים שלא זכרו מלת וזכי ואם היא העיקר כדעת רש"ל היאך יתפסו הטפל ויניחו העיקר:

והנה על ההיא דזכי לפי דברי רש"ל יש ד' קושיות גדולות. א' מה שתמה הסמ"ע דלא מצינן זכיה אצל הקונה לעצמו כ"א ע"י אחרים הזוכים ומי לנו גדול כהסמ"ע שבקי בכל דקדוקי דברי הפוסקים והוא כתב דאין לה מקום מלת זכי במקום הזה. ב' דהול"ל דון ואפיק לנפשך כי בתחילה מוציא הממון ואח"ך זוכה בו וכן נראה מדברי מהרימ"ט הנז' שכתב דון ואפיק לנפשך כלו' לאחר שתוציאם ממנו הרי הם קנויים לך עי"ש. משמע שהזכיה אחר שיוציאם ממנו. ג' לפי דברי רש"ל אפיק לנפשך והב לי משמע א"כ מלת ואפיק לנפשך אין לה שום תועלת במקום הזה ומאי נפקא. מינה ודי לנו במה שנכתוב דון וזכי לנפשך. ד' כי לפי דעת רש"ל איך ט"ס זה יצא מכ"ד פוסקים יותר מששים מקום שידלגו העיקר ויתפסו הטפל לכן לפקד"ן נראה אילולי דמסתפינא הייתי אומר כי פי' זכי במקום הזה אינה לשון זכיה אלא פירושה נצחון והוא ע"ד מ"ש מאן דזכי למלכא יושלך לביבר שפי' המנצח למלך ופי' כי המרשה אומר למורשה זיל דון וזכי דהיינו שינצחו בטענות לפני הדין ואח"ז אפיק לנפשך ולכן כל הפוסקים הנז' דילגו מילת זכי כי היא לשון זירוז שאומר למורשה. והרי"ף והרמב"ם והרא"ש שהעתיקוה לפי שנזכרה בדברי נהרדעי ולכתחילה יכתבו אותה אבל אינה לעיכובא ולכן הפוסקים שזכרתי לעיל לא הטריחו עצמם להעתיקה כיון שאינה לעיכובא אלא שעומד לנגדינו דברי הרי"ף בתשו' שכתב דסב וזכי חדא היא דנראה מזה דפי' זכי לשון זכיה ומ"מ נראה כדכתיבנא לעיל דכיון שעינינו הרואות שכפל הענין במילות שונות ודאי שכוונת נהרדעי לומר שאין צריך שתיהן אלא או זה או זה קאמרי ואם כתב ואפיק לבד יספיק וכדברי הב"ח והסמ"ע אשר זכרתי למעלה:

אכן עדין קשה לדברי רש"ל במ"ש דפי' ואפיק לנפשך והב לי דא"כ אין לה שום נפקותא ותועלת בדברי ההרשאה כלל ומה להם לתקן ולהוסיף בדבר שלא יועיל. ונרא' כי כוונת רש"ל הוא כי מלת זכי יותר מפורשת שכוונתו להקנות לו הממון אבל מלת ואפיק לנפשך יש לצדד ולומר אפיק והב לי כוונתו ותמיהת רש"ל על הטור שכתב דאפילו לכתחילה יכתוב דון ואפיק לנפשך שכן כתב הטור גם בנוסח ההרשאה ועיקר קושית רש"ל דאיך יניח העיקר ויתפוס הטפל שהיא ואפיק לנפשך שיש לצדד ולדחוק שפירושה אפיק והב לי ויותר יפה לכתוב מלת זכי שמשמעה להדיא שהוא מקנה לו

הנכסים אכן ודאי גם הוא מודה דאם בדיעבד שכח מלת זכי ועמד עם המחזיק בנכסים אין לפסול השטר ולדחותו לגמרי משום מלת. זכי כי לא מצינו לרש"ל שדיבר בזה להדיא וכל עיקר קושיתו שכתב שט"ס נפל בדבריו לפי שכתב שאפילו לכתחילה ידלג מלת זכי והוקשה לו עליו דהיאך ידלג מלה שהיא פשוטה אבל הא ודאי לא מצינו לו שדיבר שאפילו בדיעבד אם דלג מלת זכי שיפסל השטר בזה כל עוד שכתב ואפיק לנפשך:

עוד נראה להכשיר שטר זה ממה שכתוב בהרשאה שהקנה לו אג"ק אם יועיל זה במקום זכי ומצינו להרמב"ם פ"ג מהל' שלוחין שכתב מי שהיתה לו קרקע תחת יד אחד או מטלטלין פקדון ורצה לעשות שליח לדין עם זה ולהוציא הקרקע או הפקדון מתחת ידו הרי זה כותב לו הרשאה וצריך לקנות מידו שהרשהו ואומר לו דון וזכי והוציא לעצמך וכיוצא בעניינים וכו' וב"הז כתב מי שהיו לו מעות פקדון ביד אחד ורצה להרשות שליח להביאן אין הקנין מועיל בזה אלא נותן לו קרקע כל שהוא ומקנה לו המעות על גבה כדי להוציאן בהרשאה זו וכו' ומרן ז"ל בסי' קכ"ב פי' דברי הטור שכתב וצריך לקנות מידו ופי' דקנין זה קנין סודר שהוא מקנה לו בחליפין אותו ממון שיש לו וכן משמע מדברי הרמב"ם בפ' הנזכר דלהקנות מעות דוקא הוא דבעינן קנין אגב קרקע אבל להרשות סגי בק"ס וכדברי הרמ"ה שבסמוך. וחמו'תי ראיתי להרב גידולי תרומה בדף רצ"ז ולהרב החבי"ב בסי' קכ"כ הגהב"י אות ח' שהקשו על דברי מרן. הנז' דהא מדברי הרמב"ם בתחילת הפרק נראה דדוקא למטלטלין מהניא להו ק"ס אבל מעות אפילו בדרך הרשאה לא מהניא בהו ק"ס אלא אג"ק וכמ"ש ב"הז עוד הקשה הגד"ת על דברי מרן במ"ש דהטור הביא דברי הרמ"ה לפ' מ"ש וצריך לקנות מידו וכו' אלמא דס"ל כוותיה דאפילו במעות כשהוא להרשות סגי בק"ס דא"כ סותר את עצמו בסי' קכ"ג שכתב בסתם דאפילו פקדון שביד חבירו אם הוא מעות אין כותבין עליו הרשאה וכו' הרי להדיא דאפי' להרשות אין כותבין על המעות וזה שלא כדברי הרמ"ה וכו' עי"ש. ואני הדל לפקד"ן דלא עלה על דעת מרן לומר דמעות שיש לו ביד אחרים יועיל בהם הרשאה אלא שמרן ז"ל חיסר בלשונו שתי מלות דוקא וסמך בהם על המעיין שלא יטעה בהם והוא דהו"ל לכתוב דלהקנות מעות בהרשאה הוא דבעינן קנין אג"ק אבל להרשות במטלטלים סגי בק"ס וכדברי הרמ"ה שכתב רבינו בסמוך וקיצר בשתי מלות אלו וסמך בהם על המעיין לפי שראה שדברי הרמב"ם שב"הז לפניו מאירים שכתב להדיא מי שיש לו מעות ביד אחד ורצה לעשות שליח להביאן אין הקנין מועיל בהם וכו' אלא אג"ק וא"כ איך יטעה האדם לומר דלהרשות מעות סגי בק"ס והוא כתב להדיא וכדמשמע מדברי הרמב"ם בפ"ג ואם נאמר כפי מה שהבינו שהבין מרן שהרמב"ם מיירי בקנין מעות איך לא שת לבו דהכא

מיירי בהלכות שלוחין ולא בדיני הקנאה ללמדנו דאין מטבע נקנה בחליפין כי דין זה כבר ביארו בה' מכירה פ"ו ופה אין לו מקום כי בכאן ביאר כל דיני הרשאות ולא קנין הקנאות וא"כ מה שחיסר מלת הרשאה סמך בה על המעיין. גם מ"ש אבל להרשות סגי בק"ס היינו להרשות על המטלטלים וסמך על המעיין שיבין זאת ממילא שהרי כתב וכדברי הרמ"ה שכתב רבינו בסמוך והרואה יראה דהרמ"ה לא הזכיר בדבריו מעות כלל וסתמא קאמר על כל דבר שסגי בק"ס ועל המעות כיון שלא הזכירם להדיא אין לנו לומר שהוא חולק על דברי הרמב"ם ואפושי פלוגתא לא מפשינן ועוד שאם הוא חולק על הרמב"ם הו"ל להטור להזכיר תחילה דברי הרמב"ם ואח"ך יאמר וכתב הרמ"ה אלא ודאי נראה דהרמ"ה לא מיירי במעות כלל אלא במטלטלים וכ"ת דאם על המטלטלים מיירי פשיטא דסגי בק"ס ונראה דבא להסביר טעם לנהרדעי והוא במ"ש המרדכי בפ' מרובה שכתב דקודם נהרדעי כשהיה אחד רוצה להביא נכסיו מיד המחזיק בהם היה מקנה לחבירו אג"ק ולבסוף אתו נהרדעי ואמרי שאין צריך אג"ק אלא בדון וזכי וכו' לבד יספיק ובא הרמ"ה לתת טעם דלמה בטלו אג"ק ובדון וזכי לבד יספיק וכתב משום דלא בעי לאקנויי גופא דממונא אלא יהיב ליה רשותא למיתבע דיליה וא"כ לפ"ז הרמ"ה לא מיירי במעות אלא קאי על המטלטלין אשר היו נקנין באג"ק בתחילה והסמ"ע בדרישה כתב על דברי הרמ"ה שהוא חולק שהרי למעלה כתב שהמיתה מבטלת ההרשאה א"כ ודאי צריך להקנות לו באג"ק ומשו"ה כתב אבל הרמ"ה כתב דאין צריך לזה לפי דהרמ"ה לטעמיה דס"ל דאין המיתה מבטלת הרשאה עי"ש. וא"כ לפי זה הרמ"ה לא מיירי בענין הרשאת מעות כלל אלא בסתם הרשאה:

והנה דברי המרדכי הנז' הביאו רש"ל והב"ח והפ"וד וכן ראיתי להאז"ג הביאו מהרי"ט בס' שארית יהודה דף ס"ט שכתב וז"ל דחשו חכמים דילמא שכיב המרשה עד שלא יגבה השליח מיד הנתבע ונפלו נכסי קמיה יתמי בעוד שהם בידו ואם יאנסו או יאבדו יאמרו היתומים וכו' אלא זיל דליקנינהו ניהלך אג"ק וכו' ואי מיית לית לן בה ואכתי לא תקנו דון וסב וכו' באו נהרדעי ותיקנוהו ואפילו בלא אג"ק עכ"ל. וא"כ נראה מדברי המרדכי והא"ז כי בתחילה היו מקנים אג"ק ואם ירצה המורשה להחזיק בהם היה יכול ולכן עמדו ותקנו זיל דון וכו' וא"כ נראה מדבריהם דכל עיקר תקנת נהרדעי כדי להקל הדבר מעליהם שלא יצטרכו לאג"ק אבל לא עקרו תקנה ראשונה ממקומה וא"כ אם יבוא אדם ויאמר אני רוצה בתיקון הראשון באג"ק ודאי שזה יספיק לו לגמרי בלא דון וזכי וכו' כלל כי נהדעי לא אמרו אלא שאינו צריך לפי שאין כל אדם יש לו קרקע אבל ודאי שאג"ק לחוד יספיק או הרשאה דון וזכי וכו' וכבר כתבנו לעיל משם הרשב"א

ז"ל בתשו' הביאה ר"ב בש"מ דהקנאה אג"ק והרשאה דכתב בה זיל דון וכו' תרי מילי נינהו ובחדא מנייהו סגי או הרשאה אג"ק או הרשאה דזיל דון וכו' וליכא למיחש בהו למיתה וכ"ש שלא יכול לומר לאו בעדד"א ומרן ז"ל בש"הט סי' קכ"ב ס"א כתב לפיכך עצה טובה ללוה או לנפקד שלא יתנו לשליח אלא א"כ בא בהרשאה שהקנה לו אג"ק מה שיש לו אצל פ' ובס"ד כתב המרשה את חבירו להוציא שלו מיד המחזיק בו צריך ליקח לו בקנין שהרשהו וצריך לכתוב זיל דון וכו' אכן לא ידענו אם צריך לכתוב אג"ק או אג"ק לחוד יספיק ואם נאמר דצריך לשתיהן א"כ הו"ל לעיל בס"א כשהזכיר שצריך להקנות אג"ק יאמר וגם יכתוב זיל דון וכו' ולמה המתין עד ס"ד ועוד היאך יחלוק מרן על המרדכי והא"ז והרשב"א שמדברי כולם נשמע דנהרדעי באו ואמרו שאין צריך אג"ק אלא דון וכו' לחוד יספיק. אכן נראה פשוט דכוונת מרן לומר דבאג"ק לחור יספיק והיא מ"ש בס"א ובס"ד פי' ההיא דנהרדעי וכ"כ בב"י שהבאתי דבריו לעיל דלהרשות על המעות צריך אג"ק אבל להרשות סגי בק"ס וזיל ודון וכו' וכמו שפי' דבריו לעיל וכן כתב בפרישה בס"ח דעד הנה איירי רבינו בדין שליחות ששולח ללוה או לנפקד שאיירי ממנו בגמ' בפ' הגוזל ובפוסקים ועכשיו בא לכתוב דין הרשאה וכו' וממנו איירי נהרדעי בפ' מרובה משום הכי התחיל מחדש לכתוב דין המרשה וכו' וכן ראיתי ג"כ למהרי"ט הנז' שהבין בדברי הטור במ"ש לפיכך עצה טובה וכו' דמיירי בהקנאה. גמורה בלא זיל דון וכו' וכן נראה מדברי הב"ח בס"ג שכתב אגב אורחיה דבדברי הטור הראשונים שכתב סתם הרשאה שכותבין בה זיל ודון וכו' ומשמע דלית בה אלא קנין גרידא בלא אג"ק והיינו אורכתא דפ' מרובה ואע"ג דעכשיו נהגו בכל הרשאה לכתוב בה גם אג"ק מ"מ בתלמוד ובפוסקים הרשאה לחוד ואג"ק לחוד ורבינו השתא מדבר בסתם הרשאה וכ"כ בב"י שכתב נמצאו ג' חילוקין בדבר וכו' מבואר מדבריו שגם הוא סובר שהרשאה לחוד ואג"ק לחוד עכ"ל. נמצא שהבין בדעת מרן שהרשאה לחוד ואג"ק לחוד וא"כ ודאי ההיא דס"א לחוד וההיא דס"ד לחוד. וכ"ת דעד כאן לא דיבר הב"ח אלא דוקא בהקנאה גמורה אג"ק ואין שם הרשאה כלל אבל אם כתב אג"ק בהרשאה דזיל דון וכו' שנא ושנא לא היא דאי הכי כשהקשה לו מההיא דעכשיו נהגו לכתוב בכל הרשאות אג"ק למה לו לתרץ דבתלמוד ובפוסקים הרשאה לחוד ואג"ק לחוד הו"ל לתרץ דההיא דנוהגים עכשיו לאו הקנאה גמורה אלא הרשאה אג"ק אלא ודאי נראה דאין לחלק בהכי וכל שכתב לו אג"ק אע"ג שכתב והקניתיו לו ד"א בחצרי ואגבן מניתיו והרשיתיו כוונתו להקנאה גמורה וכן מצאתי להרי"ף בתשובה שכתב בסי' ק"ס וז"ל המנהג שנוהגים שכותבין בהרשאות נתתי לו ד"א קרקע בחצרי ואגבן מניתיו והרשיתיו היש לדבר הזה

עיקר מן התלמוד. תשו' יש לו עיקר והוא ממ"ש ניקניהו ניהלך אג"ק וזיל את כתוב לן התקבלתי כי הא דר"פ דמלוה תריסר אלפי זוזי הו"ל בי חוזאי וכו' שאין צריך הקנאה אג"ק אלא המטבע לבדו עי"ש. הרי לך להדיא דאפילו בהרשאה שכתוב בה שמזכה לו קרקע ואגבו ממנה אותו להקנאה גמורה איכוון והיא מ"ש בש"ס ניקניהו ניהלך אג"ק וגם נראה מדבריו דההיא דר"פ הרשאה היתה ולא הקנאה גמורה. ומעתה לפי האמור וכדברי הב"ח דהרשאה לחוד ואג"ק לחוד ומצד המנהג נהגו לכתוב בה אג"ק אכן מדינא אין צריך אג"ק ואם כתב אג"ק לחוד יספיק וכן ראיתי להדרישה שכתב בתחילת הסי' ז"ל אבל אין לומר דבכלל הרשאה שהזכירו הוא נמי אג"ק דהא זה לא נזכר בדבריהם וגם לא בדברי נהרדעי כ"א זיל וכו' וכן משמע לשון הגמ' והרי"ף והרא"ש דא"ץ אלא הם שני עניינים דבהרשאה אינו מקנה לו הממון אלא אחר שיתנו לו בידו וכן משמע לשון הרשאה זיל דון וזכי ואפיק לנפשך ולא שייך זכיה אלא אחר שבא לידו ובהקנאה אג"ק מקנה לו מיד אלא שאנו נוהגין בהרשאותינו להקנות אג"ק וג"כ לכתוב הרשאה כדי לצאת מכל החששות חשש מיתה וגם שלא יחזיק בממון לעצמו וכו' עי"ש. הנה מתבאר מדבריו אלה דהרשאה לחוד ואג"ק לחוד ואג"ק עדיפא מהרשאה דבאג"ק זוכה מיד כמו שזוכה בד"א קרקע ולדעתו דלא נהגו לכתוב בהרשאה שתיהן אלא כדי לצאת חששת מיתה שאין לה מציאות על הרוב כ"א באיש זקן וחולה:

ולכאורה קשה דמה הוקשה לו ממה שנהגו לכתוב בהרשאה אג"ק וג"כ לכתוב זיל דון וכו' דההיא דר"פ הקנאה גמורה היתה אבל ההיא דנוהגין לכתוב אג"ק היינו שהוא מרשה אותו באג"ק ולא דמי להההיא דר"פ. אכן נראה פשוט דסבר לה מר דאף שכותב הקניתי לו ד"א קרקע ואגבן מניתיו והרשיתיו להקנאה גמורה איכוון ואילו רצה להחזיק בהם היה יכול אילולי שכתב וכל מאי דמתעני לך מן דינא עלי הדר דמינה משמע דשליח שויה וכבר כתבנו לעיל משם הרי"ף שנוהגין לכתוב בהרשאה הקניתי לו ד"א קרקע בחצרי ואגבן מניתיו וכ"כ בעל העיטור בנוסח ההרשאה יהיבנא ליה ד"א קרקע ואגבן אורכתיה וכו' וכ"כ בע"הת בשער נ' ח"ד ה"ז משם הראב"י וכן העתיק הרב בנימין זאב בסימן נ"ב ומהרש"ל בפ' מרובה סי' י"ו וכ"כ הרב החב"יב. ויש לנו לדעת דמה היא הכוונה בנוסח זה דבשלמא הקניתי לו ד"א קרקע שפיר כדי שלא יאמר לו לאו בעדד"א אבל הקניתי לו והרשיתיו אין לה משמעות ונראה דפי' והרשיתיו היינו שהוא נותן לו במתנה רשותו וכחו שיש לו באותו ממון ונותן אותו למורשה שלו ומשליטו עליו וכ"כ הרב בנימין זאב בנוסח ההרשאה נתתי רשותי להר"פ הנז' הרי משמע דפי' הרשיתיו נתתי לו רשותי וא"כ יועיל לשון זה אם מת המרשה:

ורבינו בע"הט כתב משם הרא"ש דבמת המרשה אין לו תקנה כ"א כשיקנה לו אג"ק כי אז שלו הוא לגמרי וקשה דא"כ מה הועילו נהרדעי במה שתקנו זיל דון וכו' כיון דאפי' כתב הכי עדין יש לחוש שמא ימות המרשה ולמה לא הניחו תקנה ראשונה במקומה שהיא אג"ק ונראה דלפי תקנה הא' באג"ק זוכה המורשה בממון לגמרי ולאו בכל שעתא ימצא לו איש נאמן כר"פ שיחזיר לו הממון ושמא יתפשם לעצמו משו"ה תקנו נהרדעי זיל דון וכו' וכל מאי דמתעני לך מן דינא וכ"ת יתקנו אג"ק וכל מאי דמתענית וכו' הא ל"ק דאם כותב לו אג"ק לא יבוא הלשון בטוב וכל מאי דמתענית וכו' ודוחק. ונראה עוד לומר דמה שתקנו נהרדעי זיל דון וכו' הוא כמ"ש המרדכי דבתחילה היו מקנין אג"ק באו נהרדעי ותקנו דאין צריך אג"ק אלא דון וזכי היא במקום אגב וא"כ ודאי סברי נהרדעי דשמא מת לא חיישינן אלא דוקא גבי זקן או חולה וגם כי לאו כל אדם יש לו ד"א קרקע שיקנה לו על גבה משו"ה בחרו זיל דון:

ואיך שיהיה למדנו מדברי הפ"וד דמה שנהגו לכתוב אג"ק גם עם זיל ודון וכו' כדי לצאת חשש כל הספיקות חשש מיתה וחשש שלא יחזיק לעצמו וא"כ אם כתב אג"ק לבד ולא חשש שמא יחזיק לעצמו כי הוא נאמן אצלו יפה אף נעים ולא יצטרך לזיל ודון וכו' כלל. וא"כ בנדון דידן שכתוב בהרשאה שהקנה לו בקנין אג"ק ודאי שמועיל יותר מזיל דון וכו' ויש להכריח עוד דבר זה מדברי מרן עצמו שהרי בס"א כתב ולפיכך עצה טובה ללווה או לנפקד שלא יתנו לשליח אלא אם כן בא בהרשאה שהקנה לו בקנין אג"ק ולמה כתב פה שיאמר גם כן זיל דון וכו' אלא ודאי נראה דכיון דהקנה לו אג"ק יספיק ואין צריך זיל דון וכו'. והרב גד"ת הקשה על דברי הרא"ש דס"ל דבמת נתבטלה ההרשאה היכי אמרי נהרדעי דאי כתב בה זיל דון וכו' לא מצי למימר לאו בעדד"א הא אכתי איכא למיחש שמא ימות ונתבטלה ההרשאה גם ה"ר יהונתן הקשה קושיא זו על דברי הש"ס הובאו דבריו בש"מ על דף ק"ד דאמאי באורכתא העשויה כתחז"ל דכתיב בה זיל דון וכו' אמאי לא חיישינן דילמא שכיב המרשה ונפלו זוזי קמי יתמי עי"ש. וכבר כתבנו משם הדרישה דלזה כיון רש"י וכתב דר"א זקן היה דמשמע דוקא גבי זקן יש לחוש דילמא שכיב אבל בשאר כל אדם לא חיישינן למיתה ועכ"פ למדנו מדברי ה"ר יהונתן והגד"ת דבזיל דון וכו' לחוד יספיק ואין צריך אג"ק וכ"ש אם כתב אג"ק ולא כתב דון וכו' שיועיל וכמ"ש מרן בס"א ומה שכתב בפרישה בדברי מרן דהכוונה שיקנה לו ג"כ אג"ק היינו לשופרא דשטרי שלא יעכבם לעצמו אבל הא ודאי אם כתב אג"ק לחוד שפיר דמי:

והרב החבי"ב באות י"ד תירץ לקושית הגד"ת דס"ל להרא"ש דכי אמרי נהרדעי דאם לא כתב כן יכול לומר לאו בעדד"א היינו כשהקנה לו אג"ק כדינו ולפ"ז יסבור הרא"ש

דצריך להקנותם באג"ק כדי להוציא מיד המוחזק ע"כ. ולא זכיתי להבין דבריו דלפי דבריו נהרדעי פליגי אתקנה ראשונה דהא בתחילה היו מקנין אג"ק ובאו נהרדעי ואמרו דלא סגי בהכי אלא שיאמר עוד דין וזכי וכו' ואיך אפשר דבר זה כי לא נזכר בדבריהם כלום אג"ק ועוד כי לא מצאנו בשום פוסק שיאמר דנהרדעי פליגי על תקנה ראשונה ועוד כיון שהקנה לו הממון אג"ק היאך יכול עוד לומר למורשה לאו בעדד"א ואי דצריכין אנו להיא דנהרדעי משום דלתקנה א' שהקנה לו באג"ק יכול המורשה לעכבם לעצמו הא לא איריא דהא גם בתיקון נהרדעי כיון שכותב לו זיל דון וזכי יכול לעכבם לעצמו אילולי שכתב לו וכל מאי דמתענית וכו' כמ"ש הפוסקים ואפשר כי לזה סיים בדבריו וצ"ע ורצה לומר שאין נראה כן מדברי הפוסקים וכמו שהכריחו הדבר הב"ח והפ"וד גם מרן בסי"ב כתב דהא דקי"ל דשליח שווייה ה"מ כשלא הקנה לו אג"ק אבל הקנה לו אג"ק שלו הוא לגמרי והוא שלא תהיה מלוה שאינה נקנית באגב ולפי דברי הרב החבי"ב לא אפשר שום הרשאה בלתי שיהיה בה אג"ק והוא עצמו בתשו' ח"א סי' ע"ז כתב דלא כתבו הרבנים דאם כתוב בהרשאה אג"ק שהן שלו לגמרי אלא בהרשאה שאין כתוב בה כל מאי דמתענית וכו' אבל אם כתב בה כל מאי דמתענית וכו' אע"פי שכתוב בהם אג"ק אין המורשה יכול לעכבם לעצמו:

וכתב מרן וה"מ דשליח שויה בשלא הקנה אג"ק ומשמע מדבריו דקנין אג"ק לא הקנה אבל דון וזכי כתב לו וק' דהא משמע מדברי הפוסקים דבדון וזכי קני קנין גמור ואין מבטל קנין זה כ"א במ"ש לו וכל מאי דמתענית לך מן דינא וא"כ הו"ל למרן לומר דה"מ בשלא הקנה לו אג"ק או לא א"ל דון וזכי אבל אם הקנה לו אג"ק או כתב לו דון וזכי יכול לעכבם לעצמו אם לא כתב וכל מאי דמתענית ומדברי מרן הללו נראה דאם הקנה לו אג"ק דשלו הוא היינו אפילו כתוב בלשון הרשאה אפ"ה שלו הוא דאל"כ הו"ל לומר ואפילו הקנה לו אג"ק ה"מ כשהוא בלשון הקנאה אבל אם כתוב בלשון הרשאה אפילו שהקנה לו בקנין אג"ק אין שלו הוא אלא ודאי נראה מדברי מרן דאין לחלק בהכי וזה נראה שהוא היפך הרב שארית יהודה וכן נראה ג"כ מדברי הסמ"ע שכתב בסי"ג עמ"ש מור"ם ואם ירצה המורשה להחזיק בהם אינו יכול וכתב הסמ"ע ואפילו בהקנה לו אג"ק וכנ"ל וכ"ש בזמנינו דנוהגים לכתוב בכל ההרשאות דהקנה לו אג"ק ואין דעת המרשה והמורשה רק להיות שליח בדבר דדינא הכי ע"כ. ואם איתא דמ"ש מרן אבל הקנה לו באג"ק שלו הוא לגמרי היינו דוקא בהקנאה גמורה אבל בהרשאה אפילו באג"ק אינה כלום א"כ למה לו להסמ"ע לומר וכנ"ל כנראה שהוא חולק על דברי מרן דהא דברי מור"ם בהגה קאי אמ"ש מרן גבי הרשאה שכתוב בה זיל דון וכו' ובהא אפילו הקנה לו

אג"ק אין שלו הוא אבל דברי מרן בב"י קאי על מי שהקנה לו בהקנאה גמורה ובהא שלו הוא לגמרי ועוד מה הוקשה לו ממה שנוהגין לכתוב בזמנינו הרשאה אג"ק דהא דנוהגין לכתוב אג"ק היינו בהרשאה ששם האגב קרקע אינו כלום אבל דברי מרן קאי על מי שמקנה בהקנאה גמורה אלא נראה דאין לחלק בהכי ועינינו הרואות דאף שכותב לו אג"ק אין כוונתו אלא לשליח בעלמא ונראה דאף הסמ"ע דכתב אפילו הקנה לו אג"ק אינו אלא שליח היינו משום דכותבין בשטר וכל מאי דמתענית לך מן דינא עלי ליהדר דמזה דייק רב אשי בש"ס דשליח שויה אבל אם הקנה לו אג"ק ולא כתב כל מאי דמתענית אפילו שכתב הקניתי ד"א קרקע ואגבן מניתיו והרשיתיו דמשמע דשליח שויה עכ"ז להקנאה גמורה איכוון וכן נמי אם כתב לו זיל דון וכו' להקנאה גמורה איכוון כדמשמע מדברי רב שרירא ז"ל ופסקו מרן דמה שכותבין וכל מאי דמתענית וכו' אינו אלא לט בת המרשה שלא יוכל להחזיק בהם וכ"ש אם הקנה לו אג"ק ולא כתב כל מאי דמתענית וכו' וכן נראה עוד מדברי מרן בבד"ה שכתב על דברי תשו' הרא"ש וז"ל ונראה מדבריו אלה דאע"ג דאקנינהו ניהליה אג"ק כיון דבלשון הרשאה כתב ליה כל מאי דמתענית וכו' אינם שלו וצריך ליתנו למרשה או ליורשיו ודלא כדברי רבינו שכתב שאם הקנה לו הממון אג"ק כבר זכה בו ע"כ משמע שאם לא כתב לו כן יכול להחזיק לעצמו אע"פי שעשה לו זיכוי בלשון הרשאה וגם נראה שהבין בלשון רבינו בע"הט דמ"ש אבל הקנה אג"ק שלו הוא לגמרי אפילו שהוא כתוב בלשון הרשאה דאינו מסירו מלשון הקנאה גמורה ועושה אותו שליח אלא דוקא לישנא כל מאי דמתענית וכו':

וע"פי דברי מרן שבבד"ה שכתבנו לעיל שכתב ודלא כדברי רבי' בע"הט שכתב דכיון דהקנה לו הממון אג"ק שלו הוא לגמרי דמשמע מדבריו אלה שהבין בדברי הטור דמ"ש הקנה לו אג"ק הוא כהרשאה שכתוב כה כל מאי דמתענית וכו' תו ל"ק מה שהקשה בב"י על דברי הטור מ"ש בשם הרמ"ה דגבי הרשאה כל זמן שאינו מבטלו במקומו עומד וכתב בב"י משמע לכאורה דקאי למאי דסמיך ליה הקנה לו הממון אג"ק וא"כ יש לתמוה דכיון שהקנה לו הממון א"כ הרי הוא שלו לגמרי וא"כ איך כתב כל זמן שאין מבטלו דמשמע שיכול לבטלו עי"ש. וע"פי דבריו שבבד"ה ל"ק דהכא מיירי דהקנה לו אג"ק בהרשאה דכתוב בה כל מאי דמתענית דמזה משמע דשליח שויה ויכול לבטל השליחות וכן ראיתי להרב החבי"ב בתשו' ח"א סי' ע"ז שכתב דמדברי הטור נראה שאם הקנה לו המעות אג"ק שלו הוא לגמרי. ותימה מה בצע שנכתוב דבר שחב למרשה ועוד ק' דבהרשאות שלנו כתיב שני דברים דסתרי אהדדי אג"ק דבקנין זה המעות שלו הוא לגמרי וכתוב עוד כל מאי דמתענית וכו' ולכן אני אומר דלא כתבו הרבנים הנז'

דאם כתוב בהם אג"ק דשלו הם לגמרי אלא בהרשאה שאין כתוב בה כל מאי דמתענית אבל אם כתוב בה כל מאי דמתענית אפילו שכתוב בה אג"ק אין יכול לעכבם לעצמו הרי דסבר לה כדברי מרן בבד"ה אלא שעדין קשה דא"כ למה כתב מרן ודלא כרבינו בע"הט הו"ל לחלק בדברי בע"הט עצמו בין אם כתב כל מאי דמתענית או לא כדברי הרב החבי"ב ואפשר דסבר מרן ז"ל דכל כי האי הו"ל לבאר ולא לסתום:

והנה ע"פי דברי הדרישה שכתב דמה שנוהגין לכתוב אג"ק וגם זיל דון וכו' כדי לינצל מכל החששות חשש מיתה וגם שלא יחזיק בממון לעצמו בזה א"ש מ"ש הטור והרמ"ה כתב שא"צ להקנות בקנין אג"ק ומרן הוקשה לו דלמה כתב והרמ"ה כתב שהוא חולק וע"פי דברי הדרישה א"ש לפי שעיקר קנין אג"ק משום חשש מיתה ולחשש מיתה כבר כתב הרמ"ה עצמו לעיל דגבי הרשאה כיון דאוקמיה בדוכתיה כל זמן שאינו מבטלו במקומו עומד ואפילו מת התובע נפטר הנתבע להכי כתב והרמ"ה כתב שהוא חולק שחושש למיתה ולמה צריך לכתוב אג"ק ומרן בב"י גבי נמצאו ג' חילוקין כתב וז"ל כתב לו הרשאה כמשפטה אף אם ביטל השליחות כיון שלא ידע הנתבע ונאבד פטור ואם מת אע"פי שלא ידע הנתבע ונתן לו ונאבד חייב מעובדא דר"א וכו' הקנה לו אג"ק אפילו נתנם לו אחר שמת פטור ע"כ. ולא ידענו דעת עליון מה היא כוונתו אם רוצה לומר הקנה לו אג"ק היינו מלבד ההרשאה דדון וזכי וכו' או הקנה לו אג"ק לבד בלא דון וזכי וכו' והסמ"ע בס"ק ט' כתב לא ישיב לו דבר מטעם הנ"ל שמא ימות או יבטל השליחות וכ"כ הש"ך סקי"ו והנראה מדבריהם דדון וזכי לחוד הוציאנו מחשש מיתה וביטול וקשה שהרי מדברי מרן בב"י נראה להדיא דבהרשאה דדון וזכי לחוד לא יוציא מחשש מיתה וביטול ואם נאמר דכוונת הסמ"ע היא לומר דדון וזכי מוציאנו מחשש מיתה מלבד אג"ק הנז' בס"א קשה דכל כי האי הו"ל לבאר ועוד דלמה הטור ומרן הרחיקו אותם זה מזה ועוד קשה דלמה בס"ד כתב המרשה את חבירו כנראה שעדין לא דיבר בדיני הרשאה וכמ"ש הוא עצמו בדרישה אכן נראה לומר דמרן הדר ביה ממ"ש בב"י דבהרשאה גמורה אם מת המרשה ונתן לו הנתבע ונאבד חייב אלא ס"ל כדברי האז"ג והביא דבריו מהרי"ט בס' שארית יהודה וז"ל דחשו חכמים דילמא שכיב המרשה עד שלא יגבה השליח מיד הנתבע ונפלי נכסי קמי יתמי בעוד שהם בידו ואם יאנסו או יאבדו בדרך יאמרו היתומים אנן מנינו שליח כההיא דפ' הגוזל דאמר התקבלתי דר"א לאו כלום היא אלא זיל דליקנינהו ניהלך אג"ק במתנה גמורה. ומעתה אי מיית לית לן בה ואכתי לא תיקנו זיל ודון וכו' באו נהרדעי ותקנו אפי' בלא אגב עי"ש. מדבריו אלה נר' דבתחילה היו מקנין אג"ק לחוד ואח"ז באו נהרדעי ותקנו אפילו בלא אג"ק לפי שראו

שלאו כל אדם יש לו קרקע ואם יסמוך על ד"א קרקע שיש לו בא"י כבר כתב הרמב"ם פ"ג מה' שלוחין ה"ז שדברים אלו קלים ורעועים הם:

ולכן מרן פסק לתרוויהו ובס"א מיירי בשליח שעושה לפני עדים ובזה חיישינן שמא ימות ומשו"ה הצריך לקנות אג"ק ולזה מרן ז"ל את מקורה הערה מההיא דר' אבא שאמרו ואלא מאי תקנתא ניקנינהו אג"ק וכו' ומה שקורא אותה הרשאה לפי שבאמת הא דהקנה אותם לו אג"ק לאו להקנאה גמורה איכוון אלא להרשות וההיא דס"ד מיירי בהרשאה דדון וזכי בלא אג"ק גם הרב מהרי"ט בספר שארית יהודה כתב דדברי הטור בהקנאה גמורה בלא דון וזכי ולאו בכלל אורכתא היא ומשו"ה בס"ד התחיל המרשה את חבירו וכ"כ בפרישה וכמש"ל וא"כ נמצא לפי האמור אם הקנה לו הממון אג"ק ולא כתב דון וזכי כ"ש שיועיל במקום דון וזכי וכו' ובלבד שיכתוב לו וכל מאי דמתענית וכו' כדי שלא יחזיק בנכסים וא"כ בנ"ד שכתוב בהם אג"ק יספיק ואין צריך לזכי וכ"כ הרב החבי"ב בתשו' הנז"ל דהא דכותבין אג"ק בהרשאה שכתוב בה דון וזכי וכו' לפי שהרשאות שלנו הם כוללות בין למלוה ובין לפקדון מעות ובין מטלטלין ופקדון מעות לא מהני בהו הרשאה אם לא בקנין אג"ק כמ"ש הרמב"ם עי"ש. א"כ נר' מדבריו דאג"ק יועיל למעות וכ"ש שיועיל לגבי מטלטלין וכו' וכת' בהג"הט אות כ"ח וז"ל ואפי' הרשה אותו אג"ק צריך לכתוב דון וכו' זולת אם הקנה לו המעות אג"ק שאז אין צריך עי"ש:

ויש לדקדק כן מדברי הרמב"ם שבפ"ג מה' שלוחין שכתב מי שהיתה לו קרקע תחת יד אחד או מטלטלין פקדון ורצה לעשות שליח לדון עם זה ולהוציא קרקע או הפקדון מתחת ידו הרי זה כותב לו הרשאה וצריך לקנות מידו שהרשהו ואומר לו דון וזכי והוצא לעצמך וכיוצא בענייניים אלו ובה' ז' כתב מי שהיו לו מעות פקדון אצל אחד ורצה להרשות שליח להביאן אין הקנין מועיל בזה שאין מטבע נקנה בחליפין אלא כיצד הוא עושה נותן לו קרקע כל שהוא ומקנה לו המעות על גבה וכו' עי"ש. הנה מדבריו אלה משמע דדון וזכי אשר תקנו נהרדעי לא תיקנו אלא גבי פקדון מטלטלין אבל פקדון מעות בהקנאה על גבי קרקע יספיק דאי גם גבי מעות צריך לדון וזכי א"כ אמאי חלקן לשתי בבות והו"ל לרבינו לעיל בה"א כשאמר וצריך לקנות מידו שהרשהו יאמר שם ואם הוא פקדון מעות יקנה אותם על גבי קרקע ויסיים וצריך לכתוב דון וכו' דהוה משמע דדון וכו' קאי גם על המעות אלא ודאי נראה דקנין אג"ק שהוא קנין חשוב מועיל בלא זכי וממילא משמע דגם גבי מטלטלין אם הקנה אותם אג"ק הוא קנין חשוב ואין צריך לזכי ומה שכותבין עכשיו אג"ק ודון וזכי לשופרא דשטרא אבל אה"נ דדון וזכי לחוד יספיק או אג"ק במטלטלין לחוד יספיק וכן ראיתי להרב אורים ותומים שתירץ לדברי

הטור שדילג מילת זכי מה שהקשה עליו רש"ל וז"ל ול"ן דודאי לשיטת הרמב"ם דצריך להקנות לו בקנין המועיל לגמרי ודאי דאין צריך לזכי דמה צורך לזכי יותר ממה שהקנה לו בקנין המועיל ולכך הטור בהעתקו דברי הרמב"ם השמיט זכי אבל למסקנא כשיטת הרמ"ה דנראה מדבריו דאין צריך קנין המועיל ואפילו למטבע וסגי בק"ס ובודאי בעי זכי דהא גוף הקנין לית ביה זכיה וע"ז סובב תשובת הרי"ף הנז' עי"ש. הרי נראה מדבריו להדיא דכיון דקנו מניה בקנין המועיל אין צריך לזכי אלא שלא זכיתי להבין את דבריו דהא מדבריו נראה דכל שהקנה לו בקנין המועיל ומסתמא משמע דכל אחד כדיניה אם מטלטלין בק"ס ואם מעות אג"ק וקשה שהרי הרמב"ם בתחילת הפרק כתב שאפילו הקנה בק"ס שהוא מועיל לגבי מטלטלין עכ"ז כתב שצריך לומר לו ג"כ דון וזכי וכו' ומה זה שכתב דאם הקנה לו בקנין המועיל שאין צריך לזכי ועוד דלדבריו דלפי שיש קנין המועיל אין צריך לזכי א"כ היה לו להטור למחוק הכל גם דון ואפיק לנפשך כיון שיש קנין המועיל:

ועכ"פ נמצינו למידין לפי האמור דלדעת הב"ח עצמו אפילו לכתחילה אין צריך מלת זכי ולדעתו כדעת הרי"ף ומרן דהא דצריך לכתוב זכי היינו לכתחילה אבל בדיעבד אם דילג מלת זכי אין נפסל השטר בהכי וגם הסמ"ע כתב בדרישה שאין צריך לכתוב זכי כלל ואפשר דאף נמי רש"ל שנתקשה בדברי הטור היינו לפי שדילג הטור מלת זכי בנוסח ההרשאה שהיא לכתחילה אבל בדיעבד אם דילג זכי אפשר דגם הוא יודה דכשר ולא יטריח המורשה הבא ממקום רחוק להחזירו ריקם ודברי הרי"ף שפסלה היינו שהיה במקום קרוב ויכול לחזור ולשנותה לכתוב אחרת במקומה ואף אם נאמר שדעת מרן שהיא פסולה לגמרי לפי שאין כתוב בה זכי וכמו שהבין כן הרב הסמ"ע בדרישה היינו לפי שלא היה כתוב שם אג"ק אבל במקום שיש אג"ק וגם כתוב וכל מאי דמתענית וכו' אפילו לא היה כתוב דון וזכי וכו' אג"ק לחוד יספיק וכמ"ש מרן בבד"ה וכאמור לעיל ואיך שיהיה הב"ד אשר בנ"ד שהחזירו המורשה ריקם לפי שלא היה כתוב דון וזכי וכו' לאו שפיר עבוד דעכ"פ היה להם להעמיד הנתבע עם המורשה ויוציאו הגזילה מתחת ידו ותהי מופקדת ביד ב"ד עד שיחזור המורשה לעירו ויכתוב להם הרשאה כאשר תאוה נפשם וכשתגיע ההרשאה הטובה לידם ישלחו לו הממון אשר תחת ידם כי אז יצילו עשוק מיד עושקו דעכ"פ המורשה הזה אשר שלח ראובן הוא חתנו והוא מסייע שיש בו ממש משא"כ אם מרשה לאחרים מאותה העיר שאינם יודעים בצערו ובמה הוא והראיה שאחר שחזר חתנו לפה אר"ץ עבר זמן זמניהם ולא הרשה עוד לאחרים והגזילה היא עדין תחת ידו וכן לא יעשה בעם בני ישראל זוהי מה שהשיגה ידי יד כהה:

כה דברי הצעיר אברהם דיין ס"ט

סימן טו

שאלה ראובן ושמעון יש להם חזקת חצר ובתים שבתוכה ועמדו ומכרו אותה ללוי ויהודה בכסף ובשטר ואחר ג' ימים בא חנוך בן ראובן הנז' וטען כי הוא רוצה לקנות החצר והבתים הנז' מאביו הנז' כי הוא בן מיצר ואחר שיקנה מאביו חוזר וטוען על שמעון שהוא בן מיצר והן עתה חנוך הנז' נפשו לשאו'ל הגיעה אם יוכל להחזיר המכר מלוי ויהודה וליקח אותם לעצמו והוא קודם לכל אדם או לא ויבוא שכמ"ה:

תשובה כתב רבינו בע"הט סי' קע"ה ופסקו מרן ז"ל ואפילו היה הלוקח ת"ח ושכן וקרוב למוכר ובן מיצר ע"ה ורחוק מן המוכר המצרן קודם ומסלק את הלוקח עי"ש. וצריך לדעת דהאי קרוב במאי מיירי אי אפילו בנו דינא הכי או דילמא דוקא בשאר קרובים אבל הבן קודם לשאר כל אדם ונראה דמדסתם מרן ולא חילק דדוקא בשאר קרובים אבל אם הוא בנו קודם לשאר כל אדם ואפילו לגבי המצרן נראה מזה דליכא לפלוגי בהכי וכן מצאתי בהג"מ לס' קנין סי' ל"ב שכן כתב וז"ל שאלת אם יכול ראובן ליתן לבנו או לחתנו שוה יו"ד זקוקים בקרקע ששוה ק"ס זקוקים ושוב מוכר להם שאר הקרקע אם יכולין לסלק המצרנין מכח המתנה נראה לי אם לא מכר השאר יותר כ"כ כדי מה שנתן להם ומכר להם אז נעשו שותפין ועדיפי מן המצרנין אבל אם מכר להם השאר ביותר והבליע אותם יו"ד זקוקים שנתן להם אערומי קא מערים כדאמרינן גבי גרויא וכו' עי"ש. מדבריו אלה נראה שהבן הוא שוה לשאר אדם ואין לו עדיפות על שאר אדם ובעל המיצר קודם לו. ומינה בנ"ד דלא יש בן המיצר אלא שאחרים קדמו וקנו כדין אין הבן מסלק שהרי השוה בנו לחתנו ולא יש לבן עדיפות וכן מצאתי להראנ"ח ח"ב סי' ק"ב שכתב בראובן שהתפשר עם שמעון שימכור לו ביתו ונשבע לו על זה ויעקב אבי ראובן הוא שוכר הבית של בנו ומעכב עליו מלמכור הבית לשמעון וטוען שהוא קודם בקניית הבית אם מצד היותו קרוב לראובן שהוא אביו והשיב שאין לו ליעקב לבטל המכר במקום שכבר מכר ונשבע וכתב שם דמדברי הגמ' נראה דאם היה אחד קרוב ואחד רחוק דהקרוב קודם מדקאמר קרוב ות"ח ת"ח קודם שכן וקרוב איבעיא להו איזה קודם ופשטו טוב שכן קרוב מאח רחוק משמע דאי לאו ת"ח ושכן קרוב קודם לגבי אחר מ"מ כבר כתב רש"י שזו אינו אלא להשיאו עצה ודרך טוב למוכר וכ"נ מדברי הרמב"ם בה' שכנים ופשיטא ודאי שאין כח לעצה טובה זו לפטור את ראובן מדין שבועה ובמקום שבועה אין לו לראובן לחוש כלל לעצה טובה ואפילו במקום דינא דבר מצרא יש לדון כזה עי"ש.

מדבריו אלה נראה תרתי לנ"ד חדא דבמקום שהוא קרוב ועמו רחוק ובאו שניהם כאחד לקנות דודאי קרוב קודם אבל היכא שכבר נשבע אין לו לחוש כלל לעצה טובה וא"כ בנ"ד שהיא עצה טובה אין לו לבן ראובן הנז' לדחוק לקונים כלל מאחר שכבר אביו נשבע להם ועוד למדנו מדבריו לנ"ד דפי' קרוב לאו דוקא אח ושאר קרובים אלא אפילו לגבי בנו נקרא קרוב ואין חייב למכור לאביו אלא דוקא אם באו שניהם כאחד אבל אם כבר מכר ונשבע אפילו הוא אביו ובנו זוכה האחר שכבר נשבע לו:

וחזי הוית להרב פני אהרן בח"מ סי' כ"א שכתב בראובן שמוכר ביתו ושמעון בנו רוצה לקנותה ולוי בן המיצר טוען שהוא רוצה לקנותה ועתה לשאו"ל הגיעו אם שמעון בנו קודם או לוי המצרן קודם אפילו לגבי בנו ונדון זה עצמו נשאל בו הרב חנן דוד הובא בספר בני יצחק דף פ"ו ע"ד וגם הרב מגן שאול ז"ל סי' ד' ושלשתן הביאו ראיה מתשו' הרי"ף הובא בש"מ על דף ק"ח שכתב בדף ר"י ע"ג וששאלת יעקב היו לו ג' בנים ראובן שמעון לוי ויש לו דירה גדולה ונתן ממנה בית אחת לשמעון בנו ונתן שמעון הבית לבתו ונישאת לחנוך והוציאה לו הבית בנדוניא ומתה הבת ונשאר הבית לחנוך ויעקב אח"ז נתן שאר הדירה לבני ראובן ולבני לוי בניו ובשטר המתנה כתוב איך נתתי וכו' וקבלת אחריות וטוען חנוך לי משפט בן המיצר וכו'. תשובה טענה זו שטוען חנוך על בניו של נותן היא טענה גרועה ובטלה ועל כיוצא בזה נאמר יציבא בארעא וכו' וזה שהעיקר בדין בן המיצר הוא משום ועשית הטוב והישר ואיזה דרך הישר והטוב להשאיר הקרקע ביד בעליו הזוכים בו מצד אביהם או להוציאם ממנו ולתתו לזולתו אין בקדקוד מי שיעלה בדעתו דבר זה מוח להבחין בין טוב לרע ואין בזה ועשית הישר והטוב וכו'. ועוד שאין דנין בן מיצר אלא במי שעמד בעת המכר לטעון דין בן המיצר אבל מי שנשתהא ולא תבע בזמנו אין דנין לו דין בן המיצר עי"ש. מדבריו אלה נראה דהבן קודם לן המיצר והנה הרב חנן דוד והרב מגן שאול לא ביארו את דבריהם אם כבר מכר לבן מיצר אם הבן יכול לסלקו כי בנדון דידהו לא נשאלו אלא אם באו שניהם יחד בן המיצר והבן ועל נדון זה כתבו דהבן קודם אכן הרב פני אהרן ביאר דבריו להדיא דאפילו קדם בן המיצר וקנה שהבן מצי לסלקו ודקדק זה מדברי הרי"ף מהטעם שכתב שנראה מדבריו דאפילו קדם המצרן וקנה דהבן קודם ומצי לסלקו עי"ש. ולפקד"ן דהמדקדק בדברי הרי"ף יראה להפך הן קדם דבתחילה הרי"ף ז"ל לא נשאל אלא בנדון שכבר מכר לכן ובא ן' המיצר לסלקו ואם איקא כמו שכתב הרב פני אהרן דאפילו מכר לן' מיצר הבן מסלקו א"כ הו"ל להשיב להם דאפילו מכר לן' מיצר הבן מסלקו כ"ש היכא דמכר לבן עצמו ועוד הרי כבר כתב כי אין זו הדרך הטוב והישר להשאיר ביד בעליו הזוכים בו מצד אביהם

או לתתו לזולתו ולהוציאו ממנו עי"ש. הרי דלא הוקשה לו הדבר אלא לפי שרצוני להוציא הבן ולהכניס זרים אבל אם כבר זכו הזרים במקחן ובא הבן להוציא מידם בזה לא מצינו שדיבר מאומה ואין זה קושי כ"כ בענין דעכ"פ קנה כדין והאב לא נתן ידיעה לכן ודאי שידע שאין רצונו לקנות וא"כ עכשיו שנתחרט אחר שכבר זכו במקחן אין לו לבן להוציאן ועוד דמה לו להביא השאלה בלשון זה הו"ל לומר בקיצור נמרץ הבן קודם לן' מיצר סתם ואפילו שהמצרן קדם וקנה הבן מסלקו דאל"ה יציבא בארעא וכו':

ואיך שיהיה לפי דברי הרב פני אהרן דבר זה במחלוקת הוא שנוי דלפי דברי הגהות מיימו' והראנ"ח אין לבן שום זכות לטעון נגד ן' המיצר כי ודאי ן' המיצר קודם ולפי דברי הרב פני אהרן בדעת הרי"ף כי הבן קודם לן' מיצר ואפילו קדם ן' המיצר וקנה הבן יכול לסלקו וכ"ש לגבי אחר וכיון שהדבר במחלוקת הוא שנוי נראה דזכה הלוקח אפילו אינו ן' מיצר אלא הוא איש זר זכה במקחו שהרי מצינו למרן ז"ל בב"י סי' קע"ה מחו' ל' שכתב וז"ל ולענין הדין נראה דכיון דקי"ל דלוקח הוי מוחזק ועל המצרן להביא ראיה וכמ"ש למעלה בשם הרמב"ם והרא"ש והעיטור גבי קנאה הלוקח במנה ושוה מאתים כל היכא דאיכא פלוגתא דרבוותא דייניגן ביה קולא ללוקח דכיון דהוא מוחזק אמר דילמא כי האי פוסק או כהאי פוס' קי"ל ועל המצרן להביא ראיה דקי"ל כאידך מ"ד מיהו הני מילי היכא שקנה כבר והמצרן בא לסלקו אבל אי לא קנה אלא שרוצה לקנות והמצרן מעכב על ידו נראה לי שאומרים לו למוכר שימכור לן' מיצר עי"ש. וא"כ בנ"ד שכבר קנה והחזיק והלוקח הוא מוחזק והבן ספק אם יקרא מצרן יכול הלוקח לומר קי"ל כהג"מ כי אין הבן נקרא ן' מיצר כלל אבל אה"נ אם שניהם עומדין לפנינו הבן ן' המיצר הבן קודם וכמ"ש הרב מגן שאול והפ"א והרב בני יצחק הנז':

והנה בנ"ד הלוקח קנה תחילה משמעון חצי החצר והבתים הנז' כדת וכהלכה ובחלק זה אין לו שום שייכות חנוך בן ראובן ואח"ז חזר וקנה חלק השני מראובן וכיון שקנה תחילה משמעון א"כ הו"ל ן' מיצר לגבי ראובן ולדעת הגה"מ והראנ"ח בודאי דקנה הלוקח ואף לדעת הרב מגן שאול וחנ"ד בנדון זה יודו דכל נדונם היה כשעומד הבן ון' מיצר ביחד ועל אופן זה כתבו דהבן קודם אבל אם קדם ן' המיצר וקנה אף הם יודו דקנה ן' מיצר וא"כ בנ"ד שקנה תחילה משמעון א"כ נעשה הלוקח ן' מיצר וזכה במה שקנה מראובן אכן לדעת הרב פני אהרן בנדון דידן אפילו הוא ן' מיצר הבן יכול לסלקו אכן לפי האמור הוא יחיד בסברתו ואפי' היה הבן מוחזק אין יכול לומר קי"ל כהרב פני אהרן כ"ש שבנדון דידן הלוקח הוא מוחזק כמש"ל משם מרן ואף שהוא ז"ל דקדק כן מדברי הרי"ף כבר כתבנו לעיל שאין האמת כן שבנדון הרי"ף הבן קנה ובן הבן יכול להוציא

ממנו ועל אופן זה כתב יציבא בארעא וכו' אבל אה"נ דאם ן' המיצר קדם וקנה גם הוא יודה שזכה במקחו:

אכן עדין יש מקום לדקדק מדברי מרן דהבן שאני ויכול לסלק לן' המיצר והוא מדכתב בסי' קע"ה דאפילו היה הלוקח קרוב ון' מיצר רחוק המצרן קודם ומדבריו אלה נראה דדוקא שאר קורבה אבל בנו לא בא בסוג זה דאלת"ה הו"ל למרן ז"ל למינקט ואפילו בנו ומינה משמע דכ"ש שאר קרובים ומדלא נקט הכי ש"מ דדוקא שאר קרובים אבל בנו קודם לכל אדם אך נראה שאין זה דקדוק דמאי דנקט סתם קרוב ולא אמר בנו לפי שבנו רחוק המציאות שאביו ימכור קרקע שלו ולא ישמע בנו ועוד דהא כתיב כרחם אב על בנים ובודאי אילו היה יודע שבנו יעלה בידו לקנות קרקעו היה מגיד לו ואיך אפשר שימכור לאחרים ויניח בנו ועוד דסתמא בנו ידע בדבר הזה שאביו מוכר חצרו אלא שעכשיו שעשה עצמו כאילו לא ידע ודאי דיש ערמה בדבר דאביו נתחרט על המכר אכן כפי הדין אינו יכול לחזור בו שכבר מכר בכסף ובשטר ובחזקה ולכן מניח בנו באמצע שיטעון שהוא ן' מיצר כדי שיחזור בו מהמכר כמו בנ"ד שידוע שבתחילה נתחרט ולא יכול לחזור בו ואח"ז בא בנו וטען שהוא ן' מיצר כדי שע"י זה יחזור בו מהמכר ולכן מרן ז"ל לא נקט אפילו בנו כי בנו רחוק הדבר שלא ישמע במה שעשה אביו במכירת החצר ולא נודע לו דבר זה ולכן נקט סתם קרוב שאפשר להיות הדבר שהקרוב לא שמע במה שעשה קרובו:

וחמו'תי ראיתי להרב ב"ח בתשו' סי' י"ג שנשאל במוכר לחתנו ושמעון שותפו בא לסלקו ובתחי' עלה בדעת עליון לומר כמש"ל בפי' קרוב היינו אפילו בנו והביא סמוכות לזה ואחר זה חזר בו וכתב דהא דכתבו רוב הגאונים דהמצרן קודם לקרוב ואפילו קנה הקרוב המצרן מסלקו אינו אלא דודו או בן דודו ולא בנו ובתו והשתא יהיו חלוקין כל אלו הגאונים אמהר"ם שכתב דאפילו בנו ובתו שכבר קנו המצרן מוציא מידן וכיון דאיכא פלוגתא דרבוותא אין להוציא מיד הלוקח שנקרא מוחזק עי"ש. ונמצא לפי דבריו דבנדון דידן כיון דאיכא פלוגתא דרבוותא אין להוציא מיד המוחזק ונראה דבנ"ד אף הגאונים שהביא הב"ח יודו דלא כתבו אלא היכא שכבר מכר המוכר ובא המצרן להוציא מיד בנו וחתנו אבל היכא דמכר לן' המיצר ובא בנו להוציא מידו ודאי דאין כח ביד הבן להוציא מיד המצרן מה שכבר מכר לו כיון דהלוקח הוא מוחזק היאך יכול להוציא מידו מאחר דלא מצינו להדיא שכתבו הפוסקים להדיא דהבן הוא ן' מיצר ויכול להוציא מיד הלוקח:

עוד יש להביא ראיה לנ"ד ממ"ש הש"ך סי' קע"ה סק"ל וז"ל צ"ע לדינא באחד שמכר קרקע שלו לבנו ובא בעל המיצר לסלקו אם יכול לסלקו דהבן יכול לומר דזהו יותר

טוב וישר שאני מחזיק אחוזת אבותי ולזה הדעת נוטה ולכאורה צ"ע עכ"ל. מדבריו אלה נראה דאם היה הענין בהיפך שמכר תחילה לן' מיצר ובא הבן לסלקו ודאי שאין הבן יכול לסלקו וזה אפילו לגבי בעלים הראשונים עצמן וכך כתב הרמ"ך הובאו דבריו בש"מ על דף ק"ח דף ר"י ע"ג ולפי דברי הרי"ף שהבאתי לעיל נראה דספיקו של הש"ך הוא עצמו ספיקו של הרי"ף ואם הש"ך ספוקי מספקא ליה הרי"ף מפשט פשיטא ליה שאין ן' המיצר יכול לסלק לבן וכן נראה ג"כ מדברי מרן שבסי' קע"ה שבסל"ז שכתב מכרה למי שקנאה הוא ממנו אין המצרן יכול לסלקו כיון שכבר מכרה לו וה"ה אם מכרה לבן אותו שקנאה ממנו שאין המצרן יכול לסלקו ע"כ. מדברים אלו נראה שדוקא לפי שכבר עבר ומכר לבן אבל הא פשיטא שאם מכר לן' מיצר תחילה שאין הבן יכול לסלקו ועכ"פ מדברי מרן נראה שהבן ולוקח שאינו מצרן יכול הבן לסלקו ודוקא אם עדין לא מכר אלא שנגמר המקח אבל אם עבר ומכר ללוקח ונשבע לו במחלוקת הוא שנוי והלוקח הוא מוחזק אכן בנדון דידן כבר כתבנו דתחילה קנה חצי החצר משותפו שאין לבן שום שייכות בו ונעשה עי"ז שהוא ן' מיצר ואחר זה קנה מאביו של בן וכבר זכה בו ובזה כ"ע מודים ולא נסתפק הרי"ף והש"ך אלא דוקא אם מכר לבנו ובא ן' מיצר לסלקו ובהא פשיטא ליה להרי"ף דכיון שמכר לבנו אין לך טוב וישר יותר מזה והש"ך לא ראה תשובות הרי"ף כי אפשר שבימיו עדין לא נדפסו שיטות ר"ב למציעא ולכן נסתפק בדבר:

גם בנ"ד ששהה הבן שלשה ימים ולא תבע ללוקח איבד את זכותו עם הלוקח ומצינו למרן בסי' קע"ה סל"ב שכתב וז"ל אם שהה המצרן שיעור שילך ויביא מעות ויתבענו בדין ולא תבעו איבד זכותו ודוקא משעה שנתגלה המכר לבני העיר והחזיק הלוקח בקרקע אבל אם לקחה בצינעא לא איבד זכותו עד שיתפרסם וישהה אח"ך מלתובעו בדין ע"כ. הרי להדיא דכל שנתפרסם המכר לבני העיר ולא עשו המכר בצינעא ועשה המוכר קנין בכסף ובשטר וקנו. מידו ומיד אשתו ושהה שיעור שיביא המעות ולא בא איבד זכותו וכ"ש אחר שלשה ימים שבא לתבוע מצרנותו גם הרשב"א כתב בתשו' הביאו מרן שכל שמכר בשטר ובעדים כדמכרי אינשי וכו' עדים מפקי לקלא:

נאום זעירא דבריין אברהם דיין ס"ט

סימן טז

שאלה עיר אנטוכיא יע"א היא יושבת על שפת הנהר הנקרא אל עאני ויש בנהר גלגלים הנקראים נעורא וקבועים בהם כלי עץ קטנים ומתגלגל הגלגל ודולה מן הנהר ושופך תוך

סילון עץ ארוך ומשם יורד לבריכה גדולה והיא רחוקה מן הנהר כט"ו אמה ומשם המים מתחלקין מהם לאמביטי של מרחץ ומהם לבריכה שבתוך חצר המרחץ וממנה שולחין למקוה של טבילה כשממלאים אותו וטובלין במקוה ההוא נשי בני ישראל ומזה ח"י שנים בא לשם הרב הכולל כמה"ר שמואל דוויך הכהן נר"ו איש וביתו והיה כראותו ענין זה המקוה תמה על הדבר איך נהגו עם בני ישראל לטבול במקוה כזה שהוא שאוב וכבר מצינו למרן ז"ל בס"סי ר"א בב"י וגם מצינו לו בספרו אבקת רוכל סי' נ"ה נשאל על ענין הנעורא של עיר חמא שהוא הנהר בעצמו ומשם נמשך לעיר אנטוכיא הנז' ומהר"י צייאח רצה להתירו לפי שהכלים נקובים בכונס משקה ומרן ז"ל עמד לו מנגד ואסרו ואנו בני אר"ץ יע"א ואגפיה קבלנו סברת מרן ז"ל ואפילו מ"ש בתשובה וכמ"ש החיד"א ז"ל בברכ"י סי' כ"ה וא"כ איך נהגו בעיר הנז' היפך דברי מרן ושאל שם את פני הזקנים שבדור כיצד נהגו כן והשיבו לו כי כמה פעמים עברו עלינו תלמידי חכמים ותמהו עלינו ואנו משיבין כי אין לנו אופן אחר כי מזה זמן היו טובלין הנשים בנהר ופעם אחת ירדה אשה אחת לטבול ושטפו אותה המים ואבד זכרה כי הנהר גדול וקרוב לים ומאותו יום ואילך לא היינו שומעין לקול מורים וחזרנו למנהגינו הקדום ועמד מהר"ש הנז' ותיקן להם מקוה ממימי גשמים ונמשך הדבר עד היום הזה ואני הכותב בבואי לשם לעיר הנז' לרוח היום בשנת תרי"ו ראיתי כי צער גדול מגיע אליהם מדבר הזה כי מקוה זה אינם יכולין לפנותו בכל עת כי חוששין שמא לא יבואו גשמים ועי"ז המים תמיד הם סרוחים ולכן הגוים מחרפין ומגדפין אותם ואפילו שהם מוסיפין עליהם שאובה שהמשיכוה עכ"ז המים סרוחים ואז אני הצעיר עמדתי שם במרחץ וראיתי שהמים שנשפכין מן המרחץ יוצאין באמה שהיא חוץ למרחץ ומשם חוזרין לנהר אז אמרתי א"כ כשירצו למלאת המקוה יפתחו הברזא של מים הקרים שהם נמשכין מהבריכה הגדולה וילכו באמה וחוזרין לנהר ואז באותו עת ימלאו המקוה ונמצא לפי זה שהמים הם מחוברין עם הנהר ונמצא שבעת אשר מלאו המקוה היו מחוברין יחד עם הנהר. והנה מרן ז"ל לפי הנראה שלא ראה ענין הנעורא בעיניו אלא שמע מפי השמועה ולכן אין לתמוה עליו איך לא הכשיר המקוה בכה"ג וגם על מהר"י צייאח נמי אין לתמוה עליו אמאי לא הכשיר בכה"ג דאפשר לומר דהמרחץ של עיר חמא והמקוה שבו היו רחוקים מן הנהר והם הולכין מתחת לארץ ולא ראה חיבורם א"נ אפשר דהמים הנשפכין היו הולכין לגנות ופרדסין ואינם חוזרין עוד לנהר משא"כ בנדון דידן שהמקום קרוב והמים עין כל רואה אותם שחוזרין לנהר ועוד שבעיר חמא כיון שהמקום רחוק אפשר שיבוא איזה גוי ויצטרכו לו המים לגבול טיט ובין כך נפסק הקילוח משא"כ בנ"ד שהמקום קרוב

ואפשר להעמיד שם ישראל לשמור המים ובפרט בתחילת הלילה בעת שתכלה רגל מן השוק ובחזרתי לפה אר"ץ שאלתי את פי מהר"ש הנז' אמאי לא התיר להם בכה"ג ככל אשר דברנו והשיב כי הן אמת כי יש מקום להתיר אכן אנו חוששין כיון שהיא עיר קטנה ואנשים בה מעט שהם חמשים בעלי בתים מ"מ ולאו בכל עת משתכח שם צורבא מרבנן א"כ באורך הזמן ישתכח הדבר ולא יעשו חיבור כנז"ל ולפק"ד נראה כי אין לחוש לזה דכיון שהיא דבר חמור והבא על הנדה בכרת וגם רואין שמרן אסר ענין הנעורא שהיא שאובה ודאי שיעשו הדבר כתיקונו ויותר נזהרין לתקן הדבר ככל אשר דברנו בדבר שאין בו חסרון כיס וכבר מצינו להריב"ש סי' קכ"ה שנסתפק במקוה שנחסר בימות הקיץ אם מותר להמשיך להשלים מ' סאה שלא יהיו בנות ישראל פרוצות לטבול בנהר או יש לחוש בזה שלא יבואו להתיר שאובה כולה והשיב שטוב להמשיך מים למקוה כל שיש בו רוב מים כשרים ואין לנו לגזור מעצמינו יותר ממה שגזרו חכמים ואפילו כשאינן בני תורה עי"ש. אוף אנן נמי בנדון דידן אין לנו לגזור שמא ימלאו אותו בעת שאינו מחובר עם מי הנהר ואין לנו לגזור גזירות מעצמינו מה שלא גזרו חז"ל ובודאי שישראל הם כשרים ומזהירין את עצמם ואת בניהם אחריהם ומעתה צריכין אנו לדעת אם יקרא זה חיבור כיון שהמים מחוברין הם בחזרתן. עוד יש להסתפק בנדון דידן שהעין רואה בנעורא הנז' שנמשכין מלמעלה למטה כמו חוטין עבים ויורדין לנהר ונראה שחוטין אלו הם באים מעת שיתחיל הגלגל להתעקם ולהוריד מימיו לתוך הסילון ובעת שמתחיל להתעקם ועדין לא הגיע לאמצע הסילון שם המים אינם שופכין בכח אלא הם שותתין וקצתן יורדין לסילון וקצתן חוזרין לנהר ויורדין משם כמו חוטין עבים מלמעלה למטה וזה דבר תמידי לא יפסק לעולם ויש להסתפק אם ניצוק כזה יקרא חיבור עם מי הנהר. עוד יש תקנה ונקל היא לעשותה שינקבו הסילון שבו נשפכין המים בכונס משקה סמוך לכותל שהגלגל קבוע בו והמים שותתין על גבי הכותל הנז' עם הגיעם לנהר אם גם בכגון זה נקרא ניצוק או לא ויבוא שכמ"ה:

תשובה הנה לספק הראשון יש לפשוט אותו מדברי הרמב"ם בפ"ח מה' מקואות ה"ז וז"ל מטהרין את המקואות העליון מן התחתון והרחוק מן הקרוב כיצד מביאין סילון של חרס או של אבר וכיוצא בהן שאין הסילונות פוסלין את המקוה ומניח את ידיו תחתיו עד שיתמלא מים ומושכו ומשיקו עד שיתערב המים שבסילון עם מי המקוה כאחד ואפילו כשערה דיו והרי שני המקואות שהסילון ביניהם כמקוה אחד וכתב מרן בכ"מ משם ר"ש כגון שני מקואות בשיפוע ההר העליון אין בו מ' סאה והתחתון יש בו מ' סאה או יותר מביא סילון ונותן ראשו אחד בעליון וראשו אחד בתחתון וצריך להעמיק

ראשו העליון בתוך המקוה החסר עד שירדו. למטה שיהיו מושקין למטה למקוה השלם כחוט השערה ליחשב כמקוה אחד וטובל אפילו בעליון וכו' ולכך נקט רחוק מן הקרוב לומר דלא חיישינן שמא יבוא אדם ויפסיק השקתו דלא עלתה לו טבילה. וקשה היאך מתחברין יחד וגבי כותל קתני כשפופרת הנוד או כקליפת השום ונראה לפרש דלא איירי הכא בחסר אלא בשלם אלא שהוא שאוב ומשיקו לכשר כדי להכשירו וסגי בחוט השערה דהקילו בשאובה דרבנן ושמא מטעם זה לא חיישינן בסילון אפילו יהיה קטפרס ע"כ. וגם בב"י הביא משם הרשב"א בת"ה בשער המים וז"ל הא דבעינן כשפ"ה היינו דוקא להכשיר מקוה חסר מן השלם אבל להכשיר מקוה שאוב ממקוה שאינו שאוב אע"פי שאין משיקו אלא כחוט השערה כשר לפי ששאוב אינו פוסל אלא מדבריהם והם הקילו בכך אע"פי שמימי השקה אינם רואין פני האויר ואפילו שאין משיקו אלא כשערה עי"ש. מכל האמור לעיל נראה דכשמתחברין מים השאובין עם מים הכשרים אפי' ע"י חיבור כחוט השערה הם כשרים ואפילו שהפסול הוא למעלה והכשר הוא למטה כיון שמחברם יחד נכשרו השאובים א"כ כ"ש בנדון דידן בענין הנעו"רא שמתחברין המים בחזרתן יותר משפ"ה שבזה הם מוכשרים בלתי ספק:

וגרסינן בפ"ד דמקואות אמר ר"י בן בתירא מעשה בשוקת יהוא שהיתה בירושלים והיתה נקובה כשפ"ה והיו כל הטהרות שבירושלים נעשות על גבה ופי' ר"ש דמשנה זו לענין עירוב מקואות והשוקת היא אבן חלולה שתחת צינור המקלח מים מן ההר והיתה נקראת שוקת יהוא וכל הטהרות שבירושלים עושים על גבה ולא היה בשוקת מ' סאה אבל מקוה שלם היה בצידה ומי השוקת שהיו בראש ההר יורדין לתוכה ומתערבין בו דרך נקב כשפ"ה ע"כ. הנה מתבאר מתוך משנה זו שבירושלים בכל יום היו עושין הטהרות ממים שהיו באים מן ההר ובשוקת לא היה בה מ' סאה אלא שהם מחוברין עם מי המקוה ומכשירין מי השוקת שהם עליונין עם מי המקוה שהם תחתונים שהם מקוה שלם א"כ גם בנ"ד כיון שהמים הם מחוברין עם מי הנהר אפילו שהם טובלין במקוה העליון שהוא שאוב כיון שלמטה יש נהר והמים השאובין הם מחוברין בו כשר המקוה ההוא כיון שהם מחוברין כשפ"ה ועוד דבנ"ד אפילו שאין בהם כשפ"ה אלא כחוט השערה יספיק וכמ"ש לעיל משם הרמב"ם ופסקו מרן בי"ד סי' ר"א סנ"ג וז"ל הבא להכשיר מקוה שאוב ממקוה שלם שאינו שאוב אע"פי שאין משיקו אלא כשערה כשר ואע"פי שאין מי ההשקה רואין פני האויר ואף שמור"ם סיים שם ודוקא בפיסול שאובה שהיא מדרבנן אבל בפיסול דאורייתא בעינן כשפ"ה ואפילו בפיסול שאובה יש חולקין וכן ראוי להורות וכתב הש"ך בס"ק קי"ז דלטעמייהו אזלי דס"ל לעיל ס"ג כולו שאוב

פסול דאורייתא וכו' עי"ש. מדבריו אלה נראה דדוקא היש חולקין ס"ל דשאובה כולה פסולה מדאורייתא אבל לדעת מרן סבירא ליה כולו שאוב דרבנן ומן התורה כולו שאוב כשר וא"כ אין לנו לחוש לדברי מור"ם שאחר שהביא היש חולקין וכ' וכן ראוי להורות יען שאנו קבלנו סברת מרן דסבר דשאובה דרבנן ואף את"ל דיש לנו לחוש בחומרות מור"ם שבי"ד מ"מ בנ"ד שהיא שאובה שהמשיכוה כולה אף הם יודו שהיא מדרבנן שהרי רב דימי ס"ל שאובה שהמשיכוה כולה כשרה ואין לנו לחלוק על רב דימי מן הקצה אל הקצה שהוא אומר שאובה. שהמשיכוה כולה כשרה והם יהיו חולקין שהיא פסולה מדאורייתא ולפחות יהיו חולקין עליו שהם פסולים מדרבנן ובלאו הכי אין אנו צריכין לכל זה כי כבר כתבנו שבנ"ד שהמים מתערבין בחזרתן עם הנהר כשפ"ה אפילו שתאמר שהשאובה כולה פסולה מדאורייתא הם מתכשרין כשפ"ה:

ומעתה נבוא אל הספק השני במה שהעין רואה שנמשכין מלמעלה למטה כמה חוטין אם חוטין אלו מצטרפין לשפ"ה והנה מצינו למרן בסעיף נ"ב שם שכתב אם יש נקבים דקים הרבה מצטרפין לשפ"ה אם המקוה האחד שלם והשני חסר אבל אם שניהם חסרים אין הנקבים דקים מצטרפין לשפ"ה וא"כ כ"ש בנ"ד שאחד שלם אלא שהוא שאוב ואחד כשר הוא הנהר שמצטרפין לשפ"ה אכן עדין יש להסתפק בנ"ד שהמים הם ניצוק וקטפרס ומצינו להריב"ש סי' רצ"ב שכתב שמעולם לא שמענו שיהיה ניצוק חיבור למקוה והביא דבריו מרן בב"י ס"סי ר"א וא"כ איך יהיו מוכשרים שאובים אלו שהם ניצוק וקטפרס. ונר' שמים אלו שהם שאובים והם מדרבנן באנו למ"ש לעיל משם הרמב"ם ופסקו מרן בסעיף ג"ן שהבא להכשיר מקוה שאוב ממקוה שלם שאינו שאוב אע"פי שאין משיקו אלא כחוט השערה כשר וכתב ר"ש דבשאובה הקילו ושמא מטעם זה לא חיישינן בסילון ואפי' יהיה קטפרס כמש"ל. ונר' דגם אם יהיה ניצוק נמי לא חיישינן דבמשנה פ"ח דטהרות שניהם יחדיו שנינו וכמו ששאובה מוכשרת בקטפרס גם מוכשרת בניצוק וכן נר' שהוא דעת הריב"ש שם בסי' רצ"ב וז"ל וה"נ אמרינן גבי השקה דשאובה מטהרין העליון מן התחתון וכו' אלא שהקלו בשאובה משום דשאובה דרבנן וכ"כ בסמ"ג עשין רמ"ח שהחמיר בעירוב מקואות יותר מהשקה בטופח ע"מ להטפיח אבל להחמיר בהשק' יותר מעירוב מקואות בניצוק וקטפרס זה לא מצאתי בשום חידושין לא להרמב"ן ולא לרשב"א ולא לרמ"ה ולא בשום חיבור אחר עי"ש. ונראה דהן הם דברי ר"ש שהביא מרן בכ"מ שכתב דבשאובה הקילו ולא חיישינן בסילון אפילו יהיה קטפרס. אכן צריכין אנו להבין את דבריו במ"ש אבל להחמיר בהשקה יותר מעירוב מקואות בניצוק וקטפרס זה לא מצאתי דאיך אפשר להיות שיחמירו בניצוק וקטפרס

גבי השקה יותר מעירוב מקואות ועוד דנראה מזה דבעירוב מקואות לא החמירו בניצוק וקטפרס וזה אינו אמת דגבי עירוב מקואות החמירו בניצוק וקטפרס ולכן נראה דצריך להגיה כ' במקום מ' של מעירוב וצ"ל אבל להחמיר יותר כעירוב מקואות בניצוק וקטפרס זה לא מצאנו והכוונה דלהחמיר גבי השקה עם שאובה יותר כמו בעירוב מקואות בניצוק וקטפרס שאמרו גבי ניצוק וקטפרס שאינם חיבור לענין עירוב מקואות אם נאמר ג"כ גבי השקה זה לא שמענו ואדרבה נמצא בר"ש דגבי השקה לא חיישינן אם הוא קטפרס. ולפי האמור יש לתמוה על מרן בב"י ס"סי ר"א שנסתייע מדברי הריב"ש שכתב שמעולם לא שמענו שהניצוק יהיה חיבור ונסתייע מזה על ענין הנעו"רא שהכלים נקובים בכונס משקה והרואה יראה דהריב"ש לא דיבר אלא דוקא לענין עירוב מקואות שהאחד הוא פסול מדאורייתא אבל לענין השקה עם שאובה שהיא דרבנן אדרבה כתב בהיפך שאין מחמירין בהם בניצוק וקטפרס דבשאובה הקילו וגבי נעו"רא היא שאובה שהמשיכוה ובכי הא לא דיבר הריב"ש:

וכן ראיתי למהרימ"ט בי"ד סי' י"ז שנשאל גם הוא על ענין הנעו"רא אשר בעיר חמא ובעוברו שם במתא הנז' שאל את פי הארץ ההיא אם נעשה הדבר הזה בהוראת חכם ונמצא ביד אחד מגדוליהם פסק דין אחד ממהר"י צייאח להכשיר ועליו חתום מר אביו המבי"ט ז"ל לקיים דברי מהרי"ץ הנז' וכתב כמדומה שהיה מי שמערער בדבר על מנהג הקדום שהיה ביניהם ובא לקיים מנהגם לומר שנכון עשו וכתב שם בתחילת דבריו שהיו הכלים נקובים בכונס משקה ובסוף דבריו סיים ויש לדון במקואות שבארצכם. ושבחמא להכשיר למעשה אע"פי שאין הכלים כמו שבחמא דכל שיש מי המקוה מכונסים ע"י שאיבה ומשיכה כשרים וטעמא משום דלטהר מקוה שאובין שלא ע"י השקה כל דהו סגי כדתנן בפ"ו דמקואות ופסקה הרמב"ם בפ"ח מטהרין את המקואות וכו' וסיים בסוף דבריו הילכך שאובין אלו שהמשיכום למקוה השקה כל דהו סגי ואפי' ע"י קטפרס סגי ומהני עי"ש. ויש להבין דהא אפילו לפי דבריו צריך עכ"פ השקה כל דהו לפחות כחוט השערה וכאן לא יש השקה כלל ואי משום דהכלים נקובים בכונס משקה הרי כתב להדיא ויש להכשיר אע"פי שאין הכלים כמו שהם בחמא ובודאי דהכוונה דאין בהם בכונס משקה כמו שכת' בתחילה ואופן אחר לא כתב ואיך יוכשרו כלים הללו. אכן נראה דכוונתו דכיון שהם שאובה שהמשיכוה ובחוט דק שיורד מן הסילון אל הנהר יספיק והרבה חוטין נמשכין מהם אל הנהר והוא מ"ש לעיל שהמים צפין מכאן ומכאן:

עוד נראה לומר שבנ"ד אפילו שהחיבור ע"י ניצוק וקטפרס יוכשר והוי חיבור והוא ממ"ש המרדכי בפ"ב דשבועות משם ר"ת בפ"ב דגיטין והביאו מרן בב"י סי' ר"א דהא

דתנן הניצוק והקטפרס אינו חיבור לא לטומאה ולא לטהרה היינו דוקא מי גשמים שהן עתידין לפסוק אבל מי נהר שאין עתידין לפסוק הוי חיבור טופח להטפיח ע"כ. וא"כ בנ"ד שהם מי נהר שאין עתידין לפסוק הוי חיבור אפילו טופח להטפיח ואפי' בניצוק וקטפרס. וכן ראיתי למהרי"ט שם שנסתפק בענין הנעו"רא שהיא קטפרס ואיכא מ"ד דקטפרס לא הוי חיבור לענין מקואות ואח"ך הביא ראיה מדברי הרוקח דכתב דמ"מ הוי חיבור היכא דתמיד עולין המים מן הנהר ויורדין לאריתא וכתב עליו מהרי"ט דסברא זו לא נפלאת היא ולא רחוקה והמרדכי עצמו כתבה משם ר"ת שכן כתב דהא דתנן הניצוק והקטפרס אינו חיבור וכו' פר"ת דהיינו דוקא מי גשמים וכו' עי"ש. הרי שגם מהרי"ט נסתייע מההיא דר"ת דגבי נהר שהוא תמידי ואינו פוסק בזה לא אמרינן ניצוק וקטפרס אלא שיש להקשות דהא ר"ת סיים בדבריו להדיא ובלבד שיהא בנקב כשפ"ה ובנ"ד גבי נעו"רא לא יש שם נקב כשפ"ה כ"א כונס משקה וא"כ מאי מביא ממנו סיוע מהרי"ט לנדון הנעו"רא. ונר' לומר דהן אמת דר"ת כתב שאפי' הם מי נהר עכ"פ צריך שיהא בנקב כשפ"ה אכן זה דוקא במקום דבעינן כשפ"ה שהם פסולין מן התורה ובא לערבן כגון ששניהם חסרין ובא לערבם יחד להיותן מקוה אחד אז בכגון זה כתב ר"ת דאפילו שיספיק טופח להטפיח מ"מ צריך שיהא שם נקב כשפ"ה ואפילו שהטופח להטפיח הוא ע"י קטפרס וניצוק אבל אה"נ ואם היא שאובה שהיא פסולה מדרבנן שיספיק לה חיבור כחוט השערה גם בזה אם החיבור ע"י קטפרס וניצוק אם באים המים מן הנהר שאין פוסק גם באלו נקראים חיבור:

ומדברי ר"ת אלו יש לתמוה על מ"ש המרדכי והביאו גם מרן בב"י שהקשה ראבי"ה היאך טובלין בנהר והלא קטפרס דרך ירידתו י"ל דנהר שאני וכו' וקשה דמאחר שהביא קודם לזה ההיא דר"ת דהא דתנן הניצוק והקטפרס שאינן חיבור היינו דוקא מי גשמים וכו' א"כ מאי מקשה עוד היאך טובלין בנהר ואפשר דמקשה ומתרץ למאן דלא סבר כר"ת אבל אה"נ לדעת ר"ת ל"ק ולא מידי וכדאמרן וסברא זו של ר"ת כתבה מרן בב"י כדאמרן לעיל ונראה שהסכים לחילוק זה ואף שסיים שם וכתב נראה שזו הסברא הראשונה שכתבתי בסמוך לדעת ר"ת וכבר נתבאר שאין נראה כן מדעת הפוסקים אכן נראה שזה דוקא לענין מ"ש דר"ת סבר דדוקא הנקב צריך שיהיה כשפ"ה אבל המים שבנקב סגי בטופח להטפיח ועל זה כתב שאין נראה כן מדברי הפוסקים אבל במה שחילק בין מי גשמים למי נהר בזה לא מצינו שנחלקו הפוסקים ואף מרן אזיל ומודה בחילוק זה:

ועל פי דברי ר"ת הללו הנה מקום אתי לתרץ דברי מהר"י צייאח הנז' שכתב בשו"ת מרן אבקת רוכל סי' נ"ד שכתב להתיר מקוה של עיר חמא וכתב דניצוק משוי לה

חיבור כדאמרינן בפ' כל הבשר דף ק"ז האי אריתא דדלאי וכו' ואע"ג דניצוק כזה לא משוי לה חיבור לענין טבילה דבעינן כשפ"ה וכו' מ"מ ניצוק לא הוי חיבור לטבילה דהכי תנן בפ"ח דטהרות ומייתי לה בפ"ק דיבמות ובגטין בפ"ב ובחגיגה ובע"ז פ' בתרא הניצוק וכו' וכמ"ש התוס' בפ"ב דגיטין וכו' עי"ש. ולכאורה דברי מהרי"ץ באו כספר החתום באין מבין מאי קאמר דמאחר שכתב דהניצוק אינו חיבור לטבילה דהכי תנן בפ"ח דטהרות ומייתי לה בפ"ק דיבמות ובכמה דוכתי בש"ס א"כ מה צריך עוד סיוע מדברי התוס' ועוד קשה היאך מביא ראיה וסייעתא לדבריו והראיה היא להיפך ומעשה לסתור ומרן כבר השיג עליו בזה אכן דבר זה אין הדעת סובלו כי ח"ו כד נאים ושכיב אמרה להאי מילתא ועוד יש להבין את דבריו דאם כוונתו במה שהביא דברי התוס' לומר שכוונתו שגם התוס' הסכימו להההיא דהניצוק והקטפרס א"כ הו"ל לומר דבר זה כשהזכיר פ"ב דגיטין הו"ל לסיים שם וכ"כ התוס' ועוד דמאחר שמשנה זו הובאה בכמה מקומות בש"ס שהזכירם א"כ מה צריך עוד סיוע מדברי התוס' ועוד למה ליה לומר וכמ"ש התוספות הול"ל וכ"כ התוס' לכן נרא' לפק"ד לומר דודאי טעות נפל בדברי המעתיק כשהעתיק לו הפסק ודילג בו שתי שורות ולא הרגיש והוא דכוונתו דבתחילה הוקשה לו מהא דאמרינן בפ"ח דטהרות הניצוק והקטפרס אינם חיבור וכו' והביא שמשנה זו שנויה ביבמות ובפ"ב דגיטין ובכמה מקומות בש"ס כנראה שהיא מוסכמת ואחר זה נסתייע לנדון דידיה של הנעו"רא מההיא דכתבו התוס' בפ"ב דגיטין והיא סברת ר"ת שהביא המרדכי דכתב כן ר"ת בפ"ב דגיטין והיא דהא דתנן הניצוק והקטפרס אינם חיבור היינו דוקא מי גשמים שהן עתידין לפסוק אבל מי נהר שאין עתידין לפסוק הוי חיבור טופח להטפיח וא"כ בנדון דידיה שהם מי נהר שאין פוסקין אפילו ניצוק וקטפרס הוי חיבור ואף שסיים וכתב ובלבד שיהא בנקב כשפ"ה ובנעו"רא לא יש כי אם כונס משקה כבר כתבנו לעיל כי ר"ת לא כת' כן אלא אם היא פסולה מדאורייתא ובא לחברם ע"י הניצוק והקטפרס אבל גבי שאובה שהיא פסולה מדרבנן לא בעינן נקב כשפ"ה אלא חוט כשערה יספיק ולהא כיון מהר"י צייאח במ"ש וכמ"ש התוס' בפ"ב דגטין והיא סברת ר"ת הנז' ויש לחזק עוד פי' זה ממה שכתב אחר זה וז"ל עוד שהגלגל סובב תמיד בנהר ומים שבו לא יחשבו שאובין דהכי תנן הטביל בו את הסגוס וכו' עי"ש. ואם לא הביא חילוק ר"ת שחילק בין המים שפוסקין לאינן פוסקים מאי מביא חילוק שהגלגל סובב תמיד בנהר אלא ודאי נראה שהביא תחילה חילוק ר"ת ולכן לא כתב וכ"כ התוס' אלא כתב וכמ"ש התוס' כנראה שהביא חילוק ר"ת וכתב וכמ"ש התוס' בפ"ב דגיטין:

א"נ יש לומר דכיוון מהרי"ץ למה שכתבו התוס' בפ"ב דגיטין שכתבו עמ"ש רש"י הניצוק והקטפרס לענין ב' מקואות שאין באחד מהן מ' סאה וניצוק וקטפרס אינם חיבור והקשה ר"ת דאמרינן בפ' אין דורשין דעד כאן לא פליגי ר"מ ור' יהודה גבי ג' גממיות בעליונה עשרים ובתחתונה עשרים ובאמצעית מ' וחרדלית של גשמים עוברת ביניהם אלא בטובל בעליונה אבל בטובל בתחתונה כ"ע מודים אלמא קטפרס הוי חיבור והכא משמע דאינו חיבור ואור"ת דהכא מיירי בשתי גממיות שבזה כ' ובזה כ' דליכא מקוה שלם באחת מהן דלא הוי חיבור אבל התם דאיכא באמצעית מ' סאה לכ"ע מטבילין בתחתונה ובעליונה פליגי עי"ש. וא"כ נראה דגבי גלגל שיש למטה בנהר מ' סאה ולמטה ממנו מקוה שהוא שאוב וניצוק וקטפרס שהוא מחברן הוי חיבור ואף שהתוס' שם סיימו דהניצוק גרוע מקטפרס לפי שהקילוח של הניצוק עומד באויר ואינו חיבור אפילו סופו ליפול נראה דבנדון דידן גבי נעורא שהכלים נקובים בכונס משקה לפי דברי מהרי"ץ א"כ הם קטפרס ולא ניצוק כי המים מתגלגלין בתוך הכלים של הנעורא ויורדין מנקב אל נקב:

אכן מדברי התו' שבפ' כל הבשר דף ק"ז נראה דס"ל דגבי גלגל הם נקראים ניצוק ולא קטפרס שכן כתבו שם עמ"ש בש"ס ואי בזיע דוולא כתבו ואע"ג דלענין טבילת כל גופו לא מהני מתרי טעמי חדא דניצוק אינו חיבור וגם בעינן כשפ"ה לענין חיבור מקואות ע"כ ולפ"ז קשה גם לדברי מהרי"ט דקרי למי הגלגל קטפרס ומדברי התוס' הללו נראה שהם ניצוק. ונראה לומר דהא פי' רש"י ורע"ם דפי' ניצוק קילוח מים המקלח מים בזקיפה כעמוד וא"כ לכן התוס' גבי דלי שהוא נקוב בכונס משקה והאדם עומד ודולה בחבל והמים יורדין לנהר בזקיפה כעמוד ושופך בידו מן הדלי לאריתא וזה ניצוק הוא ולא קטפרס אבל ענין הנעו"רא אינו כן אלא המים מונחים תוך הכלים והכלים נקובים בכונס משקה ומחוברין מכלי אל כלי בכונס משקה במדרון כקטפרס ומשו"ה קרי להו מהרי"ט למי הנעורא קטפרס ומשו"ה התוס' קרי להו כשבזיע דוולא ניצוק שהמים יורדין בזקיפה ומהרי"ט קרי להו למי הנעורא קטפרס והניצוק גרוע מקטפרס כמ"ש התוס' בפ"ב. ואם כנים אנחנו בזה יש לומר דכל מה שדחה מרן לדברי מהר"א מוורדונא אינה דחיה דמה שדחה מדברי התוס' שכתבו ואע"ג דלענין טבילת כל גופו לא מהני מתרי טעמי דהניצוק אינו חיבור וגם בעינן כשפ"ה נראה דזה דוקא גבי אריתא שדולה האדם בדלי והמים יורדין בזקיפה באויר וזה ניצוק ולא קטפרס והניצוק גרוע מקטפרס אבל ענין הנעורא אינו כן כי הם קטפרס. ולפ"ז גם מה שדחה מדברי רש"י אפשר דגם רש"י לא דיבר אלא בענין אריתא שהיא ניצוק וקטפרס עדיף מניצוק. גם מה שדחה מדברי הריב"ש שכתב שמעולם לא שמענו שיהא הניצוק חיבור נראה שדוקא ניצוק אינו חיבור אבל קטפרס

הוי חיבור ועוד דכבר כתבנו לעיל דהריב"ש לא דיבר אלא דוקא בעירוב מקואות שהם פסולין מן התורה אבל לא בשאובה שהמשיכוה שיש להקל שהיא מדרבנן וכמש"ל ואיך שיהיה מדברי התוס' נראה דהיכא דשניהם חסרים וכל אחד יש בו עשרים סאה בזה אמרו הניצוק והקטפרס אינו חיבור אבל היכא שיש בעליונה ובתחתונה בכל אחת עשרים ובאמצעית מ' לכ"ע טובלין בתחתונה וא"כ גבי נעורא שיש למעלה מקוה שלם הוא הנהר ותחתיו מקוה שאוב לכ"ע טובלין בתחתונה ע"י חיבור קטפרס ולהא כיון מהרי"ץ במ"ש וכמ"ש התוס':

א"נ אפשר שכיון מהרי"ץ במ"ש וכמ"ש התוס' להההיא דכתבו שם ור"י אומר דההיא דהניצוק וקטפרס לא לענין חיבור מקואות איירי אלא לענין השקה והשתא הוי דלטהרה דומיא דלטמאה עי"ש. וא"כ מהרי"ץ אחר שהוקשה לו מההיא דהניצוק והקטפרס דאינם חיבור הביא דברי התוס' שכתבו משם ר"י דההיא דהניצוק והקטפרס שאינם חיבור לא לענין חיבור מקואות איתמר אלא לענין השקה איתמר וא"כ ליכא ממנה שום קושי כנלע"ד לומר שכיון מהרי"ץ לשלשה מקומות הללו או לפחות כיון לאחד מהם אלא שנשמטו מהמעתיק ולא נאמר שהביא סיוע לדבריו ומעשה לסתור כמ"ש מרן:

וחזי הוית למהריט"ץ בסי' ר"י שנשאל על נדון דידן של הנעורא והביאו גם מהר"ם ן' חביב ז"ל הובא בס' גו"ר בי"ד כלל ד' סי' ד' שכתב שנדון הנעורא הוא כשר ולא דמי לו מה שפסל מרן בב"י סי' ר"א דאותו נדון של מהר"א מוורדונא לא היה מ' סאה במקוה והיה רוצה להכשירו ע"י חיבור הדלי לאריתא אע"פי שאין באריתא מ' סאה מטעם שהוא מחובר לנהר תמיד אבל הכא בנדון הנעורא יש במקוה מ' סאה ואין ריעותא רק מצד הכלים הקבועים בגלגל וכיון שהם נקובים בכונס משקה סגי עי"ש. מדברי מהריט"ץ אלו ומדברי מהר"ם ן' חביב שהעתיק והסכים לדעתו נראה דסברי בדעת מרן עצמו דכל שיש במקוה מ' סאה והמים מחוברין בכונס משקה יספיק והוי חיבור ולא חיישינן להההיא דהניצוק והקטפרס אכן עם כל זה לא יעלה לנו מזור לנדון דידן אחר שזכינו לאורו של מרן ונדפסו ש"ות שלו הנקרא אבקת רוכל ושם ראינו במקוה של חמא שאפילו המקוה היה בו מ' סאה והכלים נקובים בכונס משקה עם כל זה פסל המקוה ההוא. ועוד יש לי לתמוה על דברי מהריט"ץ ומהר"ם ן' חביב הנז' דאם איתא דמרן מודה היכא דיש מקוה שלם למטה א"כ כשתמה על האגור ז"ל שהתיר וכתב עליו הפלא ופלא הול"ל דהאגור לא התיר אלא כשיש מקוה שלם למטה ועוד דמרן בב"י דחה להההיא דהגלגל מדברי התוס' שכתבו דהניצוק אינו חיבור ועוד מדברי הריב"ש שכתב שמעולם לא שמענו

שיהא הניצוק חיבור וא"כ מאי נפקא מינה אם המקוה יש בו מ' סאה הא אפי' יש בו מ' סאה לא הותר אלא ע"י חיבורו בנהר ע"י ניצוק וה ניצוק אינו חיבור:

ז

אכן עדין לא זכיתי להבין דברי מרן במה שאסר המקוה של חמא אפילו שיש בהם בכלים נקב בכונס משקה והרי הוא עצמו בסעיף ג"ן כתב דהא דבעינן נקב כשפ"ה היינו דוקא להכשיר מקוה חסר מן השלם אבל להכשיר מקוה שאוב ממקוה שאינו שאוב אע"פי שאינו משיקו אלא כחוט השערה כשר לפי ששאוב אינו פסול אלא מדבריהם והם הקילו בו ע"כ. וא"כ קשה איך פסק גבי נעורא שהם מים שאובים שנמשכו שאפילו הם מחוברין לנהר ע"י כונס משקה שאוב מקרי והרי בשאובים שהם מדבריהם הקילו ואם נאמר דזה דוקא כשמחברם והם סמוכים זה לזה אבל הנעורא היא קטפרס זה אינו שהרי הוא עצמו כתב בכ"מ משם ר"ש דאפילו יהיה הסילון קטפרס כשר. ואפשר לומר לדעת מרן משום דס"ל דלא באו עדים והעידו שהכלים הם נקובים בכונס משקה שראו בפניהם בציווי ישראל שיעשו כך אלא אמרו לו בתורה שבע"פ הם נקובים בכונס משקה ואפשר שאינם נקובים או שאיזה פעם שינו מהם איזה כלים וכבר כתב מרן בסעיף נ"ב ספק אם יש בו כשפ"ה ספק אין בו ספיקו טמא משום דספיקא דאורייתא לחומרא וא"ת שהיא שאובה שהיא מדרבנן הוי לקולא ונראה לומר דספק זה די לנו אם נאמר בודאי יש כחוט השערה אבל להקל בספיקו אם מחובר אם לאו בזה לא נקל כ"כ:

ועדין יש לומר בנ"ד מלבד טעם הראשון שהמים בחזרתן הם מחוברין עוד בה כי כבר כתבנו שיש כמה חוטין נמשכין מהנעורא עד הנהר וחוטין אלו באים מהכלים שבתוכה ונופלין בתחילת השפיכה על שפת הסילון ומהם יורדין להסילון ומהם יורד ונעשה חוט ועד שתתחיל לירד באה שפיכה אחריה ותמיד הם מחוברין לנהר וכבר פסק מרן שהחוטין מצטרפין לשפ"ה וכ"ת שענין הנעורא מרן ז"ל עליה הוא דן לפסול ואם יש חיבור באלו החוטין אמאי לא הכשיר מרן ועוד שכתב באב"ד שבקושטא אע"פי שיש להם נעורא עכ"ז טרחו ותיקנו המקואות מימי גשמים ואם יש להם כנ"ז למה ציערו עצמם. אכן לפקד"ן דבעיר גדולה כזו שיש בה ריבוי עם מדקדקין על עצמם ועושים תחבולות שלא יאבדו טיפה אחת משא"כ בנ"ד שהיא עיר קטנה והמים נשפכין על פני חוצות וחוזרין לנהר ומהם נבלעים בארץ. וראיתי למהר"ם בן חביב ז"ל שכתב עוד שם דלדעת מרן בכונס משקה אינו מועיל אלא בנקב המטהרו או כשפ"ה ואם כוונתו לומר דהכלים נקובים בנקבים רבים דמצטרפין כשפ"ה וע"י הנקבים מחוברין לנהר זה ההיתר נכון הוא גם לדעת מרן בב"י וכמ"ש לעיל משם ר' פרץ והכלבו עי"ש בד"ק. מדבריו אלה

נראה דאם יש נקבים בכלי הנעורא דמצטרפין כשפ"ה וא"כ גם אם ירדו חוטין על הסילון ונחלקו ונעשו חוטין מצטרפין לשפ"ה וכ"ת שאני הכא דהם יורדין בזקיפה כעמוד והם בזקיפה וכבר כתב מרן משם הריב"ש שמעולם לא שמענו שיהא הניצוק חיבור למקוה אכן נר' שכנ"ד כבר כתב מרן שגבי שאובה שהמשיכוה אפילו הוא קטפרס כשר לפי שהיא מדרבנן ובמשנה שנינו יחד הניצוק והקטפרס אינן חיבור ואף שהתוס' בגיטין שם חלקו בין ניצוק לקטפרס והניצוק גרוע מהקטפרס מ"מ לא מצינו חילוק זה בפוסקים גבי שאובה מדרבנן ואפשר לומר כי מרן ס"ל דחוטין מים אלו הם באים מהכלים של הנעורא ולא נחלקו:

ויש מי שרצה לפסול בנ"ד אפי' שתאמר שהמים חוזרין ומתערבין עם הנהר מההיא שכתב הרמב"ם בפ"ח מה' מקואות ה"ח וז"ל ג' גומות שבנחל התחתונה והעליונה של כ' סאה והאמצעית של מ' סאה ושטף של גשמים עובר בתוך הנחל אע"פי שהוא נכנס לתוכן ויוצא מתוכן אין זה עירוב ואין מטבילין אלא באמצעית שאין הנזחלין מערבין אלא א"כ עמדו ופסקו מרן בס"ס וא"כ בנ"ד שאין המים עומדין אלא נזחלין אין זה עירוב ע"כ. אין דמיונו עולה יפה שהרי הרמב"ם ומרן לא כתבו כן אלא דוקא בשטף של גשמים אבל מעין מתערב אף בזוחלין וכ"כ הש"ך בס"ק קכ"ט דוקא גשמים אבל מעין מתערב אף בזוחלין:

באופן דנלע"ד דאם ינקבו הסילון שמקבל המים הבאים מן הגלגל והם מחוברין תמיד לילה ויומם ע"י ניצוק זה עם מי הנהר ובכה"ג שהיא שאובה שהמשיכוה שהיא מדרבנן אפילו ע"י ניצוק כשר וכן מצאתי להרב בני אברהם י"ד סי' ט"ו שכתב וז"ל וכל האחרונים שראינו שהכשירו ע"י ניצוק הויא בשאובה דרבנן וכן משמע מדברי מהרי"ט סי' י"ז וכן הוא דעת הטור שהבאתי לשונו לעיל עכ"ל. הרי משמע דסבר לה מר דגבי שאובה דרבנן ליכא למיחש שם להיא דניצוק ואף שהרב ז"ל בנדונו שם התמרמר והוצרך שינקבו הכלים כשפ"ה כמו שיעו"ש נר' דהתם דוקא שבנדונו היו המים באים ע"י גלגל שמחזר ע"י הבהמה אבל בנ"ד שהמים מתגלגלים מן הנהר מאליהם בזה יש לסמוך על דברי ר"ת שהביא המרדכי ודברי הרוקח כנז' לעיל:

באופן כי לפק"ד נראה כי יש להתיר מקוה דנ"ד על אופן שכתבתי לעיל עם כל צדדי ההיתר שכתבתי ואל תתמה על החפץ מדברי מרן שבספר אבקת רוכל הנז' שאסר להם המקוה אשר בחמ'א שבא על ידי גלגל הנקרא נעורא מן הנהר הזה עצמו ולמה לא עשה להם תיקון כאשר כתבנו לעיל כי אפשר שמקום המרחץ ומקום הטבילה הם רחוקים זה מזה וכיון שהם רחוקים אפשר שיפסקו המים ולא יתחברו יחד עם מי הנהר בעת

מילוי המקוה ועוד כי אפשר שהמים הם מכוסים באבנים לרוב המרחק ביניהם ומים לא יראו החוצה אל העין ומהיכן ידע לה מר שהמים. חוזרין לנהר ומה גם מרן עצמו כנר' שלא הלך לחמ'א כלל כי אם מפי השמועה ומהרי"ץ נמי לא ראה אותם כי הם הולכים במדרון תחת הארץ ומהיכן יוודע לו ועוד כי באנטוכיא מים רבים וגם האמה שנשפכין בה המים היא גלויה בחוצות וקרובה לנהר ואם יש לחוש להפשרת שלגים בימות החורף יכולין למלאת המקוה בזמן שלא יש הפשרת שלגים בזמן שאין המים נוספים כן נראה לפק"ד להלכה עד אשר יסכימו עמי חכמי ורבני אר"ץ יע"א היושבי על מדין שמהם תורה יוצאה ולהם משפט הגאולה:

וכל זה נראה לי להלכה אבל למעשה אם יסכימו עמי חכמי ורבני אר"ץ ויען שהם טרודין להביא טרף לביתם ואין יכולין ללמוד באורך כל הענין ואני איני סומך על דעתי לכן עצה היעוצה לק"ק הנז' שיתמידו על מנהג שהנהיג אותם הרש"ך נר"ו וכדי להנצל מסרחון המים של גשמים שיעשו עוד מקוה לפני המקוה הראשון סמוך לו ויעשו נקב בין זה לזה כשפ"ה ואם נקוב יותר יפה ויפה ויהיה בראשון כ"א סאין שהוא רוב המקוה וימשכו עליו מים שאובין ואחר שיתמלא המקוה הראשון ירד על השני ויתמלא מהראשון שהוא מעורב מי גשמים ושאובה שהמשיכוה ותמיד יטבלו בשני וכשיתחיל להסריח יוריקו אותו וימשכו עליו מים מן הראשון וככה יעשו תמיד והראשון כיון שאין טובלין בו לא יסריח כלל ועוד אפילו יסריח מה בכך כיון שאין ממנו תועלת אלא לחיבור כשפ"ה וכ"כ מרן שם סמ"ד מקוה שיש בו ך' סאה ומשהו מים כשרים והיה ממלא מים שאובין חוץ מן המקוה ונמשכין עד המקוה וכו' הרי הוא כשר ואפילו השלימו לאלף סאין וכן גג שהיה בראשו ך' סאין ומשהו מי גשמים ומילא בכתפו ונתן לתוכו פחות מעשרים ונמצא הכל פסול ופתח הצינור ונמשכו למקוה אחר הרי זה כשר שהשאובה שהמשיכוה כולה כשרה הואיל ויש רוב מן הכשר ע"כ וזה הדרך נאות לינצל מכל חשש ופקפוק כלל ואף שיש מקום להתיר באופן הנז"ל:

כה דברי הצעיר אברהם דיין ס"ט

סימן יז

שאלה פה אר"ץ יע"א בדורות שלפנינו היו כותבין ספרי תורות בדיו שחור שהוא דבוק בעור ואפילו שעבר זמן מרובה לא יפרדו האותיות ומכמה שנים התחילו להביא ס"ת מעיר בבל יע"א שהדיו מבהיק וכמה מהם שהאותיות נפרדות גם לפעמים ניתז רוק על הס"ת והאותיות נמחקים ויהיה האות חק תוכות ולפעמים יצטרך לגרור כל האות

ולכתוב אחרת במקומה אחר שיקלוף האות או לעשות טלאי ולכתוב עליו האות ולכן נהגו שבכל ערב שבת בא הסופר לב"הכ ובודק הס"ת ומגיה אותו ויש להסתפק אם בחול המועד מותר להגיהו מן הדיבוקים והפירודים ואת"ל שמותר לעשות ככה בדיבוקים והפירודים יש להסתפק אם מותר לתקן אותיות שנדבקו ונעשו חק תוכות ואת"ל שמותר אם זה דוקא ברגל האל"ף או הה"א וקו"ף שנדבקו אבל אם האות כלו נמחק וצריך לכתוב אחר במקומו אם מותר לעשות כן בח"ה ואת"ל שאסור לפי שיש להם ס"ת אחר ואין זה צורך המועד אכן יש להסתפק אם אותו ספר האחר שיש להם והוא כשר אלא שהוא ישן ושחור וספר זה הוא חדש ולבן אם יכולין לתקן במועד החדש הן מצד שאמרו ז"ל זה אלי ואנוהו התנאה לפניו במצות ואין זה נוי וכבוד לס"ת שביום שמחת יום טוב יוציאו ס"ת ישן ועוד כי ספר זה מוציאין אותו ספר שני והיום שנפסל החדש צריכים לכרוך ממקום למקום והוי טורח צבור א"כ אם נימא משני טעמים אלו יתקנו החדש או לא ויבוא שכמ"ה:

תשובה לענין אם מותר לתקן הדיבוקים והפירודים כבר נשאל על זה הרב החבי"ב בשיירי א"ח סי' תקמ"ה הגהב"י אות ד' וז"ל נשאלתי אם מותר לתקן הדיבוקים בס"ת שעתיד לינתן בז' של פסח אם יכולין לתקנו בחול המועד והשיב דמה שאמרו ואפילו להגיה אות אחת אסור בח"ה היינו שחסר אות אחת וצריך מעשה אומן לתקנו אבל לתקן הדיבוקים מותר וכן בדין ממה שלא אסרו הפוסקים אלא כתב אשורית שהוא מעשה אומן אבל כתב שלנו מעשה הדיוט הוא ושרי ולכן גרירת דבוק לא גרע מכתיבה שלנו ומטעם זה נראה שאפילו חסר אות אחת שלימה ורישומה ניכר שמותר להעביר הקולמוס עליה עי"ש ומדבריו אלה נרא' שהפירודים לא נשאל עליהם כלל כי פשוט הוא לו שמותר וכ"ש בס"ת שלנו שהדיו מבהיק ועל הרוב ימצא בהם פירודים ואם אנו אוסרים אותם כמעט שלא ימצא לצבור אחד כשר לקרות בו והרמב"ם נתן טעם למה שאמרו ז"ל ואין מגיהין אות אחת בס"ת מפני שאינו צורך המועד וטוה אדם ציצית לבגדו ותפלין ומזוזה לעצמו וכתב הרב המגיד משם הרא"ה דכשם שמותר לכתוב תפלין ומזוזות לעצמו כך מותר להגיה בס"ת לצורך מצוה ומשנתינו אינו אלא בעושה לאחרים וה"ה חלק עליו דאיכא למימר דכיון דכתיבת ספרים אסורה במועד אפילו לעצמו שהרי לא התירו בברייתא אלא תפלין ומזוזות והטעם מפני שא"א לעשות ס"ת בח"ה או מטעם אחר אף הגהתו אסור ומרן ז"ל בב"י ובש"ע כתב שנ"ל שאם לא היה להם ס"ת כשר מותר להגיהו בח"ה כדי לקרות בו בצבור וכן בספר מקרא וגמרא שצריך לקרות בהם במועד מותר להגיהם משום דהוי דבר האבד וקשה לי במ"ש שמותר להגיהם במועד

דא"כ במה קראו בי"ט ואפשר דמיירי שנמצא הטעות בי"ט או בח"ה ואין להם ס"ת אחר לקרות בו אכן במ"ש הב"ח ואפילו נמצא הטעות במועד אסור לתקנו בח"ה וקשה והרי בהא עסקינן שנמצא הטעות במועד דאם מצאו הטעות קודם מועד א"כ במה קראו במועד ואפשר דהב"ח יפרש שלא היה להם מנין עשרה במועד ולא קראו ס"ת כלל א"נ שלא היה להם ס"ת כלל ובא להם בח"ה וכ"ת דהא כדאיתא והא כדאיתא דלגבי מקום שיש להם ס"ת אחר מיירי שנמצא הטעות בין קודם המועד ובין תוך המועד אבל לגבי מי שאין להם ס"ת אחר מיירי שנמצא הטעות במועד דאל"כ במה קראו במועד זה אינו דהא הטור לא מיירי אלא במי שנמצא הטעות במועד ואפילו במקום שיש להם ס"ת אחר שכתב הטעם משום שאינה צורך המועד ואם נמצא הטעות קודם המועד זה איסורו משום מכוין מלאכתו במועד וכדכתב הוא עצמו וא"כ לא הו"ל להב"ח לומר ואפילו נמצא הטעות במועד אלא הו"ל לומר ואם נמצא הטעות במועד אסור משום שאינה צורך המועד וכל אחד איסורו משום דבר אחד כאמור לעיל:

ועל מה שכתב מרן וכן בספר מקרא וגמרא הקשה הרב טורי זהב שם בסק"ג דבשלמא ס"ת צריך לקרות בו בצבור משו"ה צריך להגיהו אבל שאר ספרים שלומדי' בהם במועד הלא יכול ללמוד אפילו שאינם מוגהים רק יעשה רושם במקום הטעות ואחר המועד יתקנם ע"כ. ולפקד"ן דהכא מיירי במלמד בנו תורה בספר ההוא ואם ילמדו בספר מוטעה שבשתא כיון דעל על כמ"ש בש"ס בב"ב וקשה עליו להוציאה מדעת הבן ולכן קראו חכמים ז"ל דבר זה דבר האבד שמאבד הלימוד מהבן א"נ כי עי"ז במקום שהבן לומד שתי הלכות ע"י שהספר מוטעה לומד הלכה אחת וזה דבר האבד הוי והוא ז"ל תירץ שע"י עיונו הרגיש שיש שם טעות וא"כ שפיר הוי דבר האבד דאם ימתין אחר המועד ישכח ממנו ולא ירגיש בטעות וקשה דתירוץ זה לא אתי אלא גבי גמרא שע"פי עיונו יכול להוסיף ולגרוע אבל גבי מקרא מה שייך להוסיף ולגרוע והרי הם סדורים בכתוב כנתינתם מסיני ומפי הנביאים וא"כ עדין ק' גבי מקרא למה צריך להגיהם במועד והלא ירשום במקום הטעות ואחר המועד יביא ספר אחר ויראה הטעות ויתקן. ואם נאמר דמיירי שנמצא טעות. בנקודות ובטעמים וע"פי עיונו הרגיש בתיבה היכי סגיא הא נמי פשיטא דיכול לתקן דאין זה מעשה אומן ולא אסרו הפוסקים אלא כתב אשורית שהוא מעשה אומן והרי מרן החבי"ב התיר לכתוב אות אחת שרישומה ניכר וא"כ כ"ש בנקודות וטעמים ועד שירשום בדיו מקום הטעות ירשום הנקודות והטעמים ועוד יתכן לומר דגבי מקרא לא נחית הט"ז לשאול עליהם כי ודאי מותר לתקנם שהרי אם לומד מקרא והוא חסר הרי דברים שבכתב אי אתה רשאי לאומרם ע"פ ואם ידלג אותם יש לו

צער גדול לקרות בספר מוטעה ועוד דאפשר דמיירי שמצא הטעות בסדר ההפטרה או בפסוקי דזמרה ואם ידלגם א"כ נמצא שלא קרא כסדר ותיקון חז"ל. ואף את"ל דיש מי שמתיר ללמוד בע"פ דברים שרגיל בהם הרי מצינו לכמה מהמון העם שאפי' שבכל יום לומדין אותם עכ"ז אינם יודעים לאומרם כי אם בספר וגם אם נאמר דקושית הט"ז על מ"ש מרן שיתקן גמרא אפשר דמיירי הכא בלומדו סדר פיטום הקטורת ואביי ואיזהו מקומן שהרגיש שיש שם טעות ואינו יודע לאומרם בע"פ ואם ידלגם לא התפלל כתחז"ל: **ומעתה** ע"פי האמור מ"ש הט"ז שע"י עיונו הרגיש שיש שם טעות ואם יניחו אחר המועד ישכח ממנו כנראה מדבריו דבאופן אחר אסור. לפקד"ן דאינו כן ולא נתנו דבריהם לשיעורין ועוד לפי דבריו לא תיקן כלום גבי מקרא שהרי עיניו יחזו בספר אחר שהוא מתוקן ויגיה ממנו ואפילו רשימה אינו צריך ובפרט בזמן הזה שנתרבו ספרי הדפוס וכולם ככסף הם מזוקקים ואם ימצא טעות יגיהו מספר אחר ואפילו בספרי הש"ס הם מוגהים היטב ויכול לתקן ספרו מהם א"נ אפשר דמיירי הכא באחד שקבל על עצמו בנדר ללמוד בתורה שיעור זמן מה ואם הספר מוטעה לא יוכל ללמוד בו ונמצא שביטל קביעותו ועל אופן זה כתב מפני שצריך לקרות בהם הכוונה דחיובא רמיא עליה ללמוד אותו חוק שקבע עליו והנה פשט דברי מרן במ"ש וכן בספר מקרא וגמרא שצריך לקרות בהם במועד הכוונה על סתם בר ישראל שרוצה ללמוד בח"ה שהוא פנוי ממלאכ' ולקיים מאי דאמור רבנן לא ניתנו שבתות וימים טובים לישראל אלא כדי לעסוק בהם בתורה ואם ילמוד בספר שיש בו טעות לא יוכל ללמוד היטב וישתבש וכמ"ש המג"א בסק"ה דאם לא יגיה אותו לא יוכל ללמוד בו והוי דבר האבד עי"ש ונראה דקרי ליה דבר האבד שאבד ממנו עסק התורה כיון שאינו יכול ללמוד בספר מוטעה כמ"ש המג"א וא"כ מזה נראה דאפילו לא יש עליו חיוב ללמוד ביום זה דוקא אלא שמאבד ממנו עסק התורה שבשביל כן ניתנו שבתות וימים טובים לישראל מיקרי דבר האבד ובשביל עסק תורה זה מותר להגיה הספר אפילו בח"ה א"כ נראה דגם בנדון דידן שיש להם שני ספרים אחד ישן ושחור ואחד לבן וצריך הגה ואם ילמדו בישן מאבדים מהם מצות זה אלי ואנוהו התנאה לפניו במצות ולכ"ן שמותר להגיהו שלא יאבד ממנו מצוה כמו שהתרנו להגיהו כדי שלא יאבד ממנו מאי דאמור רבנן לא ניתנו שבתות וי"ט וכו':

ועפ"ז יש לישב מה שהקשה הרב מאמר מרדכי על דברי הט"ז במ"ש מרן וכן בספר מקרא וגמרא שצריך לקרות בהם דמילת וצריך לפי דברי הט"ז אינו מתיישב דהו"ל לומר שקורא בהם במועד ולפי האמור א"ש דמה שאמר שצריך לפי שרוצה לקיים מאי דאמור רבנן לא ניתנו שבתות וימים טובים לישראל אלא כדי לעסוק בהם בתורה א"נ

אמר שצריך הכוונה על הפסוקים ומאמרי רז"ל שקבעום בתפילה וצריך לאומרם בכל יום בתפילה:

ועמ"ש בה' י"ט פ"ז הי"ג ואם אין לו מה יאכל כותב ומוכר לאחרים כדי פרנסתו כתב שם מרן בכ"מ שטעמו מפני שהוא סובר שאין מניחין תפלין בח"ה דבכלל י"ט הוא וא"כ אין להתיר בכתיבת תפלין יותר משאר מלאכות וראיתי להרב מרכבת המשנה וחזר ושנאו ביד אהרן א"ח סי' ל"א שהקשה כי דברי מרן סתראי נינהו שהרי מצינו לו בה' תפלין פ"ד ה"י שכתב שם שדעת הרמב"ם שסובר שמניחין תפלין בח"ה מדכתב כותב אדם תפלין ומזוזות לעצמו. וראיתי להרב מעשה רוקח בחי' על הרמב"ם לתרץ קושיא זו והוא דמ"ש מרן וכן נראה מדברי הרמב"ם בה' י"ט הכוונה עמ"ש בתחילה ואין מניחין תפלין בח"ה והכריח זה ממ"ש ומנהג העולם היה להניח תפלין בח"ה והול"ל וכן היה מנהג העולם עי"ש והרואה יראה כמה הוא מהדוחק פי' זה ולא ניתן ליכתב דמלבד דלפי דבריו הו"ל לומר זה לעיל כשהזכיר דבכלל י"ט הוא ואין מניחין בהם תפלין הו"ל לסיים שם וכן נראה מדברי הרמב"ם וכו' ולמה לו להפך הדברים ועוד דבה' י"ט עיקר ראייתו ממ"ש ואם אין לו מה יאכל כותב ומוכר לאחרים ולא ממ"ש כותב אדם תפלין ומזוזות לעצמו דמזה אין נראה שאין מניחין תפלין במועד ואדרבה יש מקום לומר מדהתירו לכתוב לעצמו נראה שמניחין תפלין במועד ומשו"ה הותר לכתוב לפי שהוא צורך המועד ולא ידעתי מה תיקן בזה במה שלא כתב וכן היה מנהג העולם ומה לו למרן להניח הניתנין למעלה למטה ולעיקר קושית הרב יד אהרן הנז' נראה לומר דבתחילה בה' תפלין עלה בדעת מרן לדקדק ממה שכתב הרמב"ם אבל כותב אדם תפלין ומזוזות לעצמו נראה מזה דבח"ה מניחין תפלין ומשו"ה הורשה לכתוב לעצמו ואח"ז ראה בהפך דמדכתב ואם אין לו מה יאכל כותב ומוכר לאחרים דמזה משמע שאין להתיר בכתיבת תפלין יותר משאר מלאכות משמע מזה שאין מניחין תפלין בח"ה והתפלין ושאר מלאכות שוים ובודאי הוא לפי שאין מניחין תפלין בח"ה וחזר בו ממ"ש בה' תפלין והסוגיא בדוכתה עדיפא וא"כ לפ"ז מ"ש אבל כותב אדם תפלין ומזוזות לעצמו הוא לפי כיון שהם לעצמו ואין לו בהם שכר וגם אין בהם טורח כ"כ לכן התירו לכותבם ולהניחם לאחר המועד וכמ"ש המג"א בסק"ו:

ומזה הטעם עצמו הוצרך הרמב"ם לבאר פה שאם אין לו מה יאכל מותר לכתוב לאחרים בשכר ולא הספיק לו במ"ש לקמן בסוף הפרק וכל שאסור לעשותו אם אין לו מה יאכל מותר ועושה כדי פרנסתו להודיע לנו פה שהכתיבה אינה צורך המועד שאין מניחין תפלין בח"ה ואין מותר כי אם דוקא אם אין לו מה יאכל וא"כ נראה כי מרן חזר בו

ממ"ש בה' תפלין וראיה לזה שהרי פה בה' ח"ה בב"י סי' תקמ"ה חזר וכתב מה שכתב בכ"מ ה' שי"ט בלתי תוספת ומגרעת ובודאי לפי שחזר בו ממ"ש בה' תפלין:

והרב החביי"ב בשיירי א"ח סי' תקמ"ה הגהב"י אות י"ו נסתפק בשירטוט במקום שהותר לכתוב בח"ה והביא דברי התו' והביאם מרן בב"י דבעשיית תפלין וציצית לא איירי במתניתין ושמא אין אסור כי אם בכתיבה וטויה עי"ש וכתב דאין מינה ראיה לפשוט ספיקו חדא כי התו' כתבו בדרך שמא ולא במוחלט ועוד דהשירטוט דמי לטויה ואסור עי"ש. ויש לי לתמוה על דבריו דהא הוא עצמו לעיל גבי ס"ת שיש בו דבוקים שהתיר לגררם לפי שאינו מעשה אומן ומטעם זה התיר לכתוב אות אחת שנחסרה ורישומה ניכר שמותר לכתוב אותה א"כ גם בשירטוט היה לו להתיר שאין בו מעשה אומן אחר שקו המידה בידו שלא יטה ועוד אחר שמרן הביא דברי התו' ולא כתב דכיון דכתבו בדרך אפשר יש להחמיר נראה דסבר דבעשייתן יש להקל וכן נראה מדברי מור"ם שפסק להדיא להתיר ולא חש למה שכתבו התו' בדרך שמא א"כ מנ"ל לומר ואין ולאו ורפיא בידיה הרב החבי"ב. ועוד דאף דהתו' כתבו בדרך שמא היינו דוקא במקום שאסרו הכתיבה כתבו שמא בעשייה אין איסור אבל במקום שהתירו הכתיבה עצמה מנ"ל להחמיר במכשיריה. ועוד דהרי מצינו בסימן תקל"ו בענין הרכיבה כתב שם מרן בס"א מי שצריך לרכוב לטייל או לצורך המועד ולא ניסה ללכת ברגליו יכול ליטול צפורני הסוס ולתקן ברגליו והאוכף והרסן וכל צרכי הרכיבה ומדין זה למד המג"א בסקכ"ו דמותר לתקן הקולמוס. והדיו דליכא כ"כ מלאכה וא"כ גם גבי שירטוט כיון שהם באים לתיקון הכתיבה מותר לשרטט.. וכ"ת דהרי כתב הרב החבי"ב שם דהשרטוט אינו צורך הכתיבה דבלא שירטוט יכול לכתוב מה שירצה ואין השירטוט אלא ליופי הכתיבה שתהא מיושבת עי"ש. זה אינו שהרי גם בענין הרכיבה אם לא יעשה ויתקן צפרני הסוס היה יכול לרכוב וילך על גבי הסוס אפילו בלא תיקון אלא שאין הרכיבה מיושבת כי אין הסוס מהלך בטוב ועכ"ז התירו לו לתקן בח"ה מלאכה גמורה ומעשה אומן כדי לטייל בגנות ופרדסים א"כ כ"ש גבי שירטוט שיש כמה סופרים שאע"פי שיודעים להשוות השיטות עכ"ז כשיש שירטוט לפניהם יותר יש להם מנוחה ועונג וא"כ למה נצער אותם כיון שעיקר הכתיבה התירו להם לכתוב בחול המועד:

ולענין אם מותר לתקן חק תוכות בח"ה הנה מרן ז"ל בא"ח סי' ל"ב סעיף י"ח כתב אם נגעו רגלי הה"א והקו"ף בגג יגרור הרגל ויחזור ויכתבנו ואין צריך לגרור כל האות כי הגג כדין נכתב ואם נגע רגל האל"ף בגג האל"ף או פני האל"ף בפנים בגג שתחתיה פסול ואין תקנה להפרידה דהוי כחק תוכות אלא יגרור כל מה שנעשה בפיסול ויחזור ויכתבנו

עי"ש. מדברים אלו נראה שאין צריך לגרור כל האות אלא דוקא כנף האות שנדבק וגבי חול המועד מצינו שלא אסרו אלא להגיה אות אחת שלימה לכתוב אותה מחדש אבל לגרור קצת מן האות במקום שנדבק מותר. ועוד הרי כתבנו לעיל משם הרב החבי"ב שאפילו אות שלימה שנחסרה אם רישומה ניכר מותר לכתוב א"כ דכוותה נמי גבי חק תוכות אין בו מעשה אומן כיון שאין האות כלו חסר ועוד דבמקום שגורר רישומו ניכר מקום הגרירה והמתקנו אין בו מעשה אומן בתיקונו ולכן נראה שמותר לתקן חק תוכות אף בח"ה וכן נמי יש להביא ראיה ממה שכתב הרב פנים מאירות סי' ס"ו בתוך התשובה בס"ת שנמצא בו אות אחת יתירה אם מותר למחוק אותה והשיב דמותר והביא ראיה מההיא דסי' תקמ"ד דבורות ומעיינות של רבים שנפל בהם עפר מותר לתקנם אפילו אין רבים צריכין להם עתה כיון שאינו עושה מעשה אומן מינה נשמע דאף דהוי מלאכה גמורה כיון שאינו מעשה אומן מותר א"כ במחיקת האות אף שהיא מלאכה גמורה כיון שאינה מעשה אומן מותר עי"ש. א"כ גם בנ"ד גבי חק תוכות שאין צריך לגרור כל האות כלו אלא כנף ממנו לגררו ובמקום שקולף רישומו ניכר וכל אדם יכול לתקנו ואינו מעשה אומן מותר לתקנו אלא שהראיה שהביא הרב פנים מאירות איני מכיר דמדבריו אלה נראה דכל דבר שאינו מעשה אומן מותר לתקנו ואפילו שאינו צורך המועד והרואה יראה להרא"ש ז"ל שכתב הטעם דגבי בורות ומעיינות אע"פי שהוא טורח גדול ובפרהסיא וכיון מלאכתו במועד אעפ"כ שרי לפי שצרכי רבים אין לגמרם אלא בשעה שהם בטלים ומתחברים כולם ואם לא יעשו עכשיו לא יעשו לעולם וכ"כ מרן ז"ל בש"ע וא"כ מנ"ל ללמוד שבכל מקום שאינו מעשה אומן מותר לעשות במועד כי דוקא בורות ומעיינות שאם לא יעשו עכשיו לא יעשו לעולם אבל לא בכל מקום הדבר כן דאלת"ה הי"ל למרן לומר סתם כל דבר שאינו מעשה אומן מותר לעשות במועד ויותר יפה לו להביא ראיה שהביא הרב החבי"ב ממה שלא אסרו הפוסקים אלא כתב אשורית שהוא מעשה אומן אבל כתב שלנו מעשה הדיוט הוא ושרי:

וראיתי להרב מחצית השקל שהביא דברי הרב החבי"ב הנז' בשיירי א"ח גבי שירטוט ונסתפק בדעת הרב החבי"ב אם הוא חולק על דברי המג"א שהתיר עשיית הדיו והקולמוס או ס"ל דשרטוט גרע מדיו וקולמוס עי"ש. ולפקד"ן דודאי השירטוט גרע מדיו וקולמוס ובדיו וקולמוס אף הרב החבי"ב מודה שמותר דאי אפשר בלא"ה ובמה יכתוב ועיקר הכתיבה הכשירו וה"ה כל מה שצריך לה אבל השירטוט אינו צריך כ"כ שהרי כתב שם הרב החבי"ב דמן הדין אין צריך לשרטט כ"א דוקא שיטה העליונה ושאר

שירטוט של שאר שיטות אינם אלא ליופי הכתיבה ולכן יש להסתפק בהם משא"כ בקולמוס ובדיו:
נאום הצעיר אברהם דיין ס"ט

סימן חי

שאלה ראובן שהיה ישן בבית בלילה עם אשתו ואין איש בבית זולתי הוא ואשתו ויהי בחצי הלילה שמע בבית קול מלחשים ויתמה על הדבר ומיד קם והלך לאשתו למטתה וירא כי הן איש שוכב במטת אשתו וצעק עליו מי אתה ומיד קם ופתח דלתי הבית ויצא אמר לה לאשתו מי הוא זה האיש אשר אתך במטה ותאמר לו יהודי פ' השכן הוא תמיד רודף אחרי לפתות אותי ואני בורחת מפניו ועכשיו בא אלי במטה ואני שלחתי ידי אל זקנו וראיתי שאין לו חתימת זקן ומיד הרגשתי שאיש זר בא אלי והייתי דוחה אותו ומתחננת אליו שילך מעלי. א"ל בעלה למה לא צעקת בקול רם א"ל אני מתפחדת שלא ישמעו השכנים וישיאו אותי עון אשמה על לא חמס בכפי וכראות הבעל את הדבר הרע הזה שאיש זר במטתה עבר עליו רוח קנאה וקנא את אשתו וא"ל שאילולי שאת אוהבת אותו לא היה לו עזות מצח כ"כ לבוא לשכב במטתך ואת יושבת בצידי ובודאי שבאתם לידי עבירה ועושה עצמך כשרה והתחיל להתקוטט עמה ועלה בדעתו לגרשה מעל פניו בעל כרחה והוא מהאנשים אשר נשבע לה בעת הכתובה שלא יגרשנה בעל כרחה והיא צועקת במר נפש מה היה בידה לעשות כי לא עשתה שום פריצות ולא הלכה עמו לבית הסתר ועתה האשה ההיא נפשה לשאו"ל הגיעה אם יש ממש בדברי הבעל שיכול לגרשה בעל כרחה בטענה זו או לא ויבוא שכמ"ה:

תשובה כתב הרשב"א ח"א סי' רמ"ט על איש אחד שמצא איש אחד שוכב במטה עם אשתו אבל לא ראה אותם כדרך המנאפין וכשראה אותו הנטען ירד מן המטה ואמר בפני הקהל שהוא שכב עמה כמה פעמים ואמרת שאע"פי שאין להוציאה מתחת יד בעלה בב"ד ע"י אותו רשע אם מאמינו כבי תרי חייב להוציאה ושכן כתב הרי"ף וכו' עי"ש מדבריו אלה נראה דדוקא אם העיז איש רשע בפניו ואמ' ששכב עמה כמה פעמים וגם הבעל הוא מאמינו כבי תרי משא"כ בנ"ד שהאיש והאשה שניהם לא הודו בשום דבר ואומרים שלא עשו שום עבירה מהיכן יוכל הבעל לומר שבאו לידי עבירה וכ"ת שהרי עיניו ראו ולא זר שהוא שוכב עמה במטה אכן נראה שאין זה כלום שהרי בנדון הרשב"א אפילו שעיניו ראו ולא זר שאיש זר שוכב עמה עכ"ז לא חש לדבריו אלא דוקא במה שראה שאמר שהוא שכב עמה כמה פעמים ואמר שהוא מאמינו כבי תרי משא"כ

בנ"ד שלא הודה הנטען בשום דבר ועוד כי האשה נתנה אמתלא לדבריה שמה שלא הרימה קולה כרי שלא יוציאו עליה שם רע כי הן בעון אפילו על עסקי חנם מוציאין שם רע כ"ש על ענין מכוער כזה שאיש זר במטתה. ועוד כי בנדון הרשב"א נראה שהאשה שותקת ולא כתב שהאשה מכחישתו נראה שהיא שותקת ואפשר שהשתיקה כהודאה משו"ה אמר אם מהימן ליה כבי תרי חייב להוציאה משא"כ בנ"ד שלא הודית האשה בשום דבר וכן נראה מדברי מרן ז"ל בש"ע א"ה סי' קט"ו ס"ו מי שראה אשתו שזינתה או שאמרו לו אחד מקרוביו וכו' בין שהיה האומר איש או אשה הואיל וסמכה דעתו לדבר זה שהוא אמת ה"ז חייב להוציאה עי"ש נראה מדבריו דדוקא כשראה שזינתה בפניו יכול להוציאה אבל אם לא ראה אותה שזינתה אע"פי שעשתה דבר מכוער לפניו אין חייב לגרשה וא"כ בנדון דידן שלא ראה שזינתה אין חייב להוציאה והנה בנ"ד האשה ההיא מכחשת לבעל באומרה שלא עשתה כלום ומצינו להרשב"א ז"ל שכתב בסי' אלף רל"ז דהא דאמרינן אי מהימן לך כבי תרי זיל אפקה אלא דוקא באינה מכחישתו אלא שותקת אבל במכחישתו לא דעד אחד בהכחשה אפילו בעלמא לאו כלום הוא וכ"ש בדבר של ערוה עי"ש וא"כ בנ"ד אפילו שנאמר שהנטען אומר שבא עליה כיון שהיא מכחישתו עד אחד בהכחשה לאו כלום וא"כ כ"ש בנ"ד שהנטען כופר והבעל אינו טוען ודאי אלא שאומר שמא זינתה ודאי דלאו כלום הוא:

עוד יש להביא ראיה לנ"ד ממה שכתב הת"הד בפסקים וכתבים סי' רכ"ב באשה שאמרה והודית ששכב עמה כתב שם שנוכל לפרש דבריה ששכב עמה דרך איברים או גיפפה ונשתגע עמה והנשימו המנאפין אבל גוף המעשה לא עשו והביא ראיה מתשו' דשייכי וז"ל תשו' דשייכי. סי' ח' שנשאל על כהן אחד שראה לאשתו שהולכת נגד בחור אחד במקום יחוד ושהו שם כדי שעה קטנה לא שיעור טומאה ושוב פעם אחרת הכהן היה שוכב על מיטתו ומאחר הכותל שמע מקול נשימתם שקלקלו אבל לא ראה גוף המעשה רק ששהו כדי טומאה וסמך אזנו לכותל ושמע קול מנשמין ומחמת זה רצה לאוסרה על עצמה ושאלה זו הביאה הרשב"א ז"ל בסי' תתל"ב ותתל"ג וכתבו שניהם שם דמהר"ר יחזקאל אסרה וכתבו שם דחכם שאסר אין חבירו רשאי להתיר ואם הייתי שם הייתי נושא ונותן עמו כי קי"ל אין אוסרין על היחוד ואין אוסרין אלא בקינוי וסתירה או כשיראו אותם בקירוב כשר כדרך המנאפין אבל במה שישמעו אותם שהם מנאפין אין זה כלום כי מה שייך שמיעה במנאפין ואפילו שמעו אותם שהם מנשמין מה בכך שמא היו משתגעין בדרך שחוק עי"ש. הנה מדברי הת"הד הנז' נראה שאפילו האשה הודית ששכב עמה אנו אומרים ששכב עמה דרך איברים ומפרשין שכך כוונתה כ"ש בנ"ד

שהאשה אומרת שלא נגע בה כלל ופי' שיחותיה שמיד שבא למטתה דחקה אותו בידים ולא נגע בה מעולם ואף שכתב הת"הד אח"ך אמנם אחרי דמהר"א וכן אתון דיינתון אהך עובדא כאילו אמרה טמאה אני לך גם אני אדון אכה"ג עי"ש אכן נראה דדוקא בנדון דידיה שבאמת המשרתת הודית לדברי הבעל בית שהיה אצלה ושכב עמה ויש שם עוד רגלים לדבר כמבואר שם וגם המשרת הודה ששכב עמה ונמצא ששניהם הודו שעשו מעשה אלא שהאשה דברה דבר דמשתמע לתרי אנפי אבל בנ"ד הנטען כיחש ואמר שלא עשה שום דבר ואף היא תשיב אמריה שהיתה דוחפת אותו בידים ולא הניחתו ליגע בה כלל ובכה"ג דנדון דידן אף הרב תרומת הדשן יודה בזה. ועוד מתשובות דשייכי נראה וגם מתשובות הרשב"א הנז' דאפילו ידע קודם זה שהבחור רודף אחריה ואח"ז נתיחדה עמו ואח"ז שמע ג"כ שהיו מנשמין ואין לך אומדנא גדולה מזו ואפ"ה התירה אילולי חכם שאסר אין חבירו רשאי להתיר א"כ כ"ש כשהבעל לא ראה כלום מכל הנז' כ"א דוקא קול מלחשין ומנ"ל שהלחש הוא שהיתה מדברת על לבו שילך ממנה והראיה שלא הלכה עמו לבית הסתר או לחצר ועוד כיון שבעלה בצידה למה לו לחישות יעשה חפצו וילך לו:

גם מצאתי להרב עבודת הגרשוני סי' ז"ך שנשאל על אשה שהיתה ישנה ובא אצלה איש והיא אומרת שלא בא עליה והביא ראיה מדברי הרמב"ם בפכ"ד מה' אישות שכתב כיצד היא יוצאה משום שם רע כגון שהיה שם עדים שעשתה דבד מכוער וכו' אבל כשאין שם עדים שהאשה עשתה דבר מכוער אע"פי שהוא עשה מה שעשה אין לאוסרה כלל ונראה דבנ"ד היה שבאו עדים שהנואף שכב עמה במטה ולא ראו שבא עליה והיא היתה אומרת שהיתה ישנה ולא הרגישה אם שכב עמה וכתב דבנ"ד מ"מ נאמנת ופשיטא לענין זה לומר שלא ידעה אם היה במטה אצלה אם לאו כי אין זה רחוק כ"כ כי אפשר שבא לשכב במטתה ולא הרגישה וזכר לדבר רות ובועז וא"כ אין כאן עידי כיעור כלל כי אין העדים מעידין שבהקיץ הניחה את הנחשד לשכב אצלה ואין לאסור אשה על בעלה ע"י עידי כיעור אפילו לדעת המחמירין אלא כשעשתה דבר מכוער ביותר כמ"ש בתשובותו משם מהר"ם מלובלין ז"ל. וכתב עוד וגדולה מזו נראה שאף אם אמרה שבא עליה כשהיתה ישנה ולא הרגישה כלל רק שמצאה טיפי זרע בסדין ועי"כ אומרת שבא עליה נמי נאמנת לומר שלא הרגישה שבא עליה במיגו שהיתה יכולה לומר שלא בא עליה כלל כיון שאין העדים מעידין שבא עליה מכ"ש בנ"ד שנאמנת לומר שלא בא עליה כלל עי"ש. הרי מדבריו אלה נראה להדיא שאפילו יש רגלים לדבר ששכב עמה שמצאה טיפי זרע בסדין ועכ"ז אינה נאסרת על בעלה לפי שהיא יכולה לומר שהיתה ישינה והיא

אנוסה ואפילו שזה רחוק מהמציאות עכ"ז היא מותרת לבעלה א"כ כ"ש בנ"ד שאומרת שהיתה ישינה כשבא לשכב במיטתה ומיד שהרגישה בו שאינו בעלה שלא היתה לו חתימת זקן דחקה אותו מעל מטתה ומה שלא צעקה כבר נתנה אמתלא לדבריה שאפי' על עסקי חנם מוציאין שם רע כ"ש כשיש מקום לדבריהם אכן מה שהביא ראיה מרות ובועז לא הרגיש בה בועז לפקד"ן שאינה ראיה דהתם גבי רות לא נתכוונה לשום דבר כי אם עיקר ביאתה אליו לרמוז לו שהוא גואל ולכן שכבה במרגלותיו ולא הרגיש ועוד כי לא שכבה בצידו אלא במרגלותיו לכן לא הרגיש אבל זה האיש ששכב בצידה ועוד כי לא יכלה ממנו חיבוק וגיפוף ואיך אפשר לומר שלא הרגישה בכל זה ויתכן לומר שבעת שראו אותו העדים ואז עדין לא עשה שום דבר וצעקו עליו ואז באותו עת הרגישה והקיצה משנתה וברח והלך לו:

עוד ראיתי למהר"א זאבי הובא בס' חוט המשולש סי' י"ד באיש אחד שהודה ולא בוש שהוא כרוך אחר האשה הזאת זה חמש שנים ובא עליה כמה פעמים והיא חשקה בו ומתקנת לו כמה מיני מאכל והולכת לו ברצונה והיא גם היא העזה פניה ותאמר לו שהכל אמת אמנם זה ז' חדשים עזבתיהו והלכתי אחר אהרן מפני שהוא עשיר וממלא חסרוני והשיב מהרא"ז הנז' כי הודאה אין כאן וגם לא שויתה נפשה חתיכה דאיסורא דאפשר דהיה ממלא תאותו בחיבוק ונישוק ולא באו לידי מעשה האיסור דכל זמן שלא אמרה האשה בפירוש שהיא נטמאת וזינתה עמו לא שייך לומר שויתה נפשה חתיכה דאיסורא דומיא דהאשה שאמרה אשת איש אני שהאיסור מפורש בפיה והביא ראיה לדבריו מההיא דהת"הד סי' רכ"ב הנזכר דכתב דאע"פי שבאו דבריו אלה אחר דברי המשרת שאמר שזינה עמה אפ"ה כתב הרב שנוכל לפרש דבריו כאמור לעיל. וכתב עוד שם דהמעיין שם בדברי מהרא"י יראה בבירור דהרב סבר דכל שלא אמרה בפי' שנטמאה עמו לאו הודאה היא אפילו לסברת הרבנים הדנין שם נראה דלא אמרוה כי אם שם מפני שראו דבריו על דברי המשרת שהודה שם על גוף המעשה אבל בנ"ד פרשתו של אהרן סתומה פשיטא דלא הוי הודאה עי"ש. מדבריו אלה נראה שאפילו הודית האשה שהיא רודפת אחריו למלאת חסרונה אנו מפרשין למלאת חסרונה במה שצריך לה וממלא תאותו בענין אחר א"כ כ"ש בנדון דידן שאמרה האשה שלא נגע בה בגוף המעשה כלל ולא הודית לו בשום זמן והן היום היא אנוסה ומה בידה לעשות והראיה שלא הלכה עמו לבית הסתר ואם היא חושקת בו ורודפת אחריו א"כ למה לה לשכב עמו סמוך למיטת בעלה ולמה לה לקול מלחשין ואדרבה היתה מקבלת אותו בשתיקה שלא ירגיש בהם הבעל. ועוד כי בנדון הרשב"א שמע הבעל קול מנשמין כדרך איש

ואשתו ואעפ"כ כתב שם הרב כי מה ששמע הבעל יש לומר במיעוך שדים ושגעון ומן השיגעון ההוא שמע קול נשימתן עי"ש. הרי שלך לפניך שאפילו ששמע הבעל באזנו הכיעור ההוא אפ"ה כתב יש לומר מיעוך שדים א"כ כ"ש בנדון דידן שלא שמע כ"א קול מלחשין דאפשר לומר שהיא מתחננת אליו שילך מאצלה שלא ירגישו שכנותיה ויוציאו עליה שם רע ומה גם שהבעל קודם לזה לא ראה ממנה שום פריצות לא עם זה ולא עם אחר. ועל הפעם הזאת שמתריס הבעל ואומר שרצונו לגרשה בלתי שום אומדנא ועל לא חמס בכפה יש מקום לומר על כיוצא בזה עיניו נתן באחרת ורוצה למלט נפשו מן אריה דשבועה דקאי עליה כחומה נשגבה שנשבע לה בעת הנישואין שלא יגרשנה בעל כרחה כי אם מדעתה ורצונה ובלתי עלילה זו לא יוכל לגרשה ועל כיוצא בזה כתבו הפוסקים ז"ל ובראשם הרשב"א ז"ל דבזמן הזה שיש חרם רגמ"ה שלא לישא אשה על אשתו ושלא לגרש בעל כרחה חזר הדין שלא נאמין להבעל אפילו אם אמר שהוא ראה שזינתה דשמא עיניו נתן באחרת ואם לא יגרש את זאת לא יהבי ליה אחריתי ולכן אינו נאמן וכ"כ המרדכי בקידושין וכ"כ מהרי"קו שורש ק"ז וכ"כ מהראנ"ח סי' מ"ה וסמך ידו על סברא זו ונראה מדבריו שאין שום חולק על סברא זו וכ"כ מהר"י באסן סי' פ"ו:

ומהראנ"ח שם כתב להדיא דלא אמרינן שאם בא עד והעיד ה לאשה שזינתה והבעל אומר שהוא מהימן ליה כבי תרי שחייב להוציאה אלא לדינא דהש"ס שיכול כל אדם לישא אשה אחרת על אשתו ולגרשה בע"כ אבל כשהוא אסור בגירושיה כגון שנשבע שלא לגרשה בע"כ ועל ידי האמנת העד אנו באים להתיר איסורו הוי חומרא דאתי לידי קולא וכו' ועוד דשמא יכול לגרשה בע"כ ואפילו שאומר שנאמן עליו העד כבי תרי לפי דשמא עיניו נתן באחרת א"כ כ"ש בנ"ד שלא ראה אותה בעלה לגרשה אינו נאמן בדבר זה כי שמא עיניו נתן באחרת:

עוד יש לומר דהא כתב הרמב"ם בפכ"ד מה' אישות ופסקו מרן בב"י על אשה שזינתה תחת בעלה בשגגה שסברא שהוא בעלה ונמצא שאינו בעלה או באונס שהיא מותרת לבעלה וא"כ יש לומר דבנדון דידן יש לה מיגו שנאמין אותה במה שאמרה שלא נגע בה הנטען מיגו שהיתה יכולה לומר שסברא שהוא בעלה ולא הרגישה שאינו בעלה ער לבסוף שהרגישה בו ודחקה אותו:

וגדולה מזו ראיתי להרב באר מים חיים ח"ב סי' א' שנשאל בנדון דידן בבחור אחד ששכב עם אשה במטתה והיא אומרת שלא הרגישה בו ושכב עמה עד אור הבוקר כתב שם שאין זה ידים ולא רגלים לומר ששכב עמה ועשה עבירה דאפשר שלא ידעה היא וכשהרגישה שהוא שוכב עמה במיטתה גערה בו וריחקתה אותו מעליה עי"ש. הרי

להדיא שאפילו שהיה שוכב עמה כל הלילה עם כל זה כתב הרב שאין כאן ידים לדבר לומר שעשתה עבירה א"כ כ"ש בנדון דידן שהיה הדבה בתחילת הלילה ומיד שהרגיש בו הבעל ברח והלך לו:

והנה לכאורה דברי הת"הד הם תמוהים דמאחר שהאשה אמרה ששכב עמה למה לן לומר ולפרש דבריה שכוונתה ששכב עמה דרך איברים או חיבקה ונשתגע עמה והנשימו המנאפין אבל גוף המעשה לא עשה עמה שום דבר ומה גם בההיא תשובות דשייכי שראה בחור רודף אחריה ופעם אחת ראה אותם שנתיחדו כדי טומאה ושמע קול נשימתן מאחורי הכותל ולמה לן להפך בזכות האשה כ"כ והוה לן לומר הלעיטהו לרשע וימות אכן יש לומר כי מצינו למהרא"ש בסי' י"ז בשנים שראו מן נקב הדלת לנואף והנואפת שהם מזנים ובאו והגידו לב"ד ושאלו הב"ד להם אימתי נעשה הדבר הזה והשיב אחד מהם קודם תענית אסתר בשני ימים והשני אמר יום ה' יום ו' א"ל הרי ביום ה' היה פורים ואמר לא ידעתי באיזה יום והחזירוהו עוד פעם שנית ואמר לא אמרתי ביום ה' אלא אמרתי איני יודע וכתב הרב שם שאלו העדים אע"פי שלא נמצא להם שום פיסול הם ידועים שהם רקים וכיון שזה אומר כך וזה אומר כך עדותן מוכחשת היא ובטלה וכתב דלאסור אשה לבעלה ע"י עדים הם כדיני נפשות וצריכין דרישה וחקירה ולכן תמה שם על הב"ד דכיון דנתקבל עדותן בב"ד וכבר הוכחשו בפעם הראשון א"כ למה קבצום פעם שנית לראות מה בפיהם לראות אם יאמר הראשון כמו שאמר השני לקיים האיסור והרי בפ"ק דפסחים וכו' וכתבו התו' שם דלהחמיר ולקיים עדותן לא בדקינן להו וכו' ולבטל עדותן בדקינן להו משום דכתיב והצילו העדה ובעינן עדה מצלת ולא לקיים עדותן עי"ש. מדבריו אלה נראה דגבי עדות אשה כדי לאוסרה על בעלה צריכין דרישה וחקירה כדיני נפשות משום דכתיב והצילו העדה ולכן כמו שמצינו גבי הורג נפש שאע"פי שבאו עדים והעידו עליו שהוא רשע והרג את הנפש וההרוג לפנינו עם כל זה התורה נתנה לנו רשות להפך בזכותו ולהצילו א"כ גם גבי עדות אשה אע"פי שראינו שהיא רודפת אחר הנואף ויש רגלים לדבר עכ"ז כל מה שנוכל לפרש דבריה שיהיה בהם הצלה לאשה אנו מפרשין אותם. כדי שלא לאוסרה על בעלה ובזה נחה ושקטה תלונת המלינין והמחייבין לאשה ואומרים דכיון שהאשה הזאת עשתה כמה פעמים דבר מכוער וקרובים הם לודאי שעשתה עבירה ובפרט בנדון מהרא"ש הנז' ששני עדים ראו אותם מן החור שהם מנאפין ובאותו יום שעשו העבירה לא באו לב"ד אלא אחר כמה ימים ולא נתנו דעתן לכוין את הזמן ועכ"ז לפי שלא כיוונו את העדות הכשיר האשה לבעלה ובודאי הטעם מסתבר הוא שמצינו שהתורה חסה על הרשעים ונתנה

לנו יד לחפש בזכותן ובזה נראה שלזה כוונו במ"ש חז"ל מנין לתלמיד שיושב לפני רבו ורואה זכות לחייב שחייב לומר וכו' דלכאורה קשה דהא פשיטא דאם יודע לו זכות שחייב לומר ומה לי רב ומה לי תלמיד אכן ע"פי האמור א"ש והוא דמנין שאפי' תלמיד שיושב לפני רבו ורואה שרבו וכל הסנהדרין הסכימו שחייב מיתה והתלמיד רואה שיש לו זכות אלא שאומר דכיון דהוא רשע וב"ד חייבוהו מיתה א"כ איש כזה אין לרחם עליו ת"ל מדבר שקר תרחק דעכ"פ כיון שהוא יודע לו זכות חייב לומר יען התורה חסה על הרשעים וכו' כנז' ואפילו יודעו ומכירו שהוא רשע גמור בענין אחר אינו רשאי לשתוק מללמד עליו זכות:

והנה בנ"ד אפילו הבעל מודה שלא ראה שזינתה אלא שאומר מידי כיעור לא יצאה ועל כיעור זה רוצה לגרשה אכן כבר מצאנו למהר"ם מלובלין סי' פ' והביאו הבא"הט בסי' קט"ו סכ"ג דאם עד אחד מעיד על הכיעור אין חייב לגרשה אפילו אם הוא נאמן עליו כבי תרי עי"ש. וא"כ ע"י כיעור אין יכול לגרשה וכ"ש בנ"ד דאפשר דאפילו כיעור אין כאן דמה בידה לעשות ומה שלא צעקה כבר נתנה אמתלא לדבריה וא"כ היאך יכול הבעל למלט את נפשו מאריה דשבועה דרביע עליה:

אחר זה הבעל הביא שלשה ב"א ושיחד אותם בממון ובדברים וידעו שאסור להתיר נשבע על דעת חבירו ועכ"ז התירו לו אכן נראה שלא עשה כלום שהרי מצינו להרב החבי"ב בי"ד סי' רכ"ח הגהב"י אות ע' שכתב דאפילו למ"ד דבדיעבד אם עשו לו התרה מותר היינו כשחשב המתיר והשואל שמותר להתיר לכתחילה אבל אם ידעו שיש שם אוסר להתיר ואפ"ה התירו בכה"ג לאו דיעבד מיקרי ואינו מותר וכ"ש אם ידעו ג"כ דיש דעות דאפילו בדיעבד אינו מותר מהר"א בן גאמיל בתשו' כ"י וכ"כ הרא"ם בתשו' ח"ב סי' ח' והסכימו ארבעה רבנים עמו והובאה תשו' זו בח"א סי' ס"ד עי"ש. וא"כ בנ"ד שידעו המתירין שאסור להתיר ואפ"ה הם התירוהו בכה"ג אינו מותר ומדהביא הרב החבי"ב סברא זו בלתי שום חולק נראה שהיא מוסכמת אליבא דכ"ע ואפי' לדעת מרן שכתב דבדיעבד מותר היינו נמי בכה"ג שכתב הרב החבי"ב ואפילו את"ל שיש להסתפק בזה בדעת מרן מ"מ מידי ספיקא לא נפקא וספק שבועה להחמיר. עוד בה שכתב עוד הרב החבי"ב שם באות ע"ב משם הרדב"ז ח"א סי' רל"ח וח"ב סי' שנ"ז על ענין אשה שנשבע לה בעלה שלא ישא אשה אחרת והיא היום בת מ"ו שנים ופסק לה אורח כנשים והבעל לא קיים פריה וריביה והשיב דאם התירוהו אינו מותר דאל"כ לא שבקת חיי לכל בריה שמי שנשבע לחבירו לפורעו לזמן פ' ילך אצל ג' הדיוטות ויתירוהו ונמצא זה מפסיד את שלו וכזו לא שמענו וכו' וכתב עוד שם דאפילו למ"ד דבדיעבד מותר אם נשבע לתועלת

חבירו דאיכא דררא דממונא אינו מותר ואפילו את"ל דאפי' דאיכא דררא דממונא אם בדיעבד התירוהו מותר היכא דאיכא צערא דגופא אינו מותר עי"ש. ובנ"ד כלהו איתנהו ביה דררא דממונא שעל ידי זה מפסדת מבעלה המזונות והכסות וגם צערא דגופא ואע"ג דהרי"בש ז"ל השוה בין היכא דאיכא דררא דממונא ובין היכא דליכא דררא דממונא מ"מ היכא דאיכא צערא דגופא אפשר דגם הוא מודה דאם התירוהו דאינו מותר וא"כ בנ"ד לא עשה הבעל כלום במה שעשה התרה לפני ג' הדיוטות והנלע"ד כתבתי:
נאום האד"ן

סימן יט

שאלה פה אר"ץ בתוך שביל של בית הכנסת יש שם ז' בתי כסאות לק"ק יזיי"א וראובן גם כן יש לו בתוך חצירו שהיא סמוכה לבית הכנסת בית כסא ש"ך והביב של בית הכסא הזה הולך עד בתי כסאות הנז' ומשם הולכים לביב הגדול שיש בגינה של הק"ק והן היום לסיבה שהם קדירה דשותפי והפועלים של בית הכנסת עצלים ואין רוחצים אותם בכל יום נתרבה עליהם הריח רע מבתי כסאות הנז' וקמו יחידי הק"ק ואמרו לו לראובן שכל הריח הרע הזה הוא מסיבת בית הכסא שלך שהוא קרוב ומה שהם שיש להם ז' בכש"ך והוא יש לו אחד לא השגיחו על זה וטענו על ראובן לסותמו ויקנה לו דרך במאה מנה או יפרח באויר כי קי"ל בדין שאין מחזיקין בשל רבים ובשל הקדש כמ"ש מרן בסי' קמ"ט המחזיק בשל הקדש עניים או בשל בית הכנסת אין לו חזקה עי"ש. ומה גם כי חדשים מקרוב באו מזה עשרים שנה שבא אחד מיחידי הק"ק לסיבת מה וקירב יותר ביב של ראובן ועל ידי זה נתרבה הריח רע ביותר ולכן רוצים לסותמו וראובן משיב על ראשון ראשון ועל אחרון אחרון כי מה שטענו עליו כי אין מחזיקין בשל הקדש בית הכנסת הא ליתא כי מנ"ל שהמקום ההוא שלהם והוא החזיק בו אדרבה הוא קדם להם והם באו בגבולו שהרי ראובן טוען ששמע מפי זקנים שמקדם קדמתה היו בתי כסאות של הק"ק חוץ משביל בית הכנסת והוא היום חצר ונקרא בית חברוק ושם היו בתי כסאות ואפשר כי בשנת תקי"ו שבנה קעא חדשה ה"ר יוסף בכ"ר שבתי דיין נ"ע וחפר עד היסוד וראו הק"ק שתחת הקעא יהיה מקום מוצנע לבתי כסאות ודברו על לבו וקנו ממנו התחתון ועשו שם בתי כסאות והראיה שעוד היום אחורי בתי כסאות מערה של ראובן וזה החצר הוא ביד ראובן וביד אבותיו ואבות אבותיו משנים קדמוניות למשפחת בית אל דיין כידוע לכל יושבי האר"ץ והראיה כי מביתם יש מערה וקוברים בה צדיקים שבדור אכן לא יוכלו לקוברו שם עד שיקנו אחוזת הקבר ממשפחה הנז' וקבלה בידינו

כי הרב מהרש"ל בעל כלי יקר ושאר ספריו קבור שם זה למעלה משלש מאות שנים וקנה מהם קברו וא"כ נוכל לומר שע"מ כן נתן להם המקום כדי שיוליך משם הביב שלו ומה שטענו עליו כי אחד מהיחידים קירב המקום לפתח בתי כסאות שהוא על אם הדרך טוען ראובן כי אני יורש ולא ידעתי מכל זה ועוד כי הם היזק בהיות שהריח רע על פני הארץ הם יוציאו מכיסם ויעשו לו מדרון מתחת לארץ ולא יגיע להם ריח רע כלל והן היום יחדיו למשפט נקרבו ראובן ויחידי הק"ק לראות אם יש ממש בטענת היחידים או לא ויבוא שכמ"ה:

תשובה כתב הטור ס"סי קמ"ט והמחזיק בשל הקדש כגון הקדש עניים ושל בית הכנסת בזמן הזה אין להם חזקה שאין מוחה בעבור הקדש שאם ירד בו שום אדם יאמרו העולם שירד בו לקבץ הפירות לצרכי העניים ויהיו אצלו עד שיצטרכו להם העניים ואם יטעון שקניתיו מזט"ה כדרך שמוכרין ההקדשות זט"ה אם יודו זט"ה יש לו חזקה ואם יטעון שהלכו להם זט"ה או מתו נאמר לו אם מכרו זט"ה קלא אית לה למילתא וכיון שאין מי שיעיד בזה ויש לקהל עדים או שטר שאותו קרקע היה הקדש ולזה אין לו לא עדות ולא שטר במה שהוא טוען לאו כל כמיניה עי"ש. ומדבריו אלה נראה לדקדק לנדון דידן לפי דכתב דהא דזוכין הקהל וטענת היחיד בטלה לפי שהקהל יש להם עדים או שטר שהקרקע היא שלהם להקדש וראובן אין לו לא שטר ולא עדים אבל אם שניהם מוחזקין ביחד ואין לאחד עדיפות על חבירו ואין ידוע אם הקהל וראובן קנו שניהם ביחד או הקהל קנו תחילה ואח"ך קנה מידם ראובן ועכ"פ אין שם אפילו עד אחד שיעיד שהיא של הקהל אז בכה"ג יש לו חזקה וא"כ בנ"ד שלא יש שום עדות ושום שטר שיעיד שהביב של ראובן או של הציבור ואדרבה יש מקום לומר שכל המקומות של בתי כסאות הוא של ראובן והם קנו מידו ועשו שם בתי כסאות במערה א"כ במה כחם הקהל לומר שהיה המקום שלהם והרי הטור כתב דוקא כשיש לקהל עדים או שטר אבל בלא עדים ושטר אין להם שום עדיפות לקהל ובנ"ד אין להם שום עדיפות על ראובן להוציא מידו וא"כ בנ"ד שלא יש עדים או שטר לא לראובן ולא לקהל א"כ כל אחד יחזיק בשלו ואין להם למנוע אותו על דבר זה:

וכן ראיתי להרב ב"ד ח"מ סי' פ"ח שנשאל על אחד שבנה כותל נגד חלון בית הכנסת ברחוק ד' אמות דוקא וכתב שם ועוד דאפילו דהוי הך מילתא פלוגתא דרבוותא היה צד לזכות לבעל החצר לא מיבעיא אם נודע שהחצר קדם לחלון דאז בעל החצר יכול לבנות אפילו סמוך לחלון בלתי שום הרחקה שבעל החצר הוא המוחזק כפי דברי מהריב"ל ז"ל אלא אפילו אם אין ידוע אם החלון קדם או החצר קדם מ"מ אין האחד מוחזק יותר

מחבירו כיון שלא נודע מי קדם ואע"ג דהרבים ראוים להיות מוחזקים היכא דלא הוי פרעונות המלך לא משוינן להו מוחזקים ומצי היחיד לומר קי"ל כדין המוחזק עי"ש. הרי לך להדיא דבמקום שלא נודע מי קדם אין להוציא מיד המוחזק א"כ גם בנ"ד שלא נודע לנו מי קדם הקהל או ראובן כל אחד על מקומו יבוא בשלום ואין אחד יכול להוציא מיד חבירו כיון שיד שניהם שוה בו ומה יש לכל אחד עדיפות על חבירו:

וראיתי למהרימ"ט ח"א סי' קל"ב שהוקשה לו על דברי הטור הנז' במ"ש ואם טוען שקנה מזט"ה אם באמת מכרו לו קלא אית לה למילתא ממ"ש בפ' לא יחפור גבי מתני' דשובך לקחו אפילו רובע הרי הוא בחזקתו זאת אומרת טוענין ללוקח ופרכינן תנינן לקח חצר ובה זיזין וגזוזטראות הרי זו בחזקתן ומצריך להו תלמודא וכו' א"נ אחולי אחיל גבי בני ר"הר וכתבו התו' שם פי' זט"ה במא"ה שהרשות בידן וכו' אלמא דטוענין ללוקח ולא אמרינן אם איתא קלא הוי ליה למילתא ולא מזקיקנן ללוקח להביא עדים ותירץ דדוקא במחזיק עצמו הוא דאמרינן הכי שכל אדם שטוען טענה שאפשר לברר אותה מחייבינן ליה לברר וכו' ומיהו היכא דאי אפשר לברר כגון שעברו שנים רבות ומת כל הדור ההוא לא היינו מצריכין אותו להביא עדים א"נ אם מת המוחזק שהיה יודע מי נמצא שם בוועד ההוא אבל יתמי לאו בני איתויי ראיה הם וע"פי חילוקו זה דן שם הרב ז"ל בנדונו שהיה שם יתומים דטענינן להו שאביהם קנה מזט"ה עי"ש. וא"כ גם בנ"ד שראובן טוען כי מזה רבות בשנים שהיה שם בתוך חצירו בכש"ך ועוד שיש בידו שטר שהוא כתוב משנת התק"ם מזמן מר זקנו ז"ל שהיום הזה יש לו שבעים שנה וחתומים בו שני רבנים גדולים האחד הרב מוהר"ר אליהו לנייאדו ז"ל אחיו של מ"ור מהרש"ל בעל ס' בית דינו של שלמה ז"ל והשני מהר"ר ישעיה עטייה ז"ל בעל ס' בגדי ישע וכתוב שם שהיה בחצר ראובן בכש"ך ומזה השטר הוכחש אחד חכם בעיניו שאומר שהוא נכנס לחצר הנז' ויודע בבירור שלא היה שם בכש"ך ורצה לצרף עמו אחד מן הרקים ויבטלו חזקת ראובן ובראותו השטר כסתה כלימה פניו וא"כ נראה דטענת ראובן טענה אלימתא היא שטוענין להם שאביהם קנה מזט"ה שמועיל טענה ליתומים לפי דעת מהרימ"ט ז"ל ומה שטענו על הציבור שנתחדש שם שודאי שלא ברשות הקהל נעשה ולכן רוצים לסותמו גם בזה לא ידעתי מנ"ל הא שהרי גם בזה טוען ראובן שבימיו לא נעשה שום דבר והראיה שאין אחד מכל היחידים הנמצאים זוכר זה כי בימים שקדמו להם נעשה הדבר הזה ובודאי שעל אופן זה כתב מהרי"ט דכיון שהוא יורש ולא נעשית בימיו אנן טענינן ליה שהיחיד שעשה כדבר הזה הגיד לזט"ה ואבו והסכימו לעשותו כי היתה

תועלת גדולה לציבור בדבר הזה והגיד להם הנזק הנמשך מזה הדבר ולכן נתנו לו רשות לעשות מה שעשה:

והנה דברי מהרי"ט הנז' וחילוקו כל גדולי האחרונים קלסוהו הלא תראה להרב פרח מטה אהרן ח"ב סי' קי"ג אחר שהביא דברי מהרי"ט הנז' ודברי מהראד"ב סי' י"ו שהוא בר פלוגתיה דמהרי"ט כתב על דברי מהרי"ט שראויין הדברים למי שאמרן וראוי לקבוע הלכה כדבריו דטענינן ליורשים שאביהם קנה מזט"ה גם מהר"י קצבי סימן כ"ד סמך עצמו על דברי מהרי"ט וכתב עוד בנדונו דכל זה דוקא שידוע לכל שהכותל לק"ק אבל אם אין ידוע שהכותל מי בנאה דבכה"ג אין כח הק"ק יפה בכותל זה מבע"ה לא באבני הכותל ולא במקומו אע"ג שזה הוסיף לסמוך על הכותל מצד זה יותר מחבירו עי"ש. א"כ גם בנ"ד אין כח הק"ק יפה יותר מראובן כי לא נודע מי קדם ואפשר שהוא קדם להם ואף שיש מקום לומר שהם קדמו לו שהרי מקום קיבוץ המים שם בגינה של בית הכנסת במקצוע הגינה אין זה ראיה כי אפשר שאותו מקצוע היה של אבותיו של ראובן הנז' והם באו בגבולו:

וכבר כתבנו לעיל דבר פלוגתיה דמהרי"ט הוא מהראד"ב וכן הביא הרב החבי"ב מחלוקת זו ומעתה מי שהוא מוחזק יכול לומר קי"ל אכן בנ"ד לא ידענו מי הוא המוחזק אם הק"ק או ראובן אכן כבר נודע מדברי הפוסקים שהרבים הם מוחזקים אכן כבר כתבו האחרונים דהא דהרבים הם מוחזקים דוקא בענין המסים וכן ראיתי להרב בתי כהונה ח"א סי' י"ד שכתב על ענין ראובן שנתנו לו הקהל בית אחד במתנה ורצה לבנות טירדוש לפני נגד חלון בית הכנסת ברחוק ח' אמות וכתב ואחר כל האמור רצונם לדון במונח דאותו גבול דח' אמות מחלוקת שקול הוא וכו' ניחזי אנן בדידן מי הוא המוחזק וכו'. ולעד"ן דעלתה הסכמת הפוסקים דאין הרבים מוחזקים אלא דוקא במילי דמסים וסוגיין דעלמא הכי אזלא באופן שנ"ד אין לדון אותו אלא כראובן ושמעון עי"ש. ויש להבין דאיך קא פסיק ותני דאין הרבים מוחזקים אלא בענין המסים אבל לא לכל דבר והרי מצינו להרדב"ז ח"א סי' קע"ג ומהר"י הלוי סי' כ"ח שכתבו להדיא דהרבים הם מוחזקים ואפילו במילי דלאו מסים הם עי"ש. וא"כ הקהל קדוש יכולין לומר שקי"ל כהרדב"ז ומהר"י הלוי הנז' אכן נראה כי אין זה כלום כי ראיתי להרב חשק שלמה בכללי הקי"ל סימן כ"ה שאסף המזכיר סברת הפוסקים הם המדברים בענין כשהמחלוקת היא בחזקה עצמה דפשיטא ליה מילתא דאין לומר קי"ל וכיון שכן אזלינן בתר רובא עי"ש. וא"כ בנ"ד שהיא מחלוקת מי הוא המוחזק דלהרדב"ז והרי"הל הרבים הם מוחזקים ושאר הפוסקים והכרעתם דוקא במילי דמסים נקראים מוחזקים ולא בכל דבר וכיון

דבהא פליגי מי הוא המוחזק אזלינן בתר רוב דעות הפוסקים דס"ל דדוקא במילי המסים נקראים מוחזקים שהביא הרב חשק שלמה:

עוד נראה לומר דסברת הרב בתי כהונה הנז' הוא כסברת הפוסקים שהביאם הרב חשק שלמה הנז' שם באות ט"ו והוא דאם האחרונים הכריעו אפילו יש שנים מן הראשונים דמסייעי למוחזק כיון דכל הא האחרונים הכריעו דלא כוותייהו לא מצי לומ' קי"ל ומוציאין מיד המוחזק עי"ש. וא"כ גם בנ"ד כיון דהרב בתי כהונה כתב כי כבר עלתה הסכמת הפוסקים דאין הרבים מוחזקים אלא במילי דמסים וסוגיין דעלמא הכי אזלא א"כ אף שמצינו להרדב"ז והרי"הל שנחלקו בדבר אין יכול לומר קי"ל כוותייהו ואף שהרב ח"ש שם כתב דהרב גט פשוט בסוף כלל ג' כתב דאפ"ה מצי המוחזק לומר קי"ל והסכים על ידו הרב ח"ש הנז' מ"מ בנ"ד דהפוסקים נחלקים בחזקה עצמה אם הם מוחזקים אם לאו פשיטא דאפילו הרב גט פשוט יודה בזה דאין יכולין לומר קי"ל כיון דבזה פליגי ובר מן דין בנ"ד אין אנו צריכין לבל זה דבנ"ד ראובן המובא בשאלה הוא ת"ח ומצינו למור"ם בח"מ סי' ד' שכתב שהת"ח הוא מוחזק אפילו נגד רבים וא"כ יכול הוא לומר שקי"ל כמהרי"ט ז"ל:

עוד נראה לומר דבנ"ד אפילו מהראד"ב יודה בזה דראובן זכאי בשלו שהרי שם בסי' י"ו כתב אע"פי שהחוגי"ת כתוב בה שהקרקע היא של הקדש עניים מ"מ צריך עדים ברורים שיעידו שהיא שלהם אבל אם אין עדים ברורים אע"פי שכתוב כן בחוגי"ת ראיית החוגי"ת חספא בעלמא היא וכ"כ ג"כ הוא עצמו בסי' קל"ו עי"ש. וא"כ בנ"ד שלא יש עדים שהיתה שלהם מתחילה וראובן לקח מידם ויש מקום שאדרבה הם באו בגבולו ויש עד המסייעו וכדכתיבנא ראובן בשלו בלתי שום פוצה פה ומצפצף ומה גם בנ"ד שנשתהא בידו זה זמן מרובה והן היום יותר משבעים שנה שיש בידו חזקה זו מאבי אבותיו ויש שם עדים רבים ועצומים וחתימתן ניכרת לכל גדולי רבני אר"ץ יע"א ועוד כי מצאנו ראינו להרב פני אהרן סי' י"ג שכתב בתוך דבריו דלפי מ"ש מהרשד"ם סי' רמ"ט דהא דיורד ברשות אין לו חזקה היינו כשלא נשתהא כ"כ זמן בידו אבל אם נשתהא ט' שנים שאין רגילות להשהות כ"כ הוי חזקה גם מהר"י הלוי סי' הנז' כתב אבל בנ"ד שאין רגילות כ"כ להשהות זמן מרובה בלתי שום מחאה כ"ע מודו דהוי חזקה וה"נ בשותפין שאין מחזיקין זה על זה. שו"ר שכ"כ התוס' בהשותפין ד"ה לפיכך אם נפל הכותל המקום והאבנים של שניהם גם מרן בב"י סי' קנ"ז סי"ג הביא שהגהות אשירי כתבו דבנשתהא זמן רב יותר מכדי רגילות שותפין קפדי ויש להם חזקה זע"ז ומתוך

דברי מרן הרואה יראה שבפרט זה כל הפוסקים שוים עיש"ב. וא"כ לפי דברי הרב כי מרן הכי סבר מי יבוא אחר ה המלך:

עוד הביא כי הסמ"ע הוכיח כי הרמב"ם והרי"ף והרא"ש ס"ל דשותפין לא קפדי אהדדי אפילו שהא זמן רב ביד א' מהם והרב גד"ת הסכים דדעת הרי"ף והרמב"ם והרא"ש דכלהו ס"ל דבנשתהא זמן רב יותר מכדי רגילות יכול לטעון לקוח הוא בידי גם הרב ש"ך סי' קע"ט כתב דלכ"ע אם שהא מכדי רגילות הוי חזקה ומעתה הדבר שקול בדברי הפוסקים ואנן בדידן נחזי מי הוא מקרי מוחזק ועלתה הסכמתו כהסכמת רבותיו דשב ואל תעשה עדיף וארעא היכא דקיימא תיקום עי"ש. מעתה לפי כל האמור דראובן זה שחזקה זו היא בידו מזמן מרובה ואפילו את"ל דהיא לקהל מ"מ כיון שישנה בידו זמן מרובה יכול לומר לקוחה היא בידי מזט"ה:

עוד נראה לומר דבנ"ד אפילו מהראד"ב יודה דזכה ראובן בשלו שהרי שם בסי' י"ו הקשה דברי הטור אהדדי שבסי' קנ"ה גבי הרחקת שובך מן העיר שטוענין ללוקח לומר שראשון עשאו ברשות לא שנא נגד רבים ול"ש נגד יחיד וכו' ובסי' קמ"ט כתב דאם טוען שמכרו לו זט"ה הוי ליה קלא וא"כ איך טוענין ללוקח כן כיון שהוא אינו יכול לטעון כן דא"כ איתא קלא הוי ליה למילתא ותירץ דלא כתב כן דקלא אית לה למילתא אלא גבי מחזיק בקרקע עצמו של הקדש דהא ודאי אוושא מילתא שכירות קרקע הקדש ואית לה קלא אבל הרחקת שובך מן העיר דאין זו קניית קרקע ולא חסרון קרקע אלא דבר קטון הוא אע"פי שמכרוהו לית לה קלא עי"ש. א"כ נראה גם בנדון דידן שאינו מכירת קרקע אלא ביב לבית הכסא שלו ולא חסרון קרקע אלא מקום חלול מתחת לארץ שהולכים שם המים ולאו אוושא מילתא שמכרו זט"ה ובכי הא כ"ע מודו דיש לו חזקה אפילו נגד רבים וכ"ש בנ"ד דאין הרבים טוענין ודאי שהמקום שלהם אלא מאומד הדעת ובכי הא באומדנא אין להוציא ממון מיד המוחזק ועוד כי אפשר שהם באו בגבולו ונמצא כעת אם יסתמו לו המקום נמצא שהם לוקחים ממון שאינו שלהם וכן לא יעשה בעם קדוש כזה אשר הם שתולים ביראת ה' ושמעם הולך בכל המדינות:

ואיך שיהיה נמצינו למידין לדעת הטור דהטעם דאין מחזיקין בשל רבים וגם בהקדש עניים שני טעמים בדבר האחד דאין מי שימחא בעבור ההקדש כי הרואה יסבור שירד ללקט פירות לעניים ועוד דאם יטעון שקנה מזט"ה אומרים לו אם באמת קנית מהם קלא איתא לה למילתא ובנ"ד השני טעמים לא שייכי דאי משום שיסברו שירד ללקט פירות הא בנ"ד אינו ענין ללקט פירות ואי משום שאומר שקנה מזט"ה וקלא איתא לה למילתא הרי כתבו הפוסקים ופסקו הטור ומרן בסי' קנ"ג דכל דבר שאין בו חסרון קרקע דאין צריך

חזקת שלש שנים אפילו בדברים שהם תשמישים גדולים כגון פתיחת חלונות והוצאת זיזין וכ"כ מהר"י קצבי שם בסי' כ"ד וא"כ בנ"ד דלאו מידי חסריה לק"ק כ"א היזק הריח ולדעתם כי ז' בתי כסאות אין בהם ריח ומצד ראובן יש ריח ועכ"פ קרקע לא חסרם כי מי יאמר ויגלה שהמקום שלהם ולא של ראובן וכתב עוד שם דאף אם ידוע שהכותל והמקום של הק"ק לא שייך בזה לומר קלא אית לה למילתא אליבא דכ"ע ואין צריך לומר בדלא ידיע מי קדם אלא שהכותל היא מחיצה בינו ובין הק"ק דאיכא למימר בשותפות נבנה באופן שמעולם לא היה של הקדש לשנאמר קלא אית לה למילתא במכירתו וכיון דאי הוה איהו טעין הכי היה נאמן גבי יורשים נמי אנן טענינן להו בודאי אליבא דכ"ע עי"ש בד"ק. א"כ אף אנן נמי שאין ידוע מי קדם והם בשותפות יחד אליבא דכ"ע לגבי יורשין אנן טענינן להו וכאמור לעיל:

נאום הצעיר אברהם דיין ס"ט

סימן כ

מזה ימים רבים. כתבתי פסק דין אחד על ענין ראובן שנתחייב לבן דודו שמעון שיחלוק עמו בחזקת הכתובות שניהם כאחד טובים. ואחר זה נלב"ע שמעון ובא בנו לחלוק עם ראובן באשר נהג עם אביו זה ימים רבים. וראובן השיב כי לאביך יש עלי חיובים. אכן לך לא נתחייבתי ואם יש עלי חיוב היו דברי בספר נכתבים. ואני הדל העליתי בתשובה שזכה בן שמעון גם הוא בחזקה ודבריו נכוחים וטובים. והרציתי הדברים לפני מ"ור הרב הגדול מעוז ומגדול כמהר"ר אברהם ענתיבי ז"ל ולענין דינא אף הוא ראה שיפה דנתי ובודאי דלדברו מקשיבים. ונר אלהים טרם יכבה ואספו נגהם הכוכבים. עמד והדפיס הפסק"ד הנז' בס' הבהיר מר ואהלות בסי' קמ"ד כמו שיעו"ש ואולם שם באהלו סתר מדברי ואף שהארי אחר מותו אין משיבין. מ"מ לעצמי אני מציל דלא ליהוי כמאן דיליף ריקם נתעלסה באהבים:

אב בחכמה רבה דעמיה תורה יבקשו מפיהו שפתותיו שושנים נוטפות מור עובר. נחל נובע אשר בדברו מערי'ב ערבי'ם משמח אלהים ואנשים מאיר עיני חכמים בהלכה האיר אל עבר. נזר אלהיו על ראשו פה מפיק מרגליות דינא רבה ודינא זוטא מעין המתגבר. וכבר השמש יצא על הארץ בספרו הנחמד ס' יושב אהלים ושאר ספריו הנחמדים באהלי שם ועבר. מנ"ר ראש על אר"ץ רבה הרב הגדול מעוז ומגדול סבא דמשפטים כמהר"ר אברהם ענתיבי זל"הה:

כאור בקר יזרח שמש נסה עלינו אור פני מלך כתבא די רשים נהר פישון נאום הגבר. הוקם על שהקים עולה של תשובה בעיקרא דדינא ואולם מפרץ קא אתי לא נצרכה אלא לפילפולא מפרק כלאחר יד מפרק הרים ומשבר. וש"י ומה למל"ה שכן ישנה לפני הדיבר. דברי אלהים חיים שאין הפה יכולה לדבר. אמנם לעצמי אני מציל דלא ליהוי כמאן דיליף ריקם שבר על שבר. אי לזאת מהדרנא תלמודאי לאוקומי גרסאי ויורד ברשות אני וסמוכות שלי כי באמת אמרו ידע איניש דעתא דרביה דבהכי ניחא ליה ורבא נמי לחדודי הוא דבעי ע"מ שאדבר. וכך היא דרכה של תורה כל אחד מקבלה ואילך המקבל עליו להיות חבר. אנוס ע"פי הדיבר:

פתח דבריך יאיר רו"ם כת"ר דמהראנ"ח קרי בחיל מטעמא דבן כרעא דאבוה וכו' הנה דבריך טובים ונכוחים אילו בפירוש זה היית מתרץ איזה קושיא או דחיה מעל דברי מהראנ"ח ז"ל אבל כל עוד שבפי' זה אתה מפיל עליו ג' קושיות יחד א"כ מאן לימא לן דלא נימא דפי' כרעא דאבוה היינו שהוא גופו ממש ואין אדם אוהב יותר מגופו וא"כ פשיטא האב בעצמו שכתב מתנה ודאי דנימא דכוונתו על בניו ממש שהם כגופו ואין אדם מניח גופו ונותן לאחרים אבל אם אחרים הם שרוצים ליתן מתנה ולא פי' שגם בניו בכלל אנו אומרים שאין כוונתו אלא לאביהם דוקא נתן שהיה אהוב שלו אכן לבניו אין כוונתו ליתן שאין לו אהבה עמהם ואף שבניו הם כגופו מ"מ לגבי בניו כשנותנים לו אחרים שנא ושנא עוד מה שכתב כת"ר משי"ח על מה שתירצתי דברי הרשב"א דנקט טעם ההקפדה כדי שלא תחלק וכו' וכתבת דאין זה תירוץ דא"כ למה נקט בניו הו"ל לומ' יורשיו הנה מדברי משי"ח נרא' שסמכת על העתק שלי דברי הרשב"א כי הרואה יראה כי שם בח"ב סי' ש"א כתב שם בשאלה ובתשובה שהטענה היתה על בניו ועל הבאים מכחו ואף שבאמצע לשונו תפס בניו של המקבל מתנה הא לא איריא שבסוף דבריו סיים להדיא אבל בכל מקום שמכר או נתן לאב זכה האב וזכו בניו אחריו והבאים מכחו. ודוחק לומר דפי' הבאים מכחו היינו שמכר זכותו לאחרים והם באי כחו דבכל מקום משמע באי כחו היינו בניו ויורשיו וכ"ת לינקוט שאר יורשים וכ"ש בניו הא ל"ק דנקט מילתא דשווייא לתרוויהו בנים ושאר יורשים ועוד דהתם נדון דידיה שהיה עם המקבל מתנה ואגב אורחיה נקט טעמא שלא היתה ההקפדה כדי להשמיענו דגם ביורשים דינא הכי ולאו דוקא בניו:

ומ"ש כת"ר משי"ח עמ"ש לתרץ ההיא דס' חזה התנופה משום דאיכא לישנא יתירה וכו' ודחה כת"ר משי"ח שאני התם שהיה כתוב בו מעתה וכו'. ולדידי חזי לי דהא פשיטא דפי' מעתה ועד עולם היינו עולמו של אדם דהיינו זמן חייו וזה מוכרח דאלת"ה אלא פי'

מעתה ועד עולם היינו עד סוף כל הדורות א"כ למה נאמר שלא נתן אלא לבניו דוקא הרי בתחילה אמר שמעון ואשתו ומיעט בניו ואח"כ חזר וריבה גם לבניו במילת עד עולם ומאי שנא דסמכת אהאי לישנא דשמעון ואשתו הוי מיעוט ולא סמכת אהאי לישנא דמעתה ועד עולם דהיינו עד סוף כל הדורות אלא ודאי כיון שאמר שמעון ואשתו ומיעט בניו נוכל לתרץ דבריו מה שסיים ואמר מעתה ועד עולם פי' עולמו דהיינו זמן חייו. ומ"ש כת"ר משי"ח לתרץ על מה שהקשיתי על הפמ"א מדברי הריב"ש דהתשמיש הוי דבר שאינו מסויים ואיך כתב הוא ז"ל דהתשמיש הוי דבר מסויים וכתב כת"ר דהתשמיש הוי דבר מסויים דהבור נמכר בפ"ע ולא הבנתי את תירוצו דהתינח בור אבל שאר דברים מאי איכא למימר והפמ"א תפס בלשונו חצר ואיך הניח העיקר ותפס הטפל ועוד דבנ"ד אפי' הבור הוי שאינו מסויים שהרי כתב לו שישתמש בחצר ובבור ובב"הכ ומדכתב לו שישתמש ולא כתב לו שהם שלו משמע שישתמש עמו בשותפות וכיון שהוא שותף הא לא הוי דבר מסויים דלא הוי דבר מסויים אלא ששייר לו לבדו בית בבירה גדולה וטעמא דכיון דשיירו הוי כאילו לא נכנס כלל המשוייר בכלל המכירה וא"כ זה שאין לו בו אלא שימוש בעלמא לא הוי דבר מסויים. עוד במ"ש ויש לדחות וכו' וכתב כת"ר משי"ח אם שייר מקום להדיא בקרקע וכו' גם בזה לא הבנתי את דבריך דהא הרמ"ה כתב דכי שייריה למקום מעשר לאו לגמרי שייריה והוי כדבר שאינו מסויים דאם יורשיו יורשים אותו במה נפיק האי לוקח כיון שהקרקע של מקום מעשר אינה שלו אלא ודאי על כרחיך דכי שיירי לאו לגמרי שייריה:

גם כת"ר משי"ח עמ"ש לפרש דברי הראנ"ח כי אין זה פירוש לא ידעתי למה דהא כיון דהאם חייבה עצמה להשכיר לו שתי שנים ועוד חייבה עצמה להשכירו עוד אם ירצה א"כ הרי מעתה זכה הזוכה בכל מה שהסכימה דעתו לשכור אלא דהחילוק הוא דאם השכירו לשתי שנים מחוייבים שניהם אבל בשאר השנים הרשות בידו אבל האם מחוייבת היא להשכירו בכל מה שיסכים דעתו וא"כ הוי כאילו זכה האב בכל אותן השנים. ומ"ש לתרץ דברי הרב החבי"ב אנהירינהו לעיינין במ"ש כי ט"ס נפל בספרים וש"י. גם מ"ש אני עני על מה שהקשה הרב שמחת י"ט על מהראנ"ח מההיא דס' חזה התנופה דיש לחלק דהתם שאני וכו' וכתב כת"ר משי"ח דהא משנה ערוכה וכו' ואנכי עבד אברהם לא ידעתי מנ"ל שבכאן מיירי שלא נתן הבית עם תשמישיו ביחד אלא נתן החדר לחוד ולא הזכיר תשמישיו שהרי מדברי מרן נראה שנתן החדר לשמעון במתנה וגם נתן לו שישתמש בחצר ובבור שמעון ואשתו אלא משום דלגבי תשמיש הזכיר שמעון ואשתו אמרינן דאשתו הוי מיעוט וא"כ תשמיש החצר קנאו גם לגבי בנו אילולי כתוב

האי לישנא דהוי כמוכר דקל עם פירותיו דודאי יורש הפירות גם לבניו אפילו שאינו מסויים כיון שמכרו עם דבר מסויים דודאי דבר שאינו מסויים לא נוכל לומר שאין לו תקנה עולמית להורישו לבניו:

גם עמ"ש דא"כ הו"ל לרבי' למינקט רבותא וכו' וכתב משי"ח דדברים אינם מובנים דהא נקט רבי' רבותא וכו' כוונתי לומר דהו"ל לרבי' למינקט להדיא מילת אפילו והכי הו"ל למינקט כהן שמכר שדה לישראל וא"ל ע"מ שהמעשר שלי אע"פי שאמר לעולם אין זוכים בניו בזה והוה אגב אורחיה קמ"ל דפי' לעולם היינו עד סוף כל הדורות אבל עכשיו דנקט לעולם יש פנים לומר דפי' לעולם היינו עולמו של הנותן דהיינו זמן חייו לא כן אם היה אומר בפי' שאע"פי שאמר לעולם היו זוכים בניו אחריו:

גם מ"ש כת"ר משי"ח על דברי התנא דאין כאן מקום עיון ולא פליגי בזה הריב"ש והרמב"ן עם רשב"ם ע"כ. ולפקד"ן דעדין יש מקום עיון שהרי כתב הריב"ש להדיא דאיזה דבר יקרא מסויים כגון שישאר המכור לבד והמשוייר לבד ובכגון דא הוי משוייר אבל אם במה שמכר בעצמו משייר איזה דבר לא יקרא שיור וכן גבי מעשר אע"פי ששייר להדיא מקום המעשר בשדה מ"מ לא נודע איזה מקום שייר אלא מקום שיזרע בו אחד מעשרה ואין זה דבר מסויים כיון שאין יודעים איזה מקום שייר והכלל הוא לדעת הריב"ש שיהיה חלוק כל אחד לבדו המכור לבד והמשוייר לבד ואילו רשב"ם כתב להדיא והילכך שייר בידו מקום בקרקע הראוי ליגדל בה מעשר וכמו שאמר לו שדה שלי אני מוכר לך לאריסות ע"מ שתטול אתה ט' חלקים ואני חלק אחד שהוא עשירי וכו'. הרי נראה להדיא שלא נתן לו מקום ידוע בשדה ואפילו הכי משום יתור לשון אמרינן כמי שאמר לו אני מוכר לך שדה לאריסות וכו' משמע דאם אמר בפירוש אני מוכר שדה לאריסות יורשים גם בניו השדה ההיא אע"פי שאינו דבר מסויים וזה שלא בדברי הרמב"ן דלדעתו בעינן שיהיה כל אחד חלוק לבדו המכור לבד והמשוייר לבד ואף שכתב הנ"י אבל לענין שיהא משוייר לבניו אחריו לא כיון שלא הזכיר מקום השדה בשיורו אלא המעשר וקאמר שלי על המעשר עי"ש. נראה לי דפי' דבריו דשייר מקום אחד לבדו מסויים בשדה בשביל המעשר והיינו ששייר מקום שיעלה ממנו המעשר. וכ"ת א"כ במאי נפיק האי לוקח ידי חובתיה במעשר כיון ששייר מקום מיוחד ולא נכנס בכלל המכירה הנה קושיא זו לכל הפי' קשה דגם אם נפרש שלא שייר מקום ידוע עכ"פ צריכין אנו לומר ששייר מקום בשדה כדמשמע בגמ' ולהרמב"ם משום דכל המשייר לעצמו בעין יפה הוא משייר ולרשב"ם משום יתור לשון ועכ"פ לכלהו שייר מקום בשדה וא"כ במה נפיק האי לוקח וכבר נתעורר בזה הרמ"ה ז"ל והני רבוותא לא חיישי לזה

ואפשר דטעמא משום דכיון דמכר לו השדה מכל וכל אלא שהתנה שהמעשר שלו ואנן הוא דאמרי' משום דאין אדם מקנה דשלב"ל ודאי שכוונתו לשייר גם מקום בשדה ולא לקנותו לגמרי דהא כבר מכר את השדה אלא כדי שבשיורו יקנה המעשר שבו ואמרינן דקנה א"כ גם אם שייר מקום מיוחד בשדה חלק עשירי ממנה ושיירו להדיא בשביל המעשר אמרינן שגם בניו קונים אותו כי כל כוונתו בשיורו לאו לקנותו לגמרי אלא כדי לאכול המעשר כן נראה לפרש בכוונת הנ"י ז"ל:

או אפשר לפרש במה שיש לדקדק בדבריו דכך הול"ל כיון שלא הזכיר מקום המעשר בשיורו ומה הוא זה שאמר כיון שלא הזכיר השדה בשיורו אלא המעשר לכן נראה דהכוונה אבל לענין שיהא משוייר לבניו אחריו לא כיון שלא הזכיר השדה בשיורו ר"ל בשלמא אילו הזכיר מקום מיוחד בשדה אמרינן כיון שהוא מיוחד ומסויים ושיירו יורשים בניו אחריו ולאו משום מעשר אלא כיון שהוא מיוחד אמרינן שלא נכנס בכלל המכירה אלא נשאר לבדו וכיון שהוא נשאר לבדו יורשיו יורשים אותו אלא המעשר ר"ל שהוא לא הזכיר אלא המעשר והמעשר אינו דבר מסויים משו"ה אין יורשין אותו בניו וכ"ת אם סיים דבר מסויים מה חידוש הוא שיורשיו יורשין אותו כיון שלא נכנס כלל בכלל המכירה כבר תירץ הרמב"ן בזה שאע"פי שאמר שלי אפ"ה יורשיו יורשים אותו ובזה נראה שדקדקתי יפה בדברי המ"ל ז"ל ז

ומ"ש כת"ר משי"ח דאפשר דהרמב"ן יודה לרשב"ם היכא דהזכיר מקום השדה דזכו יורשיו דלאו מטעם דיתור וכו' לא ידעתי היאך נחה דעת עליון בזה שהרי רשב"ם כתב מטעם יתורא הוא וא"כ משמע דבמקום דליכא יתור לשון אלא שפירש להדיא זוכים בניו אחריו בין שיהיה מסויים ובין שאינו מסויים דהא העיקר הוא שלא יהיה יתור לשון וזה מוכרח בדבריו וכן פי' דבריו לקמן שכתב וכמי שאמר שדה זו אני מוכר לך לאריסות ע"מ שתקח ט' חלקים ואני חלק אחד וא"כ הוי דבר שאינו מסויים וכמ"ש הרמב"ן שאם שייר פירות בשל אחרים הוי דבר שאינו מסויים וא"כ איך אפשר לומר שהרמב"ן יודה לרשב"ם. גם במה שדקדקתי מדברי הרמב"ן שנראה כדעת הריב"ש וכתב משי"ח שהרמב"ן לא דיבר בזה ע"כ. גם אנכי ידעתי שהרמב"ן לא דיבר בזה אלא שדקדקתי כן מדכתב גוף ודאי דלוקח הוי נראה מזה שאפילו דלגבי דידיה בעין יפה הוא משייר מ"מ הגוף עצמו ודאי דלוקח הוא ואינו יכול למוכרו לאחר אלא שלגבי עצמו אמרינן כן משום דאין אדם משייר דבר שלב"ל ודוקא לעצמו אבל לאחרים לא:

גם מ"ש כת"ר משי"ח לתרץ למה שהקשה הרב ק"א על דברי הרב החבי"ב וגם מ"ש שעיקר כוונת הרב החבי"ב ועיקר קושיתו שאינו מדוקדק וכו' הרואה יראה כמה הוא

מהדוחק להעמיס דברים אלו בדברי הרב החבי"ב וגם מ"ש שעיקר כוונת הרב החבי"ב ועיקר קושייתו שאינו מדוקדק דברי רשב"ם במ"ש בברייתא משום יתור לשון דלאו משום יתור לשון אלא מחמת וכו' הרואה יראה דהיינו הך דגם גבי מעשר כל מה שהתנה תנאו אינו מעלה ואינו מוריד וכיון שאפ"ה יתר בדבריו והתנה בדבר שאינו מועיל אמרינן ששייר מקום וגם גבי דיוטא כן כיון שתנאו אינו מעלה ואינו מוריד דאפילו שלא התנה הדיוטא שלו וכיון שיתר לשון אמרינן להוצאת זיזין וכן פי' רשב"ם ג"כ גבי דיוטא משום דתנאי זה אינו מעלה דבלא"ה הרי הוא שלו של מוכר ועוד אם זה כוונת הרב החבי"ב לא ידעתי מאי קא מקשה דהא בש"ס הוציאו דין זה שהוא משום לישנא יתירה ממה שמצינו גבי מעשר בברייתא ואם זה לשון יתור לחוד ולשון אינו מועיל התנאי לחוד מאי קאמר ריש לקיש זאת אומרת וכו'. עוד במ"ש שמהרש"ך וכו' וכתב משי"ח שכבר קדמוני בזה מהריט"א בס' שמחת יו"ט גם אנכי ראיתי ג"כ למהריט"א אלא שמהריט"א לא הזכיר אלא התוס' והרשב"א ואני הוספתי שהוא א היפך ג"כ הראב"ד ורבינו יואל ז"ל:

גם מ"ש להבין לי דברי מהריט"א הנה מתוך דברי נראה שכבר גם אנכי ידעתי אלא דכוונתי פשוטה דמה יענה נגד כל הני רבוותא והם הרשב"א והתוס' והרמב"ם והראב"ד ורבינו יואל ומה מקום יש לחוש לדבריו נגד כל הני רבוותא מאחר שהוא יחיד בסברא זו ומה גם כי יש מקום לפרש דבריו כי לא פליג במ"ש הב"ח גם כתב משי"ח דדברים אלו קשים דכיצד נתרצה בזה קושית מהריט"א שהקשה וכו' ע"כ. ואני הדל במקומי אני עומד דשפיר נתרצה בזה קו' מהריט"א דמ"ש דאם הם עשירים בחיי אביהם ופטרו לו ודאי שהם מחוייבים על ממונם ולי נראה דאפשר במציאות דבחיי אביהם לא היו עדין נשואים ויש להם מנהג בעיר כי כל עוד שלא נשאו להם נשים פטורים הם מהעריכה וכשמת אביהם ונשאו להם נשים באו לפטור עצמם בטענה שכבר פטרתם את אבינו והקהל משיבין להם בשלמא אילו לא היה לכם כ"א אותו ממון שירשתם מאביכם שפיר כי כבר קבלנו טובה על אותו ממון שירשתם מאביכם אבל מכיון שהממון אשר בידכם אינו של אביכם שקבלנו ממנו טובה לכן אין אנו פוטרין אתכם ועל אופן זה הוא דאמרינן לי ולא ליורשי כנ"ל לפק"ד:

נאום האד"ן ס"ט

סימן כא

שאלה אלמנה שבעלה בעודו בחיים נתן לה מתנה חצר ובתים שבתוכה חוץ מסכי כתובתה ואחר שנלב"ע בעלה עמדה ומכרה תכשיטיה והיתה מתעסקת בהם לריוח היום ומהם היתה פרנסתה ואחר זה בראותה כי לא זכתה לבן כ"א בנות ואם לא תגבה כתובתה בני בעלה מאשתו השניה יורשין אותה ואם תגבה כתובתה מפסדת מזונות שיש לה מנכסי בעלה בכן נתנו לה עצה אנשים חכמים לישבע שבועת האלמנה ולא תפסיד מזונותיה כהוראת הרדב"ז בחדשות ח"א סי' תק"א ואז מה שתרצה תעשה בסכי כתובתה ואז כן עשתה האלמנה הנז' ועמדה לפני ב"ד ונשבעה שבועת האלמנה שלא התפיסה מבעלה צררי ושלא תפסה היא משלו זולתי התכשיטין הידועים לה ושלא בזבזה משל בעלה יותר מסך פ' שהניחו לה ב"ד לחומר שבועה וקודם שעשתה כל זה נתנה במתנה לבן בתה תכשיט אחד לנישואיו ואחר השבועה עמדה ונתנה לשתי בנותיה כל סכי כתובתה ואחר זה מתה האלמנה הנז' ועמדו בנותיה. לגבות כתובת אמם ובני בעלה טענו על אחיותיהם שרצונם לפסוק על אחיותיהם דמי התכשיט שנתנה לבן בתה והבנות טוענים כי מי יימר שתכשיט זה הוא מאביהם ודילמא אמם מעיסתה קמצה או במתנה ניתן לה או מציאה אשכחת לה וראיה לזה שהרי נשבעה שלא בזבזה ואם תכשיט זה הוא של בעלה היאך נשבעה עליו לשקר שלא בזבזה והיא נתנה במתנה תכשיט זה ועוד כי הרי יש לה ריוח משכירות הבתים ושמא מאותו ריוח קנתה תכשיט זה והן היום יחדיו למשפט נקרבו לדעת מה יעשה ישראל ושכמ"ה:

תשובה כתב הרדב"ז בח"א בחדשות סי' תקכ"ג על אלמנה שלא נשבעה על כתובתה ואוכלת על שלחן בנה ויש לה בת נשואה ובת הבן ובשעת מיתה נתנה מנכסיה לבתה ולבת בנה. והשיב בכל נכסי מלוג שלה או בנכסים שיש לה מבית אביה הדבר ברור שמתנתה מתנה כיון שאלו היא נוטלתן בלא שבועה ואין מקום לשאלה אלא בשאר נכסים ואין לומר שמא מעיסתה קמצה שהרי אוכלת משלחן בנה ואין לומר מציאה מצאה משום דלא שכיחא ואפי' אם הדבר ספק אם נכסים אלו אשר נתנה אם הם מנכסי מלוג או מנכסי בעלה על הבן להביא ראיה כיון שכבר מתה ומקבלי מתנה כבר זכו בה עי"ש. מדבריו אלה נראה דהא דאין האשה יכולה לומר מעיסתי קמצתי לפי שהיתה אוכלת על שלחן בנה וכיצד תאמר מעיסתי קמצתי כיון שאין חלוקה בעיסתה אבל היכא דלא היתה אוכלת עם היורשין אלא חלוקה בעיסתה ואוכלת ממה שקצבו לה ב"ד יכולה לומר מעיסתי קמצתי וא"כ בנ"ד שהיתה חלוקה בעיסתה יכולה לומר מעיסתי קמצתי ואע"פי שהאשה עצמה לא טענה טענה זו עכ"פ יכולין היורשין לטעון

כן דשמא מעיסתה קמצה והם שלה ואפילו את"ל דהדבר ספק אם מעיסתה קמצה או הם נכסי הבעל עכ"פ הבן כבר זכה במתנה והיא בידו ועל היורשין להביא ראיה שהם נכסי הבעל וכ"כ ג"כ הרדב"ז בח"א סי' קע"ו וסי' רכ"ג דאם יש נכסים שאינם ידועים לא לבעל ולא לאשה ויש זמן בנתים דאיכא למימר מעיסתה קמצה או מציאה מצאה או בירושה נפלו לה או במתנה תלינן בכל הני ולא מפקינן מיורשי האשה אלא בראיה ברורה שיביאו יורשי הבעל עי"ש. וכ"ת דעד כאן לא כתב הרב דזכו יורשי האשה במה שבידם אלא משום דעכ"פ יש לה כתובה ואף יורשי הבעל גם המה מודים שלא נתפרעה סכי כתובתה אלא שהם טוענין דשמא צררי אתפסה כיון שלא נשבעה על כתובתה ולכן באופן זה כתב הרדב"ז אם יש מקום לומר שמא מעיסתה קמצה או אופן אחר גובין אותו היורשין אפילו שלא נשבעה על כתובתה וגובין אותו מסכי כתובתה אבל בנ"ד אף את"ל דאשה זו כבר נשבעה שבועת האלמנה שלא התפיס' מבעלה צררי ולכן יכולין יורשיה לגבות כתובת' אבל עכ"פ יותר מסכי כתובתה אין לה ליקח. וא"כ איך יכולין היורשין שלה לקחת תכשיט זה עודף על כתובתה ודי להם במה שנזכה אותם בסכי כתובתה. הא לא איריא דהרואה יראה להרדב"ז בחלק זה ובספר ראשון סי' קע"ו ורכ"ג להדיא דלאו מטעם כתובה נגעו בה אלא משום דכיון דיש לנו מקום לתלות ולומר דמעיסתה קמצה או אופן אחר זכו בה יורשיה וראיה לזה ממה שכתב הרמב"ם בפ"ט מה' נחלות ה"ז גבי אחד מן האחים שהיה נושא ונותן בתוך הבית והיו אונות ושטרות יוצאין על שמו והוא אומר מבית אבי אמי נפלו לי בירושה או מציאה מצאתי וכו' עליו להביא ראיה וכן אלמנה שהיתה נושאת ונותנת בתוך הבית והיו אונות ושטרות יוצאין על שמה והיא אומרת וכו' עליה להביא ראיה בד"א באחין ובאלמנה שלא היו חלוקין בעיסתן אבל אם היו חלוקין בעיסתן על האחין להביא ראיה דשמא מעיסתו קמץ וכו' עי"ש. הרי להדיא דאם היו חלוקין בעיסתן האח שהוא נושא ונותן בתוך הבית לוקח אותן שטרות לבד חלקו עם האחין ודכוותה נמי גבי אלמנה שאם חלוקה בעיסתה גובה אותן שטרות מלבד כתובתה:

וכן ראיתי ג"כ להרדב"ז עצמו בח"א סי' פ"ח שכתב על אלמנה שלא השביעוה ומתה והיורשין טוענין שאין אדם מוריש ממון שיש עליו שבועה ויורשיה טוענין שנכסים נפלו לה מבית אמה או מציאה מצאה. והשיב ומעתה כיון שאשה זו חלוקה בעיסתה שהרי לא היתה אוכלת עם יורשי הבעל שהם היו במזרח והיא היתה במערב לכן אמור מעיסתה קמצה מאותו שיעור שהיה ראוי ליתן לה למזונותיה וצמצמה מהם והותירה ועל יורשי הבעל להביא ראיה וזיכה שם ליורשי האשה בג' טעמים חדא דחלוקה בעיסתה ועוד

שהיא מוחזקת בכל ועוד שכבר מתה ופשיטא דעל יורשי הבעל להביא ראיה וא"כ נראה דלאו מטעם כתובה נגעו בה אלא אנו אומרים שהם שלה מסיבת שמעיסתה קמצה אלא שיש להבין את דבריו במ"ש שעל יורשי הבעל להביא ראיה וקשה שהרי מצינו בכל מקום שהיורשין שהם מדאורייתא נקראים מוחזקין ומקבלי מתנה שבאים להוציא מידם עליהם להביא ראיה. וי"ל דהכא שאני דתרתי לטיבותא אשתכחת בהו יורשי האשה חדא שהם מוחזקין בנכסים וכבר זכו במתנה ויורשי הבעל באים להוציא מידם במה שכבר זכו בו. ועוד דלא אמרינן שהיורשין נקראים מוחזקין אלא בדבר שהוא בודאי של מורישן ובאים להוציא מהם אבל בכאן מי יימר שהוא של מורישן כי שמא כך הוא האמת שהוא שלה מנכסי מלוג שנפלו לה או מציאה אשכחת וכיוצא ואינו של מורישן כלל:

ומצאתי להרלב"ח סי' נ"ח שנשאל על אלמנה שלא נשבעה על כתובתה ובעודה בחיים נתנה מעות או מטלטלין לקרוביה או לאדם אחר אם מתנתה מתנה. והשיב אמנם הרמב"ם בה' אישות לא הוצרך לבאר כי מהדין שכתב באשה שאינה נושאת ונותנת בתוך הבית נלמוד לאלמנה וכ"ש הוא דנאמנת כאשר ביארתי ואין עליה כ"א חרם סתם ואע"ג דאם לא היתה טוענת על אותן נכסים ובאה לגבות כתובתה מהם שאינה נאמנת כ"א בשבועה עתה בזאת הטענה אינה צריכה שבועה ואם מתה האלמנה והיו יורשיה מוחזקין באותן נכסים שהניחה או נתנה במתנה בחייה ולא טענה עליהם בחייה שהם שלה יש לנו לומר שאותן נכסים היו שלה ועכשיו שהם ביד המוחזקים מכחה כיון שהיא יכולה לטעון כן אנן טענינן להו. ואל יטעה תלמיד במ"ש הרמב"ם אכן אם מת זה הנושא ונותן בתוך הבית ויאמר שר"ל שמת דוקא אחרי שטען שהם שלה אבל אם מת קודם שטען כן אנן לא טענינן להו ליורשין כי זה טעות דלעולם אנן טענינן להו ליורשין אע"ג דלא טעין איהו בחייו וגדולה מזו כתב הרמב"ם שם והוא מהש"ס שאע"פי שהם טענו טענה אחת והיא שנתנו לה במתנה אנן טענינן להו טענה אחרת להעמיד הממון בידה והוא כשחלוקין בעיסתן דאומרים שמא מעיסתה קימצה אע"פי שהיא לא טענה כן כ"ש שטוענין כן ליורשין מה שהיה יכול לטעון מורישן עש"ב. הנה מתבאר מדברי הרב שאם נתנה מתנה בחייה לקרוביה או לאחר והם מוחזקין במתנה ההיא שאע"פי שלא טענה האשה בחייה שמתנה נתנו לה או מעיסתה קימצה אנו טוענין בעד היורשין מה שהיתה יכולה לטעון היא בחיים וא"כ גם בנ"ד שנתנה תכשיט לבן בתה ולא טענה היא שמעיסתה קמצה או במתנה באו לה או מציאה מצאה אנן טענינן בעד היורשין טענה זו וזכו במה שבידם ואין זה מצד שיש לה כתובה על נכסי בעלה ומשו"ה זיכו לה בנכסים כי הרי שאפילו היא עודה בחיים וגם בעלה חי שלא ניתנה כתובה ליגבות מחיים ועכ"ז

זכתה בטענתה ואין עליה כ"א חרם סתם ולגבי יורשין אנן טענינן להו וזכו במה שבידם ולאו מצד שהשטר כתובה בידם דאם מצד הכתובה כיון שמתה ולא נשבעה הכתובה לא חזיא ולא מידי ולדברי מהרלב"ח דאף אם נכסים אלו אם באה לגבות אותם מצד הכתובה אינה גובה כ"א בשבועה עכ"פ השתא מיהא שטענה שהם שלה לוקחת אותם שלא בשבועה ואין עליה כ"א חרם סתם ולגבי יורשיה אפילו חרם סתם אינם צריכין ואנן טוענים בעדם שהם שלה ומעיסתה קמצה כיון שהיא חלוקה בעיסתה מהיורשין:

והנה דברי הרמב"ם קשים לשמוע וסתיר דידיה אדידיה דאילו בפי"ח מה' אישות כתב דמותר מזונות ליורשין ואילו בפ"ט מה' נחלות כתב גבי אחד שהיה נושא ונותן בתוך הבית והיו אונות ושטרות יוצאין על שמו ואמר שלי הן שנפלו לי מבית אבי אמי עליו להביא ראיה וכן אשה וכו' בד"א באחין ובאלמנה שאין חלוקין בעיסתן אבל אם הם חלוקין בעיסתן אימור מעיסתו קמץ ועל האחין להביא ראיה. וקשה דגבי אלמנה מאי נ"מ אם היא חלוקה בעיסתה הרי אף אם חלוקה בעיסתה המותר הוא ליורשין ובזה יש להקשות על דברי הרדב"ז שבסי' פ"ח ובסי' קע"ו ורכ"ג שדבריו באו כספר החתום שבארבע מקומות הופיע עלינו רוח קדשו שיכולה האשה לומ' מעיסתי קמצתי והנה הטור בא"ה סו' צ"ה הביא מחלוקת הרמב"ם והראב"ד גבי אשה שהותירה ממזונותיה דלדעת הרמב"ם המותר ליורשין ולדעת הראב"ד המותר שלה ואיהו עצמו לא ידענו כמאן ס"ל דאם נאמר דסבר כהרמב"ם שהוא ליורשין א"כ מהיכן תוכל לומר מעיסתי קמצתי ואם נאמר דסבר כהראב"ד כל כי האי הו"ל לפרש ולא לסתום בד' מקומות ומה גם דרבים הם אשר סוברים כדעת הרמב"ם. ושו"ר להרב בני חיי בסי' צ"ה שהקשה כן ולהרב מגילת ספר בלאוין דף ל' ע"א והרב בני חיי תירץ דהכא מיירי שהתנו עמה שאם הותירו הותירו לה ואם פיחתו פיחתו לה והרב מג"ס תי' דהכא מיירי שא"ל צאי מעשה ידיך במזונותיך ושני התירוצים קשים דכל כי האי הו"ל להרמב"ם לפרש ולא לסתום ואני הדל לעיל בסי' ב' הבאתי את דבריהם ויצאתי לחלק וישבתי תחילה דברי הרדב"ז דלא כתב כן בסי' פ"ח שהם היו במזרח והיא היתה במערב והיא היתה מתעסק בנכסים ואף שבאמת הם נכסי בעלה מ"מ כיון שהם רחוקים ממנה מה לה לטרוח ולקמץ ולתת להם ולכן המותר לעצמה אבל ההיא דסבר דהמותר הוא ליורשין במקום שהיתומים משכימין לפתחה לתת לה מזונותיה הצריכים לה ולכן אנו אומרים מה שצמצמה עצמה והותירה כדי לעשות נחת רוח ליתומים וכוונתה לזכות להם המותר לפי שהם ממציאים לה מזונותיה ובזה נתישבו גם דברי הרמב"ם על דרך הנז' דהא דכתב בפ"ט מהלכות נחלות דאם הם חלוקין בעיסתן דאמרינן מעיסתה קמצה היינו שהאלמנה חלוקה מהם

לגמרי ואין להם ישיבה אחת בבית אלא כל אחד יושב לבדו ואינם טורחין עמה כלל והיא ניזונת משל עצמה ובכי האי לא דיבר הרמב"ם וגם מרן דפסק כוותיה שיאמר בזה שהמותר ליורשין אבל אה"נ דאם היורשין הם משכימין לפתחה לתת לה מזונותיה בכי הא המותר הוא ליורשין וא"כ בנ"ד שהיא טורחת ונושאת ונותנת בנכסיה כדי להמציא טרף לביתה וניזונת מתכשיטיה למה לן לומר על כיוצא בזה שהמותר הוא ליורשין מאחר שאין טורחין עמה כלום. והרדב"ז לא הוצרך לבאר דבריו בדבר זה כי כבר גילה דבריו במ"ש שהם במזרח והיא במערב וא"כ למה לן לומר שהיא טרחא קמי יתמי להותיר להם ממזונותיה:

ורש"י ז"ל בכתובות דף ס"ה ע"ב כתב על ההיא דמותר מזונות ליורשין כגון אשה שמזונות האמורים במשנתינו עודפין לה שאינה רעבתנית ע"כ. מדבריו אלה משמע דלפי שהיא אינה רעבתנית משו"ה שיעור שנתנו חכמים לכל אדם לא יכלה לאכלו ולכן הוא דהמותר ליורשין שאינה יכולה לאכלו והוא יתר על מה שפסקו לה חכמים ולכן הוא ליורשין אבל אם הרעיבה עצמה וצמצמה ממזונותיה והותירה לפי דברי רש"י המותר לעצמה שאם היתה אוכלת כדרך כל הארץ לא היתה משארת כלום וכגון זה הוא לעצמה כי אינו בדין שתרעיב עצמה ויבוזו זרים יגיעה. וכן נראה שהוא דעת הרמב"ם שכתב בסתם מותר מזונות ליורשין ולא כתב צמצמה והותירה משמע שהותירה אפילו שאכלה כדרך כל הארץ ואם כנים אנחנו בזה נתיישבו שפיר דברי הרמב"ם דהכא דכתב דהמותר ליורשין היינו כגון שאכלה כדרך כל הארץ ולא צמצמה על עצמה וההיא דפ"ט דה' נחלות מיירי שצמצמה וקימצה מעיסתה ולכן אנו אומרים שהוא שלה כיון שבא לה מותר זה ע"י קימוץ ונראה דלכן נקטו שמא מעיסתה קמצה ולא אמרו מאכילתה קמצה לומר דאפי' הכילי שהוא אוכל פת בלי ליפתן עכ"פ מהלחם אינו מקמץ וזאת האשה כיון שהיא חלוקה מהם אפילו מהעיסה קמצה ובזה נתיישב שפיר מה שיש לתמוה דח"ו לקתה מד"הד דאם היא ציערה עצמה וישבה ברעב כדי להניח דבר לכלכל את שבתה נאמר לה שתתן אותו ליורשין אכן ע"פי האמור אתי שפיר דאם ציערה עצמה הכל שלה:

וחזי הוית להמבי"ט בח"א סי' שי"ב שנסתפק באשה שפסקו לה מזונות והיתה ניזונת במה שפסקו לה היא ובניה ובאו היורשין לתבוע ממנה מה שהאכילה לבניה והשיב שאין להם ליורשין כלום ונסתייע מדברי הרמב"ם הנז' שכתב סתם מותר מזונות ליורשין כנראה שהותירה משבעה לא שצמצמה ואף כי הטור בא"ה סי' צ"ה כתב צמצמה לא כתב כן אלא כדי לתת טעם לב"ד שלא יהיו טועין שקצבו לה יותר מהראוי לכן אמר

שצמצמה עי"ש. מדבריו אלה נראה כדבר האמור לעיל דמ"ש הרמב"ם מותר מזונות ליורשין היינו שהותירה משבעה אבל אם הרעיבה עצמה ונתנה לבניה הוא שלה ולא ליורשין ולא עוד אלא שהבין שגם הטור ומרן שהעתיקו צמצמה לאו דוקא אלא כדי לתת טעם מהיכן הותירה:

ומהתימה מהמבי"ט שלא נסתייע לנדונו מדברי רש"י שנראה ממנו דהאי שהותירה מזונות לפי שאינה רעבתנית דנראה מדבריו אלה דהא דזוכין היורשין במותר היינו לפי שהותירה משבעה אבל אם הרעיבה עצמה עד שהאכילה לבניה ודאי שאין היורשין יכולין לתובעה ועכ"פ למדנו מדבריו דהטור ומרן דנקטו צמצמה לאו דוקא אלא כדי לתת טעם למה הותירה אבל אה"נ דאם ציערה עצמה ואכלה פת צנומה כדי להותיר לבניה שלא ישבו ברעב או שיכלו את ממונם גם מרן יודה שהוא לעצמה ואם תרצה לתת אותם לאחרים במתנה תוכל לעשות כן וסי' לדבר רות שאמר הכתוב ותוצא ותתן לה את אשר הותירה משבעה שהיא רשאה ושלטאה בו:

עוד נר' לתרץ דברי הרמב"ם והוא דבש"ס בב"ב דנ"ב ע"ב אמרו על ההיא דאמרו וכן האשה הנושאת ונותנת בתוך הבית והיו אונות ושטרות יוצאין על שמה וכו' והקשו מהו וכן ותירצו מהו דתימא אשה כיון דשביחא לה מילתא דאמרי קא טרחא קמי יתמי לא גזלה מיתמי קמ"ל והקשו בתוס' דאדרבה כיון דטרחא קמי יתמי אתיא לאורויי היתר לעצמה ולגזול ותירצו דה"נ קאמ' הכא קמ"ל דלא אמרי' דלא גזלה אלא אמרינן דאתיא לאורויי היתר ולגזול ע"ש. מדבריהם אלה נראה דהחידוש הוא דעליה להביא ראיה לפי דכיון שהיא טורחת לפניהם ומורה היתרא לעצמה וגוזלת מהם משו"ה עליה להביא ראיה דכיון דאין חלוקין בעיסתן והיא נושאת ונותנת בתוך הבית ומסתמא טורחת לפניהם לקנות מה שצריך להם כיון שהכל בידה אבל אם הם חלוקין בעיסתן וכל אחד יושב לבדו אפילו שהיא נושאת ונותנת בתוך הבית לא אתיא לאורויי היתר ומשו"ה על היורשין להביא ראיה כי יש מקום לומר שמעיסתה קמצה ואפילו אם נאמר דמעיסתה קמצה המותר ליורשין מ"מ כיון דאינם יושבין ביחד לא אתיא לאורויי לאכול משלהם ואנו מאמינים אותה במה שאמרה שמירושה באו לה או מתנה נתנו לה ולא אהניא לן הא דאמרינן דחלוקין בעיסתן אלא לומר שהם רחוקים זה מזה ולא אתיא לאורויי היתר ולכן על היורשין להביא ראיה:

א"נ יש לומ' כמ"ש מהרלב"ח דפי' חלוקין בעיסתן אינו ר"ל שאינם שותפין בכל דבר אלא אפילו חלוקין בדבר אחד כמו העיסה אימור מעיסתה קמצה או שהיה לה נדוניא בידה עי"ש. מדבריו אלה נראה שבענין אחד לבד אם הם מופרשין ואמרו בפירוש שבדבר זה

אין אנו משתתפין עמך וכל אחד יעשה בשלו מה שירצה וכן גבי אשה אם אמרו לה בדבר זה אין אנו שותפין עמך ואם תותירי תותירי לעצמיך ואם יפחתו יפחתו לעצמיך וידינו מסולקות ממך וכמו שתירץ הרב בני חיי כנז"ל. ולפי זה מדוקדק שפיר מילת חלוקין בעיסתן שכל אחד חלוק לבדו ואין לו שייכות עם חבירו. ואם הכוונה חלוקין בעיסתן ואם תותיר תחזיר ליורשין א"כ עדין הם אדוקין זה בזה ואין נקראים חלוקין בעיסתן וא"כ לפי דברי מהרלב"ח שכל דבר שאינם שותפין בו אלא הוא ברשות האשה נקראים חלוקין בעיסתן א"כ לפ"ז מה שפסק מרן ז"ל בש"ע סי' צ"ה צמצמה והותירה ממזונותיה וכן אם הותירה מכסותה ובגדיה הכל ליורשין מיירי כשאין חלוקין בעיסתן ר"ל שלא אמרו לה אם תותירי תותירי לעצמיך. ומעתה לפ"ז בנ"ד שהיתה מתפרנסת מן היתומים ולא אמרו לה אם תותירי יהיה שליך א"כ אפילו שהיא אוכלת לבדה בביתה עכ"פ מנכסי בעלה הם וא"כ הוי כאילו אינם חלוקין בעיסתן ובמה יזכו יורשיה במתנה ההיא. ונראה לומר דבנ"ד אין אנו צריכין לכל זה וכבר הובא בשאלה שהאלמנה הנז' היה לה חזקת חצר ובתים שבתוכה שנתן לה בעלה לדור בהם כל ימי חייה ולהשכירם לכל מי שתרצה וכמה פעמים היתה משכרת אותם לאחרים ולוקחת השכירות לה לעצמה ואם היא בעודה בחיים היתה טוענת כן היתה נאמנת בזאת הטענה שמשכירות הבתים סיגלה אותו תכשיט ואם כן גם היום שכבר מתה ובן בתה זכה במתנה הנזכרת אנן טענינן להו כן וכדברי מהרלב"ח הנז"ל ועדיפא מינה בנ"ד שכבר נשבעה האלמנה לפני ב"ד שלא בזבזה משל בעלה יותר מסך פ' לה"ש ואם תכשיט זה משל בעלה איך תשבע עליו לשקר והוא של יורשין והיה לה לכתוב אותו תכשיט עם שאר נכסים שהניחה לעצמה לגבות כתובתה מהם אלא ודאי כיון שעינינו הרואות שנשבעה ולא זכרה תכשיט זה כלל אנו אומרים שבא לה זה התכשיט או משכירות הבית או נאמר שמציאה מצאה וממנה עשתה התכשיט כנ"ל:

נאום הצעיר אברהם דיין ס"ט

סימן כב

שאלה ראובן שהוא נושא ונותן בכסף וזהב ויש בידו קרן גם מתקן מהם תכשיטין ומוכר ונשתתף עם שמעון לעסוק עמו במלאכה הנז' ויש ביד שמעון הנז' ג"כ קרן והכניסו לאמצע ויען ששמעון הנז' אינו בקי כ"כ במשא ומתן כי אם שעוסק במלאכה הנז' ובקש מראובן דבר קצוב בכל שבוע מחשבון הריוח ועתה שואלים הלכו בו לדעת מה יעשה ישראל שלא יהיה נוגע באיסור ריבית דלפי דברי מרן בי"ד סי' קע"ו סי"ג כתב המלוה

מעות לבע"ה וגם חוזר עם בנו ההלכה ובע"ה נותן הוצאה אסור אלא א"כ יתן לו הקרן במתנה לבע"ה שאם ירצה לעכבו לעצמו הרשות בידו ע"כ וא"כ יש להסתפק אם גם בנ"ד צריך ליתן לו במתנה עד שימלט מאיסור ריבית או דילמא שאני נדון דידן ההוא יושב ועוסק עמו יחד במלאכה ההיא ועסקן והרוחתן יחד. גם מדברי מרן הנז' יש להסתפק בענין פ'תורייא אשר היא נהוגה בכל מקום ובכל שעה שראובן היושב בעירו והוצרך לסחורות שולח מעות לחבירו אשר בעיר אחרת וחבירו שולח לו הצריך לו ולוקח ממנו פ'אתורייא כפי מה שיתנו ביניהם ומהם שולחים המעות מאצלם לחבריהם ומהם חבריהם שולחים להם מכיסם ומחייבים אותם שמהיום עד זמן פ' לא ירשה לשום אדם לקנות לו סחורות זולתי מפ' הנז' האם נאמר שגם בזה יש חשש ריבית כיון שחיוב זה שלא לשאת ולתת עם אחרים היינו משום מעותיו שהם בטילות אצלו. עוד יש להסתפק על שטר שבא לפנינו וכתוב בו על בחור אחד שחייב עצמו לישב אצל ראובן ולשרתו וכנגד זה חייב עצמו ראובן לתת לו בכל שבוע כ"וך גם כתוב שם שהודה ראובן שקבל מהבחור סך פ' בהלואת חן וחסד גם כתוב שם שקנו מראובן קג"וש וש"ח על כל הנז' והבחור ישב ושרת אותו שנה אחת ועתה ראובן הנז' רוצה לפטור עצמו מכל אשר עבד אותו הבחור באומרו כי זה הוא איסור לדעת מרן ויש להסתפק האם יכול לפטור עצמו בזה משבועת האלהים אשר נשבע לתת להבחור כ"וך בכל שבוע וגם אם אין כאן שבועה האם יכול ראובן לפטור עצמו משכירות הבחור או נאמר שזה אינה אפי' אב"ר דרבנן אלא הערמת ריבית היא כמ"ש מרן בב"י ואם הערמת ריבית שעבר ועשה אם יכול להוציאה בדין:

תשובה כבר נודע אשר חכמים הגידו דהאי עיסקא פלגא מלוה ופלגא פקדון והמתעסק בהם החצי הוא אצלו מלוה ומתעסק בו לצורך עצמו וכל מה שירויח בהם הוא לעצמו וחצי האחר הוא פקדון לכן צריך לתת לו שכר טרחו כדי שלא יראה שבשביל שהוא מלוה אותו טורח עמו וזה דוקא בעיסקא ושותפות שבעל המעות אינו מתעסק עמו כלל אבל בשותפות ששניהם יחד מתעסקים בשוה הגם כי חבירו ישים קרן בכפלים ולוקח החצי או פחות אין לחוש לזה כלל וכל מה שירצו להתנות ביניהם הן בריוח והן בהפסד תנאו קיים שכל תנאי שבממון תנאו קיים וכמו שכתב הרמב"ם בפ"ד מה' שות' השותפין שהטילו לכיס זה מנה וזה מאתים וזה שלוש מאות ונתעסקו כולם בממון ופיחתו או הותירו הפחת והריוח ביניהם בשוה לפי מניינם ולא לפי מעותיהן וכו' בד"א בסתם אבל אם התנו שיטול בעל המאה ג' רבעים מן השכר ובעל המאתים יטול רביע ואם יפחתו לא יפחות זה שנוטל ג' רבעים השכר אלא רביע ההפסד ויפסיד זה שנוטל הרביע ג'

רבעים מן הפחת הרי אלו חולקין כפי מה שהתנו שכל תנאי שבממון תנאו קיים עכ"ל. וא"כ לפי דברי הרמב"ם אלו שמעון זה שרוצה להיות בטוח בקרנו שלא יפסיד יכול להתנות עם ראובן שיתן לו בריוח ג' רבעים וראובן יקח רביע ואם יהיה הפסד יפסיד ראובן ג' רבעים ושמעון רביע שכל דבר שבממון תנאו קיים ויפסוק עמו דבר קצוב בכל שבוע לחשבון הריוח ואם יצא לו ריוח יותר ממה שקצב מעתה מוותר לו המותר ויהיה לחלק ראובן ואם הפסיד ולא עלה לו ריוח הקצוב אלא אדרבה הפסיד יתן בהפסד רביע וג' רבעים על ראובן וכן ראיתי להמבי"ט ח"ב סי' מ"ג שנסתפק בראובן ושמעון שהיו שותפין ונתנו בכיס שוה בשוה ובא ראובן ונתן ללוי אלף פרחים והתנה עמו שיתן לו מאתים פרחים על שנה ובא שמעון ובקש ממנו שיתן לו חלק מהריוח ההוא והשיב לו ראובן אני נתתי לו אלף פרחים ואתה לא נתת לו כלום ונתפשרו ביניהם שיקח ראובן מן המאתים שמונים והיה הנשאר יחלקו אותו ביניהם וכן עשו ועתה גמר שנה תבע שמעון מראובן השמונים שלקח לעצמו כי יש בו צד ריבית והשיב כי אין בו צד ריבית והביא ראיה מדברי הרמב"ם הנז' עוד הביא לנו דברי הרמב"ם שבפ"ו מה' שלוחין ה"א שנים שהיו נושאין ונותנין בממון השותפין אע"פי שהממון הוא של אחד מהם הרי זה נקראת שותפות ואם פיחתו או הותירו הרי הוא לאמצע ויש להם להתנות בשכר ובהפסד כל מה שירצו כמו שביארנו עי"ש. הרי להדיא שבעל המעות המרובין יכול להתנות שיקח לפי מעותיו כי בדין לוקח ריוח יותר וכו' וא"כ בנ"ד אין לשמעון שום טענה על ראובן שלוקח שמונים פרחים מפני מעותיו דאע"פי שלא היה יכול להשתתף עם אחר בלתי רשותו הרי מחל ונתרצה כשהתנו ביניהם שיקח הוא שמונים בשביל מעותיו עי"ש. וכ"כ מהר"ם גאלנטי ז"ל בסי' צ"ח והרב עדות ביהוסף ח"ב סי' כ"ד עי"ש. וא"כ שמעון אשר בנ"ד יכול להתנות עם ראובן כנז' לעיל ואין צריך לזה קנין אלא שיתנו זה עם זה בכל הנז' כי לא מצינו להרמב"ם ולכת הפוסקים הנז' שהצריכו בשיתוף זה קנין שיתחייבו בו ובלא קנין אינו מועיל כי לא נזכר זה בדבריהם:

והנה מה שנהגו פה אר"ץ ובכמה מקומות לכתוב בשטרי עיסקות שיקח בריוח ע"פי חשבון כ"וך ואם עלה יותר מסך זה מעתה ויתר לו פ' הנותן את המותר ולכאורה אין זה עולה כפי הדין דהא כתב מור"ם בסי' ר"ט ס"ד וכשם שאין יכול להקנות דשלב"ל כך אין יכול למחול דשלב"ל וא"כ ריוח זה שעדין לא בא לעולם היאך יכול למחול אותו כיון שעדין לא בא לעולם ויותר נראה הנוסח שכתב החק"ל בי"ד ח"ב סי' כ"ו שכתב בנוסח עיסקא ואם הרויח לבעל המעות יותר מן הקציצה אזי כל היתר יהיה נוסף על חלק המתעסק בעד ש"ט עי"ש. שו"ר להרב שבט בנימין בסי' כ"ו ובסי' רכ"א שנתעורר בזה

וטרח לישב המנהג ולפק"ד נראה דטוב יותר לכתוב כנוסח שהביא החק"ל כנז' (א"ה עיין לה בנימין סי' ש"י שכן הסכים כהרב חק"ל ז"ל. נאום יצחק לבטון ס"ט:)

ומעניין הפ'תורייא צריכין אנו תחילה להעתיק דברי מהר"ם מובא במרדכי פ' א"ן סי' שי"ו והביאו מרן בב"י סי' קע"ז וז"ל כתוב במרדכי שהשיב מהר"ם וששאלת על הבחור שהלוה לך מעות ואתה נותן לו הוצאה והוא חוזר עם בנך לימודו אם מתחילה היה התנאי כך ביניהם אע"פ שההוצאה היית נותן שהיה חוזר עם בנך כלומר אע"פי שאפילו לא היה מלוה לך מעות היה נותן לו הוצאה בשביל שחוזר עם בנו אפ"ה מאחר שהתנו שיתן לו מעות ויחזיר עם בנו והוא יתן לו ההוצאה אסור וכיוצא בזה כתב הריב"ש ומכאן יש ללמוד להני בעלי בתים שלוקחים בחורים לשרתם בחנות ונותנים מעותיהן לבע"ה ומתנין עמהם שיתנו להם כו"ך חלף עבודתם ומעותיהן שאסור וסיים שם מהר"ם אלא א"כ נותן לו הקרן במתנה גמורה שאם ירצה לעכבו הרשות בידו מותר וכתב מרן כלו' דקמ"ל דאע"ג דמיחזי כהערמת ריבית שודאי הבע"ה לא יעכב מעותיו אפ"ה שרי עכ"ל הב"י ומדברי מהר"ם אלו הקשה הרב מחנה אפרים ז"ל בה' ריבית סי' ל"ו על מ"ש המבי"ט ח"א סי' ו' שכתב על ראובן שהלוה לשמעון מנה ונתן לו שמעון סחורה שיוליך אותה לעיר אחרת ונתן לו דינר שיקבל אחריות הדרך והשיב שהוא מותר אפילו שהלוה על תנאי דהרי הוא כאילו הלוה ע"מ שימכור לו דבר פ' בשיוויו דמותר כדמוכח במתני' דהמלוה את חבירו לא ידור בחצרו חנם וכו' וכתב עליו הרב מח"א דמדברי מהר"ם הנז' נראה דאעפ"י שאין נותן לו אלא כדי שילמוד שם עם בנו אסור ומדבריו משמע דאפילו לא הוי אלא שווי שכר הלימוד אפ"ה אסור כיון שהתנה עי"ש. ולפקד"ן דלא דמי נדון המבי"ט להההיא דמהר"ם ולא ראי זה כראי זה ובתחילה יש לדקדק בדברי מהר"ם במ"ש אע"פי שהוצאה היית נותן שהיה חוזר עם בנך ופי' מרן את דבריו שאפילו בלא הלואה היה נותן לו הוצאה לפי שחוזר עם בנו ע"כ. ולכאורה קשה דמנ"ל הא שאפילו בלא הלואה היה נותן לו הוצאה ודילמא בלא הלואה היה נותן לו חצי הוצאה. אכן נראה שהענין כך היה שבתחילה היה לומד עם בנו ונותן לו בשכרו הוצאה ואח"ז בא בע"ה והתנה עמו תנאי מחודש וא"ל אם תלוני מעות שיש לך ותלמוד עם בני אני נותן לך הוצאה ובא מהר"ם וחידש דאע"פי שמתחילה היה נותן לו הוצאה אפילו שלא הלוהו וא"כ עכשיו שהלוהו אין נראה כן להדיא שבשביל ההלואה נותן לו הוצאה דמקודם ג"כ היה נותן לו הוצאה אפ"ה כיון שבא היום בתנאי חדש אם תלויני ותלמוד עם בני אני נותן לך הוצאה גילה דעתו שחזר בו ממה שהיה עושה מקדם קדמתה ונתחדש אצלו שהלימוד ד"מ שוה מחצה וההלואה שוה מחצה וזה ודאי אפילו שבתחילה היה נותן לו

הוצאה בלא הלואה אפ"ה היום הזה שהתנה נראה שחזר בו מתנאו הא' משא"כ בנדון המבי"ט שמתחילה התנו שיתן לו דבר מועט ולא הוסיף לו על השכר יותר מהראוי ואה"נ דגם בנדון המבי"ט אם מתחילה היה שולח לו סחורות ונותן לו פרח וחצי למאה ואח"ז שלח אליו וא"ל איני שולח לך עוד סחורות אפילו שאתה לוקח פרח וחצי אלא א"כ תלויני סך כו"ך שזה אסור שהרי גילה דעתו שחזר בו מתנאו הראשון אבל היכא שלא הוסיף על הדבר ומתחילה ועד סוף כך נותן ולא הוסיף כלום כגון זה מותר וא"כ אין שום קושי על דברי המבי"ט מההיא דמהר"ם. ולפ"ז יש ללמוד מדברי המבי"ט דגם בענין הפ'אתור אפילו שא"ל הלויני כ"וך ואני נותן לך כ"וך שהוא דבר מועט כדרך כל הארץ מותר ואפי' שהתנה שילוהו. ומהתימה מהרב מח"א הנז' שכתב שהרב המבי"ט הוא היפך דברי מהר"ם ואיך העלים עין מהראיה שהביא המלוה את חבירו לא ידור בחצרו חנם ולא ישכור ממנו בפחות הא בשיוויו מותר וא"כ גבי מלמד בנו תורה אמאי אסור כיון שבלא"ה היה נותן לו הוצאה והיום הזה לא העדיף לו כלום. אכן נראה דאין זה קשה על מהר"ם דאפי' שהיה מקודם ונתן לו הוצאה מ"מ היום הזה שהתנה עמו אם תתן לי מעות בהלואה אני נותן לך הוצאה הורה בדבריו להדיא שחזר בו מתנאו הא' והיום הזה אם ילוהו מעות יתן לו הוצאה כאשר היה בתחילה ובשכר הלימוד לחוד לא יתן לו הוצאה:

והרדב"ז בחלק חמישי הנדפס מחדש סי' ש"א ר"ץ כתב על ראובן שהלוה מעות לשמעון והיו שניהם רוצים לפרוש ממקום ההלואה למקום אחר וזמן הפירעון הוא אחר הגיעם אל מחוז חפצם והתנו ביניהם בעת ההלואה שיקבל עליו המלוה אחריות הסחורות שיקנה מדמי ההלואה כל ימי היותם בלב ימים ונתחייב ראובן לתת לשמעון כ"וך מעות בשכר קבלת אחריות ועתה ראובן טוען שאם יתן לו מיחזי כרבית ומה גם בהתנותם כן בשעת ההלואה ואדעתא דהכי הלוה לו. והשיב דאין כאן אפילו א"ר ואני יודע שיש כאן הערמת רבית אבל מה אעשה שכבר נהגו העולם היתר בדבר זה ואני רגיל לצוות לסופרים שלא יכתבו ההלואה וקבלת אחריות בשטר אחד אלא כל שטר בפני עצמו כדי שלא יראה מתוך השטר שהוא הע"ר אבל מן הדין מותר ע"כ. ונראה כי נדונו הוא נדון המבי"ט עצמו הנז' לעיל אכן לא ביאר דבריו אם נתן לו שכר האחריות דבר מועט כדרך כל הארץ כנדון המבי"ט או יותר מן המנהג אכן מדקאמר ואני יודע שיש כאן הע"ר נראה דנתן לו יותר מדרך כל הארץ ולהכי קרי ליה הע"ר והנה אם הרדב"ז פליג על דברי מהר"ם או מורה כבר כתבתי לעיל על דברי המבי"ט כי לא פליג על דברי מהר"ם כי לא דיבר מהר"ם אלא דוקא באיש שהיה רגיל ללמד את בנו והוא נותן לו הוצאה והיום הזה

בא טעון שאינו רוצה לתת לו הקצבה עד שילונו דאל"ה בשופטני עסקינן שיתן לו מעות בחנם ומה לו לצער הזה שיתן אותם במתנה וליכנס בספק בעל המעות שמא יעכבם לעצמו הלוה אלא ודאי שידע המלוה בדעת הלוה שלא יתן לו הוצאה עד שילוהו אבל בנדון המבי"ט והרדב"ז לא חידש לו שום תנאי אלא מתחילה התנה כן עמו שיתן לו כ"וך בשביל האחריות ואף שבנדון הרדב"ז נראה שנתן לו יותר מהרגילות מ"מ נר' מדבריו דאם כתב ההלואה בשטר אחד והאחריות בשטר אחד שהוא היתר גמור ולכתחילה יש לעשות כן שהרי כתב שהיה מצוה לסופרים לעשות שני שטרות ובזה ניצול מהע"ר:

וראיתי להריב"ש סי' ש"ח שנשאל כההיא דהרדב"ז הנז' והשיב שאסור לישראל להלוות ישראל חבירו דינר זהב השוה כ' על אחריות ספינה ההולכת מעבר לים ושיתן לו בשובה בשלום כ"ד דינרין לפי שזו הלואה וקוצץ לתת לו דבר קצוב ואע"פי שהמלוה מקבל עליו אחריות המעות כל ימי היותם בלב ים עד שובם לפי שעדין לא יצא מידי הלואה דהא זוזי יהיב וזוזי שקיל ולא הדרי זוזי בעינייהו ולא דמי למרא וכו' עי"ש ונראה להדיא דהרדב"ז והמבי"ט פליגי על דברי הריב"ש אלו ואפילו שיקח ממנו מעט הוי רבית כיון דזוזי יהיב זוזי שקיל ודברי הריב"ש אלו פסקן מרן ז"ל בסי' קע"ג סי"ח וא"כ לפי דברי מרן אף אם קבל עליו אחריות כיון דזוזי יהיב וזוזי שקיל אסור וא"כ נראה דגם גבי פ'אתור אפי' קבל עליו השליח אחריות הדרך אסור. אכן נראה דלא דמי ענין המקבל עליו אחריות לפ'אתור דדוקא גבי קבלת אחריות הספינה דשם המלוה לא עשה שום דבר כלל ולא טרח במידי אלא זוזי יהיב וזוזי שקיל משו"ה אסר שם הריב"ש ומרן ז"ל אכן גבי פ'אתור ששולח לחברו לקנות לו הצריך לו לעירו ויש שם טרחא גדולה בדבר שקונה הסחורות ומחזר עליהם בכמה מקומות ואח"ז ממלאן בכיס וקושר עליהם ומוליכן למכס ולהשכיר הבהמות ושכירות זו אין לה שיעור קבוע כ"כ וכל אחד כזריזותו ויש אנשים שאפילו בשכר הרבה לא ירצו ליטפל בטורח כזה ולאיש אשר אלה לו מה יש איסור בדבר ולא דמי לקבלת אחריות הספינה שאינו עושה כלום וא"ת דגם פ'אתור הוא מתנה עמו שישלח לו מכיס השליח סך פ' ומתנה עמו שעד זמן פ' לא ירשה לקנות שום סחורה על ידי זולתו וכיון שהוא מתנה כן סתמו כפירושו לפי שיש לו עמו דמי סחורות וזה הוי כאגר נטר לא היא דאיש זה אשר שלח לו סחורות מאצלו מתנה עמו שלא תמכור סחורותיו ותקנה בדמיהם ע"י אחר והוא ע"ד משאז"ל כיצד הלה עושה סחורה בפרתו של חבירו ואיך הותר להם לבטל כיס של חבירו ולכן מתנין עמהם שכל מה שימכרו בחנותם קמא קמא דמטי לידייהו ישלחו אותו. וכ"ת דגם גבי פ'אתור עינינו הרואות דאם שולח לשליח מעות לקנות לו לוקח ממנו דבר מועט ואם מבקש מהשליח לשלוח

לו מכיסו לוקח ממנו יותר וזה נראה כאגר נטר הא נמי ליתא כי מדברי הריב"ש נראה שדוקא האיסור לפי דזוזי יהיב וזוזי שקיל ולא נחית לחלק בין נותן רב למעט כדברי המבי"ט. ומינה דגם פ'אתור שהוא טורח עם חבירו טרחא גדולה אין לחלק בין רב למעט ומהתימה מהרב המבי"ט שיצא לחלק בין רב למעט ומדברי הריב"ש נראה דהטעם הוא לפי דזוזי יהיב וזוזי שקיל וא"כ אין לחלק בין רב למעט ואפילו מעט אסור ליקח:

אכן עדין עומד לנגדינו דברי הרב החבי"ב בתשו' י"ד סי' קצ"ד שכתב בראובן ושמעון שקבלו מיהודה ק' ריאליס ונתחייבו לפרוע לזמן יב"ח וגם נתחייבו שלא ליקח שום סחורה כ"א מיהודה הנז' והם יתנו לו ח' למאה והר"ב ב"ב ז"ל שם כתב שאין כאן לא ר"ק ולא א"ר ולא הע"ר והביא ההיא דמהר"ם הנז' לעיל ויצא לחלק בההיא דמהר"ם דהתם דוקא שתלו זה בזה ההלואה בשכירות אבל הכא מילי מילי קתני ומהרי"ג ז"ל שם כתב שיש להתיר אם קבל המלוה אחריות והרב החבי"ב דחה שם דברי שניהם דאי מטעם שכתב מהרב"ב דלא תלה ההלואה בתנאי מ"מ אין אנו יכולין להכחיש את המוחש דדין עסק ביש וכל עצמו אינו אלא להלוות מנה כדי שיתחייב ליקח ממנו סחורות בריוח קצוב ואי ההיא דמהרי"ג שקבל אחריות על הסחורות איהו גופיה תבריה לגזיזיה מההיא דפסק מרן בב"י דאפילו קבל עליו אחריות דגניבה ואבידה אסור עי"ש. ולפקד"ן דלא פליג על דבריהם אלא בנדון דידהו שכתוב הכל יחד בשטר אחד דהיינו ההלואה וחייב לקנות ממנו סחורות ויתנו לו לכל מאה שמונה אבל אם כתוב ההלואה בשטר אחד לבדו וחיוב שמונה למאה לבדו הרי זה מותר כמ"ש הרדב"ז:

עוד ראיתי למהריט"ץ בסי' קכ"ו שיצא לחלק בההיא דמהר"ם וכתב בפשיטות דאע"פי שמהר"ם אסר אם הדבר הזה יעשה שיכתוב שטר מקבלת המעות בהלואת חן וחסד ואחר יום או יומים מכתיבת שטר החוב יעשה תנאי חדש שישרתהו ויתן לו כ"וך בכל שבוע בכה"ג נראה דמותר משום דכיון דאינם ביום אחד אינו נראה אפילו הע"ר והא למה זה דומה לענין הטבה במכירת הבתים שאינם עושים הטבה ביום המכר ובזה גם מהר"ם מודה עי"ש. ואם כן נראה בנדון דידן בין בענין הפ'אתור ובין בענין שכירות הבחור אם את הדבר הזה יעשה שיכתוב ביום אחד ההלואה וביום השני הפ'אתורייא או שכירות הבחור מותר אפילו לדעת מהר"ם. ואפשר דגם הרב החבי"ב יודה בזה כי לא דיבר הרב החבי"ב כי אם כשכתוב בשטר אחד ומילי מילי קתני אבל אם כתוב בשני שטרות וכ"ש אם הם כתובים בשני ימים דפשיטא דבזה אפילו מהר"ם מודה:

גם הרב הלבוש בסי' קע"ז כ' וז"ל מי שקבל מעות מאחד בהלואה וגם לומד עם בנו והתנה עמו שיתן בשביל זה מזונות אע"ג שהיה נותן לו מזונות בלא"ה מחמת שלומד

עם בנו אפ"ה אסור דהואיל והיה התנאי יחד בעת אחד מיחזי דנותן לו מזונות בשביל הלימוד ובשביל ההלואה אבל אם היה ההלואה סתם ואח"ך שכר אותו ללמוד עם בנו ולתת לו שכרו מזונות נראה לי דהיתר גמור הוא עי"ש. ונראה דהן הם דברי מהריט"ץ הנז' דכיון שבעת אשר לוה ממנו לא הזכיר לו ענין הלימוד וביום השני הזכיר לו ענין הלימוד לכן היתר גמור הוא וכן ראיתי להרב בני אברהם י"ד סי' י"ד שהשוה דעת הלבוש כדברי מהריט"ץ וגם הוא ז"ל הסכים לסברתם עי"ש. אכן נראה דמדברי הלבוש שאפילו ביום ההלואה מותר ובלבד שלא יהיה התנאי בעת אחד אלא בזה אחר זה:

וע"פי מ"ש לעיל בדעת מהר"ם דלא אסר אלא היכא שמתחילה היה מלמד בנו והוא נותן לו שכרו מזונו והיום הזה בא לחדש עמו תנאי אם תלויני ותלמוד עם בני אני נותן לך הוצאה בזה יש מקום לתרץ למה שהקשה מהריב"ל ח"א סי' נ"א על דברי מהר"ם במה שכתב דהוי ר"ק וכתב דיש לתמוה על דבריו איך הפריז על המידה לומר דהוי ר"ק ואפילו שהיה נותן לו ההוצאה בשביל הלימוד דוקא ועפ"ה ל"ק דאע"פי שהיה מתחילה נותן לו ההוצאה בשביל הלימוד דוקא אכן היום הזה שבא בתנאי חדש שאין נותן לו מזונות אלא א"כ ילוהו א"כ גילה דעתו להדיא שתנאי הא' נתבטל ומיום הזה והלאה אם ילוהו ג"כ יתן לו הוצאה וממילא גילה דעתו שאם לא ילוהו לא יניח בנו אצלו ולא יתן לו כלום ואין לך ריבית קצוצה גדולה מזו ומאי נפקא מינה אם היה מתחילה נותן לו מזונו בשכר הלימוד לבד:

והנה מדברי מהר"ם הנז' נראה שעיקר האיסור גבי מלמד בנו לפי שהתנה כן להדיא שא"ל אם תלויני אני נותן לך ההוצאה וא"כ לפ"ז נראה דגם גבי פ'תורייא נמי אם בשעה שנתחייב לתת לו כ"וך למאה חייב עצמו ג"כ שילוהו כו"ך סחורות ודאי שאסור אבל שולח לו סחורות הצריכין לו בלתי שום חיוב שיתן לו כ"וך ושילוה לו כ"וך אלא שהוא שולח לו סחורות כדי שיהנה בפ'תורייא שהיא יגיע כפו אין איסור בדבר כיון שלא נתחייב לו סך פ' ואפילו שיתן לו שכר יותר מדרך כל הארץ אכן נראה שזה רחוק מהמציאות שישלח לו בלתי שום תנאי ביניהם ולפקד"ן דבנ"ד שהוא דרך משא ומתן ואינו דומה לנדון מרן החבי"ב דהתם הלוה לו מאה ריאליס והתנה עמו שלא יקנו סחורות מזולתו ויתנו לו על כל מאה שמונה אבל נדון דידן אינו כן ויכול להתנות עמו שכל סחורה הצריכה לו ישלח המשלח ויודיעו שהיא נמכרת בעירו ואז חבירו יקנה אותה לעצמו ואם יתן לו ריוח עליה חמשה למאה ד"מ ישלח אותה לו וכן ככל סחורה שהוא צריך וסחורות אלו אין שומתן ידועה והרי מצינו למרן ז"ל בי"ד סי' קע"ג מכר דבר ששוה יו"ד בי"ב בשביל שממתין לו אסור בד"א בדבר שיש לו שער ידוע או דבר ששומתו

ידועה כגון שעווה ופלפלין אבל טלית וכיוצא בו שאין לו שער ידוע ואין שומתו. ידועה מותר למוכרו ביוקר לפרוע לו לזמן פ' וא"כ גם גבי פ'אתור שהוא שולח לו סחורות שאין שומתן ידועה והוא אומר לו בכל מה שתקנה אותם ותשלחם לידי אני נותן לך ריוח כ"וך למאה ואפי' בתוך העיר יכול לעשות כן כ"ש מעיר לעיר שחבירו יש לו טרחא גדולה ואם לוקח ממנו חמשה למאה אינו כ"כ הרבה:

ויש לחזק פי' זה ממה שראיתי להחיד"א ז"ל בחיים שאל ח"א בשיורי ברכה סי' קס"ה שכ' בענין הפ'אתוריס אם יש תנאי הלואה אפילו שנותן לו שכר קצוב שנים למאה כמנהג אסור ואם יש תוספת אף שאינו מתנה סתמו כפירושו וכיון שהוא קצוב הו"ל רבית קצוצה ויוצאה בדיינין ואם קונה הסחורה במעותיו בניכוי ג' למאה כמנהג ורוצה הפ'אתור לזכות בזה איכא תרי איסורי רבית וגזל והתיקון לזה שאם אין אצלו מעות המשלח יבטל שליחותו ויקנה לעצמו ואח"ך יעבירם לו ויהיה הניכוי לעצמו ומה שנותן הפ'אתור בחשבון שכר המכזנג'י גזל הוא ואם ראויות הסחורות ליכנס לאוצר ולא נכנסו שרי מדינא ומנהג סוחרים וטוב לצאת י"ש ואין לחשוב המשקל אלא מה שפורע דוקא ושכר הסרסור ואם לא נתן אסור אחד קדוש בתשובה כ"י עכ"ל. הנה מתבאר מדבריו אלו שאם רוצה מתחילה לקנותם לעצמו ואחר כך יעבירם למשלח אפילו שנהנה בניכוי מותר. וכ"ת דהכא שעדין לא ראה הסחורה איך יתחייב לתת לו ריוח עליה הא לא איריא דהא כל זמן שהיא ביד השליח ולא הגיעה ליד המשלח אם נשרפה או נאבדה היא ברשותו וכשתגיע ליד המשלח אם לא נראית בעיניו הוא מחזירה לו. ועינינו הרואות שכמה פעמים מחזירין סחורות שלא נראו בעיניהם וא"כ בעת שהגיעה לידו ונראית בעיניו אז באותו עת קנאה באותו ריוח שהתנה בו ואז באותו עת היא שלו בריוח שנתן לו עליהם:

אכן נראה דתיקון זה לא יועיל אלא בפעם ראשונה ששולח לו סחורות ומתנה עמו כמה יתן לו ריוח עליהם אבל בפעם השנית שיצטרך לו סחורות ואינו מרשהו לקחת מזולתו לפי שהוא חייב לו נמצא שהוא אגר נטר ואף שהמעות אשר שלח לו בפעם שנית הם פרעון חובו מ"מ אינו שולח לו בשלימות אלא נשאר חייב לו קצת ועל אותו קצת שנשאר מעכב עליו שלא יקנה מאחרים ומצינו למרן ז"ל בסי' ק"ס סכ"ג שכתב וז"ל המלוה מעות ע"מ שכל מלאכה שתבוא לידו יתן אותה למלוה לעשותה אסור ע"כ ומשמע דאפילו לוקח שכר המלאכה כנהוג אסור גם בענין הפ'טורייא אם מלוהו וחייבו שלא לקנות סחורות כ"א על ידו אסור ואפילו לוקח פ'טורייא כנהוג וכ"ש אם לוקח יותר מהמנהג ומהתימה מהרב החביב"ב שהוצרך ללמוד לענין פ'טורייא מדברי מהר"ם ולא זכר שר

גם מדברי מרן שבסי' ק"ס הנז' שממנו יותר מבואר שאפילו לקח שנים למאה כנהוג אסור כ"ש בנדון דידיה שלקחו שמונה למאה ואפשר לומר דסבר לה מר דלא דיבר מרן בסי' ק"ס שאסור אלא לפי שאמר ע"מ וא"כ בנדון דידיה שלא אמר על מנת היה נר' לכאורה שיש היתר בדבר להכי הוצרך להביא ראיה מההיא דמהר"ם דהתם לא אמר לו על מנת שתלמד בני ותלויני אלא אמר סתם ועכ"ז כיון שאמר והתנה בשעת הלואה כאילו אמר ע"מ להדיא כיון שהתנה כן בשעת הלואה ולהכי הרב החבי"ב הביא ראייתו מההיא דמהר"ם הנז'. אכ"ן דלא דמי הפ'אתור להההיא דמרן בסי' ק"ס דהתם הם שני עניינים הלואה לחוד והמלאכה לחוד והוא אומר בשביל שהלויתני עסוק במלאכתי אכן הפ'אתור כמוכר סחורה בהקפה ומתנה עמו שאם תפרע לי כל חובי קנה ממי שתרצה ואם לא תפרעני איני מניחך שתקח מעותי ותעשה בהם סחורה ואז שולח לו ד"מ אלף פרעון מהחוב וקונה ממנו מחדש הלואה חדשה סחורות בדרך מכר:

ועמ"ש לעיל משם הרב החבי"ב שהקשה על מהרב"ב דכתב דכיון דלא תלה ההלואה בשכירות והקשה עליו דאין אנחנו יכולין להכחיש את המוחש בדין עסק ביש וכל כוונתו להלוותו מנה כדי שיתחייב לקחת ממנו סחורות בריוח דבר קצוב ע"כ. וקשה הרי גם בתיקון שעשה מהר"ם שיתן לו המעות במתנה גמורה גם זה היאך יכולין להכחיש את המוחש שכל כוונתו לעשות ערמה שיתן הממון במתנה ובודאי שזה עסק ביש כי איך אפשר שבעל הבית שהוא עשיר ומניח אצלו משרת שיש לו קצת ממון שקמץ מעיסתו שיקח אותו בעל הבית במתנה גמורה ודאי שכל זה הוא הערמת רבית ומה גם שהבחור שוה עשרה בשבוע והוא נותן לו חמשה עשר ודאי שהוא בשביל ההלואה שנותן לבע"ה ולא על חנם הוסיף לו בשכירות. ואפשר לומר דהערמה זו שניא משאר הערמות דכיון שהוא נותן לבע"ה המעות במתנה גמורה א"כ דל מהכא הלואה ולא נזכרה ביניהם ועל מי נחוש להערמה משא"כ כשמלוה מעות ועוד שוכר אותו לשרתו ושניהם כתובים בשטר אחד ההלואה והשכירות היאך נוכל לומר שכיון דלא תלאן זה בזה שכל אחד הוא נדרש לעצמו ושניהם באים כאחד במקום אחד והיאך יכולין להכחיש את המוחש בדבר שהוא מפורסם כיון שיש הלואה ביניהם:

והנה לדין זה שכתב מרן בסי' ק"ס דאם הלוהו מעות ע"מ שכל מלאכה שתבוא לידו יתן אותה למלוה אסור הקשה הט"ז ס"ק כ"ב ממ"ש מרן עצמו סי' עק"ב ס"ד והוא ת"ע דאם אמר המלוה ללוה אם תמכור קרקע שלך לא תמכור אלא לי בשווייה וע"מ כן אני מלוה לך המותר והיינו ממש הך דהכא וסיים שם. ולעד"ן דאין ראיה מדברי הרא"ש שהביא ב"י לדין זה דשאני התם שטובה רבה היא לכהן שמקבל תרומה בחנם ועל כן שייך

שפיר מצד הנותן טובת הנאה שהוא נותן לו אותה טובת הנאה בשביל הלואה משא"כ במלאכה ומכירת קרקע שלאו בחנם באה לידו על כן אין שם טובת הנאה על הנותן בזה לענין רבית ע"כ. ואני הדל נראה לע"ד לחלק ובתחילה יש לדקדק בדברי מרן במה שפי' הש"ך שהמלוה בעל מלאכה והלוה אינו בעל מלאכה דא"כ הו"ל למרן ז"ל למינקט בלישניה הכי המלוה מעות ע"מ שכל מלאכה אשר תצטרך לו דהוה משמע שהלוה אינו בעל מלאכה וכשיצטרך לו לאותה מלאכה יתן אותה למלוה. אכן נראה דהכא מיירי ששניהם יודעים במלאכה המלוה והלוה אלא שהלוה ידוע במלאכה ההיא וקפצי עליו זביני ודרכו לחלק ולתת לכל מי שירצה מהמלאכה ההיא והמלוה מתנה עמו שלא יתן לשום אדם מלאכה כי אם לו דוקא ולא יתן לאחרים וזה דומה לכהן שמקבל תרומה הרבה ואין עושה עמו בע"ה כ"א טובת הנאה שנותן לו ואינו נותן לאחרים גם בנדון זה שהמלוה הוא בעל מלאכה ג"כ אלא שאינו יודע להמציא עסק למלאכה ההיא וזה הלוה ממציא לו עסק והמלוה לוקח שכרן ואין לו בהם כ"א טובת הנאה כי הוא יש לו עסק ממלאכה זו הרבה משא"כ בההיא דאם תמכור קרקע שלך שלא תמכור אלא לי בשווייה שאין לו טובת הנאה בה אלא בפעם ראשונה דוקא ואינה טובת הנאה הרבה כ"א בפעם אחת משא"כ במלאכה שכל פעם שיתן לו מהמלאכה יבוא לו ריוח והיא ממש כענין התרומה שמלוה לו ומתנה עמו שבכל פעם יתן לו התרומה ולא יתן לכהן אחר ובשכר זו ילוהו שודאי שזה אסור הוא:

אל מבבעבקשש ב בב'בקשבכונב בבצבם א אה:

הכלל העולה מכל האמור לענין הפ'טורייא שלא יהא נוגע באיסור רבית לא יחייב לשליח שילוהו שום סחורה אלא יחייבו עצמם שניהם שישאו ויתנו זה עם זה כדרך פ'אטור כ"וך למאה שהוא שולח לו ואם השליח מתפחד מהמשלח שלא יהיה ביניהם הכחשה בשום סך יכתוב לו המשלח נאמנות או יכתוב ביום שימלא צו הסחורות כמה סך הגיע לידו ויכתוב לו שטר חוב עליו בסך ההוא כדעת מהריט"ץ ודעימיה או יחייב עצמו המשלח כדרך עיסקא ושותפות ויחייב עצמו לתת להמשלח ע"פי חשבון הריוח ד"מ חמשה למאה ובעת שיבואו חשבון יראה המשלח אם עלה לו יותר מחמשה יהיה נוסף המותר ההוא לחלק המשלח ואם יהיה פחות מחמשה ישבע וינכה אכן בתנאי שיתנהג בתנאים הנהוגים פה אר"ץ בעיסקא ושותפות ואין צריך לתת לו שכר טורח כי השליח יש לו טירחא גדולה בקניית הסחורות ובזה ניצול מכל עירעור אליבא דהילכתא ובאופן זה יכול להזכיר כמה סך נתן לו ובלבד שיכתוב שטר עיסקא ושותפות כנהוג:

פש גבן לבאר במה שבא בשאלה שראובן אומר להבחור אשר כתוב בשטר שבידו שראובן חייב עצמו לתת לו שכירות כ"וך בכל שבוע ושרת אותו שנה והן היום בא טעון שאף שכתוב בשטר עוד הודה ראובן שקבל מהבחור סך פ' בהלואת חן וחסד מ"מ מרן בסי' קע"ז בב"י ובש"ע אסר דבר זה וראובן אומר שאינו רוצה לעבור על האיסור בכן צריכין אנו לדעת אם ראובן אוכל כל שכירות הבחור שעבד אותו שנה תמימה או משערין כמה הוא ראוי ליקח בלתי הלואה ושיעור זה יקח אותו דוקא או נימא דכיון דכל האיסור שבנ"ד הוא הערמת רבית כמ"ש מרן בב"י וז"ל ואם אומר אני מלוה לך מעותי מהיום עד יום פ' בהלואת חן וחסד ואני אשרתך בכ"וך מעות שתתן לי היה אפשר לצדד להתיר. מיהו כה"ג משמע דהוי הערמת רבית וצריך ישוב שהרי כתב הרשב"א וז"ל שאם אתה אומר כן התנו פתח לרמאין המלוים ברבית וכו' עי"ש. מדבריו אלה משמע שבנדון דידן שכן כתוב בשטר הויא לה הערמת רבית וגבי הערמת רבית מצינו למרן ז"ל בסי' קס"ג ס"ג שכתב א"ל הלויני מנה א"ל מנה אין לי חטים במנה יש לי ונתן לו חטים במנה כמו שהוא השער וחזר ולקחן ממנו בצ' ועדין הם שוים ק' אם פרע לו לבסוף המנה בפירות מותר אבל אסור לפרוע לו במעות מפני הערמת רבית מאחר שא"ל תחילה הלויני מנה ואם עבר ועשה הרי הוא מוציא ממנו מנה בדין שאפילו אבק רבית אין כאן ע"כ הרי מצינו להדיא בדברי מרן ז"ל שכתב דגבי הערמת רבית אם עבר ועשה מוציאין ממנו בדין וא"כ בנ"ד דגילה הדבר מרן להדיא שהוא הערמת רבית ואינה אפילו א"ר מוציאין מראובן שכירות הבחור כמו שהתנה בשטר משלם עספ"א כיון שהיא הערמת רבית ולא מיבעיא שכירות המשרת כמה הוא ראוי שהוא גובה אותה אלא אפילו מה שלקח יותר בשביל מעותיו כיון שהיא הערמת רבית ומדברי מרן נראה שדוקא אבק רבית יש לומר שמוציא אבל לא הערמת רבית ולענין המשרת המתקן תכשיטין יתנה עם חבירו שכל מה שירויחו תחילה יקח שמעון לחלקו כ"וך בכל חדש ושאר הריוח יהיה לחלק ראובן וכשיבואו חשבון אם לא גילה לו ריוח כמו שקצבו ביניהם ינכה לו לשמעון אפילו מהקרן ובתחלת השיתוף יעשו תנאים אלו ובכגון זה אין בהם שום חשש איסור כלל כיון שהתנו בפירוש שאם לא יהיה להם ריוח מנכה לו אפילו מהקרן שהניח שמעון ובלא"ה אין כאן חשש איסור דראובן מיד שרואה שאין להם עסק מיד מחזיר לו הקרן ומוציאו מחנותו ולא יתן לו מכיסו כלום ודבר זה ידוע ומפורסם לעיני הכל:
נאום הצעיר אברהם דיין ס"ט

סימן כג

שאלה צריכין אנו לחקור ולדרוש בדעת מרן ז"ל אשר קבלנו הוראותיו בכל אשר יאמר כי הוא זה ולכן יש לחקור דאם מצאנו במקום אחר בב"י שהביא דין אחד מהפוסקים המפורסמים כגון הראב"ד והרמב"ן והרשב"א ז"ל שכך הסכימו בו כולם או אחד מהם ולא הביא שום חולק בדבר ובשלחנו הטהור השמיט אותו דין ולא העתיקו אם נימא דבכגון זה נימא כיון דבש"ע לא הביאו נימא דחזר בו מאותו דין ולא סבר ליה או נימא כיון דדין זה הוא מגדולי הפוסקים המפורסמים ולא מצאנו לפוסקים אחרים שנחלקו עליהם היאך נוכל לומר שחזר בו כל עוד שלא מצינו לו גילוי שחזר בו בבדק הבית ועוד דאם איתא שחזר בו היאך לא גילה דעתו בש"ע שחזר בו כדי שלא נטעה ונסבור שלא חזר בו כיון שהדין מגדולי הפוסקים ולא נמצא חולק בדבר:

תשובה נראה דבכגון זה שהשמיט מ"ש בב"י לא אמרינן דחזר בו כי הנה מצינו למור"ם בהגה שבכל מקום אשר מביא מרן ז"ל דין בב"י ולא חזר ושנאו בש"ע דאז מור"ם בהגה מביאו משם הב"י ואם איתא דכל דין שמביא בב"י ואינו בש"ע דאמרינן דחזר בו מרן מהדין ההוא א"כ מאחר דמרן עצמו חזר בו א"כ למה יאספו אליו הביתה וכ"ת דאף דמרן דחה הדין איהו סבר לה כוותיה וכעין שמצינו להרב החבי"ב בתשו' ח"ב סי' ג' הביאה הרב יד מלאכי בסוף כללי הש"ע שכתב שדרך מור"ם להגיה על מרן בג' אופנים והפן הב' הוא כשמרן בב"י הביא ב' סברות ודחה לאחת מהן ומור"ם סבר כאותה סברא שדחה אז מגיה עליו וי"א בהיפך ועיקר ע"כ. א"כ גם בנדון דידן דמרן בב"י כתב הדין ובש"ע השמיטו א"כ נראה דמרן דחה סברא זו ומור"ם לא דחאה וסבר כוותה הא נמי ליתא דא"כ הו"ל למור"ם לומר ועיקר להשמיענו דאף דמרן דחאה איהו סבר כוותיה ולכן כתב ועיקר ועוד דאם איתא דדין שהביאו בב"י והשמיטו בש"ע דאמרינן חזר בו א"כ הו"ל להרב החבי"ב להשמיענו פן ד' והוא דדין שמביאו בב"י ובש"ע משמיטו מור"ם פוסק אותו להלכה אלא ודאי נראה דאין זה כלל מוסכם ואדרבה מצינו למור"ם עצמו בכמה מקומות שמביא הדין משם הב"י שכתב בשם פ' נראה שמרן הסכים כדברי אותו פוסק:

והנה מצאתי למרן בא"ח סי' ש"ב בה' שבת שכתב גבי טיט שעל רגלו מקנחו בכותל וכתב בב"י שאם הוא על גבי נעלו מהרי"א מחמיר ואסר לקנחו והוא ז"ל חלק עליו והתיר וכתב הרב ב"ח דמרן שלא כתב או שעל נעלו לפי דחשש לסברת מהרי"א ולכן השמיטה מהלכה ומור"ם בהגה כתב או טיט שעל נעלו ותמה עליו הב"ח דהא הב"י גופיה לא נסמך על דבריו ולכן לא פסקה בש"ע והרב יד אהרן שם בהגב"י כתב דאין זה הכרע דכמה דינין מייתי מרן בב"י מכמה גדולים ואינו מביאם בש"ע לפסק הלכה ע"כ. ומה

שמתבאר מדברי הב"ח הוא דכיון דמצינו לו למרן שהביא מחלוקת בזה בין מהרי"א ובין רי"ו אף שבב"י הכריע כרי"ו יתכן לומר דכיון דמצינו דהוא מחלוקת ביניהם ומצינו בש"ע שלא ביאר דבריו נוכל לומר שחזר בו ממ"ש בב"י והחמיר כמהרי"א אבל במקום שלא מצינו מחלוקת בפוסקים והביא מרן הדין מהפוסקים בלתי שום חולק ובש"ע לא כתב זה הדין בודאי באופן זה לא עלתה על דעת מרן שהוא חזר בו וגם הב"ח לא יסבור כן:

עוד יש לדקדק מדברי הב"ח דכלל זה אינו מוסכם דאם כלל זה מוסכם שבכל מקום שלא חזר ושנאו בש"ע דאמרינן חזרה היא א"כ הו"ל לאתמוהי על כל מקום שבאופן זה ויתמה על מור"ם דכיון דמרן סברא זו דחאה למה לו הוא להביאה ולמה לו לתת טעם שפסק כמהרי"א שהוא מחמיר והלא בין יחמיר ובין יקל זה דרכו של מרן כיון שפסקה בב"י ובש"ע השמוטה מורה שחזר בו ולמה לו למור"ם להביאה אלא ודאי נר' דהב"ח לא תמה עליו אלא פה דוקא לפי דכאן נתן מרן סימנין שחזר בו לפי דכיון דהתחיל הדין ואמר טיט שעל רגלו הו"ל לסיים או שעל נעלו כיון שהתחיל בהלכה ומדלא סיים הכי נראה דכיון שחומרא לדעת מהרי"א מחמרינן בה ולכן בא הב"ח ותמה על מור"ם דכיון דפה מרן נתן בה סי' דאין הלכה כן א"כ למה יביא דברי מרן והרב יד אהרן כתב דמה שלא כתב מרן הדין בש"ע אין זה ראיה כי יש הרבה דינין שהם כהלכה ומרן בש"ע משמיטן והם אליבא דהילכתא:

עוד לע"ד נראה לומר דאף דנאמר דהב"ח ס"ל דחוזר בו מרן בכגון זה היינו דוקא בההיא דשבת שהתחיל בדין ואמר טיט שעל רגלו והו"ל לסיים הדין וכמש"ל ולפי זה יש לתמוה על הרב יד אהרן הנז' במה שהקשה על הב"ח דמה זו תמיהה והרי כמה דינין שהם כהלכה ובש"ע משמיטן. ולפקד"ן דההיא דסי' ש"ב שנא ושנא לפי דכיון דכבר התחיל הדין הו"ל לסיימו ומדלא סיים הכי נראה דסבר כמהרי"א דמחמיר בזה וכמ"ש בב"י ונראה דלכן לא הקשה הב"ח על מור"ם לומר לו כי זה כלל ידוע שבכל מקום שמשמיט הדין בש"ע נר' שחזר בו לפי דאין זה כלל מוסכם ודוקא הכא תמה עליו לפי דכבר התחיל הדין וכמש"ל ועכ"פ למדנו מדברי הב"ח והרב יד אהרן הנז' דאין זה כלל מוסכם בדעת מרן:

גם יש לדקדק עוד מדברי הב"ח במה שהקשה על מור"ם וז"ל ותימה והלא הב"י גופיה לא נסמך על דבריו להקל בנעלו כי לכן לא כתב בש"ע להתיר קינוח אלא ברגליו ע"כ. וקשה דאימא דאע"ג דהב"י לא סבר הכי מור"ם עצמו סבר כמ"ש הב"י וכמו שכן דרכו בכל מקום שמביא הדין משם הב"י ומרן בש"ע השמיטו לפי דלא סבר כוותיה ומור"ם מביאו אלא ודאי נראה דכיון דמור"ם מזכיר החידוש בשם הב"י ולא כתב בצידו כנ"ל או

ועיקר נראה מדבריו להדיא דכל מקום שמזכיר מור"ם בשם הב"י סתם נראה שכן דעת הב"י ולא חזר בו ופה דוקא תמה עליו הב"ח לפי דכיון דהתחיל הדין אם איתא דסבר הכי הו"ל לסיימו וזה שכתב הב"ח כי לכן לא כתב להתיר קינוח אלא ברגליו ומדבריו נראה להדיא דהכוונה דמרן לא סבר הכי לפיכך לא כתב ג"כ בנעלו:

ובינותי בספרים הם המדברים בכלל זה וראיתי להרב יד מלאכי ז"ל שאסף איש טהור לכל הפוסקים אשר דברו בענין זה וקבצם כעמיר גורנה וז"ל בכללי מרן אות ד' דדרכו של מרן בספר הקצר להשמיט כמה דינין שהביא בב"י מפני שלא מצאם בשאר הפוסקים ומ"מ בב"י הביאם כי הוא מאסף לכל המחנות שזה משפט הספר ומעשהו כנ"הג י"ד סי' ל"ה בהגב"י אות ע"ד. והרב ידי אליהו סי' קמ"ו והרב ז"א ח"מ סי' י"ג דף קנ"ה כתב דכיון דהשמיטם מהלכה נראה שחזר בו מפני שראה חולקים בדבר עי"ש וכן מצאתי עוד להרב מנחת כהן בס' התערובות ח"א ספ"י אך שם בח"ג פ"ז כתב דכמה דברים שהביא בב"י והשמיט בש"ע אף שהם אליבא דהילכתא ועיין ס' יד אהרן סי' ש"ב בהגב"י ומשאת משה ח"ג דף פ"ו ד' ובס' הלכה למשה ח"א דף צ"ט ובח"ב הלכות מכירה דף ט"ו עכ"ל:

וכל הקורא ושונה בדברי הרב יד מלאכי הנז' בלתי שיעיין בספרי הפוסקים שהביא בשורשן של דברים יסבור שהרב הביא מחלוקת בספק דנדון דידן אכן הלומד בשורשן של דברים יראה שלא עלתה על דעתן של הפוסקים הנז' לומר כלל זה בכל מקום וגם הרב י"מ הנז' לא עלה בדעתו דבר זה דאם לכך כיון למה לא הקשה על הרב מנחת כהן דסתיר דידיה אדידיה ושני המקומות הזכירם בפיו ועוד דאם לכך כיון למה הזכיר בפיו להדיא דבכל מקום שהשמיט הדין בש"ע לפי דחזר בו לכן נראה לומר דהפוסקים שהביא לא דברו בכלל זה אלא כל אחד לפי ענייני תחילה מה שהביא הרב החבי"ב בי"ד שכתב דמרן שהשמיט ולא כתבו בש"ע לפי שלא מצאו בשאר פוסקים נראה דלא כתב כן אלא דוקא בנדון דידיה שמצאו כתוב בב"י חידוש זה ובשאר הפוסקים לא מצאו אז בכגון זה אמרינן דמדלא חזר ושנאו בש"ע אז אמרינן דחזר בו לפי שלא מצאו כשאר הפוסקים. אבל בדין שהובא בפוסק שהוא מפורסם כגון הרשב"א שכבר כתבתי לעיל סי' י"ג משם החיד"א כי מהרשד"ם כתב עליו כי רבו היה מחשיבו כרוב הפוסקים וכ"ש אם הם שנים או ג' מגדולי הפוסקים בכגון זה לא עלה על דעת הרב החבי"ב לומר שמא מצא חולקים וחזר בו מרן או לפי שראה שהיא סברא יחידית ולא מצא לה חבר בפוסקים ואדרבה יש לדקדק מדבריו שאין זה כלל מוסכם דאם הוא כלל מוסכם למה לו לתת טעם דמה שהביא סברא זו בב"י לפי שזה דרכו שהוא מאסף לכל המחנות הול"ל בקיצור

כיון דהשמיטה בש"ע ודאי לפי שמצא חולקין בדבר וחזר בו אלא ודאי נראה כמ"ש דדוקא לא אמרה אלא בההיא שמצא כתוב אבל לא בכל מקום וגם נראה מדלא כתב אולי שמצא מרן באיזה פוסקים מהראשונים שהם חולקין ומשו"ה השמיט בש"ע נראה דסבר הרב החבי"ב דמרן אחר כל הטורח ההוא שאסף לכל המחנות רחוק הוא שנעלם ממנו איזה מחברים ולא ראה אותם חוץ מאותן שהביא בבד"ה כי כולם היו סדורים לפניו וא"כ נראה מדבריו דעל הסתם לא אמרינן דמרן מצא מחברים אחרים שכתבו היפך מה שהביא בב"י ולכן חזר בו וסברא זו שהביא הרב החבי"ב בדעת מרן שדרכו להשמיט כמה דינין בש"ע לפי שלא מצאם בשאר פוסקים סברא זו לא נפלאת היא וכבר כתבה מהרשד"ם ח"מ סי' ס"א בשם הרא"ם וכמה פוסקים והביאם הרב החבי"ב בכללי הפוסקים אות ו' דדין מחודש שלא כתבוהו הפוסקים ודאי דלא ס"ל הכי עי"ש ועל אופן זה כתב הרב החבי"ב מה שכתב אבל לא בדין שהוא מגדולי הפוסקים המפורסמים:

גם מה שהביא משם הרב זרע אברהם סי' י"ג כנז"ל הרואה יראה את דבריו שם שלא כתב שכלל זה בכל מקום אלא הנראה מדבריו שם לפי שמצינו שפסק בב"י כהג"מ שכתבו דלא מיקרי אונס אלא הכאות ויסורין אבל אונס ממון לא מיקרי אונס ובש"ע השמיט זה ומור"ם שם פסקו להלכה וכתב הרב זרע אברהם הנז' שהש"ך בסקכ"ב כתב דכיון דהרא"ה הביא משם הרמב"ן דאפי' באונס ממון פטור וגם הרשב"א סי' תתק"פ כתב כן ודאי דמספיקא לא מפקינן ממונא דמצי לומר קי"ל כוותייהו. וכתב הז"א וכן יש להוכיח מדברי מרן דאע"ג דבב"י כתב על דברי הגמ' דפשוט הוא בש"ע השמיטו מהלכה כנראה שחזר בו אחר שראה דברי הרשב"א והרא"ה בשם הרמב"ן עי"ש הרי שלא כתב שכלל זה הוא מוסכם בכל מקום אלא דוקא הכא בנדון זה שראינו לגדולי הפוסקים שכתבו בהיפך לכן באופן זה כתב שלכן מרן השמיטו בש"ע דאמרינן אחר שראה דברי הפוסקים הנז' חזר בו אבל על הסתם שלא מצינו בפוסקים שדברו בענין זה לא אמרינן על הסתם שמא מצא פוסקים אחרים ולכן חזר בו ומשו"ה לא כתב הז"א הנז"ל שכלל זה בכל מקום:

גם מה שהביא משם הרב ידי אליהו הנז' שכתב וז"ל ומדלא פסק דין זה בש"ע משמע שחזר בו שם כתב עמ"ש הרב ב"י וז"ל ונ"ל שאם התנו שתגמר קנייתם במעות מכרם קיים וכדאמרינן גבי קרקע וכו' והביא משם הש"ך דלא דמי להההיא דקרקע שדינו לקנות במעות ושכן כתב הריטב"א וא"כ נוכל לומר שחזר בו מן הטעמים שכתב הש"ך ע"כ הרי דלא כתב כן דאמרינן דחזר בו אלא מהטעמים שכתב הש"ך האל"ה לא אמרינן דחזר בו על הסתם ואדרבה נראה מדבריו דאין זה כלל בכל מקום דאם הוא כלל מוסכם למה

לו לומר מן הטעמים שכתב הש"ך הו"ל לומר וכבר ידוע דכלל מוסכם דכל דין שמביא בב"י ובש"ע משמיטו לפי שחזר וכ"ש בנדון דידיה שכתב הש"ך וכו' ואין לו לומר מן הטעמים שכתב הש"ך לבד ולפ"ז גם מ"ש משם הלכה למשה ה' מכירה דף ט"ו שכתב דאמרינן דמרן חזר בו היא עצמה ההיא דהרב ידי אליהו שכתב כן משמו וכבר כתבנו דאין ממנה שום ראיה ואדרבה נראה בהיפך וכדאמרן:

גם מה שהביא משם הלכה למשה ח"א דף צ"ט גם משם אין שום ראיה דהתם דוקא דמרן כבר התחיל בדין וכתב פי' רבינו ולא הזכיר פירושו ואם איתא דלא חזר בו הו"ל להזכיר פירושו הואיל וכתב פי' רבינו ועוד שבאופן זה נראה להדיא שחזר בו אבל במקום אחר לא אמרינן הכי:

וחזי הוית להרב שלחן גבוה בכללי הש"ע אות י"ג כתב וז"ל ושמעינן מינה דכשהביא דין אחד בב"י ובש"ע השמיטו מוכח להדיא דלא ס"ל הכי או היכא דחולק עצמו מב"י לש"ע שדברי הש"ע שהם אחרונים עיקר וכמ"ש בי"ד סי' ט"ל וכו' עי"ש. וקשה שזה סותר למ"ש הוא עצמו לעיל באות א' שהביא משם הרב שמש צדקה חי"ד סי' ג"ל שכתב שהדבר ברור שהש"ע חיברו אחר חיבורו הגדול ב"י ועשאו כמו מפתח לחיבורו ב"י וכלל גדול בידינו מקדמונינו שלא נפסוק דין מתוך הש"ע ולפ"ז ניחא דלא סתרי דברי מרן מיניה וביה מב"י לש"ע ואחר זה באות ו' הקשה עליו ממה שמצינו לכל האחרונים דמלאים מתפיסה זו וכמו שתופס עליו הפר"ח בכמה דוכתי ואע"ג דכתבו האחרונים דלא נתכוון מרן בש"ע לפסק הלכה אלא למפתח בעלמא מ"מ אין ראוי לכתוב היפך ממ"ש בב"י א"כ ראוי לתפוס עליו ולתת טעם לדבריו ע"כ. ואם איתא למ"ש הוא ז"ל דאם הביא דין בב"י ובש"ע לא פסקו או אם הוא סתיר דידיה מב"י לש"ע דאמרינן חזר בו א"כ מאי מקשו האחרונים עליו ומכללם הפר"ח הרי כיון שלא הביאו בש"ע או שכתב בש"ע להיפך דאמרינן חזר בו ממ"ש בב"י והעיקר כמ"ש הש"ע וליכא שום קושי על דברי מרן. והנה גם הוא עצמו הודה לדברי האחרונים שכתבו דכיון דלא עשאו אלא למפתח בעלמא אין לתמוה עליו במה שהשמיט כמה דינין בש"ע דלא עשאו לפסוק ממנו דין ועכ"פ קשה עליו איך כתב לקמן דבכגון זה אמרינן דחזר בו ולמה נאמר שחזר בו כיון שלא עשאו לפסק הלכה ועוד דאה"נ דנודה לדבריו אם סתיר דידיה מב"י לש"ע דאמרינן דחזר בו כיון שפסק להיפך בש"ע שהוא בתרא אבל אם השמיט איזה דין מש"ע מנ"ל שחזר בו ולא נימא דכיון דלא עשאו לפסק הלכה אלא למפתח בעלמא ועיקר פסק הדין מ"ש בב"י א"כ מנ"ל שחזר בו ועוד כי לא הורה השו"ג מהיכן יצאו כבושין דברים אלו לכן נראה לע"ד לומר בכוונתו דודאי היכא דראינו למרן דסתיר דידיה אדידיה מב"י

לש"ע דאמרינן חזר בו או היכא דמצינו שבב"י הביא דין ובש"ע השמיטו וכוונת השמיטו ר"ל שראינו שלכתחלה השמיטו כגון ההיא דסי' ש"ב בטיט שעל רגליו דכיון שהתחיל בדין אם איתא דלא חזר בו הו"ל לסיים או שעל נעלו ומדלא סיים הכי נראה שחזר בו ממ"ש בב"י משא"כ אם דילג דין אחד לגמרי אז בכגון זה נוכל לומר דכיון דהש"ע לא עשאו אלא למפתח בעלמא ועיקר פסק ההלכה הוא מ"ש בב"י לא חש להביאו בש"ע כיון שבלא לימודו בב"י אין רשאי שום דין לפסוק כ"א כשילמוד בב"י א"כ יקחנו משם. ועכ"פ למדנו מדברי האחרונים ומכללם הפר"ח לפי דברי השו"ג כי הרבה תפסו על מרן במאי דסתיר דידיה אדידיה ואני הדל לא ראיתי הדברים בשורשן ומ"מ נראה להביא ראיה לנדון דידן מדבריהם דלא אמרינן דמרן חזר בו בש"ע אלא דוקא היכא דגילה דעתו להדיא בבד"ה אבל על הסתם לא אמרינן הכי דאי אמרינן הכי א"כ בכדי תפסו עליו דאימא דחזר בו ולא עוד אלא שכן דרכו בכל מקום:

באופן כי מצינו למרן בכמה מקומות שמביא בב"י דין אע"פי שהוא הלכה פסוקה משמיטו בש"ע וכ"כ הרב מנחת כהן בס' התערובות דף ק"ז ע"ג שכתב שכמה דברים שהם הלכה אליבא דהילכתא ובש"ע השמיטם גם בסי' זה השמיט שאם פירשה חתיכה מעצמה בפנינו וכו' והוא ברור בפוסקים וגם הוא הביאו בב"י ועוד כמה דברים כיוצא באלו עכ"ל וכ"כ ג"כ בדף קל"ח ע"ב גבי אם מצטמק ורע לו שכתב הדין בב"י וכתב שאע"פי שבש"ע לא הזכירם דינא הכי עי"ש. ואפילו ששם בדף ע"ה ע"ג כתב וז"ל ולכן מהרי"ק לא הביא דין זה בש"ע אף שכתבו בב"י מזה משמע דסברתו להיפך נראה דוקא התם לפי שבירר מדברי הפוסקים שאין הדין כמ"ש בב"י ולכן נסתייע דאפשר דמרן משו"ה השמיטו בש"ע אכן לא יצאו הדברים מפיו שזה כלל בכל מקום:

והרואה לדברי הרב יד מלאכי הנז' יסבור שהרב בכלל זה סובר שהוא מחלוקת פוסקים אכן לא עלה על דעתו דבר זה מעולם אלא הוא מורה מקום לדברי הפוסקים היכן דברו בכלל זה והוא מאסף אותם ממקום למקום להקל על המעיין אבל לא נחית לחלק ביניהם שכל אחד נדרש לעצמו ושאין כל המקומות שוין שאין זה מלאכתו והמעיין יבחר ויברר כפי מקומו ושעתו ודי לו במלאכתו שבאמת חכמה נפלאה היא וטירחא יתירה ללקט שושנים מתוך דברי הפוסקים שבאו בארוכה והוא מלקט הצריך לו והולך והראיה שלא הזכיר בתוך דבריו שזה כלל בכל מקום אלא הוא מסדר סדר המערכה משם הפוסקים שדברו בענין זה וסמך על המעיין שיראה כיצד דברו וגם כל הפוסקים שהביא הוא ז"ל הרואה יראה הדברים בשרשן שלא אחד מהם עלה על דל שפתו שכלל זה הוא בכל מקום אלא כל אחד דבר לפי ענייננו ומקומו ושעתו וכמו שכתבתי לעיל הדבר באורך:

גם כבר כתבתי לעיל בסי' י"ג והבאתי שם דברי מוהרש"ל בס' בית דינו ש"ש שכתב בדף פ' ע"ד שהרבה דינין מחודשין מביא בב"י ואינו מביאם בש"ע ומשום הא ליכא למימר דלא ס"ל כוותייהו ומשו"ה השמיטם דאם איתא להא הו"ל לגלויי בב"י דעתיה עי"ש. הרי להדיא דגם מרן מהרש"ל בהס'כמה כמה עלה דאם הביא דין בב"י אף שבש"ע השמיטו לא אמרינן שחזר בו ממ"ש בב"י וראיתי להחיד"א ביוסף אומץ סי' כ"ט שכתב שכמה דינין שהשמיט בש"ע והם הלכה פסוקה וכ"כ הרב הגדול מהר"ר גבריאל איספיראנסה ז"ל בתשו' כ"י דאין הכרע מהש"ע שהשמיטו דין אחד דכמה דינין מוסכמין אין הרב כותבן וסמך עמ"ש בב"י ואני הדל כתבתי בברכ"י סי' ש"ב דמה זו סמיכה בדינין ההם יותר מכל הדינין שכתבן בש"ע ועתה נראה דודאי כוונת הרב הנז' שדיני הש"ס והרמב"ם וכיוצא מביאן בש"ע אמנם הדינין המחודשין זמנין שהוא ז"ל משמיטן תחת שלוש או שהדין ההוא אף שהוא מוסכם הוא במציאות רחוק או שהוא פשוט או שהוא כלול ונלמד מעיקר הדין שכתב בש"ע עכ"ל. ולפקד"ן שזה דבר השמיטה למרן ז"ל בש"ע דודאי דין שהובא בש"ס מוכרח שהוא מוסכם בפוסקים ובפרט מג' עמודי ההוראה והם הרי"ף והרמב"ם והרא"ש ואז מביאו בש"ע דמוכרח שהסכימו בו הפוסקים אכן בדין שח שחידשו הפוסקים לפעמים לרוב פשיטותו מביאו בש"ע ולפעמים חושש מרן כי שמא יש מהפוסקים הראשונים שלא הסכימו בזה והם מהפוסקים המפורסמים ולא שלטו מאורי עיניו בו כההיא דרב זרע אברהם הנז' שכתב משם הרשב"א והרמב"ן והרא"ה אז נוכל לומר בכגון זה כי מרן ז"ל ראה לאלו הפוסקים וחזר בו והשמיטו מהש"ע אבל על הסתם שלא מצינו לפוסקים ז"ל שדברו בזה לא נוכל לומר שמא מצא איזה פוסקים מהראשונים וחזר בו אלא דוקא עד שנראה בעינינו שדברו הפוסקים להפך. ואיך שיהיה למדנו מתוך דברי החי"דא שגם הוא בספרו יוסף אומץ אזיל ומודה לדברי מהרג"א הנז' גם ראיתי להרב מהר"י הררי ז"ל בס' זכור ליצחק בדף ק"ך שגם הוא בהס'כמה כמה עלה כדברי מהרג"א והרב יד אהרן הנז':

ץ

וראיתי למי שהקשה על דברי החיד"א הנז' במ"ש דמרן דמשמט הדין תחת שלוש הנז' והקשו עליו דזה לא יספיק למה שהשמיט מרן בא"ח סי' רפ"ב דמותר להוסיף על. העולין לס"ת בי"ט עי"ש בב"י. ובש"ע השמיטה ולא כתב אלא שבת דוקא ע"כ. ולעד"ן דזה נכלל במ"ש באופן הג' כשהוא כלל ונלמד מעיקר הדין שכתב בש"ע ע"כ וה"נ דכיון דכתב דבשבת מוסיפין ובודאי שהטעם הוא כמ"ש מרן בכ"מ פי"ב מה' תפילה דכיון שאסורין במלאכה מוסיפין עליהם וליכא למיחש משום ביטול מלאכה עי"ש א"כ כיון דהשמיענו

דבשבת מוסיפין משום דליכא ביטול מלאכה בשבת ממילא נשמע דגם בי"ט מוסיפין דליכא ביטול מלאכה ביום טוב:

עוד מצאתי להחיד"א עצמו בס' מחזיק ברכה י"ד סי' כ"ד אות ו' שהביא תחילה דברי מהר"ש הלוי בב"י ז"ל ואחר זה כתב ברם אשכחן כמה דינין מדינין שונים שהשמיט בש"ע והם הלכה פסוקה וכאשר הרב מהר"ר גבריאל איספיראנסה השיגו בתשוב' ההיא והזכרתי דבריו בס' ברכ"י עי"ש הרי שגם הוא בהס'כמה כמה עלה שעל נדון כזה מצינו למרן שהשמיט כמה הלכות והם הלכות פסוקות:

וראיתי למהר"ש הלוי בחי"ד סי' כ"א שכתב גבי בשר שנמלח ע"ג דף ולא היה חלק ברהיטני שמרן בב"י הביא דין זה מהת"ה ובש"ע לא הביאו כנראה שמרן בב"י מספקא ליה אי עבדינן כהת"ה עכ"ל. מדבריו אלה נראה שכיון שמרן בש"ע לא שנאה נראה שחזר בו. אכן אין מזה ראיה לנ"ד חדא שהרי גם הוא לא כתב בפשיטות שמרן חזר בו אלא ספוקי מספקא ליה למרן והניח הדבר בספק שבדיעבד כשר הבשר ועוד דהכא שאני כמש"ל דכיון דנחית לבאר הדין אם איתא דסבר כותיה הו"ל לסיימו להדיא ולבארו משא"כ אם הדין הוא מחודש ומרן דילגו:

וחזי הוית להרב ברכות מים בדף ר"ב ע"א שהביא דברי מרן מ"ש בב"י סי' ס"א שכתב וז"ל כתב רי"ו בשם רב האיי גאון ז"ל האי מאן דבעי למכתב שטרא בכל לישנא דזכותא אע"ג דלא ידע ספרא לאחזוקי כראוי כיון דכתיב ביה ואחריות שטרא דנא קבלית עלי כחומר כל שטרי וכו' קאי לכל כללי דתחות עניינא וכו' וחזר עוד ושנאו בסי' ע"א בשם הריטב"א וכו' עי"ש. וכתב הרב ברכות מים הנז' כי מרן בש"ע לא מצינו שהביא דין לפסק הלכה לא דברי הריטב"א ולא דברי ר"ה גאון ולא הנמק"י בשם ר"י ולא תשו' המרדכי נמצא שהיוצא מן המחובר שיד המוחזק שרירה וקיימת לומר קי"ל כהנך רבוותא דפליגי עי"ש. ואנכי הדל לא ידעתי היכן מצא כלל זה בדברי מרן דכיון דבש"ע לא פסקה דאמרינן חזר בו וכבר הבאתי לעיל דברי הפוסקים הם המדברים בכלל זה בדעת מרן ולא נמצא בשום אחד מהם שכתב שכלל זה הוא בכל מקום כי אם דוקא במקומות מיוחדים וכל אחד יש לו טעם כאמור לעיל ועוד איך אפשר לומר כאן שחזר בו אחר שהפוסקים הראשונים דברו בזה ולא נמצא מי שיחלוק עליהם כי אם מהפוסקים האחרונים שהקשה להם דברי מהרשד"ם אהדדי ויצאו לחלק כל אחד כשיעוריה ומזה נסתר הדין ונחלקו בו האחרונים אבל מרן שלא מצא שום סתירה לדברי הראשונים מנין לנו לומר שחזר בו מדין זה והרי כתבו כמה מהפוסקים שכמה דינין שהם כהלכה פסוקה והשמיטם בש"ע ועוד כי קבלה בידינו מאבותינו ואבות אבותינו כי בני א"י ת"ו ואר"ץ

ודמשק ומצרים ובבל קבלו עליהם הוראת מרן ולא זו בלבד מה. שכתוב בב"י ובש"ע אלא גם מ"ש בתשו' וכן כתב החיד"א בברכ"י ח"מ סי' כ"ה ואם אמת הדבר שמה שכתב בב"י ולא שנאו בש"ע דאמרינן דחזר בו מרן א"כ כדי נסבא מ"ש שקבלנו הוראותיו בב"י ועוד היאך יכתוב הרב שמש צדקה שלא יפסקו הדין ממ"ש בש"ע אלא ממ"ש בב"י והרי העיקר מ"ש בש"ע באופן שנלע"ד דהרב בר"ם הנז' אגב שיטפיה לא נתן לב לחפש בספרן של צדיקים על כלל זה וסמך עצמו לקיים שטר המתנה משאר טעמים שכתב שם והוא יחיד בסברתו זאת ועוד כי הרואה יראה כי מרן בסימן רמ"א גבי משפטי התנאים פסק להההיא דרב האיי ודעמיה וכמו שהארכתי בזה בסי' כ"ה לקמן קחנו משם. גם הבאתי שם מ"ש מרן ז"ל בספר אבקת רוכל סי' ע' שכתב כי לשון זה של כתחז"ל מועיל לתקן חברי דשטרא שאפילו שאין כתוב לשון מתנה כאילו כתוב כן ובודאי דבזה גילה לנו דעת עליון דקאי בסברתו. ועוד ק' לי על דבריו כי בכל הפוסקים שכתבו דאין מועיל לשון של זכות ויפוי כח לא הביאו ראיה זו דכיון דמרן בש"ע לא פסקה נראה שחזר בו ואם היא אמת ראיה גדולה היא לדבריהם. וראיתי להרדב"ז בחדשות ח"א סי' תל"ג שכתב בדין אחד שכתבו רבינו האיי גאון ז"ל והסכימו עמו הראב"ד והר"ן אכן הרמב"ם פליג עליה וכתב דיש לפסוק כרב האיי אפי' שהרמב"ם מאריה דאתרא. חדא דרב האיי רבן של כל בני הגולה ודבריו דברי קבלה ובידו שבט מישור דאתי מדוד הע"ה ועוד דהר"ן והראב"ד סוברין כוותיה עי"ש. מעתה לפי האמור יש לתמוה על הרב ברכות מים הנז' שכתב על דברי רבינו האיי ועל המסכימין עמו דמרן כיון דבש"ע לא הביאו נראה שחזר בו וקשה לי דאיך אפשר לומר כדבר הזה על מרן הקדוש דהניח דברי רבינו האיי וגם דברי הריטב"א ובעל העיטור ורי"ו ונאמר דחזר בו ופליג עלייהו ובפרט הריטב"א ז"ל שכתבו הפוסקים דאפילו הוא יחיד יכול לומר קי"ל כוותיה שכל שמועתיו הם ממה שלמד מרבותיו ואין חשוב כיחיד ועוד דלפי דברי הרדב"ז אפילו הרמב"ם שהוא מאריה דאתרא עכ"ז לא קיימא לן כוותיה נגד רב האיי ודעימיה וא"כ אפילו שנראה בעין פוסקין חולקין על דברי רב האיי בפי' אין לנו לילך אחריהם כ"ש שלא מצינו בפי' מי שיחלוק על דברי רבינו האיי והפוסקים הבאים בעזרתו. ולעד"ן דודאי אילו ראה הרב בר"מ הנז' דברי הרדב"ז הנז' לא היה כותב כדברים הללו ובודאי דבכגון זה אין המוחזק יכול לומר קי"ל ואפילו שיש עוד אחד מסייע לסברתו וכ"ש שהוא יחיד בדבר הזה כי לא נמצא בפוסקים שדברו כלל זה וכאמור לעיל ולכן נראה דאדרבה מכאן הוכחה דאין כלל זה בכל מקום שהרי מצינו לו בכאן בסי' ס"א ובסי' ע"א שהביא דברי הגאון רבי' האיי שהלכתא כמותו אפילו נגד הרמב"ם באתריה ועוד שבעל העיטור ורי"ו סברי

כוותיה וגם הריטב"א ורבותיו סברי כוותיה וא"כ איך נאמר שחזר בו מרן ז"ל ופסק היפך כל הנז' אלא ודאי נראה שאין כלל זה מוסכם ולא דברו הפוסקים בכלל זה שהוא בכל מקום כל עוד שלא מצינו לפוסקים ראשונים שנחלקו בדבר ובפרט במקום שהדין הוא יוצא מדברי רב האיי גאון ז"ל שהוא רבן של כל בני הגולה שלא יעלה על לב שום פוסק לחלוק עליו ואפילו שיחלוק כל בני הגולה קבלו עליהם דבריו אפילו באתריה דהרמב"ם. עוד יש לתמוה על הבר"מ דהנה ידוע ומפורסם דמה שהסכימו לדעת מרן לפי שהוא הולך אחר הרוב ולא תפס רגל הקי"ל כמ"ש בהקדמתו לא"ח וסברא זו כתבה הרדב"ז בח"א הישנות סי' קי"ו שכתב אבל כשיחיד חולק על רבים או רבים חולקים על המרובים לא אמרה אדם מעולם שיכול לומר קי"ל דא"כ בטלת מה שכתוב בתורה אחרי רבים להטות דהיא אפילו לאפוקי ממונא עי"ש. וא"כ נראה דמרן אזיל בשיטת הרדב"ז כדי לקיים הכתוב וא"כ לפ"ז אין הפרש בין מ"ש בתשו' ובין מ"ש בש"ע שבכולן הולך אחר הרוב ולא עוד אלא לפקד"ן דאפי' בדין שלא הזכירו מרן והוא במחלוקת בין הפוסקים יש לנו לילך אחר הרוב ולא מצי לומר קי"ל והיא דעת מרן כנז' וא"כ כ"ש במה שמצינו למרן בתשו' שראוי לילך אחריו וכ"ש במה שכתב בב"י שהסכים עם הרוב ועוד דלפי האמור דאמרינן דמרן חזר בו א"כ מוכרח דחזר בו לפי שראה רוב הפוסקים שאמרו כן וא"כ בנ"ד בההיא דסי' ס"א לא רב האיי בלבד קאי בהאי סברא אלא בעל העיטור ורי"ו והריטב"א גם רבינו יונה והרמב"ן לפי דברי מהרש"ח בסי' רמ"ב גם ר"ב הביאו המרדכי והזכירו מהן בסי' רי"ג גם הרא"ש והטור גבי תנאי כפול בסי' רמ"א וא"כ מצינו לעשרה פוסקים מהראשונים שסוברים שלשונות אלו הם מועילים לתקן תברי דשטרא וא"כ כשנאמר מרן חזר בו מוכרחים אנו לומר שראה לאחד עשר פוסק שכתבו להיפך עד שיחזור בו מדעתו וא"כ איך אפשר לומר דבר זה שראה מרן אחד עשר כוכבים מאירים לפניו ואנחנו לא נגלה לנו שנים מהם ולפקד"ן דמזה יש הוכחה גדולה לכל מקום שראינו למרן שפסק בב"י דין ובש"ע לא הביאו דאמרינן דלא חזר בו ואין זה כלל בכל מקום כנ"ל:

הצעיר אברהם דיין ס"ט

סימן כד

שאלה שני יהודים אחד שמו יוסף אשכנזי בן ר' דוב והשני עובדיה חמוני שהיו בעיר תרסוס ובאו לדור בעיר אנטוכיא ויצאו שניהם יחד להסתחר בכפרים אשר סביבות העיר הנז' ונעלמו ולא נודע מקומן וחפשו עליהם ולא נמצאו ויום אחד בא ה"ר אליהו

מזרחי לפני ב"ד והעיד לפניהם וכתבו ב"ד עדותו וז"ל במותב תלתא כחדא הוינא אנן ב"ד דח"ל כד אתא קודמנא ה"ר אליהו מזרחי ואחר האיום והגיזום כדחזי העיד בתורת עדות גמורה וז"ל כונת פ"י צ'יעית אל שיך פ"י בית שריכי אל גוי ואיג'א ואחד גוי מסיח לפי תומו וקאלי יא אליהו הל מסכין יוסף אל כוסא ושריכו אל ג'דיד אלי ג'ייה מין תרסוס אכ"ו טבאש הלי כאנו ינזלו ענדנא שופנהון מקתולין וחדמיה מין צ'עיתנא שאפ'ו אש כון קתלוהון זהו מה שהעיד לפנינו ה"ר אליהו הנז' וכו' ע"כ. וצריכין אנו לדעת ולדרוש ולחקור בספרן של צדיקים אם יש ממש בעדות זו ויבוא שכמ"ה:

תשובה בעדות זו יש בה כמה ספיקות אחת שלגבי הראשון הזכיר שמו לבד ולא הזכיר שם אביו ושם עירו וגם לא כינויו שזה שאמר יוסף אל כוסא אין זה כינוין אלא למי שזקנו קצרה ועגולה קורין אותו כוסא ושאלו לאנשי עירו ואמרו שאין לו שם זה וגם לגבי עבוד השני לא הזכירו שמו כלל ולא שם אביו ולא כינויו אלא שאמרו אנ"ו טבאש אלי ג'ייה מין תרסוס אם נאמר דכיון שאמרו אכ"ו טבאש הרי כמזכיר שמו ואף אם נאמר דשם עירו הזכיר כיון שאמר אלי ג'ייה מין תרסוס עכ"פ שם אביו לא הזכיר ולדעת הפוסקים צריך שיזכיר שמו ושם אביו ושם עירו. ונר' דבעדות זו יש מקום להתיר נשותיהן מכבלי העיגון ותחילה נביא מאי דגרסינן ביבמות דף קכ"ב וז"ל אבא יודן איש ציידן אמר מעשה בישראל וגוי שהיו מהלכין בדרך ובא הגוי ואמר חבל על יהודי שהיה עמי בדרך שמת וקברתיו והשיאו את אשתו והרמב"ם ומרן בסי' י"ז סי"ז פסקו מעשה זה להלכה אע"פי שלא הזכיר שמו ושם אביו ומהרשד"ם חא"ה סי' מ"ד כתב שמעשה זה שהובא בש"ס היה שהגוי הזה והיהודי שהיה עמו הכרנום והוא ג"כ כשהגיד מיתת היהודי היה מגיד לאיש או לאנשים שראו אותן ביחד יוצאין בדרך עי"ש. ומתבאר מתוך דברים אלו שאע"פי שהגוי לא הזכיר שמו וש"א וש"ע אלא שראינו אותם יוצאין יחד בדרך ביחד בחברה אחת ואנו. מכירין לשניהם להגוי והיהודי שהיו יוצאין ביחד ובא הגוי ואמר שהיהודי שהיה עמי מת אפילו שלא הזכיר שמו וש"א וש"ע מתירין את אשתו כיון שהוא מדבר לאנשים שהם מכירין אותם שהיו ביחד בעת יציאתן אף אנן בדידן נמי נימא כיון שהיה אומר לאליהו יוסף אל כוסא ושריכו אל ג'דיד אלדי כאנו ינזלו ענדנא ולא אמר והינין ינזלו ענדנא כל סעא משמע מזה שאליהו הנז' היה מכיר אותם קודם לזה שהיו מתאכסנין אצלו ולכן נתן לו סימניהם וזה דומה למ"ש מהרשד"ם הנז' דכיון שהוא מדבר לאנשים שראו אותם ביחד זה יספיק במקום שמו וש"א. עוד נתן לו סימן ושריכו אל ג'דיד וכוונתו פשוטה שלא תסבור דמה שאני אומר לך ושריכו תסבור שהוא שותפו הישן שאתה מכיר שהוא ג"כ היה מתאכסן עמנו אלא שזה שותפו ג'דיד

שבא מעיר תרסוס ונשתתף עמו דאם לא היו ידועים לו היה אומר שני יהודים נתאכסנו אצלינו והלכו להם והרגו אותם בדרך ומדאמר אלי כאנו ינזלו ענדנא משמע שזה הדבר היה ידוע לאליהו וזה דומה למעשה הש"ס שאמר שהיהודי שהיה עמי מת שהיה מדבר כן לפני אותן שהיו מכירין אותם וראו אותם ביחד:

עוד יש להביא ראיה ממה שמצינו למרן ז"ל בתשו' לא"ה סי' י"א שכתב וז"ל ועוד שהישמעאל אמר שהיהודי הנהרג היה מעיר סינים ור' יעקב הנז' ידענו שהיה מעיר סינים אלא שמזמן קרוב בא לדור פה ומאחר ששום יהודי לא נתעלם באותו זמן זולתי זה משיאין את אשתו ע"ש. וא"כ גם בנ"ד נימא דכיון שאמר הגוי לאליהו הל מסכין יוסף אל כוסא ושריכו אל ג'דיד אלי ג'ייה מין תרסוס ובדקנו באנשי תרסוס שאנשים בה מעט וגם בדקנו באנטוכיא שיש בה ק"ק חמשים בע"ה מ"מ ולא נפקד מהם איש זולתי שני אנשים אלו מתירין ואף שעל יוסף הנז' לא הזכיר שם עירו כלל כ"א על עבוד מ"מ כיון שידוע לאנשי אנטוכיא שאלו השנים לקחו מהם סחורות והלכו לכפרים ולא חזרו כיון שנתברר על אחד גם השני נתברר עמו ומה גם שהזכירו שמו שהוא יוסף ועוד דבאותן הכפרים שיצאו להם אותן שני אנשים מעולם ידוע ומפורסם שלא יבואו להם סוחרים ממקום אחר כי אם דוקא מאנשי אנטוכיא וכיון שמעיר זו לא נפקד מהם איש זולתי אותן שני אנשים ודאי דאמרינן אלו הן הנחנקין ולא אחרים ומתירין את נשותיהן ונדון דידן דמיא למה שכתב הרמב"ם אבל אמר אחד יצא מעיר פ' ומת מחפשין באותה העיר אם לא יצא משם אלא הוא תנשא אשתו ובנ"ד כיון שאמר אכ"ו טבאש אלי איג'א מין תרסוס הרי הזכיר שני מקומות אחת עיר שיצא ממנה היא תרסוס והשנית כיון שאמר אלי איג'א כלומר שבא למחוז שלנו והיא אנטוכיא דאל"ה להיכן בא ועוד כיון שאמר אכ"ו טבאש וטבאש ידוע לנו שהוא מעיר הנז' א"כ מחפשין בשני המקומות הנז' אם לא נמצא שנפקד מהם אלא דוקא אותן שני אנשים אשר נעלמו מהם משיאין את נשותיהן:

עוד מצאתי למרן ז"ל בתשו' סי' טו"ב שכתב משם הגהות מרדכי דסוף יבמות מעשה בגוי אחד שבשעה שדנוהו למיתה אמר מעולם לא פשעתי כי אם פעם אחת שהרגתי יהודי בן ניקולא לארוך שהיה מוליך יו"ד ליטרין ששלחה מרת יהודית לאחיה בניקולא והתירו את אשתו משום מסל"ת ע"י ששאלו לאשה אם שלחה המעות לאחיה אע"פי שלא הזכיר שם היהודי ע"ש והביא זה מרן בב"י. אף אנן נמי בנ"ד דאע"פי שלא הזכיר שמו עבוד כיון שהזכיר את שם אחיו שהוא טבאש מתירין את אשתו דמיא להההיא דשלחה אל אחיה ואחיה עצמו לא ידענו אותו כ"א מאחותו מ' יהודית ואף ששם לא התרנו אותה ע"י שידע שמה אלא גם בהצטרף עמה סימנין מובהקים גם בנ"ד מלבד שם

אחיו נתן לו סימנין לאליהו שהיו מתאכסנין עמנו והם אשר הרגו אותם ודבר זה ידוע לאליהו ואין לך סימן מובהק גדול מזה:

ומרן ז"ל בתשו' סי' ז' דף קי"ג בדיני גוי מסל"ת הקשה על המרדכי הנז' דמי הכניסו בדוחק זה לאוקומי כלישנא דאוקים בגופו ארוך וגוץ הא אפילו לאידך לישנא איתתא שריא דהא פקדון הוו הנך ליטרין דלא עביד איניש שמוסר הפקדון לאחרים וכו' ועוד שהרי הגוי אמר שהיה מוליך יו"ד ליטרין ששלחה יהודית שאנו אומרים כולם מסרה יהודית לאחר והוא מסר לזה שנהרג וא"כ אותו שמסרה לו נהרג ואיתתא שריא עי"ש. וראיתי להרב החבי"ב בהגב"י אות קמ"ז שהבין דכוונת מרן להקשות על המרדכי דאפילו נימא דאותו היהודי שמסרה לו מ' יהודית היו"ד ליטרין מסרן לאחר וכו' אשתו מותרת שהרי הגוי מעיד שהרג לאותו ששלחה על ידו מרת יהודית יו"ד ליטרין לאחיה וכו' עי"ש. ועל כוונה זו שהבין בדבריו הקשה עליו הרב החבי"ב דאם הגוי היה אומר שהיה מוליך יו"ד ליטרין שמסרה לו יהודית היה הדין כמו שכתב וכו' אבל הגוי לא אמר אלא שהרג לאותו שהיה מוליך יו"ד ליטרין ששלחה מ' יהודית לאחיה עדין אפשר שהגוי נתברר לו מפי ההרוג או מפי אחרים שאלו היו"ד ליטרין היו ששלחה מ' יהודית לאחיה והוא לא הרג אלא לאותו אחר שנמסר בידו הפקדון עי"ש. ולפק"ד דמה שהקשה הרב החבי"ב על מרן היא עצמה קושית מרן על המרדכי והמדקדק בדברי מרן יראה שלכך כיון שכתב ועוד שהרי הגוי אמר שהיה מוליך יו"ד ליטרין ששלחה מ' יהודית וכוונתו שלא אמר הגוי שמסרה לו מ' יהודית אלא ששלחה אל אחיה שאם היה אומר כן היה משמע להדיא שאותו שמסרה לו מ' יהודית הוא שהרגו וכיון שלא אמר כן לכן סיים מרן שאנו אומרים כולם מסרה מ' יהודית לאחד והאחד מסר לזה שנהרג וא"כ מאי מביא ראיה המרדכי ממה שאמרה ששלחה לאחיה כיון דיתכן לומר ששלחה ע"י אחר ואין זה שנהרג. ומה שסיים מרן בדבריו וא"כ אותו שנהרג הוא שמסרה לו ואיתתא שריא הכוונה שחזר מרן לטעמו הראשון שנתן הוא עצמו לעיל דכיון שהוא פקדון אין דרך למסור הפקדון ביד אחר ולכן איתתא שריא. אכן אם לזה כיון אין זה קושיא שהרי אפילו לא אמר שהרג לאותו שמסרה לו יו"ד ליטרין אלא אמר סתם ששלחה אל אחיה עכ"ז כיון שאמר ששלחה יהודית אל אחיה בניקולא הרי כיון שאמרה יהודית הרי ידוע מקומה שהיא בארויך ואמרה עוד לאחיה שבניקולא א"כ מחפשין בשני המקומות הללו אם לא נפקד מהם משני המקומות כי אם איש זה מתירין את נשותיהן וכן נראה מהראיה שהביא המרדכי שם מפ' בתרא דיבמות ההוא דהוה קאמר וי ליה לפרשא זרירא דפומבדיתא דמית ואינסבה רב יוסף לדביתהו משום דידוע דליכא בעיר בזה הכינוי

כ"א הוא עי"ש ולא חיישינן שמא בא איש אחד לפומבדיתא ושמו פרשא זרירא ר"ל גבור חיל ואותו הוא שנהרג וזה שהיה אצלנו הלך לו לעלמא גם לא חיישינן שמא קרא ליהודי אחר שהיה דומה לו וקראו פרשא זרירא והוא שנהרג ואידך אזל לו לעלמא לפי דכיון שבדקנו בכל עיר ולא נמצא בעיר שנקרא פרשא זרירא אלא הוא ודאי דאמרינן שהוא עצמו שנהרג ולא אחר ומינה למד המרדכי בנדון דידיה ששאלנו ליהודית אם שלחה לאחיה יו"ד ליטרין ואמרה הן אנו מתירין את אשתו ולא חיישינן שמא ראה איש אחד בדרך ומסר בידו הפקדון והוא הלך לו למקום אחר דכיון דחפשנו בכל העיר מקום יהודית וגם בניקולא ולא נפקד מהם איש כ"א זה לא חיישינן שמא לאחר מסר הפקדון והאחר מת והוא אזל לעלמא אכן בנ"ד דהגמ' אפי' חיפוש אין צריך שכיון שידוע לנו שזה היה כנוי יספיק בזה ואף בההיא דהמרדכי כיון ששאלו אותה ליהודית ואמרה שהיא שלחה אל אחיה ואותו שליח מת יספיק בזה ואין צריך חיפוש ועכ"פ למדנו מההיא מעשה דפרשא זרירא דכיון שהיה ידוע שזה כנויו אין צריך חיפוש אף בנדון דידן כיון שאמר אכ"ו טבאש וידוע שאחיו זה הוא כנויו ולא איש אחר מתירין את אשתו:

והנה ההיא דפרשא זרירא הרי"ף והרא"ש העלו אותה להלכה אבל הרמב"ם ומרן כעת אגב ריהטא לא מצאתי שהביאו אותה להלכה ולא ידעתי למה דהא נפקא מינה טובא לענין דינא דנראה ממנה דאפילו לא הזכיר שמו ושם אביו כי אם שנתכנה בשם ידוע יספיק בזה ואין צריך שמו ושם אביו:

עוד יש להביא ראיה לנ"ד ממה שפסק הרמב"ם באיגרות והביאו מרן בב"י סי' י"ז וז"ל ראובן היה נושא ונותן בחוץ ויצא לישא וליתן בכפרים של עכו ובא אצל יהודי והפקיד כליו ולקח מהם קצת והלך למכור לעיר אחרת המתין היהודי שלשה ימים ולא בא אז הוליך כליו לאשתו ושאלה עליו וא"ל הלך ולא בא לימים עברו יהודים אחרים מעכו וא"ל גויה אחת להיכן אתם הולכים א"ל לכפר פ' א"ל אל תזוזו מכאן שמא יארע לכם מה שאירע ליהודי אחד שאלו אותה מה אירע לו א"ל הוא היה מודעתנו כשהיה בעכו והיה עושה מלאכתנו וספרה להם דמותו וכשבאו העדים השומעים לפני ב"ד התירו את אשתו ויש אצלינו ממחה בדבר וכו'. תשובה זאת האשה מותרת לינשא שזאת הגויה מסל"ת וכו' ואע"פי שלא הזכירה שמו ולא ש"א ולא ידעה אותו בשמו כמעשה דצידון וכל אלו הדברים חוזרין אל עיקר אחד והוא שאין מדקדקין בעדות אשה עגונה וכל המחמיר ודורש וחוקר בדברים אלו לא יפה הוא עושה ואין דעת חכמים נוחה הימנו שעיקר תקנתם שבעגונה הקלו ע"כ. ומזאת התשובה למד הרב משפטי שמואל סי' פ"א דאע"ג דלא הזכיר לא שמו ולא ש"א ולא שם כינויו אלא שהיה מודעתנו בעכו אפ"ה

התירו אותה וכו' ואי משום שהיו יודעין שזה מלאכתו בכפרים של עכו והוה ליה כאילו ידענו בפירוש מ"מ נימא דזה אינו שהיה נהוג בכפרים כי אותו הלך לו ומה שאומרת האשה שנהרג אולי אחר הוא אלא ודאי עיקר הענין הוא שאחר שמוכח מילתא טובא וקרוב לודאי שזה הוא לא מדקדקינן בה עי"ש. א"כ נראה דכ"ש בנדון דידן שאמר הגוי לאליהו אלי כאנו ינזלו ענדנא והיא במקום מודעתנו שכתב הרמב"ם ובנ"ד עדיפא שאמר לאליהו אלי כאנו ינזלו ענדנא ולא אמר כאנו נזלו ענדנא משמע שמדבר עם אליהו שהיה יודע שהיו תדיר מתאכסנין אצלו וידוע זה לאליהו והיה מודעתם ואפילו לא היה מזכיר שמם כלל ולא שם אביהם היו מתירין את נשותיהן לדעת הרמב"ם כ"ש בנ"ד שאמר יוסף אל כוסא ואכ"ו טבא"ש שעכ"פ הזכיר שמותם עוד נראה לומר שבנ"ד שאמר אכ"ו טבאש אלי ג'ייה מין תרסוס ושם זה ידוע לכל אנשי העיר שלא יש שום יהודי בקהל שנקרא כן זולתי אחיו של עבוד הנעלם וזה דומה למ"ש מהרח"ש בתשובה סי' מ"ד ומהראנ"ח ח"א סי' ן' דאם אמר חתן פ' אע"פי שלא הזכיר שמו הוי כאילו הזכיר שמו אף כאן כיון שאמר אחיו של טבאש הוי כאילו הזכיר שמו שהוא עבוד וכן כתבו ג"כ הפו' שאם אמר אח פ' או משרת פ' הוי כמזכיר שמו:

אכן עדין יש להסתפק בנ"ד דשמא גוי זה שאמר שראה אותם הרוגים אמר בדדמי ושמא עדין הם חיים אכן מצאתי להרדב"ז החדשות ח"א סי' ס"א דלא אמרינן בדדמי אלא באומר מת או נהרג אבל מצאתיו מת או הרוג לא חיישינן בדדמי אף אנן נמי נימא בנ"ד דכיון שאמר הגוי שופ' שופ'נהון מקתולין שר"ל שמצאנו אותם הרוגים לא חיישינן שאמר כן בדדמי כיון שלא אמר נהרגו או מתו עוד נראה שבנ"ד שראינו שהגוי המסל"ת היה מתאונן עליהם ואמר לאליהו אל מסכין יוסף אל כוסא ושריכו אל ג'דיד כנראה מדברים אלו שאליהו היה מכיר לשותפו הישן והחדש והגוי מגיד לו שלא תסבור שזה שנהרג הוא שותפו הישן אלא שותפו החדש והוא מגיד לו חדשות על הידוע ביניהם אע"פי שלא הזכיר ש"א וש"ע מתירין את אשתו וכן מצאתי למהר"ם מלובלין סי' קל"ב שכתב דכל שניכר מתוך דברי הגוי המסל"ת על מי הוא מדבר כגון שהוא והשומעים ממקום אחד ומגידין דרך התאוננות איך שפלוני ופלוני נהרגו אף שלא הזכיר ש"א וש"ע מסתמא על הידוע ביניהם הם מדברים. ודמיא להא דאמרו בגמ' מאן איכא בי חסא שכיב חסא עי"ש אוף אנן נימא בנ"ד כיון שאליהו הנז' היה שותף עם גוי אחר באותו כפר ותמיד הולך ובא לשם וראה שהגוי המסל"ת היה מתאונן עליהם והיה מדבר עמו על הידועים אצלו שגם הם תמיד היו הולכין ומסתחרין שם ובודאי שכל דבריו כולם על אותן הידועים ביניהם אשר נפקדו היום הוא מדבר:

עוד מצאתי למהרשד"ם סי' י"ח שכתב ומטעם שלא אמרו שמו וש"א וש"ע גם מזה אין לפקפק וכבר הארכתי וכו' ועתה בנדון שלנו אחר שאמר הישמעאל ששאלו ממנו בורית והשיב אינו עתה בידי אבל למטה בבטאן יש לי אלו הדברים מוכיחין שזה קוסי ישמעאל היה אותו שהיה שם בבטאן דאל"כ מנין להם להשיב לבקש ממנו בורית אלא להיות הוא דרך האומנין העומדים בבטאן כי יש להם תמיד בורית לכן שאלו ממנו וכן הוא השיב וכו' אבל למטה בבטאן יש נרא' ודאי שעל העומד היה מדבר ומאחר שיודע שלא היה בבטאן איש אחר שיתנו אלא קוסי ישמעאל זה בעל האשה הו"ל כאילו הזכיר בפי' בעל האשה עי"ש. א"כ גם בנ"ד אע"פי שלא הזכיר שם האיש שהוא עבוד כיון שאמר שהיו מתאכסנין אצלינו וידוע שלא היו מתאכסנין אצלם כ"א אלו שני היהודים הו"ל כאילו הזכיר שם עבוד וגם נראה מדבריו שבאופן זה אין צריך ש"א וש"ע. עוד יש לברר בנדון דידן שלא הזכיר שם אביו של יוסף ואת שם השני לא הזכיר לא שמו ולא ש"א כי אם שם אחיו דוקא ואיכא פלוגתא בדברי הפוסקים בספרן של צדיקים דאיכא מאן דאמר דבעינן שמו וש"א וש"ע ואיכא מאן דס"ל דסגי בשמו וש"ע ולא סגי בשמו וש"א אכן נראה דמצינו עוד למהרשד"ם סי' ר"ם שכתב דהיכא דניכרים הדברים על איזה איש מדברים נקטינן כאילו אמר בפי' על מי מעיד כגון שאמר את אליהו נראה להדיא שמדבר על איש ידוע ומפורסם לנו דאל"כ הו"ל לומר איש יהודי ושמו אליהו ראיתיו הרוג אלא כיון שה שהזכיר ואמר את אליהו נראה שהוא מדבר על איש ידוע לנו עי"ש. א"כ נראה דגם בנ"ד שאמר שותפו החדש אחיו של טבאש ולא אמר שאחיו שמו טבאש נראה שכבר נודע לנו שם זה ומפורסם אצלינו ונותן סי' לאחיו עבוד הנהרג בו ועוד כיון שאמר שותפו החדש נראה שהיה ידוע לאליהו שיוסף היו לו שני שותפין אחד שהיה לו מקודם ואחד מחדש וזה שנהרג הוא החדש א"כ נראה מזה שכל דבריו עם אליהו מדבר לו באיש ידוע לו ומפורסם. אכן מהרשד"ם שם לא סמך על טעם זה לבד אלא בהצטרף עמו טעמים אחרים וע"י כולם התיר. אכן נראה שבנ"ד אשר נתן בהם כמה סימנין לא אחד ולא שנים אחד שהזכיר שם האחד ששמו יוסף וגם זקנו כוסא וגם היה לו שני שותפין וגם היה מתאכסן אצלם וגם היה בתרסוס ומחדש בא לאנטוכיא וגם הוא אכ"ו טבאש ובכל אלו הסימנין א אם נאמר דמהרשד"ם לא סמך על טעם זה לבד להתיר בכל אלו הטעמים אשר כתבנו וסדרנו שאלו הן הנאמרין בנדון דידן באופן זה ובטעמים אלו אף מהרשד"ם עצמו יודה בזה להתיר שתי נשים אלו אשר באו בנדון דידן להתירן מכבלי העיגון ויותרו לשוק נשותיהן של יוסף ועבוד הנז' בלתי שום ספק ומה גם בנ"ד שמעיר תרסוס ואנטוכיא שהם כפרים קטנים לא נפקד מהם איש כי אם אלו:

וראיתי למהריב"ל ח"ג סי' י"ח שנשאל על יצחק קשטרו תושב אנדרנופולי והלך לניקופול לקנות משם שוורים ומשם הלך לב'לחייא והרגוהו בין הכפרי' ולא נמצא גופו ובאו כמה עדויות מגוים מסל"ת שנהרג יהודי אחד שהיה קונה שוורים וב"ד של ניקופול כתבו שאלה זו ותשובתה בצידה ושלחו אותה למהריב"ל ז"ל והם אמרו בתחילת התשובה וז"ל איכא לאסתפוקי בכל הני עדויות שהם לא הזכירו שמו וש"ע אלא פ' יהודי שהיה קונה שוורים סתם עי"ש. ולכאורה דברים אלו תמוהים עד מאוד דאיך אמר פ' יהודי דאם אמרו פ' יהודי א"כ הרי הזכירו שמו להדיא ואיך כתבו שלא הזכירו שמו ועוד קשה דלמה לא נסתפקו ג"כ שלא הזכירו שם אביו והרי גם היא מעיקר הדין. וראיתי ג"כ בכ"י לאחד קדוש שהקשה על אומרם שלא הזכירו שם עירו והרי עדין לחלוחית הדיו קיימת שבסוף השאלה הוזכר שם עירו ונעוץ סופה בתחילתה דמצרפינן שכך כתבו עד יבוא התובע מעיר אנדרנופולי לפי שאמרו לו הרועים שבעל אלו השוורים היה מאנדרנופולי ואיך לא זכרו מה שאמרו תוך כדי דיבור וכתב שעיין בקושיא זו הרבה ולא מצא לה תשובה וכתב דאולי מהריב"ל שראה לזאת התמיהה ושתק לפי שלא רצה להכחישם בפניהם וחשש לזילותא דבי דינא והמה יראו ויתמהו על עצמן עכ"ל והתימה מהכותב הנז' איך לא הרגיש ג"כ במה שהקשיתי עליהם לעיל וסתרו דבריהם תוך כ"ד:

ולפקד"ן בפשיטות כי טעות הניכר נפל בספרים מן המדפיסים כי מצאנו להם בכמה מקומות ובפרט בב"י שרואים באיזה מקום ראשי תיבות ומתחכמין מדעתם לפרש הר"ת ולמפרע תהיה חכמה מכוערה ומצינו רבים מזה המין בספרן של צדיקים ובנדון מהריב"ל אותו ב"ד נסתפקו שלא הזכירו שמו ושם אביו וכתבו אותה בר"ת והאלף היתה תלויה וסברו שהוא עין וכתבו שמו ושם עידו מליאה והמדפיסים אגב ריהטא לא ידקדקו בדבר כלל גם את השני במה שכתוב אל פ' יהודי כתוב היה א' ור"ל אחד יהודי וסברו שהיא פ' וכתבו פלוני יהודי אכן באמת שהיא אחד יהודי וראיה לזה שאם אמרו שמו אין דרך הפוסקים לומר בלשון פלוני אלא אומרים כמו שאמרו העדים ראובן היהודי וחלילה לומר על אותו ב"ד שטעו בזה כמ"ש הכותב וגם מהריב"ל ידע בטעותם ולא רצה להכחישם ודברים אלו לא. ניתנו ליכתב ולא נמצאו בשום ספר לדבר עליהם ככה:

וב"ד הנז' באו להתיר העגונה דנדון דידהו ע"פי דברי הר"ן שכתב דלאו דוקא בעינן שמו וש"א וש"ע אלא כשיש הוכחות שזה המת בעלה של האשה הזאת העגונה וליכא לספוקי באחר דמתירין את אשתו ובכן עשו בירורין והוכחות שהנהרג הוא ר"י קשטרו בעלה של זאת האשה מאחר שהעידו שהנהרג הוא קונה שוורים וגם לא הוחזקו ב' יהודים שהיו קונין שוורים במלכות ב'לחייא באותו זמן קודם לו ואחריו כ"א אחד הילכך

בעלה של זאת האשה הוא שנהרג ועדיף נדון דידן מההיא דהרא"ש מכלוף בן מלול שהתירה הרא"ש ודמיא נ"ד להיא דכתב הרמב"ם וז"ל אבל אמר איש שיצא מעיר פ' מת מחפשין באותה העיר אם לא יצא משם אלא הוא תנשא אשתו ובנ"ד שאומר שאותו יהודי שהיה קונה שווירים נהרג וכבר חפשנו בכל מלכות ב'לחייא ולא היו שני יהודים קונים שווירים כי אם אחד ונודע לנו בבירור שבעלה של זאת האשה היה קונה שווירים בב'לחייא בודאי הוא הנהרג ואיתתא זו שריא עכ"ל. וא"כ גם בנ"ד שאמר הגוי ושריכו אלי ג'ייה מן תרסוס וחפשנו בעיר תרסוס ולא נמצא אחד מהם שבא לאנטוכיא כי אם איש זה ולא אחר ולא נפקד מהם איש זולתי זה שמתירין את אשתו:

עוד מצאתי למהרימ"ט בשניות כתב וז"ל אבל ממה שא"ל הגוי כי הנה באלי נתעכב ונהרג משמע שהוא באלי הידוע להם שאל"כ הול"ל כי הנה איש אחד שמו באלי נהרג וכ"כ בסי' ל"ה וז"ל גם על עדות הגוי מסל"ת יש לסמוך אע"פי שלא הזכיר לא ש"א ולא ש"ע אלא דאוד סתם והטעם שכל שהגוים היו דבריהם כלפי היהודים ומדברים על דאוד הנודע להם שלא אמרו איש אחד ושמו דאוד אלא היו מזכירין דאוד כלומר אותו שאתם יודעים עי"ש. גם בנ"ד שאמר אל מסכין יוסף אל כוסא ולא אמר איש אחד שמו יוסף אל כוסא משמע שהיה ידוע לו וגם לא אמר היו מתאכסנין אצלינו אלא שהיו מתאכסנין אצלינו כנראה שהיה ידוע זה לאליהו וכבר כתבנו לעיל שאף שהרשד"ם לא סמך על טעם זה לחוד מ"מ בנ"ד שיש כמה טעמים שנתן בהם סימנין כנראה שהיו ידועים לאליהו באופן ונדון כזה אף מהרשד"ם יודה בזה שיש בהם כדאי להתיר האשה מכבלי העיגון. וכן מצאנו לו עוד למהרשד"ם סי' פ' שכתב דמה שאמרה הברייתא עד שיזכיר שמו וש"א וש"ע לאו מילתא בלי טעמא וגזירת מלך היא או חוק שאין בו טעם אלא כוונתם ז"ל כדי שמתוך כך נדע שעל בעלה של האשה הזאת הוא מדבר שאנו עסוקין בהיתרה וכשמתברר לנו מתוך סיפור דבריו שעל בעלה של זאת האשה הוא מדבר סגי ועדיף טפי משמו וש"א וש"ע דאפי' בשלשתן יחד איכא כמה ריעותי וספיקא דילמא אחר דאיתרמי הכי שמו כשמו וש"א כשם אביו וש"ע כש"ע אבל כשאומר על אחד בלתי שם ומתוך הסיפור נתברר על מי הם מדברים תו ליכא לספוקי באחר וכן משמע ג"כ מדברי מהרח"ש בתשו' סי' מ"ה ומהריק"ש ז"ל בחידושיו דכל שמתברר מתוך הסיפור על איזה איש הם מדברים די בזה בלתי הזכרת שמו וכ"כ הרב דרכי נועם בא"ה סי' ס"ג וכבר כתבנו כי בנדון דידן נראה להדיא שהם מדברים על אנשים ידועים ביניהם וידועים הם לאליהו המעיד שכבר כמה פעמים ראה אותם שהם מתאכסנין אצלו ולא במקום אחר ולא יש יהודים אחרים שמתאכסנין אצלו והן הם אשר נפקדו ולא חזרו

לביתם עוד ואבד שמם שהלכו לאותן כפרים אשר הגוי מספר עליהם ה' ינקום את דמן מהחטאים אשר חטאו בנפשותם:

עוד מצינו לו בסי' נ"ז ועל שלא הזכיר הגוי אלא שמו לבד שהוא מרדכי לזה אני אומר דמשום הא לא הפסידה האשה זכותה והטעם שכל מי שיש לו עינים לראות יראה שאין בדברי הגוי הבנה אם לא שנאמר שהיה מדבר על מרדכי הידוע ביניהם דאל"כ איך אמר מיום שהרגו את מרדכי הול"ל מיום שהרגו איש אחד שמו מרדכי ומדאמר את מרדכי נראה שעל מרדכי הידוע ביניהם ואע"פי שכתב שם שיש באותו נדון טעם אחר נר' דלאו שבטעם הראשון אין בו כדאי להתיר אלא שמצא הדבר יותר מרווח ועוד שבנ"ד ג"כ יש טעם אחר ויפה שנתן לו סי' שותפו החדש ועוד שבא מתרסוס ועוד כי תרסוס אין בה כ"א ארבע או חמש בתים וכן באנטוכיא אנשים בה מעט ולא נפקד מהם איש ועוד אם באו אחרים ממקום אחר לאותן כפרים אליהו אינו מכירן ועוד שאמר הגוי שראה כשהרגו אותם ואם הם אחרים הול"ל כשהרגו שני יהודים ומדאמר אותם משמע שהם ידועים אצלו שבאים בכל עת לכפר ההוא:

עוד נראה שבנ"ד שאמר אכ"ו טבאש שם זה הוא בזכות והוא קיצור לשם יום טוב ואינו בנמצא בכל עת וכ"ש בעיר קטנה כזו ומצינו למהר"ם אלשיך סי' מ"ב שכתב דשם שהוא זכות ואינו נמצא בכל עת הוא עדיף משם אביו וא"כ כיון שאמר אכ"ו טבאש ושם זה הוא בזכות עדיף משם אביו. אכן התינח לגבי עבוד שנתן סימנו שהוא אחיו של טבאש אבל בשם יוסף יש לנו לחוש שמא יוסף אחר נתלוה עמו ואף שאמר אל כוסא כבר כתבנו לעיל שאין זה סי' מובהק שכמה אנשים יש כיוצא בו שזקנם כוסא. אכן שבנדון כזה שנתברר לנו משם עבוד שהוא הוא שנאבד ע"י סימן אחיו א"כ גם לגבי יוסף הוא אשר נאבד ולא אחר ולא חיישינן שמא נתלוה עמו יוסף אחר ואף שהרמב"ם ז"ל חשש לזה ואמר דחיישינן שמא נתלוה עמו בדרך מ"מ כבר מצאנו להרב בני משה סי' ס"ד שכתב דהא דחיישינן שמא נתלוה עמו בדרך איש אחר דהיינו דוקא היכא דהולכים בדרך רחוקה לא יום אחד ולא יומים דאפשר דיצא זה ונכנס אחר אבל כשהזמן מועט אין לחוש שבאותו זמן מועט יצא זה ונכנס איש אחר עי"ש. א"כ אף אנן נמי נימא שבנ"ד שהולכין לכפרים קרובים ורחוקים מאנטוכיא ד' או ה' שעות או יותר בכה"ג לא חיישינן שמא נתלוה עמו אחר:

עוד נראה לומר בנ"ד והוא שאלו השני היהודים הם אביונים ולוקחים בהקפה מיהודים אחרים למכור בכפרים ולהחזיר להם דמיהם ובעת אשר נותנים להם הסחורות מתנין עמהם שיצאו אחראין וערבנין וקבלנין זה לזה שמאיזה אחד מהם שרצו לגבות חובם

ממנו גובין וא"כ איך אפשר לומר שהפרידו השותפין ונשתתף חבירו עם אחר ואפילו שחבירו החדש הניח לו קרן מ"מ חבירו הראשון לא יניח אותו שילך ויפרד ממנו שמא יאכל חבירו הממון או יפסידו ויחזרו עליו ויבקשו ממנו גם חלק חבירו ומנהג פשוט שלא יפרידו השותפות עד עת חזרתן לעיר וא"כ איך אפשר לומר שנפרד מחבירו ונשתתף עם אחר. עוד נר' לומר דלא חיישינן שמא נתלוה עם אחר אלא דוקא בכרך גדול והכפרים אשר שם על אם הדרך ותמיד בכרך עוברים ושבים ואין ידוע מי נכנס ומי יוצא וחיישינן שמא חבירו נפרד ממנו ונתלוה עם איש אחר שהיה בכרך ויצא לכפרים ונתלוה עמו אבל בנ"ד שאין עוברים ושבים באים לאותן כפרים כ"א מאנשי אנטוכיא ולא עבר זר בתוכם מהיכן נחוש שמא בא איש אחר ממקום אחר ונתלוה עמו כיון שאין עוברים ושבים לשם כ"א אנשי אנטוכיא ובעיר זו לא נפקד מהם איש כ"א אלו שני היהודים דוקא:

ועדיין יש לפקפק בהיתר נשים אלו מצד שלא אמר הגוי וקברתיו כי מצינו למרן שכתב בסי' י"ז דהא דלא בעינן וקברתיו היינו דוקא בישראל אבל בגוי צריך לומר וקברתיו וא"כ בנ"ד שישראל שמע מגוי מסל"ת צריך לומר הגוי וקברתיו אכן נראה לומר דמצינו למהרשד"ם סוף סי' פ"א שכתב דהא דבעינן קברתיו גבי גוי לדעת הרי"ף והרמב"ם היינו דוקא כשלא היה מכירו אבל במכירו אין צריך לומר וקברתיו וא"כ בנדון דידן שהיה מכיר לשניהם ודאי דאין צריך הגוי לומר וקברתים ועוד דמצינו להרב המגיד בה' גירושין פי"ג דין כ"ה שכתב דלא כתב הרמב"ם דבעינן קברתיו אלא דוקא כשאין מזכיר שמו אבל במזכיר שמו אין צריך לומר וקברתיו וכ"כ ג"כ הרב כרם שלמה סי' ח' משם הר"ן ז"ל וכמה פוסקים הסכימו בחילוק זה ועוד דהא דבעינן קברתיו משום דחיישינן שמא אמר בדדמי וכבר מצינו למרן ז"ל שכתב דהא דהצריך הרמב"ם לומר קברתיו דוקא אם נמצא בעת מיתתו או הריגתו דחיישינן דילמא אמר בדדמי אבל היכא שלא נמצא בעת מיתתו או הריגתו אין צריך לומר וקברתיו עי"ש. ונראה דזהו חילוקו של הרדב"ז שכתבנו לעיל:

והנה הרב"ש והר"ן בתשו' סי' ג' דף כ' וכמה מהפוסקים כתבו דקברתיו לאו דוקא אלא כל שנתעסק בטלטולו ממקום למקום כדרך המתים ולא היה נודר כנף ופוצה פה ומצפצף בהא סגי ולא בעינן קברתיו. וראיתי להרב המובהק כמה"ר אליהו ששון ז"ל שהקשה על הרב משאת בנימין בסי' ק"ה שכתב על עדות כמ"ר דוד וז"ל ומ"ש שהנכרית היתה יושבת בראש האילן וראתה שהוליכוהו הגזלנין את היהודי סמוך לשפת המים והרגוהו והשליכוהו למים ויש לספק בזה דאומרת בדדמי אפ"ה כיון שאומרת שהשליכו אותו למים וסתם מים שיש להם סוף הוא ואם שהה במים כדי שתצא נפשו ולא ראהו

עולה מן המים סגי וכו' ע"כ. והקשה עליו הרב הנז' דמה צריך לשהות עד שתצא נפשו דמשמע דבלא"ה שלא שהה עד שתצא נפשו לא סגי והא הלכה רווחת היא דטלטלוהו הוי כקברתיו ולא חיישינן לבדדמי והביא זה הרב מ"ב עצמו בסימן ס"ח וא"כ כיון שאמרה האשה הרגוהו והשליכוהו למים ואפי' טלטלוהו ההורגים מהני דהאי הוי כמו וקברתיו כמבואר בפוסקים ז"ל ואפי' במלחמה דלכ"ע בעי קברתיו בטלטלוהו סגי. וכן בתשו' מהריב"ל ח"ג סי' נ"א שהועד שהיה בספינה ושחטוהו והשליכוהו לים ולא חשש הרב שם לבדדמי דפשוט הוא דהיינו טעמא דכיון שהשליכוהו לים הו"ל טלטלוהו ולא חיישינן לבדדמי ע"כ. והרואה יראה דליכא שום קושי כלל דהא הוא עצמו הרב מ"ב העתיק דברי. הריב"ש ודעמיה דהא דמהני טלטלוהו היינו כשנתעסק במת וטלטלו ממקום למקום ולא היה נודד כנף ופוצה פה ומצפצף אבל נדון דהרב מ"ב כשהוליכוהו חי על שפת המים הוא כדי שלא יצטרכו למושכו ולהשליכו למים ומיד ששחטוהו הפכו אותו למים ולא טלטלוהו ממקום למקום וכיון שלא טלטלוהו ממקום למקום מי יאמר שמת דילמא חי הוא ולכן הצריך הרב מ"ב שיעמוד עליו כדי שתצא נפשו ואף לדברי הר"ן ז"ל שכתב דלא בעינן קברתיו ממש אלא כל שאמר דברים שהם ברורים שאין להסתפק בהם דאמר בדדמי סגי כיון שאמר נגעתי בו לאחר שמת או שניתיו ממקום למקום וכיוצא באלו הדברים ע"כ. נראה דאין הכוונה שבנגיעה בעלמא סגי אלא הכוונה נגעתי בו אחר שמת ר"ל שנגע לידע אם מת אם לאו ויגיד עליו ריעו שכתב או שניתיו ממקום למקום שנראה דכוותה שטלטלו ממקום למקום שבזה ודאי מרגיש בו אם מת אם לאו גם בנגע בו אחר שמת ר"ל נגיעה שידע בה אם מת אם לאו אבל ההיא דהרב מ"ב דמיירי ששחטוהו על שפת המים והשליכוהו למים כדי שלא ירגיש בהם שום אדם אינם חוששין לדעת אם מת אם לאו דאפי' לא מת המים ישלימו המיתה ועוד דכיון שהוליכוהו למים להרגו שם נראה שהם מתפחדין מבני אדם שלא יבואו עליהם בני אדם ויגלו את קלונם ולכן רוצים לכסות את דמו ובכי הא הנגיעה אינה עושה רושם לידע אם חי אם מת ועוד כי המים ישלימו מיתתו כי המים אפילו למי שהוא חי ממיתין אם לא יצא תכף ומיד:

וחמו'תי ראיתי להרב התנא בני יעקב בסי' ז' דף ר"ו שכתב וז"ל איברא דראיתי למ"ז מהרא"ש סי' י"א שנשאל על ענין כעין נ"ד שהיו באים בספינה וקם עבד המלך והרג לג' יהודים והוא ברח ולא חשש שם הרב אלא למה שלא הזכיר שמו וש"א וצידד צדדים להתיר והוא תמוה איך לא חשש חששא זו שהיא גדולה שלא אמר וקברתיו ולא העלה אותה על דל שפתיו ושמא בנ"ד שהלשון שהעיד שהרגם והשליכן אל הים לפניו מוכח

טובא שנתברר לו הריגתם וליכא למיחש לבדדמי אלא שעכ"ז הדבר תימא איך לא שת לבו לעמוד על מה שלא הזכיר העד קברתיו עי"ש. ולפקד"ן דהרב סמך עצמו על מה שכבר ביאר בסי' א' ושם ביאר באר היטב בסוף התשובה וז"ל דכד מעיינינן חזינן דכל הנך רבוותא שמתירין היינו משום דס"ל דלא בעינן וקברתיו אבל לדידן דחיישינן לדעת הרי"ף והרמב"ם שמצריכין לומר וקברתיו לא יצאנו ידי חובתינו כי אם כשנחזור לכל הצדדין שכתבנו למעלה להתירה מהם. הא' דמתוך דברי העד נראה שנתאמת אצלו מיתתו ושטלטלו. הב' דהוי עד מפי עד וא"כ תלינן שהא' נגע אותו או טלטלו אע"פי שלא הזכירו הג' מטעם ס"ס ספק דלא הוי הילכתא כהרי"ף והרמב"ם דבעו קברתיו במים ואת"ל דהוי הילכתא כוותייהו שמא לא אמרוה בעד מפי עד ותו ספק אם בעי הרי"ף קברתיו במים ה"ד בנ"ד ששהו עליו כדי שתצא נפשו וכיון שכן אפילו בכל איזה ספק שיפול ראוי שנתיר משום דהוי מילתא דרבנן ע"כ. והרואה יראה שכל הספיקות שכתב בסי' א' שייכים גם פה בנדון דידיה דסי' י"א וזה תוארם דהא' שכתב שמתוך דברי העד נתאמת אצלו מיתתו ושטלטלו גם בההיא דסימן י"א העיד העד שהרגו והשליכו לים וכיון שמשכו להשליכו לים ודאי שטלטלו ולא דמי למ"ש לעיל דהוליכוהו על שפת המים ושחטוהו שם דאפשר לומר שלא טלטלוהו לפי דשם שכתוב להדיא שהוליכוהו על שפת המים יתכן לומר דלא טלטלוהו אלא הפכו אותו אל המים גם את השני דהוי עד מפי עד גם בסי' י"א היא עד מפי עד שישראל שמע מהגוי ולפ"ז גם בספק הג' שייך בסי' י"א אכן הספק הד' שאמר ששהו כדי שתצא נפשו כההיא דסי' י"א לא היה כן שהרי הוא אומר שבראותו כן ברח וכיון שברח לא עמד עד שתצא נפשם אכן בנ"ד עוד יש ס"ס ספק אם הילכתא כהרי"ף והרמב"ם דבעו במים קברתיו ואת"ל דהוי הילכתא כוותייהו שמא לא אמרו דבמים בעינן וקברתיו אלא כשנפל למים בעודו בחיים וחיישינן שמא גל דחפו לחבירו ועלה למקום אחר אבל בנהרג ונפל אח"ך למים אין אומרים שמא עדין חי הוא אלא ודאי שמת ואפילו הרמב"ם והרי"ף יודה בזה דלא בעינן וקברתיו ואף שמהרא"ש כתב עור טעם ולא שייך בנ"ד מ"מ הא איהו גופיה כתב וכיון שכן אפילו בכל איזה ספק שיפול ראוי שנתיר משום דהוי ספיקא דרבנן ולכן נראה דלכן השמיט הא דבעינן וקברתיו ובנ"ד לא בעי שסמך על מה שכבר ביאר בסי' א' וכ"ת דעכ"פ הו"ל להורות לנו את הדרך ולימא לן מר ולענין קברתיו כבר ביארתי דלא בעינן קברתיו בנדון זה שכבר ביארתי בסימן א' וגם בסי' י"ד ביאר עוד מזה וכמו שהרגיש עליו הרב בני יעקב ז"ל דהו"ל להעלותן על דל שפתיו ולכן נראה עוד לומר ולתרץ קושית הרב בני יעקב הנז' והוא שה"ה והר"ן והביאו דבריהם הפוסקים שכתבו דהא דבעינן קברתיו אם

אינו מזכיר שמו אבל במזכיר שמו לא בעי לומר קברתיו וא"כ ההיא דמהרא"ש הנז' דסי' י"א הזכיר שם אומנותו דהוא כמזכיר שמו לא בעי' שיאמר וקברתיו כלל העולה כי לפק"ד נראה כי הני נשי דנדון דידן הם מותרות לכל אדם ולהיות מייראי הוראה אני איני סומך על דעתי עד אשר יסכימו עמי בעלי הוראה שמהם תצא תורה ומלכם בראשם מוה"ר אחד היה אברהם נר"ו ומשנהו הרמ"ל נר"ו יאיר לעד כי להם משפט הגאולה יראוני מתורתם נפלאות:

כה דברי זעירא דבריין אברהם דיין ס"ט

סימן כה

שאלה לאה שהיתה אלמנה ולה בת ונישאת לאה לאיש אחד והכניסה לו סכי כתובתה סך מרובה ולקח ממנה כמה תכשיטין ונשא ונתן בהם ולא הצליח ואחר זה הניחה והלך לו לעיר אחרת והיא היתה נושאת ונותנת בתוך הבית מהמעט שנשאר לה והיתה מתפרנסת מהם ולא זכתה ליבנות ממנו ובראות עצמה שלא זכתה לכן עלה בדעתה לתת סכי כתובתה לשני ת"ח גופא מהיום ופירי לאחר מיתה ושלחה והביאה לשני עדים ת"ח וכתבו לה שטר וז"ל בפ"ע ח"מ באה האשה מ' לאה ואמרה לנו דעו לכם כי מיום שעמדתי על דעתי עד היום הזה נכספה וגם כלתה נפשי על התורה ומצותיה ותמיד אני שוקדת על לימודי כפי אשר חנני ה' והן היום עלה בדעתי להקדיש סכי כתובתי לשני ת"ח אשר ביררתי והם פ"ופ ובכן אמרה לנו הוו עלי עדים וקנו ממני קנו"ש במד"לב וכתבו בכל לשון של זכות ויפוי כח וחתמו ותנו ביד פ"ופ להיות בידם לראיה וזכות שאיך נתתי להם במתנה גמורה מעכשיו סכי כתובתי חוץ מהבגדים שלי שהשארתי אותם לבתי בתורת נחלה ואני מוסרת לפניכם שטר כתובתי ביד פ"ופ הנז' ואומרת להם קנו לכם שטר זה וכל שיעבודא דאית ביה חוץ מהבגדים שלי שעתידין ליגבות בכתובתי בין אם ילך בעלי לב"ע בחיי ואגבה כל סכי כתובתי או אלך לב"ע בחייו ויבואו לידי חלוקה ככה יזכו פ"ופ בכל נכסי ובתי תזכה בהבגדים שלי וכו' וכך אמרה לנו מתנה זו כתבוה בשוקא וכו' מתנה עשויה כתחז"ל וכו' וקבלה ס' הפוסק המקיים מתנה זו ואפי' יחוד נגד רבים ואפילו נגד מרן הק' ז"ל כל זה היה בפ"ע ח"מ ואחריות וכו' כאחריות וכו' העשוין כהוגן וכתחז"ל דלא כאסמכתא ודלא כטופסי דשטרי וקנינא וכו' ואחר ארבעה שנים נבל"ע בעלה הנז' ואחר חמש שנים עמדה לפני ב"ד היא וא' מהמקבלי מתנה וגבתה כתובתה ונשבעה שבועת האלמנה ואחר זה כג' חדשים נלב"ע האשה הנז' ובאו מקבלי מתנה והוציאו שטר שכתבה להם לפני ב"ד ונסתפקו בשטר ההוא שלא היה

כתוב בשטר הכת"ומ ושיקנה באותה כתיבה כמ"ש מרן בסי' ס"ו ויש לעיין בזה בספרן של צדיקים הם המדברים בענין זה ונחזי אנן אם נפסל השטר בהכי ויבוא שכמ"ה:

תשובה אנכי העבד אברהם עיינתי. בספרי. הפוסקים ראשונים ואחרונים וראיתי שיש להכשיר שטר זה בכמה פנים הנראים זה יצא ראשונה שבשטר הנז' כתוב שאמרה לאה לעדים כתבו בכל לשון של זכות ויפוי כח וגם כתוב בשטר כהוגן וכתחז"ל ומצינו למרן הקדוש בד' מקומות בב"י ח"מ שכתב כי לשונות אלו יועילו לתקן תברי דשטרא ויצא הראשון שכתב בח"מ סי' ס"א וז"ל כתב רי"ו בנ"ד חלק א' בשם רב האיי גאון מאן דמקבל למיכתב שטרא בכל לישנא דזכותא אע"ג דלא ידע ספרא לאחזוקי בראוי כיון דכתיב ביה ואחריות שטרא דנא קבלית כחומר כל שטרי דנהיגי בישראל דלא כאסמכתא ודלא כטופסי דשטרי קאי לכל כללי דבתחילת עניינא אבל תנאים כגון נאמנות בהלואה או ביטול מודעי במתנה לא מחשבינן עד דמפרשי עכ"ל. וזאת שנית חזר וכתב עוד בסי' ע"א משם הריטב"א שכתב בשם רב האיי כנז"ל עי"ש. הרי מדבריו אלה נראה דלא אפיק אלא נאמנות משום דעינינו הרואות דאין כותבין כי אם דוקא אם התנו עליה בפי' ורוב פעמים אין כותבין אותה וא"כ אפילו צוה שיכתבו בכל לשון של זכות ויפוי כח לשון זה אין מועיל לו לגבי נאמנות כי זה תנאי מחודש אבל שאר דברים שהם תחת הכלל והשטר בא עליהם אע"ג דלא ידע ספרא לאחזוקי הרי המתחייב צוה עליהם ושיעבד גופו לחבירו ואע"פי שלא נכתב כמי שנכתב דמי וא"כ בנ"ד שאמרה לאה להם כתבו בכל לשון של זכות ויפוי כח אע"ג שהסופר לא סיים ושיקנו באותה כתובה כיון דכתב ואחריות וכו' כהוגן וכתחז"ל הרי תחז"ל שגם יכתוב ושיקנה באותה כתיבה. ויען השלי"ש בסי' רמ"א סי"א ראובן נתן מתנה לבניו וריבה לאחד ומיעט לאחד ע"מ וכו' בד"א כשהיה תנאי זה כפול או שכתוב בסוף השטר וקנינא מניה כחומר כל תנאים העשויין כהוגן וכתחז"ל עי"ש. ודין זה פסקו בס' ש"ע בסי' הנז' ואת רב"ע כתב בב"י בסי' רמ"ב מחו' ח' וז"ל כתב ה"ר יונה שאם אמר הנותן לעדים כתבו בכל לשון של זכות ויפוי כח יש בכלל שיכתבוהו כראוי לכותבו בשוק וכו' וכתב הרמב"ן דאע"ג דהני שטרי דידן כתיב בהו בכל לשון של זכות לא מהני אם לא שפי' בשטר כתחז"ל כמו שפי' ר"ח וכה"ג כתב רבינו ברוך והביאו המרדכי בפ' מי שמת דאע"ג דהאומר ידור פ' בבית זה לא אמר כלום מ"מ אם כתוב בשטר שנתן לו כח בפירות כתחז"ל הרי הודה שנתן לו כתחז"ל ויש לפרש שנתן לו בלשון המועיל עי"ש. ומרן בב"י לא הביא דברי המרדכי הללו בפי' אכן מצינו שרמזם בב"י סי' רי"ב ופסקן שם מור"ם בהגה ומעתה לפי האמור מצינו למרן ז"ל בחמש מקומות שהופיע עלינו רוח קדשו שלשון זה של זכות ויפוי כח מתקן לכל תברי דשטר

וכן מצאתי להרב חק"ל בא"ה סי' ל' שנסתייע מארבע מקומות הללו שכתב מרן בב"י לנדון דידיה והביא גם להההיא דהמרדכי והתימה ממנו איך לא כתב שגם מרן בסי' רי"ב רמז להההיא דהמרדכי הנז'. ויש מי שרצה לומר דאף דמצינו למרן בב"י שכתב כן בחמש מקומות מ"מ בש"הט לא פסקן ויש מקום לומר שחזר בו מרן ממ"ש בב"י ונסתייע מדברי הרב יד מלאכי בכללי מרן אות ד' שכתב. כן והס כי לא להזכיר כדברים הללו כי איך אפשר לומר כדברים הללו אחר שראינו למרן ז"ל שהביא משם הפוסקים הראשונים ולא הביא שום חולק עליהם איך נאמר שחזר בו בלתי שנמצא פוסקים שכנגדם חולקין עליהם וגדולים מהם ועד עכשיו לא מצינו לשום פוסק שדבר כנגדם ואף ההיא דהרב יד מלאכי כבר כתבתי שח"ו לא עלתה על דעתו דבר זה מעולם וכבר הארכתי בסי' שקודם זה קחנו משם ושם העליתי דכלל זה אינו בכל מקום כי אם דוקא במקום שהזכיר הוא וכמש"ל אבל לא בכל מקום וכ"ש בנ"ד שהזכיר מרן דבר זה בחמש מקומות שאיך יתכן לומר שחזר בו ומה גם דההיא דסי' רמ"א פסקה מרן בש"הט ויש מי שרצה לדחות דההיא דסי' רמ"א שהיא עיקרה מדברי הרא"ש התם דוקא כתב הרא"ש שמועיל מ"ש וקנינא וכו' לפי שעי"ז אנו מבטלין המתנה וחוזר הממון לאמצע ואז חולקין אותה האחין ומתקיימת ירושה דאורייתא לכן אנו אומרים שיועיל כי אז מתבטלת המתנה וחוזרת ירושה דאורייתא. אכן נראה דאין זה אמת כי מלבד דנמצא זה סותר דבריו שבד' מקומות שכתב להיפך עוד בה כי מצינו להרב מעשה חייא סי' ט' שהביא דברי הרא"ש ונסתייע מהם בנ"ד שהיה לקיום המתנה ולבטל נחלה דאורייתא ועוד אם איתא להא אמאי לא הזכיר הרא"ש מזה דהא דמועיל וקנינא לפי שבזה מתקיים ירושה דאורייתא ועוד דהרי הרא"ש כתב או שכתב בסוף השטר וקנינא וכו' כמו שרגילין לכתוב בארצינו בכל שטר שיש בו תנאי ע"כ. הרי שהשוה נדון דידיה לכל תנאים שבעולם יהיו מה שיהיו. גם ראיתי להרב משכנות הרועים לאחד מגאוני המערב שנדפס מחדש באות ל' דף קס"ו ע"ב שכתב דסברא זו של רב האיי גאון ז"ל קיימוה וקבלוה הרב העיטור ורי"ו והריטב"א ומעתה יש לתמוה למה מרן ז"ל לא העלה אותה על השלחן הטהור ותי' דמרן ז"ל כבר יצא י"ח מדין זה במ"ש סי' רמ"א גבי משפטי התנאים דהיכא דכתיב בשטר כחומר וכחוזק וכתחז"ל התנאי קיים ומשום דארחיה דמרן סרכיה דהטור נקיט ואזיל והטור ז"ל כתבה לתשובה זו שם לכך התם רהוטי רהוט מרן. ז"ל אבתריה וקבעיה להלכה שם והגאון רב האיי ודעמיה והרא"ש ז"ל אמרו דבר אחד לענין דינא ע"כ לשון מש"ה ז"ל. הרי להדיא דסבר לה מר דדעת הרא"ש והגאון דבר אחד אמרו לענין דינא וליכא לפלוגי

בהו בשום אופן דאם איתא דיש לחלק ביניהם לא הוו דבר אחד ועוד דאם איתא דדוקא להחזיק ביד יורש לא הוו שתקי מינה מלבאר דבריהם:

ולעיקר קושיתו על דברי מרן ז"ל דאמאי השמיטם בש"ע כבר כתבתי בסי' שקודם זה דל"ק דכמה דינין שהם כהלכה והם הלכה פסוקה ומרן משמיטם ושם נתתי טעם לדבר ונמצא לפי כל האמור דלדעת מרן כל שכתב בשטר בכל לשון של זכות שמועיל לכל תברי דשטרא ובפרט כשכתוב ואחריות וכו' וכתחז"ל. ואחזה אנכי להפוסקים אשר באו אחר דברי מרן אם יש מי שיחלוק על דבריו וראיתי למהרש"ח בס' בני שמואל סי' י"ג ול"ד שכתב דאף הנותן לחבירו שט"ח ומלוה ע"פ ומטבע בקנין אגב דלא מהני ואם כתב הני לישני שפירי דכתב המרדכי בשם ר"ב יש תיקון שיזכה המקבל מתנה בין במלוה ע"פ ובין במלוה בשטר בהתחייב אסתר עצמה בכל אשר יש לה לתתו לאמה ואפילו הוא ביד אחרים ואפילו דמלוה להוצאה ניתנה אכן בלשון חיוב קנה וכמ"ש הריטב"א בתשו' הביאה הרב"י בסי' ס' וכן דעת כל הפוסקים א"כ כיון שכתוב שקבלה זאת המתנה כתחז"ל זה תחז"ל ונסתייע מדברי מ"ז מהרשד"ם סי' כ"ח לענין אסמכתא בשטר שכתוב בו בכל לשון של זכות וכו' עי"ש וכ"כ הרב תורת חסד סי' רנ"ז לקיים המתנה ההיא שנשאל עליה הרב פ"מ ת"ב סי' י"ד ורבני שאלוניקי דאפילו נתן לו דבר שאין לו קצבה כיון שכתוב במתנה כתחז"ל יכולין לתקן אף בזה עי"ש וכ"כ מהרח"ש בחתימתו על דברי הרב משפט צדק ח"ב סי' יו"ד שכתב שם דשטרות אע"ג דבעו כתיבה ומסירה מ"מ אם אקניהו אגב קרקע וכתב קנה לך איהו וכל שיעבודיה קנה וכתב וכיון שכתוב בכל לשון של זכות. ויפוי כח הכוונה שיכתבו לשון המועיל ושיזכה מקבל מתנה כגון קרקע ואגבן שטרות אינהו וכל שיעבודייהו ואע"ג דלא נכתב כן בפי' טעות סופר היה אבל מ"מ איהו נתחייב בכך ודמיא להההיא דרב האיי ז"ל המובא בב"י ע"ש וכ"כ הרב החבי"ב בסי' ס"ו בהג"הט אות ט' דאם כתוב בשטר בכל לשון של זכות ויפוי כח הו"ל כאילו כתוב קנה לך איהו וכל שיעבודיה וכתב כן משם מהר"ע יהושע בכ"י והסכים על ידו מהרח"ש ז"ל וכ"כ בס' ת"ח ח"ב סי' ט"ז וכ"א והעתיק דבריהם הרב דבר משה ח"ב סי' פ"א עי"ש. אכן הרב פ"מ ח"ב סי' י"ד ועמו רבני שאלוניקי שדחו דברי מהרש"ח והמה ראו כן תמהו על מהרש"ח איך לא ראה שתי תשו' דהרשד"ם בסי' רע"א וש"ט שדחה שם דברי ר"ב וכתב שאפילו יאמרו העדים בפירוש שהקנה לו קרקע לפירותיו אינם נאמנים כיון שאין כתוב בשטר כן ומאן לימא לן שראוי לפסוק כר"ב וכו' וא"כ נראה דדברי מהרשד"ם סתראי נינהו וע"פי שתי תשובות אלו דסי' רע"א וש"ט דחו דברי מהרשד"ם הנז' דמשם בא'רה דאין לשונות אלו של זכות ויפוי כח וכתחז"ל מתקנין לשון המתנה להיותה כאילו

נכתבה בכת"ומ ומה שנסתייע מהרש"ח מדברי מהרשד"ם דסי' כ"ח כתב שם מהרד"א דשם מיירי דלא היתה הריעותא בקנין מצד עצמו רק מצד האסמכתא שאמר כל דאי ובכי הא שהריעותא מצד הלשון מהני לשון כתחז"ל לתקן חיסור הלשון אכן ההיא דסי' רע"א וש"ט דהקנין מצד עצמו לא היה קנין המועיל אז לא אהני לשון כתחז"ל לתקן השטר והרב פ"מ הסכים עמו בחילוק זה ונמצא לפ"ז כי מהרד"א והפ"מ פליגי על דברי מהרש"ח ז"ל ויכול היורש שהוא מוחזק מדאורייתא לומר קי"ל כוותייהו:

אכן נראה דנדון דידן לא דמו להההיא דסי' ש"ט ונדון דידן דמי להההיא דסי' כ"ח ובזה אפילו מהרד"א והפ"מ יודה בנ"ד דמועיל לשון של זכות ויפוי כח והוא דההיא דסי' ש"ט לגבי שט"ח לא היה שם שום קנייה כלל ואנו באים לחזק המתנה ממה שכתוב. בשטר בכל לשון של זכות. ויפוי כח וכתחז"ל ועל אופן. זה כתב מהרשד"ם ז"ל דכיון דהעדים לא ידעו דרכי הקנייה איך נאמר דכיוונו להקנות כתחז"ל ומה גם בנדון ההוא לא היה שם שטר לפנינו כי נשרף והעדים מעידין ע"פ כי נעשה כתחז"ל ועוד כי העדים אינם מעידין שצוה להם הנותן לעשות לו שטר בכל לשון של זכות וכתחז"ל אלא העדים אומרים שעשו כתחז"ל ועינינו הרואות שהעדים אינם יודעים תחז"ל אבל בנ"ד ידעו העדים דקניית השטר ושטר זה לדעת הרמב"ם והרי"ף והרא"ש כי שטר זה כשר כי לא מצינו לעמודי ההוראה שהצריכו לכתוב ושיקנה באותה כתיבה אלא בע"הת ומהרי בן מיגאש ז"ל והנ"י כתבו שצריך לומר לעדים ושיקנה באותה כתיבה וכיון שצוה להם שיכתבו בכל לשון זכות וכתחז"ל אע"ג דלא ידע ספרא לאחזוקי הרי הוא כאילו נכתב ולדעת הרשד"ם דסי' כ"ח מילת כתחז"ל משלמת חיסור לשון בנ"ד והרי מצינו לו שם בסי' כ"ח גבי אסמכתא שהיא פוסלת מן הדין והשטר והקנין מתבטלין על ידה עכ"ז כיון שהקנין יפה אלא שמצד אסמכתא נפסל עכ"ז מתתקן במ"ש וכתחז"ל א"כ גם בנ"ד שהקנין יפה אלא שחיסר ושיקנה באותה כתיבה מילת כתחז"ל משלמת אותה וכיון עיקר קנייתו בכתיבה אשר כתב לחבירו וגם אמר לעדים שהמקבל יקנה באותה כתיבה שהרי כתב וכתחז"ל משא"כ בההיא דסי' ש"ט שלא עשה שום דבר כתחז"ל ולא אמר בפה כיצד עשה ובנ"ד אפילו מהרד"א והפ"מ מורים:

עוד חילק שם מהרד"א לתרץ דברי מהרשד"ם במאי דסתרי אהדדי והוא דיש חילוק בין כשהעדים מדברים בלשון עצמן ובין כשמדברים בלשון הנותן שא"ל כתבו בכל לשון של זכות דאם מדברים בלשון הנותן שא"ל כתבו בכל לשון של זכות דהאי לישנא מתקן תברי דשטרא דכיון דהנותן רצה שיסודר בלשון המועיל והעדים שטעו שלא כתבו תחז"ל ובכי הא ההיא דהרשד"ם דסי' כ"ח אבל כשהעדים מדברים בלשון עצמם שנעשה כתחז"ל

לא מהני ובכי הא ההיא דסי' ש"ט וכחילוק זה חילק מ"ור בספרו הבהיר בית דינו ש"ש ח"מ סי' א' וכתב שכן פי' ג"כ הרא"ה בס' גו"ר ח"מ כלל ה' סי' ה' אלא שכתב בלשון אחרת והכל עולה לסגנון אחד וא"כ נראה דגם בנ"ד הכל כתוב בלשון האשה המקנה ובזה מודה הרד"א והפ"מ וזה אפילו אם נאמר שלא היה כתוב כלל כת"ומ כ"ש בנ"ד שיש כתו"ם אלא שחסר ושיקנה באותה כתיבה גם מצד הסברא נראה דרבני שאלוניקי והפ"מ מודים בנ"ד והוא דעד כאן לא פליגי עליה דמהרש"ח אלא בנדון דידיה שלא היה שם קנין אלא דיש שם קנין למלוה בשטר דהתחייב הנותן לתת לו ועינינו הרואות דבשטר אין כתוב שום חיוב אלא שאנו אומרים ממה שכתוב כתחז"ל יש לומר שכך נעשה ולכן פליגי עליה הרבנים הנז' ואומרים דלא יש רמז מזה כלום אבל בנדון דידן שנעשה כתחז"ל שכתוב קנה לך וכו' ובודאי שידעו ג"כ שהכתיבה עיקר הקנין ולא קנין סודר וכיון שאמרו כתחז"ל בודאי שנתנו דעתם שהעיקר היא הכתיבה ולא סמכו על קנין סודר שעשו שם וגם מדברי בע"הת נראה שאין הדבר תלוי שיכתוב כן אלא שיאמר כן בעת הקנין לעדים:

והנה מהרד"א הנז' בא רעהו וחקרו הוא מהרש"ג ומיחלפא שיטתיה מדברי מהרד"א דאדרבה דעדיף כשהעדים מדברים בלשון עצמן שמעידין שנעשה השטר כתחז"ל די"ל שבכלל עדותן הוא שפרטו דרכי הקניה אלא שלא חשו לכותבה בשטר בפרטות אך כשמעידין בלשון הנותן שא"ל כתבו בכל לשון של זכות אין בכלל עדותן שהנותן פרט דרכי ההקנאה רק שא"ל כתבו בכל לשון של זכות בכולל וכיון שלא פרט לא מהני עי"ש. והרב פ"מ גופיה בח"א סי' ס"ו חזר והביא דברי מי שסובר דעדיף טפי כשהעדים הם מדברים בלשון עצמן וכתב שם בנדונו וז"ל שאחר שכתב שהנותן אמר שיכתבו בכל לשון של זכות ויפוי כח עוד בה שהם מדברים בלשון עצמן ומעידין כל זאת קבלו עליהם הנותנין וכו' כתחז"ל הרי שהעדים מעידין שנעשה הכל כתחז"ל ובכי הא שהעדים מעידין שנעשה הכל כתחז"ל אפילו הרשד"ם והראנ"ח יודו כמו שהוכחתי שם בסי' י"ד עכ"ל הפ"מ. מדבריו אלו נראה להדיא שאף שבתחילה היה כתוב הדבר בלשון הנותן שא"ל כתבו בכל לשון של זכות:

עוד בה שהעדים מעידין בלשון עצמם והם מעידין שכל זה קבלו עליהם הנותנין והרי אלו דברי עצמם של העדים א"כ גם בנדון דידן שכתוב בתחילה לשון הנותנת שאמרה כתבו בכל לשון של זכות וכו' מתנה עשויה כתחז"ל וכשסיימו את דבריה אמרו כל זה היה לפנינו עדים ח"מ ור"ל שכל אלו הדברים שדברה הנותנת עד כאן באו דבריה ומכאן ואילך מה שאומרים ואחריות וכו' כתחז"ל הם דברי העדים שמדברים בלשון עצמם והם

שאמרו כתחז"ל ואי שגם זה דברי הנותנת הו"ל לכתוב כל זה היה בפ"ע ח"מ בסוף אחר ואחריות וכו' ומדאמר זה קודם ואחריות וכו' נראה דאחריות וכו'. הם דברי העדים:

ומעתה לפי האמור בנ"ד יצאנו ידי חובת כל הפוסקים דאי לסברת מהרד"א והפ"מ שכתבו דעדיף כשמדבר בלשון הנותן הרי דברה הנותנת לעדים בלשון עצמה ואי לדברי מהרש"ג שכתב דעדיף כשמדברים לשון העדים הרי בסוף דברו העדים בלשון עצמן כדברי מהרש"ג ונתקיימו דברי. שניהם ממ"נ ואפשר דלכן מקדם קדמתה תקנו בנוסח השטרות לומר כן כדי לצאת ידי סברת כל הפוסקים וכנז"ל ונראה דלכן כותבין וקנינא קגו"ש במדל"ב מיד פ' ואין כותבין וקנינא אנן עדים לפי שכבר התחילו דבריהם מתחילה באומרם ואחריות וכו' ובכי הא שהעדים מעידין שנעשה הכל כתחז"ל אפילו הרשד"ם והראנ"ח מודים בזה:

עוד נראה לומר דהנה רבני שאלוניקי והפ"מ סתרו המתנה דנדון דידהו מההיא דהרשד"ם סי' רע"א וש"ט הנראה מדברי מהרשד"ם דלא חש להההיא דר"ב וכבר כתבנו לעיל דנדון דידן דמי להההיא דמהרשד"ם דסי' כ"ח וגם כל מה שכתב בסי' רע"א וש"ט אינו שייך בנ"ד. תחילת דברי פיהו כתב בסי' רע"א דההיא דר"ב מאן לימא לן דהלכה כמותו ובפרט שלא הביאוהו הפוסקים ואנן בדידן דקבלנו סברת מרן ז"ל כבר כתבנו לעיל כי מרן בסימן רי"ב פסק להההיא דר"ב ואף שהביאה בקיצור עכ"פ לא הביא מאן דפליג בהדיה כנראה שהיא מוסכמת אצלו עוד נראה לומר דעד כאן לא נחלק מהרשד"ם על ר"ב אלא התם דוקא לפי דקי"ל האומר ידור פ' בבית זה לא אמר כלום וכתב ר"ב דמ"מ אם אמר שנתן לו הפירות כתחז"ל יש לפרש שנתן לו בלשון המועיל וא"כ נראה דשם הקנייה כולה היתה חסרה ואנו באים לתומכה מצד שכתוב כתחז"ל ואנו אומרים שנעשית באופן המועיל וע"ז פליג מהרשד"ם וסובר דכיון דהקנייה כולה חסרה היאך נתקנית במילת כתחז"ל כיון שגוף הדבר חסר אבל בנ"ד דהקנייה היתה עשויה כתחז"ל שאומר קנה לך וכו' אלא שאנו חוששין שמא כיון להקנותו כק"ס ולא ע"י הכתיבה אז אנו אומרים כיון שסופר זה ידע דאין הקנין מועיל בקניית שטרות כי אם דוקא כשיכתוב וימסור ולכן כתב בשטר כתחז"ל קנה לך שטר זה וכו' א"כ בודאי בע"פ אמר לו כן להמקבל בפירוש כיון שידע הסופר נוסח שתקנו חז"ל המובא בש"ע ובספרן של צדיקים וכיון שאמר זה ואמר כתחז"ל בודאי ידע שעיקר הקנייה ע"י הכתיבה ולא על ידי ק"ס. ועוד במה שדחה מהרשד"ם ואמר דעד כאן לא אמר ר"ב אלא התם דליכא דבר אחר דקא מסהדי עליה שנעשה כתחז"ל אלא ההיא דהקנה לפירות אבל בנ"ד דאיכא ד"א מאן לימא לן דיאמר ר"ב דהו"ל כאילו הקנה קרקע לפירות ובנ"ד דאיכא ד"א איכא למימר

דהאי כתחז"ל לא קאי אלא למילתא אחריתי עד דאתו סהדי ומסהדי דקאי גם על זה כתחז"ל עכ"ל. א"כ גם בנ"ד דליכא מילתא אחריתי כי אם דוקא קניית השטר א"כ ודאי שיועיל כתחז"ל דליכא מילתא אחריתי בהדיה עד שנאמר דקאי עלה:

עוד כתב מהרשד"ם בסי' ש"ט וז"ל ואע"פי שהעידו העדים שכתבו שטר בכל חיזוקי סופר מי יתן ויודיעו לי אותם העדים מהו חיזוקי סופר ומלתא שהרבה מן המבינים אינם יודעין היאך ידעו הם עכ"ל. ונראה דהתם שהוסיפו העדים על השמועה שאמרו לו כתבנו שטר בכל חיזוקי סופר והוא תמה עליהם שאיך ידעו כל חיזוקי סופר והרבה מן המבינים אינם יודעין זה ואה"נ דאילו אמרו כתבנו לו שטר כשר או כתחז"ל לא היה מתמיה עליהם אבל כיון שאמרו לו כתבנו לו שטר בכל חיזוקי סופר והעדים עומדים לפניו וראה אותם שאין מבינין כ"כ והשטר אינינו לפנינו כי נשרף והלך לו אבל בנ"ד שהעדים אינם לפנינו והשטר כתוב בו כתחז"ל יש מקום לומר שעשו כתחז"ל ונמצינו למידין מכל האמור לעיל דבכל לשון של זכות ויפוי כח מועיל לתקן תברי דשטרא ואף דהרב פ"מ ורבני שאלוניקי נחלקו בזה כבר כתבנו דבנ"ד גם המה יודו דיועיל לשון זה:

והנה הרב דבר משה בח"ב סי' פ"א הביא דברי הרב פ"מ וכתב וז"ל דספיקא דאית לן במתנת השטר אם במאי דכתב כתחז"ל יועילו במקום כת"ומ דכיון דקניית שטרות הוא מדרבנן דמדאורייתא אין קנין לשטרות כסברת כמה מרבוותא א"כ מסתיין אם נעשה הקנין אשר תקנו חז"ל להפקיעם מרשות מוכר אכן כשיהיה איזה ספק כגון שנחלקו הפוסקים אי מיקרייא כת"ומ אין ספק דתקון רבנן מוציא מידי ודאי דאורייתא עי"ש. דבריו ברור מללו דדוקא בנ"ד שלא היה שם כלל כתיבה ומסירה ואנו באים לחזק השטר מכח מה שכתוב כתחז"ל ועל זה הביא דפליגי רבנן על הדבר ונסתייעו מדברי מהרשד"ם שבסי' רע"א וש"ט ובכגון זה כתב דכיון דבדבר הזה יש מחלוקת לא אתי ספק דרבנן ומוציא ודאי דאורייתא אבל ודאי בנ"ד שהקנייה היא יפה מצד עצמה והראיה דהרמב"ם ודעימיה לא הצריכו שיכתוב בתוך השטר ושיקנה באותה כתיבה כי ס"ל דכיון דהצריכו רבנן כתיבה ומסירה נראה להדיא דעיקר הקנין של השטר היא הכתיבה ועל זה כיוונו שניהם המקנה והקונה וא"כ הקנייה היא יפה אלא שחסר בה הלשון שלא כתב זה בתוך השטר ודמיא להההיא דאסמכתא שכתב מהרשד"ם בסי' כ"ח ובזה לא פליגי רבנן ועל זה כולם מודים דמילת כתחז"ל מתקנת אותה. אכן דברי הרב פ"מ והרב דבר חשה הנז' נפלאו ממני במ"ש דאין ספק דרבנן מוציא ודאי דאורייתא וקשה דאיך אפשר לומר שהוא ודאי דאורייתא שאין הקנין מועיל בשטרות והרי כמה פוסקים ס"ל דיש קנין לשטרות מדאורייתא ואפילו בלא כתיבה ומסירה וא"כ גם בדאורייתא

יש ספיקא אם יש להם קנין אם לאו ואיך כתב שהוא ודאי דאורייתא דאין להם קנין וכל קנין השטרות דרבנן. ועוד במ"ש דספיקא דאית לן הוא במתנת השטר אי במ"ש כתחז"ל יועיל במקום כת"ומ וכו' מסתיין אם נעשה הקנין שתקנו חז"ל אכן כשיהיה איזה ספק כגון שנחלקו הפוסקים אי מיקרייא כת"ומ עי"ש. ולא ידעתי היכן מצא שנחלקו הפוסקים בזה ואי משום דדברי מהרשד"ם סתראי נינהו ומהרש"ג והרד"א פליגי בדבר בזה לא יאמר שנחלקו הפוסקים ועוד דלפי הנראה ההיא דסי' כ"ח היא העיקר ועליה יש לסמוך שהרי מצינו להרא"ה בס' גו"ר בסי' הנז"ל שכתב דגם בסי' נ"ח כתב כההיא דסי' כ"ח גם מוה"ר בס' ב"ד ש"ש בח"מ סי' א' כתב דגם בסי' ס"א גבי שמיטה בשטר שכתוב בו משם החייב שצוה להם שיכתבו שטר כהלכתו ותיקונו בלשון המועיל והביא תשו' רב האיי גאון הנז' וכתב דאע"פי שכתב שם אבל נאמנות בהלואה ומודעי וכו' לא מחשבינן עד דמפרש הרי נאמנות בשטר אם לא נכתב לא חשבינן עד דמפרש א"כ יאמר האומר דתנאי שלא ישמט שאינו כ"כ פשוט הוי כמו נאמנות אכן הכא שנתן לו רשות לכתוב עד ק' פעמים בכל אופן המועיל הא ודאי באופן זה כ"ע מודים שכל לשון שיחסר שלא נכתב הוי כאילו נכתב עכ"ל. והנה מתשו' זו יש להקשות על הר"ב פ"מ שנתן טעם להההיא דסי' כ"ח לפי שכל ריעותא דאסמכתא משום דלא גמר ומקני א"כ כי ציוה לעדים שיכתבו בכל לשון של זכות אנן סהדי דגמר ומקני וכן כתב הרב דבר משה משמו ואני תמיה על דבריהם שהרי בסי' ס"א שאינו ענין אסמכתא ואפ"ה כתב דלשון זה יועיל לתקן תברי דשטרא א"כ נראה דלאו דוקא בענין האסמכתא כמו שחילק ונעלמה תשו' זו מהרב פ"מ והרב דבר משה גם מתשו' זו יש לתמוה על מהרש"ג המובא בפ"מ שכתב שם שעדיף יותר כשהעדים מדברים בלשון עצמם שאומרים שהם עשו שטר זה כתחז"ל ובאופן המועיל אכן כשהעדים מעידין משם הנותן שאמר להם כתבו בכל לשון של זכות אין בכלל עדותן שהנותן פרט דרכי הקנייה רק שאמר להם לשון זה וכיון שלא פרט דרכי ההקנאה לא מהני ולא מידי ע"כ. והרואה יראה ההיא דסי' ס"א שהיה שם לשון המקנה ועכ"ז הכשיר השטר ממה שכתוב בכל לשון של זכות:

ומעתה לפי האמור כי מצינו לו למהרשד"ם בסי' כ"ח וח"ן וס"א שכתב להדיא כדברי רב האיי ז"ל ולפ"ז נאמר דמהרש"ח שראה למ"ז מהרשד"ם ובקי בחדריו ראה בג' מקומות שכן כתב ולא חש להההיא דסי' רע"א וש"ט כי ידע שיש לתרצם בנקל ולא חש לבאר התירוץ כי פשוט לו וכבר הוא עצמו מהרשד"ם ז"ל בסי' רע"א כתב דע"כ לא כתב ר"ב אלא בנדון דידיה. דליכא ד"א דקא מסהדי סהדי וכו' אמנם בנ"ד דאיכא ד"א מאן לימא לן דאהא קאי כתחז"ל גם ההיא דסי' ש"ט כבר כתבנו לעיל דשם השטר כבר נשרף וכמש"ל

ועוד קשה לי במ"ש דדברי מהרש"ח הוא יחיד בסברתו והרואה יראה כמה פוסקים נקבצו אליו זה יצא ראשונה הרב לחם רב סי' קצ"ג אייתי בידיה ההיא דהרשד"ם דסי' כ"ח דכתבו בכל לשון של זכות מהני לבטל האסמכתא וממנה למד הרב לח"ר הנז' בנ"ד לתקן שתי ריעותות דהוו בקנין עצמו ונמשך אחריו הרב בני אהרן סי' ק"ט גם מהר"י הלוי סי' יו"ד סמך עצמו על ההיא דהרשד"ם הנז' דסי' כ"ח לתקן ריעותי דאיתא בקנין עצמו אלא שאח"כ כתב ואפילו את"ל שיש לחלק בזה וכו' והיינו לפי שמצא מקום אחר לתקן הענין גם הרב משפט צדק ח"ב הביאו הרב החבי"ב סי' כ"ג הג"הט אות מ"ח דאהני ליה בכל לשון של זכות להיכא דאיכא ריעותא בקנין עצמו גם הרב כרם שלמה בסי' ס"ז כתב שקשה בעיניו על רבני שאלוניקי איך עשו מעשה נגד דברי מהרש"ח והמ"ץ ואילו היו רואין דברי המ"ץ לא היו סומכין על דעתם וכ"כ מהר"ם בן חביב הובאו דבריו בגו"ר כלל ה' סי' ט' שהסכימו עם המ"ץ שלשה רבני שאלוניקי והם מהרש"ל ומהרא"ש ומהרש"ח והביא שם דברי הפ"מ ורבני שאלוניקי ומה שחילקו בדברי מהרשד"ם ודחו דברי מהרש"ח כתב שם הר"מ בן חביב שהוא פלא בעיניו איך דחו דבריו והרי ראינו כמה גדולים שסוברים כוותיה וכ"כ מהרש"ך ס"ס ל"ד שכתב דנותן מלוה ע"פ ומטבע בקנין אגב דלא מהני ואי כתב בשטר שקבל עליו המתנה כהוגן וכתחז"ל זהו התיקון וכ"כ הגו"ר שם. שגם הוא בהס'כמה כמה עלה שכל שכתוב בכל לשון של זכות ויפוי כח מועיל לתקן תברי דשטרא אכן כל זה אינו מועיל לנו לנ"ד דכיון דהיורשים הם מוחזקים יכולין לומר קי"ל כהפ"מ ודעימיה אכן כבר כתבנו לעיל דבנ"ד אפילו הרב פ"מ ודבר משה יודו בנ"ד דלא פליגי אלא בנדון דידהו שהיה הקנין חסר לגמרי אבל אם יש קנין אלא שחסר הלשון אפילו הרב פ"מ יודה בזה. ויש להביא עוד ראיה לזה מדברי מהרי"ל סי' ע"ט והביאו הרב נאמן שמואל סי' ק"ב וז"ל ועל מ"ש דרחל אמרה דניקני באגב לכן צריך להתישב דהרא"ש פי' בתשובה דאפילו למ"ד דשטרות ניקנין באגב קרקע צ"ל בפה קני לך איהו וכל שיעבודיה והכי לא חזינא בהאי שטרא ומיהו נראה דאין לחוש כיון. שנכתב בו בכל לשון של זכות וכחומר כל שטרי מתנות וכדפי' ר"ב ע"כ וכתב הרב נאמן שמואל מדבריו למדנו דגם אומר לשון של זכות הוי כאומר כתחז"ל וגם למדנו ודוקא כשיש שם קנין אלא שחסר ממנו תיקון הלשון שצריך שיאמר קנה לך וכו' אז מהני בכל לשון של זכות כההיא דר"ב שיש שם קנין אלא שלא נעשה כראוי שכן היתה השאלה שלא היה בו קנין פירות כראוי דמשמע שהיתה שם קנייה אלא שלא היתה כראוי ועל כן כתב דנתקן באומרו כתחז"ל וכן היה נדון מהרי"ל שהיה שם קנין אגב אלא שלא כתב קנה לך וכו' ולכן בכל לשון של זכות מתקנו אבל היכא שלא נזכר קנין כלל לא ניתקן

בהני לישני עי"ש וא"כ נראה דגם בנ"ד שכתוב בשטר מה שתקנו חז"ל קנה לך שטר זה וכו' אלא שחסר ושיקנה באותה כתיבה כיון שכתוב בכל לשון של זכות ויפוי כח וכתחז"ל מתתקן החסר בדברים אלו. עוד כתב הרב נ"ש הנז' בדף קמ"א ע"ד ועוד אני אומר דאין דברי רב האיי והריטב"א אמורים דמהנו הני לישני אלא דוקא מה שהוא תחת הענין כגון שנעשה הקנין במדל"ב ולא כתב בשטר במדל"ב וכן כשכתב קנין במתנת ש"מ ככולה ולא כתבו שהיה הקנין ליותר יפוי כח דלענין כיוצא בזה שהוא תחת הכלל מבלי שום דבר חדש ותנאי כלל אז מהני כתבו בכל לשון של זכות אבל בההיא דר"ב דכתבו דההקנאה אגב קרקע דצריכין אנו לומר שלא היתה ההקנאה כך אלא שאמר דקל לפירותיו בהא לא מהני אם אמר כתחז"ל ע"כ. א"כ נראה דבנ"ד שהיתה שם הקנאה אלא שלא סיים ושיקנה באותה כתיבה דומה למ"ש הרב שם שנעשה הדבר שדלגו מילת במדל"ב שצריכה להיות ומתתקנת בהני לישני שפירי הנז' בדברי הפוסקים הנזכרים:

עוד נראה לומר דאפילו את"ל דספוקי מספקא לן במה שכתוב במתנה שאמרה להם כתבו בכל לשון של זכות אם מועיל להכשיר שטר דנ"ד אם לאו הרי מצינו למרן ז"ל בסי' מ"ב ס"י שכתב הרבה מהמפרשים כתבו דהאידנא שנהגו לכתוב בכל השטרות דלא כאסמכ' ודלא כטופסי דשטרי בכל לשון מסופק אמרי' יד בעל השטר על העליונה וא"כ בנ"ד שאפילו את"ל שהדבר מסופק יד בעל השטר על העליונה ונראה דבנדון דידן לא יש שום ספק דהא גבי מכירת השטרות ידוע ומפורסם הדבר וכ"ש גבי תלמידי חכמים שאין נקנין בשטר ע"י קנין כשאר קניינין אלא צריך כתיבה ומסירה ואז יקנה השטר וכיון שכן הם יודעים כשאמרה להם האשה כתבו בכל לשון של זכות כוונתה לקנות בכתיבה ולא ע"י קנין סודר אלא העיקר הוא במה שתכתבו וזהו הקנין של השטרות והבינו לה שאין הקנין מועיל אלא העיקר הכתיבה:

ובר מן דין כבר כתבנו לעיל משם הפ"מ דספיקא דאית לן במתנת השטר הוא אם במאי דכתב כתחז"ל יועיל במקום כת"ומ דכיון דקניית השטרות הוא מדרבנן דמדאורייתא אין קנין לשטרות א"כ מסתיין אם נעשה הקנין כתחז"ל להפקיע מיד מוכר אכן כשיהיה איזה ספק כגון שנחלקו אי מיקרייא כת"ומ אין ספק דתקון רבנן מוציא ודאי דאורייתא ע"כ. והרואה יראה דדברים אלו הם היפך דברי מרן בתשו' בס' אבקת רוכל סי' ע' דף מ"ב ע"ב שכתב גבי מתנת ש"מ שלא היה כתוב בה לשון מתנה כיון דכתוב בצוואה זו ככל דברי צוואות ש"מ ככל תחז"ל וכיון דתיקון חז"ל הוא דצריך לשון מתנה איכא למימר דהוי כאילו כתוב בה לשון מתנה וכעין זה כתבו הגהות מיימוניות בשם סמ"ג פ"ח מה' זכיה ומתנה דכיון דכתוב וקנו ממני בכל לשון של זכות אין צריך יפוי כח אחר

עכ"ל. הרי להדיא דסבר לה מר גבי ש"מ שהיא מדרבנן כמ"ש הטור בסי' ר"ן דתקנו חז"ל שדברי ש"מ ככתובין וכמסורין דמו ואעפ"כ אם חסר הלשון שלא כתב מתנה אם כתב בכל לשון של זכות ויפוי כח מהני כאילו אמר מתנה בפי' ולא אמרינן דכיון דכל מה שאמרו דברי ש"מ ככתובין וכמסורין דמו כולה היא מדרבנן ומסתיין שנאמר זה דוקא כשאמר לשון מתנה שתקנו חכמים ז"ל אלא ודאי דס"ל למרן דאף בדבר שהוא מדרבנן עם כל זה ניתקן במה שאמר כתחז"ל וא"כ לדידן דקי"ל כדברי מרן וקבלנו הוראותיו. אף למ"ש בתשו' בודאי הגמור שיועיל לשון זה אף לגבי כת"ומ הנחסרת לגמרי וכ"ש בנדון דידן שלא נחסרה לגמרי וכדבר האמור לעיל:.

ותבט עיני להרב משכנות הרועים באות ל' שאסף איש טהור סברת כל הפוסקים הם המדברים בענין זה שלשון של זכות ויפוי כח וכתחז"ל מועיל לתקן כל תברי דשטרא וקבצם כעמיר גורנא ולא עמד איש נגדו זולתי הרב פני משה והרב דבר משה הנז' אכן הרב ז"ל לא חש להו כלל וכתב בסוף דבריו ואנן בדידן נקטינן כפסק מרן וכוותיה דמור"ם היכא דלא פליג אדברי מרן וחזינן למור"ם שהעתיק דברי הגאון בסי' ס"א קם דינא דהכי נקטינן עכ"ל המש"ה הנז'. הרי להדיא דהבין הרב הנז' דהפ"מ והרב דבר משה כל מה שכתבו ופי' הכל היפך דברי מרן וכל מה שכתבו וחילקו בדעת מהרשד"ם אהניא להו לדידהו דלא קבלו סברת מרן ז"ל בדיני ממונות והם נושאים דגל הקי"ל אכן אנן בדידן קבלנו סברות מרן גם בדיני ממונות ונראה שטעמו של הדבר שהבין הרב מש"ה הנז' שכל מה שכתבו הפ"מ ודעימיה הוא לסברת מהרשד"ם דוקא לפי שכל מה שחילקו וכתבו הוא כדי לתרץ דברי מהרשד"ם דסתראי נינהו לכן נכנסו בכמה חילוקין לתרץ את דבריו וע"פי חילוקם נסתרה המתנה דנדון דידהו אבל אנן בדידן דראינו דברי מרן משם הפוסקים הראשונים והם שרירים וקיימים ואין בהם שום קושי למה לן לחלק בדעתו מה שלא זכר אפילו שמץ מנהו ומ"ש דההיא דמהרשד"ם דסי' כ"ח דלא מיירי אלא גבי אסמכתא מרן ימאן בזה שהרי לא כתב דין זה גבי אסמכתא ולכן נאמר שכל מה שחילקו בדעת מהרשד"ם ז"ל ובדעת מרן לא חילקו ואנן נקטינן כדברי מרן ז"ל:

עוד כתב מעין מה שכתבנו למעלה וז"ל דבשטרא דידן כתוב עמד בפנינו אנן עדים דח"ל הר"פ ואמר לנו הוו עלי עדים וקנו ממני בקנו"ש וכתבו בכל לשון של זכות ויפוי כח ותנו ביד הר"פ להיות בידו לראיה וזכות וכו' וקנינא מיד הר"פ וכו' דלא כאסמכתא ודלא וכו' אלא כחומר וכו' דנהיגי בישראל העשויין כהוגן וכתחז"ל והיה זה פה וכו' ושטר זה ברישא משתעי במילי דקאמר להו לסהדי וכסיפא מילתא דקא מסהדי אהאי מילתא דפתח בה ברישא והשתא אתקיים האי שטרא אפילו לדעת הרמב"ן כמ"ש מכת

האחרונים עי"ש. ולפי דבריו נראה דלפי נוסח זה כ"ש דאתי כהרב פני משה ורבני שאלוניקי ז"ל אפילו לפי שני חילוקין אשר חילקו כי בנוסח זה אתי כמהרד"א ומהרש"ג כי קיים דברי שניהם וכמש"ל:

ועדין צריכין אנו לברר דעת החילוקין על מהרש"ח אם הם מודים בנ"ד ואחזה אנכי למהראנ"ח ח"א סי' ע"ז שפסל שטר מתנה שהיה כתוב קנין השטרות באג"ק ואף שהיה כתוב בשטר ההוא כתחז"ל לא הועיל כלום ונראה בנדון דידן גם מהראנ"ח אזיל ומודה דלא נפסל בשטר אלא בנ"ד שלא היה קנין לשטרות כלל שלא היה שם כתיבה ומסירה משו"ה פסל השטר ההוא אבל בנ"ד שהיה שם כת"ומ אלא שבשטר לא כתבו ושיקנה בכתיבה שהם כותבין ועכ"פ לדעת הרי"ף והרמב"ם והרא"ש ז"ל לא הצריכו כ"א שיכתוב קנה לך שטר זה וכל שיעבודא דאית ביה ובכי הא מילת לשון של זכות ויפוי כח יספיק ועוד נראה לומר דבנדון מהראנ"ח לא היה שם כ"א כתחז"ל ואין כתוב כתבו בכל לשון של זכות ומדברי רב האיי גאון נראה דכל שאמר הנותן כתבו בכל לשון של זכות אע"ג דלא ידע ספרא לאחזוקי מדבריו אלה נראה דהעיקר תלוי באמירת הנותן דכל שכיון ואמר להם שיכתבו בכל לשון של זכות משא"כ בנדון מהראנ"ח שאין בו כ"א כתחז"ל ולא היה כתוב בו ואחריות:

גם ראיתי למהר"ם אלשיך ז"ל בסי' פ"ז שנדונו היה שלאה נתנה לחתנה דירה בעליה וכתב דקי"ל דהאומר ידור פ' בביתי לא אמר כלום ושם בנדונו היה כתוב שהכל נעשה כתחז"ל ועכ"ז כתב דלא יועיל לשון זה לתקן הענין דנפרש שהכונה קרקע לפירותיו שהרי עינינו הרואות שלא נעשה כתחז"ל שהרי בנדונו היה כתוב שהקנתה לאה דירת העליה לחתנה אגב ד"א קרקע דלא קנה כלום דקי"ל אין קרקע נקנה אגב קרקע ומאי מהני אם כתוב כתחז"ל לומר שנעשה כתחז"ל שהכונה בית לדירה ולא בתורת אגב ככתוב בשטר דלא מתקנינן כולי האי שני שינויים עי"ש. מדבריו אלה נראה להדיא דלא פסל השטר דבנדון דידיה אלא דלשון השטר סותר דברי חז"ל וכיצד אנו יכולין לתקן השטר. ואם כן בנ"ד דלא שייך דבר זה ולא יש בו שינויים אף הוא יודה דמלת כתחז"ל מתקנת השטר דאינו סותר תחז"ל עוד כתב שם דההיא דר"ב שכתב שמועיל לשון. כתחז"ל לפי שכתוב שנתן לו כח בפירות ור"ל כח בקרקע לקנות פירות ע"ש. וא"כ נראה מדבריו דכ"ש בנדון דידן דמוכשר השטר אליבא דר"ב שהרי שם בנדונו אפילו דילג מילת קרקע ומשום דכתוב כתחז"ל אנו מפרשין שכוונתו כח בקרקע לקנות פירות א"כ כ"ש כשכתוב בו הני לשני דמעלי שאמר להם כתבו בכל לשון של זכות ויפוי כח וגם כתוב כתחז"ל שאנו אומרים כי ודאי עשו תחז"ל שכיוונו שעיקר הקנין יהיה על

ידי כתיבה ובה נקנה השטר ואין השטר לראיה בעלמא אלא עיקר השטר לקנין שיקנו באותה כתיבה:

גם מ"ש הרב מעשה חייא סי' ט' שלא הוכשר בעיניו מילת כתחז"ל אכן בנדון דידן גם הוא מודה והוא דנשאל שם על איש אחד שהקדיש כל נכסיו אשר ישארו לו בעת מותו לעניי צפת ת"ו ומת ובאה בת אחותו שהיא יורשת מן התורה לזכות בנכסים והשיב דכיון דהאריך ימים קרוב לודאי דאותן נכסים והמטלטלים הלכו להם ואלו אשר נמצאו היום הם אחרים ואין אדם מקנה דבר שלא בא לעולם וכתב דאף דהב"י כתב בשם הרשב"א בסי' ר"ט דאע"ג דאין ארם מקנה דשלב"ל אדם משעבד עצמו בדשלב"ל אכן בנדון זה לא שייכא דמתנה זו לא היתה על דבר פ' כ"א על הנמצא אחר מותו ואם לא ימצא שום דבר אין כאן חיוב ובסוף התשובה אסיק ואין לומר דכיון דכתוב בשטר באופן היותר מועיל וכו' א"כ הרי הוא כמשעבד נפשיה על כל דבר ואף שאינו בעולם וכמש"ל משם הרשב"א והב"י כי הדברים האלו אינם להכניס תוספת נכסים במתנה הנכתבת למעלה תוספת חיזוק וחומר על כל הנז' עי"ש. א"כ נראה מדבריו דהא דלא אהני באופן המועיל וכתחז"ל לפי שאנו צריכים להכניס נכסים שלא היו בעת המתנה א"כ נראה דבמקום שאין אנו צריכין להוסיף במתנה אלא להחזיק באותן נכסים שנתחייבה בהם בכגון זה מהני לשון המועיל וכתחז"ל. והרב מע"ח הנז' תחילה כתב ושמא יאמר האומר הרי כתוב וכחומר כל שטרי דנהיגי בישראל העשוין כהוגן וכתחז"ל וא"כ אחר שנטלו קנין אף שיש ריעותא יתקיים השטר וכמ"ש הרא"ש ופסקו הטור והש"ע בסי' רמ"ב דאם יש תנאי כפול בשטר או שכתוב בסוף השטר וקנינא וכו' תשובתך דאין כוונת הרא"ש לומר דאף דלא נעשה הדבר בפועל כתחז"ל אחר שכתוב במתנה שהמקנה נטל קנין וכו' כי זה קנין דברים אמנם פי' דברי הרא"ש כי הוא יודה שנעשה הדבר כהוגן וכתחז"ל ואף שבלשון השטר בסיפור והודעת העדים לא הזכיר בדרך פרט מ"מ הודיעו כי נעשה הכל דרך כלל ואחר שהעדים מעידין שנעשה בפועל כסדר ותיקון חכמים מפיהם אנו חיין ודקדק כן מדברי הרא"ש שכתב בסוף דבריו ואם לא נכפל התנאי בטל והול"ל ואם לא נכפל התנאי או שאין כתוב בסופו עי"ש. וקשה לי על דבריו וכי תנא כרוכלא ליהדר וליזיל והרי כבר גילה דעתו ומה לו לחזור עוד אכן נראה דכוונת הרב מ"ח במ"ש דכאילו נעשה הדבר בפועל אין הכוונה דנשאל לעדים אלא הכוונה דכיון דכתוב כן בשטר היא עצמה הוכחה ואמרינן דבאותו עת נעשה הדבר בפועל שעשו תנאי כפול ממה שאמרו כתחז"ל וכן נראה ממ"ש הרב החבי"ב בסי' רמ"א הג"הט אות ע"ה שהביא ההיא דהרב מ"ח הנז' וז"ל דאין כוונת הרא"ש דאע"פי שאין התנאי נעשה כהלכתו מהני אלא הכוונה

כיון שכתב כן בשטר היא הוכחה שנעשה השטר כהלכתו וכו' עי"ש א"כ נראה דגם בנ"ד שכתוב כתחז"ל אמרינן דנעשה הכל בפועל שאמר המקנה להקונה בעל פה שיקנה באותה כתיבה שהוא כותב ומוסר בידו אלא שעכ"פ קשה על הרב מ"ח הנז' דהתינח שתקן לדברי הרא"ש ואמר שלהכי כיון הרא"ש אבל מה יתקן בההיא דרב האיי זל שהביא מרן בב"י סי' ס"א שכתב מאן דמקבל עליה למיכתב שטרא בכל לישנא דזכותא אע"ג דלא ידע ספרא לאחזוקי כראוי כיון דכתיב ביה ואחריות שטרא דנא וכו' הרי להדיא דאפילו שלא ידע הסופר לחזקו כראוי עכ"ז כיון שכתב ואחריות וכו' וזה היפך דבריו במ"ש בדעת הרא"ש. ואפשר לומר דהוא הבין ופי' כן בדעת הרא"ש ממה שדקדק כן מדבריו וסבר דרב האיי גאון פליג בזה וא"כ אנן בדידן נקטינן כדברי מרן שפסק להההיא דרב האוי בכמה מקומות ואפילו לפי פירושו אין ממנה סתירה לדברינו הנז"ל. ומדברי הרב מ"ח הנז' נראה דאילו היה הרא"ש מפרש דבריו להדיא דאפילו לא פי' הדברים בפועל אלא באמירה בעלמא שאמר כתחז"ל יספיק ואפילו להוציא מהיורשין וזה דלא כמי שרצה לפרש שהבאתי לעיל שלא אמר הרא"ש שיועיל זה הלשון אלא במקום שמחזיק הירושה ביד היורשין דאם איתא להא הו"ל לדחות דברי הרא"ש בהכי לנדון דידיה:

עוד נראה לומר דבנדון דידן אפילו הרב מעשה חייא הנז' יודה והוא דהוא ז"ל פסל השטר בנדונו משום שהקדישה כל מה שישאר לה בעת מותה וזה דבר שב"ל. אכן בנ"ד נותנת המתנה היו כל נכסיה תחת ידה וזכתה להם שטר כתובתה שהוא חוב על נכסי בעלה שבעת שיגיע זמן גבייתו יגבו אותו ונלב"ע בעלה הנז' וקודם שמתה בשני חדשים באה אצל א' ממקבלי המתנה וא"ל הבה את שטר כתובתי שהוא תחת ידך ואגבה כתובתי כי סכי כתובתי אין בידי מהם אפילו לשליש ולרביע ובעלי יש לו חזקת חצר ובתים שבתוכה בעיר בבל עם אחיו והלכו שניהם יחד לפני מע' הב"ד והוציאו שטר הכתובה שהיה כתוב בו כת"ומ למקבל מתנה וראו אותו והגבו לה מה שנמצא אצלה והשביעו אותה בנק"ח כשאר אלמנות ושלחו להביא לה מה שהניח בעלה בעיר הנז' ואחר שגבתה כתובתה בשני חדשים נלב"ע וא"כ לפ"ז לא שייך לומר בזה שהקנתה לו דשלב"ל שהרי בעת הגוביינא שזכה ראובן היה הכל מוכן אצלה וזה דומה למ"ש הת"ה סי' ש"ך בראובן שהלך למקום א' לקנות מרגליות א"ל שמעון תן לי המעות ואני אקנה ואמכור לך ואם לא תאמין הרי אני מקבל קנין על כך והלך שמעון ולא מצא שם וכתב דהוי דשב"ל וכתב עוד ופסקו מור"ם בסי' ר"ט ס"ה ואם טרח המוכר וקנה המרגליות צריך לקיים מקחו כי אדעתא דהכי טרח וקנה כי היכי דליקום בהימנותיה א"כ גם בנ"ד נימא דלהכי טרחא

וגבתה כתובתה והוציאה לפניהם שטר כתובתה שהיה בו כת"ומ כדי לקום באמונתה ויזכו בהם מקבלי מתנה בלתי שום עירעור:

והנה מרן החבי"ב בסי' רי"ב בהגב"י אות ה' אחר שהביא דברי ר"ב ודברי הפוסקים שהסכימו עמו כתב שהרשד"ם בסי' רע"א כתב ומאן לימא לן שראוי לפסוק כר"ב ובפרט היות דבר שלא הביאוהו הפוסקים וכתב הרב החבי"ב משם מהרע"י דכיון דאיכא פלוגתא המע"ה עי"ש. ואנן בדידן כבר כתבנו לעיל דכל זה לדידהו דנושאים דגל הקי"ל אכן אנן דקי"ל כדברי מרן ומצינו למרן בכמה מקומות והזכרנום למעלה שכתב דלשון זה יועיל לתקן לכל תברי דשטרא וגם מצינו לו שרמז להההיא דר"ב בסי' רי"ב ואי לא ס"ל כוותיה לא הוה שתיק מינה שלא לגלות דעתו דלא סבר כוותיה והוא בר פלוגתיה. ולמה שכתבנו לעיל משם ה"ר יונה וכו' וכתב הרמב"ן וכו' שהביא מרן בב"י סי' רמ"ב מהרש"ח בסי' י"ג הבין דכוונת הרמב"ן לומר דבכל לשון של זכות לא מהני אם לא פי' בשטר כתחז"ל שר"ל שיכתוב בשטר כתחז"ל. והרב פ"מ ח"א סי' ס"ו פי' דמ"ש הרמב"ן אם לא שיפרש בשטר כתחז"ל אינו ר"ל שיכתוב בשטר תיבות אלו כתחז"ל אלא ר"ל שצריך לפרש בשטר תקנת חכמים והוא כתבוה בשוקא וכו' ואחר זה בטל דעתו מפני דעת מהרש"ח. ומוה"ר בס' בית דינו של שלמה בדף קל"א ע"ג הקשה על דברי מהרש"ח והפ"מ שלא ראו הדבר בשורשו וסמכו על מ"ש בב"י ששם בנ"י כתוב עמ"ש הילכך צריך לכתוב כתבוה בשוקא וכו' וכתב ר"ח דאהא סמכו רבנן ותקינו למיכתב ומפרשי בה הכי אמר לן מתנה זו כתבוה בשוקא וכו' ע"ש הרי שלך לפניך דמ"ש הרמב"ן אם לא שיפרש כת"ח כמו שפי' ר"ח ר"ל שצריך לכתוב בפי' כתבוה בשוקא וכו' עכ"ל ולפקד"ן דאין זה הכרח כלל דנוכל לפרש דברי הרמב"ן כך אם לא שיפרש בשטר כת"ח שר"ל שיכתוב בשטר כתחז"ל כמו שהבין מהרש"ח ומ"ש כמו שפי' ר"ח ר"ל מה היא תקנת חכמים עד שנאמר שלזה כיון במילת כתחז"ל לז"א כמו שפי' ר"ח שתיקנו לכתוב בשטר והכי אמר לן מתנה זו כתבוה בשוקא וכו' ועוד דלפי הבנתו הו"ל לכתוב וכ"כ ר"ח ז"ל והרב פ"מ שם פי' דמ"ש הרמב"ן שיפרש בשטר כתחז"ל הכוונה שיכתבו בשטר מתנה זו כתבוה בשוקא והכריח לזה ממ"ש הרמב"ן שיפרש בשטר כת"ח דאם כדברי מהרש"ח הול"ל אם לא שיכתוב בשטר כת"ח ע"כ. ולעד"ן דאין זה הכרח דהיינו הך ור"ל שיפרש בשטר ע"י הכתיבה שהוא כותב ועוד דלפי דבריו שהכוונה שיכתבו בשטר תקנת חכמים הול"ל שיפורש בשטר תקנת חכמים והיא כתבוה בשוקא ולמה ליה לומר כף הדמיון אבל אם נאמר שכוונת הרמב"ן שזה נעשה כתחז"ל א"ש כף הדמיון שר"ל שנעשה זה השטר כמו שאר שטרות הנעשים כתחז"ל ועוד קשה דלפי דברי הפ"מ שכוונת הרמב"ן הוא לומר

שצריך לכתוב ת"ח בפירוש בשטר ובלא"ה אין לו שום תיקון א"כ נמצא דדברי מרן סתראי דבסי' ס"א ובמ"א הביא דלשון של זכות וכתחז"ל מועיל ואיך בסי' רמ"ב יכתוב בשם הרמב"ן דלשון זה אינו מועיל:

ומכל האמור לעיל נראה דלשון של זכות וכו' ואחריות וכו' כתחז"ל הני לישני מתקני תברי דשטרא בין מצד אסמכתא ובין מצד חיסור לשון והכי כתב להדיא מו"ר מהרש"ל בס' מצד ש"ש וז"ל הכלל העולה מכל האמור לעיל דכל הני לישני מתקני דיעותי דשטרא בין באסמכתא ובין חיסור לשון בין בקנין עצמו שלא נכתב קנין המועיל והעיקר חסר מן הספר ואף שבע"ד והעדים לא ידעו אופן הקנין דתקין רבנן עי"ש. עוד כתב קודם לזה דאין לומר בזה דבמחלוקת היא שנויה ויכול המוחזק לומר קי"ל דכיון דהרב פ"מ לא הביא דברי הראשונים וחלק עליהם אנו אומרים דאילו ראה דבריהם היה חוזר בו וכן מצאתי להכנ"הג וכו' עי"ש. הרי לך דסבר לה מר דלשונות אלו מועילים ואפילו בסוג קי"ל אינו יכול לטעון:

ואף שהוא עצמו סיים שם וכל זה שכתבנו הוא לענין ריעותא דאסמכתא אמנם לענין ריעותא דהוי דשלב"ל דאף דהוא בלשון חיוב היכא דמת המתחייב קודם שבא הדבר שנתחייב בו דלא מהני גבי יורשין עי"ש. אכן בנדון דידן לא נפקא מינה מידי בזה דדבר שנתחייבה בו כבר בא הוא לעולם קודם פטירתה בשני חדשים ועמדה היא והמקבל מקנה וגבו שטר כתובתה וזכה בו המקבל מתנה בכל מקום שהוא ודבר שנתחייבה בו כבר בא לעולם. ועוד דלא כתב מהרש"ל הנז' אלא בנדון הפ"מ שהיה ריעותא בקנין עצמו שלא היה קנין לשטרות כלל ואנו באים לתומכה מצד שכתוב בשטר בכל לשון של זכות ויפוי כח או כתחז"ל אבל בנדון דידן שיש קנין לשטרות אלא שחסר הלשון שלא כתב ושיקנה באותה כתיבה אז בכה"ג הני לישני מתקני ליה בפשיטות. ועוד דבנ"ד אפילו נאמר שעדין לא גבתה כתובתה מ"מ לא הוי דבר שלא בא לעולם שהרי כל נכסיה ומטלטלי ביתה הם תחת ידה ומוחזקת בהם בכל עת כי אותן נכסים הם משלה והם בכלל נדונייתה שנוטלת אותם בלא שבועה כי הם שלה בכל עת ולא כתב הרב אלא בהלואה שעדין לא באה לידי גבייה ואפשר שלא תבוא וכמ"ש כל אשראי ספק אתי ספק לא אתי משא"כ בנ"ד שכל הנכסים הם תחת ידה אלא שבעיקר דברי מהרש"ל הנז' לא זכיתי להבינם דאיך פסיק ותני שכל זה לענין ריעותא דאסמכת' אבל לענין ריעותא דהוי דשלב"ל דאף דהוי בלשון חיוב היכא דמת המתחייב קודם שבא לעולם דלא מהני לגבי יורשין ודברים אלו הם היפך דברי הפוסקים. זה יצא ראשונה מהראד"ב בס' לחם רב סי' קצ"ג כתב גבי לאה שנתנה לראובן מתנה ומתה ושהה ראובן זמן מרובה ולא תבע

המתנה וכתב דלא אמרינן דשמא לאה בחיים חייתה נתנה לו המתנה דכיון דהשטר בידו לא אמרינן הכי וכתב שיש ד' צדדים לבטל המתנה. הא' משום דהוי קנין אתן דהוא קנין דברים לכמה מרבוותא. הב' דקנו מינה לתת מעות ודברים אחרים ולאותה סברא שהביא המרדכי דכשם שהמעות לא קנה דאין מטבע נקנה בחליפין ה"ה שאר דברים וכתב דלשני צדדים אלו יש להם תיקון לזכות מקבלי מתנה דלספק הא' היה יכול הסופר לתקן הענין בלשון חיוב שמחייבת עצמה ליתן ולספק הב' היה יכול לתקן קנין לחודיה למטלטלים ולנכסים אכן למעות יקנה אותם בקנין אגב קרקע וזה לפי שהיה כתוב בכל לשון של זכות ויפוי כח ונסתייע בזה מדברי רבו מהרשד"ם שבסי' כ"ח דכתב דכיון שכתוב בכל לשון של זכות וכו' וכתב הריטב"א והביאו מהרי"ק בב"י סי' ע"א וכו' וכ"כ רב האיי ורי"ו וכו' הרי שלך לפניך דלשון זה יועיל אפי' להוציא מן היורשין. גם את השני מהרש"ח תלמידו בסי' ל"ד הביא גם הוא באסתר שנתנה לאמה מלוה בשטר ומלוה ע"פ וכתב ג"כ דכיון שיש לשונות אלו של זכות ויפוי כח וכתחז"ל יש תיקון שתזכה אמה של אסתר אחרי מות בתה בין במלוה בשטר ובין במלוה ע"פ בהתחייב לאמה לתת כל אשר לה ואפילו הוא ביד אחרים דאע"ג דמלוה להוצאה ניתנה והוי דשלב"ל בלשון חיוב חייב וכמ"ש הרי"טבא הביאו מהרי"ק בסי' ס' וגם הוא נסתייע מדברי מ"ז מהרשד"ם בסי' כ"ח עי"ש. הרי לך דסברי מרנן דבלשון חיוב אפילו שאינו אסמכתא אלא דבר שלב"ל בלשון חיוב חייב וגובה אפילו מהיורשין. גם את השלישי הרב מ"ץ ח"ב סי' יו"ד דף כ"ב ע"ב כתב שיש לזכות לשמעון בחמישית הנכסים אפילו שקנאם אחר זמן המתנה לפי שכתוב כתבו בכל לשון של זכות ויפוי כח א"כ הסופר טעה והו"ל לכתוב איך מעתה ומעכשיו חייבתי עצמי וכו' שבכ"הג זכה אפילו בדבר שאינו ברשותו ודבשלב"ל כמ"ש הריב"ה בסי' ס' וגם הב"י וכו' וכ"כ עוד בסי' ט"ז דכיון שהוא בלשון חיוב אפילו שלא היו ברשותו ודשלב"ל אותן הדברים חייב וגם אם הם מטבע שאינו נקנה בחליפין בלשון חיוב חייב ושם בשני המקומות בא להוציא מיד היורשין:

הן אמת דלגבי קניית השטרות לא הועיל לן לשונות אלו אכן לענין חיוב אחר שנתחייב ומת קודם שבא הדבר שנתחייב בו והוא דשלב"ל אף היורשין חייבין ומוציאין מידם. ואת רב"ע מהרח"ש בחתימתו על דברי המ"ץ בסי' יו"ד הנז' כתב דשטרות אע"ג דבעו כת"ומ מ"מ אם הקנה אותם אג"ק וכתב לו קנה לך וכו' קנה וכתב דכיון דכתוב בכל לשון של זכות ויפוי כח הכוונה שיכתוב בלשון המועיל ואע"ג דלא נכתב כן ט"ס הוא אבל הוא נתחייב בכך ודמיא להההיא דרב האיי וכו' עי"ש. הרי בהדיא כי מצינו לכל אלו הפוסקים הנז' דס"ל דכיון דכתיב בכל לשון של זכות ויפוי כח הרי כאילו כתוב בלשון

חיוב ומועיל אף לגבי דשלב"ל. הן אמת דמהרש"ל הנז' שכתב כן לאו תורה דיליה היא אלא מהרב החבי"ב שכתב כן בסי' ס' הגב"י אות ס' שכתב כן וז"ל ונראה לי דאפילו בלשון חיוב אם מת המתחייב קודם שיבואו הפירות לעולם לא זכה המקבל מתנה ואפשר דזה תלוי. בפלוגתא בשיעבוד דאקנה אם קודם שבא לעולם אם יכול לחזור בו ואפשר דאפילו למ"ד אין יכול לחזור בו אם מת מודה דלא זכה המקבל מתנה ע"כ. ולפ"ז גם על הרב החבי"ב יש לתמוה איך העלים עין מדברי הפוסקים הנז' וכל יומא שמעתתייהו בפומיה. גם מצינו להטור בסי' ס' שכתב משם הרא"ש שכתב בפ' אע"פי שאדם יכול לשעבד עצמו להתחייב בדבר שאין חייב בו עתה אע"פי שאין לו עתה נכסים כמו שנוהגים לשעבד בכתובה גדולה אע"פי שאין לו עתה נכסים ואין חייב בה וגם מרן ז"ל אזיל ומודה לדבריהם שהקשה על דברי הטור שנראה מדבריו שהרי"ף חולק על הרא"ש ואינו. כן שהרי"ף אזיל ומודה לדברי הרא"ש שאדם יכול להתחייב בדבר שאינו חייב אע"פי שאין לו נכסים עכשיו לפי שגופו ועצמו הוא מחייב וכו'. וכיוצא בזה כתב הרשב"א ז"ל ונראה לומר דהכא שאני לפי שהוא משעבד לה נכסיו והיכא דיש שעבוד נכסים כ"ע מודים דהיורשין חייבין לשלם מה שנתחייב מורישם. וכתב עוד מרן בס"סי קי"ב וז"ל כתב נ"י כל שכתב דאקנה שוב אינו יכול לחזור בו אפילו קודם שקנה והרשב"א חילק וכו' וכתב עוד נ"י בפ' איזהו נשך דדעת הרשב"א והרמב"ן בפ' י"נ חולק בדבר וכתבו תלמידי הרשב"א שנראין דבריו וכתב. הרב החבי"ב בסי' קי"ב שנסתפק בדברי מרן אם הא שכתב וכתבו תלמידי הרשב"א שנראין דבריו דקאי לדברי הרשב"א רבם או קאי לדברי הרמב"ן ע"כ. ולפק"ד נראה דודאי קאי לדברי הרמב"ן דאי קאי על דברי הרשב"א הו"ל להסמיך דברים אלו אחר שכתב דברי הרשב"א ועוד כי נראה דמרן הכי ס"ל גבי דאקנה שאפילו לא קנה אינו יכול לחזור בו וממילא דגם בנתחייב אם מת יורשין חייבין שהרי מצינו לו למרן ז"ל בסי' ס"ד שכתב המחייב עצמו לזון את חבירו סתם או לזונו על שלחנו ומת המתחייב יורשין חייבין לזונו כמו שהיה חייב מורישם דשלחנו לאו דוקא ע"כ. הרי להדיא דס"ל למרן דלגבי חיוב אפילו שמת המתחייב יורשיו חייבין לזונו:

וחזי הוית להרב בני יעקב בדף צ"א ע"א שנסתפק במי שחייב עצמו בדבר ומת המתחייב קודם שבא הדבר שנתחייב בו אם חייבין היורשין ורצה להביא ראיה מדברים הנז' שדיבר מרן בסי' ס' ולבסוף כתב שיש לדחות דהכא מיירי שנתחייב והוא יש לו נכסים וניזון מהם וכו'. ולע"ד נראה דאין זו דחיה דאם איתא הו"ל למרן לבאר בלשונו ודוקא שיש לו נכסים אבל אם אין לו נכסים אין חייבים היורשין בזה דכל כי האי לא הוה

שתיק מינה מרן. ועוד דמי לא עסקינן שהאיש הזה אשר נתחייב לזון את בת אשתו לזמן מוגבל ובעת החיוב לא היו נכסים כשיעור שנתחייב בו ועכ"ז אם מת היורשין חייבים וכה"ג אמרו שם בכתובות דף ק"ב גבי פוסק לזון את בת אשתו אמרו שם מי לא עסקינן דגרשה ואיהדרא ועוד בה כי מצינו למרן ז"ל בתשו' א"ה סי' י"א דף נ"ו ע"א ובדף נ"ט ע"ג שכתב וז"ל ועדין יש לבע"ד לחלוק ולומר ממה שכתב פרק יו"ד מה' זכיה ומתנה וצריכין שיהיו הדברים שהוא פוסק ברשותו שאין אדם מקנה דשלב"ל ובנ"ד שמא לא היו אותן דברים שפסק ברשותו. וי"ל שהדבר מבואר שאין דברי הרמב"ם אמורים אלא בפוסק דברים מסויימין כגון שדה פ' או בית פ' וכו' ולא היו בידו באותה שעה אע"פי שבאו לידו אח"ך לאו כלום הוא אבל מי שמתחייב סך מעות לחתנו כמו בנ"ד מתחייב הוא ומשעבד עצמו ליתן לו מעות או קנויים לנדוניא ואפילו לא היו לו מעות ולא נדוניא בעת החיוב חייב לתת לו כשיכנוס וכו' ואם מת קודם הזמן היורשין חייבים לפרוע בעדו מנכסיו עכ"ל. ומדברי מרן הללו נראה שאף שלא היו אותן הדברים שפסק ברשותו כיון שהם דברים שאינן מסויימין שלא אמר שדה פ' או בית פ' אלא פסק מעות לחתנו סתם והוא דבר שאינו מסויים באופן זה מתחייבין בהם אפילו היורשין ונראה דלכן לא נפשט ספיקו של הרב החבי"ב והרב בני יעקב מדברי מרן הללו לפי שכל ספיקן של הרבנים הנז' הוא דוקא בפירות דקל שהוא עדין לא בא לעולם והוא דבר מסויים שאמר לו דקל פ' אכן דברי מרן לא מיירי בהכי אלא במי שנדר לחתנו כ"וך מעות ולא סיים שום דבר ומעתה לפ"ז אזלא לה הקושיא שיש להקשות איך נעלם מהם דברי ד' פוסקים מהראשונים שכתבנו לעיל שנראה מדבריהם להדיא שאע"פי שהדבר שנתחייב בו מורישם בעת שנתחייב לא היה בעולם ועכ"ז חייבין היורשין בו ולכאורה שדברים אלו הם היפך הרב החבי"ב והרב בני יעקב הנז'. אכן עפ"ז א"ש כי הרבנים הנז' לא נסתפקו אלא דוקא גבי פירות דקל וכיוצא שהם דבר מסויים והוי כמו מה שאירש מאבא מכור לך או שדה פ' כשאקנה אותה אני מוכר אותה לך וכיוצא בזה ועל אופן זה נסתפקו בו הרבנים הנז' אבל אותן ד' פוסקים הנז' איירו במי שנתן במתנה דבר שאינו מסויים ועל אופן זה דוקא כתבו הפוסקים הנז' שעל כיוצא בזה אפילו לגבי יורשין מוציאין מידם אלא לפ"ז קשה דאם הפוסקים איירו במי שנתחייב בדבר שאינו מסויים א"כ בדבר הזה פשיטא דהיורשין חייבין. וי"ל דעיקר חידושם להשמיענו דבנדון דידהו אפי' שלא כתב החיוב בפירוש אלא שכתב לו בכל לשון של זכות ויפוי כח הוי כאילו נתחייב בפירוש והיורשין חייבים לשלם:

ולפי דברי מרן שבתשו' הנז' יש לתמוה על דברי מהרש"ל הנז' דקא פסיק ותני לנדון דידיה שנתחייב לתת עם שותפיו בעלילה כשתצא עליהם ואחר זה מת המתחייב ובא עליהם עלילה ופטר להיתומים בניו מההיא דהרב החבי"ב הנז' ולפי דברי מרן שבתשו' הנז' לא דמי לנדונו כלל דדברי הרב החבי"ב וספיקו הוא דוקא בפירות שהוא דבר מסויים והחיוב היה עד שיבואו ויצאו לעולם ובעת שבאו לעולם כבר מת החייב ונדון דידיה דמהרש"ל שחייב עצמו לתת עם השותפין בעלילה והעלילה באה אחר שמת זה דומה לנדון מרן שחייב עצמו לתת לחתנו מעות או נדוניא בעת שיכנוס ומת קודם חמיו קודם שיכנוס שאז חייבין היורשין ואפילו בעת שנתחייב לא היה מעות או נדוניא והוי דשלב"ל ואף בנדון מהרש"ל כן היה שחייב עצמו שיפרע עם השותפין בעלילה ואפילו שעדין לא באה העלילה והוא מת היורשין חייבין לשלם עם חבריו ועוד הרי הרב בני יעקב רצה לפשוט ספיקו מההיא דכתב מרן בסי' ס"ד גבי המחייב עצמו לזון את חבירו סתם או על שלחנו ומת היורשין חייבין לזונו כמו שהיה חייב מורישן ולבסוף כתב דיש לדחות דהכא שאני דיש לו נכסים וניזון מהם ע"כ. וא"כ נראה דכל מקום שיש לו נכסים בעת החיוב אין זה בכלל דשלב"ל וא"כ נדון מהרש"ל היה לו בעת שנתחייב ובאותו עת חייב עצמו לתת עמהם ובאופן זה אפילו הרב החבי"ב והרב בני יעקב יודו בזה והם לא דברו אלא גבי פירות דקל וכן ראיתי להרב דבר משה בשניות חח"מ סי' טו"ב שכתב כן בפשיטות כדעת הרב בני יעקב שהקשה עליו במ"ש וכשיש לו נכסים למתחייב בשעה שנתחייב לא מיבעיא לי והקשה עליו דאף דאין לו נכסים בשעה שנתחייב אם באו לו אח"ך נכסים קודם שמת הרי חל עליו החיוב שחייב גופו בשעת החיוב ול"ד למתחייב לתת לחבירו פירות דקל ובאו הפירות לאחר שמת דהתם בעודו חי לא באו עדין לעולם ונמצא דבשעה שחל חיובו כבר הוא מת ונפלו הפירות קמי יתמי ולהם אין חיוב משא"כ כשבאו קודם שמת דהרי חל עליו החיוב ע"כ. הרי מבואר מדבריו דכל ספיקו דהרב החבי"ב והרב בני יעקב דוקא. גבי פירות דקל שעדין לא באו לעולם:

אכן קשה לי על דברי הד"מ הנז' במ"ש וכשיש נכסים למתחייב בשעה שנתחייב שט"ס הוא וצ"ל בשעה שמת ע"כ. ולפ"ז קשה במ"ש הרב בנ"י אך יש להביא ראיה מהא דתנן בפ' הנושא את האשה ופסק עמה לזון לבתה חמש שנים דאם מת היורשין חייבין לזונה ובודאי דמה שחייבו לזונה הוא מממון שירשו ואם הגירסא בהרב בנ"י כמ"ש דאם יש לו נכסים למתחייב בשעה שמת לא קא מיבעיא ליה א"כ בודאי מהאי מתניתין לא יש ממנה שום ראיה כלל דודאי דהכא מיירי שיש לו נכסים בשעה שמת דאל"ה מהיכן יזונו

אותה וכיון שיש לו נכסים בשעה שמת הרי הוא כתב דבהא לא קא מיבעיא לי וא"כ אין ממנה שום ראיה ומה שהקשה עליו דהיל"ל שהיו לו נכסים בשעת החיוב אין זה קושיא דהא סתמא קאמר שהיו לו נכסים ואימא דמיירי בשעת החיוב הן אמת דהקושי במקומו עומד ודבריו סתראי נינהו דבתחילה נראה שלא נסתפק אלא בפירות דקל שעדין לא באו לעולם ולא באו אלא לאחר מיתה משמע דאם באו לעולם קודם שמת אפילו שבעת החיוב לא באו לעולם חייבין היורשין לתת לו אותן הפירות ואילו מסוף דבריו נראה דדוקא אם היו לו נכסים בעת החיוב חייבין היורשין הא אם לא היו לו נכסים בעת החיוב לא ויותר נראה לומר כמ"ש הרב דבר משה ז"ל שט"ס צ"ל אם היו לו נכסים בעת שמת:

והרב ד"מ שם בדף ע"א ע"ב כתב בנדון דידיה שמת הר"ח המתחייב אין יורשיו חייבין לשלם כמ"ש הרב החבי"ב בסי' ס' הגהב"י אות ס' הנז' וכן כתב הרב בני יעקב בדף צ"א ומטי לה משם תשובות מהרשד"ם ח"מ סי' של"ג עי"ש. וההיא דהרשד"ם שם נדונו היה על משודכת שפסק לה אביה לתת לה כ"וך מעות בעת הנישואין ומת קודם הנישואין ופסק שם דאע"פי שאביה פסק לה היינו כשיהיו הנכסים ברשותו אבל כשמת יצאו מרשותו ונכנסו לרשות היורשין מכח ירושה והם אינם חייבין עכ"ל. ואנן בדידן כבר כתבנו דנדון זה דמהרשד"ם כבר נשאל עליו מרן ז"ל בתשו' והעלה שגם היורשין חייבין ואנן נקטינן כדברי מרן:

ומעתה לפי האמור יש לתמוה על דברי מוהרש"ל הנז' איך נעלם ממנו דברי מרן שבתשו' הנז' שכתב להדיא שאין דברי הרמב"ם אמורים אלא בדבר מסויים כגון שדה פ' וכו' ולא היו בידו אותן דברים שפסק ברשותו באותה שעה אע"פי שבאו לידו אח"ך לאו כלום הוא אבל מי שמתחייב סך מעות לחתנו מתחייב הוא ומשעבד עצמו ליתן לו ואע"פי שבעת שנתחייב לא היו לו מעות חייב לתת לו כשיכנוס ואם מת קודם שכנס חתנו חייבין היורשין לתת לו מנכסיו ע"כ. א"כ גם בנדון מוהרש"ל הנז' חייב עצמו בעת שתבוא העלילה ודמיא שחייב עצמו לתת לחתנו כשיכנוס שגם היורשין חייבין ועוד יגדל התימה עליו איך נעלם ממנו דברי מרן שבש"ע סי' ס' ס"ד שכתבנו לעיל וההיא דהרב החבי"ב בסי' ס' אות ס' שהביא הוא ז"ל דלא דמיא כלל לנדון דידיה דלא כתב כן אלא דוקא בנדון דידיה גבי פירות דקל שעדין לא באו לעולם כלל ועליהם היה החיוב והם לא באו לעולם ואה"נ דגם בנדון מרן ז"ל גבי המחייב עצמו לזון חבירו חמש שנים מפירות דקל דוקא והאכילו ג' שנים מפירות הדקל ומת שאין חייבין היורשין לזונו שתי שנים הנשארים מפירות הדקל לפי שעדין לא באו לעולם ואין אדם מקנה דשלב"ל דאלת"ה א"כ דברי הרב החבי"ב הם היפך דברי מרן בש"ע שהרי גבי מחייב עצמו לזון

לחבירו ומת המתחייב ועדין תשלום השנים הבאות עדין לא באו לעולם ואין היורשין חייבין בהם אלא ודאי נראה כדכתיבנא וכן ראיתי להרב החבי"ב עצמו בא"ה סי' נ"א הג"הט אות א' שכתב וז"ל ואם הנכסים אלו היו לו בשעת החיוב כבר הם משועבדים בשעת החיוב ואם קנאם אח"ך הרי כשקנאם נשתעבדו למפרע משעת חיוב גופו וכן גבי פירות דקל אם באו לעולם קנה המקבל מתנה אבל אם מת קודם שבאו לעולם לא קנה מקבל מתנה עכ"ל. ונראה שהכוונה גבי פירות דקל שלא חייב נכסיו כי אם שחייב עצמו שיתן לו פירות הדקל שיוציא ואם יצאו בחייו קנאם למפרע אכן כשלא יצאו בחייו כי אם לאחר מותו ובעת מותו עדין לא יצאו ולא בא זמן חיובו ואז נפלו קמי יתמי ולהכי אין היורשין חייבין אכן אם חייב עצמו לזון לחבירו ובעת החיוב היה לו כדי לזונו ואפי' אין לו עכשיו אלא שאחר כך הרויח קודם מותו בזה לא נסתפק הרב החבי"ב ואז חייב לזונו אפילו שעדין השנים הבאות לא באו לעולם כיון שיש לו נכסים ודכוותה נמי בנדון מוהרש"ל הנז' שבעת החיוב היה לו נכסים כדי שיעור העלילה אלא שהעלילה עדין לא באה לעולם מ"מ בעת חיובו היו לו נכסים וחייב עצמו לתת עמהם בעלילה מאותן נכסים שיש לו:

ובזה יש לתרץ דברי הרב החבי"ב כי לכאורה דבריו סתראי נינהו דאילו הכא בסי' ס' כתב שם דאילו מת המתחייב קודם שבאו פירות הדקל לעולם שאין היורשין חייבין ואילו בסי' ר"ז הגהב"י אות ג"ן שכתב משם רבו מהרימ"ט בח"מ סי' מ' דכל חיוב שאדם מתחייב אע"ג דאמר אני מתחייב לך אם מת חייב לתת לבניו וכן אם מת המתחייב חייבין יורשיו לפרוע דכל המתחייב סתם לעולם משמע ע"כ. וא"כ קשה דזה סותר למ"ש בסי' ס' דאין היורשין חייבין וגם מהרימ"ט עצמו עיקר ראייתו מההיא דהנושא את האשה ופסק עמה לזון את בתה חמש שנים שהיורשין חייבין לזונה וא"כ נראה דדברי הרב החבי"ב סתראי נינהו אלא ודאי נראה דדוקא גבי פירות. דקל שנפל החיוב עליהן ולא על שאר נכסיו אבל ההיא דמהרימ"ט שם חייב עצמו ונכסיו נגררים בתר גופו והנכסים ישנם בעולם אלא שעדין אנו צריכין לדעת אם יש מי. שחולק על דברי מהרימ"ט וראיתי כמה מהפוסקים שנחלקו עליו. אכן ראיתי למהריט"א בס' שמחת יום טוב סי' טו"ב וגם למהר"י נבון בס' דין אמת בדף נ"ו ושם הובאה תשו' מהריט"א הנז' וראיתי לו שם בדף נ"ט שמצא להריטב"א בחי' לכתובות וז"ל והאומר אין לי דין ודברים וכו' כי בכל דברים של זכיה ושעבוד כיון שזכה חבירו כראוי הרי יורשיו עומדין במקומו וכן אני אומ' באחד משני לווין או שני ערבים דמי שנשתעבד שיפרע המלוה ממנו תחילה דה"ה יורשיו שגובין ממנו וכו' אבל דבר שאין בו שעבוד אלא תנאים בעלמא או פישור

בהא אמרינן לי ולא ליורשי וכו' וסיים שם מהריט"א דאף את"ל שיש מי שיחלוק על מהרימ"ט מן האחרונים אין יכול לומר קי"ל כיון דהריטב"א ורבו הרא"ה ס"ל דבחיוב אמרינן לו ואפילו ליורשי ואע"ג דגם בפוסקים אמרינן הילכתא כבתראי היינו כשראה האחרון דברי הראשון ופליג עליה אבל אם לא ראה אותו ולא הביא את דבריו אמרינן הילכתא כקמאי דשמא האחרון אילו ראה דברי הראשון היה חוזר בו וסיים וז"ל אמור מעתה דבנ"ד חייבין הכולל לתת ליורשין ריוח שיבוא כמו שנתחייבו לאביהם מידי שנה בשנה וכמו שהעלה לענין דינא הרב הפוסק כפי סברת מהרימ"ט בסי' מ' עי"ש. ואף שבנדונו היה שמת המקבל ועדין המתחייב חי כבר כתבתי לעיל שאין הפרש בזה וכמו שביאר דבריו מהרי"ט להדיא א"כ נראה להדיא שאף שעדין הריוח לא בא לעולם חייב לתת ליורשיו א"כ גם בנדון מוהרש"ל אף שהעלילה עדין לא באה לעולם חייבין בה יורשיו אף שהוא דשלב"ל וכבר היה לי ספק בענין מי שנתחייב לתת לחבירו מחזקת הכתובות ואח"ז מת חבירו ובא בנו לחלוק עמו והיה משיב לו שלאביך נתחייבתי ולך לא נתחייבתי והעלתי בתשו' שחייב לתת גם לבנו והבאתי דברי מהרימ"ט הנז' ודברי מהריט"א הנז' והסכים מי מו"הר הראב"ע ז"ל והיא ל"ו נד'פסה בספרו הבהיר מר ואהלות ח"מ סי' ל"ה:

והנה כבר כתבתי לעיל משם מהר"ם ן' חביב ז"ל הובאו דבריו בגו"ר ח"מ דף קל"א ע"ב שכתב דדברי מהרשד"ם דסי' כ"ח קיימו וקבלו דבריו סרכין תלתא ה"ה הרב לחם רב סי' קצ"ג ומהרש"ח סי' ל"ד והרב משפט צדק סי' יו"ד והסכימו עמו שלשה גדולים והם מהר"ש הלוי ומהר"א ששון ומהרח"ש. איברא דאלהים ראיתי עולין תרי מרבני שאלוניקי והפ"מ ח"ב סי' י"ד וקראו ערער על מהרש"ח במה שרצה לקיים מתנה דהלואה בשטר משום שהיה כתוב בשטר בכל לשון של זכות ויפוי כח והיו יכולין לתקן הענין בלשון חיוב מתשו' הרשד"ם דסי' רע"א וש"ט דמוכח משם דכל לשון של זכות לא מתקן השטר וכו' ודחו דברי מהרש"ח מהילכתא דס"ל דגם במתנת דשלב"ל כגון חובות מועיל הני לישני ופלא הוא בעיני איך דחו דברי הרש"ח והרי ראינו כמה גדולים סוברים כוותיה עכ"ל. ויש לדקדק על דבריו במ"ש בסתם שכמה גדולים סוברים כוותיה והם הפוסקים שהביא וקשה שהרי המ"ץ גבי קניית שטרות לא הודה לדברי מהרש"ח דבעינן כת"ום. ואפשר לומר דאפי' דבתחילה כתב כן מ"מ אחר שכתב לו מהרח"ש דלשון של זכות מועיל לענין קניית השטרות הודה לו והראיה שהמ"ץ אחר שחזר לחזק דבריו לא כתב כלום בענין זה כנראה שהודה לו בזה או אפשר דס"ל כהרמב"ן דס"ל דלשון של זכות לבד לא יספיק אלא בעינן שיכתוב ג"כ כתחז"ל ושם לא היה כתוב כתחז"ל. ועוד כי

ראיתי להרב כרם שלמה סי' ס"ז שכתב דאף רב"ע כתב שמוהרש"ח יחיד בסברתו כבר מצא לו חבר הוא המ"ץ בסי' יו"ד וטו"ב דעשה מעשה כהרשד"ם דסי' כ"ח ואם הוא בר פלוגתיה בעניין קניית השטרות איך כתב שהוא חבר לו אלא ודאי נראה כדאמרן דגם בקניית שטרות אזיל ומודה לו:

ומעתה לפ"ז יש לתמוה על דברי הרב דבר משה ז"ל שכתב דמהרש"ח לא הודו לו חביריו והוא יחיד בסברתו והרי חמשה פוסקים מהראשונים כתבו כסברת מהרש"ח וכמ"ש מהר"ם ן' חביב כנז'. ועוד קשה לי על דבריו כי מהרע"י כתב דלא מהני לשון של זכות ויפוי כח לענין והרי מצינו להרב החבי"ב בסי' ס"ו אות ט' וגם משם מהרח"ש כי לשון זה של זכות ויפוי כח אפילו לא כתב קנה לך שטר זה וכו' מהני ובכגון זה דסתיר דידיה אדידיה אין מביאין ממנו שום ראיה ולא נשאר לנו שהם נגד דברי מהרש"ח כ"א רבני שאלוניקי והפ"מ ומדבריהם נראה שלא ראו דברי הרבנים הנז' כי אם דוקא דברי מהרש"ח וכתבו שהוא יחיד בסברתו:

והרב משכנות הרועים באות ל' הביא דברי הרב החבי"ב הנז' גם הביא לנו מ"ש באות ז"ך משם מהרי"ל שאם כתוב בשטר בכל לשון של זכות וכחומר כל שטרי קנה גם הביא מ"ש בהגב"י אות כ"ג שאם כתוב בשטר בכל לשון של זכות ויפוי כח אע"פי שלא פירש אג"ק מהנייא מדין קרקע לכ"ע וכו' וסיים עין רואה לכל הני רבוותא ראשונים ואחרונים דון דייני דאע"ג דספרא לא ידע לאחזוקי שטרא כראוי מהני הני לישני דכחומר וחומר שטרי דנהיגי בישראל לקיומיה לשטרא והיא סברת רב האיי גאון ז"ל ותלתא דמרחמי קבעוה להלכה ה"ה הרב העיטור די"ב והריטב"א ורבי' ירוחם ועד אחרון מרן בב"י שקבעה שם להלכה ומדברי רבי ברוך והרא"ש למדנו עוד דהאי לישנא מהני למשוי את שאינו זוכה כזוכה ומהדרינן בתר תקנתא דמאריה דשטרא ולקיומיה ההקנאה דשטרא והוקשה לו שם עוד מההיא דהרשד"ם דסי' רע"א וש"ט ותירץ דההיא דסי' כ"ח קבל עליה הנותן להיות בכל לשון של זכות אבל ההיא דסי' ש"ט העדים העידו שנעשה כתחז"ל עכ"ל המש"ה. מדבריו אלה נראה דכל מ"ש הרב החבי"ב משם הפוסקים הנז' כולם הם נמשכים ונגררים אחר דברי הגאון ודעימיה ומרן ז"ל פסק כוותייהו ואנן בדידן קבלנו הוראותיו ואף שמהרשד"ם בסי' רע"א לא חש לדברי ר"ב אנן בדידן קימא לן בדברי מרן שרמז לדברי ר"ב ולא פליג עליה כנראה שהודה לדבריו:

ועתה נחזור לעיקר הדין שכתב מרן בסי' ס"ו בענין קניין שטרות שצ"ל קנה לך שטר זה וכל שעבודא דאית ביה ושיקנה באותה כתיבה וכו' וראיתי להרב בני יעקב ז"ל בדף נ"ח ע"ג שהקשה דברי מרן אהדדי דאילו הכא בסי' ס"ו נראה מדברי מרן דס"ל דשטרי דידן

שטרי ראיה הן ולכן צריך שיכתוב ושיקנה באותה כתיבה ואילו בסי' ק"ץ וקצ"א פסק מרן דשטרי דידן שטרי קנין הם והניחה בצ"ע ותמה על האשכנזים הם הב"ח וסמ"ע וש"ך איך לא הרגישו מזה. וראיתי למהראנ"ח ח"א סי' צ"ב שנשאל בנדון ביוצא בזה בשטר שהיה כתוב בו קנה לך שטר זה וכו' ולא סיים ושיקנה באותה כתיבה ופשיט לה מדברי הר"ן שבפ"ק דקידושין שכתב דשטרי דידן שטרי קנין הם ולכך כל שכתב קנה לך וכו' יספיק ע"כ. גם מצאתי להרב נתיבות משפט בדף ס"ד ע"ד שכתב לדעת רבינו האיי דמשמע מדבריו דכל שנכתב השטר שפיר דמי כל שכותבין העדים איך מכר לו שטר זה וכו' ושיכתוב כן בשטר המתנה דכיון שהיה קנין בדבר כאילו אמר להם כתובו ולא ר' האיי קאי בסברא זו אלא גם הרמב"ן והרשב"א והר"ן ס"ל הכי ויותר מהמה דס"ל דשטרי דידן שטרי קנין הם כמ"ש מרן בסי' ק"ץ וקצ"א. ויש לתמוה על דברי מהראנ"ח איך הניח דברי הטור ומרן שבסי' ס"ו ופסק כההיא דסי' ק"ץ וקצ"א וגם על הרב נתיבות משפט יש לתמוה כן לכן נראה לומר דס"ל להני אשלי רברבי כסברת הרב זרע אברהם ח"מ סי' יו"ד דפוסק כשמביא סברא בסתם וסברא בשם י"א ובמקום אחר כתב להיפך דאמרינן דהדר ביה מקמייתא ומדבריו אלה נר' דגם בסתם וסתם שהם סתרן אהדדי דאזלינן בתר בתרא ואמרינן דהדר ביה מקמייתא א"כ בנדון דידן נמי הכי דבסי' ס"ו כתב שהשטרות שטרי ראיה הן ומשו"ה צריך שיכתוב ושיקנה באותה כתיבה ובסי' ק"ץ וקצ"א כתב להיפך דשטרי דידן שטרי קנין הן אז אנו אומרים שמרן חזר בו ממה שכתב בסי' ס"ו והעיקר כמו שכתב בסי' ק"ץ וקצ"א. ועיקר תמיהת הרב בני יעקב היא לומר דמה עלתה על דעתו של מרן בסי' ס"ו לפסוק דשטרי דידן שטרי ראיה הן כיון שהדבר הוא בהיפך וסברא מוסכמת היא ומשו"ה הניחה בצ"ע ולאו משום דספוקי מספקא ליה בדעת מרן וראיתי למהריק"ש ז"ל בס' ערך לחם סי' ס"ו על מה שכתב מרן ושיקנה באותה כתיבה כתב הוא ז"ל ושטרי דידן עיין בסי' קצ"א ס"ג עי"ש. ונראה שהרגיש בקושי הרב בני יעקב ותירצה בלשון קצר כדרכו בכל מקום והוא דפה בסי' ס"ו כתבה מרן ז"ל לעיקר הדין דעיקר הקנין בכסף דכתיב ונתן הכסף וקם לו והשטר שכותבין לראיה בעלמא כותבין ולכן הצריך לומר ושיקנה באותה כתיבה למי שגילה דעתו בפירוש דעיקר מה שכתב בשטר הוא לראיה בעלמא אכן סתם שטרי דידן הם שטרי קנין ואין עיקר הקנין בכסף אלא בשטר א"כ לפ"ז גבי קנין שטרות אין צריך לכתוב ושיקנה באותה כתיבה כי בלא"ה שטרי דידן שטרי קנין הם וכמו שביאר דבריו מרן להדיא בסי' קצ"א ואם כן לפי כל האמור לעיל נעקרה תקנה זו ומה שתקנו הפוסקים שיכתבו בשטר ושיקנה באותה כתיבה כי לפ"ז אינה צריכה כלל וכ"כ הש"ך סי' ס"ו סק"ז:

וד נראה לומר דאפילו את"ל. דמילת ושיקנה באותה כתיבה היא לעיכובא והוא דבע"ה בשער נ"א ח"ג ה"ד כתב בשם מהר"י ן' מיגאש ז"ל וז"ל קנו מניה בקנין ואח"ך כתבו את השטר מאי והשיב דלא מהני אלא בעי למימר לסהדי כתבו את שטר זביני ולכתוב ביה קנה לך שטרא דנא וכו' והדר איבעי לאקנויי מניה דמזכה ליה שטרא דמסר ליה וכ"ש שלא נכתב הכי עכ"ל. דבריו ברור מללו שהכוונה אם קנו מידו תחילה ואז נודע שעיקר קניינם ע"י הקנין שקנו ואחר זה כתבו את השטר אפילו שכתבו מיד השטר לא מהני לפי דכיון דקנו מידו תחילה נראה שכוונו דעיקר קנייתו השטר ע"י הקנין ועל זה השיב דבכגון זה לא מהני אלא עיקר הדבר שתחילה יאמר המקנה לעדים כתבו לו שטרא דזביני וימסור. אותו ויאמר לו קנה לך וכו' ואז יכתבו העדים ואח"ז יקנו מידו ק"ס דכיון דלא קנו מידו עד לבסוף גילו דעתם דהעיקר הקנין מסירה וכתיבה ואח"ז ליותר יפוי כח יקנו מידו ומה שסיים וכ"ש שלא נכתב הכי ר"ל שלא נכתב קנין כלל שנודע הדבר להדיא שעיקר קנייתם ע"י הכתיבה ואין להסתפק כלל כיון שאין קנין כלל וכן נראה מדברי הפרישה שכתב דאפילו שכתבו שטר ראייתם מיד אחר שקנו מידו ומסר לו את השטר לא מהני ע"כ דנראה מדבריו דעיקר הקפידה לפי שקנו מידו ואח"ך כתבו הא אם כתבו תחילה ואח"ך קנו מידו מהני. וכן ראיתי להרב בית אברהם סי' ס"ו שכתב לתרץ על מה שהקשה הרב נתיבות משפט בדף ס"ד על בע"ה שהשוה דברי מהר"י ן' מיגאש לדברי רב האיי וכתב דמהר"י א"מ אפילו נכתב תכף ומיד לא מהני ואילו לרב האיי כל שנכתב אח"ך שפיר דמי והרב בית אברהם תירץ דכוונתו לומר דאע"ג דסתם קנין לכתיבה עומד הכא שאני דכל שמתחילה קדם הקנין אין כותבין העדים שטר זביני ולכתוב ביה קנה לך וכו' דלא הוי מידי מאי דכתבי העדים שטר אחר הקנין דכיון דקדם הקנין נמצא שהקנה ע"י קנין ולא בשטר והשטר לראיה בעלמא כתביה אבל אה"נ דאם אמר לעדים כתבו לו שטר זביני וכתבו לו שאני מקנה שט"ח זה וכו' ועשו כן העדים ואח"ך קנו מידו דמזכה ליה שטרא דמסר ליה מהני כיון שקנו תחילה ע"י הכתיבה עי"ש. הרי דסבר לה מר דכל שקנו מידו תחילה בק"ס לא מהני אלא בעינן שתחילה יעשה כתיבה ומסירה ואח"ז יקנו מידו בק"ס והנה לדעת הרב הפרישה ולדעת הרב בית אברהם הנז' שטר שיצא לפנינו וכתוב בו כת"ומ וגם ק"ס במה יוודע שהכתיבה קדמה ולא הקנין אכן נראה דאם כתוב בשטר בא הר"פ ואמר הוו עלי עדים וקנו ממני קגו"ש אז גילה דעתו המקנה דבקנין ניחא ליה לקנות מאחר דהזכיר הקנין תחילה וזה לא מהני מידי אם לא כתב ושיקנה באותה כתיבה אכן אם כתב תחילה שאמר להם כתבו לו שטר זביני ויקנה שטר זה וכל שעבודא דאית ביה אז ודאי מהני ואפילו שכתבו לו בסוף השטר וקנינא וכו' לא הפסיד

מאחר דגילה דעתו בתחילה דעיקר קניינו ע"י הכתיבה ובהא ניחא ליה דליקני ואפילו שלא כתב ושיקנה באותה כתיבה והיא דעת הסמ"ע שכתב על דברי הש"ע וה"ה אם כתב על השטר אני פב"פ מקנה לפב"פ שטר זה וכל שעבודא דאית ביה ע"כ. והכוונה דכיון דק"ס לא היה שם עד שנאמר שעליו כיון המקנה ומוכרח שכל כוונתו על הכתיבה שהוא כותב קניינו לפי שק"ס לא היה שם ובודאי דה"ה נמי אם אמר לעדים הוו עלי עדים שאני מקנה לפב"פ וכתבו לו שטר שאני מקנה לו שטר זה וכו' גם זה יועיל כל שלא הזכיר ק"ס ואין צריך לכתוב ושיקנה באותה כתיבה וכן מצאתי למהר"ש יפה ז"ל בנוסח השטרות גם מצאתי להרב נחלת שבעה ז"ל בנוסח השטרות סי' נ"ז שכתב נוסח שטר כתיבה ומסירה ולא הזכ ואיך ידלג דבר שכתוב בש"ע להדיא אלא ודאי נראה כדכתיבנא וראיה לזה שלא כתב בתחילה הוו עלי עדים וקנו ממני קגו"ש כדרכו בכמה מקומות לפי שאם אמר לשון זה היה משמע דעיקר קנייתו ע"י ק"ס ולא ע"י הכתיבה וכתיבת השטר לראיה בעלמא הוא דכתביה ולכן דילג בתחילה וקנו ממני שאז יראה דעיקר קניינו ע"י הכתיבה והוא מה שאמר וכתבו ותנו ליד פ' הקונה וגם הרב נחש"ב הנז' כתב דלמד נוסח זה מדברי הסמ"ע הנז' ובין אם אמר אני מקנה ובין אמר קנה לך וכו' לפני העדים הכל אחד ואף שהרב נחש"ב כתב לבסוף וקנינא וכו' כבר כתבנו לעיל כי קנין שלבסוף לא מעלה ולא מוריד ובלבד שלא יאמר בתחילה קנו ממני ואם אמר קנו ממני צריך שיסיים עמה ושיקנה באותה כתיבה ובין ההיא דהסמ"ע ובין ההיא דנחש"ב שניהם שוים לטובה דכל שלא הזכיר קנין בתחילה אין צריך לכתוב ושיקנה באותה כתיבה. ומרן אשר הצריך לכתוב ושיקנה באותה כתיבה ולא כתב שלא יכתוב קנין סודר כלל לפי שבכל הקניינין כגון קניית מטלטלים ושאר עניינים קודם כל דבר מתחייבין בקנין ומרגלא בפומייהו דאינשי לעשות ככה וגם לפעמים מקנה לו השטר וגם מטלטלין עמו והם נקנין בק"ס לכן הניח אותם בהרגלם לקנות בסודר אלא שכך יעשה שיכתוב ושיקנה באותה כתיבה ואז אין קפידא אם יכתבו הקנין קודם או אח"ך. ומ"ש מרן ואפי' מסרו לידו וקנו מידו שמוכר לו השטר וכתבו לו העדים הקנין זה הכתב אינו אלא לראיה בעלמא הכוונה דעבד תרתי לריעותא אחת שקנו מידו תחילה ולא זכרו הכתיבה כלל ועוד שמעידין שמוכר לו השטר שלשון זה לשון העדים ולא לשון המקנה ועל זה סיים שאינו כלום אלא צריך לומר המקנה לעדים וגם שיקנה באותה כתיבה אבל אה"נ דאם לא אמר קנו ממני אלא אמר סתם קנה לך וכו' ודאי שכוונתו ע"י הכתיבה דאי לא במה יקנה וכ"ש אם צוה להם כתבו וחתמו ותנו ביד פ' שודאי שיכתבו שטר זביני דאלת"ה זיל

ופרנס לי דברי הסמ"ע והרב נחש"ב והרב בית אברהם פי' דבריו שהעיקר לפי שנעשה הקנין תחילה אבל אם נעשה הקנין אח"ך אין צריך לכתוב ושיקנה באותה כתיבה:

והנה לפי האמור הק"ס גבי מכירת שטרות מגרעות נתן כי בלא הקנין יותר יפה וזה דומה למתנת שכיב מרע שכתוב בה קנין דפליגי בה רב ושמואל בכתובות דף נ"ה דרב אמר ארכבא אתרי רכשי ושמואל אמר לא ידענא מאי אידון בה וקי"ל כשמואל. דהמתנה בטילה וכתבו שם התו' דאמרו בב"ב דמודה שמואל במיפה כחו שאמר וקנינא מניה מוסף על מתנתא וכתבו עוד שם בא"ד שתקנו הגאונים במתנת ש"מ לומר הוו עלי עדים וקנו ממני בכל לשון של זכות והקשו התו' הא בעינן שיהא מיפה כחו ותירצו כי לשון של זכות חשיב כיפוי כח וא"כ גם אנן בנ"ד שכתוב בשטר וקנו ממני בכל לשון של זכות גילה דעתו פה שהקנין אין לו מקום אלא ליותר יפוי כח כתביה לפי שהשטר נקנה בכתיבה לבד א"כ הרי גילה דעתו להדיא שהעיקר היא הכתיבה וא"כ למה לו לכפול ושיקנה באותה כתיבה הרי הדבר מבואר שהעיקר היא הכתיבה דאי לאו הכתיבה מילי במילי לא מזדבני ואם דעתו על הקנין הרי הקנין כיון שאמר בכל לשון של זכות נראה דלתוספת כתביה אלא ודאי דלא כיון אלא על הכתיבה במה שצוה להם כתבו שטר זביני ותנו ביד פ' וא"כ למה לו לחזור עוד לכתוב ושיקנה באותה כתיבה. ומרן ז"ל שהצריך לכתוב ושיקנה באותה כתיבה לפי שאמר קנו ממני סתם ולא צוה להם על הכתיבה אלא סמך עצמו על הקנין וזה אינו מועיל כי השטר לראיה בעלמא כתביה ולא משום קנין ולכן כדי שלא יהיה נראה כשטר ראיה צריך לכתוב ושיקנה באותה כתיבה וכ"ת דעדין ק' למרן ז"ל דא"כ למה לו להצריך קנין ויצטרך עוד לומר ושיקנה באותה כתיבה לא היה לו לכתוב לא קנין ולא שיקנה באותה כתיבה. אשיבך הרי מצינו גבי ש"מ שתקנו הגאונים לכתוב קנו ממני בכל לשון של זכות שהוא יותר יפוי כח ולמה להו לתקן קנין כלל כיון שהקנין גבי ש"מ מגרעות נתן אלא משום דסברי דהוא יותר יפוי כח. ולכן גם גבי מכירת שטרות ליותר יפוי כח יכתוב קנין ויכתוב ושיקנה באותה כתיבה כדי להודיע הדבר בפירוש שעיקר הקנייה ע"י הכתיבה:

עוד נראה לומר דג' תיבות אלו אשר זכר מרן אין אלו תיבות שקבלנו מסיני ועדיפא מינה מצינו כי אפילו מה שתקנו חז"ל קנה לך שטר זה וכו' אפ"ה כתב המבי"ט ח"א סי' קס"ט דלא מחמרינן כולי האי בלישנא דקנה לך וכו' ואפילו לא כתבו האי לישנא אלא לשון אחר דמשמע הכי ש"ד ונסתייע מדברי הרמב"ם שכתב בפ"ט מה' נחלות שנאמן אדם לומר על שטר שבידו והוא של חבירו שנתנו לו בכתיבה ומסירה עי"ש. עוד מצינו להרמב"ם גבי שטר הרשאה שהצריכו חז"ל לומר זיל דון וזכה וכו' דאפילו כתב לשון

אחר דמשמע הכי ש"ד וא"כ בנ"ד נמי הרי המקנה אמר וכתבו בכל לשון זכות ותנו ביד הר"פ הקונה להיות בידו לראיה וזכות וידוע דפי' זכות קנין וכמ"ש בע"הת דמזכי ליה שטרא וא"כ הרי להדיא דצוה על הכתיבה לפי שהיא עיקר ואמר להיות בידו לראיה וא"כ הרי גילה דעתו דהקנייה ע"י הכתיבה דאם היא ע"י דקנין סודר א"כ למה לו לצוות שיכתבו השטר והרי כיון שקנו בק"ס סתם קנין לכתיבה עומד ובודאי שהם כותבין ועוד למה אמר להיות בידו לראיה וזכות והול"ל להיות בידו לראיה דוקא כיון שלדעת המקנה עיקר קניינו ע"י קנין סודר אלא ודאי נראה כוונתו להדיא דעיקר קניינו של המקנה ע"י הכתיבה ומשו"ה צוה לעדים שיכתבו ויתנו ביד המקנה שבזה יהיה קניינו וא"כ מה שכתב מרן והצריך לומר ושיקנה באותה כתיבה לאו דוקא לשון זה יאמר אלא כל לשון שמשמעו שיהיה קניינו ע"י הכתיבה ש"ד ככתוב לעיל:

עוד יש להביא ראיה לנדון דידן והוא ממ"ש מהראנ"ח ח"א סי' צ"ב שנשאל שם בשטר שהיה כתוב בו קנה לך שטר זה וכו' אלא שלא היה כתוב בכתיבה ומסירה כתחז"ל והוא כעין ספק דידן והביא דבריו הש"ך בסי' ס"ו סק"ז בלתי שום חולק והשיב מהראנ"ח דאפשר דמהני לפי שכתוב בשטר קנה לך שטר זה וכו' דיש בכלל זה עדות על הכתיבה עי"ש. ולכאורה קשה שהרי מרן ביאר להדיא בתחילה שא שאפילו קנו מידו שמוכר לו כל השעבוד לא מהני ואיך יאמר כאן בכלל עדות על הכתיבה. אכן כבר כתבנו למעלה שבלשון זה יש תרתי לריעותא אחד מצד הקנין שנית שהוא לשון העדים שאומרים שמוכר לו כל השעבוד ומרן סיים להדיא אלא צריך שיאמר לעדים שיכתוב שטר המכר ושיקנה באותה כתיבה ומה שסיים וצריך שיכתוב הכוונה צריך שיכתוב בלשון המקנה כמו שפי' הסמ"ע וסבר מהראנ"ח דלכתחילה צריך שיכתוב ושיקנה באותה כתיבה אכן בדיעבד אם אמרו העדים בלשון המקנה ולא בלשון העדים יספיק שיש בכלל זה עדות על הכתיבה ובדיעבד יספיק בזה דאלת"ה איך יחלוק מהראנ"ח על דברי הר"ן ומהר"י ן' מיגאש אלא ודאי נראה דלשון זה לאו דוקא אלא אפילו אמר בלשון המקנה קנה לך וכו' יש בכלל זה עדות על הכתיבה:

ואף את"ל דיש להסתפק בלשון זה אם בכללותו עדות על הכתיבה וגם יש להסתפק במ"ש לעדים כתבו בכל לשון של זכות אם כיון שהקנייה תהיה ע"י הכתיבה ונימא דבספק יד בעל השטר על התחתונה אכן אין זה אמת כי מצינו להרב המגיד בפכ"ג מהלכות מלוה שכתב וז"ל מכאן יש ללמוד שאע"פי שאמרו יד בעל השטר על התחתונה לא אמרו אלא בדבר שיש לו שני פנים ואינו סותר עיקר השטר לומר שלא נכתב בכשרות אבל בדבר שיש לפסול ולהורע את השטר מעיקרו אדרבה מעמידין השטר על חזקתו

שהוא כשר והבא לפוסלו עליו הראיה ויש לדין זה ראיות אחרות וכ"כ ר"ח והר"ש והרמב"ן והרשב"א עכ"ל. הרי להדיא שלא נוכל לפסול את השטר מספק וכ"ש בנ"ד שכתוב בשטר להדיא שכל ספק שיפול בשטר יהיה נידון לזכות מקבלי מתנה ויד בעל השטר על העליונה ועוד כי מצאנו להריב"ש סי' תי"ג שלעולם יש לנו לתלות בכל מה שאפשר להכשיר השטר אפילו בדרך רחוק יש להחזיקו בכשרות ולא לפוסלו דאע"ג דאמרינן יד בעל השטר על התחתונה היינו בלשון השטר שאם יש לדון אותו בשני פנים שדנין אותו בפחות שבלשונות אבל להכשיר השטר ולהעמידו בחזקת כשרות יד בעל השטר על העליונה וכתב עוד שכל הפוסקים הסכימו בזה וכתב עוד בסי' ת"פ אבל לבטל השטר מעיקרו כמו בנדון זה שאם היה כמו שאומרים שהיתה בטילה המתנה אין אומרים בזה יד בע"הש על התחתונה וכתב עוד למה תאמר שכוונת השטר כן וכו' שבזה יהיה השטר קיים אדרבה אימא שהמתנה ממעות ידועים שאינם ברשותו ויבוטל השטר. ותירץ כי אמרינן יד בע"הש על התחתונה היינו לדון השטר פחות שבלשונות אך עדין ישאר בחזקתו וכו' ולעולם יש לנו לתלות בכל מה שאפשר כדי להחזיק השטר עי"ש. והביא כל זה הרא"ה בגו"ר ח"מ כלל ה' סי' ה' עי"ש. ומי שירצה לפסול את השטר בנ"ד כי לדעתו מצוה עושה להחזיק נחלה דאורייתא דברי הש"ס בב"ב דף קל"ג יכחישם דאיתא שם מעשה באדם אחד שכתב נכסיו ליונתן בן עוזיאל מה עשה יב"ע מכר שליש והקדיש שליש והחזיר לבניו שליש בא עליו שמאי הזקן במקלו ותרמילו ופי' רשב"ם דמה שבא עליו לפי שהחזיר שליש לבניו כי היאך יבטל דברי המת אשר צוה והקפיד שלא יהנו בניו מנכסיו וכיצד אתה מחזיר להם הנכסים והשיב לו יב"ע דכיון שאין אתה יכול להחזיר מה שמכרתי והקדשתי לפי שהם שלי גם מה שהחזרתי שליש ליורשין דמשלי נתתי להם ולא שהחזרתי להם נכסי אביהם ע"כ. מדברי הש"ס אלו נראה דאדרבה יותר ראוי לנו לקיים דברי המצווה שיעשו רצונו והראיה שלא החזיר להם תשובה יב"ע כי אז ע"י שהחזרתי להם שליש קיימתי נחלה דאורייתא כמו שסברו קצת מהלומדים ובפרט שראו כי האשה הנותנת כל חפצה וישעה שלא תהנה בתה כי אם הבגדים שלה דוקא וכל מה שעשתה מחפצה ורצונה לסיבות ידועות לקרובים שלה ומתמרמרת וצועקת בשטר שלא יפסלו אותו וקבלה עליה סברת הפוסק המקיים מתנה אפילו שהוא נגד מרן הקדוש ז"ל. וכבר מצאתי להרב תורת חסד סי' שכתב משם ריו"ו נתיב כ"ג חלק יו"ד ופסקה מרן בסי' ס"א וז"ל כלל גדול מסור בידינו שכל תנאי שאדם מתנה עם חבירו אין לילך אחר לשון השטר אלא אחר הכוונה ומינה דן ודקדק הרב ת"ח הנז' בנדון דידיה שהוא כעין נדון שלנו שאחר שהמקנה גילה דעתו בפירוש

שכל רצונו שכל זכות שיש לו שלא יקנה ויזכה בו אלא המקבל מתנה דוקא וצוותה לעדים שיעשו שטר כהוגן וכתחז"ל צריך להוציא מחשבתה ורצונה אל הפועל ע"ש בד"ק שגם הוא נסתייע מדברי רב האיי גאון ז"ל המובא בב"י עי"ש. עוד מצינו למהרש"ח בסי' י"ג שכתוב בנדון דידיה שהיה כתוב כראוי ופי' כראוי ר"ל כפי הדין אז לשון זה לכל הדברים כשר כפי הדין וכמ"ש הרא"ש בתשובה הביאה הטור סי' רמ"ב גבי תנאי וכן נראה מדברי הרמב"ן בתשו' סי' נ"א גבי שטר שכתוב כדין וכשורה אמרינן ודאי נעשה כדין עי"ש. א"כ גם בנ"ד שכתוב בשטר מתנה עשויה כראוי וכדת וכהלכה אמרינן ודאי שנעשה כדין וכהלכה ואמרינן דודאי ידעו בבירור דעיקר קנין השטר ע"י הכתיבה שכתבו העדים אפילו שלא פי' דבר זה בשטר. וגם מדברי מהרש"ח הנז' נראה דההיא דהרא"ש דסי' רמ"ב גבי תנאי היא אפילו להוציא מן היורשין שכך היה נדונו שם ודלא כמי שרצה לומר להיפך דהרא"ש לא אמרה אלא להחזיק ביד היורשין. ואף למ"ש הרב דבר משה בסי' הנז' דאשה אינה יודעת בכל זה אכן אשה דבנדון דידן שניא משאר נשי דעלמא שהיתה בקיאה ללמוד כשאר אנשים שאינם ת"ח והיתה יודעת ללמוד בש"ע א"ח ובאגדות ובספרי המוסר כידוע דבר זה לכל הקרב אליה וצוותה לעדים שיכתבו העדים שטר כת"ום כראוי וכהוגן וכתחז"ל בכל חיזוקי סופר וקראה השטר מלה במלה בדעת נכונה וא"כ היאך נעשה היפך דעתה ורצונה:

כלל העולה בנ"ד כי שטר זה כשר וקיים ויש להכשירו בפן אחד כ"ש בכמה פנים הנראים אשר זכרנו לעיל כי מתוכם נתברר דכשר כדת וכהלכה. ויש מי שרצה לומר דכיון שכתוב בשטר שנתנה להם סכי כתובתה לאכול פירותיהן א"כ לא הקנתה להם הקרן כי אם דוקא הפירות וזה דומה למ"ש מרן בסי' ר"ט דמי שאמר לחבירו מה שיוציא אילן זה מכור לך לא אמר כלום שזה דבר שאינו ברשותו אכן נראה דנ"ד דומה למ"ש וסיים שם מרן ואם מכר האילן לפירותיו קנה מיד ואין אחד מהם יכול לחזור בו עי"ש. ונדון דידן כתוב בשטר שנתנה לו סכי כתובתה גופא מהיום ופירי לאחר מיתה וא"כ נראה להדיא שנתנה לו הגוף מעת הכתיבה ועשתה לו כת"ום ודעתה שלא יוציא הקרן לצרכו אלא יאכל מפירותיו לריוח היום וזה דומה למוכר אילן לפירותיו דקנה כיון שהקנה לו הגוף מעכשיו וכמ"ש מרן ז"ל שם:

עוד נראה להביא חיזוק למ"ש לעיל דבנ"ד שאמרה לעדים כתבו בכל לשון של זכות ויפוי כח נראה שהכוונה שלא יקנו אלא בכתיבה ולא בק"ס והוא ממ"ש מהרשד"ם ח"מ סי' שי"ז גבי מתנת ש"מ שכתוב בה שא"ל כתבו בכל לשון של זכות שהיה אפשר לגמגם ולומר שמא לא גמר להקנותו אלא בשטר ואין שטר לאחר מיתה ולבסוף אסיק דאם יפה

כוחו אמרינן דאין כוונתו להקנות לו בשטר וכבר כתוב בכל לשון של זכות ויפוי כח עכ"ל. הרי להדיא דכיון דאמר כתבו יש במשמעה שלא יקנו אלא בשטר ואף דלא אמרה למילתיה אלא בדרך אפשר וגמגום אכן לא דחאה אלא משום שכתוב בשטר בכל לשון של זכות הא לא"ה נראה שכיון במילת וכתבו שיקנו בשטר ועוד דהא דאמרה בלשון אפשר משום דגבי ש"מ אם נאמר דלהכי כיון א"כ דבריו סתראי שהוא אומר שרצונו לתת מתנה ולכן כתבה בדרך אפשר ולא נתקנה עמו אלא לפי שכתוב בכל לשון של זכות אבל בנ"ד אם נאמר דמה שאמר וכתבו שיקנה בכתיבה אדרבה מתקיימת המתנה ובודאי דלהכי כיונה האשה ומה גם שכתבה בכל לשון של זכות ליפות כחו ואיהו עצמו סיים להביא דבמקום שכתוב בכל לשון של זכות אמרינן דיפה כחו ואין כוונתו להקנות לו בשטר היפך כוונתו:

ונראה עוד לומר דאפילו דהרב פ"מ סי' י"ד ורבני שאלוניקי שהביא שם ויצאו לחלק בהאי לישנא של זכות ויפוי כח אכן בנ"ד שכתוב וכתבו בכל לשון של זכות גם המה מודים דכיון שאמר כתבו וגם אמר בכל לשון של זכות בודאי שהכוונה שיקנו בשטר ומה גם דכ"ע ידעי לה להאי מילתא דאין שטרות נקנין בק"ס אלא בכת"ומ:

עוד נראה לומר דהנה מצינו למהרשד"ם בד' מקומות והם בסי' כ"ח וסי' ח"ן וס"א ושי"ז שכתב דלשון זה של זכות ויפוי כח מועיל לתקן תברי דשטרא ובסי' רע"א וש"ט נייד מיניה ולכן הרב פ"מ ורבני שאלוניקי כדי לתרץ דברי הרשד"ם יצאו לחלק בין התשו' הנז' ומהרד"א כתב דההיא דסי' כ"ח מיירי שהריעותא לא היה בקנין מצד עצמו רק מטעם אסמכתא ובכי הא שהריעותא מחמת הלשון אהני מ"ש בכל לשון של זכות ויפוי כח וכתחז"ל אכן ההיא דסימן רע"א וש"ט דהקנין מצד עצמו לא היה קנין המועיל דאתייליד ביה ריעותא לא מהנו הני לישני לתקן השטר. והרב פ"מ חיזק לו פי' זה ממ"ש מהרשד"ם עצמו דכל ריעותא דאסמכתא משום דלא גמר ומקני אף כי צוה לעדים שיכתבו בכל לשון של זכות אנן סהדי דגמר ומקני עי"ש. מדבריו אלה נראה דהרשד"ם לא כתב דמהני לשונות אלו אלא גבי אסמכתא ולא במקום אחר והרואה יראה את דבריו מהרשד"ם שבסי' שי"ז הנז' ששם לא היה ענין אסמכתא אלא מתנת ש"מ ועכ"ז נסתייע ממה שכתוב בשטר בכל לשון של זכות וגם מתשו' זו יש לתמוה גם על דברי מהרש"ג שיצא לחלק בין כשהעדים מדברים בלשון עצמן לכשהם מדברים בלשון המקנה ומעדיף הדבר כשהם מדברים העדים בלשון עצמן והסכים עמו בזה הפ"מ ולא ידעתי מה יעשו בההיא תשובה דסימן שי"ז הנז' דנראה משם שהיה הדבר בלשון המקנה שא"ל הש"מ

כתבו בכל לשון של זכות ומלשון זה נסתייע מהרשד"ם והכשיר השטר דנדון דידיה ומזה נראה שזו סותרת לדברי מהרד"א ומהרש"ג ז"ל:

גם ראיתי להגו"ר כלל ה' סימן ה' שכתב דאישתמיט מנייהו דהרבנים הנז' דברי מהרשד"ם בסי' ס"א גבי השמטת חוב בשביעית ומהרש"ל בס' ב"ד ש"ש חיזק דבריו יותר דודאי גרע טפי תנאי מחודש מהיכא דאיכא ריעותא בקנין מצד עצמו ואפ"ה לישנא דבעל דבר בלשון המועיל מהני עי"ש בד"ק. וא"כ נראה דאישתמיט מנייהו תשו' מהרשד"ם דסי' ס"א ושי"ז:

ומו"הר שם בדף קל"ג אסף איש טהור לדברי הפוס' החולקין על דברי הפ"מ ורבני שאלוניקי ורובם מרבני שאלוניקי הראשונים ובודאי דאילו ראו אותם הפ"מ וסיעתיה הוו הדרי בהו וכמ"ש הרב כרם שלמה סי' ס"ז וסיים מהרש"ל להדיא כי אין יכול לומר בזה דבמחלוקת הוא שנוי ויכול לומר קי"ל כיון דהרב פ"מ וסיעתיה לא הביאו דברי הראשונים הנז' שחלקו עליהם ובכי הא לא מצי לומר קי"ל עי"ש. ולפי האמור גם אשתמטייהו דברי מהרשד"ם שבסי' שי"ז ואילו ראו אותו לא היו מחלקין בכך מלבר דנעלם מהם דבריו שבסי' ס"א בדברי הגו"ר הנז':

ויותר יגדל התימה על הרב דבר משה הנז' שהלך בעקבותיהם והחזיק בדבריהם ודחה דברי מהרש"ח ולא ראה שרוב הפוסקים בסייעתיה גם איך נעלם ממנו ג' תשובות של מהרשד"ם ההיא דסי' ח"ן וס"א ושי"ז הנז"ל שמהם נראה דלא כמו שחלקו בדעתו וכאמור. ולפקד"ן דיש לתרץ דברי מהרשד"ם בדרך פשוטה במ"ש בסי' רע"א וש"ט והוא במה שיש לדקדק בדבריו בההיא דסי' רע"א אמאי לא הביא דברי רב האיי ודברי הריטב"א וריי"ו דלכאורה נראה שכולם ענין אחד ועוד אמאי לא דחאם כמו שדחה דברי ר"ב ועוד דדברי ר"ב נוכל לומר כמו שדחה אותו שלא הביאוהו הפוסקים אבל ההיא דרב האיי איך נוכל לומר שלא הביאוהו הפוסקים והרי הריטב"א וריי"ו וכמה פוסקים הביאוהו להלכה אכן נר' שמהרשד"ם הוקשה לו בדברי ר"ב דוקא במ"ש שאפילו היו העדים לפנינו ואומרים שלא כך היה הענין אינם נאמנין דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד והוקשה לו עליו דאה"נ דאם השטר יצא לפנינו וכתוב בו כתחז"ל ואין העדים לפנינו עד שנשאל אותם אלא עשו להם קיום ממקום אחר אז בכגון זה מחזיקין אותו בכשרות ואנו אומרים כיון שכתוב בכל לשון של זכות וכתחז"ל אנו אומרים שנעשה בכשרות ובכה"ג ההיא דרב האי והריטב"א ודעימיה אבל אם העדים עומדים לפנינו ואומרים שלא כך נעשה אין אנו אומרים בזה דכיון שכתוב כתחז"ל אם באו העדים ואמרו שלא כך היה שאין יכולין לחזור ודי לנו בזה שנאמר שדוקא אם כתוב בסתם ור"ב

ס"ל דכיון שכתוב כתחז"ל אם יאמרו שלא כך נעשה אין אנו שומעין להם דכיון שהגיד שוב אינו חוזר ומגיד ועל אופן זה כתב מהרשד"ם דלא קי"ל כר"ב ונראה דמרן ז"ל בסי' ס"א ובסי' ע"א שהביא דברי רב האיי ודעמיה לא סיים שם וכ"כ ר"ב לפי שדברי ר"ב ענין אחר וגם ההיא דסימן ש"ט התם מיירי דלא היה השטר לפנינו כלל אלא שהעדים מעידין שהשטר נעשה בכל חזוקי סופר ולא החסירו בו כלום ומהרשד"ם ראה אותם שאינם בר הכי ועוד שהפריזו על המידה ואמרו שבכל חזוקי סופר כתבו אותו ותמה עליהם שהרבה מן המבינים אינם יודעים לכתוב זה ואיך יכלו העדים לעשות ולכתוב בכל חיזוקי סופר ואה"נ דאם בא המקנה לפני העדים ואמר להם כתבו לו שטר בכל לשון של זכות אע"פי שהסופר לא ידע להחזיקו כראוי אכן המקנה כיון להקנותו בכל חזוקי סופר כן נר' לתרץ דברי מהרשד"ם במאי דסתיר דידיה אדידיה:

ומעתה אחר שנתבאר לנו מדברי הפוסקים ראשונים ואחרונים שדברי רב האיי גאון שרירין וקיימין וגם הר' העיטור והריטב"א ורי"ו פסקו להלכה כמותו ולא נמצא מי שיחלוק בדבר זה זולתי הפ"מ ורבני שאלוניקי ז"ל מתוך דוחקם כדי לתרץ דבריו. מעתה יש לי לתמוה על דברי הרב בריכות מים בדף ר"ב ע"א שכתב דמאחר דמרן בש"ע לא פסק ההיא דרב האיי ודעמיה אמרינן דחזר בו מרן ויכול המוחזק לומר קי"ל עי"ש. ולא ידעתי איך עלה בדעת עליון לומר כדבר הזה חדא דהרב העיטור והריטב"א ורי"ו סברי כוותיה ולא נמצא שום פוסק מהראשונים דפליג על דברי רב האיי ואיך אפשר דמרן חזר בו בלתי שנמצא לכמה פוסקים דפליגי עליה וכבר עוד תמהתי עליו בסי' כ"ג דהיכן מצא כלל זה בדברי מרן כי לא דברו הפוסקים באופן זה כלל וכמו שהארכתי בכלל זה שם ועוד דמצינו למרן עצמו בש"ות אבקת רוכל סי' ע' שכתב כדברי רב האיי והרמב"ן וכבר מצאתי להרב זרע אברהם ח"מ סי' ה' דף ע"ד ע"ג שכתב שמדברי מרן בס' אבקת רוכל נראה דלא כוותיה עי"ש. וא"כ איך נוכל לומר דמרן חזר בו עוד ראיתי למהרשד"ם סי' רס"ב שנראה מדבריו שם דלא כמו שחילק הרב פ"מ ודעימיה וגם החק"ל בא"ה סי' ל' תמה עליהם כן:

עוד יש להביא ראיה לנ"ד ממה שראיתי להרב החבי"ב בש"ות ח"מ סי' קס"ה שנשאל שם על אחד שנתן מתנה וכתב לו שטר כעין נ"ד והעתיק שם כל נוסח השטר אות באות ולא כתב שם שכתב לו ושיקנה באותה כתיבה ונסתפק שם שלא מסר להם השטר אלא כתב לו בתוך השטר קנה לך שטר זה וכו' ומאחר שהעתיק כל לשון השטר עד שהגיע וכתב הזמן והכל ש"וב וקיים ולא העתיק ושיקנה באותה כתיבה ולא נסתפק בה כלל לפי שאינה כתובה נראה דלא חש לה וסבר דזה לכתחילה ולא לעיכובא ואף שמרן סיים

ואם לא כתב כן לא קנה קאי על עיקר הדין שצריך כתיבה ומסירה א"נ סבר לה דמה שכתב מרן אלא צריך שיאמר לעדים כתבו שטר מכר וכו' הכוונה שיאמר כן בע"פ:
גם ראיתי להרב שי למורא בסי' כ"ז שכתב דמי שמכר שטר חוב לחבירו ובשטר המכר לא כתב לו קנה לך שטר זה וכל שעבודא דאית ביה אם מסר לו השטר ונשבע לו שלא לערער נגד המכר הנז' קנה הלוקח גוף השטר אפילו שלא כתב לו קנה לך וכו' עי"ש.
א"כ נראה דגם בנ"ד שנשבעה על המכר אפילו לא כתבה קנה לך וכו' השטר כשר:
ז
עוד יש להביא ראיה לנ"ד שאפילו אם לא היה שם כת"ום כלל אלא שנתחייבה לתת לראובן מסכי כתובתה אפילו שעדין רשות בעלה עליה מ"מ כיון שאחר כך מת בעלה ובאת לידי גבייה זכה בהם ראובן וראיה לזה ממ"ש מהריט"ץ סי' ער"ב שכתב באשה שנתחייבה לתת לבתה כ"וך ועדין האשה היתה נשואה ואח"ז מת בעלה וגבתה כתובתה שזכתה בתה במתנה דאפילו שבעת החיוב היתה ברשות בעלה מיהו כיון שאחר מותו זכתה בנכסים מצד פרעון כתובתה ושתקה ולא מיחתה הויא מתנה גמורה עי"ש. א"כ גם בנ"ד שנתנה לו מסכי כתובתה כשתבוא לידי גבייה ואח"ז מת בעלה ובאה לידי גבייה לפני ב"ד וראו הב"ד מה שעשתה שהיתה הכת"ום בתוך שטר הכתובה אשר הוציאה לפניהם וראו אותה ודאי שזכה ראובן מאותו עת שגבתה הכתובה:
ונראה עוד לומר דבנ"ד אפילו שנחשוב כאילו לא היה שם כת"ום כלל אלא שנתנה לאה סכי כתובתה לראובן במתנה גמורה כמו שכתוב דבר זה בשטר המתנה שיזכה בהם בעת שתבוא לידי גבייה והנתינה היתה בעת שהיה בעלה חי שלא היו הנכסים ברשותה והוי כמוכר או נותן דשלב"ל שכתב מרן בסי' ר"ט ס"ד דאין אדם מקנה דשלב"ל בין במכר ובין במתנת בריא וכן דבר שבא לעולם אלא שאינו ברשותו דינו כדבר שלא בא לעולם שלא קנה ויכול לחזור בו. אכן סיים שם מור"ם ומ"מ אם טרח המוכר וקנה הדבר שמכר צריך לקיים מקחו כי אדעתא דהכי טרח וקנה כדי דליקום בהימנותיה ע"כ. וא"כ נראה דגם בנ"ד אע"פי שהוא דשלב"ל והיא מלוה אצל בעלה והוי דשלב"ל מ"מ כיון שמת בעלה ועמדה לפני ב"ד וגבתה כתובתה אנו אומרים שעשתה כן כדי שתקום בהימנותה ותזכה לראובן בגוף מהיום כמו שנדרה לו ואז למפרע זכה בהם ראובן ואמרינן דלהכי טרחא ועמדה לפני ב"ד כדי שתקיים נדרה ונראה דבאופן ונדון זה אף הרב פ"מ והרב דבר משה יודו בזה דאף דכתבו הרבנים הנז' דלגבי מלוה בשטר אין תקנה כי אם שיכתבו כת"ום ובלא"ה הוה ליה דשלב"ל מ"מ בנדון דידן שבא הדבר לידי גמר טוב וגבתה אותו ונעשה שלה הרי הוא כאילו דבר שבא לעולם דלהכי עמדה וגבתה אותו כדי שתקום בהימנותא

ולקיים את נדרה אשר נדרה והוציאה מפיה. ועוד נראה דבנ"ד שראובן המקבל מתנה הוא ת"ח ואביון הן היום זכה במה שנדרה לו לאה וכמ"ש שם מרן שם סי' רי"ב ס"ז וז"ל דין הקדש ודין עניים ודין נדרים אינם כהדיוט בקנייתו שאילו אמר מה שתלד בהמתי יהיה הקדש לבדק הבית או אתננו לצדקה וכו' אע"פי שאינו מתקדש לפי שאינו בעולם הרי זה חייב לקיים דברו שנאמר ככל היוצא מפיו יעשה ע"כ. הרי להדיא דגבי נדר שאני שאפילו אינו בעולם זכו העניים במה שנדר ואף שמצינו למור"ם שם שיצא לחלק שדוקא אם הנודר קיים שחייב לקיים נדרו אבל אם כבר מת אינו כלום שהרי אינו כאן שיקיים נדרו ונראה כי מרן ז"ל מסכים לסברא זו שהרי סיים ונתן טעם גבי ש"מ שצוה כל מה שיוציא אילן זה יהיה לעניים או שכר בית זה לעניים שזכו בהם העניים ונתן טעם בב"י לפי שבניו היו באותו מעמד כשצוה ושתקו דאז אמרינן דקבלו עליהם דאל"כ כיון דהנודר מת אין הבנים חייבין לקיים נדרו ע"כ ונראה מזה דהסכים לדברי מור"ם. מ"מ נראה שדוקא לפי שאמר מה שתלד בהמתי יהיה לעניים ובהמתו לא ילדה עד אחר מותו ונתן טעם שם הסמ"ע דכיון שלא קיבל עליו אלא עד שיבואו לעולם שאז יתננו לעניים והוא מת קודם שבאו לעולם נמצא דאף לאחר שבאו לעולם אין הנדר והחיוב חל על מי ליתנו ע"ש. וא"כ נראה דאם אמר קנו בהמתי לפירותיה או דקל זה לפירותיו ודאי שבאופן זה זכו בהם העניים אף שהפירות עדין לא באו לעולם ולא באו עד לאחר מותו כיון שכבר זכו בגוף הבהמה או האילן בעודו בחיים וכמ"ש מרן לעיל סי' ר"ט וכתב שם הסמ"ע בסקי"ד דכיון דהאילן הוא בעין חל עליו הקנין לצורך פירותיו שיוציאו ואז בכגון זה אפילו מת ולא יצאו זכו בהם העניים כיון שכבר זכו בגוף בחיים ונראה עוד לתת טעם דמה שאמר דקל לפירותיו אין כוונתו שלא הקנה לו אלא הפירות אלא ר"ל אני נותן או מוכר לך דקל משובח שהוא מוציא פירות א"נ רצה לומר שלא תמכרנו או תתננו לאחרים אלא תאכל פירותיו וא"כ גם בנ"ד שנתנה לו הגוף מהיום ופירי לאחר מיתה הו"ל כדקל לפירותיו וא"כ מעת שגבתה כתובתה הרי נקנה לו הגוף מאותו עת ונסתלקו יד היורשין ממנו והו"ל דבר שבא לעולם והמת כבר קיים נדרו וזכה בהם ראובן מחיים וביד היורשין הם כמו פקדון ולא באו בשום זמן לרשותם כיון שהקנתה להם הגוף מחיים ואין זה דומה להההיא דמור"ם כלל:

עוד כתב הסמ"ע וז"ל ונ"ל דטעם הרמב"ם הוא דכל האומר כן הו"ל כאילו הקנה הבית לעניים עד שיקבלו השכירות וכן אילן לפירותיו ואין בניו יורשים אותו הדבר עד שיקיימו תחילה לנדר עי"ש. וא"כ נראה לפי דבריו דאפילו לא הקנה לעניים כי אם דוקא הפירות והפירות לא באו עד לאחר מיתה שזכו בהם העניים ואין היורשין יורשים

אותו עד שישלמו הנדר תחילה ואף כי מרן לא סבר הכי מ"מ אהניא לן לסניף בעלמא ומלבד זה כבר כתבנו לעיל כי בנ"ד כבר זכה ראובן בחיי לאה והם שלו בכל מקום שהם והיורשין הנכסים אצלם כמו פקדון. עוד כתב מרן בי"ד סי' רנ"ח ס"ח אם יש לו חוב על אחד ואומר יהיה להקדש או לצדקה אינו כלום אבל אם אמר חוב שיש לי על פ' כשיבא לידי אקדישנו או אתננו לצדקה חייב להשלים דבריו להקדישו וליתנו כשיבוא לידו ע"כ. וא"כ גם בנ"ד שנתנה צדקה לראובן סכי כתובתה כשיבואו לידי גיבוי ואח"ז עמדה וגבתה אותם א"כ מאז בעת שנדרה נתחייבה להשלים דבריה וכשגבתה אותם קנה הגוף ראובן מעת הגבייה ואין ליורשיה בהם כלום ומדברי מרן נראה דאפילו לא היה שם קנין כי אם נדר דוקא מעת שגבו החוב נעשו של העניים וכ"ן מדבריו בתשו' שבס' אבקת רוכל סי' פ"ג והובאה ג"כ בתשו' מור"ם סי' פ"ז:

נשאר לנו לברר במה שכתוב בשטר שנתנה הבגדים לבתה בתורת נחלה אם התכשיטין הם בכלל בגדים ומצאתי להרב החבי"ב בשיירי י"ד סי' רנ"ח אות כ"ב שהביא משם הרשב"א בתשו' סי' תרנ"ו שכתב אדם שהקדיש התיבה והמעות והספרים והבגדים שבתוכה והיה בה שטרי חוב כיון שהמקדיש פרט הספרים והמעות והבגדים אין שטרי חוב וכלי כסף וזהב ותכשיטין בכלל שכל אלו אינם נכללים בכלל ספרים ובגדים עי"ש. א"כ נראה להדיא מדברי הרשב"א הנז' שהבגדים אין בכללם תכשיטין אלא דוקא בגדים:

עוד יש להביא ראיה לנ"ד ממ"ש מהרשד"ם בסי' רס"ב שכתב וז"ל וא"ת אחר שאנו אומרים שבדרך זה התנאי קיים ונעשה באיסור היה לנו לומר שכיון שכתוב בשטר שיהיה נעשה כתחז"ל על פי ק"ח באופן שיהיה המכר מכירה גמורה ושלא יהיה בו איסור י"ל דהא דמהני מה שיעשה המכר כת"ח היינו לענין מה שלא נכתב וקיצר הסופר בלשונו מהני הא דאמר שיעשה ע"פ ת"ח שיוכל לתקן אותו אבל מה שהיה שלא יהיה זה אינו נכנס בעצת ותחז"ל וכן מצאתי בתשו' הריב"ש וכו' עי"ש. מדבריו אלה נראה להדיא דכיון שכתוב כתחז"ל אף שקיצר הסופר בלשונו מהני הא דאמר כתחז"ל וא"כ בנ"ד שכתוב כתחז"ל אף שקיצר הסופר בלשונו ולא כתב ושיקנה באותה כתיבה מהני ומספיק באומרו כתחז"ל כי לא אפיק מהרשד"ם אלא דוקא מה שהיה שלא יהיה והנה כבר כתבנו לעיל דהפ"מ בסי' י"ד דף ז"ך הביא משם מהרד"א כדי לתרץ דברי מהרשד"ם דשנא ושנא כשהחיסור הוא בלשון אז מהני הני לישני אבל כשהוא מצד הקנין שלא היה קנין המועיל אז הני לישני לא מעלין ולא מורידין לתקן הקנין ומדבריו נראה שגם מהרש"ג קאי בהאי חילוקא ונראה דזהו חילוק הרשד"ם עצמו דסי' רס"ב הנז' שחילק בהכי ולפ"ז יש לתמוה על הפ"מ ורבני שאלוניקי אמאי לא סייעו עצמם מדברי הרשד"ם

עצמו ובודאי דנעלם מהם שלא הזכירוהו ומעתה לפי האמור דלא מיבעיא בנדון דידן דלא יש סתירה מדברי הפ"מ ורבני שאלוניקי והרב דבר משה שהלך בעקבותיהם אלא אדרבה הם בסייעתא דילן שהרי הם מודים ומדברי מהרשד"ם נראה כן שכתבו דכל שהחיסור מצד הסופר שקיצר בלשונו מילת כתחז"ל מתקנת אותו ולא אפיק שאינו מועיל כתחז"ל אלא לעשות מה שהיה שלא יהיה ובנ"ד נדר היה ויהיה והם לא כתבו אלא בנדון דידהו שלא היה קנין לשטרות כלל ובאים לתומכה ממילת כתחז"ל:

עוד יש להביא ראיה לנ"ד ממה שפסק מרן בש"הט סי' ס"א ס"ה כל דבר שנהגו במדינה לכתוב הן נאמנות והן כתבוה בשוקא הן שאר שופרי דשטרי שנהגו הסופרים לכתוב כל מי שמקנה בסודר לכתוב שטר דעתו שיכתבוהו כמנהג המדינה וא"ץ לפרש שיכתבו כל לישני שפירי דאית ביה והנה ההיא דכתבוה בשוקא בסי' רמ"ב ס"ג כתב כל מתנה בין של בריא ובין של ש"מ צריך שתהיה גלויה ומפורסמת וכו' ואפילו אמר סתם אינה כלום אלא צריך לכתוב כתבוה בשוקא וכו' וא"כ נראה דצריך לכותבה ועכ"ז אם לא נזכר זה בעת הקנין אם נהגו הסופרים לכותבה הוי כאילו נזכרה בעת הקנין ונראה מדבריו דאפי' עבר הסופר ולא כתבה הוי כאילו נכתבה וכ"כ שם בסימן רמ"ב ס"ה יש מי שאומר דהאידנא לא חיישינן לסתמא משום דנהיגי למיכתב בכל שטרי מתנתא הכי הילכך כשמצוה לכתוב שטר מתנה סתם דעתו שיכתבו כמנהג הסופרים הילכך הוי כאילו אמר כתבוה בשוקא וההיא דסי' ס"א ורמ"ב שניהם ממקור אחד חוצבו וא"כ נר' בנ"ד שיש מנהג ידוע בין הסופרים שכותבין ושיקנה באותה כתיבה הוי כההיא דכתבוה בשוקא ואף שיש לחלק קצת ביניהם מ"מ יספיק לנו בכל הראיות שהבאתי לעיל והנראה לפק"ד העליתי על ספר ובדיו:

נאום הצעיר אברהם דיין ס"ט

סימן כו

שאלה מה שנהגו הסופרים לכתוב בשטרות וקבל עליו סברת הפוסק אפילו יחיד נגד רבים ואפילו נגד מרן הקדוש ז"ל אם תועיל קבלה זו לדחות נגד דברי הרבים וגם דברי מרן ז"ל אשר קבלנו הוראותיו מדור דור ואת"ל דמועיל קבלה זו לדחות אפי' דברי מרן דכיון שהוא תנאי שמתנה האדם ומקבל על עצמו וכל דבד שבממון תנאו קיים אם תועיל קבלה זו גם לגבי היורשין שלו או יוכלו היורשין לומר אם אבינו קבל עליו ס' הפוסק אנן בדידן לא נרצה בקבלתו ואם הוא קבל אנן לא נקבל ושכמ"ה:

תשובה עיקרא דהאי מילתא משנה בסנהדרין דף כ"ד ע"א נאמן עלי אבא נאמן עלי אביך נאמנין עלי ג' רועי בקר ר"מ אומר יכול לחזור בו וחכ"א אין יכול לחזור בו היה חייב לחבירו שבועה וא"ל דור לי בחיי ראשך והפטר רמ"א יכול לחזור בו וחכמ"א אין יכול לחזור בו ופסק הרמב"ם פ"ז מה' סנהדרין כחכמים וכן פסק הטור ומרן בש"ע ח"מ סי' כ"ב ונמצא לפי האמור דהעיקר תלוי בקבלתו ואפילו קב עליו ג' רועי בקר אינו יכול לחזור בו דכל דבר שבממון תנאו קיים וכ"כ הרדב"ז בח"א הישנות סי' קי"ו וז"ל דע"כ לא כתב מהרי"קו דמצי המוחזק לומר קי"ל אלא היכא דלא קבלו עליהם לדון כאותו פוסק או שלא נהגו לדון כאחד מהפוסקים אבל היכא דנהגו לפסוק כהרמב"ם כי אתרין או כדעת הרא"ש כי אתריה לא מצי למימר קי"ל כפ' שהרי כל השטרות וההלואות לדעת אותו פוסק נעשו והוו כאילו קבלו עליהם עי"ש. ואם הרדב"ז כ"כ בסתם שהסופרים כותבין בסתמא על דעת אותו פוסק אשר נהגו באותו מקום כוותיה כ"ש הוא כשכותב בפי' בשטר שמקבל עליו לדון כס' אותו פוסק המאשר והמקיים אותו שטר דודאי כיון שקבלו עליו בפי' קבלתו קבלה וזכה מה שכנגדו במה שכתוב בשטר וכ"כ עוד בחדשות ח"א סי' רפ"א דאפילו מוחזק מפקינן מיניה ולא מצי לומר קי"ל כהנך רבוותא כיון דאתריה הוא הרמב"ם הוי כאילו קבלוהו עליהם עי"ש. ונראה מדבריו אלו דאפילו שמצינו רבים ועצומים שחולקין על סברתו אפ"ה כיון דאתריה הוא יכולין לקבל עליהם אפילו נגד רבים והכל תלוי בקבלתם וכ"כ עוד שם בחדשות סי' תקמ"ז וסי' תתכ"ה שכתב דכיון דאתריה דהרמב"ם הוא הוי כאילו קבלוהו עליהם ואין המוחזק יכול לומר קי"ל כמאן דפליגי עליה. עוד מצאתי להרב החיד"א בברכ"י ח"מ סי' יו"ד ס"ז שהביא משם הרדב"ז בכ"י גבי פחות מארבעים שנה שאינו מורה כתב ואם קבלום הציבור שפיר דמי דלא גרע מנאמן עלי אבא דכשרים וכן מצאתי למרן ז"ל בבד"ה. סי'. כ"ה וז"ל בגלילותינו. פשט לפסוק כהרמב"ם עי"ש. ובודאי שהטעם הוא שאע"פי שמצינו. הרבה מהפוסקים שחולקין עליו וכתיב אחרי. רבים להטות מ"מ כיון דאתריה הוא הוי כקבלוהו עליהם ובקבלה יכול לקבל עליו אפילו צ שרבים חולקין עליו:

וכן ראיתי למהר"ח מודעי ז"ל הביאו הרב זכור לאברהם ח"ג אות ק' שהביא ראיה לנדון דידן מההיא דהרדב"ז דסימן תקמ"ז הנז' והביא עוד ראיה מדברי הרב ב"ד ח"מ סי' ט"ז שכתב בדף כ"ד ע"ב שיש ליזהר בכל שטרות שידוכין הנוהגין לכתוב שנתחייב אבי הכלה לתת להחתן סך קצוב וש"ע ונדוניא כפי כבודו ונעשה הכל בקנין דאינו מועיל וכו' ולכן צריך לכתוב קצבה על הנדוניא וש"ע או שיקבל עליו לדון כס' הפוסק דאדם מחייב עצמו בדבר שאינו קצוב וזה צ"ע לדינא עכ"ל. וסיים הרב ז"לא הנז' שלכאורה לא

גילה לנו הרב אמאי זה צ"ע ונראה דמההיא דהרדב"ז שהביא מהר"ח מודעי יוצא מכ"ש דהשתא ומה התם דמשום שהוא אתריה הוי כאילו קבלוהו עליהם כ"ש היכא דקבלוהו בפי' ס' המקיים השטר ואולי משום דראה להרדב"ז בסי' תל"ג שינה את טעמו וכתב שעכ"ז מצי המוחזק לומר קי"ל גם י"א דלא כתב הרדב"ז אלא היכא דנתפשט המנהג כאותו דין הא לא"ה לא עי"ש. ולעד"ן דדבריו קשים לשמוע תחילה במ"ש דבסי' תל"ג שינה את טעמו הרואה יראה דלא שינה כלום ועמד שם בסברתו כי כן כתב בתחילת דבריו דאין לזוז מדברי הרמב"ם כי אתריה הוא אלא דבנדונו מאן דפליג על הרמב"ם הוא רב האיי גאון וכתב שם הרדב"ז כי רב האיי הוא רבן של כל בני הגולה ועוד בידו שבט מישור דאתי מדוד הע"ה וכיון שהוא רבן של בני הגולה א"כ הוי כקבלוהו קודם הרמב"ם ובכל מקום כאתריה כיון שהוא רבן של כל בני הגולה אבל במקום שלא מצינו לרב האיי שחולק עליו ודאי שהלכה כמותו במקום שהוא אתריה והרדב"ז במקומו הוא עומד ולא שינה את טעמו. ועוד קשה לי דאיך אפשר לומר דהרדב"ז שינה את טעמו אחר שמצינו לו בשש מקומות שהוא אומר דבמקום שהוא אתריה הוי כאילו קבלוהו ועוד דאיך יכחיש משנה ערוכה בסנהדרין ההיא דנאמן עלי אבא שנראה ממנה שהקבלה תועיל אפילו לג' רועי בקר ומה גם דמצינו להרדב"ז עצמו גבי דיין מארבעים שכתב שאם קבלוהו עליהם לא גרע מנאמן עלי אבא. ועוד דאיך נוכל לומר שכל זה נעלם מהרב ב"ד דברי הש"ס ודברי מרן בבד"ה ודברי הרדב"ז בששה מקומות ועוד קשה לי במ"ש משם י"א דלא כתב כן הרדב"ז אלא במקום שנהגו כוותיה באותו דין ע"כ. ולא ידעתי מנ"ל לחלק בהכי ואדרבה ממ"ש שם בסימן תתכ"ה נראה להיפך שהרי שם כתב שצריך כמה טענות עד שיוכל לומר קי"ל חדא דלא ליהוי אתריה דמר ותו דלא נהגו כוותיה ותו וכו' ואם איתא כמ"ש דאפילו הוא אתריה צריך שינהגו כוותיה א"כ הו"ל ליערבינהו ויאמר שהוא אתריה ונהגו כוותיה ולמה ליה לומר ותו. ועוד דאיך אפשר לומר דחזר בו הרדב"ז והרי בההיא דהרדב"ז שהביא החיד"א כתב דלא גרע מנאמן עלי וא"כ איך אפשר שחזר בו והיא הלכה פסוקה כי משם נראה שיוכל לקבל עליו אפילו הפסולין מן התורה כ"ש סברת הפוסקים המפורסמים אלא שרבו עליהם חבריהם ומזאת המשנה קשה לי על דברי מהר"ח מודעי שהטריח עצמו לדקדק כן מדברי הרדב"ז דסי' תקמ"ז ולמה לא הביא ראיה מדברי המשנה הנז' שהיא הלכה פסוקה והרי הרדב"ז עצמו הביא ראיה לדבריו מההיא דנאמן עלי אבא וכו' שיכול לקבל עליו אפילו הפסולין מן התודה. ויותר מזה דאיתי למהרשד"ם ח"מ סי' ל"א שכתב דאם ראובן קבל עליו לדיין ההוא אפילו שיטעה בדבר משנה דמהני קבלתו וכתב הרב החבי"ב בתשו' סי' קע"א דהא דמהני הקבלה

היינו בקבלת בעלי דינין עצמן שהם רוצים להנזק בנכסיה' ואם הוא רוצה להזיק את נכסיו מי יאמר לו מה תעשה אבל אם קבלוהו בהסכמת העיר אע"פי שנעשה ברצון כל הקהל והמעמד אין כח בידם לקבל עליהם דינו של הטועה בדבר משנה עי"ש. הרי להדיא דאפילו בטעות בדבר משנה שיטעה הדיין אם הוא יחיד יכול לקבל עליו כ"ש בדבר שאינו טעות אלא מחלוקת הפוסקים שיכול לקבל עליו:

וע"פי דברי הרב החבי"ב הנז' הנה מקום אתי לבאר דברי הרב ב"ד הנז' במ"ש וצ"ע לדינא הכוונה דאה"נ דאם הנותן קבל עליו ס' הפוסק המקיימה יש בידו לקבל דכל מה שירצה האדם לעשות בממונו עושה וכך הוא רצונו אבל נדון הרב ב"ד היה שאנחנו צריכין לומר לו ולקבל עליו ס' הפוסק המקיימה ולא הוא מעצמו קיבל כך ולשון המשנה הכי מורה שאומר מעצמו נאמן עלי אביך ולכן כתב וצ"ע לדינא ר"ל שאנחנו ב"ד או העדים נאמר לו שלא יקבל ס' הפוסקים המוסכמים ואף שמצינו גבי מודעא שכתב הרב המגיד בפ"י מה' מכירה משם הרשב"א ומסתברא לי כי תקנת ביטול המודעא שיפסול עידי המודעא ויאמר הריני פוסל כל עדים שיאמרו שמסרתי מודעא והרי שם אותם לגבי נפשיה כעדים פסולין וכענין שאמרו גבי נאמנות עכ"ל. הרי מצינו לגבי פיסול עדים אף שבאמת הם כשרים אנחנו ניתן לו עצה שיפסול אותם ויקבל על עצמו שהם פסולין לגבי דידיה אך נראה דשאני גבי מודעא אנחנו נותנין לו עצה שיפסול אותם לפי שהוא מרמה את חבירו ואומר מחלתי לך השאר והוא שקר ענה. וכבר שמעתי ממו"הר בעל בית דינו של שלמה ז"ל שהיה מצטער הרבה מת"ח שעושה מודעא ולכן לפי שיש בענין רמאות עשה להם תיקון זה אבל לא בכל מקום נעשה להם תיקון זה:

ומעתה לפי דברי הרב המגיד שכתב משם הרשב"א נראה להדיא דכל שקבל עליו שיהיו העדים פסולין קבלתו קבלה ולגבי דידיה הם פסולין לגמרי וא"כ כ"ש כשקבל עליו סברת הפוסק המקיים את דבריו שקבלתו קבלה וא"כ יש לתמוה על דברי מהרח"ם הנז' דאיך אפשר לומר דהרדב"ז שינה את טעמו ואיך אפשר לומר שהרדב"ז יחלוק על דברי הרשב"א ועוד כי דברי הרשב"א בפיסול העדים לא נמצא מי שיחלוק עליו ונראה שהוא מוסכם אליבא דכ"ע ועוד כי מצאתי להרב גו"ר כלל ג' סי' ל"ב דקי"ג ע"ב שכתב וז"ל נ"ל שכיון שנהגו הסופרים לומר בשעת הקנין שיבטל המודעא ויפסול העדים שלה כדעת הרשב"א והוא סבר וקביל הוי כמו דור לי בחיי ראשך והפטר וכבר קבל עליו ס' הרשב"א ונתבטל בל זכותו והביא ראיה לדבריו מדברי הרדב"ז דסי' קי"ו הנז' לעיל עי"ש. הרי נראה מדברי הרא"ה הנז' דכל דברי הרשב"א והרדב"ז הכל ממקור אחד חוצבו ממשנה דסנהדרין בדף כ"ד הנז' והכל עולה אל מקום אחד וכן ראיתי להרב משאת משה ח"מ

סי' ל"ו שכתב בסוף התשובה וז"ל מצורף לזה דכיון דנהיגי עלמא כדעת הרשב"א ז"ל בשטרות הו"ל כמבטל זכותו דסבר וקביל ס' הרשב"א ז"ל והרי הוא כאומר לו דור לי בחיי ראשך וגם הוא נסתייע מדברי הרדב"ז דסי' קי"א הנז' וכ"כ הרב בני אברהם ח"מ ס"סי קט"ו עי"ש. וכ"כ הרב קרית מלך רב בתשו' ח"א סי' ב' שכתב וז"ל ועוד יש לקיימה מטעם שאמר המצוה שאם יש מחלוקת בפוסקים תתקיים כדעת המקיימה ונראה שגם מהר"ם מזרחי הובאו דבריו שם מסכים לזה עי"ש:

והרב זכור לאברהם הביא ראיה לזה מדברי מהראנ"ח ח"ב סי' ל"ו שכתב שאם כתוב בשטר דלא כאסמכתא דלא מהני אבל אם כתוב בשטר מבלי שאוכל ליפטר בשום טענות ממיני אסמכתא תנאו קיים ואינו יכול לטעון ויפטור עצמו בטענת אסמכתא עי"ש ולא הביא הרב החבי"ב שום חולק על זה ונראה דיש לו דמיון לנ"ד דהא בנ"ד כתבינן בשטר דקבל עליו סברת הפוסק המקיים שטר זה אפילו שהוא יחיד מבלי שיוכל לטעון שום קי"ל שבעולם ואם. כנים אנחנו בזה אף שמהרי"ד ספוקי מספקא ליה לא שבקינן דברי מהראנ"ח נ"ח ודברי מהרח"ם דנר' דמסכים לזה משום ספיקו של מהרי"ד ע"כ. ואנן בדידן אחר שראינו לדברי הרדב"ז בשש מקומות וההיא דהביא משמו החיד"א דלא גרע מנאמן עלי אבא א"כ נראה דהכל הולך אל מקום אחד מההיא דסנהדרין נאמן עלי אבא א"כ מעתה אין אנו צריכין לכל אלו הדוחקים והדקדוקים ולא יתכן לומר שמהרי"ד ספוקי מספקא ליה דאפילו הפסול מן התורה על ידי הקבלה הוא מתכשר דכל תנאי שבממון תנאו קיים כ"ש בנ"ד שאין סברא זו שקיבל היא זרה אלא שאותו פוסק רבו עליו חביריו ואיש זה רצה לקבל דבריו ולהפסיד. ממונו ומי ואמר לו מה תעשה וכ"כ הרב כהונת עולם סי' כ"א וכ"כ הרב בני אברהם חח"מ סי' קט"ו וכ"כ החיד"א ז"ל בס' טוב עין ח"מ סי' מ"ב וז"ל עוד נהגו לכתוב בשטרות שהוא מקבל סברת הפוסק אשר לפי דעתו מתקיים השטר ועיין תשו' הרדב"ז דפוס ליוורנו סי' קי"ו עי"ש באופן כי מצינו שלמים וכן רבים דס"ל דהיכא דקבל בפי' ס' הפוסק יחיד נגד כל הפוסקים ואפילו שהיא סברא זרה קבלתו קבלה להתחייב בה ואפילו שהיא נגד דברי מרן הקדוש ז"ל וכל אלו הדברים הנאמרים לעיל הם פשוטים ואין צריכים לפנים ומה שכתב הב"ד וצ"ע לדינא כמש"ל שאין לנו ליתן לו עצה שיקבל כי אפשר שאין רוצה בזה בלבו משא"כ אם מאליו בקש זאת ורוצה לאבד ממונו:

אכן יש לבע"ד לחלוק ולומר דלא כתבו הפוסקים הנז' שמועיל הקבלה אלא דוקא גבי הנותן עצמו שאם כתב כן לחבירו שאין יכול לחזור בו אבל אם מת המתחייב ובא להוציא מיד היורשין בטענה זו אם יכולין היורשין לטעון אבינו קבל עליו סברת הפוסק ההוא

ואנחנו לא נקבל הסברא ההיא צריכין אנו לדעת אם יש ממש בדבריהם. וראיתי להרב פרי האדמה ח"ב דף נ"ו שנשאל בש"מ שצוה כמה צוואות ומכללם צוה שיתנו לשבויה אשר פדו אותה במצרים שתנשא מנכסיו ויעשו לה כל צרכי נישואיה וכו' ואף אם יהיה מחלוקת בפוסקי' תתקיים כדע' הפוסק המקיימ' ובדף נ"ט ע"ב כתב בתשובתו שאפילו כתוב כן אין בזה כדאי להוציא מן היורשין כי אף אם נניח במונח כי חיוב זה מועיל אליו מ"מ אין בידו לחייב ליורשיו כל שלא שעבד את נכסיו וכמ"ש מהראנ"ח ח"א סי' ס"ו וכ"כ ג"כ בספרו הא' פ"הא דף ס"ב ע"ד שהיה כתוב בשטר ההקדש שקבל על עצמו סברת המקיים ההקדש אפילו יהיה יחיד נגד כל חכמי ישראל וא"כ בנ"ד הפוסקים הנז' הם המדברים דמצי להקדיש מלוה שביד אחרים והקדשו הקדש ומכח זה זכה ההקדש אשר ביד הפקידים. ברם גם מזה אין בו תועלת דאין מועיל קבלה זו כי אם על עצמו לא להוציא מיד יורשיו עי"ש וכ"כ הרב פרי הארץ ח"ב ח"מ ס"סי ט"ו. ולפקד"ן דמה שהביא ראיה הפ"הא מדברי מהראנ"ח דסי' ס"ו אין משם ראיה כלל דהתם נדונו היה שמכר קרקע לחבירו והטיב חסדו עמו שאם יחזיר לו דמי המכר שיחזור וימכור לו מחדש ויכתוב לו שטר וחוג"ית בכל חזוקי סופר ועל זה השיב מהראנ"ח שאין יכול לחייב ליורשיו שאין יכול לחייבם בקום עשה שיכתבו שטר ויעשו מכר מחדש ודוקא הוא יכול לחייב עצמו אבל לא ליורשיו אחריו אבל בנדון הפ"הא אין בה חיוב קום עשה וכתב על עצמו שקבל על עצמו סברת הפוסק המקיימה והו"ל כאילו אמר וקבלתי על עצמי ס' הרשב"ש ודעימיה שכתבו דאם המקבל עני אפילו מתנתא טמירתא קנה וכבר זכו בה העניים בחייו בעת צוואתו ואפילו שעדין לא הגיעו לידו הנכסים דאלת"ה למה לו למהראנ"ח לתת טעם לפי שהוא בקום עשה אפילו שאין בה קום עשה מ"מ יכולין היורשין לומר אבינו נתחייב ואנחנו לא נתחייב ודמיא לזה מי שחייב. עצמו וקבל עליו סברת הפוסק שאין יכול לחזור בו שיכולין לומר אבינו קבל ואנחנו לא נקבל ולמה לו לתת טעם לפי שהוא קום עשה אלא ודאי נראה דלא כתב כן מהראנ"ח אלא בנ"ד שאביהם מכר קרקע לגמרי וקיבל הדמים ואח"ז הטיב חסדו עמו וחייב עצמו שבעת אשר יחזיר לו הדמים וימכור לו מחדש ויכתוב לו שטר וחוג"ית ועל אופן זה כתב מהראנ"ח שאין יכול לחייב ליורשיו לחזור ולמכור ולכתוב לו שטר מחדש שהוא בקום עשה כי אין חייבין לקיים את דבריו באופן זה. ועוד כי בנ"ד איש זה כתב גופא מהיום ופירי לאחר מיתה ומצינו להרשב"ש סימן קל"ג שכתב דאם כתב לו גופא מהיום ופירי לאחר מיתה דדין פשוט הוא אליבא דכ"ע שקנה הגוף מעכשיו וקנה אותו בכל מקום שהוא אפילו שעדין לא בא לידו עי"ש. וא"כ בנדון הפ"אה הנז' שהיה הספק במתנתא

טמירתא אכן הנותן קיבל עליו ס' הפוסק הוא הרשב"ש שכתב הרב החבי"ב בסי' רמ"ב משמו דאם המקבל איש עני אין בו משום מתנה טמירתא וכבר קבל עליו ס' הפוסק המקיים המתנה ואפילו שהוא יחיד ומעת שצוה הש"מ לתת לו המתנה כבר קבל עליו ס' הפוסק וזכה העני במתנה ההיא בכל מקום שהיא ונשארה אצלו ואצל יורשיו כמו פקדון וחייבין היורשין להחזיר הפקדון וא"כ מה מקום לומר שהיורשין יכולין לומר אבינו קבל ואנחנו לא נקבל ואחר שזכה כבר בחיי הנותן היורשין מי הכניסם בתגר זה והמקבל אינו מבקש מהם כי אם הפקדון אשר הפקד אתם לפי שכבר זכה במתנה מעת שקנו מידו ולא היה יכול לחזור בו:

ויש להביא ראיה לנדון הפ"הא והוא כי נדונו היה שצוה בעת מותו שיתנו לשבויה לצרכי נדונייתה וקיבל על עצמו סברת הפוסק המקיימה ומצינו למרן ז"ל בתשו' סי' י"א גבי פוסק מעות לחתנו בעת שיכנוס לבתו ומת חמיו קודם שכנסה והשיב שהוא מתחייב ומשעבד עצמו לתת לו מעות או קנויים לנדונייא ואפי' לא היו לו בעת החיוב חייב לתת לו כשיכנוס ואם מת חמיו קודם שכנס חייבין היורשין לתת לו מנכסיו עי"ש. הרי להדיא דזה היפך דברי מהראנ"ח שכתב שאין היורשין חייבין אלא ודאי נראה כדכתיבנא לעיל דשאני נדונו של מהראנ"ח שהוא בקום עשה ונדון דמרן דומה להההיא דהפ"הא שחייב עצמו לתת לשבויה כשתנשא שלפי דברי מרן חייב לתת לה כשתנשא ואף שהיא מתנה מסותרת מ"מ הוא קבל על עצמו ס' הפוסק ונתחייב בקיומ' וגם יורשיו אחריו דכיון שהוא עצמו נתחייב ואינו יכול לחזור בו גם יורשיו אחריו נתחייבו בחיובו כיון דכבר זכתה השבויה בחייו ולכן נראה דנדון הפ"הא הוא דומה לדברי מרן שבתשו' ואין דומין לדברי מהראנ"ח כלל כאמור לעיל. ומדברי הרב פ"הא נראה דבמקום שיש שיעבוד נכסים מתחייבין גם היורשין שכן כתב שאין בידו לחייב להיורשין כל שלא היה שם שיעבוד נכסים מדבריו אלה נראה שאם היה שם שיעבוד נכסים היו היורשין חייבין ולכאורה קשה דספיקו היה שם שהיתה מתנתא טמירתא והוא קבל עליו ס' הפוסק המקיים דבריו ואפילו שהוא יחיד נגד רבים וא"כ מה הועיל לו במה ששעבד נכסיו וקבל עליו ס' הפוסק והלא יכולין היורשין לומר אם אבינו קבל אותו פוסק אנחנו לא נקבל אותה ס' אלא ודאי נראה דסבר לה מר דבעלמא קיימא לן דאם הנותן שיעבד נכסיו למקבל שחייבין גם יורשיו לפרוע בעדו דאם הוא מת הנכסים קיימין וא"כ האיש ההוא ששעבד נכסיו וקבל עליו ס' הפוסק הוא הרשב"ש ודעימיה שסוברים דגבי עני ליכא מתנתא טמירתא ובעת שנתחייב ושיעבד נכסיו כבר זכו העניים מחיים ונתחייבו יורשיו לפרוע בעדו לאותן עניים. ונדון הפ"הא שם לא היה שעבוד נכסים ולכן כתב שיכולין

היורשין לומר אבינו קבל ס' הפוסק ואנחנו לא נקבל והפ"הא אזיל בשיטת מהרשד"ם סי' של"ג דפליג על דברי מרן שבתשו' סי' י"א הנז' שהעלה שם מהרשד"ם דאין חייבין היורשין דכיון שמת פקע חיוב האב ונפלו הנכסי' לפני היורשין ובנדון הפ"הא הנז' ג"כ שצוה לתת לשבויה כשתנשא אם לא היה שם שעבוד נכסים היו היורשין פטורין כדברי מהרשד"ם אכן אם היה שם שעבוד נכסים אף היורשין חייבין אף לדעת מהרשד"ם וכן ראיתי להרב בני יעקב בדף צ"א שכתב דלא פליג מהרשד"ם על דברי מרן אלא דוקא במי שקנו מידו ולא שיעבד נכסיו אבל מי ששעבד נכסיו לחיוב זה מתחייבין אף יורשיו אחריו וכ"כ משם רבו מהר"י אלפנדארי ז"ל עי"ש. ולדידן דקבלנו הוראות מרן ז"ל אף למה שכתב בתשו' אף שלא שיעבד נכסיו כל שנתחייב בחיוב מתחייבין יורשיו אחרו לפרוע בעדו ולכן דימה שם נדונו למי שנתחייב לתת לחבירו מנה לזמן פ' ומת קודם הזמן שחייבין היורשין לפרוע בעדו ואף שהרב שער המים בס"סי ט' כתב על דברי מרן הללו כי שמע כי אף שבאמת מרן קבלנו הוראותיו היינו דוקא במ"ש בב"י ובש"ע אבל מה שכתב בתשו' לא קבלו את דבריו וע"פי שמועה זו דחה דברי מרן הללו וכתב שטוב לפשר ונמשך אחר דבריו איש ירוש' מהר"ם סוזין ז"ל והביא דבריו הרב חקי חיים סי' ט"ל בדף פ' עי"ש. ודבריהם שגבו ממני דכיון דמרן ז"ל נראו דבריו לכל רבני דורו והסכימו לכל אשר יאמר א"כ למה יגרע דבריו שבתשו' ואי משום דנקט בב"י ג' עמודי ההוראה והלך אחרי רבים הרי כמה דינין וחילוקים כתב מדעתו ולא דברו בהם עמודי ההוראה ועוד דדבריו שבתשו' הם הלכה למעשה ובודאי שדקדק בהם ככל הצורך ועוד כי מצאנו להלכות קטנות בח"א סי' קפ"ב שכתב שם בנו המני"ח ז"ל שבכל תחום א"י ת"ו וערי בי"סתאן אין יכולין לומר קי"ל נגד דברי הרמב"ם ומהריק"א אשר קבלו עליהם אבותינו ואבות אבותינו וכל אחד מנייהו אפילו באלף לא בטיל ושמע ממר זקנו שבימיו חזרו גאוני צפת ת"ו וחידשו תוקף ההסכמה וקבלתם שלא יוכל שום אדם לומר קי"ל כנגדם עי"ש ואם איתא להא דשמע הרב שער המים דיש לחלק בין למ"ש בש"ע למ"ש בתשו' למה כתב הדברים בסתם ויניח מקום לטועה לטעות ויאמר עליו אפילו באלף לא בטיל ובאמת שדבריו שבתשו' יכולין להתבטל ועוד דלפחות היה לו לומר בקיצור נגד מ"ש בש"ע ועוד כיון שבימי בנו דמרן כבר נדפסו תשו' שבא"ה ובימי מ"ז של המני"ח היה להם זמן מרובה שנדפסו א"כ למה לא ביארו בהסכמה שזה דוקא במה שכתוב בש"ע ולא יניחו בני אדם שיכנסו בספק הסכמה באופן שדבריהם נפלאו ממני אבל מה נעשה שכבר יצאו הדברים מפי הזקנים ויכול המוחזק לומר קי"ל אכן נראה דההיא דכתב מרן בתשו' סי' י"א אפילו אם נאמר דלא קבלנו הוראותיו שבתשו' מ"מ הלכה זו

שנא ושנא דהא מרן שם בתשו' דימה אותה למי שנתחייב מנה לחבירו לתת אותה לזמן פ' שבהגיע הזמן חייב לתת ואם מת חייבין היורשין לפרוע בעדו ומצינו למרן בס' בד"ה סימן ט"ל עמ"ש בב"י משם הג"א שכתב אבל אם אמר בסתם הנני מודה לך בקנין בפני עדים שאני חייב לך לא ידעתי על מה יחול וכתב עליו מרן בבד"ה שכיון שהוא מודה שחייב לחבירו מנה נכסיו משועבדים לו ונוטל קנין על שיעבוד נכסיו שמקנה לו נכסיו לשעבדם עכ"ל. מדבריו אלה נראה דכיון שהוא מודה שמתחייב לחבירו מנה ונוטל קנין על זה מיד נשתעבדו נכסיו ואפילו שהוא לא הזכיר בפיו שהוא משעבד נכסיו א"כ גם מי שנתחייב לתת לחתנו סך כ"וך בעת הנישואין וקנו מידו על דבר זה מיד נשתעבדו נכסיו לחתנו ולכן באופן זה שיש שעבוד נכסים גם היורשין חייבין אליבא דכ"ע:

ומעתה לפי דברי מרן הנז' אשר כתב בבד"ה דכיון שנתחייב בקנין ומודה שהוא חייב לו נכסיו הם משועבדים לחבירו יש לתמוה על דברי שער המים הנז' שסתר לדינו של מרן שבתשו' לפי שלא קבלנו הוראותיו שבתשו' ולכן כתב שטוב לפשר וקשה איך אשתמיטתיה דברי מרן שבבד"ה הנז' שנראה מהם שכיון שחייב עצמו וקנו מידו נשתעבדו נכסיו ובמקום שיש שעבוד נכסים לפי דעת הרב בני יעקב ורבו מהרי"א שגם היורשין חייבין ומוציאין מהם וא"כ לפי דבריו דלא קי"ל כדברי מרן שבתשו' מ"מ דבריו שבבד"ה אין מי שיכחיש אותם וא"כ לפי האמור אם היה שם חיוב שבכללם שעבוד נכסים אפילו שיש מי שחולק בדבר כיון שקיבל עליו ס' הפוסק המקיים דבריו חייבין גם יורשיו אחריו בחיוב ההוא. אכן כל זה אם יש שם חיוב אכן אם נתן מתנה בלתי שום חיוב אלא לשון מתנה וקבל עליו ס' הפוסק יש להסתפק אם חייבין גם היורשין בזה:

ונראה להביא ראיה לזה כי הנה נודע מדברי הרדב"ז אשר זכרנו לעיל כי עיקר הראיה בקבלת הדיינין היא מההיא דנאמן עלי אבא או אביך וגם למדנו מדברי הרשב"א דלעיל גבי מודעא שמועיל פיסול העדים וכענין שאמרו גבי נאמנות וכתב הרא"ה בס' גו"ר הנז' דהוי כמו דור לי בחיי ראשך והפטר דנראה מזה דהכל עולה בקנה אחד ממשנה הנז' וכן נראה ג"כ מדברי הטור שהביא דין הנאמנות בסי' כ"ב גבי דיינין וטעם אחד להם דכיון שהוא דבר שבממון תנאו קיים. וגבי נאמנות מצינו למרן בסי' ע"א סי"ז שכתב בד"א דמועיל הנאמנות לפוטרו משבועה בעוד שהלוה חי ובא לגבות ממנו אבל אם מת הלוה ובא לגבות מיורשיו לא מהני אלא א"כ פירש שפטרו גם מיורשיו שאז גובה בלא שבועה וכתב שם הסמ"ע הטעם דאע"ג דאביהן לא מצי למיטען פרעתים מ"מ לגבי יורשין אנן טענינן להו שאביהם פרע ואם היה הלוה חי לא היה מעיז פניו המלוה לומר שלא נפרע משו"ה הימניה הלוה אבל לגבי יורשיו לא הימניה שהוא ירא שהוא מעיז פניו

ויכפור אחר שפרעו ויאמר לא נפרעתי עי"ש. מדבריו אלה נר' שהכל תלוי בדעת אביהם בעל הממון ואם הוא חי מאמינו שאינו מעיז פניו נגדו ולגבי יורשיו שהוא מעיז אמרינן שאינו מאמינו ואם אמר בעל הממון שהוא מאמינו גם על יורשיו אינם יכולין להשביעו ומזה הטעם עצמו הצריכו גבי נאמנות שיכתוב נאמנות עליו ועל יורשיו ובלא"ה לא סגי ע"כ ואילו גבי קבלת ס' הפוסק לא נהגו לכתוב בשטרות שקבלתו עליו ועל יורשיו לפי שדוקא גבי נאמנות דאמדינן דעתיה דלגבי עצמו שאינו מעיז האמינו אבל לגבי יורשיו שהוא מעיז לא האמינו אכן אם גם גבי יורשיו שהוא מעיז פירש שיחותיו שאפ"ה הוא מאמינו ורוצה להפסיד ממונו אנן מה לנו בהפסד ממונו משא"כ גבי קבלת ס' הפוסק דלא שייך האי טעמא דהעזה בזה מה לי הוא ומה לי בנו ואפילו שלא אמר עלי ועל יורשי יורשיו בכלל ומשו"ה לא הצריכו גבי קבלת הפוסק לומר עלי ועל יורשי:

א"נ הטעם שגבי נאמנות בעינן שיאמר עליו ועל יורשיו משא"כ גבי שאר שטרות כגון מתנה לפי דגבי מתנה כותב לו גופא מהיום ופירי לאחר מיתה וא"כ כיון שהגיע השטר לידו הרי זכה במה שנתן לו ואפילו שהממון לא הגיע לידו הרי הוא שלו בכל מקום שהוא ומשו"ה לא נהגו לכתוב עליו ועל יורשיו אבל גבי נאמנות שהממון הוא של יורשין ובא המלוה לגבותו מהם והיורשין חוששין שמא פרע להם אביהם ורוצה לגבות מהם פעם שנית האמת אתם אם לא כתב לו אביהם גם על יורשיו אבל אם כתב להם נאמנות גם על יורשיו הוא רצה להפסיד ממונו ומי יאמר לו מה תעשה. ועכ"פ למדנו מדברי הסמ"ע דהכל תלוי בדעת המורישׁ ואם ראינו דעתו שהאמין למלוה אמרינן שדוקא על עצמו האמינו לפי שאינו מעיז ולא האמינו גם לגבי יורשין לפי שהוא מעיז אבל אם כתב הנאמנות גם על יורשיו אין יכולין לטעון כיון שעכשיו הממון שלנו אין אנו מאמינין אותך והסמ"ע ז"ל לא נכנס לבית הספק אלא דוקא אם אמרו היורשין אנחנו פרענו לך ולגבי טענה זו אין מאמינין אותו אבל הא פשיטא דבמקום שהאמין אותו וקבל אותו כמאה עדים ואפילו באו כמה עדים שפרעו בפניהם אינם נאמנין נגד נאמנותו כיון שהוא רצה להפסיד ממונו ואפילו לגבי יורשין מועיל טעם ונאמנות זו אילולי דשלא בפניו מעיז וא"כ נראה היכא דקיבל עליו ס' הפוסק אפילו שהוא יחיד נגד רבים ומבטל דברי הרבים נגד היחיד שקבל סברתו דדמיא ממש למי שהאמין עליו המלוה ואפי' שבאו עליו כמה עדים והעידו היפך מה שדבר המלוה אפ"ה המלוה נאמן והיא עיקרא ממ"ש במשנה דור לי בחיי ראשך והפטר והטעם פשוט בזה דכל תנאי שבממון תנאו קיים ואפילו המלוה הוא יחיד ומאה עדים מכחישין אותו ואומרים לו שנפרעת עכ"ז הוא נאמן יותר מכולם:

עוד יש לתת טעם למה שלא נהגו גבי קבלת הפוסק לכתוב עליו ועל יורשיו והוא דבשלמא גבי נאמנות בחוב שיש לו על חבירו לא אסיק אדעתיה שימות ויבואו בניו היורשין להשביעו דסתם חוב הוא לזמן מועט ולא יזכור באותו עת מיתתו ולכן אמרינן דהנאמנות דוקא על עצמו כיון ולא על יורשיו אחריו עד שיפרש עליו ועל יורשיו אבל גבי נותן מתנה וכיוצא שמתחילה הזכיר המיתה ואמר גופא מהיום ופירי לאחר מיתה ובודאי דכשאמר וקבל עליו ס' הפוסק כוונתו בין עליו ובין על יורשיו ומתחילה להכי כיון אביהם ולכן לא נהגו גבי קבלת ס' הפוסק לומר עליו ועל יורשיו ואיך שיהיה נמצינו למידין מדברי הסמ"ע שגבי נאמנות דוקא לגבי דידיה שאינו מעיז האמינו אבל לגבי יורשיו שהוא מעיז לא האמינו ומינה במקום דלא שייך טעם העזה כיון שנתחייב הוא נתחייבו גם בניו אחריו וזה היפך דברי פ"הא ודברי הרב פרי הארץ שכתבו שיכולין היורשין לומר אבינו קבל ואנחנו לא נקבל. ועוד קשה לי מדברי מרן עצמו שכתב שאם האמינו עליו ועל יורשיו שגם היורשין בכלל ומה בנך אם האמין אותו גם על יורשיו הרי יכולין היורשין לומר אם אבינו האמינו וקבל דבריו כשני עדים אנחנו שעכשיו הממון בידינו לא נקבל למלוה כלל ולא נאמין אותו ונאמנות אבינו וקבלתו תועיל דוקא לגבי דידיה ואנחנו לא נקבל דבריו ונאמנותו. ולפקד"ן דאילו ראו הרב פ"הא והרב פרי הארץ דברי הסמ"ע ודברי הלבוש בטעם שכתבו היו חוזרין מדעתן:

עוד נראה לומר דהנה מצינו גבי נאמנות שאם המתחייב אמר עלי ועל יורשי דפשיטא שהיורשין חייבין לקבל דבריו ואין יכולין להשביעו ומזה נראה דגם לגבי נדון דידן אם קבל עליו ס' הפוסק המקיים את דבריו עליו ועל יורשיו דגם היורשין חייבין דמאי שנא ולא גרע מנאמנות עליו ועל יורשיו. ובנדון דידן ידוע לכל רבני אר"ץ וחכמיה וסופריה שכל כוונת המקבל עליו סברת הפוסק המקיים מתנה לאו משום עצמו דהנותן כותב זה שלא יחזור בו כי דבר זה לא יעלה בדעתו בשום זמן אלא עיקר קבלה זו משום יורשיו לפי שהוא חושש על המקבל מתנה שלא ישטמוהו בעלי חצים המשתעשעים בסתירת שטר המתנה והם תמיד מחפשין בספרן של הפוסקים למצוא מהם שנים המסייעים אותן ויאמרו היורשין שהם מוחזקים ויאמרו קי"ל כוותייהו ולכן להוציא מלבן דבר זה כותב שקבל ס' הפוסק המקיים דבריו אפילו שהוא יחיד נגד רבים וידוע לכל שכל כוונת הנותן לאו משום הוא עצמו שלא יחזור בו אלא כל כוונתו בשביל היורשין שלא יטענו קי"ל וא"כ הוי כאילו פירש שקבלה זו עליו ועל יורשיו אחריו וא"כ הוי כמו נאמנות שפירש עליו ועל יורשיו אחריו וכ"ת דעכ"פ מידי ספיקא לא נפקא דמי יאמר אם כיון הנותן עליו ועל יורשיו דא"כ הו"ל לפרש אכן אם נאמר דלהכי כיון הנותן נתבטל השטר לגמרי

לפ"ז ומצינו להרב המגיד בפ' כ"ג מה' מלוה ולוה שכתב וז"ל מכאן יש ללמוד שאע"פי שאמרו יד בעל השטר על התחתונה היינו דוקא בדבר שיש לו שני פנים ואינו סותר עיקר השטר לומר שנכתב שלא בכשרות אבל בדבר שיש לפסול ולהורע את השטר מעיקרו אדרבה מעמידין השטר על חזקתו שהוא כשר והבא לפסול את השטר עליו הראיה וכ"כ ר"ח והר"ש והרמב"ן והרשב"א ע"כ. וכן פסק מרן בש"הט סי' מ"ב ובספרו אבקת רוכל סי' פ"ג. עוד מצינו להריב"ש סי' תי"ג שכתב שלעולם יש לנו לתלות בכל מה שאפשר להכשיר השטר אפילו בדרך רחוקה. עוד כתב בסי' ת"פ אבל לבטל השטר מעיקרו כמו בנ"ד שאם היה כמו שאמרו היתה המתנה בטילה ואין אומרים בזה יד בעל השטר על התחתונה ע"כ. מכל הדברים האלו נראה שאין לפרש השטר שלהכי כיון ונפסול השטר ונבטל המתנה אלא יש לנו להעמיד השטר בחזקת כשרות וא"כ בנ"ד שכתוב בו וקבל עליו ס' הפוסק בשטר שכתוב בו גופא מהיום ופירי לאחר מיתה ועיקר המתנה שתגיע ליד המקבל הוא לאחר מיתה וא"כ אם נימא כמו שכתבו הרב פ"הא והרב פ"הז דהקבלה אינה מועלת אלא לגבי דידיה ולא לגבי יורשיו אחריו א"כ לפ"ז השטר נתבטל לגמרי כי יאמרו היורשין אנחנו לא נקבל את דבריו ומאי אהניא לן לגבי הנותן שלא יחזור בו כיון שבחייו לא זכה בשום דבר ועיקר הזכייה לאחר מותו ואחר מותו יאמרו המושלים בממון אנחנו לא נקבל ונמצא לפי זה שהשטר בטל לגמרי ואדרבה היה לנו להחזיקו בכשרות כדברי הראשונים הנז' ואז לא יוכלו היורשין לטעון קי"ל כנגד הפוסקים הראשונים אשר זכרנו ולבטל השטר לגמרי ועוד דבנדון דידן כבר כתבנו שידוע ומפורסם הדבר ואין בו ספק כי כל כוונת המקבל ס' הפוסק בשביל היורשין שלא יערערו על המתנה וא"כ הוי כמו נאמנות שאם כתב עליו ועל יורשיו אז גם היורשין בכלל:

ויתכן לומר דגם הרב פ"הא והרב פ"האר לא כתבו חילוק זה אלא במקום שיש צדדים בלא"ה להכשיר את השטר כמו בנדון דידהו אבל במקום שלא יש כ"א סניף זה בלבד ומצידו אנחנו באים לפסול את השטר לגמרי בכגון זה ודאי לא כתבו הרבנים הנז' שיש לפסול את השטר:

עוד יש להביא ראיה לנ"ד ממ"ש מהרלב"ח סי' ל"ו דף ח"ן ע"ד וז"ל מפורסם לכל הוא כי כל תנאי שהוא נגד הדין ראוי שיבוא מפורש מאוד בלשון השטר ובאופן שיובן שכך קבלו עליהם המתנין ואם אפשר לפרש הלשון באופן שלא יהיה נגד הדין שראוי ומחוייב לפרש כן וכו' וא"כ בנדון שלפנינו אם נאמר שפירוש בחייו ובמותו ר"ל בחיי הבעל כל זמן שתרצה לגבות כתובתה אפי' קודם הגירושין הוא כנגד הדין דכתובה לא ניתנה ליגבות מחיים ומנין לפרש כן שאם כוונת המתנין כן היתה היה להם לכתוב יותר מבואר

וכדי שיפורש הלשון כפי הדין נפרש שבחייו הכוונה כשתתגרש ובמותו כשתתאלמן ולגבי היבם כשתחלוץ תטול כתובתה או ימות היבם עי"ש. מדבריו אלה נראה שאם ביאר דבריו להדיא בלתי להסתפק כלל שפי' להדיא שבחיי היינו אפילו בעודה תחתיו ואפילו שהוא כנגד הדין כי לא ניתנה כתובה ליגבות מחיים עכ"ז כיון שפי' דבריו להדיא והתנה כן בפי' כל דבר שבממון תנאו קיים. ומינה גם גבי יבם שהוא ירש נכסיו אם רצתה לגבות כתובתה בחיי היבם יכולה לגבות ואין היבם יכול לטעון אם אחי קבל עליו והתנה על עצמו שלא כדין אני לא אקבל עלי דבר זה אלא חייב לתת לה כתובתה אפילו בחיי היבם כיון שביאר דבריו להדיא וא"כ נראה דאפילו בנדון זה שהתנה על עצמו תנאי שלא כדין עכ"ז אחיו מתחייב בו כמו מורישו כ"ש בנדון דידן שהדבר ידוע שהמקבל עליו ס' הפוסק אין זה שלא כדין אלא שאותו פוסק רבו עליו חביריו ובודאי דכגון זה חייבין אף היורשין וכי תימא דשאני יבם שהוא במקום אחיו קאי ולכן פסק מרן שכתובתה על נכסי בעלה הראשון זה אינו דהא חזינן דהם גופים מחולקין ויכול לומר אני לא אקבל ועוד דאם נימא דשאני יבם דכתובתה על נכסי בעלה הראשון הרי גם בנ"ד בעל השטר בא לגבות מנכסי אביהם ואם אין לו נכסים אין היורשין חייבין לתת לו. מכיסם וא"כ הוי כמו היבמה שכתובתה על נכסי בעלה הראשון ואין יכול היבם לטעון אם אחי קבל עליו להתנות על עצמו שלא כדין אני לא אקבל אלא הוא ואחיו שוים בקבלה ולפקד"ן דאילו ראו הרבנים הנז' דברי מהרלב"ח הנז' ודברי הסמ"ע הנז' לא היו כותבין כן ויותר מהמה שהסמ"ע שם סיים ונסתפק אם כתב נאמנות גם על יורשיו ובאו היורשין ואמרו אנחנו פרענו לך והוא מכחישם שכתב שם דכיון שהם אמרו פרענו לך אין כח ביד אביהם להפקיע ממונם. מדבריו אלה נראה שדוקא לפי שהיורשין אמרו לו שאנחנו בידינו פרענו לך אז לא יוכל אביהם להפקיע ממונם אבל אם אמרו אנחנו בעינינו ראינו שאבינו פרע לך עכ"ז כיון שאביהם האמינם על עצמו גם היורשין הם כמוהו ואין יכולין היורשין לומר אם אבינו קבל למלוה כשני עדים והאמינו אנחנו לא נקבל ואף שזה לא כתב הסמ"ע אלא דוקא במקום שקבל אותו עליו ועל יורשיו משא"כ בנדון דידן כי זה אינו דהא כבר כתבנו לעיל דלא בעינן שיכתוב כן אלא דוקא גבי נאמנות שבפניו אינו מעיז משו"ה האמינו אבל לגבי יורשיו שהוא מעיז לא האמינו ולכן אם כתב נאמנות גם על יורשיו אין היורשין משביעין אותו אבל בנ"ד דלא שייך האי טעמא הכל שוה בין אם צוה על יורשיו ובין לא צוה ועוד דבנ"ד כ"ע ידעי דכל עיקר קבלה זו משום היורשין שלא יבואו עליו בטענות קי"ל וכיוצא וא"כ הוי כמו שפירש בהדיא שקבלה זו עליו ועל יורשיו אחריו קבל ס' הפוסק:.

עוד יש להביא ראיה לנ"ד מההיא דהרדב"ז בכמה מקומות וחד מנייהו עדיף לנ"ד בסי' רפ"א שכתב שאין יכול לומר קי"ל נגד דברי הרמב"ם דכיון דא דאתריה דמר הוא הוי כאילו קבלוהו עליהם ושוב לא מצי בעל דין לומר קי"ל כפ' גאון עי"ש. ונראה מדבריו דכיון דהיו באים ועומדין לפניו לדין הוי כאילו קבלוהו עליהם ושוב אין יכול לטעון קי"ל נגד דבריו. ולכאורה קשה הקבלה זו היה לנו לומר שלא תועיל אלא דוקא בחיי הרמב"ם שעמדו לפניו לדין וקבלו סברתו אבל דורות הבאים לא היה להם לקבל סברתו ואי משום דבדורות הבאים נהגו להורות כוותיה הרי בסי' רפ"א הנז' לא נקיט לה משום מנהג שנהגו כוותיה אלא משום דאתריה הוא אלא ודאי נראה דכיון דאתריה הוא וקבלו סברתו נמשכה הקבלה עד כמה דורות ועד היום דסתם כל אדם מסכים לדעת אביו משום דכתיב ואל תטוש תורת אמך ומינה דגם בקבל עליו ס' הפוסק אפילו שהוא יחיד נגד רבים גם בניהם חייבין לקבל מה שקבל אביהם. ועוד כי מצינו למרן בסי' ח' בב"י והביאו מור"ם והוא מתשובת הרשב"א שכל ציבור יכולין לקבל עליהם בית דין שאינו ראוי מן התורה עי"ש. ואם איתא לדברי הפ"הא והרב פ"האר הו"ל לבאר שם שאם מת אחד מהמקבלין בניהם אין חייבין לקבל כי יכול לומר אבי קבל ואני לא אקבל את דבריהם ולא מצינו חילוק זה בשום פוסק ואין לומר דשאני הכא שכל הציבור קבלו אותם וכמו שכתב קודם זה וכיון שקבלום עליהם בני העיר אין אחר יכול לפוסלן שהרי כתב מור"ם לדעת אנשי העיר וכיון שזה הבן היום גדל ולא קבלו יכול לפוסלו אלא ודאי נראה שהקבלה נמשכת גם לבניהם אחריהם ולכן לא הוצרכו לבאר זה בדבריהם:

עוד יש להביא ראיה לנ"ד מההיא דהרשב"א שכתבתי דעשה תיקון למודעא שיפסול עידי המודעא וכענין שאמרו בנאמנות עי"ש. ובענין המודעא מצינו לכמה פוסקים שיצאו לחלק בדעת הרשב"א כמה חילוקים ולא מצינו לשום פוסק לא מהראשונים ולא מהאחרונים לומר דהמודעא אינה מועילה אלא דוקא גבי המתחייב עצמו שקבל על עצמו שיהיו אותן עידי המודעא פסולין אבל לא לגבי בניו לפי שיכולין לומר אבינו פסל וקבל על עצמו שיהיו אותם עדים פסולים ואנחנו לא נקבל ולא אישתמיט שום פוסק לחלק בהכי ועוד שהרי השוה פיסול העדים לנאמנות וגבי נאמנות כבר כתבנו דהא דצריך לבאר שהנאמנות גם על יורשיו לפי שלגבי יורשיו מעיז הא אילו לא היה טעם זה היתה הנאמנות מועילה גם גבי יורשיו ועוד דאלת"ה א"כ כמו גבי נאמנות צריך להזכיר יורשיו בפירוש ובלא"ה לא סגי א"כ גם גבי מודעא היה לו להרשב"א לתקן ולומר ופיסול עדים זה עליו ועל יורשיו אלא ודאי נראה דדוקא גבי נאמנות דאמדינן דעתיה דלגבי דידיה אינו מעיז ולגבי יורשיו מעיז אבל בשאר מקומות הכל שוה האב והבן לפי דכיון

דהאב שהיה הממון שלו קיבל ס' הפוסק ונתחייב בקבלתו א"כ גם יורשיו אחריו חייבין לקבל מה שעשה אביהן ולכן הרשב"א ז"ל לא הוצרך לבאר זה בדבריו:

והנה נדון דידן קבלת ס' הפוסק אפילו שהוא יחיד נגד רבים לגבי המתחייב עצמו לא נפלאת היא ולא רחוקה ועיקרא בירושלמי הביאה הרב החבי"ב בסי' ג' הג"הט אות ט' ר' אבהו הוה דאין בלחודוהי א"ל תלמידיו למדתנו רבינו אל תהי דן יחידי א"ל כיון דאנן יתבינן ואנא בלחודוהי ואינון אתיין ודיינין קמאי כמאן דמקבלין עליהון דמי וכתב הרב החבי"ב ושמעינן מינה דלא בעינן קבלה בפי' אלא כל שהוא יושב ודן ובאים לפניו לדין קבלה הוי עי"ש. הרי משמע דכל שקבלוהו עליהם אע"פי דקי"ל אל תהי דן יחידי עכ"ז ע"י הקבלה יכול לדון יחידי וכן פסק מרן בש"הט סי' ג' ס"ב פחות מג' אין דיניהם דין ואפילו לא טעו אא"כ קבלו עליהם בעלי דינין וכ"כ ג"כ בסי' ח' שכתבתי לעיל וכ"כ בסי' ל"ג סי"ח ובסי' ל"ז סכ"ב גבי עדים ונראה דמזה הירו' כתב הרדב"ז שהבאתי לעיל על הרמב"ם דכיון דאתריה הוא הוי כאילו קבלוהו עליהם ומדבריו נראה שאפילו היו רבים חולקין עליו כיון דאתריה הוא כקבלוהו דמי ולכאורה קשה דנראה מדבריו דאפילו לא קבלוהו עליהם בפי' ויקשה דאם לא קבלוהו מאי נפקא מינה אם אתריה והוא יחידי אכן ע"פי הירו' א"ש דכיון דבאים לפניו מאליהם הוי כמו קבלוהו ולכן דן אפילו יחידי. ועכ"פ נראה מכל זה דבקבלוהו בפירוש ליכא מאן דפליג דאפילו יש חולקין עליו כיון דקבלו סברתו אפילו שהיא יחידית חייב לקבל עליו ומעתה יש לתמוה על הרב זל"א שכתב דהרב ב"ד מ"ש וצ"ע לדינא לפי שהרדב"ז שינה את טעמו בסי' תל"ג וכתב דעכ"ז יכול לומר קי"ל והתימה ממנו דאיך יכול הרדב"ז לפלוג על דברי הירוש' ועל דברי מרן הנז' שהוא מוסכם מכל הפוסקים וגם הרב ב"ד עצמו איך אפשר שנאמר כן בדעתו ויהיה נגד כל דברי הפוסקים הנז' באופן שלא ידעתי טעמו של דבר מ"ש הפ"הא והרב פ"האר דכיון שהוא בריא והממון שלו והוא רצה ליתנו לאיש ההוא וקבל עליו ס' הפוסק המקיים המתנה ואפילו שהוא יחיד והרי גבי דיינות מצינו שיוכל לקבל עליו ואפילו ג' רועי בקר גם מצאתי למרן ז"ל בתשו' בס' אבקת רוכל סי' ר"א שכתב דכיון דקבלום הציבור עליהם אפילו לדעת רש"י והתו' יכולין לדון ולהורות ואין שום אדם יכול לעכב על ידם ואפילו שהם פחותים ממ' ואפילו לא הגיעו להוראה ע"כ. ואם איתא דהבנים שלא קבלו יכולין לומר אנחנו לא נקבל א"כ איך פסיק ותני ואין שום אדם יכול לעכב על ידם הרי הבנים שלא קבלו יכולין לעכב על ידם כי יאמרו אנחנו לא נקבל ואין לומר דשאני הכא דהציבור קבלו אותם דהא כיון דמצד קבלה נגעו בה ולא מצד הסכמה שהסכימו מה לי ציבור מה לי יחיד כיון דמצד קבלה נגעו בה. ומה מאוד יש לתמוה על הרב פ"הא שכתב

בחלק ראשון דף ס"א דהא דמועיל קבלת הפוסק דוקא לגבי דידיה אבל לא לגבי יורשיו והביא חילוק זה בלתי שום ראיה מדברי הפוסקים. ואני הדל לפי מיעוט ידיעתי בדברי הפוסקים לא ראיתי לפוסקים אחרונים שיביאו חילוק גדול כזה והוא היפך סברת הנותן שהיה הממון שלו ולא יביאו לו סמוכות מדברי הפוסקים ודוחק לומר שסמך עצמו על מה שכתב בח"ב דף נ"ט ע"ב שהביא ראיה מדברי מהראנ"ח נ"ח ח"א סי' ס"ו. ועוד דאם איתא כמ"ש הרבנים הנז' דכיון שנפלו הנכסים קמי היורשין נעשה הממון שלהם ויכולין לומר אבינו קבל עליו ס' הפוסק ואנחנו לא נקבל א"כ גבי נאמנות שהאמין למלוה כשני עדים ובא להוציא היום הממון מתחת ידם יאמרו היורשין אם אבינו קבל אותך כשני עדים אנחנו לא נקבל אותך כלל כי היום הממון ברשותינו וכבר יצאו מרשות אבינו המת ואפי' אבינו קבל עליו סברת שני גדולים מהפוסקים עכ"ז כיון שלא קבעו הלכה כמותן יכולין לטעון אם אבינו קבל אנחנו לא נקבל כ"ש לגבי המלוה שהוא איש בעלמא ואפשר שאביהם פרע לו ועכשיו בא לגבות מהם פעם שנית שיכולין לטעון אנחנו לא נאמין אותך:

ובר מן דין כבר מצאנו ראינו למרן החבי"ב בתשו' ח"מ סימן קס"ה שנשאל מגביר אחד שצוה שיכתבו. לו שטר מתנה מהיום ולאחר מיתה ושלא יהיה בו שום עירעור וכתוב בשטר ההוא שאפילו יהיה מחלוקת בפוסקים תתקיים לדעת המקיימה והשיב שמתנה זו שרירה וקיימת ואין בה שום פקפוק ועירעור וזכו מקבלי מתנה נחלה בלי מצרים וכ"ש בנ"ד שהגביר הנז' פירש דבריו ואמר שרוצה שתהיה מתנה זו קיימת על דעת הפוסק המקיימה עי"ש. ובודאי מרן החבי"ב דכל רז לא אניס ליה ובקי בחדרי חדרים של הפוסקים ואם היה רואה שסברא זו אינה מתקיימת אלא לגבי הנותן עצמו ולא לגבי יורשיו אחריו לא היה מעלה אותה על דל שפתיו בנדונו שהיה הענין עם היורשים ואפילו לסניף בעלמא. ועוד קשה לי על דבריהם שפסקו הדין בסכינא חריפא ולא נתנו טעם לדבר ואדרבה הס' נותנת להיפך דאם נימא שבנדון דידיה דהרב פ"האר שהיתה מלוה ביד אחרים וכשהוא בחיים המלוה אם רצה למחול אותה ההלואה למלוה היה יכול למחול אפילו בדברים בעלמא בלא קנין ועכשיו בא ליתן אותה לאיש זה וקבל עליו ס' הפוסקים והם המרדכי ובעל המאור והנמק"י ומהרי"קו שכתבו דאם הקדיש מלוה שביד אחרים הקדשו הקדש א"כ כיון שהמלוה קבל עליו סברתם ומעת שקנו מידו זכה בה המקבל בכל מקום שהיא א"כ מה להם ליורשין עמו:

וראיתי למרן החבי"ב בתשובה ח"מ סי' ע"ג שכתב דאף דקי"ל הילכתא כבתראי לא אמרינן הכי אלא כשדברי הראשונים באו על ספר מפורסם וידוע אבל מה שנמצא כתוב

בתשו' גאון ז"ל ולא עלה זכרונו על ספר ידוע אפילו שימצא פוסק אחרון שיפסוק היפך הגאון הקודם לו איכא למימר דלא שמיע ליה לפוסק אחרון את דבריו ואי הוה שמיע ליה הוה הדר ביה וכן תפסו כל האחרונים ובנ"ד הדבר ברור שתשו' מהר"י קארו ומהר"ם מטראני לא נתגלו בימי מהרשד"ם ומהר"א חסון ואי הוה שמיע להו הוו הדרי בהו עי"ש. ומזה נלמוד בנ"ד במכ"ש דאף מהרשד"ם שהיה בזמן מרן והמבי"ט כתב עליו הרב החבי"ב שלא ראה תשובת מרן והמבי"ט ואילו ראה אותם היה חוזר בו כ"ש הרב פ"הא אילו היה רואה תשובת מרן החבי"ב דסבר לה מר דאפילו לגבי יורש יכול לקבל עליו ס' המקיים המתנה שהיה חוזר בו מדבריו אכן בימיו עדין לא נדפסו ש"ות בעי חיי ורב הזמן ביניהם וחכמתו ובקיאותו כל הפוסקים הודו ואמרינן אי הוה שמיע ליה הוה הדר ביה ואף שהרב פ"הא נסמך על דברי מהראנ"ח כבר כתבנו דאין דומה לנ"ד כלל:

עוד ראיתי למרן החבי"ב בכנ"הג ח"מ סי' כ"ה הג"הט אות ל' שכתב דלא אמרינן קי"ל אלא היכא דלא קבלו עליהם ס' הפוסק אבל במקומות שנהגו לפסוק כהרמב"ם או כהרא"ש אין המוחזק יכול לומר קי"ל הרדב"ז ח"א סי' קי"ו. אמר המאסף נסתפקתי אם אפילו שהוא יחיד בסברתו אינו יכול לומר קי"ל כנגדו והסברא נוטה דאפילו הוא יחיד בסברתו לא מצי למימר קי"ל כנגדו כיון דמטעם קבלה נגעו בה ע"כ. הרי נראה להדיא מדברי מרן החבי"ב דכיון דמצד קבלה נגעו בה אפילו שהוא יחיד בסברתו נגד כל הפוסקים עכ"ז כיון שקבל סברתו אין יכול לומר קי"ל כנגדו:

נאום האד"ן ס"ט

סימן כז

שאלה יש לנו לדרוש ולחקור בהא דהדבר ידוע ומפורסם שבני א"י ת"ו ופה אר"ץ ודמשק ועירי ביסתאן שקבלנו עלינו הוראות מרן ז"ל ואין יכול שום אדם לטעון קי"ל כנגד דברו אם היינו דוקא מ"ש בב"י ובש"ע אבל מה שכתוב בתשובותיו לא קבלנו או דילמא דקבלנו הוראותיו בכל מקום בין מה שכתוב בב"י ובין מה שכתוב בתשובה הכל שוים ואדרבה יש מקום לומר דאדרבה מה שכתב בתשובה הוא עדיף שהם הלכה למעשה ויותר מדקדק בהם ועוד דבתשובה מאריך הרבה בראיות ולכן יש לסמוך על דבריו שבתשובה:

תשובה אני הדל בסי' שקודם לזה כתבתי מה שנראה לע"ד בזה והן היום אין לך בו אלא חידושו ושם הבאתי את דברי הרב שער המים בס"סי ט' שכתב ששמע כי אף שמרן ז"ל קבלנו הוראותיו מ"ש בש"ע שהביא הסברות בפי' ורבו גדולי המורים שהסכימו

על ספרו אמנם בפסקים דיני מרן כמו הפסקים שבזמנינו עי"ש. ולכאורה דבריו דברי תימה שהרי מה שכותב בב"י ובש"ע כותב בקצר אמיץ אכן בתשובה הוא מאריך ככל הצורך בראיות והם הלכה למעשה ולמה לא נלך אחריהם ועוד שהרי כתב מרן בהקדמתו דבמקום שלא דברו ג' עמודי ההוראה בדין ההוא הוא הולך אחר דעת רוב הפוסקים ולא מצינו בתשו' שחזר בו מסברא זו וא"כ לפ"ז נראה דגם מ"ש בתשו' קבלנו הוראותיו אלא שהדבר המנגד לזה הוא במה שמצינו להפוסקים שכתבו על דברי הרא"ש דבמקום שסותר דבריו מהתשו' לפסקים שהפסקים עיקר ולכאורה נראה דזה סיוע לדברי השע"ה הנז' שהרי מצינו בהרא"ש שתופסין בו עיקר מה שכתב בפסקים ולא מ"ש בתשו' וא"כ גם לגבי מרן מ"ש בב"י הוא עיקר ולא מ"ש בתשו'. אכן אין זה כלום שהרי מצינו להטור ח"מ ס"סי ע"ב שכתב דאע"פי שכתב בתשו' שהמלוה על המשכון שומר שכר בפסקיו כתב שהוא ש"ח ואחרונה היא גם מצינו למרן בב"י סי' ק"ו שכתב משם בנו של הרא"ש ר' יהודה שכתב דכשרואה אני דבריו סותרין זה את זה מפסקיו לתשו' הריני הולך אחר הפסקים שהם אחרונים עי"ש. מעתה ל"ק ולא מידי דההיא דהרא"ש שאני לפי שכתבם באחרונה ויש מקום לומר שחזר בו אבל ודאי אם היו התשובות באחרונה ודאי שהיו הולכין אחריהם הן מצד שהם אחרונים והן מצד שהם הלכה למעשה ובלא"ה ל"ק ולא מידי מההיא דהרא"ש לנ"ד דאף שאמרו דהפסקים עיקר היינו כשהם סותרין מתשו' לפסקים אבל במקום שאין סתראי נינהו שניהם שוים לטובה ואזלינן בתרייהו:

והטור ז"ל בי"ד סי' קס"ט כתב שם דברי הרא"ש שבתשו' וכתב שם מרן שזה סותר למ"ש הוא עצמו בח"מ סי' ע"ב ותירץ דאפשר לומר דלאו כללא כייל לן דבכל מקום שדבריו סתראי נינהו דאזלינן בתר הפסקים אלא בההיא תשו' דוקא קאמר שהיה ידוע לו שדבריו בפסקים היו אחרונים לה ומרן החבי"ב בח"מ סי' ע"ב אות ס"ט שכתב דלא כתב רבינו מהרי"ק כן אלא לדברי בע"הט שבסי' זה אבל למ"ש בסי' ק"י ובטור י"ד סי' שמ"א משם הר"י בן הרא"ש אי אפשר לומר כן אלא שסובר דכלל זה הוא בכל מקום. דאזלינן בתר הפסקים שהם אחרונים וסיים שם ולפ"ז חולקין הרב ר"י עם אחיו בעל הטורים ז"ל ע"כ. ואנכי העבד לא ידעתי למה לא כתב מרן דההיא דסי' קס"ט דאזיל בתר התשו' משום שראה לאביו שנשאל בשאלה זו אחר שחבר הפסקים ומשו"ה הטור פסק כוותיה דהתשו' ואחיו ר' יהודה לא ראה דבר זה אפשר שהיה חוץ לעיר ובזה עלו דברי הטור ואחיו הר"י שניהם שוים לטובה דאזלינן בתר דבריו האחרונים משא"כ לפי פי' הרב החבי"ב שיהיה מחלוקת במציאות הטור ואחיו דר"י ומרן ז"ל בתשו' א"ה סי' ב' הביא דברי הטור שבסי' ע"ב שכתב דכל מקום שדברי הרא"ש סותרין זה את זה

מפסקיו לתשו' שהפסקים עיקר שהם באחרונה וקשה שהרי הוא עצמו בי"ד סי' קס"ט וסי' ר"א פי' דברי הטור דלאו כללא כייל לן אלא דוקא בההיא דסי' ע"ב דקים ליה להטור שהיתה באחרונה וא"כ איד פה יביא ממנה סיוע לדבריו ולא זכר שר מ"ש הוא עצמו בסי' קס"ט וסי' ר"א ועוד דהו"ל להביא סיוע מדברי אחיו ר' יהודה שכתב כן בפי'. ולולי דמסתפינא הייתי אומר שמרן חזר בו מההיא דסימן קס"ט כי ידוע לנו הדבר שהתשו' חיברם אחר חיבור ב"י וסבר לה מר כי הטור בסי' קס"ט שפסק כדברי התשו' לפי דקים ליה שאותה תשובה דוקא נעשית אחר החיבור של הפסקים ומשו"ה פסק כמותה אבל אה"נ דבמקומות אחרים התשו' היו קודם ואח"ך הפסקים כדברי ר' יהודה אחיו ושניהם שוים לטובה. ומהרימ"ט שם בסימן ז' אסיק דכל פוסק שסותר עצמו מחיבור לתשו' בין שיהיה החיבור תחילה ואח"ך התשו' ובין בהיפך שעשאו בסוף ימיו הפסקים עיקר ע"כ. וקשה לי על דבריו דמאחר דבתחילת ימיו כתב הפסקים ואחר זה בא אליו שאלה ופסק היפך מ"ש בפסקים היאך נוכל לומר דהפסקים עיקר אחר שראה אותם ולא נראו בעיניו ופסק בתשו' להפך. ואם תאמר דאם איתא דחזר בו היה לו להסירה מהפסקים כמו שכתב מהרי"ט א"כ גם זה קשה היאך השיב להם תשובה ונתן בידם והדבר בהיפך ואין דעתו כן ועוד דגם הרא"ש עצמו אם איתא דידע אניש בנפשיה דהפסקים עיקר היה לו להסירה מתוך שאר התשובות. ונראה לומר דמ"ש מהרי"ט דהפסקים עיקר היינו לגבי דידן שלומדים בספרים ורואים שיש מהם כותבין כמ"ש בפסקים ויש מהם שכותבין כמ"ש בתשו' ועל אופן זה כתב שיש לילך אחר הפסקים כי יותר הם מדוקדקין:

והנה מהרי"ל בסי' ע"ו הביאו הרב החבי"ב בסי' ע"ב הג"הט אות ס"ט כתב שיש לילך אחר התשו' יותר מהפסקים שלא היו בשעת מעשה עי"ש. מדבריו אלה נראה שהתשובות שהם הלכה למעשה יותר הם מדוקדקים מהפסקים ומעתה לפי דברי מהרי"ל יש לפשוט ספק דידן דמאחר דראינו אנן בדידן דקבלנו הוראותיו במ"ש בפסקים א"כ כ"ש מה שהורה וכתב בתשו' שהם הלכה למעשה ועוד שהם אחרונים ואף שמהרימ"ט פליג על דברי מהרי"ל וסבר דהפסקים עיקר בין שיהיו בראשונה ובין שיהיו באחרונה היינו דוקא כשהם סותרין זה את זה אבל אם אינם סותרין זה את זה שניהם כאחד. עוד יש להביא ראיה לנ"ד ממה שמצינו לר' יהודה בן הרא"ש שכתב דכל מקום שאנו רואים דברי הרא"ש ז"ל דסתראי נינהו אנו הולכים אחר הפסקים וקשה דלמה לו לתת טעם לפי שהם אחרונים הו"ל לתת טעם דבפסקים יותר מדקדק הרא"ש אלא ודאי נראה דסבר לה מר דהתשובות שהם הלכה למעשה יותר מדקדק בהם הפוסק והיה ראוי דבמקום שדבריו סתראי נינהו היה לנו לילך אחר התשו' אלא לפי שלא היו התשובות

באחרונה אלא הפסקים נעשו באחרונה א"כ ראוי ללכת אחר הפסקים שהם באחרונה ואמרינן דודאי חזר בו ממ"ש בתשו' אף שהם הלכה למעשה דודאי בכתבו הפסקים נתחדש לו איזה דבר וחזר בו וא"כ אנן בדידן שברור לנו הדבר שהתשו' נכתבו באחרונ' ואם הם סותרין למ"ש בב"י אנו הולכין אחריהם כ"ש כשאינם סותרין ואם אנחנו קבלנו את דבריו בחיבור ב"י ובש"ע כ"ש מ"ש בתשו'. ולמה שהקשה מהרימ"ט שם ח"מ סי' ז' וז"ל וכי אפשר להיות דבר זה שבעת אשר כתב החיבור הניח שומר על פתח בית המדרש שלא ישאל אותו שום אדם וכן הקשה הרב החבי"ב שם בסי' ע"ב הג"הט אות ס"ט ולפקד"ן דלא נפלאת היא ולא רחוקה וכבר אמרו על הרמב"ם ז"ל שישב כמה שנים בהסגר בעת שחיבר ספרו וגם הרא"ש עשה כמוהו שישב בהסגר ועשה שם הפסקים ולא נודע זה לרבים א"נ אפשר שהיו שואלים ממנו שאלות והיה פושט אותם מהפסקים שלו ולא היה עושה אותם בדרך שאלה ותשובה ובמקום שעדין לא הגיע לשם בפסקים היה פושט להם מתוך הסוגיא ואין זה דבר רחוק:

א"נ רוב תשובותיו חיברם בתחילה ואחר זה חיבר הפסקים וסבר ר' יהודה בנו דבמקום שדבריו סתראי נינהו אנו הולכין אחר הפסקים שהיו באחרונה ואף שבעת חיבור הפסקים נשאל כמה שאלות ואפשר שיש מהם אשר נשאל עליהם אחר החיבור והוה לן לילך אחריהם עם כל זה כיון שלא נודע לנו איזה מוקדם ואיזה מאוחר אזלינן בתר הרוב שנתחברו תחילה ואח"ך הפסקים ואזלינן בתר הפסקים ואפשר דלכן כתב מרן בי"ד סי' קס"ט וסי' ר"א דהטור בההיא דסי' ע"ב קים ליה שהיתה באחרונה ומינה אנו אומרים לדעת ר' יהודה דבמקום שמצינו שפסק הטור כהתשובה לפי דקי"ל להטור שאותה תשובה היתה באחרונה ור' יהודה שלא ידע איזו מוקדמת ואיזו מאוחרת אמר על הכל שאנו הולכין אחר הפסקים והתשובות נחשבים רובו ככלו שהם ראשונים כיון שהפסקים ברור לנו שהם באחרונה. ועפ"ז יש לתרץ מה שהקשה מהרש"ך ח"א סימן קל"ו על דברי מהרד"ך בית כ"ח שהרא"ש כתב בפסקים שהמשומד יורש את אביו שאע"פי שחטא ישראל הוא ואילו בתשובה כתב שאינו יורש את אביו ותירץ דבפסקיו לא ראה תשו' דר' יהודה שכתב דמשומד אינו יורש ומשו"ה כתב דיורש אבל בתשו' שראה תשו' הנז' חזר בו והקשה עליו מהרש"ך שאיך נעלם ממנו דברי הטור ודברי אחיו ר' יהודה שכתבו בפשיטות שהפסקים נעשו באחרונה עי"ש. והנה מדברי הטור שבסי' ע"ב ליכא קושי כלל לפי שמצינו לו בטור י"ד סי' קס"ט ור"א דאזיל בתר דברי אביו שבתשו' וכתב עליו שם מרן ז"ל שבסי' ע"ב לאו כללא כייל לן אלא דוקא בההיא דסימן ע"ב קי"ל שהיתה באחרונה ולאו בכל מקום כן הוא ואף לדברי ר' יהודה א אחיו כבר

כתבנו דגם הוא יודה שיש מקומות שהתשו' היו באחרונה אלא במקום שלא נתברר לנו מי קדם אזלינן בתר רוב התשובות שהיו בתחילה והפסקים אחרונים אבל במקום שיש לנו קצת גילוי שהתשו' באחרונה כגון ההיא דמשומד שבתשו' הביא ס' ר' יהודה ובפסקים לא הביא אמרינן דחזר בו מהפסקים והתשובה אחרונה והיא עיקר וכמ"ש הרב מהרד"ך ז"ל והכלל שנתן ר' יהודה בנו הוא על מקום שהוא סתום ולא נודע אפילו ברמז מי קדם:

וחזי הוית להרב ברכת אברהם סי' קנ"ג דף קל"ח שכתב דידע הטור באביו הרא"ש דלא כתב דבריו דפ' הרואה דרך פסק אלא דרך פירוש אבל מה שפסק הרא"ש דרך פסק באמת מ"ש בתשובה והקשה עליו הרב שלחן גבוה בכללי הרא"ש וז"ל וצ"ע שהרי הטור ח"מ סי' ע"ב כתב להיפך שדברי הפסקים עיקר עי"ש ונראה דאישתמיט מיניה דמר מ"ש הטור עצמו בי"ד בסי' קס"ט ובסי' ר"א דמשם באר"ה דהטור ס"ל שדברי הרא"ש שבתשו' עיקר ועליהם סמך דבריו ומ"ש בסי' ע"ב כבר כתב מרן דלאו כללא כייל לן אלא דוקא בההיא דסי' ע"ב קי"ל בדעת אביו שהיתה אחרונה ועוד דאפילו תימא דפשט דברי הטור כן דלא כמ"ש מרן מ"מ הטור לא אמר בפי' כי בכל מקום כן הוא אלא אמר על תשו' זו שהיתה באחרונה לפי שהדבר היה ידוע לו בזאת התשובה דוקא שהיתה באחרונה משא"כ בר' יהודה אחיו שנראה מדבריו להדיא שהוא נותן כלל על כל מקום שהפסקים אחרונים וכן כתב הרב ברכת אברהם הנזכר שיכול להיות ששמע מאביו שזה שכתב בפרק הרואה לאו לענין פסק אלא לענין פירוש כתב כן אבל מ"ש בתשו' הוא העיקר ולא קשה עליו מההיא דסי' ע"ב כלל ונעלם כל זה מהרב שלחן גבוה מ"ש הטור שם בסי' קס"ט ובסי' ר"א שנראה משם שגם נפסוק כמו שכתב בתשובה גם נעלם ממנו דברי מרן מה שפי' בשני המקומות הנז' בההיא דסי' ע"ב עי"ש. ועוד דכיון דהוא כתב דההיא דפ' הרואה לא לענין פסק דין איתמר אלא לענין פי' א"כ נמצא דכאילו בפסקים לא נזכרה כלל אלא בתשובה דוקא ובכה"ג ודאי דאזלינן בתר התשו' ועל אופן זה לא נתנו כלל ואדרבה הרב ברכת אברהם משום שראה להטור ואחיו שכתבו הם שהפסקים אחרונים לכן כתב שזו אינה בכלל כי הוא פי' ולא פסק:

שו"ר שספק דידן כבר נסתפקו בו בדור שלפנינו חכמי ורבני אר"ץ יע"א והרב המופלא כמה"ר אברהם סיתהון ז"ל בעל המחבר ס' מלל לאברהם שהביא להם ראיה ממה שכתב נדון זה בפי' הרב בעי חיי ח"א סי' ע"ג שכתב וז"ל ומ"מ אפילו דנימא דפליגי לענין הלכה אין ספק שראוי לפסוק הלכה כמהר"י קארו במ"ש בתשובות א"ה וכמהר"ם מטראני שהם היו גדולים ומפורסמים בהוראה ובפרט רבן של כל ישראל מהר"י קארו שעליו

סומכין בכל תפוצות ישראל צאו וראו מ"ש מהראנ"ח בח"א סי' ק"ט על מהרי"ק ז"ל וכבר נתקבל הרב ז"ל עלינו לרב ללכת אחר הוראותיו ע"כ. ואם על דבריו בחיבור שהיה טרוד בפי' דברי הטור ולאסוף כל הסברות כתב כן כ"ש על דבריו שבתשו' שהם הלכה למעשה דודאי דקדק בהם הרבה וכמ"ש מהרי"ל בתשו' סי' ע"ו ואע"פי שהר"י בן הרא"ש והבאים אחריו כתבו דיש לילך אחר הפסקים של הרא"ש ולא אחר מ"ש בתשו' אינו ענין לזה כלל דהתם הוא כשהרא"ש סותר עצמו מהפסקים לתשו' אבל כשאינו סותר את דבריו ודאי דאין הפרש בין הפסקים לתשובות עי"ש. הרי להדיא דסבר לה מר מרן החבי"ב דאדרבה מ"ש בתשו' הוא יותר מדוקדק משא"כ בחיבור שהיה טרוד בפי' דברי הטור ואם אנו קבלנו הוראותיו אפילו במ"ש בחיבור שהיה טרוד לפרש דברי הטור ולאסוף סברות הפוסקים כ"ש שקבלנו הוראותיו במ"ש בתשו' שודאי יותר דקדק בהם כדברי מרן החבי"ב שהם הלכה למעשה ומדברי מרן החבי"ב פשטו ספיקם חכמי ורבני אר"ץ ללכת אחר דברי מרן גם למ"ש בתשו'. ואף שראו להרב החיד"א ז"ל בסי' כ"ה שאף שראה להרב משאת משה והרב נחפה בכסף שכתבו שאף למ"ש בתשו' קבלנו הוראותיו והוא כתב עליהם ואינו מוכרח ואחר שראו דברי מרן החבי"ב לא חשו לדבריו כלל ואפילו להוציא ממון ואף אנן בדידן אחר שראינו דברי מרן החבי"ב לא נחוש למ"ש השע"ה הנז' ולא למה ששמע וגם לא ידענו מי בעל שמועה זו ונראה דעל כיוצא בזה סיים שם הרב מרן החבי"ב ז"ל דאף דקי"ל הילכתא כבתראי לא אמרינן הכי אלא כשדברי הראשונים באו על ספר מפורסם וידוע אבל מה שנמצא כתוב בתשובת גאון ז"ל ולא עלה זכרונו על ספר ידוע אפילו שימצא פוסק אחרון שיפסוק היפך הגאון הקודם לו איכא למימר דלא שמיע ליה לפוסק אחרון את דבריו ואי הוה שמיע ליה הוה הדר ביה וכן תפסו כל האחרונים ובנ"ד הדבר ברור שתשו' מהר"י קארו ומהר"ם מטראני ז"ל לא נתגלו בימי מהרשד"ם ומהר"א חסון ואי הוה שמיע להו הוו הדרי בהו ע"כ. ומינה אנו למידין בנ"ד במכ"ש שהרי אפילו מהרשד"ם שהיה בזמן מרן ועכ"ז כתב עליו מרן החבי"ב שאילו ראה תשובת מרן ומהרימ"ט היה חוזר בו א"כ כ"ש מרן החבי"ב והרב שער המים שהיה ביניהם זמן מרובה וחכמתו ובקיאותו נפלאה שאנו אומרים שהרב שע"ה אילו ראה דברי מרן החבי"ב שכתב להדיא שקבלנו הוראות מרן ז"ל אפילו למה שכתוב בתשובות שודאי היה חוזר בו וגם הרב החיד"א לא הוה כמסתפק בדבר ועוד דכבר כתבתי לעיל כי הרב הלכות קטנות בח"א סי' קפ"ב כתב שם בנו המני"ח ששמע ממר זקנו כי בימיו חזרו גאוני צפת ת"ו וחידשו ההסכמה וקבלתם לשמוע אל דברי מרן ודבריו אפילו באלף לא בטיל ואם יש הפרש בין במ"ש בב"י ובש"ע למ"ש בתשו' למה

לא ביאר את דבריו להדיא כי תשובות מרן כבר נדפסו בימי בנו של מרן והיה לו להודיע דבר זה ולא לסתום אם אמת הדבר שכך הוא. ועוד כי נראה שנעלם ממנו דברי מהראנ"ח שהביא הרב החבי"ב שכתב וכבר נתקבל עלינו מהריק"א לרב ללכת בכל הוראותיו ומדכתב ללכת בכל הוראותיו ולא פי' במ"ש בב"י ובש"ע נראה דבכל הוראה קאמר ועוד דכיון דמצד קבלה נגעו בה ולא מצר הסכמה א"כ יכולין ציבור שקבלו עליהם דיין לומר לזה קבלנו אותך ולזה לא קבלנו:

ועוד נראה כי מצינו להרב החבי"ב בכללי הפוסקים שהביא משם מהרימ"ט חח"ה סי' כ"ב שכתב דמ"ש מהרי"קו דאם בא דברי הקדמון על ספר ידוע ודאי שראה אותו אחרון וחלק עליו היינו בפוסק אחרון שכותב הלכות פסוקות אבל מי שכותב תשו' בראיות אם איתא דשמיע ליה הך סברא דפוסק הקדמון לא הוה שתיק מינה להביא סברתו ולסותרה אלא מסתמא לא שמיע ליה עי"ש. וא"כ אף אנן נמי נימא אם איתא דהשע"ה הוה שמיע ליה הך דמרן החבי"ב לא הוה שתיק מינה ואילו שמיע ליה הוה הדר ביה:

עוד יש להביא ראיה דאין לחלק בין למ"ש בב"י ובש"ע למ"ש בתשובה והוא כי מצינו למרן שכתב תשובה ושלחה למור"ם ז"ל והובאה תשובה זו בש"ות מור"ם סי' מ"ז וכתב לו מור"ם דכל החולק על מכ"תור כחולק על השכי' והסכמנו פה והוכרחנו לשלוח מאה זהובים כפי פסק תשובתו דמר ע"ש. הרי מצינו למור"ם שלא יצא לחלק בין החיבור והתשו' כי כולם שוים לטובה. ואף שמצינו להרב קרית מלך רב בש"ות ח"א סי' ג' שיצא לחלק שלא קבלנו דברי מרן בין בחיבור בין בתשו' אלא בתשו' שעשאן חיבור אבל בתשובה אחת שכתב ושלח לא דאפשר שחזר בו אח"כ מאותה תשובה הנה מלבד ששם הרב מהר"ם מזרחי שם דחה לכל דבריו עוד בה שתשובה זו כבר נדפסה בספרו אבקת רוכל סי' פ"ג וא"כ הרי חיברה עם שאר תשובותיו ואילו חזר בו לא היה מחברה עם שאר תשובותיו ואפשר כי בימיו עדין לא נדפסו תשובות מרן בס' אבקת רוכל ומשו"ה כתב כן וכבר כתבתי דמרן ז"ל דקבלנו הוראותיו לפי שהוא הולך אחר הרוב כמ"ש בהקדמת א"ח והכתוב מסייעו דכתיב אחרי רבים להטות כמ"ש הרדב"ז בח"א הישנות סי' קי"ו ולית ליה קי"ל וא"כ לפ"ז גם מ"ש בתשו' קי"ל כוותיה דלא חזר מדרכו לילך אחר רבים ולפ"ז מ"ש הרב שער המים כי שמע שלא קבלנו מ"ש בתשו' אין טעם בדבר ולמה יגרע מ"ש בתשו' כיון שהולך אחרי רבים ואם את"ל שראינו באיזה תשובה שנטה מדרך זו אותה תשובה תדחה ולא כל תשובותיו ואם נאמר דשאני מה שכתוב בתשו' שהוא ספק ופושטו מדברי הפוסקים ואין בו ענין שהולך אחרי רבים אלא הוא מדברי עצמו הא נמי ליתא והרי כמה דינין חידש מרן מד"ע בב"י וקבלנו אותם:

נאום הצעיר אברהם דיין ס"ט

סימן כח

שאלה בענין המוליתות שעושין פה אר"ץ יע"א שלשין עיסה עבה ועושין אותה רקיקות משוחות בשמן וממלאים אותם בשר או דבר אחר וקורין אותם מוור"ק וכן אותם שעושין כנז' ומטגנין אותם בשמן וקורין אותם סנבו"סך מקלי וכן הזנגול וכן הלוקוס וכן דברים רבים וכיוצא בזה ונזכירם בע"ה בעיקר הדין בתוך התשובה וכן שאר מעשה קדירה שמבשלים במים כגון אל טר"ייא ושעירי"יה ורש"תא ומכרונ"יס ושאר דברים מה דינם לענין ברכה אי מהני בהו קבע סעודה כדין לחמניות ופת כסנין דאי קבע מברך המוציא וב"המז או לא:

תשובה דבר זה נפתח בגדולים חתים בגושפנקי. ראשונים כמלאכים גדולים חקקי. המה עמודי עולם כבן עזאי בשוקי. דנהירין להו שבילי דנה"ר דע"ה מאירים ומזהירין כזוהר הרקיע ומצדיקי. וא"כ אנא אני בא בר ברא דחד יומא הני דרדקי. גברא דלא חזי מן הק'לין שבדמאי כלי ריקן בוקי סריקי. יליף ריקם ריקם בזמן שהאיש מנוקה. ונעלם דבר ותושיה נדחה דקדוקי תורה ודקדוקי. גדולה תשובה תורה היא וללמוד אני צריך ודבר שבחובה אי אפשר לומר ונקה. ואען ואומר דהנה דבר זה נפתח בראשונים ה"ה ר"ת בפ' כ"ש דף ל"ז ס"ל העושה עיסה שבלילתה עבה לבשלה במשקה חייבת בחלה וה"ה שמברך המוציא דהא בהא תליא כמו שנתבאר בדבריהם אכן הר"ש בפ"ק דחלה פליג עליה וס"ל דפטור. ותחילה יש לדעת דבמאי פליגי ר"ת והר"ש אי נימא דפלוגתייהו בדלא קבע ולומר דלר"ת אפילו לא קבע מברך המוציא ולסברת ר"ש בדלא קבע מברך במ"מ אבל אי קבע מברך המוציא ונ"מ דאם רצה לצאת ידי שניהם לא יאכל אלא בקביעות דבזה אפילו ר"ש מודה או נימא דפלוגתייהו היינו בקבע ולס' ר"ש דאפילו בדקבע מברך במ"מ ומנא אמינא לה מהא דכתב הר"ש בתחילת דבריו כשרצה לומר בתחילה כדעת ר"ת כתב שם וטעון נט"י וב"המז וא"כ נמצא דלס' הר"ש היינו בדקבע מדקאמר מר וטעון נט"י וב"המז וא"כ כשחזר מסברתו ונחלק על ר"ת וס"ל דמברך במ"מ היינו אפילו בדקבע דאל"כ היינו ר"ת ודבר פשוט בפי הפוסקים קמאי ובתראי דר"ת ור"ש פליגי אלא ודאי כדכתיבנא.. וכן מדברי ר"ת בפ' כ"ש דמיירי בדקבע מדקאמר אבל על לבנצולי מברך במ"מ ולא חילק בה דאי קבע מברך המוציא נראה דלא קאמר אלא בדקבע אבל אי לא קבע מודה ר"ת דלא מברך אלא במ"מ וכן דעת הט"ז בסי' ס"ק י"ט וכתב דמיירי בקבע סעודה וכן דעת הרמג"א בס"ק ל"ח וכן דעת מהר"א נבון הובאו דבריו בס' פרח שושן וכן

דעת הרב נחפה בכסף סי' ב' דדברי הר"ש היינו בדקבע ולפ"ז מ"ש הרב זכור ליצחק דף ס"ה ע"ב וז"ל ומכאן מודעא רבה דמזה ימים ושנים שהיו נוהגים בכל הנך גווני דלישה שמבשלין אותם כגון אל טרייא וכו' שאין אוכלין אותם בקבע סעודה כ"א ע"י שמברכין על לחם אחר תחילה וכפסק מרן ז"ל דאסיק ותני וי"ש לא יאכל וכו' אכן מיום דאנהירנהו לעיינין הרב החיד"א בס' הברכים שהביא לנו דברי שבולי הלק"ט שכתב וז"ל וטרייא ומכרוניס וכו' בין אי קבע בין אי לא קבע יעו"ש. מהיום ההוא והלאה נהגו לכתחילה דגם אם קבע סעודה ואית ליה פת בסלו מברכין במ"מ ומע"ג עכ"ל. וכל זה איננו שוה לו שהרי ס' זו לא נפלאת היא והיא ס' ר"ש דס"ל דאף אם קבע מברך במ"מ וא"כ מי שרוצה לצאת י"ש לא סגי אלא דוקא כשיברך על לחם אחר וכמו דאסיק מרן בש"הט וא"כ מה שנהגו בזה לא יצאו ס' ר"ת דס"ל דמברך המוציא ולא אהניא לן שיטתיה דההוא סבא:

אכן יש לדעת אי פלוגתייהו בדאית ביה תו"ד או לא אי נימא דפלוגתייהו היינו בדאית ביה תו"ד ולס' ר"ת מברך המוציא ולסב' ר"ש אף דאית ביה תו"ד מברך במ"מ הנה הפרישה סי' קס"ח כתב דמ"ש ר"ש שאם דעתו לבשלה פטורה מן החלה היינו דוקא כשאין בו תו"ד אבל אם מבשלה במים עיסה גמורה שיש בה תו"ד חייב ע"כ. והנה מדברי הרב"י נר' דע"כ לא פליגי אלא בדאית ביה תו"ד אבל אי לית ליה תו"ד אפילו ר"ת מודה וכמו שהביא מרן בב"י משם ריו"ו עי"ש. ואנא בריה קלה לא ידעתי מנין לו ס' זו שהרי הרא"ש בפסקיו כתב להדיא דר"ש מיירי בדאית ביה תו"ד וז"ל הרא"ש בפסקיו מי שבלילתו עבה אפילו בשלו במים או טגנו בשמן לחם גמור וחייב בחלה ומברכין עליו המוציא ובלבד שיהיה בו תו"ד וכו' ור"ש כתב דאפילו העושה עיסה כדי לבשלה פטורה וכו' ע"כ הרי נראה מדברי הרא"ש שדברי ר"ש היינו אפילו בדאית ביה תו"ד ועוד שהרי במנחת מחבת ומרחשת אף שיש בו תו"ד אפ"ה פטר. ובר מן דין יש לי ראיה על זה שהרי שכנגדו חלוק עליו ס"ל בהדיא דדוקא כשיש בו תו"ד מברכין המוציא שכתב בפ' כ"ש דף ל"ח וז"ל ועל אופלט"קי קי נראה שאין מברכין על ה המוציא אע"פי שעושה אותה בלא משקה דאין עליהם תו"ד ע"כ. הרי בבירור דמחלוקת ר"ת ור"ש היינו בדאית ביה תו"ד דלס' ר"ת חייבת ולס' ר"ש פטורה אבל כשאין בה תו"ד אף ר"ת מודה דמברכין עליה במ"מ וכן דעת מרן בש"הט שכתב דבר שבלילתו עבה וכו' אפי' יש עליה תו"ד והיא ס' ר"ש. ועל דברי הפרישה שהבאתי ראיתי להרב ב"ד סי' פ"א שהקשה עליו וז"ל אבל ממ"ש הרא"ש הביאו הרב"י ז"ל בא"ח שם והטור יש להקשות קושיא חזקה על הפ"וד וז"ל ורבינו מאיר היה נוהג כשלשין עיסה בביתו כדי לבשלה במים או לטגנה בשמן היה מצוה לאפות ממנה מעט וע"י כן נתחייבה עיסתה בחלה וכו' וכתב עליו

הרב"י שם בטור י"ד שטעמו היה משום דמספקא ליה אי הילכתא כר"ת או כר"ש וכו' וכן כתב הפרישה עצמו שם והשתא איך נמצא ידינו בזה לדעת הפרישה ממ"נ זאת העיסה של מהר"ם היה בה תו"ד או לא דאם היה בה תו"ד למה צריך לאפות ממנה מעט ולאכלו תוך הסעודה הלא לכ"ע חייבת בחלה וגם בהמוציא ואי לא הוה בה תו"ד למה לא היה אוכל בלא המוציא הלא אפילו לס' ר"ת כשאין בו תו"ד אין לברך המוציא אלא במ"מ עי"ש. ולפקד"ן דל"ק מידי דלעולם אימא דהא דפליג הר"ש היינו בדלית בה תו"ד אבל אי אית בה תו"ד מודה ר"ש דחייבת. ומהר"ם שהיה מצוה לאפות היינו לפי דמספקא ליה בעיסתו אי אית בה תו"ד או לא. וכמו שראיתי בפירוש בהג"מיי פ"ג מה' ברכות שהביא משם מהר"ם כמש"ל וז"ל ה"ר יחיאל לא היה רגיל לאכול ורמי"זליש אלא בתוך הסעודה שלא היה ברור לו אם יש תו"ד או לא וסיים עלה עכ"ל מורי ורבי עי"ש והוא מהר"ם מנטבורק כמ"ש החיד"א בשם הגדולים ח"א הרי מדהביא מהר"ם דברו הרב יחיאל ולא כתב היפך דבריו נראה פשוט דכוותיה ס"ל ועוד מדהיה עושה כדעת ר"י נר' דכך ס"ל כנ"ל לישב:

ומזה תבין מ"ש הרא"ש דמהר"ם כשהיה עושה עיסה וכו' וגם לא היה אוכל בלא המוציא אלא מברך על לחם אחר תחילה עי"ש הגם שבדברי מהר"ם שהביא המרדכי לא הוזכר כל זה מדברי הג"מיי שהבאתי מוכח כן. הדרן למאי דאתן דמהר"ם ספוקי מספקא ליה ונדון מהר"ם כנדון הרב ר' יחיאל שהוא אל טרייא כמו שהוכחנו לעיל מדברי מהר"ם גופיה והבאתי סמוכות לזה וכיון דמספקא ליה למהר"ם אי אית בה תו"ד או לא לכן לא היה אוכל בלא אפייה ושלא בתוך הסעודה דשמא לית בה תו"ד וא"כ מ"ש הרב ב"ד דנדון מהר"ם הוא כשיש בו תו"ד ליתא דכבר הוכחנו דלמהר"ם ספוקי מספקא ליה. ומה שהביא ראיה לדבריו וזל וכ"כ הרב"י שזה שהיה עושה היה בדאית בה תו"ד אבל בטרייא לא היה צריך לנהוג כן לאכול לחם גמור תחילה שהרי אפילו לדעת ר"ת אין צריך לברך עליה המוציא כבר פירשנו שאין כוונת הרב"י לפרש מנהג מהר"ם אלא להקשות עליו וכמו שיתבאר לקמן בע"ה:

והנה מ"ש מרן בב"י סי' שכ"ט וז"ל ומ"ש רבי' שכן מנהג מהר"ם וכו' נר' שטעם מנהג זה משום דמספקא ליה בעיסה שבלילתה עבה ועשאה על דעת לבשלה במשקים אם היא חייבת בחלה כדעת ר"ת או אם היא פטורה כדעת ר"ש וכו' ולאפוקי נפשיה מפלוגתא לא היה מברך המוציא וגם לא היה אוכל בלא המוציא אלא מברך על לחם אחר תחילה ע"כ. ואנא דאמרי דחילוק זה שכתב מרן לאו דידיה הוא וכבר כתוב ומפורש בדברי מהר"ם גופיה שכתב להדיא דלאפוקי נפשיה מפלוגתא היה עושה כן והביאו המרדכי בפ' כ"ש

וז"ל ועל אודות חררה קטנה שלוקחות הנשים מעיסת וירמי"זליש ואופין אותה ומשימין אותה אצל אותה העיסה ומפרשת חלה יפה הם עושים וכן הורונו להם לפי שהתו' כתבו בפ' החולץ ובפ' כ"ש ובפ' ב"מ דעיסת וירמיזליש חייבת בחלה דהו"ל תחילתו עיסה וסופה סופגנין וכ"כ הר"ש במס' חלה ושוב חזר בו ופטר כיון דדעתו לעשותו סופגנין היה מתחילה ולבשלה במים אלא אם עשתה חררה קטנה ואפאה ע"ג גחלים דחיישינן שמא תמלך ותעשה ממנה כדי חיוב חלה כדמשמע בירו' אמרתי בלבי לאפוקי נפשאי מפלוגתא לעשות חררה קטנה ולאפותה וליטול מעט חלה ממנה ומן העיסה ביחד שהרי נוטלין חלה מן האפוי על העיסה ומן העיסה על האפוי והשתא ממ"נ שקלא חלה כדין ולפי דברי ר"ש שכתב במס' חלה דפטור אלא א"כ אפה ממנה מעט כדמשמע התם עכ"ל מהר"ם בר ברוך. הרי מבואר דחילוק זה שכתב מרן כתבו בהדיא מהר"ם וכבר ידוע שמהר"ם בר ברוך הוא ניהו מהר"ם מרוטנבורק כמו שהוכיח במישור בכמה ראיות הרב החיד"א בשם הגדולים ח"א דף נ"ו וכ"כ בס' קורא הדורות ושוב מצאתי להט"ז שלא הביא דברי מהר"ם מנטומברק מלשון הרא"ש אלא מדברי המרדכי שכתבנו הרי נר' שדברים הללו הן הם דברי מהר"ם עצמו כמו שהוכחנו:

ומזה שכתב עוד וז"ל ודע שלא היה צריך מהר"ם לנהוג כן באלט"רייא שהרי כתבו התו' בפ' כ"ש והרא"ש ז"ל דאפילו לר"ת דנתחייבה עיסתה בחלה אין מברכין עליה המוציא שהרי לית להו הו"ד וכו' ע"כ. ואחר התאבקי בעפר כפות רגליו אמינא דלא שלטו מאורי עיניו בדברי מהר"ם וסבר לה מר דנדון מהר"ם בדאית ביה הו"ד אבל באלטרל"ייא לא היה צריך לנהוג כן והאמת מת יורה דרכו דנדון מהר"ם הוא באלט"רייא ואע"ג דהתו' והרא"ש כתבו דאין מברכין עליה המוציא דלית בה תו"ד מ"מ למהר"ם ספוקי מיספקא ליה אם אית ביה תו"ד ולכך היה מברך על לחם אחר וכ"כ רבינו יונה בפ' כ"מ דוירז"ילש הוא שקורין אלטרייא וכ"כ מרן גופיה בש"הט סי' קס"ח וירמיז"יליש שקורין אל טרייא הרי פשוט דנדון מהר"ם הוא באלטר"ייא דויר"זילש ומה שהשיג עליו מרן אינה קושיא ועיקר מנהג מהר"ם הוא באלטרייא כמו שביארנו ומ"ש. הרב פרח שושן דף ח' ע"ג וז"ל ומעתה חל עלינו חובת ביאור דמה גריעות יש לאלטרייא מעיסת מהר"ם ע"ד שכתב הרב"י שלא היה מהר"ם צריך לנהוג כן באלטרייא ותי' דעיסת מהר"ם היו מבשלין אותה במעט מים והמים נבלעים בעיסה ונשאר בה מראה לחם וכו' אבל באלטרייא שלנו לית בה תו"ד וכו' עי"ש. ואחר המחילה ליתא חדא דנדון מהר"ם הוא באלטרייא כמש"ל שנית דמה שרצה לומר דעיסת מהר"ם היה בה תו"ד אין הדברים הללו. יתד דעיסת מהר"ם לכ"ע אין בה. תו"ד ומהר"ם ספוקי מספקא ליה אי אית בה תו"ד או לא והרב

פ"ש הנז' קא פסיק ותני דעיסת מהר"ם לית בה תו"ד באופן שדברי הרב פ"ש הנז' אינם מכוונים וכמו שהוכחנו לעיל:

אתאן לרישא דבמאי פליגי ר"ת והר"ש בדאית בה תו"ד או לא ונאמר דמדברי הר"ש נר' דהיינו בדאית ביה תו"ד מדקא מייתי מלחם העשוי לכותח וההיא ודאי דאית בה תו"ד וכמו שהבין רי"ו בדברי הר"ש היינו בדאית ביה תו"ד. ובדרך אגב חמותי ראיתי להשו"נ סי' שכ"ט ס"ה ס"ק י"ד מדין לחם העשוי לכותח וז"ל טורייתא ז"ל הטור מימרא דאביי ברכות ל"ז ע"ב ואמר אביי טריתא וכו' מאי טריתא א"ד וכו' וא"ד וכו' וא"ד לחם העשוי לכותח וכו' ולענין הלכה כל הפי' אמת דזה וזה אינו קרוי לחם ובעין משפט ציין בזה בטריתא הרמב"ם פ"ו מה' ביכורים בקשתיו ולא מצאתיו ע"כ. ואחר המחילה מכת"ר דלא דק בזה שהרי הרמב"ם פוסק כלישנא בתרא דאמר בש"ס דטריתא הוא לחם העשוי לכותח ולחם העשוי לכותח בהדיא פסקו הרמב"ם בפ"ו מה' ביכורים ולפי דברי השו"נ הו"ל להקשות על הרב עין משפט דלמה לא ציין על לחם העשוי לכותח שהרי לחם העשוי לכותח פסקו הרמב"ם שם ולמה לא ציין עליו אלא ודאי נראה פשוט דלחם העשוי לכותח היינו טריתא לדעת הרמב"ם וכבר ציין עליו וזה פשוט ועיין בס' מכתם לדוד דף ובזה יש להקשות ג"כ על הרב מאמר מרדכי בסי' קס"ח סט"ז ס"ק ס"ו וז"ל וקשה למה השמיט הרמב"ם דין טורקנין וטירתא דהיינו גביל מכתח בה' ביכורים לענין חלה ולא מצאתי הערה בזה בשום ספר וצ"ע והיותר תימה על מרן ז"ל שכתב דהרמב"ם לא הביא הטריתא לענין המוציא משום דבש"ס לא הובא אלא לענין חלה ותימה שלא הרגיש שגם לענין חלה לא הזכירה וגם לא הזכיר שם טורקנין וצ"ע רב ע"כ. והתימה ממנו איך לא השגיח שהרמב"ם ז"ל פסק כלישנא בתרא דטריתא היינו לחם העשוי לכותח וכמש"ל ומ"ש שגם הטורקנין לא הזכירו בפ"ו מה' ביכורים בה' חלה ואחר המחילה לא בדק יפה שהרי בההיא איתמר שם עיסה שנילושה וכו' בין בקרקע וכו' חייבת והיינו כובא דארעא דהיינו שעושין מקמח ומים ואופין אותה בקרקע והיא הטורקנין שנז' בפ' כ"מ דף ל"ז ואמרו שם מאי טורקנין כובא דארעא ועיין למרן בכ"מ שציין על מ"ש הרמב"ם עיסה וכו' ונאפית בקרקע וכו' כתב וז"ל ומ"ש בין בקרקע וכו' בפ' כ"מ דף ל"ז ע"ב האי טורקנין חייבת בחלה וכו' כובא דארעא פי' שעושין חפירה בקרקע ואופין שם. ולפי מ"ש דמ"ש הרמב"ם על עיסה שנאפית בקרקע וכו' שהיא הטורקנין שהוזכר בפ' כ"מ חזות קשה ראיתי בדברי הרשב"ץ בח"ד שאלה כ"ח שנשאל על פת שעושין הערביים שקורין. מל'ה ואינה חסירה שום ענין מענייני הלחם בלישתה ועשייתה וחימוצה אלא שבאפייתה חופרין בקרקע מושב הפת ומסיקין אותו היסק הראוי לאפייה ומסירין האש

ומנקין אותו מעפר ואפר ומניחין הפת בו ומחזירין האש עליה וכו' ומסיק שם שהיא פת גמור וצריך לברך המוציא דלא גרע מטורקנין שאמרו בש"ס שעושין גומא בכירה ונותנין בה קמח ומים ומערבין אותה ונאפית שם והיא חייבת בחלה ומברכין עליה המוציא ואדם יוצא בה י"ח בפסח ומעתה ק"ו לזה הפת שהיא פת גמורה ואולי שבימי הרמב"ם היו עושין באופן אחר כגון ששוטחין גחלים ע"ג הקרקע ושופכין העיסה עליהם אבל בזה מודה הרמב"ם דמברכין המוציא כשאר פת חשוב ע"כ. ואני הדל לא זכיתי להבין את דבריו חדא דמ"ש דלא גרע מטורקנין וכו' ומעתה ק"ו וכו' נראה דכוונתו להשוות נדונו לטורקנין וכמו שהטורקנין מברך עליה המוציא וכו' אף נדונו כן וזה היפך כמה גדולים דס"ל דאף בטורקנין מברך במ"מ ואם קבע מברך המוציא והם רוב בנין ורוב מנין ה"ה הרא"ש והטור ואף שבטור סי' קס"ח נראה שדעתו להיפך צריכין אנו לדחוק ולפרש כדברי מרן ז"ל כי היכי דלא ליהוו דברי הטור סתראי נינהו למ"ש איהו גופיה בפסקי הרא"ש וכמ"ש הגו"ר ושו"ר למהר"א נבון הובא בס' פ"ש שכתב כדברינו אלה ומ"ש בירוש' טורקנין חייבת בחלה ומברכין עליה המוציא היינו בדקבע וכמ"ש בת"ד וכן דעת הרב הלכות גדולות וכן דעת הרשב"א בחי' לברכות ומי לנו גדול מהרשב"א שסברתו מקובלת נגד רוב הפוסקים כמ"ש החיד"א בש"הג ח"א וכן דעת הרב שבולי הלקט וכן כתוב בס' התניא וכן דעת ריו"ו נתיב י"ו ח"ה וכן דעת הרי"ף שכתב טריתא דארעא מברכין עליה במ"מ והיינו הטורקנין והיא כובא דארעא וכן מצאתי בס' תומת ישרים בהגהות הרי"ף שכתב דטריתא דארעא שכתב הרי"ף היינו כובא דארעא והיא הטורקנין וכן דעת הרמב"ם בפ"ג מה' ברכות עיסה שנאפית בקרקע וכו' והיא הטורקנין וכמו שציין מרן והרב עין משפט והרב מעשה רוקח וכן דעת האבודרהם וזה פשוט. ומ"ש הב"ח והרב פ"ש הדבר קשה ואדרבה כל גדולי הפוסקים קמאי ובתראי ס"ל להפך. נמצינו למידין דלדעת הרי"ף והרמב"ם והרא"ש והטור ובה"ג והרשב"א ושבולי הלקט וריו"ו ואבודרהם מלבד כמה מהאחרונים דס"ל דבטורקנין מברך במ"מ ואם קבע מברך המוציא וא"כ מה שרצה הרשב"ץ לדונה כפת גמור דלא גרע מטורקנין ליתא דהא בטורקנין מברך במ"מ. ועוד דמה שהכריח מההיא דהרמב"ם שפסק דעיסה שנאפית בקרקע מברך במ"מ ואם קבע מברך המוציא איך אח"ך מדמה נ"ד לטורקנין שהוא נדון הרמב"ם בפשיטות ורצה לומר דנדון הרמב"ם אינו המין שנזכר בפ' כ"מ אלא בימיו היו עושין ענין אחר אכן נראה לי דלענין דינא בנדון הרשב"א כוותיה ולא מטעמיה דלא אמרינן בטורקנין הכי אלא לפי שהם גובלא בעלמא שמערבין קמח ומים ונותנין אותה

בקרקע אבל בנדון הרשב"ץ שאינה חסירה שום ענין מענין הלחם ודאי דמברכין עליה המוציא והיא לחם גמור ועדיפא היא מטורקנין:

ותבט עיני להרב פ"ש דף ג' ע"ג שכתב עמ"ש הגו"ר דדברי מרן בפי' טורקנין וטריתא בדברי הטור הם דברים נכונים כתב וז"ל ואחר לחיכת עפר כפות רגליו נלע"ד דמה שכתב דדברי מרן נכונים לא כתב כן אלא לפי שלא ראה החולקין על מרן בזה והם רוב בנין ורוב מנין ה"ה הרי"ף והרמב"ם והטור והרשב"א וא"ח והב"ח ומהריק"ש וכתבתי שם שלא ראה מרן דברי כל אלו הגדולים שאילו ראה אותם היה חוזר בו עכ"ל. ואני תמיה איך יאמר דהרבנים הללו ס"ל דבטירתא אם קבע מברך ג' ברכות דמ"ש הרי"ף והא טירתא דארעא ר"ל כובא דארעא והיינו לפי שמילת טירתא מורה לסתם עיסה ויש מיני עיסות משונים זה מזה קאמר דטריתא דארעא מברכין עליה במ"מ ואי קבע מברך המוציא והיא מימרא בפ' כ"מ דקאמר מר האי כובא דארעא וכו' ולפי דבריו דטריתא דהרי"ף לאו היינו טורקנין אלא טריתא סתם א"כ אמאי קא מסיים למילתיה בתי' דארעא כיון דלכל הפי' דהש"ס לא אמרו דטריתא נעשית בקרקע אלא או גיבול מכותח והיינו בכירה או נהמא דהנדקא דהיינו שאופין בשפוד או לחם העשוי בחמה ומעולם לא דבר הרי"ף בדין ברכה דטריתא כיון דש"ס דילן לא דיברו בה לענין ברכה כ"א דוקא לענין חלה ופסקה הרי"ף קודם זה ועוד שהרי הרי"ף קא מסיים בדבריו ההיא דמר זוטרא דקבע עלה ובריך המוציא ונדון דמר זוטרא היינו בכובא דארעא והיא טורקנין כמ"ש בש"ס מאי טורקנין כובא דארעא ומזה נמשך הרמב"ם שלא זכר טריתא לענין ברכה כ"א דוקא לענין חלה ודין חלה פסקו הרמב"ם בפ"ו מהל' ביכורים דכיון דטריתא לא הוזכרה כ"א לענין חלה וא"כ מה שפסק הרמב"ם פ"ג מה' ברכות על עיסה שנאפית בקרקע היינו כובא דארעא דפ' כ"מ וכן מצאתי להרב עין משפט שציין בכובא דארעא הרמב"ם פ"ג מה' ברכות וכ"כ הרב מעשה רוקח ודלא כמ"ש הב"ח. ומ"ש הפ"ש דכן דעת מהריק"ש אין מזה ראיה דמהריק"ש לא קאמר כ"א נר' שהטור חולק וזה אפילו מרן יודה בה דנראה מדבריו דבטירתא אם קבע מברך המוציא אלא שצריכין אנו לדחוק ולפרש בדברי הטור דהא אם קבע וכו' קאי על הטורקנין דלעיל כמ"ש מרן אבל לא פי' הטור קא מפרש מהריק"ש הרי לך דמ"ש דהרי"ף והרמב"ם ומהריק"ש חולקין על מרן אין לדברים הללו יתד ודלא כמ"ש הב"ח. ומ"ש דהרשב"א ס"ל דבטריתא מברך המוציא בקבע סעודה לא מצאתי זה והרי הרשב"א בחי' לברכות דף י"ד ע"ב לא הזכיר כ"א בטורקנין דמברך המוציא וכן נראה בפי' מתוך דבריו שהביא שם וכ"כ הרד"א דבטריתא אפילו קבע מברך במ"מ ובטורקנין אם קבע מברך המוציא:

ומ"ש הגו"ר על מהר"ם דלמה הוצרך לזה שאם היה קובע סעודתו עליו לא היה צריך ללחם אחר דבלא לחם מצי לברך המוציא דלא גרע מפת הבאה בכסנין עי"ש. ואנכי העבד נראה לי דל"ק דהתם בפת הבאה בכסנין יש בו תו"ד ולכך מהני ביה קביעות לברך המוציא אבל עיסת מהר"ם דמספקא ליה אם יש בה תו"ד אם לאו לכן לא היה אוכלה אלא בתוך הסעודה וכן מצאתי להמרדכי בפ' כ"מ שכתב משם מהר"ם וז"ל כתב מהר"ם שרבינו יחיאל לא היה אוכל וירמי"זליש אלא בתוך הסעודה כי לא היה ברור לו אם יש בה תו"ד הרי להדיא שטעמו לפי שלא היה ברור לו אם יש בה תו"ד. ומ"ש עוד הגו"ר שאע"פי שאכלו בתוך הסעודה כיון שלא בא מחמת הסעודה טעון לפניו ברכה וכו' ע"כ. וקשה דהא דאמרינן דהבאים שלא מחמת הסעודה שטעונים ברכה היינו כשהם באים לקינוח סעודה להקל מכובד המאכל אבל כשאכלו כלו למזון ולשובע פשיטא דאין טעון ברכה ונדון מהר"ם היה אוכלו למזון ופשיטא שאין צריך לברך ועיין מג"א בסימנים ס"ק כ"ב:

הדרי בי דמ"ש מהר"ם וספוקי מספקא ליה היינו לדעת ר"ת דס"ל דבאין בה תו"ד אין לברך המוציא ולכך היה מסופק אם יש בה תו"ד דאי אף לדעת הר"ש עלה ונסתפק הרי אפילו יש בה תו"ד מברך במ"מ וכמו שהוכחנו לעיל דר"ש סבר דאף בדאית בה תו"ד מברך במ"מ וכ"ן מהג"מיי פ"ג מה' ברכות דמ"ש מהר"ם הוא לס' ר"ת עוד יש לו' דמאי דמספקא ליה למהר"ם היינו שהיה מסופק באלי"טרייא אם אין בה תו"ד ולכ"ע מברך במ"מ או יש בה תו"ד ובאנו למחלוקת ר"ש ור"ת ולכן היה אוכל לחם אחר תחילה:

שוב אשוב עלי באו"ר דעת הר"ש אם דוקא בבלילתו רכה ס"ל דאין מברך המוציא אבל בבלילתו עבה מודה ר"ש דמברכין המוציא אפילו ע"י משקה ואומר שלדעת רוב הפוסקים ס"ל דהא דקאמר ר"ש היינו בבלילתו עבה ואם טגנו במשקה אין מברכין עליו המוציא וזה יצא ראשונה רי"ו הביאו מדן בסימנין שכתב וז"ל ר"ש והרמב"ן סוברים שאפילו בלילתו עבה אם בשלה או טגנה אין מברכין המוציא וכו' וכן דעת הרב"ח וכן דעת המג"א וכן דעת הט"ז ושאר פוסקים ודעת רבינו יונה כדעת ר"ש שאפילו טגנו במשקה מברך במ"מ ולענין תו"ד אי זה מקרי תו"ד מצאתי להגו"ר כלל א' סי' כ"ד שכתב שאין להצריך שיהיה בתואר ובצורת לחם שהרי לחם הפנים עשוי כמין תיבה פרוצה ואין לו דמיון לצורת לחם דידן ומ"ש הרמב"ם בעיסה שנאפית בקרקע הואיל ואין עליה צורת פת מברך במ"מ וכו' נראה דכיון דנאפית בקרקע בגחלים ועצים נשחת תוארה ואינה ניכרת אם היא פת או ד"א וזו היא שאמרו תו"ד שישאר שם היכר כמעשה קדירה שהם מעשה עיסה לאפוקי כשיושחת תוארה והיא מיחלפא לרואים בד"א ע"כ. וכ"נ

מדברי הפוס' שהרי כתבו בכמה מיני עיסות שהם לחם ומברך במ"מ ואף שבאמת אינו דומה לפת שלנו כלל מ"מ כיון שמעשהו כמעשה הפת והרואה אומר שהוא מעשה עיסה כגון דא מיקרי לחם והנה לפ"ז בכל מעשה קדירה יש בה תו"ר אכן בענין אלטי"רייא לדעת הפוס' קמאי ובתראי שאין בה תו"ד כמ"ש התו' בפ' כ"מ ד"ה לחם העשוי לכותח וכו' וירמי"זליש וכו' דלית בה תו"ד וכו' ע"ש. וכ"כ ג"כ בפ' כ"ש דף ל"ז עי"ש. וכ"כ האגו"ר דאלטרייא אין בה תו"ד וכ"כ בס' האגודה בפ' כ"ש וכ"כ הסמ"ק מ' רמ"ח וכן דעת המרדכי ופסקה מור"ם בסימנים אכן דעת מהר"ם שהביא המרדכי בפ' והג"מיי בפ' מה' ברכות דר"ם מספקא ליה:

כלל העולה נמצא לפ"ז דהמחמיר על עצמו באלי"טרייא ושע"רייה שיאכל פת תחילה יוצא מידי ספק ואנן דבתר דברי ר"ש גרירנן ותצא דינ'א דבדבר שבלילתו עבה וטגנו או בשלו ויש בו תו"ד אין לברך המוציא א"כ ה"זלאבייה דבלילתה עבה ויש בה תו"ד ומטוגנת בשמן לס' ר"ש דקי"ל כוותיה מברך עליה במ"מ וכן הלוקו"ס וז'נגיל ותמריי"את וסנבו"סך מק"לי וכלסו"ניס ומפארו"ניס ורש"תא ואלי"טרייא וכל. כנוותהון אין מברכין עליהם כ"א במ"מ כדעת ר"ש אכן י"ש שרוצה לצאת י"ח ר"ת יאכל לחם אחר תחילה ואף לדעת התוס' בפ' כ"מ והאגודה והמרדכי ושאר פוסקים דס"ל דבאלטרייא אין בה תו"ד ואף לס' ר"ת מברך במ"מ מ"מ המחמיר לעשות כדעת מהר"ם דאף באלי"טרייא שיברך על לחם אחר תחילה תע"ב אכן אם לא נמצא לו פת בסלו יכול לברך במ"מ ואף לי"ש לא הפסיד כיון דכל הני רבוותא ס"ל דבאל"טרייא לא יש בה תו"ד וכפסק הרב נחפה בכסף וכ"ז דוקא בלש עיסה על דעת לבשלה או לטגן וגמר ועשה כן וגם לא אפה ממנה מעט אבל אם חסר אחת מאלה אף לדעת ר"ש דקי"ל כוותיה חייב בחלה ובהמוציא:

ולפ"ז מה שנוהגין עכשיו דכשלשין עיסה על דעת לאפותה שמטגנין ממנה מעט בשמן אף לר"ש צריך לברך המוציא ולענין הכונ"פייה שתחילת עיסתה עבה ואח"ך מזלפין עליה מעט מים בזה אחר זה וע"י רוב התעמלות נעשית עיסתה רכה וקלושה ונותנין אותה בכלי מנוקב והעיסה יורדת מהנקבים על המחבת ונאפית שם נראה דלא מקריא זה בלילתה רכה שהרי כתב ר"ש בתחילת דבריו וכן תחילת בלילתו רכה וסופו באור חייב בחלה עד שתהיה בלילתו רכה וסופו באור ע"י משקה ע"כ. הרי משמע להדיא דדוקא עד שתהיה תחילת בלילתו רכה וסופו ע"י משקה. עוד בה מ"ש מרן בסי' הנז' וז"ל ויש חולקין ואומרים דכל שתחילת העיסה עבה אף שרככה אח"ך ועשאה סופגנין וכו' מברך המוציא הרי בהדיא שאם היתה תחילת העיסה עבה אף שרככה אח"ך אין לה שום גריעות וא"כ לא מיבעיא אם היתה העיסה עבה ואפאה בלא משקה דחייב

אלא אפילו היתה תחילת העיסה רכה ואפאה דחייבת לס' ר"ש וכ"כ הטור. בלילתו רכה וכו' אם אפאו באלפס בלא משקה לא הוי לחם לר"ל ולר"י הוי לחם ור"י. פסק כר' יוחנן וכן הסכים א"א. הרא"ש וכ"כ סמ"ק מ' רמ"ח הרי אף שתחילת בלילתו רכה אם אפאו באלפס בלא משקה לחם גמור הוא ומה שרצה הגו"ר לדמויי לטריתא שכתב מרן טריתא שלוקחין קמח ומים ומערכין אותם ושופכין אותם על הכירה והיא מתפשטת ונאפית אין עליה תורת לחם כלל. ומברכין עליה במ"מ וברכת אחת מעין ג' לפק"ד אין דמיונו עולה יפה והפרש יש בין הכונפ"ייה ובין הטריתא דהתם דוקא שמערכין קמח ומים והיא רכה עד מאד ולא גלגלו העיסה כלל אלא שמערב מים עם קמח אכן בעיסת הכונפ"ייה שתחילתה ע"י גיבול כשאר עיסות דעלמא שעושין אותם ללחם אלא שאח"ך רככוה בהא ודאי דלא מיקרייא עיסתה רכה אלא עבה ואת"ל דבלילתם רכה כיון שאפו אותם על המחבת בלא משקה ע"י האור הרי היא כשאר לחם דעלמא כדעת. הרא"ש והטור והשאלתות והר"ן פ' כ"ש ושאר פוסקים ומעט שמן שמושחין המחבת אינו מועיל לענייננו וכמו שכתב הר"ש וכדעת מור"ם בהגה סי"ג וכ"כ סמ"ק וכ"כ האגו"ר וכ"כ הריב"ש סי' כ"ח וא"כ לפ"ז אם אוכל הכונפ"ייה אחר האפייה כמות שהיא מברך המוציא וכן הדין באלקטא"ייף וכמו שפסק הרמב"ם בס' פאר הדור סי' דהקא"טייף מברך עליו המוציא ואם טגנו בשמן עם המלח אשר בקרבו מברך במ"מ ולענין הכונפ"ייה שלוקחין אותה אחר האפייה וממלא להו באספרמקי ושקדים ולוזים וכיוצא ומטגנה בחמאה או בשמן ונותנים עליה דבש הא ודאי דאין מברכין המוציא דודאי אחר כל המעשים האלו לא נשאר בה צורת לחם כלל ואף שנאפית מקודם ע"י הבישול יצאה מתורת לחם ואף כשקובע אין לברך המוציא ולא עדיף מן אלקטא"ייף שפסק הרמב"ם שאם טגנו בשמן אח"ך על המילוי והסו"כאר שבתוכו שמברך במ"מ ואף אם קבע אינו מברך המוציא והמחמיר לברך על לחם אחר תחילה הרי זו חומרא יתירה היא וכן פסק הגו"ר אכן כתב דהמחמיר לברך על לחם אחר תחילה תע"ב ע"ש. וכשאני לעצמי ככחי אז כחי עתה והמחמיר בזה אינו אלא חומרא יתירה והרב פ"ש חלק על הגו"ר וכתב שאין לאוכלה בקביעות אלא א"כ יאכל לחם אחר תחילה ואם לא מצא פת קרוב אני בזה ובכל מיני טריתא לומר שיברך המוציא וג' ברכות מאחר שרוב הפוסקים חולקים על דבריו של מרן והביא ראיה מהא"ח דס"ל בנהמא דהנדקא דמברך המוציא ע"ש. ואתה תחזה דסמוכות שלו תמ'הים הם ומה שהביא מהא"ח דס"ל בנהמא דהנדקא הוא היפך דברי מרן ז"ל דס"ל בנהמא דהנדקא דמברך במ"מ ואנן אתכא דמרן סמכינן ואליו שומעין שאמר כהלכה והרב חס"ל חי"ד סי' ח' דעתו כדעת הגו"ר

וחלק על הפ"ש. וכלל העולה דבכנפ"ייה מברך במ"מ אפילו קבע סעודתו וא"ץ לברך על לחם אחר תחילה ודלא כהרב פ"ש הנז' ואם אוכלה כמות שהיא מברך המוציא זהו מה שהשיגה ידי דרך לימודי לפי קוצר השגתי. ואני תפלה ויחל משה אל חי ופתח לבי בתורתו לעבוד עבודתו והאי שמעתא בעיא צילותא ויאמר לי דין אמת לאמתו והסיר ה' ממני כל חולי ומה אהן זה לפני רבנן דסורא שמהם תורה יוצאה מ"מ תורה היא וללמוד אני צריך וכל אחד אינו חייב אלא כשיעורו אם מעט ואם הרבה וזה חלקי מכל עמלי. אלו הדברים אשר דבר משה שפל אנשים אדם מועט הצעיר משה בכמה"ר אברהם דיין נר"ו ס"ט

סימן כט

שאלה כבר נודע שארבע פרשיות שבתפלין צריך לכתוב אותם כסדרן שהם כתובים בתורה ואם שינה והפך הסדר. פסולים ויש להסתפק אם כתב בתחילה קדש ואח"ך הפך השאר אם נפסלה גם פ' קדש כיון שלא נכתבו ארבעתן כסדר ואת"ל דבכגון זה קדש לא נפסלה ויכול לכתוב אחריה ג' פרשיות מחדש אכן עדין יש להסתפק אם כתב בתחילה והיה אם שמוע ואחר הכל קדש מי נימא בכגון זה כיון שבעת אשר כתב קדש נכתבה בפיסול וכמאן דליתא דמי או נימא דג' אחרונות שנכתבו בפיסול הם ראויות לגניזה אבל קדש כיון שיכול לכתוב אחריה מחדש ג' פרשיות הרי היא כתובה על הסדר ולמה תפסל והרי הם כסדרן ולמה צריכה גניזה:

תשובה עיקרא דהאי מילתא איתא במכילתא פרשת בא ד' פרשיות שבתפלין כותבן כסדרן ואם כתבן שלא כסדרן הרי אלו יגנזו ומזאת הברייתא דקדק הרשב"ש סי' תרל"ב לענין פרשיות של ראש שנכתבו שלא כסדר שהם כשרים ומהרי"ך שם כתב דבין של ראש ובין של יד בשניהם בעינן כסדרן והרשב"ש כתב דדוקא בשל יד בעינן כסדרן אבל בשל ראש לא בעינן כסדרן ודקדק כן מזאת הברייתא דקתני כתבן שלא כסדרן יגנזו ואם איתא ראשונה שנכתבה כסדר למה תגנז ישלים עליה עוד ג' פרשיות ויהיו כסדרן עי"ש. ונראה לומר דכוונת הרשב"ש להכריח בין כשכתב קדש בתחילה ואח"ך הפך השאר ובין כשכתב קדש לבסוף עכ"פ קדש למה תפסל הרי יכול להשלים עליה עוד ג' פרשיות מחדש. הן אמת כי מדברי מהרי"ך נראה שחולק בזה שכתב שם להרשב"ש וליטעמיך ראשונה למה תגנז יחתוך אותה מן הקלף שנכתבו בו ג' פרשיות. שלא על הסדר ויוסיף עליה עוד ג' פרשיות אחרות ויעלה בקודש ויעשה אותם של ראש אלא ודאי אתרווייהו קאי על של יד ועל של ראש והא דקתני יגנזו דמשמע אפילו הראשונה איכא למימר

משום דרוב פעמים צריך לגנוז את הכל ואפילו הראשונה כי לא תוכל למצוא בכתיבת היפך סדר התורה שלא תגנז הראשונה אלא בה' פנים דהיינו כשכותב קדש בראשונה ומהפך ג' האחרונות אבל בי"ח פנים הנותרים אין תקנה אפילו לפרשה א' כ"א גניזה לפיכך קתני יגנזו עי"ש. ופי' דבריו במ"ש אבל בה' פנים פי' דבריו במ"ש בס' יצירה פ"ד כי ג' בתים דהיינו ג' אותיות בונות ששה בתים גם כאן אם כתב פ' ראשונה כסדרה והיפך הג' הם מתהפכות לששה הסר מהם אחד שהוא כסדר א"ב נשארו חמשה פנים וכן נמי מ"ש אבל בי"ח פנים היינו כמ"ש שארבעה בתים בונות כ"ד בתים ועכ"פ משמע מדבריו דלא מכשרינן קדש אלא כשכתבה בתחילה והפך השאר אבל כתב קדש באחרונה כיון שהפך הסדר בתחילה כולם פסולין. אנן נראה לע"ד דאין כן דעת הרשב"ש אלא דסבר לה מר דבין שכתב קדש בתחילה ובין כשכתבה לבסוף יכול להשלים עליה עוד ג' פרשיות מחדש ויש להכריח זה מדבריו שכתב ואם איתא ראשונה שנכתבה כסדר למה תגנז ואם כוונתו דוקא על מי שכתב קדש בתחילה הו"ל לומר קדש שנכתבה בתחילה למה תגנז ועוד דהו"ל להקשות קדש והיה כי יביאך שנכתבו על הסדר למה יגנזו ולמה נקט קדש ועוד דאם הרשב"ש סבר כהרי"ך א"כ אמאי לא נראה בעיניו הרשב"ש תירוצו של מהרי"ך ולפ"ז אם נכתבה קדש באחרונה הוא מחלוקת בין הרשב"ש ומהרי"ך אלא שלא ידענו טעמו של מהרי"ך דכיון דהשלכנו אותם שלא נכתבו על הסדר לגניזה ונשארה קדש לבדה למה לא יוכל להשלים עליה עוד ג' מחדש ונחשוב כאילו היום התחיל קדש מחדש:

ולכן נראה לע"ד כדברי הרשב"ש דקדש בכל מקום שהיא יכול להשלים עליה עוד ג' פרשיות ויש להביא ראיה לזה מדברי הרב עבודת הגרשוני סי' ס' והביא דבריו הרב אליה רבה א"ח סי' ל"ב להלכה וז"ל אם נמצא פיסול בראשונה ויש לסופר פרשה ראשונה לסופר. שמעיד עליה שנכתבה קודם לפ' זו שנפסלה שיכול לצרפה עם אותן ג' שנשארו עי"ש. וכן כתב משמו הרב יד אהרן וכתב שהוא פשוט ופשט דבריו במ"ש שאם נמצא פיסול בראשונה היינו שחסר בה תיבה שאז נפסלה כל הפרשה מדלא כתב אם נפסלה פ' ראשונה דמשמע היום נפסלה ע"י זיעה או אכילת עכבר וא"כ כשנכתבה פ' ראשונה נכתבה בפיסול שהיא חסירה תיבה וא"כ כל הבאות אחריה נכתבו בפיסול ועכ"ז אם יש לו פרשה ישנה יכול להכשיר הג' אע"פי שנכתבו בפיסול ומשליך קדש לגניזה א"כ גם בנ"ד אע"פי ששאר פרשיות נכתבו שלא כסדרן מ"מ משליך אותן שנכתבו שלא על הסדר וקדש משלים עליה עוד ג' פרשיות ואפילו שנכתבה באחרונה:

והנה מהרי"ך כתב ובאשכנז לא ראיתי נוהגים כן אלא שאם נפסלה א' מג' ראשונות שגונזין את כולם ודבריו אינם מובנים דמשמע מדבריו דאם נפסלה והיה אם שמוע לבד שכותב אחרת במקומה וקשה דמאי דעתייהו בזה דאם נאמר דבעו שיהיו כתובין בזה אחר זה בלתי שום הפסק פ' אחרת א"כ גם כי נפסלה והיה א"ש לבד יפסלו כולם כיון שלא נכתבו ואם נאמר דלא בעינן שיהיו בזה אחר זה בעת הכתיבה א"כ אם נפסלה שמע למה יפסלו כולם יכתוב מחדש שמע והיה א"ש והרי הם כסדרן ומה טעם יש בדבר שיפסלו כולם כיון שיכול לסיים עליהם עוד השאר ואפשר לומר דמ"ש שגונזין את כולן היינו מן הפסולה ואילך א"נ חומרא בעלמא החמירו על עצמן משום נוי דתפלין שלא יהיו משני סופרין דמיחזי כמנומר:

ועל דברי הרשב"ש יש להקשות כי נראה שדבריו סתראי נינהו שמצינו לו בסוף דבריו כשהשיב על דברי מהרי"ך כתב אבל בשל ראש שהם בד' בתים אין הקפדה בכך א"כ כל שנכתב כסדר הכתוב בתורה אע"פי שבהנחה נתחלפו אין בכך כלום ולפ"ז מלשון א"ח ושאר רבוותא ליכא שום הוכחה למיפסל של ראש אם נכתבו שלא כסדר ע"כ. ונראה מדבריו אלו דבשל ראש לא בעינן כסדרן א"כ אמאי כתב קודם לזה אבל בשל ראש שהם בד' בתים אין הקפדה בכך כל שנכתבו כסדר הכתוב בתורה. וקשה דלמה בעינן שיהיו כתובים על הסדר כיון דבשל ראש לא בעינן כסדרן ונראה דמ"ש אבל בשל ראש כל שנכתב כסדר הכתוב בתורה אע"פי שבהנחה נתחלפו אין הקפדה בכך היינו אחר שכתב לו מהרי"ך גופא דעובדא שהנדון היה שד' זוגי תפלין שאחר שנכתבו כסדר נתערבו זה בזה ולא היה יודע הסופר למי יקדים ולמי יאחר ועל אופן זה כתב לו דאפילו לדבריך שאין אתה מודה לי דבשל ראש לא בעינן כסדרן עכ"פ בנדון דידך שנכתבו על סדר הכתוב בתורה אלא שבהנחה נתחלפו ולכן כתב לו דאפילו הכי הם כשרים כיון דבהנחה דוקא נתחלפו אבל ודאי שדעת הרשב"ש דבשל ראש לא בעינן כסדרן.

וחזי הוית למו"ה הרב חקרי לב א"ח סי' ז' שנשאל כנדון דידן והעלה דפרשת קדש שנכתבה באחרונה יש לפסול גם קדש ואני הדל לפק"ד אם לדין יש תשובה וגם ראיתי בתוך דבריו כמה דברים שלא זכיתי להבינם תחילת דברי פיהו הביא ראיה מהא דתנן במנחות דף כ"ח ד' פרשיות שבתפלין מעכבין זה את זה ואפי' קוצו של יו"ד וא"כ כי שינה בהם הסדר שכולם נפסלו ע"כ. ונר' מדבריו שהבין דפי' מעכבין זא"ז היינו שהם פסולים לגמרי ואין להם תקנה כיון שחיסר קוצו של יו"ד ואם יתקנה עכשיו הוי שלא כסדרן ופסולות כל ד' פרשיות. ולפקד"ן פשוט דמ"ש ד' פרשיות שבתפלין מעכבין זא"ז אין הכוונה שהם פסולות וצריכים גניזה אלא הכוונה שאם הניח ג' פרשיות ופרשה ד' לא

הניח שהם מעכבין ולא יקראו תפלין ולא זה בלבד שחסר פרשה אלא אפילו חסר קוצו של יו"ד מעכב ולא יקראו תפלין. ויגיד עליו ריעו שהרי אמרו שם במנחות שם בש"ס ד' פרשיות מעכבות פשיטא ותירצו ל"ק אלא לקוצו של יו"ד והקשו הא נמי פשיטא אלא לאידך דר' יהודה אמר רב דאמר כל אות שאין מוקפת גויל מד' רוחותיה פסולה והיינו שלא תהיה אות דבוקה לחבירתה והא פשיטא שאם אות דבוקה לחבירתה אפילו בפרשת קדש שיכול לתקנה ואין בזה משום שלא כסדרן וא"כ מהיכן נראה מזה שאם שינה בהם הסדר שהם פסולים לגמרי. ועוד דאימא דהא דאמרו שאפילו חיסר קוצו של יו"ד שהוא מעכב היינו אם לא תיקנה אבל אחר שתקנה מנ"ל שלא יוכל לתקן ונפסלים כל ד' פרשיות. ועוד לפי דברי החק"ל למה הוצרכו הפוסקים להביא ראיה מהמכילתא ולא הביאו ראיה מהמשנה הזאת ועוד קשה לי על דבריו דמהמכילתא משמע להדיא שצריך לכתוב אותם כסדרן אבל מדברי המשנה לא משמע אלא שצריך שיהיו ארבעה אבל אם זה קודם או אח"ך לא משמע מהמשנה:

כתב עוד החק"ל וכן נראה עוד מתשובת הרשב"ש סי' תרל"ב שנחלק עם מהרי"ל אי בתפלין של ראש בעינן כסדרן שנחלקו בזה הרב רבינו ברוך ור' יחיאל ומהרי"ך דעתו כר"ב ולכן אמר בתפלין של ראש אם כתב אחת מהם שלא על הסדר שהבית כלו פסול נראה דאם שינה בשני פרשיות אחרונות דגם הראשונות נפסלו ואחר זה הוקשה לו להרב חק"ל ממ"ש שם הרשב"ש להכריח כדברי ר' יחיאל וכתב וכדבריו משמע בברייתא שהרי אמרו כתבן שלא כסדרן ואם איתא ראשונה שנכתבה כסדר למה תגנז אלא ודאי משמע דוקא בשל יד בעינן כסדרן מדבריו אלה משמע דאם שינה בפ' ב' או ג' דראשונה כשירה וזה היפך מכל דבריו שהבאתי לעיל שמתבאר מהם היפך זה עי"ש. והנה מלבד שדברי הרשב"ש דסתראי נינהו כמ"ש החק"ל עוד בה לא ידענו טעמו של דבר דבשלמא ההיא דכתב ראשונה למה תגנז אלא היא כשירה ומשלים עליה ג' פרשיות לפי דעכ"פ ראשונה נכתבה כסדר אבל ההיא דאם נפסלו ב' פרשיות אחרונות דגם הראשונות נפסלו מה טעם יש בדבר והרי אע"ג דהאחרונות נכתבו שלא כסדר אכן הראשונות נכתבו כסדר ולמה לא יוכל לכתוב מחדש ב' פרשיות מחדש ואם נאמר דדעתו דבעינן שארבע פרשיות יהיו כתובין כסדר בלתי שום הפסק ואם נפסלה אפילו אחרונה נפסלו כולן הנה פיסול זה עדין לא מצאתיו בספרן של צדיקים. גם קשה לי על דבריו במה שהכריח מדברי הברייתא דקתני כתבן שלא כסדרן יגנזו דמשמע כל ד' פרשיות ועל זה הקשה הרשב"ש דא' למה תגנז אלא ודאי דבשל יד איירי ומ"מ מבואר מדבריו דלדעת ר"ב דסבר דגם בשל ראש בעינן כסדרן אף אם נמצא פיסול בפ' ב' או ג' דגם קדש נפסלה ומזה

הוליד החק"ל מחלוקת חדשה בין הרשב"ש ומהרי"ך דלהרשב"ש גם ראשונה נפסלה ולמהרי"ך לא נפסלה עי"ש בד"ק. ואני הדל לא ידעתי מהיכן המציא מחלוקת זה דאי מכח הברייתא דקתני כתבן ש"כ יגנזו דמשמע אפילו הראשונה אימא דהרשב"ש יתרץ בדברי ר"ב כמו שתירץ מהרי"ך דהא דנקט יגנזו דמשמע אפילו הראשונה דעל הרוב הם פסולים ומשו"ה קתני סתמא יגנזו ואה"נ דגם הוא סבר דאם נפסלה פ' ב' לא נפסלה הא' כדברי מהרי"ך דא' לא נפסלה לפי שנכתבה כסדר:

ועוד קשה לי על דבריו דלדעתו קושית הרשב"ש על ר"ב במקומה עומדת דראשונה שנכתבה כסדר למה תגנז ואין זו סברא ועוד דמנ"ל להמציא מחלוקת חדשה במה שלא נזכר ומפורש בדבריהם והרי מצינו לו להרשב"ש עצמו בסי' שאחר זה דמחלוקת שביניהם הוא שבעיר הרשב"ש היו נוהגים כר' יחיאל ולא כר"ב ומשמע שם שאין ביניהם מחלוקת כי אם זו ואי דגם זה מחלוקת ביניהם הו"ל להרשב"ש להשיבו דאפילו לדבריך שאתה סובר כר"ב קדש אין לה תקנה כלל ולא כמו שאתה אומר שהיא כשרה ואי דחיליה מדברי הברייתא דקתני סתמא יגנזו דמשמע אפילו ארבעתן יחד הם פסולים א"כ הוה לן לפסול אפילו והיה א"ש שיפסלו כולם יחד ואי דראיית החק"ל מדבריו דלעיל שכתב הרשב"ש דאם נמצא פיסול בין בראשונה ובין באמצעיות לדברי ר"ב שכולם פסולות דמשמע דאם שינה באחרונה גם הראשונות נפסלו. יותר יגדל התימה עליו שהרי לעיל הביא דברי שניהם יחד ודקדק מדברי שניהם שגם קדש פסולה והביא דברי מהרי"ך תחילה שכתב שתפלין של ראש אם נמצא אחת מהם שלא על הסדר שהבית כלו פסול וכתב וכן נראה עוד מדברי הרשב"ש שכתב שם דאם נמצא פיסול בפרשיות בין בראשונות ובין באמצעיות לדברי ר"ב צריך להחליף כל ד' פרשיות נראה דכי שינה באחרונות דגם הראשונות נפסלו ע"כ. הרי נראה להדיא דהרשב"ש ומהרי"ך שוים בשיעורייהו דגם הראשונות נפסלו ומנא לן לחלק ביניהם ואי נאמר דשאני מהרי"ך שמצינו להדיא שכת' שתפלין של ראש בפ' קדש בה' פנים אינה נפסלת עכ"פ דבריו סתראי נינהו שהרי בתחילת התשובה כתב דאם נמצא פ' אחת מהם כתובה שלא כסדר שהבית כלו פסול ואיך כתב כאן שבחמש פנים פ' קדש אינה נפסלת ומהתימה על החק"ל שלא הקשה עליו בזה. ועוד קשה דאמאי סמך על דבריו הראשונים ולא סמך על דבריו האחרונים שמתבאר מהם שאין קדש נפסלת:

והנה הרב החק"ל הקשה דברי הרשב"ש אהדדי כי מתחילת דבריו נראה דאם שינה באחרונות דגם הראשונות נפסלו וממ"ש ראשונה למה תגנז נראה היפך זה ותירץ וז"ל ונראה לי בכוונתו דס"ל כדעת התרומה שהביא בב"י סי' ל"ב דמחק וגרר ותלייה פסול

בתפלין ונראה מדברי הסמ"ג בעשין כ"ב והתרומה ה' תפלין בטעם אחד להירוש' שפסל התלייה בתפלין דלאו מטעם שלא כסדרן וס"ל דפיסול שלא כסדרן ליתיה כ"א בפרשיות אלא דס"ל דאם נמצא פיסול בג' ראשונות דנפסלו כולן כיון דעכ"פ אותה שנפסלה כמאן דליתא דמי והבאות אחריו שנמצא שקדמו לראשונה משא"כ אם נמצא פיסול בד' עי"ש. והנה מ"ש משם הסמ"ג והתרומה שכתבו דפיסול תלייה אינה משום שלא כסדרן לא ידעתי היכן מצא זה בסמ"ג ובעל התרומה והרואה יראה להסמ"ג ובעל התרומה שכתבו טעם להירוש' שפסל התלייה משום דהוי שלא כסדרן וכן מצאתי להגהות מיימו' בה' תפלין פ"א שכתבו להדיא דהא דאין תולין בתפלין מפרש בירוש' הטעם משום דהוי שלא כסדרן ואני הדל בירוש' דמגילה לא מצאתי זה ואפשר דמצאו זה באיזה מקום בירו' וכ"כ הר"ן בש"ות סי' ט"ל וכ"כ בס' אורחות חיים וא"כ קשה היכן מצא דטעם התלייה שאסור לאו משום דהוי ש"כ. וע"פי דברי הירו' יש לתרץ מה שהקשה הרשב"ש על דברי ר"ב ואם איתא ראשונה למה תגנז דר"ב יתרץ דהברייתא מיירי שנפסלה קדש ולא ידע בזה עד שסיים כל ד' פרשיות שאז בכגון זה נפסלו כולם ועיקר תירוצו של החק"ל אינו מובן כלל:

ולכן נלע"ד לומר דלא עלה על דעת הרשב"ש דאם נפסלו האמצעיות שגם הראשונות נפסלו דח"ו הילכתא בלי טעמא דאם נימא דהטעם משום דבעינן שיהיו כתובין ד' פרשיות בזה אחר זה בלתי שום הפסק א"כ גם כי נפסלה והיה א"ש לבד יפסלו כולם ואי לא נימא הכי אלא דוקא אם נפסלו האמצעיות נפסלה גם קדש א"כ אין טעם בדבר ומנ"ל לומר הכי בלתי ראיה מכרעת על דבר זה ומה שדקדק החק"ל זה מדברי הברייתא דקתני כתבן שלא כסדרן יגנזו דמשמע בכל אופן צריכין גניזה ולדעת ר"ב הברייתא מיירי אף בשל ראש א"כ נראה דלדעת ר"ב בכל אופן הם פסולין דאין מזה ראיה דא"כ גם כי נפסלה והיה א"ש לבד יפסלו כיון דגם התלייה משום דהוי שלא כסדרן ועוד דמנ"ל לומר דר"ב לא יתרץ כמו שתירץ מהרי"ך דהא דנקט יגנזו דנראה בכל אופן היינו משום דהרוב הם פסולים ואה"נ דהוא סבר כדעת מהרי"ך דקדש לא נפסלה אף שנפסלו פרשיות שאחריה ונוכל לומר שכן דעת הרשב"ש כמהרי"ך והראיה שאחר שתירץ לו דהברייתא נקט הכי משום דהרוב הם נפסלים לא השיב לו כלום כנראה שהודה לו בתירוץ זה ולדעת החק"ל חילוק יש ביניהם והו"ל להשיבו דלדעתך שאתה סובר כר"ב בכל אופן הם פסולים ואפילו קדש כי הברייתא סתמא קתני ומדלא השיב לו הכי נראה שהודה לתירוצו ועוד דמוכרח שנאמר כן בדעת הרשב"ש שהרי הוא עצמו כתב שאם נפסלה והיה א"ש שמחליף אותה לבד ואי דסבר שבאיזה אופן שיהיה שכולן פסולות

הו"ל לפסול גם והיה א"ש שצריך להחליף הכל ומה שתירץ החק"ל דפיסול שלא כסדרן אינו כ"א בפרשיות כבר כתבתי לעיל כי נהפוך הוא ועוד דלפי דבריו עדין הדבר קשה על ר"ב דראשונה שנכתבה כסדר למה תגנז ואם נאמר דר"ב יתרץ כמהרי"ך ל"ק ולא מידי. ועוד דלפי דברי החק"ל במה שפי' בדברי הרשב"ש דאם נפסלה האמצעית דגם הראשונה נפסלה ח"ו נר' הלכתא בלתי טעמ' דלמה תפסל וכ"ע ידעי דהפיסול ממקום שנפסל ואילך ולא שחוזר הפיסול למפרע ומכל זה נראה דגם הרשב"ש דעתו כמהרי"ך ואין ביניהם מחלוקת כלל:

אכן עדין נשאר לנו לברר דברי הרשב"ש שכתב דאם נמצא פיסול בין בראשונה ובין באמצעית צריך להחליף כל ד' פרשיות דנראה מזה דאם שינה באחרונות דגם הראשונות נפסלו ואם הדברים כפשטן לא ידענו טעמו של דבר אכן נראה בכוונתו שתחילה כתב שנוהגים בארצו ומעשים בכל יום שאם נפסלה פרשה אחת מהראש שמחליף אותה פ' לבד ובכל מקום שתהיה אין להקפיד אכן לדעת ר"ב שגם בראש צריך שיהיו כסדרן יש מציאות שצריך להחליף כל ד' פרשיות כגון שנמצא קדש חסירה אות שאז נפסלו כולם ואה"נ דאם נפסלה והיה כי יביאך שצריך להחליף ממנה ואילך ולא הוצרך הרשב"ש לבאר כל זה בדעת ר"ב כיון דהוא לא סבר כוותיה אכן עדין יש לנו לברר דברי הרשב"ש ומהרי"ך שבתחילת התשובה שכתב בתפלין של ראש שאם נכתבה אחת מהם שלא על הסדר שהבית כלו פסול ודברים אלו הם היפך מה שכתב לקמן מהרי"ך שלא תמצא שלא תפסל קדש כ"א בה' פנים דהיינו כשכותב קדש בתחילה ומהפך הג' נראה מדבריו דקדש אינה נפסלת אפילו היפך השאר וא"כ קשה איך כתב שאם נפסלה אחת מהם שהבית כלו פסול והתימה מהחק"ל שלא הקשה דברי מהרי"ך אהדדי והם סתראי נינהו. ולכן נוכל לומר דגם בזה מ"ש שאם נפסלה אחת מהם שהבית כלו פסול היינו במציאות שנפסלה קדש שאז הבית כלו פסול וכן נמי מ"ש מהרי"ך ובאשכנז לא ראיתי כן אלא שאם נפסלה אחת מהם שגונזין את כולן היינו נמי שנפסלה אחת מהם היא קדש שאז גונזין את כולן ויש להכריח זה בדבריהם מכמה טעמי מהם נאמרו לעיל ומהם נאמר עוד ובודאי שלא עלה על דעת הרשב"ש ומהרי"ך לומר שאם נפסלה האמצעית שגם הראשונה נפסלה אחת כי לפ"ז דברי הרשב"ש סתראי נינהו דא"כ אמאי אם נפסלה והיה א"ש שלא יפסלו גם הראשונות שנית כי גם דברי מהרי"ך סתראי נינהו שלישית כי לפ"ז אין טעם בדבר וכאמור לעיל ד' כי מצאנו למרן ז"ל בב"י סי' ל"ב שהביא משם מהר"י אלסכנדרי ורבינו יונה דאין הפיסול אלא ממקום שנפסלה ואילך אבל הקודם להם לא נפסלו ואיך נאמר בדעת הרשב"ש דס"ל להיפך והוא חולק עליהם בדבר שאינו

מפורש בדבריו א"נ יש לומר דמ"ש שבאשכנז לא ראיתי נוהגים כן אלא שאם נפסלה אחת מהם שגונזין את כולן היינו מן הפסולה ואילך אבל לא הקודם לה:

א"נ דמ"ש הרשב"ש דאם נפסלה אחת מהם שהבית כולו פסול היינו הראשונה מהם ובדברי הרשב"ש היה כתוב לאמר אות א' והמעתיקים סברו שהיא מלת אחת וכתבו אחת מהם אך באמת היא ראשונה מהם. עוד יש לתמוה על דברי החק"ל דסבר שדעת הרשב"ש שאפילו נפסלה שמע שגם קדש נפסלה איך לא אשתמיט שום אחד מהאחרונים להביא חומרא זו משם הרשב"ש שהוא מגדולי הפוסקים:

עוד קשה לי על מ"ש החק"ל וז"ל אך בעיקר חקירתנו כשכתב פרשה ב' קודם לראשונה אם נפסלה גם קדש וכו' ולדעת הרשב"ש אין ספק דנפסל אלא שגם דעת מהרי"ך לפסול שהרי כתב שאין מקום להכשיר קדש כל שלא כתבה בראשונה עי"ש. ואני הדל לפקד"ן דאין הדבר פשוט כן דכל שלא כתבה בראשונה שהיא פסולה והרי תחשוב הראשונות שנכתבו בפיסול כמאן דליתנהו דמי וקדש ישלים עליה עוד ג' פרשיות מחדש ודין זה מדברי הרשב"ש אין בדבריו שום רמז כלל ואדרבה ממה שכתב ראשונה שנכתבה כסדר ולא כתב ראשונה שנכתבה בתחילה נראה דכל שהיא כסדר שנכתבו אחריה ג' פרשיות כסדר קדש כשרה ואינה צריכה גניזה הן אמת כי מדברי מהרי"ך נראה דסבר היפך זה שכתב אבל בי"ח פנים הנותרים אין תקנה אפילו פ' ראשונה כ"א גניזה ומהתימה מהחק"ל שהביא ראיה שגם מהרי"ך מודה בזה שהרי כתבן במקום שאין להכשיר פ' קדש ואמאי לא הביא ראיה מדברי מהרי"ך עצמו. ועוד תמיה לי שכתב שאף מהרי"ך מודה בזה כנראה שהרשב"ש פשיטא דסבר כן והרואה יראה כי נהפוך הוא שמהרי"ך מפורש בדבריו להדיא ובדברי הרשב"ש אין מפורש להדיא:

עוד קשה לי על דברי החק"ל במ"ש ולעיקר חקירתנו במ"ש והיה כי יביאך ואח"ז קדש אין מכל מ"ש ראיה להכשיר ולדעת הרשב"ש אין ספק דנפסל כמבואר בדבריו וכו'. ולא ידעתי היכן מבואר בדבריו כן שהרי לעיל לא כתב כ"א שלדעת ר"ב שאם נפסלה הראשונה או האמצעית שצריך להחליף כל ד' פרשיות ודבר זה כבר נדחה מדברי מהרי"א ורבינו יונה שהביא מרן בב"י וכמ"ש החק"ל עצמו שנראה מהם להדיא שדוקא מן הפיסול ואילך נפסל אבל הקודם לו לא נפסל ובזה נדחו הרשב"ש לדידן דקבלנו הוראות מרן וא"כ מה יש ממנו ראיה לפסול היכא דכתב קדש באחרונה ואי דכוונת החק"ל להביא ראיה לנ"ד מצד הסברא דכיון שבעת שנכתבה נכתבה בפיסול א"כ למה לו לתלות הדין בדברי הרשב"ש ימציא הדין מסברא דנפשיה. וכ"ת דמדברי מהרי"ך עצמו נראה דין זה שהרי כתב שלא תמצא שלא תפסל הראשונה אלא בה' פנים אבל בי"ח

פנים הנותרים אין תקנה אפילו לראשונה אלא גניזה. הנה דברי מהרי"ך אינם ברורים וסתראי נינהו שהרי לעיל בתחילת התשובה כתב שאם נפסלה אחת מהם שהבית כלו פסול וזה היפך ממה שכתב לקמן שאם כתב קדש בתחילה והיפך השאר שקדש אינה נפסלת ולכן יש לתמוה על הרשב"ש דאמאי לא הקשה עליו שדבריך סתראי נינהו ועוד דלפי זה מדברי מהרי"ך שבתחילת התשובה נראה שאם נכתבה אחת מהם שלא על הסדר שהבית כלו פסול אפילו פ' והיה א"ש אם חסר ממנה אות אחת שכולם נפסלים ואם כן קשה איך מדייק מזה החק"ל דאם שינה באחרונות דגם הראשונות נפסלו והשוה בזה דעת הרשב"ש לדעת מהרי"ך וקשה דהא חילוק גדול יש ביניהם דלהרשב"ש אם נפסלה והיה א"ש מחליף אותה לבד ולדעת מהרי"ך כולם הם פסולים כיון שנפסלה אחת מהם ולכן נלע"ד לומר כמ"ש לעיל דלא עלה על דעת הרשב"ש ומהרי"ך לומר דאם נפסלה שמע שתפסל גם קדש דאין טעם בדבר וכמש"ל ואי דבעינן שיכתבו אותם בזה אחר זה בלתי שום הפסק א"כ גם כי נפסלה והיה א"ש יפסלו כולם ודעת הרשב"ש ומהרי"ך כדעת הרי"א ורבינו יונה דאין נפסל אלא ממקום הפיסול ואילך אבל מה שקודם הפיסול אינו נפסל אכן דרך העולם כשרוצה אדם לדבר על ענין שהוא מדרגות מדרגות מדבר בדבר שהוא בהפלגה יותר ובפרט כשהוא ראשון והוא חידוש יותר והכא בנ"ד בענין התפלין של ראש לדעת רבינו יחיאל אין צריך לכותבם כסדר ולדעת ר"ב אם נפסלה קדש כולם פסולים ודיבר כנגד הראשונה שהיא רבותא יותר ואם נמצא פיסול בשנייה נפסלין הג' וראשונה שהיא קדש כשירה וכן אם נמצא בג' מתמעט הפיסול והרשב"ש ומהרי"ך לא הוצרכו לבאר דכיון דהעיקר הפיסול משום דבעינן שיהיו כסדרן א"כ ממילא ראשונה שנכתבה על הסדר מה פיסול יש בה והרי כסדר היא כתובה:

ובזה יש מקום לתרץ במה שהקשה על ר"ב דראשונה שנכתבה כסדר למה תגנז ולמה לא הוקשה קושיא זו על מהרי"ך עצמו דאמאי אם נפסלה אחת מהם שהבית כלו פסול דמשמע שאפילו נפסלה שמע שכולם פסולים ויקשה ראשונה למה נפסלת והרי כסדר נכתבה אלא ודאי ידע לה מר דאין כוונת מהרי"ך שאמר שהבית כלו פסול היינו אפילו נפסלה שמע לבד שהבית כלו פסול ואפילו קדש אלא דמה שאמר שהבית כלו פסול היינו כשנפסלה קדש שאז כולם פסולים ובזה השוו דברי הרשב"ש. ומהרי"ך עם דברי מהרי"א ורבינו יונה שהביא מרן בב"י דאין פיסול אלא ממקום שנפסל ואילך וכן מצאתי להרדב"ז ח"א בחדשות סי' קצ"ד שכתב בענין פ' והיה אם שמוע שנפסלה כיון שהיא אחרונה צריכה גניזה ואם היה נופל הטעות בפ' ראשונה היה צריך לגנוז את כל התפלין עי"ש. ומדנקט ואם היה נופל הטעות בפ' ראשונה ולא נקט בג' פרשיות

הראשונות משמע דאם היה נופל בטעות בפ' שנייה או ג' אין צריך לגנוז את הכל אלא מן הפיסול ואילך והראשונה היא כשרה וזה ודאי כדעת מהרי"א ורבינו יונה הנז"ל. וראיתי בס' בן פורת יוסף ה' תפלין שאחר שהביא דברי הרדב"ז הנז' כתב אלא שלא פי' את שיחותיו במאי מיירי אם בשל ראש או בשל יד. ולפקד"ן דודאי בשל ראש איירי שהרי כתב שהיה כתוב בתפלין ד' שיטין וזה ודאי בשל ראש היא דבשל יד ז' שיטות נוהגים כמ"ש מרן בב"י וכ"כ הרב החבי"ב משם הרדב"ז ח"א ס"ך ק"ך וז"ל היו מקצת פרשיות מזמן קדמון והראשונות מקרוב באו הוי שלא כסדרן ופסולין עי"ש. ומשמע מדבריו שאם היה הדבר בהיפך שהראשונות מזמן ראשון והאחרונות היום באו דכשרים הן דהוו כסדרן ועכ"פ נראה דגם דעת הרשב"ש ומהרי"ך דקדש אינה נפסלת ואין פיסול אלא מן מקום שנפסל ואילך ודלא כמ"ש החק"ל דעמד בסברתו דסבר דהרשב"ש ס"ל דאם נפסלה אפילו שמע דגם הראשונות נפסלו וחולק על דברי מהרי"א ורבינו המובא בב"י וידוע בכללי הפוסקים דכל דמצינן להשוות סברות הפוסקים דלא ליהוו פליגי אהדדי מהרי"א משוינן:

נחזור למ"ש לעיל משם החק"ל דאם כתב והיה כי יביאך ואח"ז כתב קדש דלדעתו דכיון שנכתבה קדש בפיסול אין לה עוד תקנה ותלה זה בדברי הרשב"ש ומהרי"ך וכבר כתבנו לעיל דאין מדבריהם שום ראיה לנ"ד וא"ת עכ"פ סברא בעלמא היא כיון דנכתבה בפיסול. לפק"ד דאין זו סברא שהרי מצינו להרמב"ם בפ"ב מה' תפלין ופסקה מרן בסי' ל"ב סכ"ג וז"ל אם נמצא שחסר אות אחת אין לו תקנה משום דהוי שלא כסדרן אבל אם יתר אות אחת יש לו תקנה ע"י שיגרור אותה אם היא בסוף תיבה וכו' ע"כ. הרי להדיא שאע"פי שבעת אשר יתר אות אחת הרי כל הבאות אחריה נכתבו בפיסול כיון שיש שם אות יתירה ואעפ"כ כיון שיכול לסלק אותו אות היתר חזרו לכשרותן אף אנן נמי בנ"ד אע"פי שכתב תחילה והיה כי יביאך ואח"ך קדש הרי קדש נכתבה בפיסול ועכ"ז כיון שאנחנו מסירין והיה כי יביאך לגניזה חזרה קדש לכשרותה ויכול לסיים אחריה ג' פרשיות מחדש וכ"ת דשאני נ"ד דהזיד וכתב והיה כי יביאך ואח"ז קדש אבל ההיא דמרן מיירי דאחר שכתב ד' פרשיות ובא לבודקן מצא שחסרים אות אחת או יתרים. אכן אין זה כלום דלאו ברשיעי עסקינן שיכתוב שלא כסדרן בדבר שהוא ידוע אפילו לקטנים ועוד דגבי אות יתירה מי לא עסקינן שהרגיש הסופר שיש אות יתירה ועכ"ז אמר שאחר שאני מסיים הכל מסיר היתר וגורר אותה ובודאי דבכגון זה הרשות בידו לגרור אחר כתיבת הכל דאלת"ה לא הוה שתיק מינה מרן שלא יגלה לנו רז זה וא"כ לפי דברי מרן הללו נראה דבנ"ד אם כתב והיה כי יביאך ואח"ך קדש דכיון דיכול להסיר

והיה כי יביאך ויגנוז אותה א"כ נשארה קדש בכשרות ויכול לסיים אחריה מחדש ג' פרשיות ויהיו כתובין כסדרן ומה שהביא החק"ל ראיה מדברי הרשב"ש אין שום ראיה ממנו לפסול בנ"ד שהרי דברי הרשב"ש סתראי נינהו שהרי כתב דאם נמצא פיסול בין באמצעיות ובין בראשונות שצריך להחליף כל ד' פרשיות וממה שסיים זולתי אם נפסלה האחרונה שאז אין צריך להחליף אלא אותה פ' בלבד נראה דאבל הראשונות אינם נפסלים וכבר החק"ל הוקשה לו בזה אכן תירוצו אינו מוכן וכמש"ל ומה שרצה לחלק דאיסור התלייה לאו משום דהוי שלא כסדרן כבר כתבנו לעיל שזה היפך דברי הפוסקים הראשונים ולכן נראה לי פשוט דמ"ש שצריך להחליף כל ד' פרשיות היינו באופן שנפסלה קדש דוקא אבל אם נפסלה והיה כי יביאך קדש אינה נפסלה וכמו שגם החק"ל הודה בזה מדברי מרן אכן מה שכתב דאם כתב והיה כי יביאך ואח"ז קדש דקדש נכתבה בפיסול אין מדברי הרשב"ש ראיה לפסול בנדון זה. אכן מדברי מהרי"ך נראה דס"ל דקדת אינה נפסלת כשכתבה בראשונה אבל אם כתבה באחרונה אין לה תקנה אכן לענין דינא נר' כמש"ל והבאתי ראיה מדברי מרן ביתר אות אחת שאין נפסלים השאר ואפי' שנכתבו בפיסול:

עוד יש להביא ראיה לנ"ד מדברי הרב דבר שמואל סימן ש"ב שנשאל במה שהיו הסופרים נוהגים שאם נפסלה פ' ראשונה ושנייה שהיו כותבין במקומן אחרים וזה ודאי פיסול גמור הוא לכן כדי לתקן המעוות אמר שהשני פרשיות קדש והיה כי יביאך שנפסלו מקודם וכתב אחרות במקומן הן היום שרוצים לתקן את השורה כדי שיהיו כסדרן יכתבו שמע והיה אם שמוע מחדש ואז יהיו כסדרן עי"ש. הרי נדון הרב דבר שמואל קרוב לנדון דידן שהרי בתחילה היו כתובין שמע והיה א"ש והן היום כתב קדש והיה כי יביאך והן נכתבו בפיסול שהרי בעת שכתבו אותם שמע והיה א"ש קדמו להם ועכ"ז מסירין אנו שמע והיה א"ש וקדש והיה כי יביאך שנשארו אע"פי שנכתבו בפיסול לא איכפת לן כיון שבגופן לא יש פיסול יכול לכתוב אחריהם מחדש שמע והיה א"ש ואז יהיו כסדרן והם כשרות בלתי ספק דכיון דגונז שמע והיה א"ש א"כ ממילא קדש והיה כי יביאך חזרו להתכשר כיון שיכול לסיים אחריהם מחדש ב' פרשיות א"כ גם בנ"ד אע"פי שכתב תחילה והיה כי יביאך ואח"ז קדש ונמצא שקדש נכתבה בפיסול עכ"ז כיון שאנו לוקחים והיה כי יביאך לבית הגניזה שנכתבה שלא כסדר ואז בכגון זה חזרה קדש להיות כשרה ושני פרשיות אחרונות שקדמו לה כמאן דליתנהו דמי. וכן נראה ג"כ מדברי הרב עבודת הגרשוני סי' ס' וכמש"ל דאם נמצא פיסול בפ' קדש ויש לסופר פ' קדש שידוע לו שנכתבה קודם שיכול לצרפה אע"פי שהפיסול שנמצא

בפ' קדש הוא שחסר תיבה ונמצא שהשאר נכתבו בפיסול אעפ"כ הם כשרים. ומעתה לפ"ז דברי הרב דבר שמואל ודברי הרב עבודת הגרשוני שניהם בסגנון אחד נתנבאו דאע"פי שנכתבו בפיסול כיון שיכול לתקן ולהסיר היום הפיסול חזרו לכשרותן ולפ"ז יש לתמוה על הרב לקט הקמח ה' תפלין שאחר שהביא דברי הרב עבודת הגרשוני הנז' כתב והרב דבר שמואל סי' ש"ב מחמיר ע"כ. ונראה מדבריו שהרב דב"ש פליג עליו ומחמיר. והרואה יראה דאין ביניהם מחלוקת כלל וכ"כ הרב דב"ש וז"ל שיבדקו התפלין מחדש וכל הפרשיות שימצאו כתובים משני סופרים יסירו האחרונות ויכתבו אותם מחדש מיד סופר המזומן עי"ש. וזה ממש כדברי הרב ע"הג שאפילו לא נכתבו מסופר אחד ביחד כל שנכתבו כסדרן הם כשרים וכל דבריהם הם בנוים על דברי מהרי"א ורבינו יונה שהביא מרן בב"י שאם נמצא פיסול בשום פרשה לא היא לבדה נפסלה אלא היא וכל הבאות אחריה ומשמע אבל הקודם לה לא נפסלו אע"פי שהם משני סופרים ולא נכתבו יחד בזה אחר זה וגם אותה פ' אפי' שנכתבה בפיסול עכ"ז כיון שאנו רואים שעכשיו הם כתובים כסדר שפיר דמי. ומעתה לפי האמור יש לתמוה על דברי החק"ל שתמה על דברי הע"הג ולמה לא תמה על דברי הדב"ש שגם הוא אזיל ומודה לדברי הע"הג והנה אם נימא דהע"הג לא מיירי בנמצא טעות בפ' שקיא חסרה אלא פיסול אחר כגון אכילת עכבר וכיוצא שאז שאר פרשיות לא נכתבו בפיסול וא"כ לפ"ז אין ממנו ראיה לנ"ד אכן נר' דהע"הג סתמא קאמר ובכל גוונא מיירי מדלא חילק בהכי ועוד דאם נימא דהע"הג מיירי בפיסול שלא ע"י טעות א"כ אין מקום למה שהקשה עליו החק"ל שכתב דמאחר ששינה בסדר הפרשיות כבר נפסלו ואין להם תקנה והדברים ק"ו עי"ש. ואם נימא דהע"הג מיירי שהיו כשרים מתחילה ואח"ך נפסלו לאו ק"ו דשאני התם שבעת אשר כתב קדש שלא על הסדר אז באותו עת קדש נכתבה בפיסול אבל בנדון הע"הג שהיום נפסלו שני פ' והסופר יש לו ב' פרשיות שהם קודמין למה יפסל והרי הם ברורים לו שהם קדמו ומה פיסול יש בהם והנלע"ד כתבתי:

נאום הצעיר אברהם דיין ס"ט

סימן ל

אור יקרות הרואה אומר ברקאי בר אבהן ובר אוריין. זרע ץ ברך דמצפרא כריך כמה הילכתא גברוותא עד דמשחרי כותלי לן בעמקא של הלכה הני דמסתתרן ליה גליין. ויספוק עלימו ספיקא דאורייתא דלא מכתבן ולא קריין. וירדוף עד ד'ן עושה לה פותחת גדולה תשובה וזו הלכה העלה בידים מוכיחות הויין. ואתיא תוך תוך כס פלפלא מאותו

ענין. הדר הוא האמור בתורה הרב הכולל כמה"ר אברהם דיין. נר"ו יאיר ויחי עוד לנצח ברבות הטובה וברכות לראש צדיק כחדא שריין:

ראיתי את הכתב אשר כוננו ידיו רב לו במלחמת מצוה ושקיל וטרי לעמוד על עיקרא דדינא אשר עלה ונסתפק בדין ארבע פרש ות שבתפלין של ראש שלא כתבן כסדרן וכתב והיה כי יביאך ואח"ך קדש אם יכול לגנוז והיה כי יביאך ויניח קדש ויסיים עליה ג' פרשיות מחדש וספק זה כבר נסתפק בו מופת הדור הרב חקרי לב א"ח סי' ז' והניח הדבר בצ"ת ורו"ם פשיט ליה להיתרא והנה בראשית מאמר הביא כת"ר. דברי הרשב"ש סי' תרל"ב ובר פלוגתיה הוא מהרי"ך בענין פרשיות של ראש שנכתבו שלא כסדרן אם הם פסולין והביאו מחלוקת הפוסקים בזה דלר"ב גם בשל ראש בעינן כסדרן ור' יחיאל פליג עליה וס"ל דבשל ראש לא בעינן כסדרן ומה שפי' רו"ם בכוונת הרשב"ש במה שאמר ראשונה שנכתבה כסדר למה תגנז היינו בין כשכתב קדש בתחילה והיפך השאר ובין כשכתב קדש בסוף הכל נכון ומה שפי' בצד השני אין זה נכון דלא אריך למעבד הכי וטעמא רבה איכא דכיון שהתחיל לכתוב שלא על הסדר וכתב תחילה והיה א"ש ולבסוף הכל קדש לצרפה עמהם הרי נפסלה גם קדש עמהם וכיון שנפסלה אינה חוזרת להתכשר אכן כוונתו להקשות מהברייתא דקתני סתמא כתבן שלא כסדרן יגנזו דמשמע בכל מיני היפוך יגנזו כולם ואין תקנה לא לאחת מהם ואי בשל קדש מיירי הא משכחת לה לראשונה שלא תגנז וכגון שכתבה בתחילה ואח"ך היפך השאר בכל מיני היפוך דבאופן זה קדש נכתבה בכשרות ולמה תגנז:

ומ"ש כ"ת להביא סיוע מדברי הרב עבודת הגרשוני בנמצא פיסול בפ' ראשונה וכו' והנה הרב ז"ל לא פי' שיחותיו דהפיסול שנמצא כיצד היה ויש מקום לומר דהפיסול נתחדש מחמת זיעה או ענין אחר ובזה לא יש ממנו ראיה כלל ומ"ש עוד כ"ת כי דברי הרשב"ש סתראי נינהו וכו' ונראה דמ"ש בתחילה אחר שכתב לו גופא דעובדא וכו'. אחר המחילה מה שדמית לתרץ בזה דברי הרשב"ש אין דמיונך עולה יפה דדבריו אלו קיימי בביאור לשון הטור או"ח ושאר רבוותא ומי הכניס עובדא דמהרי"ך בזה. ומה מאור יש לתמוה על רו"ם במ"ש לזה כתב כיון שנכתבו על הסדר דלכ"ע אפי' לדעת ר"ב כשר דלא אמר ר"ב דאם נכתבו על הסדר אפי' נתחלפו בהנחתן כשרות אלא בתפלין מאחר דודאי נכתב על הסדר אלא שבהנחה נתחלפו אבל בעובדא דמהרי"ך אף שבתחילה נכתבו על הסדר כיון שאח"ך נתערבו ונתבלבלו אין אלו שנכתבו על הסדר דקרוב להיות שפרשת קדש היא מזוג השני או ג' או ד' שנכתבה אחר ג' פרשיות שצירף עמה וכן על זה הדרך י"ל בג' פרשיות שנתנם יחד בבית זה כי רחוק מאוד שנאמר שד' פרשיות שנזדווגו עכשיו בבית

זה הם אלו שנכתבו בזוג הא' ובזה כ"ש שפוסל ר"ב ולמה שהקשית עליו דדבריו סתראי נינהו צריך אני לברר. דבריו וממוצא דבר עיניך תחזינה מישרים דאין סתירה בדבריו בדבריו והוא דכוונתו לומר דכל מגמתם וכוונתם לומר דלר"ת דס"ל דהנחתם אינם כשל תורה אית ליה. נמי דכתיבתן צריך להיות כשל תורה וכיון שכן הוצרכו להודיע דבשל יד צריך לדלג שיניח חלק במקום והיה א"ש ויכתוב שמע ויחזור ויכתוב והיה א"ש באמצע ואם יכתוב כשל תורה וגם הנחתן במקומן יהיה הנחתן כסדר של רש"י ופסולות לר"ת דלא אפשר תו להפכם כיון שהם בקלף אחד ובשל ראש אין קפידא בזה כשיכתוב כשל תורה דכיון דכותבן בד' עורות אף שנכתבה והיה אם שמוע אחר שמע בלא דילוג הרי יכול להניחן במקומן הוויות באמצע נמצא דלא נתבאר בדבריהם אלא כשכותבן בסדר התורה דכשרים מצד הנחתן שפוסלת אם נשתנית והיה יכול לתקנה כיון שהם בד' קלפים אבל מצד כתיבתן דהיינו אם אירע בדיעבד שכתב שלא כסדרן הן לא ידענו זה מדבריהם דלא דברו בזה כלל וכמו שתוכל לפרש ולומר בברייתא אי אתרווייהו קאי כר"ב או כשל יד קאי כר' יחיאל כן נוכל לומר בסברתם כנ"ל ברור. אכן מה שלא יכולתי להבין בדברי הרשב"ש במ"ש אבל בש"ר לא הקפידו בכך שידלג דמה שייך דילוג בש"ר שהם בד' קלפים הרי איזה קלף הבא לידו לכותבו הוא נקרא ראשון וכשנוטל אחריו קלף אחר לכתבו הוא נקרא שני ובשלמא בשל יד שארבע פרשיות בקלף אחד ומושך ידו ומניח חלק וכותב אחריו מיקרי שפיר מדלג ושמא י"ל בדוחק דמ"ש לא הקפידו בכך שידלג לאו דוקא אלא דר"ל דלא שייך הקפדה בכך שידלג אמנם הא קשיא בדבריו טובא במ"ש א"כ דברי ר"ת שפוסל סדרו של רש"י וכו' אבל בש"ר שהוא ד' בתים אין קפידה בכך משמע שהטעם שפוסל כתיבה שלא כסדרה הוא משום שינוי הנחתן שפוסל בהם א"כ משמע אם היה באפשר שיכתבו כסדרן ותהיה הנחתן בלתי שינוי אינם פסולות שלא נכתבו כסדרן כמו שכך הוא הדין בשל ראש מטעם שיוכל אח"ך לשומם בבתים כסדר הנחתן והשתא קשה אם איתא איך קתני סתמא כתבן שלא כסדרן יגנזו הא משכחת לה נמי בש"י הנחתן כדין אף שלא נכתבו כסדר התורה שדלג מקום ג' פרשיות וכתב בסוף הכל והיה א"ש וחזר וכתב ג' ראשונות א"נ כתב קדש והניח חלק במקום הויות באמצע וכתב שמע ואח"ך חזר וכתב הויות באמצע וכמו שכן הקשה הרשב"ש לעיל לר"ב ואין לתרץ ולומר דבדילוג לא קמיירי דהא עכ"ל דבדילוג נמי מיירי דכותבן כסדרן לא משכחת לה בש"י בלא דילוג וצ"ע:

מעתה הבוא נבוא למ"ש רו"ם על דברי החק"ל תחילה וראש הקשה עליו במה שהביא ראיה מהא דתנן במנחות ד' פרשיות שבתפלין מעכבין זא"ז ואפילו קוצו של יו"ד וא"כ

יש לומר כי שינה בהם הסדר כולם פסולות וכתב כ"ת כי אין מזה ראיה וכו' ועוד לפי דבריו למה הוצרכו הפוסקים להביא ראיה ממכילתא וכו' יותר טוב להביא ראיה מדברי הש"ס וכו' ע"כ. ולעד"ן לפי המושכל הראשון כי הוא ז"ל קאי להביא ראיה לאם היפך בשתים האחרונות שגם הראשונות נפסלו ודייק זה מדקתני ד' פרשיות שבתפלין מעכבין זא"ז שאם חיסר אפילו קוצו של יו"ד נפסלו דמשמע דכל ד' פרשיות פסולות ואפילו נמצא חסר קוש"י באחרונה שנפסלו גם הראשונות וטעמא מאי פסולות הרי יכול להשלים קוש"י או תפסל אותה פרשה שחסר בה אלא משום דהוי שלא כסדרן וקתני מעכבות זוא"ז שכולם פסולות א"כ מזה נראה להדיא דאם היפך בשתים האחרונות שגם הראשונות נפסלו וזה לא משמע מהמכילתא דקתני כתבן שלא כסדרן יגנזו דאיכא למימר דה"ק כתבן שלא כסדרן יגנזו היינו מן הפסולה ואילך. ומה שהוקשה לך עוד דלפי דבריו למה הוצרכו הפוסקים להביא מהמכילשא ולא מדברי הש"ס הא ל"ק דניחא להו להביא מהמכילתא דקתני בהדיא כתבן ש"כ ולא ממשמעות דברי הש"ס:

אכן מאי דתמיהא לי בדברי החק"ל הוא דדייק דכיון דתנן ד' פרשיות שבתפלין מעכבין זא"ז ואפילו קוש"י א"כ כי שינה בהן הסדר כולם פסולים דכיון דמתני' בש"ר ובש"י אירי כמ"ש הרמב"ם והרע"ב בפי' המשנה וכן משמע מהש"ס שם דפריך פשיטא לא נצרכה אלא דאר"י א"ר כל אות שאין גויל מקיפה פסולה ודין זה בש"ר ובש"י אירי וקתני מעכבות זא"ז ואם איתא לדברי הרב דפירושה דנפסלו כולם דכשמחליף הוו להו שלא כסדרן תיקשי לר' יחיאל דס"ל דבש"ר לא בעינן כסדרן. אכן כד מעיינן שפיר חזינן דכוונת הרב להביא. ראיה דכיון דמצינן דכיון דקתני ד' פרשיות מעכבין זא"ז ואפילו קוש"י ופי' מעכבין היינו דכולם נפסלים הה"ן נימא הכי למאן דאית ליה דבש"ר נמי מעכב בהן הסדר דאם נמצא פיסול באחרונות גם הראשונות נפסלו דהא קתני מעכבין זא"ז אך העיקר דהבין דפי' מעכבין זא"ז היינו דנפסלות כולם ואף אם יחליף פ' שחסר בה קוש"י לא סגי בהכי קשה דמנ"ל הכי וכמו שהקשיתי עליו לעיל גם קשה לדבריו במ"ש דכלהו פסולות ולא סגי במה שמחליף אותה פ' שחסר בה קוש"י דע"כ צריכין אנו לומר דהטעם הוא משום דהוי ש"כ כשמחליף א"כ משמע דבשל ראש נמי פוסל ש"כ ותיקשי לר' יחיאל גם קשה לי לפי דבריו לס' ר"ב ז"ל שבכתב הרשב"ש בדעתו דאם נמצא פיסול באחרונה דאין צריך להחליף אלא אותה פ' בלבד ואמאי הא מתני' סתמא קתני ד' פרשיות מעכבין זא"ז ואפילו קוש"י ואפילו נמצא באחרונה:

וראיתי להרב הנזכר שכתב עוד אך במ"ש שם דאם נמצא באחרונה. דאין ראוי להחליף אלא פ' בלבד דבריו צריכין ביאור וכו' ונראה לי בכוונתו דס"ל כדעת התרומה בטעם

אחד להירו' דאסר התלייה דלאו מטעם ש"כ וכו' עי"ש. וקשה לי על דבריו במה שרצה לומר שהרשב"ש ס"ל דפיסול שלא כסדרן לא הוי כ"א בפרשיות ולכך כתב דאם נמצא פיסול בפרשה ד' אין צריך להחליף כי אם אותה בלבד וקשה טובא דאף אם נוכל לומר כן בדעת הרשב"ש דאין פיסול ש"כ כ"א בפרשיות הרי ממ"ש הרשב"ש דאם נמצא פיסול בפ' ד' דאין צריך להחליף כ"א אותה פ' בלבד כדעת ר"ב כ"כ ואם כדברי הרב מנ"ל לומר כן בדברי ר"ב וגם עיקר ישובו רחוק הרבה ואינו מובן וכמ"ש מעכ"ת תו קשיא לי על דבריו במ"ש בדעת הרשב"ש בדעת ר"ב דאם נמצא פיסול בג' ראשונות דנפסלו כולם כיון דעכ"פ אותה שנפסלה כמאן דליתא דמי ונמצאו אחרונות שקדמו לפסולה דהא כיון שבתחילה נכתבו כולן כסדרן מצינן שפיר ועדיף טפי הסברא לומר דבנפסלה האחת נפסלו עמה הבאות אחריה מטעם דאין תקנה להחליפה דהשתא הוא דהיו האחרונות קודמות לה ותגנז היא והבאות אחריה נפסלו עמה והראשונות ישארו וישלים עליהם וכמו שנמצא הפיסול באחרונה ולמה לך לומר דהפסולה כמאן דליתיה דמי ויפסלו כולם והנלע"ד נכון בישוב דברי הרשב"ש ויתיישב נמי מה שהקשה עליו עוד אח"ז דדבריו סתראי נינהו ואומר דמ"ש הרשב"ש בתחילת דבריו ומעשים בכל יום שמי שבדק תפלין ומצא פ' פסולה בין בראשונה ובין באמצעיות מחליף אותה בלבד ולפי דברי ר"ב צריך להחליף כל ד' פרשיות אלא אם נמצא באחרונה שאז אין צריך להחליף אלא אותה פ' בלבד ויש לדייק בדבריו דלמה דקדק לומר בין בראשונה ובין באמצעית דמה הפרש יש בין ראשונה לאמצעית וכך הול"ל באחת מג' ראשונות אלא ודאי נראה פשוט דכוונתו לומר דבין שנמצא פיסול בראשונה והיה ראוי לפסול כולם ובין שנמצא באמצעית שראוי לפסול ממנה ואילך אפ"ה אינו מחליף אלא אותה פ' בלבד ולפי דברי ר"ב צריך להחליף כל ד' פרשיות כלומר בכל ד' פרשיות שייך לפוסלם אף שאין בעצמם פיסול אלא מסיבת פיסול פ' שקדמה להם שכל פ' מד' פרשיות צריכה היא ושלאחריה שיפסלו אלא אחרונה דוקא היא נפסלת לבדה שאין אחריה כלום או נקט כל ד' פרשיות לגבי אם נפסלה הראשונה וכמ"ש כ"ת נמצא בכל דבריו מתחילה ועד סוף בשיטא חדא קיימי ואין נסתר מחמ'תו:

ומ"ש כ"ת שאם נמצא פיסול באחת מהם שנפסלו כולם מטעם דבעינן שיהיו כתובין בזה אחר זה בלתי שום הפסק כלל וכתבת שלא מצאת זה בספרן של צדיקים אני הדל מצאתי סברא זו במרדכי ה' תפלין וז"ל ואני מצאתי במסכת סופרים מזוזה שבלה אין עושין אותה תפילה וכו' ושמא תאמר שנכתבו התפלין קודם למזוזה ובלו שניהם ורוצה להשלים זה מזה א"כ הוי שלא כסדרן דמ"ל כפלות הפרשיות ומ"ל פרשיות אחרות ע"כ

עין רואה דס"ל לר"ש דאם הפריד ביניהם שכתב פרשיות אחרות מיקרי שלא כסדרן ואפי' כפלות הפרשיות עצמן הוי שלא כסדרן ואין תקנה לראשונות לצרף להם אחרות כיון שהאחרונות שנפסלו נכתבו קודם להאחרות שרוצה עתה לצרפם עם הא' וממילא הראשונות אף שנכתבו כסדר צריכין ליגנז כיון שאין להם תקנה שאם יכתוב אחרונות מחדש לצרף להם הרי האחרונות שנפסלו נכתבו קודם לאלו החדשות והפרישו בין הא' לאלו החדשות והוו שלא כסדרן והכי נמי דכוותה קדש שנכתבה כסדר ע"כ צריכה ליגנז שאף שיגנוז מה שכתב אחריה שלא כסדר ויכתוב מחדש מה שצריך להיות אחריה לצרפם לה הרי אותה שגנז הפסיקה ביניהם והוי ש"כ ומאי מקשה נמי לר"ב דילמא ר"ב נמי ס"ל כר' שמעון וא"כ גם אם נמצא פיסול באחרונה צריך להחליף כל ד' פרשיות ומנ"ל לומר שאם נמצא פיסול באחרונה שאין צריך להחליף כ"א אותה פ' בלבד לדעת ר"ב דילמא כר"ש ס"ל וצריך להחליף כל הד' גם באופן זה. וכן נמי קשה קושיות אלו על רבינו מהרי"ך שגם הוא סבר דראשונה אינה נגנזת ובריייתא דקאמרה סתם על הרוב נקט ואף שסיים שם המרדכי ואיכא למידק דאימור בשל יד לא בעיא וכן דנתי לפני ר"ו וא"ל דרפיא בידיה להכריע הדבר ע"כ לשון ר' שמשון ועי"ש בחי' אנשי שם אות ג' מה שפירש בזה והשתא לכאורה יש מקום לומר דמאן דאית ליה דבש"ר ובש"י תרוויהו אית בהו שלא כסדרן על כרחין צ"ל כדי לישב ההיא דמ"ס דלא אמרי' דאפילו כפלות הפרשיות הוי הפסק והוי שלא כסדרן אבל כד מעיינינן שפיר הא ליתא דמשמע דסברא פשוטא היא דקאמר מ"ל כפלות הפרשה מ"ל פרשיות אחרות ואפ"ה לא החליט ר"י הדבר לומר דבשל יד לא בעיא דאפשר הא והא איתנהו ועוד אף אם אפשר לומר דאם נאמר דבש"ר ובש"י מעכב בהו שלא כסדרן צ"ל בהכרח דכפלות הפרשיות אינו מעכב מ"מ כיון דבזה מתיישב ההיא דמ"ס אין צ"ל נמי דאף פרשיות אחרות אינו מעכב ואם כן עדין קשה לפי דברי ר"ש על דברי הרשב"ש במה שהקשה לדברי ר"ב ואמר ראשונה שנכתבה כסדר למה תגנז ולפי דברי ר"ש אף ראשונה צריכה ליגנז כיון שהפסיקו בפרשיות אחרות:

האמנם סברא דרבינו שמשון שהביא המרדכי שאם הפסיק באיזה פרשה שכתבה שלא כסדרה שגם הראשונות שנכתבו כסדר הם פסולות סברא זו אינה מוסכמת משאר הפוסקים שהרי מדברי ר' יונה שהביא מרן בב"י סי' ל"ב עמ"ש הטור ואם נוגעות יפרידם זה מזה ויגרור אותם נראה שחולק בזה וס"ל שגונז האחרונות הפסולות שהיפך בהם ונפסלו וכותב אחרות במקומן ומצרפן לראשונות עי"ש. וכן דייק מדבריו החק"ל בסי' ז' ויש לתמוה על דברי מהר"י אלסכנדרי ז"ל דנראה מדבריו שהביא מרן דמכשיר בפשיטות בכה"ג ולא זכר שר לדברי ר"י ור"ש הנז' שנראה מהם שאין תקנה לדבר ופליגי

בזה עם ר' יונה וגם על הרב דבר שמואל בסי' ש"ב דכתב להכשיר בכה"ג בפשיטות ולא זכר שהיא פלוגתא דרבוותא ויותר תמיהא לי מילתא על דברי מרן ז"ל שהביא דברי רבינו יונה ומהרי"א שהם מכשירין ולא כתב סברת ר"י ור"ש הנז' שהם אוסרים כמנהגו הטוב בכל מקום להביא שתי הסברות ולהכריע ביניהם והביא הדברים סתם כנראה שאין מי שחולק בדבר וצ"ע והתימה שלא ראיתי לאחד מן האחרונים שנתעורר בזה ודע שבמרדכי יש שם ט"ס ואין העת מסכים עמי לבארם רק זה וס"ת שנכתבו צ"ל ושמא תאמר:

עוד מה שהבין כ"ת בכוונת הרשב"ש במה שהקשה ראשונה שנכתבה כסדר למה תגנז היינו בין כשכתב קדש בראשונה והיפך בשאר ובין כשכתב קדש באחרונה ולדידך שהבנת כן א"כ כשהקשה לו מהרי"ך וליטעמיך בתפלין של יד מי ניחא כשבא ותירץ אח"ד דהא דקתני יגנזו דמשמע אפילו הראשונה איכא למימר משום דרוב פעמים צריך לגנוז ואפילו הראשונה שונה תירוץ זה לא יצדק כי אם במה שנאמר שקושית הרשב"ש אינה אלא אם כתב קדש בראשונה ואח"ך היפך השאר אבל לא כמו שהבין כבודך שקושית הרשב"ש גם כשכתב קדש באחרונה דא"כ לא הוו רוב פעמים צריכין גניזה:

ומה שפי' דמה שאמרו צריך לגנוז את כולם היינו ממקום שנפסל ואילך גם אני הדל פירשתי כן וההכרח לזה שהרי יש שתי סברות לפסול את הפרשיות או דבעינן שיהיו כתובים כולם בבת אחת בלתי שום הפסק ביניהם בדעת ר"ש שהביא המרדכי או כדעת מהרי"א ורבינו יונה שאין נפסל אלא מהפסולה ואילך וא"כ אם נימא דדעת הרשב"ש ומהרי"ך דס"ל כר"ש א"כ גם אם נפסלה והיה א"ש לבד יפסלו שלא נכתבו כולם בבת אחת כי נעשה ביניהם הפסק בכפלות הפרשה וא"כ אמאי כתבו דאין נפסל אלא והיה א"ש לבד אלא ודאי דס"ל כדעת רבינו יונה ומהרי"א דאין נפסל אלא מהפסולה ואילך ואם כן מוכרחים אנו לומר דמה שאמרו הרשב"ש ומהרי"ך שצריך להחליף כל ד' פרשיות היינו דוקא אם נפסלה קדש ואם נפסלה והיה כי יביאך צריך להחליף ג' דוקא וכן נמי מ"ש שבאשכנז לא נהגו כן אלא שאם נפסלה אחת מהם מהג' הראשונות שגונזין את כולם היינו מן הפסולה ואילך וכמ"ש כ"ת אכן בההיא דדברי הרשב"ש הראשונים שבתחלת התשובה אי אפשר לפרש נן אפי' על צר הדוחק דלשון שהבית כולו פסול לא משמע הכי ובע"ה לקמן נבוא לכלל ישוב לזה:

ומה שהקשה כ"ת על דברי מהרי"ך שסתראי נינהו יש לישב על נכון דדבריו הראשונים שונים הם ששמע השומע ואמרם להרשב"ש והבין הרשב"ש מזה המגיד שבכל ענין אמר מהרי"ך כן ר"ל אפילו היה הסופר כותב בית אחד והיפך פ' אחת ממנו שנפסל כלו.

אמנם כשחזר מהרי"ך וכתב לו בכתב ידו להרשב"ש וסיפר לו גופא דעובדא שהסופרים כתבו ד' זוגי תפלין ונתערבו יחד שבכגון זה גם הראשונות לא נודע אם על הסדר הם עכשיו יש לנו לומר בהכרח על נדון זה אמר מהרי"ך שהבית כלו פסול והשומע לא כיון שמועתו ובזה ניחא נמי דלכן כשחזר הרשב"ש וכתב לו לא הקשה ג"כ שדבריך סתראי נינהו ואעיקרא דמילתא כשכתב הרב ז"ל שעשה מחלוקת בין הרשב"ש ומהרי"ך ז"ל באם שינה באחרונות אם נפסלו גם הראשונות דלהרשב"ש בדעת ר"ב נפסלו ולדעת מהרי"ך לא נפסלו אין זה מוכרח לפי מה שפירשתי לעיל בדברי הרשב"ש וישבתי דבריו דהעולה מן האמור דשניהם בשיטה חדא קיימי בדעת ר"ב דהראשונות לא נפסלו כלל:

ועל מה שהקשה הרשב"ש לסברת ר"ב מלישנא דברייתא דקתני כתבן שלא כסדרן יגנזו ואם איתא ראשונה שנכתבה כסדר למה תגנז לעד"ן דיש לישב דברי ר"ב דלעולם דבש"ר נמי מיירי בברייתא וראשונה שנכתבה כסדר לא תגנז ומאי דקתני סתמא יגנז דמשמע אפילו הראשונה לפי דמיירי נמי בשל יד לפי שהם בקלף אחד דאף הראשונה שנכתבה כסדר תגנז אבל בשל ראש הם ד' קלפים הראשונה למה תגנז וסמכה הברייתא על סברא פשוטה ולא חש תנא מלסתום דודאי ידעינן דמשום תש"י דביה נמי מיירי הוא שסתם ויש לומר דגם הרשב"ש מודה בזה שר"ב יתרץ כן או כמו שתירץ מהרי"ך אלא דסבר דעדיף טפי לומר דהמכילתא בשל יד דוקא מיירי כר"י ז"ל ולהכי קתני סתמא והשתא מצינן שפיר לומר דלהרשב"ש נמי בדעת ר"ב דאם היפך באחרונות לא נפסלו הראשונות וכאשר כתבתי לעיל בישוב דבריו:

אך מאי דתמיהא לי על דברי החק"ל הוא במ"ש אכן ראיתי בתשו' דבר שמואל סי' ש"ב וכו' וי"ל דאילו ראה ושמיע ליה דברי הרשב"ש הוה הדר ביה דבשלמא אילו לא הוה פליג עליה מהרי"ך דין הוא לומר הכי אבל כיון דחזינן דמהרי"ך בר פלוגתיה אדרבה יש לנו לומר דאילו הוה שמיע ליה ההיא דמהרי"ך הוה מחזיק במעוז סברתו דבקש לו חבר ומצא לו רב:

גם מ"ש כ"ת טעם למה שנהגו באשכנז מטעם חומרא אחר המחי' אין זה טעם כלל דכיון דמן הדין הם כשרות איך יחמירו על עצמם ויביאו אותם לידי גניזה עם אזכרות שבהם משום חששא רחוקה שלא נזכרה בתלמוד וסתם סופרים זריזין הם ולא טעו ולעיקר הקושיא נראה לי לישב דמ"ש שבאשכנז לא ראיתי נוהגין כן וכו' שגונזין את כולם ר"ל מן הפרשה שנפסלה ואילך עד כולם ולשון קצרה דבר וסמך על המבין שיבין ויש מקום הכרח לפרש בדבריו כן דאי דברים כפשטן שאם נפסלה אחת נפסלו כולם ומוכרחים אנו לומר שהטעם הוא משום דבעינן שלא יפסיק בין הפרשיות בשום כתיבה אחרת

וכמ"ש המרדכי בשם ר"ש ור"י וכמש"ל והרי פרשיות אמצעיות שרוצה לגנוז הפסיקו בין ראשונה שנכתבה כסדר לאלו החדשות ולכך צריך לגנוז גם את הראשונה דבלאו הכי אין שום טעם בדבר וכמו שגם כ"ת הרגיש בזה ג"כ והשתא אם כנים הדברים קשה דיוקא אדיוקא דהן אמת דיש לדייק כמו שדייק כ"ת בדבריו דדוקא אם בשלשה ראשונות הוא דצריך לגנוז את כולם אבל אם נמצא פיסול בפ' אחרונה גונזה וכותב אחרת במקומה ולפי טעם האמור גם בנפסלה אחרונה אין תקנה לג' ראשונות וצריכין גניזה שהרי פ' אחרונה שנפסלה הפסיקה בין ג' ראשונות ובין פ' אחרונה ולא הוו כסדרן אלא מוכרח דצריך לפרש דמ"ש שגונזין את כולם הכוונה מפ' שנפסלה עד כולם הבאים אחריה. וכעין זה יש לפרש מ"ש הרשב"ש בתחילת התשובה שאמר שתפלין של ראש אם נכתבה אחת מהם שלא על הסדר שהבית כלו פסול דלכאורה משמע דגם אם נפסלה אחת מאמצעיות שגונזין גם את הראשונה ומהרי"ך גופיה ס"ל דאם כתב קדש והיפך השאר דמניח קדש ומשלים עליה עוד ג' פרשיות ומוכרח לומר דמ"ש שהבית כלו פסול היינו מן הפיסול ואילך והכא נמי נאמר כן איברא עם דהכא יש מקום לומר כן אבל ההיא דהרשב"ש בתחילת התשובה דוחק גדול לפרש כן דלשון שהבית כלו פסול לא משמע הכי. ולמאי דאתינן עלה בענין שכתב קדש באחרונה כי נמצא לפי זה שקדש נכתבה בפיסול כיון שכתב אותה באחרונה והרב החק"ל ספוקי מספקא ליה בזה ודחה דברי הרב עבודת הגרשוני הנזכר דנראה מדבריו דפשיטא ליה בזה ולענין הלכה נראה כמו שכתב כ"ת והראיה שהבאת מדברי מרן שבסימן ל"ב סכ"ג ראיה נכונה היא:
כה דברי הצעיר אליהו ששון ס"ט

סימן לא

חיתא דכתר"י. בקי בשיתא סדרי. ובכלהו תנויי ספרא וספרי. והוא ישפוט דיינא הוא ונחית לעומקא דדינא בעט"ו יורה. פסיק ותני כמה הילכתא גברוותא שקיל וטרי. תורה יבקשו מפיהו לא פסיק פומיה מלאגמורי. מנ"ר הרב המובהק ונוגה לו ברק כמהר"ר אליהו ששון נר"ו יאיר ונהורא עמיה שריה:
מראש מקדמי אר"ש כפלינן שלמא על חד תרי. וצי'לה גם היא יהיו צאצאיו כמוהו תמימי וישרי. ואבוא היום אל מ"ש כת"ר פתח דבריך יאיר על מה שפירשתי בדברי הרשב"ש דמ"ש ראשונה שנכתבה כסדר הכוונה בין אם כתב קדש בתחילה והיפך השאר ובין כשכתב קדש בסוף הכל וכתב כת"ר שאין זה פירוש במה שפי' בצד השני אלא כמו שפי' בצד הראשון ונתת טעם לדבר. ואני הדל במקומי עומד וכמו שדקדקתי

לעיל ממ"ש הרשב"ש ראשונה שנכתבה כסדר והול"ל ראשונה שנכתבה תחילה ועוד אם כוונתו כמו שפי' בצד הראשון הו"ל לומר ראשונה ושנייה שנכתבו כסדר אלא ודאי נראה כמש"ל ועוד שאין זו סברא כ"כ כמ"ש כת"ר דאה"נ דאם כתב בתחילה והיה א"ש ואחר הכל קדש ורוצה להניחן בבתים אז אמרינן ליה דאסור שנכתבו שלא כסדר אבל אם הוא גונז השלשה ומניח קדש לבד ומשלים עליה עוד ג' מה איסור יש בדבר וכבר הבאתי לעיל סמוכין מתורתו של הרמב"ם בפ"ב מה' תפלין ופסקו מרן בסי' ל"ב סכ"ג. ומ"ש כת"ר דהרשב"ש לא מיירי אלא דוקא כשכתב קדש בתחילה והיפך השאר אין שום ראיה ורמז בדברי הרשב"ש דס"ל כן הן אמת כי מדברי מהרי"ך נראה דס"ל דאם כתב קדש באחרונה ולא הכשיר כי אם דוקא אם כתב קדש בתחילה והיפך השאר אכן ממה שראינו להרשב"ש שעדין עומד בסברתו ולא נראה בעיניו תירוצו של מהרי"ך ולא הודה לו בו נוכל לומר דס"ל דקדש אפילו נכתבה באחרונה כותב אחריה ג' פרשיות והן כשרים. ומה שתמהת עלי דא"כ לפ"ז לא תירץ כלום מהרי"ך להרשב"ש וכו' ע"כ לעד"ן דאין זה קושיא דאם הרשב"ש ומהרי"ך פליגי בסברות ולדעת הרשב"ש דאפילו כתב קדש באחרונה אינה נפסלת ויכול לסיים עליה עוד ג' ומהרי"ך דעתו שדוקא אם כתב קדש בתחילה והיפך השאר יכול לגנוז מה שהיפך ויכתוב אחרים במקומן אבל אם כתב קדש בסוף אין לה תקנה ולפי סברתו זאת תירץ לו דלדידי ל"ק ולא מידי משום דהברייתא דנקט הכי משום דעל. הרוב וכו' ומה יעשה להרשב"ש אם לא קבל וסברתו:

ומ"ש כת"ר על מה שנסתייעתי מדברי הרב עבודת הגרשוני וכתב רו"ם דלא פירש הר"ב ע"הג הנז"ל שיחותיו וכו' גם אני כתבתי שנוכל לפרש כן ויותר נראה לפרש דהרב ז"ל איירי בכל ענין שהרי מצינו שסתם את דבריו ולא עשה שום חילוק בהם:

עוד כתב כת"ר על מה שכתבתי בישוב דברי הרשב"ש שסתראי נינהו ואני הדל תירצתי דמה שכת' הרשב"ש א"כ כל שנכתבו כסדר אע"פי שבהנחה נתחלפו אין בכך כלום היינו אחר שכתב לו מהרי"ך גופא דעובדא וכו' וכתב כת"ר שאין דמיונו עולה יפה וכו' ולא ידעתי מפני מה נדחקת בפי' זה דהא הרשב"ש עצמו כתב לעיל בתחילת התשובה דלדעת ר"ב אף דגם בשל ראש בעינן שיהיו כסדרן אבל בהנחתן בבתים לא בעינן שיניחם בבתים כסדרן ולדעת ר' יחיאל אף בכתיבתן בשל ראש לא בעינן שיהיו כסדרן והכא בא הרשב"ש לומר דאפילו לדבריך שאתה סובר כר"ב דאף בשל ראש בעינן כסדרן בנדון זה שנכתבו כסדר כמו שספרת גופא דעובדא א"כ כל שנכתבו כסדר הכתוב בתורה אע"פי שבהנחה נתחלפו אין בכך כלום וא"כ למה אתה פוסל ד' זוגי דתפלין מאחר שנכתבו כסדר ומה שתמהת עלי דאפילו לדעת ר"ב דבהנחה ליכא קפידא היינו דוקא בתפלין

אחד וכו' הרואה יראה דהרשב"ש עצמו כתב לו להכשיר לו ד' זוגי תפלין שבנדון דידיה ואחר שכתב לו גופא דעובדא כתב לו כן להכשירן ולפי דברי כ"ת הו"ל להרשב"ש להיות מודה דד' זוגי דתפלין הנז' הם פסולין כיון דאפשר שבבית אחד תהיה קדש מאותן שנכתבו באחרונה והיה אם שמוע נכתבה בראשונה וכל זה לפי דבריך שאתה סובר כר"ב אבל לדידיה דהרשב"ש גבי ראש אפי' נכתבו שלא כסדרן הם כשרים ומדברי או"ח ושאר חברים ליכא שום הוכחה לפסול אם נכתבו שלא כסדרן:

ומה שהוקשה לכת"ר על דברי הרשב"ש במה שכתב אבל בשל ראש לא הקפידו בכך שידלג והוקשה לך דמה שייך דילוג וכו' ונראה דיש מציאות שידלג והוא כו דרך הסופרים לחתוך מן העור חתיכה ארוכה ולפעמים כותב בה הסופר ג' פרשיות והסופר רצונו לכתוב הג' ביחד כדי שיקל מעליו אחיזת הקלף ותולה בראש הקלף ברזל כדי שיתפשט ולא יחזור וא"כ אם נפל הענין שחתך חתיכת קלף שיש בה שיעור לכתוב והיה כי יביאך שמע והיה א"ש אכן שמע אין מקום שיכילה כי אם בסוף הקלף כי יש שם נקב גדול בקלף שאין יכול לכתוב שם והיה א"ש לכן באופן זה אין אומרים לו שיכתוב שמע ואח"ך יחזור לכתוב והיה א"ש אלא יכתוב על הסדר שבידו כיון שבראש לא בעינן כסדרן:

ומ"ש כת"ר על דברי הרשב"ש האמנם הא קשיא בדבריו טובא וכו' ולפקד"ן דל"ק כי הרשב"ש בא להסביר טעם לדברי ר' יחיאל שכתב דבשל ראש לא בעינן כסדרן כי הנה אמרו ז"ל דבתפלין של יד דכתיב בהו לאות על ידך שנקרא אות אחת דהיינו בית אחד לכן בעינן שיהיו כל ד' פרשיות של יד בקלף אחד ולכן סבר ר' יחיאל דמה שאמר הכתוב והיו בהוויתן יהיו לא קאי אלא אשל יד דוקא והטעם דבשל יד אם יכתוב האדם בתחילה והיה א"ש ושמע והיה כי יביאך וקדש כשיפתח האדם וילמוד בהם ויראה שהם מהופכין מסדר הכתוב בתורה גנאי הוא שיהיו מהופכין כי לכן צותה התורה והיו כהוייתן והיו לא קאי אלא על של יד דוקא וזה נוי הוא לתפלין ובשל יד אם יהפך אותם אין זה נוי לתפלין וקרא דכתיב והיו משמע שבעת אשר יתהוו בעולם יהיו כסדר משא"כ בשל ראש כשיפתח אדם תפלין או בעת הכתיבה אם אין כתובין על הסדר לא יראה החושה אל העין שהם שלא כסדרן כיון שאינם בקלף אחד משא"כ גבי תפלין של יד שהם כתובין בקלף אחד:

גם מ"ש כת"ר במה שהקשיתי על דברי החק"ל במה שהביא ראיה מהא דאמרו במנחות ד' פרשיות שבתפלין מעכבין זה את זה וכו' וכתב כת"ר דפי' מעכבין היינו שנפסלו ולפי שחיסר קוצו של יו"ד ואין יכול לכתוב אותו משום דהוי שלא כסדרן וכו' ולעד"ן דפשט

דברי המשנה שאמרו ד' פרשיות שבתפלין מעכבין זה את זה ר"ל שאם עשה תפלין בג' פרשיות אינו נקרא תפלין אלא עד שיהיו ד' פרשיות ולא זו בלבד אלא אפילו כתב ד' פרשיות וחסר מהם קוש"י אינם נקראים תפלין ומ"ש שם במשנה ואפילו כתב אחד מעכבן פי' הרע"ם שאפילו אות אחת דבוקה לחבירתה פוסל בתפלין ובמזוזה עי"ש. וא"כ נראה מזה דפי' מעכבין לאו שהם פסולים ואין להם תקנה אלא הכוונה אם עשה ג' פרשיות אין נקראין תפלין עד שיכתוב ויצרף להם פ' רביעית וישלים אותו ואם חיסר קוצו של יו"ד שאו כל הפרשה פסולה יכתוב אחרת במקומה ולא זו בלבד אלא אפי' נדבקו האותיות התפלין פסול אלא צריך להפריד האותיות ואז יהיו נכשרים ופי' מעכבין היינו שכל עוד שלא תקנם מעכבין שלא ללבשם אבל אין פירושם שהם מעכבין וצריך להביאם לבית הגניזה שהרי יגיד עליו ריעו שאמרו שם שארבע ציציות מעכבין זה את זה ובודאי שהכוונה אם עשה טלית בת ג' כנפות לא קיים מצוה כלל גם יגיד עליו ריעו שפי' הרע"ם והוא מהש"ס שאם נדבקו האותיות הם פסולים ובודאי שדבר ידוע הוא שהדיבוקים יכול להפרידם ואין בזה משום שלא כסדרן ועוד דמן המשנה לא משמע אלא שיהיו ד' אבל אם הקדים אחת או איחר לא משמע כלום מהמשנה:

עוד כתב כת"ר דתמיהא לך בדברי החק"ל דדייק דכיון דתנן ד' פרשיות שבתפלין וכו' ומדברי הש"ס נראה דבש"ר וש"י מיירי דאמר שם כל אות שאין גויל מקיפה פסולה וכו' ותיקשי לר' יחיאל וכו' ע"כ. והתימה ממעכ"ת כיון דהבאת דברי הש"ס שפי' דברי המשנה דכל אות שאין גויל מקיפה פסולה ובענין דיבוק האותיות כ"ע מודים שאפילו נדבקה האות לחבירתה יכול להפרידם אחר כך אימת שירצה ולא הוי שלא כסדרן א"כ לפ"ז מוכרח דמ"ש מעכבין זה את זה היינו אם רצה להניחם כך בלא תיקון ובענין זה דוקא יש עיכוב אבל הא ודאי שיכול לתקנם בין אם היה חסר פרשה שיכול לכתבה ובין אם נמצא דיבוק שיכול להפרידו ולפ"ז אין מקום למ"ש החק"ל וגם לא למ"ש כת"ר כנזכר:

גם למ"ש כת"ר עמ"ש שלא מצאתי זה בספרן של צדיקים וכת"ר כתב שמצא סברא זו במרדכי ה' תפלין משם ר"ש ומזה תמהת על דברי הרשב"ש שכתב ראשונה שנכתבה כסדר למה תגנז וגם על מרן ז"ל תמהת אמאי לא הביא סברא זו והרי דרכו להביא כל הסברות וכו' ע"כ. ואני אומר שאין זו מציאה ותלמוד דידן פליג על זה ואציע לפניך הסוגיא שבמנחות דף ל"ב ובשבת דף ע"ט וז"ל כיוצא בו ס"ת שבלה ותפלין שבלו אין עושין מהם מזוזה לפי שאין מורידין מקדושה חמורה לקדושה קלה ומסוגיא זו נראה שהס"ת והתפלין הם חמורים ממזוזה והמזוזה קילא מהם לכן אם ירצה לעשות מהס"ת

מזוזה אינו יכול ופי' שם התו' כגון שבס"ת בסוף הדף יש שמע והוסיף והיה א"ש בגליון אם היה מורידן מקדושה חמורה לקדושה קלה היו עושין וכ"פ מרן בי"ד סי' ר"ץ ועכ"פ מדברי הש"ס הנז' הם היפך מסכת סופרים שהרי שם כתוב לאמר מזוזה שבלה אין עושין ממנה תפלין לפי שאין מורידין מקדושה חמורה לקדושה קלה וזה ודאי היפך תלמוד דידן ותלמוד דידן הוא עיקר ולכן פסקו אותו להלכה כל הפוסקים ולא הזכירו דברי מ"ס הנז' ומה גם לפי מ"ש הגו"ר א"ח סי' ט"ו שבמסכת סופרים יש כמה הלכות סתומות ועמומות כדברי ספר החתום וגם העתקות משובשות הרבה ע"כ. א"כ אין להניח ת"ד ונתפוס דברי מ"ס. גם מצאתי להרא"ש בפי' להלכות קטנות של הרי"ף שכתב דהירושלמי הוא עיקר נגד מ"ס ואם ת"ד עיקר נגד הירושלמי כ"ש נגד מ"ס ומעתה ל"ק על מרן אמאי לא הביא סברת מ"ס וגם ל"ק למה לא הביא סברת ר"ש וע"פי האמור ל"ק דגם סברת ר"ש היא היפך ת"ד שהרי הוא עצמו ר"ש כדי לתרץ דברי מ"ס שהקשה עליהם דהוי שלא כסדרן משום דסבר לה מר דבעינן שלא יפסיק ביניהם בשום פרשה וכדי לתרץ זה כתב דהכא בשל יד איירי דאין להקפיד אם כתובים ש"כ עי"ש. וזה הפך ת"ד שהרי פרשת שמע שהיא בסוף הדף רוצה לסיים אחריה והיה א"ש ולעשות אותה מזוזה והיאך יכול לעשות אותה מזוזה והרי גם במזוזה צריך לכתוב אותן כסדרן כמ"ש מרן בסי' רפ"ח והרי כשכתב שמע הרי הפסיק אחריה כמה פרשיות עד שהגיע לוהיה א"ש ולפי דברי ר"ש הם פסולין דבעינן שיכתוב אותם בזה אחר זה בלתי שום הפסק ביניהם והיאך היו כשרים אילו היו מורידין מקדושה חמורה לקדושה קלה אלא ודאי דת"ד לא סבר כלל ההיא דהר"ש דבעינן שלא יפסיק ביניהם בשום פרשה אחרת אלא דסבר דאפילו הפסיק ביניהם בפרשיות אחרות ליכא קפידא כלל וסברת ר"ש היא דחויה מדברי ת"ד וכנז' ואפילו הפסיק בשאר פרשיות אינו הפסק וש"ד לעשות כן. ומעתה יש לי לתמוה על דברי המרדכי הנז' היאך פסיק ותני דברי ר"ש להלכה ולא חש לדברי ת"ד שהוא בהפך בפשיטות ומה שתירץ ר"ש דהכא בשל יד איירי דלא בעינן כסדרן לא יצדק בדברי הש"ס שהרי במזוזה כ"ע מודים דבעינן כסדרן ומעתה לפי האמור מה שהקשה הרב החק"ל על דברי הרב עבודת הגרשוני שכתב הדין בפשיטות בלתי שום ראיה עי"ש. והרואה יראה דראיה גמורה יש לו מההיא דמנחות דף ל"ב הנז' בס"ת ובתפלין שבלו וכתב שם הרי אי לאו טעמא דאין מורידין היינו מצרפין פ' של תורה או של תפלין למזוזה אע"פי שלא נכתבה פ' זו לצרפה למזוזה כי אם לס"ת או לתפלין אלא ודאי דאין בזה קפידא כלל עי"ש. הרי שהביא ראיה לדבריו מדברי הש"ס שגם בנדון דידיה שמזה זמן כתב ד' פרשיות והיום נפסלו מהם קדש והיה כי יביאך ויש לסופר ב' פרשיות קדש

והיה כי יביאך שיודע בבירור שהם קדמו לאלו והיום הזה רוצה לצרפם לשמע והיה א"ש שנשארו לו מדברי הש"ס נראה שיכול לצרפם לאלו ומה איסור יש בדבר והרי לפי דברי הש"ס אפילו ס"ת שבלה ויש לו זמן זמניהם עכ"ז יכול לצרפו ולעשות אותם מזוזה ועוד דגבי ס"ת ותפלין שהם קדושה אחת שניהם יכול לכתוב אחר קדש והיה כי יביאך שמע והיה אם שמוע אע"פי שכתב אחר קדש והיה כי יביאך כמה פרשיות:

גם למ"ש טעם לאשכנז שפוסלים הכל מטעם חומרא וכתב כת"ר שאין זה טעם שהיאך יביאו הכשרות לבית הגניזה עם האזכרות שבהם ע"כ. ולפקד"ן שאין זו קושיא שאני כתבתי משום נוי דתפלין דעל הרוב אם יפסלו לא ימצא אותו סופר עצמו שכתב הראשונות ויהיה קצת כמנומר אם כתוב משני סופרים וזה דומה לבגד שנקרע שגנאי הוא לו להניח בו מן אחר וגם כתיב וכתבתם ודרשו רז"ל שתהא כתיבה תמה אכן ממקום אחר יש לסתור זה שהרי מנהג אשכנז לפסול דוקא ג' ראשונות אבל האחרונה כותב במקומה ואי מטעם נוי גם האחרונה היה לנו לפסול משום נוי דתפלין אך נראה דהעיקר כמ"ש כת"ר וגם אני הדל לעיל מ"ש שגונזין את כולם היינו מן הפסולה ואילך אכן לא עלה על דעתי לומר שאם נפסלה שמע שגם קדש והיה כי יביאך פסולים דזה הילכתא בלתי טעמא וכמש"ל:

ומעתה לפי האמור לעיל אין מקום למה שדחה הרב החק"ל דברי הרב עבודת הגרשוני דאם נאמר דהרב ע"הג מיירי באותן ב' פרשיות הראשונות שנפסלו לפי שהם חסרים תיבות ואם יכתוב אחרים במקומן הוי שלא כסדרן ונמצא לפ"ז שבעת אשר כתב שמע והיה א"ש נכתבו בפיסול ששני פרשיות הראשונות וכו' היו חסרים אנן אין זה דחיה חדא דלא מצינו פיסול זה בשום מקום כי אם מדברי מהרי"ך ועוד כי מצינו למרן בסי' ל"ב גבי יתירה אות אחת אע"פי ששאר הפרשיות נכתבו בפיסול עכ"ז כיון שמסיר היתר חזרו לכשרותם אוף הכא נמי כיון שמסיר הפרשיות החסרות ומניח כשרות במקומם חזרו האחרונות לכשרותם ואם נאמר דסבר כדעת ר"ש שהביא המרדכי דסבר דבעינן שיכתוב כל הפרשיות בזה אחר זה בלתי שום הפסק הרי כבר הוכחנו לעיל מדברי תלמוד דידן ודברי הפוסקים דלא ס"ל הכי גם הרשב"ש ומהרי"ך שכתבו להדיא דאם נפסלה והיה א"ש שכותב אחרת במקומה וזה דלא כדברי ר"ש ועוד דמנ"ל להחק"ל לפרש כן דברי הע"הג דמיירי שנפסלו ע"י שהיו חסרים אות ונמצא שנכתבו בפיסול אימא דמיירי שנפסלו על ידי אכילת עכבר או פיסול אחר ומעיקרא נכתבה בכשרות ומעתה מ"ש הרב זכור לאברהם שהעתיק דברי החק"ל להלכה ולמעשה אחר המחי' לא עיין הדברים בשורשן. ועוד דהרואה יראה דדברי הע"הג הן הנה דברי הרב דבר שמואל

כנז' ועוד דהרב אליה רבה העתיקו להלכה וכן הרב יד אהרן והבא"ח והרב לקט הקמח ומעתה יש לתמוה היאך הניח כל דברי אלו הפוסקים ותפס דברי החק"ל ועוד דאחר דמצינו למרן שהביא משם הפוסקים דלא נפסל אלא ממקום הפיסול ואילך וא"כ נראה דלא בעינן שיהיו כתובין ביחד בזה אחר זה כס' ר"ש שהביא המרדכי וא"כ אפילו יהיו רחוקים זמן מרובה לא איכפת לן ובכן למה לן לפסול בנדון הע"הג שהם כתובים על הסדר ופה אר"ץ נוהגים הסופרים שאפילו יהיו הפרשיות מב' סופרים כל זמן שהם מכירין שזה קדם וזה אח"ך מכשירין אותו:

כה דברי הצעיר אברהם דיין ס"ט

סימן לב

שאלה ראובן שנשא לאה שהיתה גרושה מאישה לפי שלא זכתה להבנות ממנו וכשבא ראובן לקחתה לו לאשה א"ל הלא תדע כי היא גרושה מאישה שלא הביאה לו בנים ואם רצונך כי שמא בע"ה נזכה להבנות הנה מה טוב ואם לא נזכה לבנים ומוכרח לישא אחרת עלי דא בעינא ממך שאם לא אוכל לישב עם צרתי שתתחייב מעכשיו לתת לי נדונייתי שהכנסתי לך ועוד מאה גרוש תוספת ואני מוחלת לך על השאר סכי כתובתי וכן עשה ראובן שבעת כניסתה לחופה נתחייב לה בכל הנז' וחייב עצמו שיפטרנה בגט כריתות ואחר זה לא זכה להבנות ממנה ונשא אשה אחרת עליה ובאו לו בנים מצרתה ולאה הנז' לא יכלה לישב עם צרתה ובקשה מבעלה שיקיים תנאו שיחזיר לה נדונייתה ויפטרנה בגט והיה דוחה אותה מיום ליום ויום אחד לקחה רוב נכסי נדונייתה והלכה לשרת אצל עשירי עם ושלחה ודברה עם בעלה שיקיים שבועתו שיחזיר לה שאר נדונייתה ויפטרנה בגט ואז החזיר לה שאר נדונייתה ובענין הגט היה אומר היום או מחר ואחר זה א"ל שאין רצונו לתת לה גט ועתה לאה הנז' נפשה לשאו"ל הגיעה לענין הדין אם תמות היא בחייו אם יכול הבעל להוציא נדונייתה מיד יורשיה מדין שהבעל יורש את אשתו ואת"ל שבאופן זה שהתנית עמו בשעת כניסתה לחופה ועדין היא ארוסה ודאי שאין הבעל יורש אותה אכן עדין יש להסתפק אם נשאת עמו כדרך כל הארץ והתנית עמו שאם שהתה עמו עשרה שנים ולא ילדה זש"ק שיוכל לישא אשה אחרת עליה ואחר שנשאת עמו בחמש שנים ראתה שלא זכתה ליבנות ממנו נתנה לו רשות לישא אשה אחרת אך בתנאי שאם לא תוכל לישב עם צרתה שיתחייב לתת לה נדונייתה ועוד תוספת מאה גרוש ויפטרנה בגט אם באופן זה מתה האשה בחייו אם

יורש אותה בעלה או יורשיה וגם אם נתנה במתנה בחייה נכסי נדונייתה אם יכול הבעל להוציא מיד מקבלי מתנה ויבוא שכמ"ה:

תשובה גרסינן בפ' מי שמת דף קמ"ו אמר רב יהודה אמר רב מעשה באדם אחד שא"ל אשתו תותרנית היא פי שאינה מריחה ונכנס אחריה לחורבה לבודקה נפל עליה חורבה ומתה אמרו חכמים הואיל ולא נכנס אחריה אלא לבודקה אם מתה אינו יורשה ופי' רשב"ם דבנשואה איירי ולכן אשתו שהיא עמו בקטטה ונתן עיניו לגרשה ומתה אינו יורשה וכתב מרן בב"י שגם רבינו ירוחם כתב כן משם מהר"י בן מיגאש והטור כתב ולא נהירא לא"א הרא"ש ז"ל וכתב מרן שגם התו' כן כתבו ועל ההיא דתותרנית הקשו הפוסקים דאמאי אמרו הואיל ולא נכנס אחריה אלא לבודקה מתה אינו יורשה והרי כיון שנכנס אחריה וראה אותה שאינה תותרנית א"כ אין דעתו לגרשה והיא אשתו א"כ אמאי אינו יורשה ונראה לי לתרץ דבאמת הוא נכנס אחריה לבודקה בכגון אלא שיש נשים שאינן פקחות כ"כ ולא תרגיש האשה שבא לבודקה וכשישאל אותה תשיב אמריה לו אם היא תותרנית לא יש שום ריח כלל ויש נשים פקחות שהיא מרגשת שבא לבודקה ואומרת לו ריח צנון כדי להעלים ממנו ואיש זה שאל אותה על הצנון וסבר שהיא מסתם נשים שאינן פקחות וכשהשיבה לו בדרך חכמה מאן יהיב לן מכותבות דיריחו אז ידע שהיא פקחת ואז נשתבש בדעתו דשמא לא הריחה כלום וכל מה שאמרה בדרך ערמה כיון שהיא פקחת ולכן אמרו דבכגון זה אינו יורשה והא פשיטא דלא נחלקו רשב"ם והרא"ש אלא דוקא כשמתנה עמו שלא ירשנה אחר שנשאה אבל בעודה ארוסה יכול להתנות שלא ירשנה וכ"כ מרן בא"ה סי' ס"ט וז"ל זה שאמרנו שאין התנאי מועיל להסתלק מירושתה היינו במתנה עמו אחר שנשאה או קודם שאירסה אבל במתנה עמו בעודה ארוסה מהני וכ"כ ג"כ בסי' צ"ב ס"ז וז"ל וכן אם התנה עמו שאם מתה בלא בנים שיחזרו הנכסים לבית אמה הכל קיים בד"א שהתנה עמו קודם שתנשא בעודה ארוסה או בכותב לה בכתובתה בשעת כניסתה לחופה אבל התנה עמו אחר שנשאת תנאו בטל וירשנה ע"כ. וא"כ נראה דבנדון דידן שהתנית עמו בשעת כניסתה לחופה שאם לא תוכל לישב עם צרתה שאינה נוטלת ממנו סכי כתובתה כי אם דוקא מה שהכניסה לו ומאה גרוש תוספת ודאי שתנאה קיים ואף שהתנית עמו שיפטרנה בגט אף שלא נוכל לכוף אותו על הגט מ"מ לגבי הממון תנאו קיים כיון שהתנה כן בשעת כניסתה לחופה וכ"ת שאני נדון דידן שהיה התנאי על ספק שהרי התנית עמו שאם לא תוליד לו בנים ומוכרח לו לישא אשה אחרת אם לא תוכל לישב עמה שחייב לתת לה נכסי נדונייתה וא"כ נוכל לומר שאם היתה יולדת או תוכל לישב עם צרתה היו כל התנאים בטלים זה אינו שהרי

דסי' צ"ב שהתנית עמו שאם מתה בלא בנים שיחזרו הנכסים לבית אמה שם נמי התנית עמו על הספק כי שמא יהיו לה בנים ומתבטל התנאי ויורש אותה אלא ודאי נראה שאין לחלק בהכי ושני דברים התנית עמו נתינת הממון ונתינת הגט ולא תלו זה בזה כיון שהתנית עמו כן בשעת כניסתה לחופה:

והטור שם אחר שהביא דברי א"א הרא"ש כתב וכ"כ הרמב"ם הורו הגאונים שהאשה שחלתה ובקשה מבעלה שיגרשנה אין שומעין לה ואפילו אמרה אני שונאה אותו ואיני רוצה לעמוד עמו אין שומעין לה ואין דנין אותה כמורדת ודין יפה הוא זה וכתב ה"ה דלפי שיטתינו דאין כופין לבעל להוציא משום מרד וכו' אין צריך להוראה זו עי"ש. ולפקד"ן דיש מקום לומר דעדין צריכין אנו להוראה זו אפילו שלא לשיטת הרמב"ם במציאות שנאמר אשה שחלתה היינו שהיתה חולה בחולי ארוך ונלאו הרופאים בה ואינה ראויה עוד לשמוש לא לביתה ולא ת"ה ודין זה מחודש בפני עצמו דאף דגבי מורדת דמאיס עלי כתב הרמב"ם שכופין לבעל לגרש והפוסקים נחלקו עליו ואמרו שאפילו במאיס עלי אין כופין מ"מ בנדון זה כ"ע מודים בו שהרי אשה זו שאני שאפי' שנחלקו הפוסקים על הרמב"ם ואמרו שאין כופין היינו באשה הראויה לתשמיש ואמרו שאין כופין כי שמא תחזור בה ותרצה בו אבל אשה זו שאינה ראויה לתשמיש היה עולה על הדעת שנכוף אותו לגרשה כי ידוע לכל שאין לו תועלת ממנה כי אם שכוונתו כדי שאם תמות ירשנה קמ"ל שאפ"ה אין כופין אותו לגרשה:

ועפ"ז יש לתרץ מה שיש להקשות על דברי הרמב"ם דלכאורה דבריו סתראי נינהו דאילו הכא כתב שאפילו היא חולה ואמרה אני שונאת אותו עכ"ז כתב שאין דנין אותה כמורדת ואילו בפי"ד הי"א כתב שאפילו היא חולה דנין אותה כמורדת וע"פי האמור ל"ק דהכא שאני שהיתה חולה בחולי ארוך שאינה ראויה עוד לת"ה ורמז זה רבינו במ"ש שרצונה להתגרש כדי שלא ירשנה לפי שידעה שאין תרופה למכתה וסופה למות מחולי זה. עוד נראה לומר דלא כתב ואפילו היא חולה שנקראת מורדת אלא גבי בעינא ליה ומצערנא ליה וכך נראה מדבריו שהביא דין זה אחר שכתב דין בעינא ליה ומצערנא ליה דכיון שאומרת כן כדי לצערו נמצא שהחולי שלה אינו מעכב לה לת"ה ועל אופן זה כתב ואפילו היא חולה נקראת מורדת וא"ת גם גבי אומרת מאיס עלי הו"ל לומר שתקרא מורדת ואפילו היא חולה דכיון שאומרת מאיס עלי נמצא שאפילו היא חולה יכולה לשמש עמו וי"ל דכיון שיש מקום למרד שלה לפי שהיא חולה אף שאומרת מאיס עלי אין כופין לבעל לגרש באופן זה כי שמא כשתתרפא תחזור בה מהמרד. א"נ יש מקום לומר דבין במאיס עלי ובין בעינא שניהם כאחד אם היתה חולה נקראת מורדת דכיון

שלא נתנה סיבת מרידתה לפי שהיא חולה נראה שהוא מורדת עליו אכן ההיא דפכ"ב שהביא הטור דכיון שהיא אומרת ומפחדת שלא ירשנה נמצא שאין זה בכלל מורדת ואפילו שאמרה שנאתיהו אנו אומרים כל השנאה משום הממון והראיה שאם יעשה רצונה ויעשה לה אופן שלא ירשנה אינה מורדת בו ואהבת עולם אהבתהו:

ונראה עוד לומר בנדון דידן דאפילו יהיה האופן שהתנית עמו אחר הנישואין אם תרצה לתת אותם במתנה בעודה בחיים הרשות בידה ובלבד שיקנו מידה שכ"כ מרן בסי' צ"ב ס"א וז"ל הכותב או האומר לאשתו דין ודברים אין לי בנכסיך בעודה ארוסה אם מכרה ונתנה קיים ואין לו במעות המקח כלל וכל זמן שלא מכרה ולא נתנה הבעל אוכל פירות ואם מתה יורשה ואם כתב לה כן אחר הנשואין צריך לקנות מידו ואז יהיה מכרה ומתנתה קיים עי"ש. וא"כ נראה שבנדון דידן שקנו מידו שיחזיר לה כל נכסי נדונייתה אם נתנה אותם במתנה לאחרים אפילו כתב לה כן אחר הנישואין אם קנו מידו מתנתה קיימת:

וראיתי למהרשד"ם בא"ה סי' ק"ד שנשאל כיוצא בנדון דידן על איש ואשתו שהם נשואים ונפל ביניהם קטטה ומריבה וברחו להם דיינין לדון ביניהם וחייבו עצמם האיש והאשה שכל מה שיגזרו עליהם בדין או בפשרה חייבים לקבל וגזרו ב"ד שתקח סך מה ואח"ז הבעל סירב וגזרו ב"ד שאחריהם שיקח ממנה הבעל יו"ד אלפים ואח"ז נתנה האשה נכסיה במתנה לאחרים ופשיט לה הרב מדברי הרמב"ם שהביא הטור בסי' צ"ב וז"ל כתב הרמב"ם שאם קנו מידו בעודה ארוסה וכו' וכתב עוד שאם קנו מידו מהני תנאה אפילו מתנה אחר הנישואין ואם מכרה ונתנה קיים וכן פירש ר"י ואע"ג דסיים ולא נהירא לא"א הרא"ש ז"ל היינו בלשון זה הגרוע דין ודברים אין לי בנכסיך שאינו לא לשון מתנה ולא לשון מכירה אבל אם פי' הבעל שהוא נותן לה וקנו מידו לכ"ע קנתה האשה וא"כ בנ"ד אע"ג דלענין ירושה לא היה מועיל כל אלו הלשונות הכתובים בגזרת הדיינין מ"מ לענין שקנתה האשה הגוף ופירות ופירי פירות פשיטא ופשיטא דמהני ולא נשאר לבעל אלא כח ירושה ואם מכרה או נתנה קיים עי"ש. הרי נראה מדברי מהרשד"ם שכל שכתוב בלשון מכר או מתנה ומכרה ונתנה שאין הבעל יכול להוציא מיד הלקוחות ומקבלי מתנה אפילו שקנו מידו אחר הנישואין וא"כ נראה בנדון דידן שחייב עצמו לתת לה מה שהכניסה לו וקנו מידו על הדבר הזה ואחר שנתחייב בדבר זה לא אתדר לה לדור עם צרתה ואז הבעל שלחה לנפשה ועמד ונתן בידה מה שנתחייב לתת לה ואחר זה עמדה האשה ונתנה לאחרים במתנה גמורה פשיטא דבכגון זה אין הבעל יכול להוציא

מיד מקבלי מתנה ואפילו שלא נתנה אלא שמכרה נכסיה במעות ולקחה דמי המכר בידה אין לו לבעל במעות ההם כלום וכמ"ש מור"ם בשם הגהות הרי"ף בסי' צ"ב ס"א:
וכ"ת דבנדון דידן הבעל חייב עצמו בשני דברים אחד שחייב עצמו לתת לה כל מה שהכניסה לו וגם חייב עצמו לתת לה גט וכיון שתנאי הגט בטל לפי שלא נוכל לכוף אותו על הגט מכח השבועה גם תנאי זה מתבטל לתת לה נדונייתה זה אינו שהרי לא תלו הדבר זה בזה והם שני חיובים וכל אחד חיוב בפני עצמו וא"כ הא פשיטא דבנ"ד אם אחר החיוב עמדה ונתנה נכסי נדונייתה לקרוביה הא פשיטא שאין הבעל יכול להוציא מיד מקבלי מתנה ובלבד שתהיה מתנת בריא מחיים כמ"ש מהרשד"ם שם עיש"ב ושם אחר שהביא דברי רשב"ם והתוס' והרא"ש כתב דלא ידענו סברת הרי"ף בזה כמאן ס"ל והנה אף שמצא מהרשד"ם ס' הרי"ף בפ' אע"פ גבי מורדת וגבי ואלו שכופין אותן להוציא שכתב דלא מיפקעא ירושה דאורייתא אלא בגירושין גמורים נראה דאין מזה ראיה דס"ל כהרא"ש דאפשר דלא כתב כן אלא דוקא גבי מורדת וגם גבי ואלו שכופין להוציא דשם אע"פי שהיא מרדה בו והלכה לה לבית אביה מ"מ איהו הבעל לא ניחא ליה לגרשה ורצונו להיות עמה בשלום כדרך איש ואשתו אבל בנדון מהרשד"ם שהיתה עמו בקטטה ונתן דעתו לגרשה אפשר שבאופן זה הבעל אינו יורשה כיון שהבעל עצמו מחזר על הגירושין ובזה יש מקום לומר שמודה הרי"ף לדברי רשב"ם שאינו יורשה:
ובמרדכי פ' מי שמת סי' תרי"ב שם בהגה כתב דהרי"ף ס"ל כהתוס' והרא"ש ממה שמצינו לו גבי מורדת שכתב דאם מתה אינו יורשה ומזה הוקשה לו להרב בני יהודה ח"ב סימן קכ"א על דברי מהרשד"ם מדברי המרדכי דנר' דס"ל דהרי"ף כדעת התוס' והרא"ש ולפקד"ן כמ"ש דמדברי הרי"ף דפ' אע"פי אין משם ראיה דס"ל כדברי התוס' דאפשר דבמקום שנתן עיניו לגרשה מודה הרי"ף לדברי רשב"ם שאם מתה אינו יורשה וכן נראה מדברי מרן בב"י סי' צ' עמ"ש הטור וכ"כ הרמב"ם הורו הגאונים וכו' וכתב מרן איכא למידחי דשאני התם שאינו רוצה לגרשה אע"פי שהיא רוצה להתגרש ע"כ. הרי להדיא דדוקא גבי מורדת שהוא אינו חפץ בגירושין משו"ה לא הפסיד זכותו הבעל אבל אה"נ דבמקום שנתן עיניו לגרשה גם הרי"ף יודה דאינו יורשה וחזי הוית להרב בני יהודה בסי' הנז' שהקשה על דברי מרן דאמאי כתב בלשון זה דאיכא למידחי ולא הק' עליו קושיא עצומה זו וע"פ מ"ש לעיל דהכא מיירי שחלתה בחולי ארוך ונלאו הרופאים ברפואתה ואינה ראויה לא לתשמיש ולא לשירות ורואה עצמה שהיא בסכנה ועל אופן זה כתב דהיה עולה על הדעת דאשה זו שאינה ראויה לשום דבר יש מקום לדבריה ועל זה כתב מרן דעכ"ז יש לדחות דכיון דעכ"פ הבעל אינו חפץ בגירושין כלל

לא איבד את זכותו משום שהיא חולה ואינה ראויה לשום שירות כלל כיון שהבעל אינו חפץ בגירושין:

ועדיין יש מקום בנ"ד לומר דאף שכתב שחייב עצמו לתת לה לא לשם מתנה איכוון אלא לשם פרעון כתובתה כשיתן לה גט הא ליתא שהרי כתב וחייב עצמו וכתב לה בכתובה שחייב עצמו לתת לה גט בזמן דלא איתדר לה עם צרתה ונשבע לה על הדבר הזה וכ"ע ידעי לה להאי מילתא דאין כח בשבועה שתחייבו לתת לה גט ואדרבה בעת נתינת הגט עושין לו התרה שמא נשבע לתת לה גט וא"כ ודאי דמה שחייב עצמו לתת לה נדונייתה שהיא נכסי צאן ברזל והם שלו לשם מתנה איכוון אפילו שלא יתן לה גט כלל אלא שתקח ממנו נדונייתה ותלך לה לישב לבדה במקום שתרצה וכ"ת מאי נפקא מינה אם כתב לה בלשון מתנה והרי כתב הרא"ש ופסקו מרן ז"ל וכללא כייל לן שאין הירושה נפקעת אלא בגירושין גמורים וכל זמן שלא נתן לה גט אינה נפקעת ירושתו כבר כתבו הפוסקים דהיינו דוקא בלשון ירושה שהוא מתנה על עצמו שלא ירשנה ועל אופן זה כתבו שאין הירושה נפקעת אלא בגירושין גמורים אבל אם פי' הבעל שהוא נותן לה שהוא לשון מתנה אפילו אחר הנישואין וקנו מידו כבר כתבנו לעיל משם מהרשד"ם כי בדבר זה אפילו מכרה או נתנה קיים ואין הבעל מוציא מיד הלקוחות:

עוד נראה דבנ"ד אפילו התנה אחר הנישואין שלא יירשנה תנאו קיים שהרי ראובן זה מיום שנשא אחרת עליה מלבד צרת צרתה וכעסתה צרתה גם כעס אלא שגם הבעל לא היה מתנהג עמה כדרך איש ואשתו וכשהיתה הולכת מביתו לא היה דורש אחריה כדרך העולם וגם שאפילו שהיה שומע שהיא משרתת אצל עשירי עם חרפה לא נשא על אשתו ולא היה שולח אחריה שום אדם לפוקדה לעשות שלום ביניהם ומצינו למור"ם בסי' צ"ב ס"ה שכתב המורד על אשתו או מדירה ואינו מתנהג עמה מנהג אישות י"א דאם מתה אינו יורשה וא"כ בנ"ד שהבעל לא היה מתנהג עמה כדרך איש ואשתו אם מתה אינו יורשה ואפילו לא היה שם תנאי כלל כ"ש בנ"ד שכל מה שעשו לה הבעל וצרתה היה כתוב על לוח לבה כי לכן התנית עמו בכל התנאים ואפילו היו אלו התנאים אחר נישואין ע"י קנין תנאו קיים כ"ש שהתנית עמו כן בעת אירוסין וע"מ כן נשאת עמו ואילו היתה יודעת שיחזור בו אפי' במקצת לא היתה מודית לו בנישואין:

עוד נראה לומר בנ"ד שאפילו התנית עמו תנאי זה אחר הנישואין שיתן לה מה שהכניסה לו דזכתה בהם בעודה בחיים וזוכים בהם יורשיה אחריה לפי שהבעל לא התנה על עצמו שלא יירשנה אלא התנה על עצמו להחזירם לה ולהסתלק מהם כלל ואפילו מיורשיה שהרי יגיד עליו ריעו שחייב עצמו לתת לה גט ויפרדו איש מעל אחיו ומצינו למור"ם

ורמזו מרן בב"י משם הרמב"ן והר"ן והריב"ש דהא דלא מהני תנאי אחר שנישאת היינו דוקא שאמר שלא יירשנה אבל אם מחייב עצמו להחזיר ליורשיה מה שירש ממנה צריך לקיים וא"כ בנ"ד שחייב עצמו לתת אותם לה ולהסתלק מהם כ"ש שחיובו חל על יורשיה וצריך לתת אותם להם וכ"ש אם יורשיה תפוסים בהם שאין הבעל יכול להוציא מידם כיון שסלק עצמו בקנין ואפילו יהיה הדבר אחר הנישואין כ"ש שהתנית עמו קודם כניסתה לחופה. ונראה עוד להרחיב הדבר בענין שהבעל עצמו התפיס' בידה דעד כאן לא קאמרי דהבעל יורש אותם אלא כשהנכסים הם ברשותו ובאים יורשיה להוציאם מידו אז אמרינן דכיון דרוב הפוסקי' ס"ל דהבעל יורש מן התורה אין יכולין להוציאו מחזקתו אבל כשהנכסים הם בחזקת יורשי האשה והם תפוסים בהם וכ"ש כשהבעל עצמו התפיסם בידה ושלחה מביתו ואמר לה הרי קיימתי תנאי שהתניתי עמך. ולו לא יהיה לא ממון שהיה בידו ואמר לאשתו קחי זה במתנה מעכשיו ומשכתו האשה לרשות אחר וקנאתו האם יוכל אח"ך לומר לה אני רוצה לחזור בי בודאי באופן זה לא דברו הפוסקים א"נ אפילו יורשיה תפוסין בהם אם אינו מועיל היינו דוקא שתפסום מעצמם בלתי רשות הבעל אבל אם הוא מעצמו התפיסם ביד אשתו לקיים תנאו לפרעון כתובתה מרצונו הטוב וסילק עצמו מהם בזה לא דברו הפוסקים ז"ל:

והרב בארות המים בא"ה סי' ג' נשאל באשה שהיתה זקנה ורצה בעלה לילך לארץ ישראל ולא רצתה אשתו לילך עמו ויאותו ביניהם שיתן לה סכי כתובתה והיא זילא בה מילתא לקבל ממנו גט ומחלה לו השבועה שלא ישא אשה אחרת ונתן לה סכי כתובתה בית אחד ואח"ז מתה האשה בחיי בעלה ונסתפק שם הרב בענין ירושתה ופשיט לה שזכו יורשיה משני הטעמים הנז' ואף שהרב שם צירף טעם אחר שקרע לה שטר כתובתה מה שלא נעשה דבר זה בנ"ד שעדין שטר כתובתה קיים אין זה מעכב בנ"ד שהרי שם שהוצרך לקרוע לה שטר כתובתה לפי שהיה חייב לה בכל סכי כתובתה ופרע לה הכל משו"ה הוצרכו לקריעת הכתובה. לא כן בנ"ד שמעת אשר בקשה ממנו להתגרש לא נשאר לה עליו כתובה ואף שצריך שגם בנ"ד צריך לקרוע לה כתובתה שהם סך מרובה מ"מ בנ"ד אין צריך לקרוע לה שהרי מספר כתובתה נלמד שאין לה כלום שהרי שם כתוב שאם בקשה להתגרש ממנו שאין לה עליו עוד כתובה אלא דוקא נכסים שהכניסה לו דוקא וממילא כתובתה כאילו היא קרועה כי לא נשאר לה עליו כתובה ותוספת כי מעתה היא מוחלת לו:

וחזי הוית להרב כרם שלמה בא"ה סי' מ"ז שנשאל על ראובן שנשא אשה על אשתו בעבור שעמדה מלדת והיתה ביניהם מריבה עד שמחמת הקטטות והמריבות יצאה

מביתו והלכה לה לנפשה ולהשקיט המריבות פרע לה כתובתה ונתנה בידה אכן שטר כתובתה לא נקרע כי היו ממתינין אולי תשוב לביתה או תתגרש ממנו בגט ואחר זה בעודן פרודים זה מזה מתה האשה ועתה לשאו"ל הגיעו הבעל ויורשי האשה הבעל טוען כי עכ"פ עדין לא נתגרשה ואשתו היא ויורשי האשה טוענין דכיון שקבלה כתובתה והלכה לה הרי היא שלהם. והשיב בסוף דבריו כי שמע כי ראובן ואשתו הנז' חייבו עצמם לבוא לידי גירושין וחייבו עצמם קנס להחוזר בו וא"כ לפ"ז אזדא לה החילוק שחילק הרב פ"מ ח"א דעד כאן לא קאמר רשב"ם אלא בזמנו שביד האדם לגרשה בעל כרחה לא כן בזמנינו שאין בידו לגרש בע"כ א"כ בנדון דידן נמי בידו לגרשה בע"כ מכח התנאי והחיוב שביניהם. א"כ חזרנו דהוי מחלוקת שקול והמע"ה ויורשי האשה הם מוחזקין ותפוסין בנכסים ואע"ג דבענין זה רבו הסוברין דמפקינן מיד המוחזק כיון שהוא בא לזכות מכח התקנה וידו ע התחתונה כיון שהבעל יורש דאורייתא מ"מ הא איכא סברת מרנא דס"ל דבכה"ג אין מוציאין מיד המוחזק ובפרט בחזקה טובה כזו דבחיים חייתה נתן לה הבעל עצמו הנכסים והחזיקם בידה א"כ מי יוכל לעשות נגד מרנא ז"ל הילכך למעשה נראה לע"ד בנכסים הללו שב וא"ת עדיף וזוזי היכא דקיימי קיימי וא"כ זכו יורשי האשה בנכסים כיון שהם תחת ידם עש"ב. וא"כ אוף אנן בנ"ד נימא דהאשה רצונה בגירושין עוד בה דבעודה בחיים החזיקה בנכסים ונתן לה מה שנשאר בידיה מנכסיה והיה אומר היום או מחר אתן לה גט ובכגון זה לדעת הרב כרם שלמה אם מתה בחיי בעלה אין להוציא מיד היורשין:

וכ"ת דבנדון דידן שנתחייב בקנין לתת לה נדונייתה ולתת לה גט א"כ כיון דלענין הגט לא נוכל לכוף אותו מכח השבועה א"כ גם גבי נדונייתה ותוספת מאה גרוש לא קנתה דהוי כמו קנה את וחמור דלא קנה. אכן נראה דאין זה כלום דאנן קי"ל כרב נחמן דקנה מחצה וכמו שפסק מרן בס"סי ר"י אוף הכא נמי בנ"ד קנתה הממון אף דלגבי גט הוי גט מעושה. עוד נראה לומר דבנ"ד לא דמי לקנה את וחמור דהתם הדבר שצריך לקנותו הוא דבר אחד כגון חפץ פ' וא"ל שיקנה אותו הוא והחמור וכיון דלגבי החמור לא הוי קנין גם גבי אדם לא הוי קנין אבל הכא אע"פי שהוא קנין אחד אבל הוא על שני ענייניו אחד שיתן לה נדונייתה ואחד שיתן לה גט וא"כ לא דמיא זו לקנה את וחמור דלא קנה החפץ דהכא שאני שהם שני חיובים ועוד כי מצאתי להמבי"ט ח"ב סי' ג' שנשאל בראובן שחייב עצמו בעת הנישואין בכתובה שאם לא ישאר לו ממנה זש"ק וירצה לישא אשה אחרת עליה בחייה יחזיר לה כל נדונייתה ועיקר כתובה ויפטרנה בגט ויש שם בכתובה

כמה אופנים ולא נסתפק בזה כלל לומר דכיון דלגבי גט שנשבע עליו הוא גט מעושה א"כ גם לגבי ממון יהיה פטור כמו קנה את וחמור אלא ודאי נראה דלא דמיא כלל:..

הראת לדעת בנ"ד דאשה זו שהביא לה בעלה צרתה לתוך ביתה ולא אתדר לה לישב עמה ועי"ז הרחיקה נדוד מבעלה ועמד בעלה ומסר בידה מה שהכניסה לו אם מתה בחיי בעלה לדעת הרב כרם שלמה הנז' אין מוציאין מיורשיה וכמו שנסתייעו מדבריו הרב בארות המים סי' ג' והרב מהר"י עייאש ז"ל בספר בני יהודה ח"ב סי' קכ"א וכל זה לא מיירי אלא כשהתנית עמו כן אחר הנישואין וגם לא מכרה ולא נתנה לאחרים וכ"ש היכא שהבעל נתן לה אחר הנישואין ועמדה האשה ונתנה לאחרים שאין הבעל יכול להוציא מידם מה שמכרה ונתנה להם וכ"ש בנדון דידן שמנהג פשוט בכל הארץ שמברכין ברכת אירוסין ואח"ז מחייבין לחתן בכתובה ובתנאים אשר יהיו ביניהם כי נמצא לפ"ז שהחיוב היה בעת האירוסין וקודם ז' ברכות וקודם כניסה לחופה דודאי באופן זה אין הבעל יורשה:

אכן עדין אנו צריכין לדעת לענין הגט היכי לדיינו דייני להאי דינא דאם נכוף אותו לגרש מכח השבועה הו"ל גט מעושה ואם נאמר שלא לכוף אותו על הגט ונניח אותו על דעתו היאך יעבור על השבועה בפרהסייא וראיתי להרלב"ח סי' קכ"ד שהביא משם רב האיי גאון שכתב שהנשבע לגרש את אשתו שחייב לקיים שבועתו ואל יחלל שם שמים בפרהסייא אלא יגרשנה לאלתר ויתן לה כתובה דהכא מילתא אמר רחמנא לא תשא וכתיב כי לא ינקה וכתיב נשבע להרע ולא ימיר וסיים שם הרלב"ח הרי ראיה גמורה שצוה לעשות מעשה שיגרש הנשבע את אשתו בלתי התרה עם היות שהמגרש היה מראה שהגט שהוא נותן הוא באונס מצד השבועה גם כתב שם שהרא"ש והמרדכי הביאו דברי רב האיי גאון כנראה דסברי כוותיה גם הביא שהרי"ף סבר כרב האיי הנז' והנה דברי הגאון הנז' אפי' מי שימצא מי שחולק עליו ראוי לנו לפסוק כמוהו כי כתב הרדב"ז בח"א בחדשות סי'.. והבאתי דבריו. לעיל כי הוא רבן של בני הגולה ובידו שבט מישור דאתי מדוד הע"ה וכ"ש שהרי"ף והרא"ש והמרדכי סברי כוותיה גם הרמב"ם הביאו המבי"ט בח"ב סי' ר"ו שכתב בפ"י מה' שבועות וז"ל נשבע לגרש את אשתו וכו' אם אתה מגרש את אשתך אתה מוציא לעז על בניך וכו' וכתב המבי"ט שם שנראה מדבריו שיכול לגרש בלתי התרה הרי מצינו להגאון והרי"ף והרמב"ם והרא"ש והמרדכי דסברי מרנן דיכול לגרש בלתי התרה ולא מיקרי אונס. וכן מצאתי למרן בב"י שהביא משם ר' יהודה בן הרא"ש בסי' קנ"ד על מי שאסר על עצמו הנאת תשמישי אשתו אם ישחוק גם נשבע שאם ישחוק שיגרשנה בגט מוסף על איסורו והלך ושחק והשיב הרי

הוא מושבע ועומד לגרשה וב"ד כופין אותו לקיים שבועתו והגט הניתן בכפיה זו גט הוא שכל דבר המוטל על האדם לעשות אותו כופין אותו לעשותו והמעשה קיים עכ"ל. הרי להדיא דדעת מרן דס"ל בנשבע לגרש דכופין אותו ב"ד לגרש ולא הוי גט מעושה. וראיתי להרח"ש בח"ב בקונטריס המודעא דף י"ד שהקשה כי דברי מרן סתראי נינהו שהרי שם בסי' קס"ה כתב משם הריטב"א וז"ל שאלת על יבם שנשבע לחלוץ ליבמתו ליום ידוע אם כופין אותו לחלוץ תשובה למאן דסבר דחליצה מעושית פסולה ואפילו למ"ד מצות חליצה קודמת אף לזה אין כופין כי אע"פי שעל השבועה אתה בא לכופו שמחמת אותה כפיה הוא חולץ חליצה מעושית היא ממילא ולדידי הכי ס"ל דאין כופין אלא באותן שכופין להוציא בגט ומ"מ זה שלא קיים שבועתו מעצמו עונשין אותו על שעבר על שבועתו או מדין שבועת ביטוי או מדין שבועת שוא וכו' עי"ש. הרי נראה להדיא דאפילו יש עליו חומר שבועה אין כופין אותו לגרש ע"כ. ולפק"ד יש לתמוה עליו דאמאי לא הוקשה לו מאותו הסי' עצמו דסי' קנ"ד שכתב בסוף הסי' משם הריטב"א עצמו שכתב על איש שנשבע לגרש את אשתו וגרשה קודם שיתירו לו שבועתו ואח"ך היה מערער לפסול את הגט מפני כך והשיב שזו אינה טענה לפסול את הגט בדיעבד שלא מצינו שיהא חשוב אונס בגט אלא באונס שבא לו שלא מעצמו אבל שבועה זו הוא הביאה על עצמו שהרי מרצון נפשו חייב עצמו לגרש לפי שגמר בדעתו לגרש עכ"פ וכו'. ומ"ש הר"ף שצריך שיתירו לו לפי דעתי לא כתב כן אלא שצריך לכתחילה לעשות גירושין ברורים גמורים לא שיהא פוסל את הגט בדיעבד אלא לחומרא בעלמא וכו' עי"ש. וזה סותר למ"ש למעלה משם ר"י בן הרא"ש שלא הצריך כלל לעשות התרה ואם נאמר דגם שם צריך לעשות התרה בעת נתינת הגט אלא שהר"י בן הרא"ש עיקר ילפותא דיליה שב"ד כופין אותו לגרש ולא נחית לבאר כל הענין א"כ אחר שיתירו לו יבטל לתת את הגט ועוד כיון דהריטב"א הוא היפך דברי הר"י בן הרא"ש א"כ אמאי מרן לא סמכן זה לזה כמנהגו בכל מקום ולהכריע הילכתא כמי. לכן נר' לע"ד לומר דבנדון הריטב"א האיש המגרש בא לפני הדיין לגרש וסיפר לו שהוא נשבע לגרש ועדין עומד בדעתו וברצונו לגרש והדיין מחמת שראה אותו שהוא רצונו לגרש אישתלי ולא בא לדעתו לעשות לו התרה ואחר שגירש נתחרט על הגט ובא לפסול הגט לפי שלא עשו לו התרה דהוי גט מעושה שלא נתנו אלא משום שנשבע ועל זה השיב הריטב"א דבדיעבד כשר ואין לפסול הגט בשביל זה אבל ההיא דהר"י בן הרא"ש נשבע שאם ישחוק בקוביא יגרש את אשתו ועבר ושחק ואינו רוצה לגרש וב"ד רוצים לכופו שיגרש ואם יעשו לו חומרא דהר"פ שיעשו לו התרה בודאי אחר שיעשו לו התרה יאמר שאינו מגרש כי

אפילו שעול השבועה על צוארו אינו רוצה לגרש כ"ש כשיתירו לו ובכגון זה הוי כדיעבד ובאופן זה אפילו הריטב"א מודה דאין לעשות לו חומרא זו להתיר לו דהוי חומרא דאתי לידי קולא דלא יגרש עוד ובכגון זה דיעבד מיקרי ומשו"ה מרן לא עירב אותם וסמכן זה לזה אלא הביא כל דין בפני עצמו דהם שני עניינים. ומ"ש מרן ז"ל בש"הט סי' קל"ד ס"ד אם נשבע לגרש צריך שיתירו לו היינו שנשבע ועדין רצונו לגרש אבל אה"נ דאם נשבע לגרש ונתחרט ואין רצונו לגרש כי אם ע"י כפיית ב"ד בדיעבד היא ואין צריך התרה ויש להביא קצת ראיה לזה מדברי מהרח"ש בדף הנז' ע"ד שכתב וכן אם לא נמצא התרה לנדר או לשבועה מגרש לכתחילה בלא התרה דכל מילתא דלא אפשר בלא"ה כדיעבד דמי והביא ראיה לזה מדברי מהרלב"ח עי"ש. אוף אנן בדידן כיון דלא אפשר שיתירו לו דאם יתירו לו לא יגרש עוד דכל מה שרוצה לגרש הוא בשביל עול השבועה שעל צוארו וכיון שיתירו לו לא יגרש עוד ואף שסיים שם מהרח"ש שאם נתחרט על השבועה יש לחוש לדברי הרשב"א עכ"פ הרואה יראה לדברי מהרלב"ח דאפי' נתחרט על השבועה מיירי. אכן למה שהקשה מהרח"ש דברי מרן אהדדי דאילו בסי' קנ"ד כתב משם הר"י בן הרא"ש דכופין לגרש ואילו בסי' קס"ה גבי נשבע לחלוץ כתב משם הריטב"א דאין כופין עדין הם קשים ובודאי דהר"י בן הרא"ש פליג על דברי הריטב"א וכמו שכתבו כן כמה מהפוסקים ובודאי בכגון זה אזלינן בה לחומרא ואין כופין לגרש למי שקשר עצמו בשבועה. אכן נראה דבנ"ד אע"פי שאין אנו יכולין לכופו לגרש אבל מ"מ עושין לו הרחקה דר"ת וכעין שמצינו למהרשד"ם א"ה סי' ע"א שנשאל בראובן שהיה נשוי ללאה ואחיו שמעון נשבע שאם אחיו ראובן ימות בלתי זש"ק שחייב שמעון לחלוץ את אשתו ונסתפק שם אם חייב שמעון לחלוץ אשת אחיו מכח השבועה ובתחילה הביא דברי הר"י בן הרא"ש הנז' שהביא מרן בסי' קנ"ד ואח"ז הוקשה לו מדברי הריטב"א דסי' קס"ה דנראה ממנה שאין כופין ולבסוף הסכימה דעתו דעת עליון דאע"פי שאין כופין מ"מ עושין לו הרחקה דר"ת שהביא מהרי"קו בסי' ק"ב ושם כתב הרחקה זו אפילו למי שמרדה על בעלה ואמרה מאיס עלי כ"ש כשמורדת עליו מכח שנשבע לה לגרשה וז"ל לענין הרחקה תגזרו באלה חמורה על כל איש ואשה מזרע בית ישראל והנלוים עליהם שלא יהיו רשאין לדבר עמו ולישא וליתן עמו ולהרויחו ולהאכילו ולהשקותו וללוותו ולבקרו בחלותו ועוד יוסיפו חומר כרצונם על כל אדם אם לא יגרש שבזה אין כפיה שאם ירצה ימצא מקום והוא לא ילקה בגופו מתוך נידויו זה עכ"ל ר"ת שהביא מהרי"קו ועל הרחקה זו הסכימו כמה מרבוותא מהריב"ל ח"ב סי' ע"ט ומרן בש"ות א"ה סי' יו"ד ומהרשד"ם א"ה ע"א ומהרא"ש סי' כ"ח ומהר"י לבית הלוי סי' ט' והרב בני משה ח"ב

סי' ט' והרב פרח מטה אהרן ח"ב סי' מ' ומ"ח והרב משפט צדק ח"ב סי' ע' והרב מהר"א מונסון משם מהר"י בי רב הביאו הפ"מ שם וכל אלו הרבנים הראשונים הסכימו לעשות הרחקה דר"ת בין נשבע לגרש ובין נשבע לחלוץ גם את האחרונים הרב גו"ר א"ה כלל ב' סי' ז' ושם כתוב לאמר שאפילו נשבע שלא ישא אשה אחרת על אשתו חיילה גם על יבמתו וחייב לחלוץ לה גם הרב כהונת עולם סי' ו' אסף איש טהור כמה מהפוסקים הנז' והסכימה דעתו עמהם וכ"כ הרב זרע אברהם א"ה סימן י"ג. והרב אשדות הפסגה סי' י"ד והרב מגיד מראשית סי' ה' דף ט"ל ומי שירצה להחמיר שלא לעשות הרחקה דר"ת בנשבע לגרש אינו אלא מן המתמיהין ואין טעם לדבריו ומניחין לבעל שיעבור בכל יום על השבועה:

אכן עדין יש לדעת דאם אחר הרחקה זו אמר שהוא רצוי ומפוייס לתת לה גט כיצד יעשו הב"ד דאם יתירו לו שבועתו לא יתן עוד גט ואם לא יתירו לו הו"ל גט מעושה ואפשר לומר דבכגון זה יש לסמוך על דברי הרשב"ץ שהביא המבי"ט ח"ב סי' קכ"ב דהמגרש את אשתו משום שבועה אין צריך התרה דבנדרים הלך אחר לשון בני אדם וכו' עי"ש. א"נ אפילו שנאמר שאין לעשות לו הרחקה דר"ת והדין כדברי הריטב"א שבסי' קס"ה שאין כופין לחלוץ מ"מ גם הריטב"א כתב שזה שלא קיים שבועתו מעצמו מ"מ עונשין אותו על עוברו על השבועה וכו' וא"כ האיש אשר בנ"ד שאינו רוצה לגרש ולדעתו כי הוא נקי ובר ואין עליו שום איסור ושום עונש אך באמת צריך להודיעו כי גדול עונו מנשוא כי בכל העבירות נאמר בהם ונקה ובשבועה לא נאמר ונקה וכל עבירות שבתורה נפרעין ממנו וכאן ממנו ומכל משפחתו ובודאי האיש הישראלי אשר נגע יראת ה' בלבו בשמעו את דברי האלה הזאת יטה אוזן לדברי חכמים וחידותם ויאמר עלי לקיים שבועתי אשר נשבעתי ברצון נפשי ואז אומרים לו היאך יפול דבר הרי אמרו הנשבע לגרש את אשתו צריך התרה קודם ואתה נשבעת לאשתך לגרשה והנשבע על דעת חבירו אין מתירין לו אלא מדעת חבירו ואשתך אינה נותנת רשות להתיר כי חוששת שמא תחזור בך ולא תתן לה גט אם הוא אומר מעצמו עשו לי התרה ואתן לה גט ואם היא מתפחדת שמא אחזור בי מעתה אני מוסר בידיכם ערבון אשר אתם רוצים בו וכמ"ש מרן בסי' קל"ד אך ערבון יתן אם ירצה שאין זה דומה לאונס ובאופן זה ליכא מאן דפליג וליכא שום חשש איסור אבל להניחו שילך ולא יחוש על שבועתו דבר זה לא אמרה אדם מעולפ. ומה גם כי מצינו למהרא"ש סי' כ"ח על ראובן שנשא אשה ובעת כניסתה לחופה נתחייב שמעון אחיו שאם יפטר ראובן אחיו בלתי זש"ק שחייב עצמו בשבועה לחלוץ לאשתו והביא תחילה דברי הריטב"א שהביא מרן בסימן קס"ה שאפילו נשבע אין כופין אותו לחלוץ ולבסוף

כתב שיש הפרש בין ההיא דהריטב"א לנדונו דההיא דהריטב"א לא היתה השבועה בזמן הנישואין רק אחר מיתת האח אבל בנ"ד השבועה היתה בעת הנישואין הנה הוא ראוי שמעון אחיו לעונש גדול כי אשה זו על דעת כן נשאת לו ומלבד עונש השבועה הנה הוא ראוי לעונש גדול שהרי הוא הטעה אותה וכמעט נראין קדושין על תנאי אבל מה נעשה שהרי רבותינו ז"ל הרחיקו הכפייה עי"ש. הרי להדיא שאע"פי שאין יכולין לכופו מ"מ ראוי הוא לעונש גדול והוא ז"ל אסיק דיעשו לו הרחקה דר"ת:

ונעמוד עליהם במנין הפוסקים שדברו והסכימו בענין הרחקה דר"ת הראשון רב האיי גאון שכתב שהנשבע לגרש את אשתו חייב לקיים שבועתו עם היות שמראה להם שהגט שהוא נותן מכח שבועה והוא אנוס. ב' ר"י בן הרא"ש שהנשבע לגרש ב"ד כופין אותו. ג' הרשב"ץ ח"ב סי' ס"ח שהנשבע לגרש אומרים לו לקיים שבועתו ואם אמר איני מגרש כופין אותו כדין מבטל כל מ"ע. ד' מהרלב"ח סי' קכ"ד מדבריהם נראה שכופין לגרש וכ"ש שהם מודים דעושין לו הרחקה דר"ת. ה' מהרי"קו סי' ק"ב. ו' מהריב"ל ח"ב סי' ע"ט ואף שבסי' ח"י כתב להיפך כבר כתב הפמ"א ח"ב סי' מ"ח שחזר בו מהריב"ל. ז' מהרשד"ם חא"ה סימן ע"א. ח' מהרא"ש סי' כ"ח. ט' מהר"י לבית הלוי סי' ט'. י' הפ"מ ח"ב סי' ט'. י"א מהר"י בי רב הביאו הפ"מ שם. י"ב מהר"א מונסון הביאו ג"כ הפ"מ שם. י"ג משפט צדק ח"ב סי' ע' ואף ששם בסי' א' כתב להיפך אפשר שבסי' ע' חזר בו והפ"מ כתב ששני המקומות שוים דעושין לו הרחקה דר"ת וכבר תמה עליו הרב דבר משה ח"א סימן פ"ד דאיך יתקיימו שניהם כאחד ולפקד"ן דכוונת הפ"מ לומר דכיון דסיים שם בסוף התשובה איברא דהוא לא יוכל ליבם מכח השבועה לצאת ידי שמים נראה דעדין לא נמלט מהשבועה ודוקא בנדון דידיה שהוא עדין לא קיים מצות פ"ור ואשתו הראשונה פסקה זה רבות בשנים ובאופן זה כתב שאין לעשות לו הרחקה דר"ת אבל במקום שקיים פ"ור והיבמה זקנה אפשר דגם הוא יודה דעושין לו הרחקה דר"ת. עוד נר' דבסי' א' לא הזכיר כ"א דברי מהריב"ל דסימן י"ח וכנראה דעדין לא ראה תשו' דסי' ע"ט ובסי' ע' שהביא תשו' דסי' ע"ט נראה דחזר בו מההיא דסי' א'. י"ד מהראנ"ח הביאו הרב פ"מ בסי' הנז'. ט"ו הרב פרח מ"א סי' מ' וסי' מ"ח. ט"ז הגו"ר כלל ב' סי' ז'. י"ז הרב דוד גרשון הביאו הגו"ר שם בסי' ט'. י"ח סם חיי סי' מ"ט. י"ט הרב בני אברהם חא"ה סי' כ"א. ך' כהונת עולם סי' ו'. כ"א אדרת אליהו סי' דף כ"ב ע"ד. כ"ב הרב דבר משה ח"א סי' פ"ד. כ"ג מורינו הרב בס' בית דינו ש"ש חא"ה סימן א' ואף שבנדונו לא מלאו לבו לעשות הרחקה היינו לפי שלא היה שבועה ומ"מ נר' דבמקום שיש שבועה גם הוא יודה דעושין לו הרחקה ואין לנו לחלק בין כפיית הגט לכפיית החליצה דחליצה קילא

מהגט זה אינו שהרי מצינו למור"ם בסי' קס"ט סי"ג שכתב וז"ל וכן אם כפו אותו לחלוץ דינו כמו בגט ועיין בסי' קל"ד עכ"ל. וא"כ כמו שמצינו גט מעושה על ידי ב"ד כשר כן נמי חליצה ושוו בשיעוריהן ועוד דעיקר הרחקה דר"ת גבי גט נשנית במורדת ויען שראיתי ושמעתי באומרים לי כי יש לפקפק בהוראה זו בענין הרחקה דר"ת כי מעולם לא שמענו ולא ראינו פה אר"ץ יע"א לעשות כדבר הזה הרחקה דר"ת לכן העתקתי כל דברי הפוסקים הנז' אשר כולם בהסכמה עלו לעשות הרחקה דר"ת ודבר שהוא מפורש בדברי הפוסקים להדיא ואין כל חדש אין לא ראינו ראיה:

כה דברי זעירא דבריין אברהם דיין ס"ט

סימן לג

אנא נפשאי דח"ל ראיתי את כל מ"ש הרב הכולל מע' הרב הפוסק הוא הדיין אברהם אוהבי נר"ו ויש לי לישא וליתן בדבריו ולבוא בארוכה אך בעבור שאין הפנאי מסכים עמי אמרתי לבוא בקצרה תחילת דברי פיהו כתב הרב הפוסק אבל בעודה ארוסה יכול להתנות וכו' וא"כ נראה שהתנית עמו בשעת כניסתה לחופה וכו' לא ידעתי מאי קאמר דהכא לא התנה שאינו יורשה אלא שיתן לה נדונייתה ויפטרנה בגט ואם נתן לה כתובתה ולא הספיק לתת לה גיטה או לא רצה מאן לימא לן שאינו יורשה:

גם מ"ש הרב הפוסק ועפי"ז יש לומר דשאני הכא שהיתה בחולי ארוך וכו' גם בזה יש לתמוה על רו"ם דאדרבה כיון שהוא חולי ארוך מן הראוי להיות יותר דנין אותה כדין מורדת שנכוף לבעל לגרש אותה יותר ממה שהיא חולה בחולי שאינו ארוך שכתב הרמב"ם בפי"ד שאפילו היא חולה נקראת מורדת:

עוד מ"ש ה"ה עוד נראה לומר וכו' לא ידעתי כוונת החילוק בין בעינא ליה ומצערנא ליה ובין אומרת מאיס עלי ואם יש לחלק ביניהם יש לחלק כן דמ"ש אפילו היא חולה הוא כשמורדת ואומרת בעינא ליה ומצערנא ליה והתם י"ל דס"ל להרמב"ם דאין כופין לבעל לגרש לא כן כשאומרת מאיס עלי אבל המעיין שם בדברי ה"ה יראה דספוקי מספקא ליה בדברי הרמב"ם אם גם באומרת בעינא ליה ומצערנא ליה כופין לבעל לגרש או לא והעיקר כמ"ש ה"ה א"נ י"ל דבין במאיס וכו' והוא תירוץ הרב בית יהודה יעו"ש:

גם מה שדחה דברי המרדכי בדעת הרי"ף ממ"ש הב"י על דברי הרמב"ם. יש לדחות דהמרדכי דקדק מדברי הרי"ף ממ"ש דלא מיפקעא ירושת הבעל כ"א בגירושין גמורים דאם איתא דאפי' בקטטה שנתקוטט עם אשתו ונתן עיניו לגרשה שוב אינו יורשה א"כ אינו תלוי בגירושין גמורים דוקא. אבל בדברי הרמב"ם שכתב הורו הגאונים וכו' אפילו

שכיון למ"ש הרי"ף בפ' אע"פי כמ"ש ה"המ מ"מ זה הלשון לא נקט בדבריו וא"כ שפיר יש לדחות כמ"ש הרב"י אלא דממקום אחר מפ"א דה' נחלות יש לדקדק כן מדבריו וכבר כתב בזה הרב בית יהודה יעו"ש. ומ"ש הרב בית יהודה בכוונת הטור בדברי הרמב"ם לא כיון יפה דפי' דברי הרמב"ם דאין שומעין לה הכוונה דלא כייפינן ליה לגרש דאין דנין אותה כדין מורדת דס"ל להרמב"ם בה שכופין את הבעל אבל לא נתכוון הרמב"ם לומר דאין שומעין לה שר"ל דאע"פ שכופין אותו מ"מ כל זמן שלא גירש אותה הרי יורש אותה וא"כ הטור הביא ראיה מדברי הרמב"ם במכ"ש וליתא:

עוד מ"ש ה"ה דבנ"ד כיון שאינו מתנהג עמה בדרך אישות כדרך איש ואשתו כבר כתב מור"ם בסי' צ' דהמורד על אשתו י"א דאינו יורשה וכו' כבר כתבו הרב ח"מ והב"ש ובית יהודה כל הצורך בזה עיש"ב:

גם מ"ש ע"פי מ"ש מור"ם בסי' צ"ב ס"ז דאם התנה להחזיר ליורשיה תנאו קיים וא"כ בנ"ר שחייב עצמו וכו' א"כ כ"ש גבי יורשיה וכו' לאו כ"ש הוא שלא סילק עצמו אלא בחיים חייתה אבל לא לאחר מיתתה וראיה לזה מהאומר לאשתו אין לי בנכסיך ובפירותיהן וכו' לעולם אע"פי שאין לו פירות אם מתה יורשה ועיין בסי' צ"ב ס"ד:

ומה שהקשה הרב הפוסק על דברי מהרח"ש ז"ל שתמה על מרן ז"ל שהביא דברי ר"י בן הרא"ש בסי' קנ"ד ודברי הריטב"א בסי' קס"ה שסותר להר"י בן הרא"ש והוקשה לו הרב הפוסק דאמאי לא הוקשה לו מאותו סי' עצמו שהביא משם הריטב"א וכו' עי"ש. זה אינה קושיא דרצה להקשות קו' עצומה יותר ממ"ש הריטב"א בסי' קס"ה דבפירושא איתמר דאם כפו אותו ע"י שבועתו הוי אונס והגט והחליצה הוו מעושין ופסולין אבל מדבריו דסי' קנ"ד לא הוי קו' כ"כ דבדיעבד הכשיר ובזה הוי כדעת ר"י בן הרא"ש ולזה כוון הרב"י בבדק הבית שכתב על דברי הריטב"א דסי' קנ"ד וכ"כ ר"י ן' הרא"ש דאפילו נתחרט וכפו אותו ב"ד ס"ל להריטב"א דהגט פסול כמ"ש בסי' קס"ה מ"מ אם גירש בסתם אמרינן דבדעתו ורצונו גירש ובזה אתי שפיר כר"י ן' הרא"ש אף שבאם נתחרט וכפו אותו ב"ד פליג על ר"י בן הרא"ש וכמ"ש הרב החבי"ב סי' קנ"ד הגהב"י אות נ"ז יע"ש. ובזה נפל מה שרצה לחלק ה"ה נר"ו דאם נתחרט ס"ל להריטב"א כדיעבד דמי דאם יתירו לו לא ירצה לגרש עוד וא"כ כופין אותו לגרש דליתא דהריטב"א ס"ל להיפך דאם נתחרט שוב אין יכולין הב"ד לכופו ממ"ש או לגלות דעתו וכ"כ בסי' קס"ה בדין החליצה וכן מפורש יוצא בדברי מהרח"ש שם ומהתימה על מהרח"ש שלא השיג על מהרלב"ח בזה שאין שייך לפרש בדברי הריטב"א דס"ל דאף אם נתחרט מהני בלתי התרה היפך דבריו דסי' קס"ה גבי חליצה:

ומה שהביא ראיה ה"ה נר"ו מדברי מהרח"ש שכתב וכן אם לא נמצא התרה וכו' לאו ראיה היא כלל דהתם מגרש בסתם ואמרינן דמדעתו מגרש אבל היכא שנתחרט בפי' ואינו רוצה לגרש כנ"ד סיים בהדיא בזה מהרח"ש וכתב דאם כפו אותו לקיים שבועתו בלא התרה ראוי לחוש לדברי הרשב"א דהוי גט מעושה יעו"ש וברור:

ועתה נבוא לענין דינא ואען ואומר דבנ"ד אם מתה אינה יורשה אחר מה שמצאנו שכתוב בחי' הרמב"ן דהר"י בן מיגאש בפי' הסוגיא דוקא ס"ל כרשב"ם דבנשואה מיירי אבל לדינא לא ס"ל כוותיה דרשב"ם א"כ לפ"ז נמצא דרשב"ם יחיד בסברתו וכל הפוסקים חולקים עליו ואין יכול לומר קי"ל כוותיה וכמ"ש הרב כרם שלמה יע"ש ומה שתמה עליו הרב יד אהרן ליתא וכאמור וכ"כ הפמ"א שס"ל דאף בכה"ג לא מפקינן מיד המוחזק בכה"ג דרשב"ם יחיד בדבר הזה מודה וכ"ש שמדברי מרן ז"ל יש לדקדק כן ממ"ש דאם נתגרשה ספק גירושין אינו יורשה משמע הא בקטטה והפרשה לבד יורשה וכמ"ש הרב בני יהודה יעו"ש. אכן הא פשיטא דהאשה אשר בנדון דידן אם מכרה או נתנה מתנה לאחרים מנכסיה בחיים חייתה אין הבעל יכול להוציא מיד הלקוחות או מקבלי מתנה ומכירתה או מתנתה לאחרים קיימים וכמ"ש הרב הפוסק נר"ו ולענין אי עבדינן ליה הרחקה דר"ת עד שיגרש הן אמת כי אסף וקבץ הרב הפוסק עליון למעלה דברי הפוסקים רוב מנין ורוב בנין ראשונים ואחרונים דסברי מרנן דהיכא דנשבע לגרש או לחלוץ והיום הזה מסרב לקיים את דבריו דעבדינן ליה הרחקה דר"ת ולא הוי זה כאונסין אותו לגרש או לחלוץ. אך כל לגבי דידי דמייראי הוראה אני ובפרט באיסור א"א חושש אני משום דהאידנא נוהגים דאחרים משביעין את החתן בעת הנישואין והוא אינו מוציא שבועה מפיו רק הוא תוקע את כפו ולא הוי אלא תקיעת כף בדרך שבועה ואפי' שמרן ז"ל כתב שת"כ דינה כשבועה אינו אלא להחמיר אבל לא להקל במקום הגט היכא שיש כמה פוסקים מהראשונים הרשב"א והרשב"ץ וגדולי דורו שהם סוברים שת"ך קילא ועיין בשבט בנימין סי' ק"פ א"כ יש לחוש דכל כה"ג לא דברו הפוסקים בזה וא"כ נחזור למ"ש הפו' שעונשין אותו על שעבר מעצמו על שבועתו ומודיעין אותו חומר השבועה כמ"ש הריטב"א וסלח נא אנכי מבקש ממע' הרב הפוסק עליון למעלה כי נטיתי קצת מדרכו כי כך היא דרכה של תורה הללו מזכין והללו מחייבין ואלו ואלו דברי אלהים חיים:

כה דברי הדש"וט כל הימים בלב תמים הצעיר נסים הררי ס"ט

סימן לד

אור בהיר זו תורה. דן ידין הלכה ברורה. בוצינא דנהורא הרב הכולל כמה"ר נסים הררי נר"ו יאיר לעד כי"ר:

אחד העונה שלמה רבה ויקירא. גם ברכות יעטה ברבות הטובה ורבו יתירה. פתח דבריך יאיר כתב רו"ם עמ"ש דבנ"ד שהתנית עמו בשעת כניסתה לחופה ותמהת עלי דהכא לא התנה עמה שלא ירשנה אלא התנה עמה שיתן לה נדונייתה ויפטרנה בגט וכו' ע"כ ולעד"ן דהא פשיטא דאין צריך לפרש בהדיא ולהתנות עמה כן שלא ירשנה אלא כל שאמר לה דברים שמשמע מהם שכוונתו שאין רצונו לירש אותה יספיק והוא דבש"ס בכתובות דף פ"ג הקשו על הא דאמרו במשנה הכותב לאשתו דין ודברים אין לי בנכסיך והקשו וכי כתב לה מאי הוי והתניא האומר לחבירו ד"וד אין לי על שדה זו ואין לי עסק בה וידי מסולקות ממנה לא אמר כלום ותירצו בכותב לה ועודה ארוסה ופי' רש"י לא אמר כלום דאין כאן לשון מתנה בכותב לה ועודה ארוסה שלא זכה בנכסים עדין ומתנה עמה שלא יזכה בהם לכשישאנה ואין צריך לשון מתנה שהרי אין לו עכשיו בהם רשות עי"ש. הרי מדברי הש"ס הנז' נראה להדיא דאם כתב לה בעודה ארוסה אפילו שכתב לה לשון גרוע שאינו לשון מתנה אעפ"כ מהני לפי שלא זכה עדין בנכסים אפילו כתב לה אין לי עסק בנכסיך או ידי מסולקות מנכסיך אפ"ה כיון שהיא ארוסה ועדין לא נשאת יספיק זה הלשון א"כ כ"ש בנ"ד שכתב לה שחייב עצמו לתת לה נכסי נדונייתה דכיון שאמר לתת לה הרי לשון מתנה אמור ואף שאין אנחנו מחייבין אותו לתת לה גט ע"י כפיה מ"מ הוא לא תלה חיובו בגט אלא תרי מילי קאמר לתת לה נכסי נדונייתה וגם לתת לה גט מדלא התנה שיפטרנה בגט ויתן לה כתובתה דהוה משמע דעיקר החיוב לתת לה גט ועם הגט יתן כתובה אלא זה חיוב לחוד וזה חיוב לחוד ויש להביא ראיה לזה מדאמרינן בכתובות לקתה חייב לרפאתה ואם א"ל הרי גיטך וכתובתך ורפאי את עצמך רשאי משמע התם דוקא לפי שכל זמן דאגידא ביה חייב במזונותיה ולכן אומר הרי גיטך וכתובתך והקדים הגט לכתובה אבל בנ"ד שאין תלוי זה בזה וסילוק עצמו מכתובה לחוד והגט לחוד דכוונתו להסתלק מכתובתה לגמרי אע"פי שלא נתן לה גט:

א"נ יש להביא ראיה דאע"פי שלא אמר בפי' שאינו יורשה שפיר דמי והוא ממ"ש מרן בסי' צ"ב ס"ו כתב לה ד"וד וכו' וכן אם התנה עמה שאם מתה בלא בנים יחזרו הנכסים לבית אביה הכל קיים ע"כ. והרי הכא לא התנה עמה בפי' שאינו יורשה אלא כתב לה יחזרו הנכסים לבית אמה ובודאי כוונתו ידועה שהכוונה שלא יירשנה ומסלק עצמו מירושתה לגמרי ומחזיר להם הנכסים שהיו תחת ידו ורשותו וה"נ בנ"ד כתב לה שאם

לא תזכה לבנים ממנו שחייב עצמו להחזיר לה נכסיה ובודאי שהדבר ידוע ומפורסם שכוונת הבעל שלא יירש אותה וגם עכשיו אם תשאלהו לבעל למה כתבת חיוב זה בכתובה הבעל יעננו ומודה בפה מלא ולא יכחיש שהיתה הכוונה שירשו אותה קרוביה ולא בעלה. עוד מצאתי להרד"ך בית יו"ד שכתב ואם הוא רוצה להחזיר לה או ליורשיה מה שהכניסה לו צריך לתתו להם בלשון טוב של זכות ולשון ישיב ויחזיר אינו לשון טוב שאין כאן לשון מתנה אלא כמספר דברים בעלמא עי"ש. והנה דבריו אף שהם היפך דברי מרן שכתב שאם מתה בלא בנים יחזרו הנכסים לבית אביה וזה לפי דברי מהרד"ך אינו לשון מתנה מ"מ בנ"ד שכתוב שחייב לתת לה מה שהכניסה לו שכתוב לשון חיוב וגם לתת שהוא מתנה ודאי שהוא עדיף מלשון שאינו יורשה שאינו לשון מתנה:

גם למה שרציתי לחלק בין חולי ארוך וכו' וכתב רו"ם דאדרבא וכו' כוונתי פשוטה דהנה אם אשה זו חלתה חולי ארוך עד שנלאו הרופאים לרפאותה ולא יכולו עד שאינה ראויה לא לת"ה ולא לתשמיש הבית ועינינו הרואות לכמה נשים שיקרה להם דבר זה מחבלי הלידה ואשה זו בראותה שגדל כאבה ואינה ראויה עוד לשום דבר לכן בקשה מבעלה שיגרשנה והיה עולה על הדעת דזה דומה למ"ש הרב החבי"ב כסי' ע"ז הג"הט אות יו"ד משם מהר"ם אלשיך דכל שבאה בטענה שאינה יכולה לסבול התשמיש טענה מעולה היא ואין לה דין מורדת והיה עולה על הדעת כיון שאינה ראויה לשום דבר אפילו החולקים על הרמב"ם במה שסבר דבמורדת כופין אותו והפוסקים סברו דאין כופין אותו והיה מקום לומר דבכגון זה אפילו שאר הפוסקים יודו בזה דכופין אותו לכן באו הגאונים וחדשו דאעפ"כ אין כופין אותו לגרש אע"פי שאמרה מאסתיהו לפי. דכיון דאמרה מאסתיהו נראה שיכולה להזקק לו ע"י הדחק ומשו"ה אין כופין אותו:

עוד מה שרציתי לתרץ דברי הרמב"ם אהדדי דיש חילוק בין בעינא ליה ומצערנא ליה וכו' וכתב רו"ם דלא ידעת כוונת החילוק לעד"ן דהמדקדק בדברי הרמב"ם יראה דרין זה דאפי' היא חולה נקראת מורדת לא כתבו אלא אחר שכתב דין בעינא ליה ומצערנא ליה דכיון שהיא אומרת בעינא ליה ואיני מואסת בו אלא לפי שקללני או עשה לי כך אז אמרינן אפילו היא חולה נקראת מורדת ועל אופן זה דוקא כתב ואפילו היא חולה דודאי אחר שדברה כך דבעינא ליה ודאי שיכולה לשמש עמו ואפילו היא חולה אכן ההיא דפ' ך' מה' אישות שכתב שהיתה חולה ובקשה מבעלה שיגרשנה ואפילו אמרה שנאתיהו וכתב מהרא"ש סימן קפ"ז שאם אמרה שנאתיהו הוי כאילו אמרה מאיס עלי ובמאיס עלי ידוע שכתב הרמב"ם שכופין אותו להוציא והיה ראוי שגם כאן כיון שאמרה שנאתיהו שיכופו אותו לגרש והגם דגבי אמרה מאיס עלי אין לחלק בין חולה לשאינה

חולה אפ"ה בענין זה יש לחלק בין חולה לחולה דעינינו הרואות דלא מאסה בו והטעם שגבי מאיס עלי אם היתה חולה לא נקראת מורדת לפי דיש מקום לומר דהא דמאסה בו משום שהיא חולה וממתינין לה עד שתתרפא אולי תחזור בה ועל אופן זה כתב הרמב"ם הורו הגאונים אשה שחלתה ובקשה מבעלה שיגרשנה שאין שומעין לה וכו' ואין לה דין מורדת לפי דכשתתרפא תחזור בה:

גם מ"ש רו"ם על מה שהקשיתי. על דברי. מהרח"ש דאמאי לא הוקשה לו מדברי מרן עצמו שבאותו סי' ורו"ם הביא דברי מרן שבבד"ה שכתב על דברי הריטב"א וכ"כ ר"י ן' הרא"ש ע"כ. ובאמת דברי מרן צ"ע ודבריו סתומים כי הרואה יראה כי אדרבה דברי ר"י ן' הרא"ש הם היפך דברי הריטב"א שהרי הוא כתב דלכתחילה צריך להתיר לו שבועתו אכן בדיעבד אם גירש בלא התרה הוי גט ואילו מדברי ר"י ן' הרא"ש נר' דב"ד כופין אותו לגרש ואין צריך להתיר לו ורו"ם הרגשת בזה וכתבת דאם גירש סתם אמרי' דבדעתו ורצונו גירש ובזה אתי כהר"י ן' הרא"ש אכן אם כפו אותו לגרש והוא נתחרט בזה פליג על דברי הר"י ן' הרא"ש ודברים אלו קשים לשמוע דמאחר דהר"י ן' הרא"ש מיירי במי שנתחרט על שבועתו והב"ד רוצים לכופו לקיים שבועתו ולא איירי במי שגירש בסתם א"כ קשה איך יכתוב מרן על מי שגירש מדעתו וכ"כ ר"י ן' הרא"ש ואף דבכלל מאתים מנה דכיון דהר"י ן' הרא"ש כתב דאפי' לכתחילה כופין אותו לגרש וכ"ש בדיעבד כההיא דנדון הריטב"א מ"מ הו"ל למרן לכתוב והר"י ן' הרא"ש סובר דאפילו לכתחילה אין צריך התרה וכופין אותו לגרש משום השבועה ולא לכתוב וכ"כ הר"י ן' הרא"ש דמשמע מזה דהר"י ן' הרא"ש והריטב"א שוו בשיעוריהן אכן ע"פי דברינו האמורים לעיל דבמקום שאנו חוששין דשמא אחר שנכוף אותו לגרש ויתרצה לגרש אם אמרנו שעכ"ז צריך לעשות התרה שמא אחר שיעשה התרה יתחרט ולא יתן גט כי אז הוא נמלט מהשבועה ואז אנו אומרים שבאופן זה מיקרי בדיעבד בזה א"ש דברי מרן שכתב על דברי הריטב"א וכ"כ ר"י ן' הרא"ש. וכוונתו דאחר דהביא דברי הריטב"א שכתב דבדיעבד אם לא עשה התרה הוי גט על זה כתב וכ"כ ר"י בן הרא"ש שרצונו לומר שאחר שראינו להר"י בן הרא"ש שכתב דאם נשבע חייב לקיים שבועתו ולא כתב שצריך לעשות התרה משמע מזה דכיון דלא אפשר לעשות התרה דחיישינן דשוב לא יגרש א"כ מיקרי בדיעבד וזה ממש כדעת הרי"טבא ולא אמרו חז"ל דצריך לעשות התרה אלא במקום שנשבע והוא מוכן ומזומן לגרש אפי' בלתי שבועה:

ועמ"ש שת"כ אינה כשבועה אלא להחמיר וכו' הנה הרב עדות ביעקב ס"סי ל' העיד על מנהג שאלוניקי וז"ל ומנהג פשוט שאין הנשבע נותן ת"כ לכלה בעצמה אלא חזן

הכנסת הוא המשביע לו לחתן בעד ובשם הכלה וקודם לזה כתב דבשבועה דאוריית' יש להחמיר בספיקא אכן שבועת ת"כ לכ"ע הויא מידי דהוה שבועה דרבנן וחזר הדין למיזל בספיקו לקולא עי"ש. מדבריו אלה נראה שהעיד על מנהג שאלוניקי שלא היו נוהגין להשביע שבועת התורה ובביטוי שפתים אלא בת"כ לבד כמו שאנו נוהגין פה אר"י שחזן הכנסת משביע לחתן בת"כ בעד הכלה ולכן עלה בדעתו להקל בנדונו שהוא בת"כ שכך הוא המנהג ולבסוף לא מלאו לבו לחלוק. ואנן בדידן למדנו מתוך דבריו לנ"ד שמנהג פשוט שאין החתן מוציא מפיו ומבטא בשפתיו שום שבועה אלא שבועה בת"כ ועכ"ז כתבו הפוסקים שזכרנו לעיל שרובם רבני שאלוניקי שאפילו בשבועה זו שהיא ת"כ עושים לו הרחקה דר"ת. ועוד דכבר כתבנו לעיל משם מהרי"קו כי הרחקה דר"ת אין זו כפייה ומעתה לפי כל האמור אין מקום לספיקא דמר. ועוד דכבר כתבתי במקום אחר על רזא דנא דבנ"ד שאני שהוא פושט ידו לקבל שבועה והבאתי סמוכות לזה מדברי הרב מחנה אפרים בליקוטיו דף ט"ל ע"א שהביא דברי הירו' והביאם מרן בה' גטין ואמרו שם גבי גט עד שישמע קולו וא"ר מונא היא שמיעת הקול היא הרכנת הראש וכתב הרב מח"א שם דה"ה אם השביעו חבירו ופשט ידו ונשבע עי"ש. הרי נראה להדיא דבנ"ד לאו משום דתקע כפו לחבירו נגעו בה אלא משום שעושה מעשה ופושט ידו והוי כהרכנת הראש ועוד דרוב פעמים בשעת הקנין מרכין האדם את ראשו והוי כקבלת שבועה ולכן לא יעלה בדעת שום אדם לומר דכיון דלא הוציאה מפיו השבועה דיש להקל בה אלא נוהגים בה חומרא יתירה ומה שתלו עצמם המקילין בדברי הרב ריח שדה ז"ל הרואה יראה דלא אמר כן הרב ריח שדה וכמו שהארכתי במקום אחר והנלע"ד כתבתי:

נאום זעירא דבריין אברהם. דיין ס"ט

סימן לה

שאלה פה ארצ"י יש לנו בית הכנסת גדולה ואין לנו מקום אחר להתפלל ולכן נוהגים מימי קדם להתפלל בחול חבורות חבורות ובכל מקום שמתקבצים שם עשרה עומד אחד מביניהם ומתפלל להיות להם חזן אכן דא עקא שהחבורות קרובות זו לזו וזה אומר קדיש וזה אומר חזרה ואף שזה קרוב למאה שנים בנה ה"ר אברהם נשיא נ"ע בית מדרש באמצע רחוב היהודים ומתפללין שם חבורות חבורות ומשנת הת"ר ואילך שנתמתקו הדינין בכל מקום עמדו אנשי מעשה המתנדבים בעם והרחיבוהו הרבה ומתפללין בו בבקר ובערב ולומדים בו בחצות הלילה עכ"ז בבית הכנסת הגדולה עדין

הקהילות קרובות זה לזה והן עתה צריכין אנו לדעת מה יעשה ישראל העומד בפסוקי דזמרה או בק"ש אם חייב לענות אמנים וקדושה על כל מנין ומנין ועוד אם הוא עומד במקום הנז' בציבור ובתוך כך הוציאו ס"ת אם ציבור אחר עומדים ביוצר או בין תפילה לחזרה או בין תשלום החזרה לנפילת אפים אם במקומות הנז' צריכין הציבור לישב כדי לשמוע קריאת ס"ת או לענות אמן וקדושה ועוד אם במקומות הנז' יכול לומר הפסוקים שאומרים בשעת הוצאת ס"ת וזאת התורה וכו' ועל הכל צריכין אנו לדעת מה יעשה ישראל ויבוא שכמ"ה:

תשובה לענין להפסיק כדי לשמוע קס"ת וברכותיו עיקרא דהאי מילתא איתא בברכות דף ח' אמר רב הונא מ"ד ועוזבי ה' יכלו זה המניח ס"ת ויוצא ופשט דברי הש"ס נראה שדוקא מי שמניח ס"ת והולך לו לעסקיו שנראה שהוא פורק עול התורה מעליו ועל זה אמר הכתוב ועוזבי ה' יכלו אבל מי שמחזיר פניו מהס"ת כדי לעסוק בתורה או בתפילה אין זה בכלל ועוזבי ה' יכלו אכן מצינו בסוטה דף ט"ל דאיתא שם אמר רבא בר רב הונא כיון שנפתח הס"ת אסור לספר אפי' בדבר הלכה שנא' ובפתחו עמדו כל העם לא ענו עוד מזה נראה דאפילו אינו הולך לעסקיו אלא שעוסק בתורה אסור. אכן נראה דדברי הש"ס לא סתרי אהדדי דמה שאמרו בברכות שהמניח ס"ת ויוצא שעליו נאמר ועוזבי ה' יכלו היינו דוקא שמניחו והולך לעסקיו אבל אם בעת שקוראים ס"ת איש זה ישב לבדו ועסק במשנתו אין זה בכלל ועוזבי ה' אבל איסורא מיהא איכא אכן עדין יש להסתפק אם גם כשהוא קורא ק"ש וברכותיה או פסוקי דזמרה אם חייב לשתוק ולשמוע קס"ת וברכותיה ונראה להביא ראיה לזה מדברי מרן בסי' קל"ה ס"ה שכתב אם הס"ת פתוח והכהן קורא ק"ש אינו רשאי להפסיק וקוראין ישראל במקומו וכ"כ בסימן ס"ה ס"ד וכתב שם המג"א סק"ח דלא דמי להנחת תפלין שפוסק אפילו בתוך ק"ש ע"כ ואם איתא דאפילו עוסק בק"ש חייב לשתוק ולשמוע קס"ת וברכותיו א"כ אמאי לא יוכל לעלות לס"ת הרי כיון שחייב לשמוע קס"ת ולענות אמנין ולא הוי הפסק עניית אמן א"כ גם לעלות לס"ת ולברך דהברכות של ס"ת לא עדיפא מאמן שעונה ועוד דאפילו ליש אומרים שכתב מרן דמפסיק מ"מ למה כתב דינו גבי כהן שאין זולתו הו"ל למינקט דאפילו בישראל נמי דינא הכי אלא ודאי נראה שאם עומד בק"ש וראה ס"ת שאין חייב להפסיק לשמוע קס"ת ולענות אמנים אכן אם הוא כהן ואין שם אחר זולתו אעפ"כ אין יכול לעלות ועולה במקומו ישראל ודעת מי שמתיר להפסיק דכיון שאין שם כהן אחר זולתו מפסיק ועולה אבל לשתוק ולענות אמנים בתוך ק"ש וברכותיה אסור וכן נראה ממ"ש מרן בסימן ס"ו ס"ג שכתב לקדיש ולקדושה ולברכו מפסיק אפילו באמצע

הפסוק ונראה מזה דלשאר אמנים אין יכול לענות אפילו אמן דברכות של תפילה וכ"ש שאר אמנים שאינן מענין התפילה ואף למ"ש שם מור"ם דאמן שעונין אחר האל הקדוש ואחר שומע תפילה יש לו דין קדושה ויכול לענות כבר כתב מרן הטעם שם לפי שהאל הקדוש הוא סיום ג' ברכות ראשונות ושומע תפילה הוא סיום האמצעיות א"כ אדרבה מזה נראה דדוקא באלו יש להפסיק בעודו קורא ק"ש אבל שאר אמנים אין יכול לענות ועוד נראה מדברי המג"א הנז' דדוקא בתפלין שהם צורך ק"ש דאם לא לבשם הוי כמעיד עדות שקר בעצמו אבל ציצית שהם חובת מנא אין יכול ללובשם בתוך ק"ש א"כ נראה דגם בנ"ד שאין עליו חיוב לשמוע קס"ת במקום הזה כ"א במקום שתקנו חז"ל ועוד כי לא חייבו רז"ל על כל מנין ומנין להוציא ס"ת וא"כ פשיטא דבעודו קורא ק"ש אם ראה שבקהל האחר מוציאין ס"ת אין עליו חיוב לשתוק כדי לשמוע קס"ת ולענות אמן אחר העולים ומדברי מרן אלו יש לתמוה על הרב החבי"ב בש"ות א"ח ח"ב סימן נ"א שנשאל על עשרה שהיו מתפללין בב"הכ בעזרה וכשבאו להוציא ס"ת בב"הכ הגיעו הם לעושה פלא אם צריכים הם להפסיק ולהביט בס"ת ולומר וזאת התורה וכו' תורת ה' תמימה וכו' או אם די להם שימתינו בעושה פלא ויביטו בס"ת אבל לא יאמרו עמהם כלום ובתחילה עלה בדעת עליון להביא ראיה לאסור שלא יאמרו כלום והביא ראיה מדברי הרי"ף והרא"ש בפ' אין עומדין שכתבו דמיבעי ליה לאניש דלא לאשתעויי משיתחיל ב"ש עד סוף תפילת י"ח ויראה מזה דעדיף יותר להביט בשתיקה ולא יאמרו כלום ואח"ז אסיק הרב שיותר טוב לומר וזאת התורה וכו' וקשה לי על דבריו כיון דלדעתו שיותר טוב לומר וזאת התורה וכו' אפילו עומד בק"ש וברכותיה א"כ אמאי פסק מרן שאם היה עומד בק"ש וברכותיה וקראו אותו לס"ת שלא יפסיק הרי העולה לס"ת די לו בג' פסוקים וברכות התורה והרי לפי דברי הרב החבי"ב אומר ג' פסוקים ויותר והם וזאת התורה וכו' ועוד כי לא נתן דבריו לשיעורין הרב ז"ל דלפי שהם ג' פסוקים מותר לאומרם אלא לפי שהוא נתחייב בהם א"כ גם כשקראו אותו לעלות נתחייב בהם ומאי שנא זה מזה וכל הטעמים שכתב שם הרב יותר הם שייכים כשקוראים אותו לעלות והוא אינו עולה דהוי בכלל מי שנותנים לו ס"ת לקרות ואינו קורא. גם קשה לי על דבריו במה שהביא ראיה מדברי מרן בא"ח סי' נ"ד שכתב דבענייני מצוה כגון לפסוק צדקה לעניים או צדקה אחרת מותר לפסוק אחר ישתבח ודן מזה דג"כ מצוה להביט בס"ת ולומר וזאת התורה וכו' עי"ש. ולפקד"ן דלא דמי דאה"נ דבין ישתבח ליוצר שהם סיום ברכות דזמירות מותר לדבר בדבר מצוה אבל בתוך ק"ש או אפילו בתוך פסוקי דזמרה לא מצינו למרן שדיבר בזה ומהיכן משמע ליה להרב דאפילו בתוך ק"ש וברכותיה מותר להפסיק:

ועכ"פ נמצינו למידין מדברי הרב החבי"ב במה שרצה ללמוד לנ"ד מדברי הרי"ף והרא"ש בפ' אין עומדין שכתבו דמיבעי ליה לאניש דלא לאשתעויי מכי מתחיל ב"ש עד דמסיים תפילת י"ח ולא יצא לחלק דדוקא דיבור חול אסור אבל לדבר בדברי תורה או בדבר מצוה כגון וזאת התורה וכו' מותר משמע דסבר הרב דפי' לאשתעויי היינו אפילו בדברי תורה או בדבר מצוה אפ"ה אסור והאמת אתו לומר כן שהרי השוו הרי"ף והרא"ש לכל המקומות בשוה מן ב"ש עד סוף תפילת י"ח ובק"ש ובתפילת י"ח כ"ע מודים דאסור לספר בהם אפילו בד"ת ומזה הבין הרב דכל המקומות שוים דאפילו בד"ת ודבר מצוה אסור ואיך שיהיה למדנו מדברי הרב החבי"ב דאע"פי שחייב הרב ז"ל לומר פסוק וזאת התורה וכו' לפי שכן נראה מדברי מסכת סופרים שהם חיוב לאומרם אכן לשתוק ולשמוע קס"ת וברכותיה לא מצינו להרב שחייב לעשות כן וכבר נתן טעם הרב שם בתוך דבריו דכיון שהוא עוסק בשבחו של מקום אין לו להפסיק בשביל שבח אחר עי"ש. ועוד נראה טעם אחר דכיון דהוא עוסק בתפילה שהוא ג"כ מצוה אין זה בכלל ועוזבי ה' יכלו. ועוד דכיון דמצינו להרמב"ם בפ"א מה' תפילה שכתב שמ"ע להתפלל בכל יום וכיון שהוא עוסק במצוה פטור מהמצוה כעין שמצינו בחכמי זו"הק שא"ל הינוקא שלא קראו ק"ש והשיבו לו שכך היה שהיו עסוקים במצוה והעוסק במצוה פטור מהמצוה אף בנ"ד שהוא עסוק במצות תפילה פטור הוא מלשמוע קס"ת וברכותיו וא"כ נראה דלאו דוקא בק"ש אין לו לעמוד ולשתוק אלא אפילו עומד בפסוקי דזמרה אין לו לשתוק ולשמוע קס"ת ואף שמצינו להמג"א סי' קל"ה סק"ו שכתב גבי כהן שעומד בק"ש וקראוהו לעלות לס"ת שאינו מפסיק וכתב שם המג"א דאפשר דבפסוקי דזמרה מותר לקרותו עי"ש. אין מזה ראיה לומר דבפסוקי דזמרה דצריך לשתוק ולשמוע קס"ת דאפשר דלא כתב כן המג"א אלא דוקא דשם אין כהן אחר זולתו ואם לא יעלה הכהן צריכין להעלות ישראל במקומו ויבטל תיקון חז"ל לכן הצריכו לכהן לעלות אם עומד בפסוקי דזמרה אבל בלא"ה ואין שם שום הכרח אף המג"א יודה בזה דאין הכרח לפסוק בפסוקי דזמרה כיון שהוא עוסק במצוה:

עוד יש לתמוה על דברי הרב החבי"ב ממה שפסק מרן בסימן ס"ה ס"ב שכתב קרא ק"ש ונכנס לבית הכנסת ומצא צבור קורין ק"ש צריך לקרות עמהם פסוק ראשון כדי שלא יראה כאילו אינו מקבל עליו עול מ"ש אבל אם הוא עסוק במקום שאין רשאי להפסיק כגון מברוך שאמר ואילך וכו' עי"ש. הרי נראה להדיא מדברי מרן שאפילו שעושה מצוה שמיחד את השם עם הצבור שחייבוהו חז"ל לקרות פסוק ראשון עכ"ז מברוך שאמר ואילך לא יפסיק אפילו בפסוקי דזמרה כ"ש בק"ש וברכותיה וא"כ קשה איך כתב שיוכל

לומר פ' וזאת התורה אפילו בברכות דק"ש. ואפשר לחלק ולומר דשאני פסוק וזאת התורה וכו' שהוא תיקון חז"ל במ"ס משא"כ ההיא דקורא ק"ש שצריך לומר עמו פסוק ראשון שעיקר התיקון שלא יהיה נראה שאינו מקבל עליו עול מ"ש וכתב מרן בשם ת"הד סי' ג' דאם הוא עומד בק"ש וברכותיה בשעה שהצבור קורין את שמע אין לו להפסיק כלל דמשמע דלא הוי קפידה אלא שלא יהא יושב ובטל ומי שעוסק בק"ש וברכותיה פשיטא דלא הוי יושב ובטל ולא עוד אלא אפילו עוסק בשאר שיר ושבח אין לו להפסיק דלא מיקרי יושב ובטל ע"כ. הרי נראה להדיא דעיקר הטעם שם בסי' ס"ה שלא יהא נראה יושב ובטל וכל שעוסק בדברי שיר ושבח אין לו להפסיק משא"כ פסוקי וזאת התורה וכו' שהוא תחז"ל לאומרו בעת הוצאת ס"ת:

ולענין אם יכול לענות שום אמן בק"ש וברכותיה הנה ראיתי להרב זכור ליצחק בדף ז' ע"ד שכתב וז"ל באופן שעלה בידינו מן המקובץ דאליבא דכ"ע אין עונין אמן דברכות בק"ש וברכותיה אפילו לדעת הרא"ש דמיקל דוקא באותן אמנים דאותה ברכה ולדעת הסמ"ק דוקא ב' אמנים אלו דמותר אבל לשאר אמנים לא ולענין הלכה אנן לא קי"ל לא כמר ולא כמר אלא בכל אמנים אין עונין כלל לא לאותה ברכה עצמה ולא לאמן דהאל הקדוש וכ"ש שאר אמנים שאין עונין כלל עי"ש. ומזה תמה על דברי הרב החבי"ב בתשו' הנז' שהתיר לומר פסוק וזאת התורה וכו' וכתב שם שגם הרב החיד"א בס' חיים שאל ח"א סי' ס"ח תמה עליו בזה עי"ש. ועכ"פ נראה מכל האמור לעיל דדעת מרן ז"ל שאם היה קורא ק"ש וברכותיה וקראוהו לעמוד בתורה שאינו יכול להפסיק אפילו שאין כהן זולתו אע"פי שקריאת האדם בס"ת מצוה היא וגם כבוד לתורה וגם בשאר פעמים אם נותנים לו ס"ת לקרות ואינו קורא מקצרין שנותיו אעפ"כ בעודו קורא ק"ש אם קראוהו לעלות אינו עולה ויעלה ישראל במקומו א"כ כ"ש שאין עמו רשות להפסיק בשתיקה לשמוע קס"ת ולענות אמן אחריהם והוא עודינו קורא ק"ש וכבר מצינו למרן ז"ל בב"י סי' ס"ה גבי ק"ש שכתב משם הגהות מיימ' ראבי"ה כתב דאין לחלק בין הפסק שתיקה להפסק דיבור ואף שרז"ל למדו מהפסוק ובפתחו עמדו כל העם והעמידה היא שתיקה היינו לקהל הראשון שנתחייבו להוציא ס"ת אבל קהל השני שלא נתחייבו להוציא ס"ת שהרי לא תקנו לכל מנין שחייבים להוציא ס"ת לכן אין חייבין לשתוק כדי לשמוע ס"ת וכ"ש בעודן קורים ק"ש דשתיקה הוי הפסק ועוד דבעודו קורא ק"ש היאך יכול להפסיק ולענות אמן אחר העולים והרי כבר כתבנו לעיל משם הרב זכור ליצחק שאסף איש טהור סברת הפוסקים והעלה להלכה שאין יכול לענות שום אמן בעודו קורא ק"ש וברכותיה ואם נאמר שישתוק ולא יענה אמן אחר העולים עכ"פ השתיקה עצמה הויא הפסק לדעת

מרן גם מצאתי להרב החיד"א בחיים שאל ח"א סי' ס"ח וחזר ושנאו בקשר גודל סי' י"א דין כ"א אם בעודו קורא אמת ויציב הוציאו ס"ת לא יאמר פ' וזאת התורה וכו' כי לדידן אין עונין שום אמן דברכות בברכות ק"ש וברכותיה ויפסיק בשתיקה ויראה הס"ת ואח"ז יחזור לגמור הברכה ויסמוך גאולה לתפילה כמשפט עי"ש. מדבריו אלה נראה דאף דחיוב לשתוק ולראות הס"ת השתיקה לא הוי הפסק כי הוא זמן מועט לראות הס"ת דוקא ולחזור לתפילתו אבל לא חייב אותו לשתוק עד שיגמרו כל קס"ת כי לא נמצא זה בדברי הפוסקים:

אכן עדין יש לברר אם הוא עומד בפסוקי דזמרה אם חייב לשהות כדי לשמוע קס"ת ולענות אמן אחר ברכות העולין וכבר כתבנו לעיל כי מדברי מרן סי' נ"א והוא מדברי הרי"ף והרא"ש כתב וז"ל צריך ליזהר מלהפסיק בדיבור משיתחיל ב"ש עד סוף תפילת י"ח ומדלא חילקן לשתי בבות דהיינו בפסוקי דזמרה דיבור חול אסור אבל לענות שאר אמנים או לעלות לס"ת שרי אכן בברכות ק"ש ובתפילת י"ח הכל אסור מזה נראה דכל אפייא שוין שאין מפסיק בכל הנז' אפילו בפסוקי דזמרה ופי' דיבור אפילו דיבור הורה או שאר ברכות שכולם אסורים כמו שעומד בתפילת י"ח שאינו מפסיק לשום דבר כלל אלא שראיתי להמג"א בסי' קל"ה סק"ו שכתב גבי קראוהו לעלות לס"ת והוא עומד בק"ש דאינו מפסיק וכתב דאפשר דבפסוקי דזמרה מותר לעלות עי"ש. מדבריו אלה נראה דפ"דז הם קילי מק"ש וברכותיה ולכן יכול לעלות בהם לס"ת וקשה דא"כ אמאי הרי"ף והרא"ש לא נתנו דבריהם לשיעורין וכתבו כל אפייא שוין ונראה לומר דדעת המג"א הוא דס"ל דפי' דיבור שכתב מרן הוא דיבור חול ובדיבור חול כל המקומות שוין אבל דיבור שאינו חול כגון לעלות לס"ת או ללבוש טלית ותפלין בזה לא דברו הרי"ף והרא"ש ודינין אלו גילו אותם הפוסקים כל אחד במקומו דאילו גבי קראוהו לס"ת והוא קורא ק"ש כתבו מרן משם הרשב"א דאינו פוסק אכן גבי תפלין שאם אינו לובשו מעיד עדות שקר בעצמו לכן פסק הרשב"א בסי' קפ"ה ופסקו מרן בסי' דאפי' בתוך ק"ש פוסק וגבי ציצית שהוא חובת מנא ולא חובת גברא פסק מרן בסי' ג"ן דאין לברך על הציצית בין פסוקי דזמרה לישתבח אלא בין ישתבח ליוצר אך עדין יש לדקדק על דברי המג"א במ"ש אבל בפסוקי דזמרה אפשר דמותר לעלות דאמאי כתבה בדרך אפשר והרי עיקרא דהאי מילתא מדברי הרשב"א וכן מרן העתיק כן ואם איתא דאפי' עומד בפ"דז דינא הכי הו"ל לאשמועינן דין זה אפילו עומד בפ"דז וכ"ש כשהוא עומד בק"ש אלא ודאי מדנקטו דין זה גבי ק"ש משמע דוקא גבי ק"ש דינא הכי אבל אם עומד בפד"ז פוסק ועולה והו"ל להמג"א לדקדק כן ולמה כתבה בדרך אפשר. ויתכן לומר דמדמצינו לו למרן בסי' ג"ן

גבי ציצית שאפילו היא מצוה עכ"ז אין לברך עליהם בפ"ז ולכן כתבה המג"א בדרך אפשר דיש מקום לומר דכיון דקראו אותו לעלות והוא עומד בפ"ז אפשר לומר שיש היתר בדבר:

ועכ"פ נראה מדברי המג"א דפ"ז הם קילי מק"ש ואם קראו אותו לעלות כהן חייב לעלות א"כ נראה דגם בנ"ד אם הוא עומד בפ"ז והוציאו ס"ת דחייב לשתוק ולשמוע ברכות העולין וקס"ת אכן יש מקום דאין מזה ראיה לנדון דידן דאפשר לומר דלא כתב כן אלא בנדון מרן שלא היה שם כהן אחר וקראו אותו לעלות ואם לא היה עולה יש בידו עון הן מצד שקראו אותו לעלות ולא עלה והן מצד שבזה בטלה תקנת חכמים שסדרו כהן לוי ישראל כי עכשיו צריכין להוציא ישראל משו"ה שם כתב המג"א דבפ"ז מותר לצאת משא"כ אם רואה שס"ת עולה אין מי שיכריחנו להפסיק ואם ישתוק עושה תרתי לריעותא חדא שצריך להפסיק בשתיקה דהוי הפסק לדעת מרן ועוד דצריך לענות אמן אחר העולין ואף שהאחרונים התירו לענות אמן דשאר ברכות בפ"ז אבל להפסיק בשתיקה זה לא מצאנו. ועוד דבזמנים הללו שנוהגים לשורר לאבי הבן בעת עלייתו והאדם דעתו מתבלבלת הן לראות מי הוא אבי הבן וכמה התנדב ובודאי דכל זה בלבול הדעת ולא התירו באופן זה כי הוא נעתק למחשבה אחרת ומי יתיר להם דבר זה ומוטב לו שיסיים פ"ז מלהפסיק בשתיקה ובענין אחר:

ועדין צריכין אנו לברר אם סיים תפילת י"ח ועדין לא התחילו החזרה וראו שקהל אחר מוציאין ס"ת אם צריכין לשתוק ולישב ולשמוע קס"ת ואחר זה יחזרו להתחיל החזרה ובתחילה צריכין אנו לברר אם מותר להפסיק בדיבור בין סיום תפילת י"ח להתחלת החזרה וכבר הארכתי בזה במקום אחר והעליתי לאסור ונראה עוד לומר דכיון דעדין לא אמר קדושה עם הציבור וגם מודים דרבנן ונשיאות כפים לכהנים א"כ הוי כעדין לא סיים תפילת י"ח ואינו יכול להפסיק שם לכל דבר וגם אינו רשאי להפסיק לשמוע קס"ת וכן ראיתי להרב החיד"א ז"ל בקשר גודל סי' ח"י דין כ"א שכתב משם גורי האר"י ז"ל שאם גמר תפילתו בלחש ועדין הש"ץ אינו מתחיל החזרה חטא חמור לדבר בין לחש לחזרה וכ"כ מרן בסי' קכ"ד וז"ל אחר שיסיימו הצבור תפילתם בלחש יחזור ש"ץ התפילה והיא תיקון חז"ל שאם יש מי שאינו יודע אם מבין לה"ק ומתכוין למה שהוא אומר יוצא בו וכתב עוד בב"י שחוזר התפילה כדי שיענו קדושה אחריו וכתב שם הב"ח דאצטריך נמי להאי טעמא דלטעמא קמא אם היו כולם בקיאים לא היה צריך לחזור התפילה אכן מטעם כדי שיהיו עונין אחריו קדושה אפילו כולם בקיאים צריכין לחזור התפילה בשביל הקדושה עי"ש. הרי מדבריו אלה נראה דגם הקדושה היא מסיום התפילה והוי

כאילו עדין לא סיים תפילת י"ח וא"כ נראה פשוט דכמו שאם הוא עומד בתפילת י"ח בלחש אין יכול להפסיק כן אם הוא בין תפילת י"ח לחזרה אינו יכול להפסיק כיון שעדין לא סיים תפילתו והשתי תפילות שייכים זה לזה ואין להפסיק ביניהם ועוד כי מצאתי להרב שלמי צבור בדף קל"ז ע"ג שכתב ומה גם ליודעי דעת ומביני מדע סודן של דברים שהם שני יחודים ובחזרת התפילה הוא יחוד משובח מהקודם ואין להפריד שני יחודים אלו בשום דיבור אחר כלל כ"א לענות אמן המורה על היחוד עי"ש. הרי מדבריו אלה נראה דאין להפריד ביניהם כלל בשום ענין כ"א דוקא לענות אמן שלהם ולא אמן אחר:

עוד יש להביא ראיה מדברי מרן בא"ח סי' סעיף יו"ד מי ששכח ולא אמר יעלה ויבוא בר"ח או בח"ה וכו' יכוין דעתו וישמע מהש"ץ כל ברכות י"ח וכו' ואם איתא דיש היתר להפסיק בין תפלת י"ח לחזרה א"כ כשהפסיק שם הו"ל לומר שיחזור לראש הכל כיון שהפסיק בנתים ומה יועיל אם מכוין עם הש"ץ אלא ודאי דמ"ש מרן שבחזרה לא יפסיק ולא ישיח הכוונה בכל מקום ואפילו בין תפילת י"ח לחזרה. אכן יש לדקדק על דברי מרן דמאחר דכתב גבי חזרה שאם הפסיק גדול עונו מנשוא א"כ אמאי הוצרך גבי שכח ולא אמר יעלה שצריך שלא יפסיק ונראה דהכוונה לומר דאם שח לא יצא ידי חובתו ביעלה ויבוא ומכל האמור לעיל נראה דכל עוד שלא סיימו החזרה הכל נחשב כתפילת י"ח ואסור להפסיק שם כלל ואפי' לשתוק שם ולישב לשמוע קס"ת ואפשר דאפילו לדעת המג"א שכתב דבפ"דז מותר לעלות לס"ת אכן בין תפילת י"ח לחזרה שכולם חשובים כתפילת י"ח לפי שעדין לא אמרו הקדושה כדעת הב"ח אם קראו אותו לעלות לס"ת שם אפילו שאין שם כהן אלא הוא לא יעלה שם וכן נמי בנדון דידן כשסיימו קהל אחד תפילת י"ח ועדין לא התחילו החזרה וקהל אחר הגיעו להוצאת ס"ת אין להם להפסיק ולישב לשמוע קס"ת וכן ראיתי להרב המו' מהרח"ף נר"ו בספר כף החיים סי' ח"י אות כ"ב דף קכ"ז שכתב וז"ל בין עמידה בלחש לחזרה אינו יכול להפסיק לשמוע קס"ת עי"ש אכן לא כתב ממי יצאו קבוצים:

פש גבן לברר אם הוא עומד בסיום החזרה ורוצה לעשות נפילת אפים ונזדמן לו שבקהל אחר מוציאים ס"ת אם חייב לישב שם ולשמוע קס"ת ומרן ז"ל בסי' קל"א כתב אין לדבר בין נפילת אפים לתפילה והמג"א שם הוקשה לו מההיא דכתב בסי' נ"א שכתוב שם צריך ליזהר מלהפסיק בדיבור מן ב"ש עד אחר תפילת י"ח והול"ל עד אחר נ"א אלא ודאי משמע דשיחה בעלמא שרי ע"כ. ולפק"ד יש לי לדקדק על דבריו שהרי בסי' נ"א ובסי' קל"א בשני המקומות כתב שלא להפסיק בדיבור ומנ"ל לחלק ביניהם ואי משום הא דקשיא ליה שלא כתב מרן שאסור להפסיק בדיבור מן ב"ש עד אחר תפילת י"ח ולא

כתב עד אחר נ"א לא קשה דהמדקדק בדברי מרן יראה דלאו כל המקומות שוים וכל אחד משונה מחבירו דאילו בסימן נ"א כתב שצריך ליזהר מלהפסיק בדיבור מתחילת ב"ש עד אחר תפילת י"ח ואילו בסי' קכ"ד ס"ז גבי חזרת ש"ץ כ' לא ישיח שיחת חולין בעת שש"ץ חוזר התפילה ואם שח הוא חוטא וגדול עונו מנשוא וגוערין בו ובסי' קל"א כתב אין לדבר בין תפילה לנ"א ולא כתב שצריך ליזהר מלדבר בין תפילה לנ"א אכן נראה דהאיסור אין כל המקומות שוים דבסי' נ"א שכבר התחיל ברכת פסוקי דזמרה כתב שצריך ליזהר להפסיק בדיבור ועונו חמור לפי שהוא מדבר תוך הברכה ואילו בסי' קכ"ד גבי חזרת ש"ץ שהוא מוציא למי שאינו יודע וגם אומר קדושה בצבור ונשיאות כפים והוי כעומד בתוך תפילת י"ח כתב שגדול עונו מנשוא שלמדו זה מהכתוב ודברת בם ולא בתפילה אכן בין תפילה לנ"א שכבר גמר הברכות ותפילת י"ח אין איסורו חמור כ"כ אבל עכ"פ יש ליזהר שלא לדבר שם ומשו"ה כתב אין לדבר אבל הא פשיטא שגם שם שיחה בעלמא אסור אלא שאין עונו חמור כ"כ ונראה עוד לומר דאפילו לדבר בין תפילה לנ"א בדברי תורה אסור ושוה הוא לבין ב"ש עד אחר תפילת י"ח דבשניהם האיסור שוה ואין לחלק בין דיבור לדיבור וכן נראה מדברי מהרי"ע בס' מטה יהודה וז"ל נראה דאם בעודו נופל על פניו שמע קדיש או קדושה דהוי דינו כק"ש ולא יותר כדמוכח ממ"ש מור"ם סי' ס"ו ס"ג עי"ש. מדבריו אלה נראה דס"ל דשוין בין תפילה לנ"א כמו ברכות דק"ש דדוקא לקדיש ולקדושה מפסיקין ולא לדבר אחר וכן נראה מדברי זו"הק פ' תרומה דף קכ"ח ע"ב וז"ל כיון דמטי לשים שלום כדין עביד שמושא ההוא נהר דנפיק מעדן באדרא דא וכדין בעיין כולא לנפקא מקמי מלכא ולא אצטריך ב"נ ולא אחרא לאשתכחא תמן ולא למישאל שאלתין אלא אצטריך למינפל על אנפין ע"כ. הרי להדיא כי נראה מדברי הזו"הק לפי סודן של דברים דאפילו בקשה אחרת אין יכול לומר שם וכ"ש שיחה בעלמא וזה שלא כדברי המג"א ומאחר שאפילו בקשה אסור כ"ש ללמוד ולשמוע שם קס"ת שהיא הפסק כיון שלא נתקן במקום הזה להוציא ס"ת וא"כ הוי כאילו לומד בתוך ק"ש ובתוך פד"ז ובין תפילה לנ"א הוי כאילו מפסיק באלו המקומות ללמוד ובאלו המקומות לא מצינו למרן שהתיר אלא דוקא קדיש וקדושה ולא דבר אחר:

עוד נראה לומר בנ"ד דהנה מרן בסי' קמ"ו ס"ב כתב כיון שהתחיל הקורא לקרות בס"ת אסור לספר אפילו בד"ת ואפילו בין גברא לגברא ואפילו השלים הוא הפרשה ויש מתירין לגרוס בלחש ויש אומרים דאם יש עשרה דצייתי לס"ת מותר לספר בד"ת ויש מתירין למי שתורתו אומנותו ויש מתירין למי שקודם שנפתח הס"ת מחזיר פניו ומראה שאינו רוצה לשמוע ס"ת אלא לקרות ומתחיל לקרות ע"כ. והנה מרן ז"ל אף שהביא

כמה היתרות בשם ויש מי שמתיר ובשם י"א אכן מדסתם מרן בתחילת דבריו נראה שהכל שוה לאסור. אכן נראה לע"ד לומר דלא אסר מרן אלא דוקא במקום שיש אחד מן ההיתרות הנז' אבל במקום שיש שנים או ג היתרות יחד כגון בנ"ד שיש כמה היתרות אחד דיש עשרה דצייתי לס"ת והם הקהל שהוציאו ס"ת שנית שקודם הס"ת כבר הם התחילו ק"ש והתפילה והראו בעצמם שאינן רוצים לשמוע קס"ת שלישית שיכולין להתפלל בלחש שיהא קול קורא ס"ת גבוה ממנו ובכי האי שיש שם ג' היתרות אפילו מרן יודה בזה דאין עליו חיוב לשתוק ולשמוע קס"ת:

ונחזור עוד למ"ש לעיל משם המג"א למה שהקשה לעיל דאמאי לא כתב מרן אסור לדבר מן ב"ש עד אחר נ"א ולפקד"ן דלא קשה דאם היה אומר כן היה נראה דאי אפשר בלא"ה עד שיפול על פניו ובאמת אינו כן שהרי יש כמה זמנים שאין נופלין ע"פ כמ"ש מרן שם בסי' קל"א ומשו"ה חילקן לשתי בבות אכן באמת שכולן שוים לטובה שהדיבור אסור שם ואפילו שיחה בעלמא וכן נר' ג"כ מדברי מור"ם להדיא שנסתייע מהם הרב מט"י הנז' שכתב בסימן ס"ו ולכל הני מילי פוסקים וכ"ש באומר תחנונים דקאי לדברי מרן שכתב לקדיש ולקדושה ולברכו פוסקים אפילו באמצע הפסוק וכתב עליו מור"ם ולכל הני מילי. ואם איתא כדברי המג"א דבין תפילה לנ"א שיחה בעלמא מותר הו"ל לומר וכ"ש בתחנונים דשם אפילו שיחה בעלמא מותר. ועוד למה ליה למור"ם דיליף לה מק"ש ויליף לה במכ"ש הו"ל לדקדק כמ"ש המג"א ויאמר דבתחנונים אפילו שיחה בעלמא מותר אלא ודאי נראה דכל המקומות שוים שלא להפסיק ואף שהאחרונים התירו לענות כל אמן בפד"ז מ"מ בנ"ד נראה דיש הפסק גדול לשתוק ולשמוע קס"ת ולענות אמנים כולי האי לא עבדינן:

עוד נראה לומר בנ"ד והוא כי הן אמת דסתם מרן בסי' קמ"ו שאסור לספר בעת קס"ת אפילו בד"ת וכל מה שכתב וחילק אח"ך לא קי"ל כוותיה אכן בענין סתם וי"א שכותב מרן ראיתי להרב בני יעקב דף רי"ד שכתב דאין זה כלל מוסכם דבכמה מקומות מצינו למרן שהסברא הדחויה כותב אותה בסתם וסברא העיקרית כותב אותה בשם י"א וכ"כ הרב זרע אברהם י"ד דף ל"ז ע"ב שכתב דאין לסמוך על כלל זה דיש כמה מקומות להיפך וא"כ בנ"ד אף דמרן ז"ל סתם שבשעת קס"ת אסור לדבר אפילו בד"ת מ"מ לדעת הרב בני יעקב והרב זרע אברהם דאין לסמוך על כלל זה ויתכן לומר שדעת מרן כיש מתירין הן אמת כי עלתה הסכמת פוסקים דהלכה כסתם אכן נראה דבנ"ד גם גדולי הפוסקים יודו בזה והוא דלא כתבו שסתם וי"א דהלכה כסתם אלא היכא דכתב הסתם ואח"ך י"א דכתבו להיפך אבל היכא דכתב הדין בסתם ואח"ך הביא מי שעשה חילוק בתוך הסתם

כמו בנ"ד שהביא הדין בסתם שבעת קס"ת אסור לספר אפילו בד"ת ואח"ז עשו חילוק בדין עצמו כמ"ש הטור דהא דאמרינן שאסור לספר אפילו בד"ת היינו דוקא בקול רם לפי שמונע אחרים מלשמוע אבל בלחש שרי וא"כ נוכל לומר דבאופן זה אין לסמוך על הסתם וא"ת א"כ למה ליה למרן לכתוב ויש מתירין הו"ל לומר ואם גורס בלחש מותר ויש לומר דכיון דעינינו הרואות דאין זה בכלל ואח"ך י"א לא חש לבאר א"נ יש לומר דעל צד היותר טוב לשתוק אפילו מלימוד בד"ת אכן אם רצונו ללמוד בלחש או אופן אחר יש צד להתיר והנה הרב החבי"ב וציין עליהם הרב יד מלאכי בכללי הש"ע סי' טו"ב דבסתם ואח"ך י"א כוונתו שלא הכריע עי"ש. ונראה דהכוונה דמאן דעבד כמר עבד ומאן דעבד כמר עבר ולגבי ממון היכא דקאי קאי וא"כ בנ"ד מה שירצה יעשה ואין מחייבין אותו לשתוק כדי לשמוע קס"ת אלא מה שלבו חפץ יעשה:

ונראה דבההיא דסי' קמ"ו יש מקום לומר דלא אמרו שאסור לספר אפילו בד"ת אלא דוקא מי שרוצה לעסוק בדברי תורה ומניח הס"ת אבל מי שעוסק בתפילה אינו בכלל זה דאלת"ה הו"ל להש"ס לומר דאפילו עוסק בתפילה אסור אלא ודאי נראה דדוקא תורה אינו יכול ללמוד אבל התפילה אין בכלל זה וא"כ נוכל לומר ולעשות ספק ספיקא ספק אם הילכתא כמאן דאמר אם הילכתא כסתם או לאו ואם את"ל דהילכתא כדעת רוב הפוסקים דהילכתא כסתם דשמא לא אמרו אלא אם הוא עוסק בד"ת אבל אם הוא עוסק בתפילה לא דברו בזה א"נ יש לעשות ס"ס אחר והוא דספק אם מרן כשכותב סתם אם הכריע אם לאו ואת"ל שהכריע כהסתם היינו דוקא כשכותב הסתם והי"א להיפך אבל כשעושה חילוק בתוך הסתם לא נאמר כלל. שו"ר להרב יד מלאכי בכללי הש"ע אות ו' שכתב משם הש"ך ח"מ סי' מ"ב סק"ך שדרכו של מרן כשכותב איזה חילוק על הדין בלשון י"א אף הדעה הראשונה שהביא מודה באותו חילוק והטעם שהביאו בלשון י"א הוא מפני שלא הוזכר אותו חילוק בפי' בדעה הראשונה והביא שם לכמה פוסקים דס"ל הכי וא"כ נראה דבנ"ד נמי שהביא תחילה שאסור לספר אפילו בד"ת ואח"ך כתב ויש מתירין וכו' ודאי דעת מרן כהני חילוקים שכתב אח"ך ואף לדעה ראשונה מודים באותן חילוקים ומה שלא הזכירם בדעה ראשונה לפי שלא הוזכרו בפי' בדעה ראשונה אותן חילוקים:

עלה בקב"ץ מכל האמור לעיל דאם האדם עומד ומתפלל בין בק"ש וברכותיה ובין בפ"דז ובין התפילה לחזרה ובין סיום החזרה לנפילת אפים וראה בקהל אחר שהם מוציאין ס"ת אין חייב לשתוק כדי לשמוע קס"ת כיון דאיכא עשרה דצייתי לס"ת והם הקהל שהוציאו ס"ת ועוד דקודם שהוציאו ס"ת הם מתפללין לעצמם לבדם וגילו דעתם שאין רוצים

לשמוע קס"ת ועוד דיכולין להשפיל קולם להתפלל בלחש כל אותה קהילה שיהא קול הקורא בס"ת יותר גבוה מאותה קהילה ולכן אין חייבין להתבטל ולשתוק כדי לשמוע ס"ת אכן אם הקהילה ההיא הם מעצמם רוצים לזכות ולשמוע קס"ת אם רשאין הם בכך או לא ונראה דאם הם עומדים בק"ש וברכותיה הא ודאי פשיטא שאין רשאין וכמ"ש מרן בסי' קל"ה דאם קראוהו לעלות לס"ת והוא עומד בק"ש שאין עולה וה"ה לשתוק ולשמוע הברכות דהשהייה והענייה הוי הפסק שם וכן נמי בין תפילת י"ח לחזרה שהרי עדין צריכין לומר קדושה ונשיאות כפים וכאילו עדין עומד בק"ש ובתפילת י"ח וכן נמי בין חזרה לנ"א אכן אם הוא עומד בפ"דז ורצה לשמוע קס"ת אם רשאי לעשות כן ואפשר לומר דכיון דמצינו להרב מג"א בסי' קל"ה גבי קראוהו לעלות לס"ת והוא עומד בק"ש דכתב שם דאפשר דבפ"דז מותר לעלות א"כ נראה דה"ה מותר להפסיק ולשתוק ולשמוע קס"ת וכן ראיתי בס' השומר אמת נר"ו בדף כ"ה אות ז' שכתב וז"ל נראה דאם הוא עסוק בפ"דז דיכול להפסיק בשתיקה לשמוע קס"ת דמרן בסי' נ"א לא כתב אלא דאסור להפסיק בדיבור ואע"ג דהפר"ח בסי' נ"א סק"ד כתב עיין בסס"ה וכדינו שם דינו כאן מוכח דבשתיקה נמי הוי הפסק וכ"כ החיד"א בקשר גודל דע"ט מ"מ יש לחלק כשהוא לדבר מצוה ומידי דהוה דאם קראוהו לעלות לס"ת בפ"דז דיעלה אליבא דכ"ע דיש חילוק בין פ"דז לק"ש וברכותיה ועוד דבפ"דז רשאי לומר וזאת התורה וכן יכול לענות אמן ע"כ ברכות עי"ש. ומדכתב רשאי להפסיק ולא כתב שחייב להפסיק נראה דוקא אם הוא רוצה לשמוע קס"ת אבל אינו חייב להפסיק כדי לשמוע אכן מה שכתב והביא ראיה מדברי מרן שכתב שאין אסור להפסיק אלא בדיבור דברי הרב החבי"ב בש"ות א"ח הנז' הוי תיובתיה שעלה בדעתו תחילה לאסור לומר וזאת התורה ממה שכתב הרי"ף והרא"ש דמיבעי ליה לאניש דלא לאשתעויי מכי מתחיל ב"ש עד סוף תפילת י"ח ואם איתא לדבריו דיש לחלק כשהוא לדבר מצוה הי"ל לחלק דדוקא דיבור בעלמא אסור אבל דבר מצוה מותר והוסיף על השמועה הרב השומר אמת הנז' ומ"מ כשמפסיק בפ"דז יהיה ההפסק בין מזמור למזמור ואם הוא בתוך השירה יגמור עד שיאמר ישתבח ולא גרע מדבר הרשות דכתב מור"ם בסי' נ"ד דנהגו לקבול אחר ישתבח מכ"ש להמתין שם בשתיקה לשמוע קס"ת אבל אם התחיל ברכות ק"ש הא ודאי אין לו להפסיק כלל. מ"מ אם עבר והפסיק אין לו לחזור אלא למקום שפסק כמ"ש מרן בסי' ס"ה אפילו שהה כדי לגמור את כולה ומשו"ה גם בפ"דז לא יענה כמ"ש המג"א ס"ק כ"ד עי"ש. ולא ידעתי מנ"ל הא דצריך להפסיק בין מזמור למזמור שהרי מי שחילק בין פד"ז לק"ש הוא המג"א בסי' קל"ה סק"ו גבי קראוהו לעלות לס"ת ולא מצינו שחילק שצריך לעלות בין מזמור

למזמור ועוד דכיון דהוא עומד בפ"דז ולא גמר הברכה דפ"דז מה לי באמצע הפ"דז ומה לי בתחילתם. ואי דחיליה ממה שמצינו גבי ק"ש דיש הפרש בין תחילת הפרק לאמצע הא ליתא דק"ש שאני ואין לדמותה לפ"דז ועוד קשה לי על דבריו במה שנסתייע מדברי מור"ם שבסי' נ"ד שכתב דנהגו לקבול אחר ישתבח מכ"ש להמתין שם בשתיקה לשמוע קס"ת וקשה דא"כ דיו לבא מן הדין להיות כנדון ומה התם לקבול דוקא אחר ישתבח מותר אבל בתוך פ"דז אסור גם הבא מן הדין לשתוק ולשמוע קס"ת דוקא אחר ישתבח מותר אבל בפ"דז אסור לפי שעדין לא גמר הברכה. ועוד קשה לי על דבריו שהראיה שהביא מדברי הפר"ח היא חזקה ודחה אותה בקש שהרי הפר"ח בסי' נ"א כתב עיין בסי' ס"ה וכדינו שם דינו כאן עי"ש ושם כתב מרן להדיא דהשתיקה כדיבור וקאמר הפר"ח דגם פה דינא הכי הרי דגם בפ"דז השתיקה הוי הפסק ומה שרצה לחלק בין השתיקה כשהיא לדבר מצוה או לענין אחר לא ידעתי מנ"ל לחלק בהכי והרי גם ק"ש בסי' ס"ה ממקום שהביא לא מצינו מי שחלק בהכי ועוד דאדרבה מצינו למור"ם שם בסי' נ"א שכתב ואפילו לצורך מצוה אין לדבר בין ב"ש לישתבח וא"כ ודאי לפ"ז מ"ש הפר"ח עיין בסי' ס"ה וכדינו שם דינו כאן משמע דאפי' לצורך מצוה דינא הכי כמ"ש מור"ם מדלא נחית לחלק בהכי. ועוד דאפילו דברי מור"ם שבסי' נ"ד אנן בדידן דקבלנו הוראות מרן אזלינן בתריה והרי מצינו למרן בסי' נ"ד ס"ב שכתב שם דהמספר בין ישתבח ליוצר עבירה היא בידו וחוזר עליה מעורכי המלחמה ויש מי שאומר שלצרכי צבור או לפסוק צדקה למי שבא להתפרנס מן הצדקה מותר להפסיק הרי נראה להדיא דסתם לן מרן דאפילו לצורך מצוה אסור להפסיק לדעת מרן וא"כ קשה מאי מביא ראיה מדברי מור"ם והם לדידן דלא כהילכתא ועוד דהא מצינו למרן ז"ל בסי' נ"א שכתב דאסור להפסיק בדיבור מן ב"ש עד סוף תפילת י"ח ולא נחית לחלק כדברי מור"ם דבין ישתבח ליוצר בדבר מצוה מותר אלא כל אפיא שוין שאסור אפילו לדבר מצוה:

ולענין אם הוא במקומות הנז' ושמע קדיש או קדושה ובעוד שהוא עונה למנין זה בא רעהו במנין אחר ואומר קדיש למי יקדים ולמי יאחר הנה לספק זה נשאל עליו הרב מהר"י מולכו ז"ל בתשו' כ"י סי' י"ט והביאו החיד"א בברכי יוסף סי' נ"ו וז"ל כשמתפללין בעזרת בית הכנסת בשנים וג' מקומות ובעוד שאומר זה בחייכון זה אומר יתגדל וכיוצא ואי אפשר לענות ב' או ג' קדישין יענה הראשון דוקא עי"ש. והנה דבריו באו בקיצור נמרץ במ"ש יענה הראשון דוקא מה הכוונה אם ר"ל שיתפוס המנין הראשון אשר שמע תחילה הקדיש שלו ויענה לכל הקדישין שלו ואפילו שמע במנין אחר שאומרים קדיש אין חייב לענות עמהם שהוא תפס למנין אחד ועונה לכל הקדישין שלו ועונה אחריהם

או נימא דכוונת הרב לומר דאם שמע למנין זה שאומר בחייכון ומנין אחר אומר יתגדל שעונה אחר זה שהתחיל ראשון והוא בא ומצאו שאומר בחייכון ולא יאמר אני עונה אחר זה שהתחיל לומר יתגדל אכן אחר שגמר זה שהיה אומר בחייכון ועדין אותו שהיה אומר יתגדל לא סיים הקדיש ודאי שחייב לענות אחריו דמי פטרו ונראה דצד זה עיקר הוא ולכן ראוי והגון לעם בני ישראל שהם מתפללין בב"הכ שלנו דמאחר שהיא גדולה יש להם להתרחק הקהילות זה מזה שלא לערבב זה לזה וכבר באתי באזהרה זו בספרי זכרון לנפש קחנו משם ושם הארכתי הענין ביותר:

נאום הצעיר אברהם דיין ס"ט

סימן לו

עוד יש לי לבאר בענין המקוה של אנטוכיא שכתבתי לעיל דגם אופן השני שכתבתי לעיל שינקבו הסילון שיורדין בו המים מהנעורא והמים שותתין על גבי כותלי הנעורא דשפיר מיקרייא קטפרס ולא ניצוק שהרי הניצוק הוא קילוח המקלח באויר ובנדון זה שנוקבין הסילון אינו נקרא אלא קטפרס שהוא מקלח על גבי הכותל ואפילו את"ל דעכ"ז זה נקרא ניצוק נראה דבנ"ד שהיא שאובה שהמשיכוה וכל פסול שלה הוא מדרבנן מתכשר אפילו על ידי ניצוק שהרי כתבו רש"י והתוס' בחולין דף ק"ז והביאו מרן בא"ח בב"י סי' קנ"ט שכתבו גבי אריתא דאע"ג דניצוק כזה לא הוי חיבור לענין טבילה כלומר לענין טבילת כל גופו דניצוק אינו חיבור ועוד דבעינן כשפ"ה וטעמא דסגי לידים בניצוק כזה הוא משום דלאו טבילה חמורה היא ולפיכך הקלו בה עי"ש בב"י. ונראה דטעמא דלא הויא טבילה חמורה לפי שהיא מדרבנן וכמ"ש הרמב"ם פי"א מהלכות מקואות וכיון שהיא מדרבנן אפילו שהחיבור ע"י ניצוק שפיר דמי דבדרבנן הקלו א"כ גם בנ"ד שהשאובה שהמשיכוה פסולה מדרבנן אפילו ע"י ניצוק הוי חיבור ומתכשר בהכי:

אבן עדין יש לנו לברר בנ"ד שהוא מחבר העליון שהוא שאוב עם התחתון שהוא הנהר והו"ל גוד אסיק ומצינו למרן בכ"מ פ"ה מה' מקואות גבי מקוה שאין בו מ' סאה ונפלו בו ג' לוגין וחכ"א לעולם הוא בפיסולו עד שיצאו ממנו מלואו ועוד או עד שיעמיד בחצר מ' סאה ויטהרו העליונים מן התחתונים ופי' רש"י שיעמיד בחצר מ' סאה מקוה כשר למטה מהפסול ופתקו לכשר כדי שיתחברו ויטהר העליון הפסול מן התחתון הכשר כר"מ בפ"ב דחגיגה דאית ליה גוד אסיק וכו' ונראה דרבינו פוסק כרבנן דלית להו אפי' גוד אחית לענין מקואות ולפיכך סתם וכתב לפיכך וכן אם עשה מקוה שיש בו מ' סאה מים כשרים וערבה עם זה המקוה הפסול טהרו אלו את אלו ולא כתב שאפילו הוא עליון

ותחתון כשר ואפילו שיש לדחות שסתם דבריו לומר דבכל ענין כשר בפ"ח גבי ג' גומות שבנחל יתבאר דלית ליה גוד אחית עי"ש. והרב תי"ט פ"ג ממקואות ה"ב אחר שהביא דברי מרן הנז' הקשה עליו מההיא דמטהרין את המקואות העליון מן התחתון וע"י סילון ופסקו כן כל הפוסקים עי"ש. ולכאורה תימה גדול על מרן הקדוש איך אשתמיטתיה משנה ערוכה והלכה פסוקה ועוד קשה דלפ"ז דברי מרן סתראי נינהו דאילו הכא משמע דלא אמרינן גוד אחית וכ"ש גוד אסיק ואילו בפ"ח ה"ז פסק להההיא דמטהרין את המקואות ועוד קשה דהכא מרן עיקר ראייתו היתה מההיא דהרמב"ם בפ"ח ה"ח שכתב גבי ג' גומות שבנחל העליונה והתחתונה של ך' סאין והאמצעית של מ' סאה ושטף של גשמים עובר בתוך הנחל אין זה עירוב ואין מטבילין אלא באמצעית ונראה מזה דלית ליה גוד אחית ואיך שכח ח"ו הלכה קודם לה ה"ז מטהרין את המקואות וקושיא כזו לא נראית בשום זמן על דברי מרן ולכן נראה לע"ד לומר דמעיקרא קושית הרב. תי"ט אינה קושיא מההיא דמטהרין את המקואות דהא פי' כל הפוסקים ובתוכם הרע"מ דהא דאמרינן דאפילו כשערה דיו היינו דמתני' מיירי בשאובה שהיא מדרבנן אבל אם היה העליון חסר מכשיעור הבא להכשירו ע"י השקה להשלימו לכשיעור אין די בהשקה דשערה דאפילו ר"י דמיקל טפי בפ"ב דחגיגה דף ט"ז בעי טופח ע"מ להטפיח עכ"ל הרע"ם. ומלשון זה נראה דההיא דמטהרין את המקואות מיירי בשאובה שהיא דרבנן והקילו בה דאפילו קטפרס מתכשר כמ"ש מרן בכ"מ ובב"י וה"ה גוד אסיק וכמ"ש התי"ט בפ"ז מ"ח אבל ההיא דכתב הרמב"ם פ"ה דמיירי במקוה שיש בו ך' סאה שהוא פסול מן התורה ואח"ז נפל בתוכו סאה שאובה וכיון שלא יש בו כ"א סאין פסול מן התורה ובכגון זה שהוא פסול מן התורה אינו מתכשר לא בקטפרס ולא בגוד אסיק וכן נמי ההיא דג' גומות שבנחל אשר נסתייע ממנה מרן התם נמי יש בעליונה ובתחתונה ך' סאין שהם פסולים מן התורה משא"כ ההיא דמטהרין את המקואות שהיא שאובה שאסורה מדרבנן והכשירו בה קטפרס וה"ה גוד אסיק. עוד קשה לי על דברי התי"ט במה שהקשה על דברי מרן מההיא דמטהרין את המקואות דמאי קושיא והרי הוא עצמו כתב בפ"ו דהיכא דהמים סופן לירד הוי קטפרס חיבור ומה"ט נמי אפילו גוד אסיק נמי איכא למימר במקום שהוא כה"ג כיון שהעליון בודאי סופו לירד ע"כ וא"כ מה יש קושי מההיא דמטהרין את המקואות אימא דהתם מיירי במקום שהמים סופן לירד ויתכן לומר כי כוונת התי"ט לומר דאפילו דההיא דמטהרין את המקואות לא מיירי במקום שהמים סופן לירד עכ"ז אמרינן גוד אסיק וכ"ש גוד אחית ועכ"פ למדנו מדבריו דבמקום

שהמים סופן לירד אפילו קטפרס וגוד אסיק הוי חיבור ואפשר דאף מרן יודה בזה וא"כ בנ"ד שהמים סופן לירד אפילו קטפרס וגוד אסיק הוי חיבור:

והנה בענין הנעורא אשר בנ"ד אם נקראת שאובה שהמשיכוה אם לאו הנה מצינו להמבי"ט ח"א סימן שמ"ח שנשאל בענין זה והשיב בנעורא של חמא שהכלים מתמלאים מים מן הנהר ושופכין לאמה אחת ומשם נמשכין למקוה נ"ל שסמכו על הסוברים שאובה שהמשיכוה כולה כשרה ולכן אין להחמיר עליהם אלא להניחם על מנהגם ואף דלא קי"ל כוותיה בזה עכ"פ למדנו מדבריו דבנ"ד שנמשכת מן האמה למקוה שאובה שהמשיכוה נקראת ויש להקל בה ע"י קטפרס וכ"ש ע"י גוד אסיק שהרי הקטפרס מצינו משנה מפורשת בספ"ח דטהרות שאמרו שם בסתם משנה שהניצוק והקטפרס אינו חיבור וכ"ש בגוד אסיק שאין איסורו מפורש להדיא להלכה וא"כ אם אמרו בקטפרס שהוא חיבור גבי שאובה וכ"ש דאמרינן כן גבי גוד אסיק וכ"ש גבי שאובה שהמשיכוה:

וקצת מחכמי הישיבה רצו לדחות הראיה שהבאתי מההיא דמטהרין את המקואות ומה שפי' ר"ש עליה שהביא מרן בכ"מ ופירשו דלאו בתחתון ועליון מיירי אלא במעמיק הסילון עד שיגיע למים ואז יהיה העליון והתחתון שוים ויגיעו זה לזה המים בחצי הסילון ושם משיקין זה לזה ונסתייעו בזה מדברי ר"ש שהביא מרן בכ"מ שכתב שצריך להעמיק ראשו העליון בתוך המקוה החסר עד שירדו למטה לכשר שיהיו משיקין כחוט השערה והס כי לא להזכיר כדבר הזה בדברי הרמב"ם שכל דבריו בתכלית הדיוק ועל כל טיפה מונין לה ז' נקיים ואם כדבריהם שהעמיק הסילון בעליון ונעשה שוה עם התחתון א"כ לשוא נקט עליון ותחתון ומדוע לא דילגם כמו שדלג בפ"ה וכמו שדקדק כן מרן בכ"מ ועוד אפילו לדבריהם הרי כתב ר"ש כתב עד שירדו למטה נמצא דגם שכתב להעמיק יש מעלה ומטה ועוד לפי דבריהם אם מניח ידיו תחת הסילון מהיכן יבואו המים כיון שהם בקו היושר ועוד למה נקט שני מקואות בשיפוע ההר הו"ל למינקט שני מקואות סמוכים זה לזה ועוד הרי סיים שם ר"ש ומטעם זה לא חיישינן בסילון אפילו הוא קטפרס וקטפרס היינו מלמעלה למטה וחלילה לומר דמ"ש וצריך להעמיק שכיון לזה אלא שהוא מראה מקום כיצד ירדו המים דמסתמא הם שניהם שוים ומילואם שוה אלא שאחד כשר ואחד שאוב וכיצד יבואו מזה לזה ולזה אמר שהוא מעמיק הסילון ואז ירדו המים מהעליון לתחתון:

באופן דנראה לע"ד פשוט דגבי שאובה שהיא מדרבנן אמרינן בה גוד אחית וגוד אסיק וכן קטפרס וכמ"ש ר"ש וכ"ש בנ"ד שהיא שאובה שהמשיכוה דאמרינן בה גוד אחית וגוד אסיק ויש להביא ראיה עוד לזה ממה שכתב מרן בב"י משם הראב"ד שהביא

תוספתא דתניא כל זמן שרגליו של ראשון נוגעות במים שאחר ממלא בכתף ונותן לתוכו טהור ומסתברא דבכה"ג אפילו מטומאה לטהרה ודברי הכל לפי שאין עושין מקוה לחצאין משום תקלה וא"ת כיון דלרבנן לית להו גוד אחית כי ממלא בכתף ונותן לתוכו אמאי אינו נפסל בשאובין והא מקוה חסר הוא התם משום דשאובה דרבנן הוא ומשו"ה אמרינן ביה גוד אחית וחשבינן ליה מקוה שלם אבל לענין הטבילה הא קי"ל דארבעים סאה מן התורה הם הילכך אפי' למעלות דרבנן דלא אמרינן גוד אחית עי"ש הרי להדיא דבשאובה דרבנן אמרינן בה גוד אחית וה"ה גוד אסיק אלא שעדין קשה על דברי מרן שבכ"מ פ"ה כתב בדעת הרמב"ם דלא אמרינן גוד אחית ומה יעשה בההיא דסגוס עבה שכתב הרמב"ם בפ"ח הי"ב דאם מקצת הסגוס נוגעת במים הטובל בו טהור וכ"כ המבי"ט ח"ב סימן ל"ו דההיא דסגוס עבה אתיא אפילו כרבנן וס"ל לרבנן ג"כ דאמרי' גוד אחית וכ"כ התי"ט בפ"ג ה"ב ובספרו מעדני מלך ועוד קשה עמ"ש מרן בכ"מ שם בפ"ח ה"ב על מקוה שיש בו מ' סאה מכוונות וירדו וטבלו בו שנים בזה אחר זה אע"פי שרגליו של ראשון נוגעות במים הראשון טהור והשני טמא והקשה מרן על זה מההיא דסגוס ובסוף דבריו כתב ועי"ל שהטעם שהשני טמא מפני שאין על האדם אלא טופח ואפשר שבקצת מקומות הוא נגוב ונמצא דאינו חיבור ע"כ. וקשה דלפי דבריו שבפ"ה דסבר הרמב"ם דלא אמרינן גוד אחית וא"כ לא יהיה נגוב מ"מ גוד אחית הוא ורבנן סברי דלא אמרינן גוד אחית ועוד קשה דדברי מרן סתראי נינהו שהרי לעיל בפ"ה הביא ראיה לדברי הרמב"ם דס"ל דלא אמרינן גוד אחית מההיא דג' גומות שבנחל ואילו הכא בפ"ח גבי ג' גומות נתן טעם משום דאין המים הנזחלין מטהרין אלא א"כ עמדו וכתב התי"ט שם שאין בלשון הזה משמעות דלא ס"ל גוד אחית ולכן נ"ל דמ"ש בפ"ה דרבנן לית להו גוד אחית היינו לפי תירוצו הראשון שתירץ למה שהקשה על הרמב"ם עמ"ש גבי ג' גומות שבנחל הטעם משום דאין המים הנזחלין מטהרין אלא א"כ עמדו והקשה עליו דלמה לא נתן טעם משום דלא אמרינן גוד אחית האמור בש"ס ותירץ משום דהיא היא דמה טעם אין המים נזחלין מטהרין משום דלא אמרינן גוד אחית וא"כ לפ"ז סבר רבינו דלא אמרינן גוד אחית ועל תירוץ זה כתב מה שכתב בפ"ה אבל למה שתירץ בסוף דבריו דהא דפליגי בגוד אחית היינו ר"מ ור"י אבל חכמים טעמייהו משום דאין המים הנזחלין מטהרין אלא א"כ עמדו ע"כ. מדבריו אלה נראה להדיא דחזר בו מתירוצו הראשון דהיא היא אלא הכא תירץ תירוץ אחר דההיא דג' גומות שבנחל לא נחלקו בה בגוד אחית ואסיק אלא ר"מ ור"י אבל רבנן דקי"ל כוותייהו ס"ל דלאו משום גוד אחית אלא הטעם דאין מטבילין אלא באמצעית משום דאין המים הנזחלין מטהרין אלא א"כ עמדו וא"כ

לפ"ז במקום שאין שם מים נזחלין אלא מי מעין שהם מחברין אפילו שהם גוד אחית מטהרין והריב"ש שהביא מרן סבר דבגוד אחית כ"ע לא פליגי היינו ר"מ ור"י אבל רבנן ס"ל דאפי' גוד אחית לא אמרינן ומרן סבר להיפך דרבנן לא פליגי כלל בגוד אחית והכא שאני לפי שאין המים הנזחלין מטהרין אבל במקום שאין מים נזחלין אלא הם מי מעין מטהרין אפילו בגוד אחית ואנן קי"ל כדברי מרן האחרונים דסבר דרבנן אית להו גוד אחית כנ"ל ואפילו שכל זה אין צריך לנ"ד שהיא שאובה ואיסורא מדרבנן:

נאום זעירא דברייך אברהם דיין ס"ט

סימן לז

שאלה ראובן שהוא דר בכרך נשתתף עם שמעון הדר בעיר וכל אחד מהם הוציא קרן והניחו לשותפות וראובן שולח לו סחורות מהכרך למכור שם וכתבו שטר שותפות ביניהם והתנו כמה תנאים ודבר שהיה בכלל שהתנה ראובן עם שמעון שכל אחריות החובות אשר מלוה בעיר יתחייב באחריותן עוד התנה שבעת הפירוד יתן שמעון לראובן כל הקרן שלו במשך ששים יום מעות בעין ואפילו שיש לשמעון חובות אצל אחרים ועדין לא נגבו עכ"ז חייב לתת לו הקרן שלו ובעיר הנז' היא אנטוכיא בחדש תמוז שנת התרי"ז בליל ש"ק נפלה דליקה בשוק ונשרפו החנויות ולא יכלו להציל כ"א מעט מזער ועל ידי זה כמה בעלי בתים ירדו מנכסיהם ונשארו דלים ואביונים וכן נמי מהגוים והערלים ואף שאחר זה חזרו ובנו החנויות עכ"ז פסקו מהם בעלי אמנה ולא יתנו להם עוד בהקפה ואחר זה בא ראובן לעיר הנז' ועמד בחשבון עם שמעון וראה שיש לשמעון חובות הרבה עם בני אדם וע"י השריפה רובם אבודים כי ירדו מנכסיהם ואין בידם לגדל פרע לשמעון וא"ל לשמעון מה לי ולצרה הזאת הרי כל החובות חייב אתה בהם כי אחריותם עליך וכבר אתה חייב בהם מעת שהלויתם והשיב לו שמעון הן אמת כי אני חייב באחריות החובות אבל אונס כזה שהוא מילתא דלא שכיחא לא קבלתי עלי כי כל הזקנים שבעיר יעידון יגידון כי מעולם לא נשמע כדבר הגדול הזה בעיר הזאת והן היום יחדיו למשפט נקרבו ראובן ושמעון הנז' לדעת אם יש ממש בדברי שמעון בטענתו ויבוא שכמ"ה:

תשובה לכאורה היה נראה לומר דכיון דראובן גילה דעתו בפי' שכל אחריות החובות אשר שמעון מלוה חייב באחריותן א"כ כי עבר ופשע שמעון והלוה לאחרים אפילו שאחר זה הוא נאנס מ"מ הו"ל תחילתו בפשיעה וסופו באונס דחייב כיון דהאונס בא ע"י פשיעתו ואילו לא היה פושע ומלוה לאחרים לא היה בא האונס ומצינו למרן ז"ל בח"מ סי' רצ"א ס"ו שכתב דאם פשע בו ולא שמרו כראוי לענין אחד אע"פי שלבסוף

נאבד באונס בענין אחר חשיב פושע וחייב לשלם וכו' שכל שתחילתו וסופו באונס חייב וכ"כ עוד שם בסי"ד וז"ל השומר שהניח הפקדון במקום שאין ראוי לו ונגנב משם או נאבד אפילו נאנס שם כגון שנפלה דליקה ונשרף כל הבית הרי זה פושע וחייב לשלם עי"ש. א"כ נראה דגם בנ"ד שפשע והלוה לאחרים אע"פי שלבסוף נאנס שנפלה דליקה בעיר ונשרפו החנויות מ"מ תחלתו בפשיעה וסופו באונס הוא וחייב לשלם לראובן כל מה שהפסיד דאילו לא הלוה לאחרים לא היה נאבד לו כלום ואיהו דאפסיד אנפשיה במה שהלוה לאחרים וכל שתחילתו בפשיעה אפילו דסופו באונס חייב בתשלומין:

אכן נראה דבנ"ד אין זה פושע דהא כ"ע ידעי וגם ראובן עצמו יודע דאי אפשר לומר ונקה שלא להלוות דאילו לא הלוה שמעון סחורותיו לא היה מרויח אפילו חצי שיעור ועיקר כוונת ראובן במה שהתנה עליו שלא להלוות מכמה טעמי חדא כי בעת אשר יפרידו השותפות יאמר שמעון לראובן המתן לי עד שאגבה חובות שיש לנו אצל בני אדם משא"כ עכשיו שחייב לשלם לו מכיסו במשך ששים יום על הרוב ועוד טעם אחר שמחייבו באחריות לפי שחושש ראובן אם יהיה האחריות בין שניהם אז ירבה יותר בהלואות ואפשר שירבה בהלואה לבני אדם שאינם אמודין אבל עכשיו שהוא חייב בהם מדקדק שאינו מרבה בהלואות ואינו נותן לבני אדם שאין אמודים ובפרט שהוא יודע שבמשך ששים יום צריך לשלם לו מכיסו ולכן ראובן דקדק עליו וחייבו בכל הלואות כדי שלא ילוה כי אם לאנשים אמודים אבל הא ודאי לא עלתה על דעתו של ראובן ששמעון לא ילוה כלל ולכן המדקדקים אינם כותבין בשטר שהתנה עמו שלא ילוה כלל ואם עבר והלוה יתחייב באחריותו דמזה משמע שאין רצון ראובן שילוה כלל אלא ימכור כל דבר במעות בעין אלא כותבין ותנאי היה ביניהם שאם ילוה לאחרים יתחייב באחריותו או כותבין ותנאי היה ביניהם שכל אחריות החובות הם על שמעון וא"כ אם יכתוב בשטר כנז' אין שמעון נקרא פושע במה שהלוה אלא יורד ברשות הוא אלא שהוא חייב באחריותו וא"כ שמעון זה אפילו שנתחייב באחריות החובות אבל אונס כזה לא עלה על דעתו כי באמת הוא חייב עצמו בכל אחריות החובות אכן אומר בדעתו כי אני איני מלוה אלא לאנשים אמודים שאין פחד עליהם אבל לא עלה בדעתו שאפי' אנשים אמודים יבוא שרפה בעיר וישארו אנשים אביונים ואונס דלא שכיח הוא וכל אונס דלא שכיח אין חייב בו וכמו שמצינו למרן ז"ל בסי' רכ"ה גבי מוכר קרקע וז"ל אבל אם נפסק הנהר שהיה משקה אותה או שחזר הנהר לעבור בתוכה ונעשית בריכה או שבא זועה והשחיתה הרי זה פטור שאלו וכיוצא בהם אונס שאינו מצוי הוא ולא עלה על לב המוכר דבר זה הפלא בעת שהתנה מעשה באחד ששכר מלחים להביא לו שומשמין

למקום פ' והתנה עמהם שהם חייבים בכל אונס שיארע להם עד שיגיעו השומשמין למקום פ' ונפסק הנהר שהיו מוליכין בו ואמרו חכמים זה אונס שאינו מצוי ואין חייבים להוליך השומשמין על גבי בהמה עד אותו מקום וכן כיוצא בזה ע"כ. וא"כ נראה דבנ"ד אפילו שקבל עליו שכל אחריות החובות חייב בהם שמעון אבל אונס שאינו מצוי כנ"ד שנשרפו כל החנויות אונס כזה לא עלה על דעתו שיתחייב בו:

וראיתי למהרש"ך ח"ב סי' קצ"ח שהקשה לו ממעשה זה על ההיא דפ' המקבל דף ק"ו ע"ב גבי עובדא דההוא דקביל עליה ארעא למיזרעא תומי אגודא דנהר מלכא ואיסתבר נהר מלכא ואמר רבא נהר מלכא לא עביד דמיסתבר והוי כמכת מדינה ומנכה לו מן חכורו והשתא אם איתא דכל מילתא דלא שכיחא אלים כחה לפטור דלא אסיק אדעתיה אונס כהאי א"כ מה צריך רבא לומר בהמקבל מכת מדינה היא הא אפילו אינה מכת מדינה מ"מ אונסא דלא שכיחא הוא ופטור עי"ש. ולפקד"ן לומר דההיא דפ' מי שאחזו דנחית המוכר להתנות על עצמו שהוא מקבל על עצמו כל אונסא דמתייליד ואח"ז בא לו אונס דלא שכיח אז אמרו חז"ל דאמדינן דעתיה דהמוכר דלא קביל עליה אלא אונסא דשכיח כיון דנחית להתנות על עצמו האונסים הו"ל להתנות שהוא מקבל עליו כל האונסים אפילו דלא שכיח אלא ודאי מדלא אמר כן נראה דאונסא דלא שכיח לא קביל כי לא עלה בדעתו שיבוא אונס כזה ואפשר לומר דאילו בא לדעתו דבר זה ואדרבה היה מתנה עם המוכר שלא יקבל אונס זה ואפילו ע"מ שיתבטל המקח אבל גבי חכירות שדה בדמים אפילו אונס דלא שכיח קביל עליה שהרי כל חוכרי השדות כשלוקחים שדה בוטחים על מזלם אם טוב ואם רע וכשיבוא לו אונס אפילו דלא שכיח אומר זה חלקי ומזלי שהרי אם עשתה השדה יותר ממה שאמדוה אינו נותן לבעל השדה יותר ממה שפסק עמו ואדעתא דהכי נחית לה בין לטובה בין לרעה אבל אם היא מכת מדינה מנכה לו מן חכורו כי אומר לו בשלמא אילו לא היתה מכת מדינה אפילו הוא אונס שאינו מצוי אומר לו מזלך גרם דאילו היתה בידי לא היה בא מקרה זה אבל עכשיו שהיא מכת מדינה אומר לו אפילו היתה בידך היה בא מקרה זמן כי כל המדינה לקתה ומה לי אם היא אצלך או אצלי ומשו"ה מנכה לו מן חכורו ולכן רבא לא יוכל לומר משום אונסא דלא שכיח דאי אתי עלה מצד זה היה נראה דאפילו נפסק הנהר שהעבירו אותו בתוך שדהו שהוא לשנה דוקא כדי שיתקנו הגשר עכ"ז מנכה לו מן חכורו או אונס אחר דלא שכיח ואונס כזה שאינו מכת מדינה אומר לו מזלך גרם ואפשר דאילו היתה בידי היו עושים אותו במקום אחר ומשו"ה אתי עלה מצד שהיא מכת מדינה דבצד זה שניהם שוים והרעה היתה באה על שניהם יחד והחוכר אומר דגם אם היתה בידך היתה

באה עליו מכה זו וא"כ לפי זה נראה דגם בנ"ד שקבל עליו אחריות החובות אשר מלוה מדלא פי' דבריו שקבל עליו אחריות אפילו שאינו שכיח נראה דלא קבל עליו אלא אונס דשכיח אבל אונס דלא שכיח לא קבל עליו:

א"נ יש לתרץ עוד לקושית מהרש"ך הנז' במה שפי' הראב"ד הביאו ר"ב בשיטה מקובצת פ' המקבל דף ק"ו הנז' שכתב על מה שאמרו שם נהר מלכא לא עביד דמיסכר כתב דאי עביד דמיסכר אע"ג דכלהו לקו בהדיה לא מנכה ליה מ"ט דעליה דידיה רמיא לאתנויי וכיון שלא התנה איהו דאפסיד אנפשיה עי"ש. מדבריו אלה נראה דלא מיקרי מכת מדינה אלא בדבר שאינו שכיח ולא הו"ל להתנות אבל בדבר שהוא שכיח אע"ג דכל העיר הוכתה לא מיקרי מכת מדינה א"כ נראה דמכת מדינה ואונס דלא שכיח שוו בשיעוריהן והא בלא הא לא אפשר וא"כ לפ"ז אין להקשות על רב"א דאמאי הוצרך דמכת מדינה ולא אמר דאונס דלא שכיח לפי דגם טעם דמכת מדינה צריך לשתף עמו טעם אונס דלא שכיח דאם הוא שכיח הו"ל להתנות ומדלא התנה איהו דאפסיד אנפשיה וא"כ לפי דברי הראב"ד נראה שהעיקר הוא שיהיה אונס דלא שכיח ואז נקראת מכת מדינה וא"כ מה לו לרבא למינקט אונס דלא שכיח ויניח טעם מכת מדינה כיון דגם מכת מדינה בהכי אירי וממילא נשמע דכל אונס דלא שכיח בהכי אירי אפילו שלא נעשה אלא ליחיד ורבא דנקט מ"מ משום דהתם הכי הוה מעשה:

ועל דברי רבא דפ' מי שאחזו ד"פ ע"ג שנתן טעם משום אונסא דלא שכיח קשה דכיון דהוא עצמו בפ' המקבל דף ק"ו אמר דכיון דנהר מלכא לא עביד דמיסכר א"כ הו"ל מכת מדינה א"כ גם הכא הו"ל לרבא לומר דכיון דנהר מלכא לא עביד דמיסכר א"כ הו"ל מכת מדינה ולמה ליה לתלות טעמא משום אונסא דלא שכיח ואפשר לומר דהכא שנסכר לא שנסכר לגמרי כההיא דפ' המקבל והיא מ"מ אלא שהחזירו אותו למקום אחר כדי לתקן גשר או לענין אחר וממקום זה דוקא נפסק אבל במקום אחר לא נפסק ולכן בא עליו רבא מטעם דאונס דלא שכיח ואפשר דהיינו הך דלעיל מינה דזבין ארעא לחבריה לסוף אפיקו בה נהרא ופי' רש"י שצוה המלך שיעבירו את הנהר דרך אותה שדה ובודאי שהוא כדי לתקן את הגשר ועפ"ז א"ש מה שיש להקשות דאילו בפ' המקבל אמר דנהר מלכא לא עביד דמיסכר ואילו הכא בפ' מי שאחזו מצינו שנסכר וא"כ בימי רבא שכל ימיו היו מ' שנה נסכר שני פעמים בימיו כשהיה דיין וא"כ הו"ל אונסא דשכיח והו"ל להתנות וע"פי האמור א"ש דההיא דפ' מי שאחזו לא נסכר לגמרי אלא שהחזירו אותו למקום אחר כדי לתקן הגשר א"נ דפעם אחת נסכר ובאותה סכירא נשאל לרבא שני הדינין כן אפשר לומר א"נ אפשר לומר כי נהר סכא מלכא לחוד ונהר מלכא לחוד:

והנה חמ'ותי ראיתי להרב משאת משה ח"מ סימן ל"ב שנשאל כיוצא בנ"ד בראובן ששלח נכסים בספינה ושמעון קבל עליו אחריות הספינה מעת צאתה מנא אמון עד עת הגיעה לקושטא ויהי בדרך וירדפו אחריו השוללים ועשו מלחמה עם בעל הספינה מעת לעת וכראות בעל הספינה כי אבדה תקותו ופחד שלא ימסר ביד אויב שלח אש בספינה ושרף כל הסחורות אשר בספינה ובא ראובן ותבע משמעון כל מה שהפסיד וא"ל אתה קבלת עליך כל מין אחריות ושמעון משיב כי לא קבלתי עלי אלא אחריות של הים והשוללים אבל אונס כזה שבעל הספינה עצמו ישרוף כל הסחורות אשר בספינה אונס זה לא קבלתי ולא בא לכלל חיובי דהוא דבר דלא שכיח ופשיט לה מדברי הרמב"ם ומרן בסי' רכ"ה הנז' שכתבו דלא עלה על לב המוכר דבר זה הפלא בעת שהתנה וכתב שם דאע"ג דהרשד"ם ח"מ סי' ל"ג תרגמה להא דכתב הרמב"ם שצריך שיהיה האונס דבר פלא שלא יעלה על לב מעולם ודייק לה מלישנ' דהרמב"ם דנקט פלא ומטעם זה דן את הדין וזיכה את הלוה וא"כ יאמר האומר דבנ"ד שכיח ולא שכיח הוי. והנה מקום יש בנ"ד לפטור את שמעון חדא דמי מפיס דנ"ד לאו מידי דהפלאה הוא דלכאורה כמו זה יחשב לחוב בעצמו לשרוף הסחורות באש וכו' משא"כ בנדון מהרשד"ם דלאו כ"כ פלא הוא ועוד עיקר טעמו של מהרשד"ם אינו אלא משום דהמוציא מחבירו עליו הראיה ועל המלוה להביא ראיה שלא נכנס זה בכלל תנאו וא"כ בענין הסיגורו על ראובן הראיה דגם שריפת האש היה בכלל האחריות עש"ב. א"כ גם אנו נקח בנ"ד יש מקום לפטור את שמעון דמי מפיס דנ"ד דלאו מידי דהפלאה דלכאורה לא יעלה בדעת שישרפו כל החניות בעיר שכולה אבנים ולא יקרה זה אלא בעיר שכל העיר הם מעצים ושום זקן מופלג שבעיר לא יזכור אשר נעשה כדבר הגדול הזה או נשמע כמוהו בזאת העיר ועוד דהכא ראובן בא להוציא מיד שמעון ועליו להביא ראיה שגם אונס כזה בכלל תנאו:

אכן עדין יש להסתפק בנ"ד אם באמת ראובן זה אינו חפץ בהלואה כלל ואפילו שעל ידי דבר זה מגיע לו הפסד מניעת הריוח ואם יעבור שמעון וילוה יתחייב באחריות ההלואה ההיא ושמעון עבר על דבריו והלוה א"כ הו"ל תחילתו בפשיעה וסופו באונס ומצינו למרן ז"ל ר"סי רצ"א שכתב שכל שתחילתו בפשיעה וסופו באונס חייב וא"כ שמעון זה שפשע והלוה חייב אפי' באונסים אכן נראה כי מצינו למהרש"ך ח"ג ס"סי ק"י שכתב דאפשר דבאונס דלא שכיח כלל אמרינן תחילתו בפשיעה וסופו באונס פטור והרב החבי"ב בסי' רצ"א הג"הט אות ח"ן הביא דברי מהרש"ך בלתי שום חולק כנראה שהודה לדברי מהרש"ך ואף שהרב שפתי כהן שם סקי"ד כתב שאין נראין לו דברי מהרש"ך הנז' מ"מ מידי פלוגתא לא נפקא ומי יוכל להוציא משמעון המוחזק. ונר' עוד לומר דבנ"ד

אפילו הש"ך מודה והוא דלא כתב כן הש"ך אלא דוקא בנ"ד בההוא דהניח הפקדון במחצלת של קנים שאף שזה שמירה לגבי גנבי אכן לגבי אש לא הוי שמירה ואילו היה יודע בעל הדבר לא היה מניחו להצניעם שם ועל אופן זה כתב הש"ך דאפילו הוא אונס דלא שכיח חייב משא"כ בנ"ד שאף ראובן יודע הוא שרצונו להלות אבל שם בטחונו על שמעון שמתחייב באחריות ועל זה ישיב לו שמעון שלא נתחייבתי אלא באונס דשכיח אבל אונס דלא שכיח לא נתחייבתי ועוד דגבי צריפא דאורבני ע"י פשיעתו נאבד כל הפקדון כלו ולא נשאר ממנו כלום אבל בנ"ד בפשיעתו שפשע ועבר והלוה לאחרים הרויח בהלואות כהנה וכהנה יותר ממה שנאבד לו בכפלי כפלים ומשו"ה אומר שמעון אונס כזה שאינו שכיח לא קבלתי והרב ש"ך לא פליג על דברי מהרש"ך אלא במקום שע"י פשיעתו נאבד לו הכל:

וראיתי להרב זכור לאברהם ח"מ אות פ' שכתב על דברי הש"ך שהדין עמו שהרי בההיא עובדא דצריפא דאורבני אמרו לענין גנבי שמירה מעליא היא ואונס הוי מ"מ כיון דלגבי נורא פשיעותא הוי תחילתו בפשיעה וסופו באונס הוא ע"כ. ונראה דכוונתו דכיון דלגבי גנבי שמירה מעליא היא א"כ אונס זה הוי אונסא דלא שכיח ועכ"ז אמרינן ביה תחילתו בפשיעה וסופו באונס ואחר המחילה אין זה ראיה כלל דלא אמרו אונסא דלא שכיח אלא בההיא דנפסק הנהר לגמרי וכיוצא שלא יעלה על לב המוכר אונס זה כלל וכן משמע מתוך דברי הרמב"ם ומרן שכתבו שלא עלה על לב המוכר דבר זה הפלא משמע דלא נקרא דלא שכיח אלא דוקא דבר שהוא פלא ולא יעלה על לב אדם ולכן לא בא לדעתו להתנות עליו אבל ההיא צריפא דאורבני אף שחז"ל תקנו להם דבר ואמרו שמועיל הוא לגבי גנבי יותר מדבר אחר לפי שדבר זה קל על האדם אבל לא אמרו שתיקון זה לא יבוא בדעת סתם כל אדם ואם נגנב משם אונסא דלא שכיח אלא מקום זה נקרא שכיח ולא שכיח ולא נקרא אונסא דלא שכיח אלא דבר שהוא פלא:

נאום הצעיר אברהם דיין ס"ט

ת"ו ש"ל ב"ע