שו״ת · אחרונים · מהרם שיק

מהרם שיק חושן משפט

רבי משה שיק

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

מהרם שיק חושן משפט

רבי משה שיק

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/מהרם-שיק-חושן-משפט/
הקובץ נוצר ב־22 בנובמבר 2026 מגרסה v39-202611200317 של הספרייה.

תוכן העניינים

תשובה א 4
תשובה ב 5
תשובה ג 9
תשובה ד 11
תשובה ה 13
תשובה ו 15
תשובה ז 19
תשובה ח 20
תשובה ט 23
תשובה י 25
תשובה יא 27
תשובה יב 29
תשובה יג 33
תשובה יד 35
תשובה טו 38
תשובה טז 45
תשובה יז 49
תשובה יח 53
תשובה יט 56
תשובה כ 59
תשובה כא 62
תשובה כב 65
תשובה כג 69
תשובה כד 71
תשובה כה 73
תשובה כו 75
תשובה כז 77
תשובה כח 85
תשובה כט 90
תשובה ל 92
תשובה לא 95
תשובה לב 97
תשובה לג 100
תשובה לד 103
תשובה לה 104
תשובה לו 105
תשובה לז 109
תשובה לח 110
תשובה לט 112
תשובה מ 113
תשובה מא 116
תשובה מב 117
תשובה מג 119
תשובה מד 119
תשובה מה 122
תשובה מו 124
תשובה מז 126
תשובה מח 127
תשובה מט 130
תשובה נ 133
תשובה נא 135
תשובה נב 137
תשובה נג 138
תשובה נד 140
תשובה נה 143
תשובה נו 145
תשובה נז 147
תשובה נח 151
תשובה נט 153
תשובה ס 155
תשובה סא 156
תשובה סב 175

תשובה א

בקהילה שהסכימו אלופי הקהל לערוך הנתינה לצורכי הציבור לג' חלקים עניים ובינונים ועשירים ונבחרו לזה י"ג אנשים עם הראש הקהל ואחרי גומרם ההערכה ערערו ששה בינונים משאר הקהל שאינם רוצים ליתן כפי אשר שתו עליהם הנבחרים הנ"ל. וגם ב' עשירים מן הנבחרים עצמם לא הסכימו והמה מערערים על שהאמידו אותם בערך עשירים והם אינם אלא בערך בינונים. ובאה השאלה אי מצרפינין הנך שנים להששה והם הרוב נגד הנבחרים. ואי מצרפינין אי לא נצרף גם עניים שכלם מסכימים עם שאר הנבחרים ושוב הוי רובא עכ"ל השאלה.

והנה אי משום צירוף פשיטא לן דעדיין נשאר רוב דהרי העשירים מסכימים על כל הנעשה מן אלופי הקהל והנבחרים אלא על של עצמם יצאו לחלוק. והששה הבינונים אדרבה הם מסכימים על מה שעשו אלופי הקהל והנבחרים ורק ג"כ לעצמם הם דורשים לשנות וא"כ לעולם הוי רוב דבכה"ג דינו כרוב כמבואר מדברי הרי"ף בחולין פ' אלו טריפות בשמעתין דגלודה שכ' הרי"ף לפי מה שביארו המפורשים דמצרפין הנך שאמרו דבעי' שיור במקום ידוע אע"ג דהם מחולקים במקום עיי"ש וא"כ הכא נמי כאן.

אלא דכל זה אם הי' הדין דבכה"ג אזלינין בתר רובא אבל הרי הר"ת ומהר"מ ב"ב המובא במרדכי פ"ק דב"ב חולק על ראבי' וס"ל דהא דבני העיר רשאין להסיע על קיצתן היינו אם הסכימו מעיקרא אבל בלא"ה אפילו א' יכול לעכב וכעין דאמרי' במשנה א' ריש פ"ד דפאה דאפילו תשעה ותשעים אומרים לחלק וא' אומר לבוז שומעין לזה שאמר כהלכה. ולזה הסכים נמי בתשובת מרן הגאון זצ"ל בחח"מ סי' קט"ז ובכמה תשובות מיהו כ' שם בתשובה דהמנהג בכל גלילות אלו דאזלינין בתר הרוב דלולא כן א"א להעמיד הדבר על מכונו. ולכאורה דבריו סותרין לתשובה שם סי' קי"ז. ונראה דבסי' קט"ז עיקר טעמו כמ"ש שם כיון דמעיקרא נראה דגם המערערים הושוו על הנבחרים ועוד טעמים עיי"ש:

וא"כ ה"נ בנידון שלנו נראה לפי טענותיהם דהם מסכימים לגוף הערך לחלק ג' חלקים אלא שבשיעור הם מחולקים וא"כ לא מבעי' הנך ב' עשירים דאי אפשר לחושבם מערערים דהרי הם קיימו וקבלו כל התקנה והערך אלא שהם על עצמם אומרים שאינם בערך הזה שאמדום והרי הנבחרים לא נבחרו אלא להעריך אחרים. אבל לעצמם הרי הם נוגעין ובעלי דברים והוי כאלו פירשו שבבואם לערוך את כל אחד ואחד מהנבחרים יעמוד הוא מנגד ואין לו רשות לומר בזה דעתו אלא כפי מה שיערכו האחרים אותו. וא"כ נגד עצמם אין להם דיעה ונגד האחרים הרי הסכימו כולם. אלא דגם הששה הבינונים אם כבר הסכימו על הנבחרים ועל גוף החילוק לג' מערכות אז בוודאי כמו שאנו שומעין את

ערעורם ה"נ נוכל לצרף את כל הקהל העניים ועדיין נשארו צד אלופי הקהל וטוביהם רובא מעליא.

מיהו כבר כתבתי דזה שנלך בתר הרוב אינו ברור נהי דבתשובת פנ"י בחאו"ח סי' ד' כ' בפשיטות לענין חלוקי ביהכ"נ אזלינין בתר רוב והביא דברי הריב"ש בסי' רמ"ט שכ' ג"כ דרשאין להסיע על קיצתן אזלינין בתר רוב. אבל באמת לא הבנתי דברי הפנ"י דהרי אמרי' בע"ז דף ע"ב כדשיימי ד' אמרי' דווקא כולם וכן הביא בש"ע חו"מ סי' י"ב סעי' י"ח לענין פשרנים. מ"מ מצד מנהג שכ' מרן זצ"ל אפשר שהולכין בתר רוב לכ"ע. אבל כבר כתבתי שאין כל הענינים שווין בזה ובשארי תשובות כתב מרן זצ"ל דלא אזלינין בתר רוב ולכך טוב לפשר וכ"כ מרן זצ"ל בעצמו שם בסי' קט"ז דבעינן ג"כ הסכמת חבר עיר עיי"ש. והנראה לפי ענ"ד כתבתי הק' משה שיק מברעזאווע:

תשובה ב

שיל"ת חוסט יום ב' כ"ה סיון תרל"ב לפ"ק. החיים והשלום וכ"ט לאהובי ידידי הרב הגאון הגדול המפורסם כש"ת מו"ה אהרן דוד נ"י האבדק"ק יארמיט יע"א.

ע"ד תורה אשר האריך פר"מ נ"י ע"ד הפלפול שהיו בינינו בפעסט כי אני אמרתי דמה שכ' בתקנות שאם יסרב אחד לברר לו ב"ד אז הדורכפירונג"עס קאממסי"אן יבררו ב"ד והם ידונו את' המסרב שלא בפניו דדבר זה אינו ראוי עפ"י דין תורה. דכן הוא בדיניהם אבל בדיני ישראל אנו מוצאים שכופין אותו או בנידוי או בחרם ובשוטין או ע"י גוים שיכפוהו עשה מה שישראל אומר אבל לדון שלא בפניו לא שמענו ופר"מ נ"י האריך דאדרבה הא עדיפא מכפי' ע"י גוים וכדי לבוא על האמת אמרתי לברר דברי:

הנה בחו"מ סי' י"ח סעי' ו' פסקינין דבדיני ממונות ב"ד פוסקין שלא בפני בע"ד והסמ"ע שם ובש"ך סי' י"ג ס"ק ח' הקשו דדברי הש"ע סותרין דבסי' י"ג קי"ל דבעי' שיהיו הבע"ד עומדין לפני הדיינים ותי' דוודאי בהטענות צריכין שיעמדו לפני הדיינין. אבל הגמ"ד והפסק יוכלו לפסוק שלא בפניהם וכן נראה מלשון השמ"ק בב"ק דף קי"ב. והתומים שם הסכים להב"ח שלכתחילה בעינין בפניהם אבל אם א"א בדיעבד סגי שלא בפניו. ובקצה"ח הביא ראי' להב"ח מהא דיורדין לנכסיו שלא בפניו ואפי' ביתומים אמרינין דרק משום צררי אין נזקקין ותיפוק לי' משום דיתמי לשלא בפניו דמיא. ואני לא הבנתי ראי' זו דהרי מקור דין זה דבעינין שיעמדו לפני הדיינין הוא מדברי הריטב"א המובא שם בבדה"ב והם דברי הריטב"א ספ"ק דמכות שכ' בהדיא דמקרא ילפינין דכתיב ועמדו שני האנשים אשר להם הריב לפני ד'. שני אנשים אלו העדים אשר להם הריב אלו בעלי

דינים לפני ד' אלו הדיינים. והא דמהני אנטלר היינו משום דאינהו כבעלי דבר: ושלוחם כמותם יעיי"ש. והרשב"א בב"ק דף קי"ב ע"ב כ' על הא דאמרינן שם דאין מקיימין השטר שלא בפניו לר"י משום דכתיב והועד בבעליו והקשה הרשב"א א"כ אפילו בהלכו למדה"י נמי. ותירץ כיון דבדיני ממונות לא כתיב אלא בד"נ דמיתת שור כמיתת בעלים וע"כ בממון הוא רק מדרבנן ולכך הקילו היכא דא"א ואפטרופס כבעלים דמי יעיי"ש:

וא"כ מבואר היטב דברי הש"ע דבוודאי לענין תחילת דין בשעה שטוענים כתיב גם בדיני ממונות ועמדו כו' דבעינין הבעלי דינים לפני הדיינין וכיון דבגופי' כתיב מעכב וכ' הרשב"א סי' אלף קי"ח דבשעת גמר דין איכ"ל כיון דקרא ועמדו דמיירי בשעת הגדת העדות שהוא לענין העדים כגמ"ד ולענין הבע"ד כתחילת דין ויש סברא לחלק ואיכ"ל דווקא בשעת הטענות ואכתי מנ"ל בשעת גמ"ד ואם נימא דצריך לפניו ע"כ ממיתת השור יליף וכיון דיש לחלק כמ"ש הרשב"א שם בתשובה לא אמרי' בי' משפט אחד כמ"ש התוס' בריש פרק אחד דיני ממונות ולכך פסק דהפסק דין א"צ להיות לפניו אבל שעת הטענות הא מקרא מפורש הוא בעדים זוממין בין בממון בין בד"נ. וא"כ לא קשה קושית התומים מסי' קכ"ד דנשים יקרות ות"ח הסופרי דיינים שמביאים טענותיהם לפני הב"ד הם שלוחי הבע"ד ומקרי לפניהם ומיושב קושית הקצה"ח דכל זה שייך בשעת הטענות אבל בשעת גמ"ד דפוסקין אפילו שלא בפניו ואנן קי"ל דמקיימין שטר שלא בפניו ולא צריך לפסק ההוא בפניו ולכך גובין בכה"ג:

ובזה מובן היטב דברי הירושלמי בפרק הכותב על המשנה דף פ"ח דגובין שלא בפניו בשבועה ומוקי הירושלמי כשעמד בדין וברח דקאי לר"י דסובר דאין מקיימין השטר שלא בפניו ולכך מוקי כשעמד בדין לקיומא שטרא בפניו אבל אנן דלא קי"ל כר' יוחנן וסבירא לן דמקיימין השטר שלא בפניו וס"ל דזה מקרי כגמ"ד ולא בעי' בפניו ולכך אפילו לא הי' כאן בהעמדת הדין גובין. וזה כוונת האדרכתא שכותבין שלא בפניו שהרי לעולם קודם. האדרכתא צריך לפסוק דינו או לקיומי שטרא וכן פי' בנמוק"י בב"ק דף קי"ב ע"ב דכותבין אדרכתא היינו לבתר דקיימו שטרא שלא בפניו והוי כגמ"ד וזה לא בעי' בפניו וכן בכל מקום שנזכר אדרכתא ע"כ כבר פסקו הדין דאל"כ הוי לי' למימר דפוסקין דינו ואח"כ כותבין אדרכתא:

וכן מבואר מלשונו של הרמב"ם פכ"ב ממלוה:

וכל זה ביארתי לפי דעת הסמ"ע והש"ך ושאר האחרונים שהביאו. אמנם אפי' להב"ח והתומים והקצה"ח שהסכימו עמו בדיעבד אפילו שלא בפניו מהני. היינו אם כבר שמעו

טענותיו אפילו שלא בפניהם. אבל אם לא ידעו כלל טענותיו בוודאי אין דיניהם דין וכ"כ הכנה"ג סי' י"ז אות ל"א:

וכל זה מעיקר הדין אמנם פר"מ נ"י אתא עלה מכח הפקר ב"ד הפקר ועל זה לא חלק אדם מעולם דאפילו שלא בפניו אם השעה צריכה יכולים להפקיר כדילפינין מקרא. אמנם אע"ג דיכולים להפקיר כדילפינין מקרא מ"מ לא מצינו בש"ס ופוסקים דמאן דלא ציית דינא מפקירינין לנכסי' דאפילו בהנך דמורידין אמרינין דממונם אסור לאבד ואפילו במקום שהפקירו היינו דווקא אם א"א בשום אופן אחר. וכ"כ מרן הגאון זצוקלה"ה בחת"ס ח' אהע"ז סי' ק"ח דכל שיש שום אפשרות אין מפקירין לנכסי' והוכיח זה שם בראיות. וכן מוכח מדאמרו בב"ק דף קי"ב וכן כ' הפוסקים דסרבן משמתינין לי' ומנדין אותו עד שיבוא ולא אישתמט בשום מקום לומר דדנין אותו שלא בפניו:

ומ"ש פר"מ נ"י כיון דלייטינין ומכין ה"ה הפקר נכסי' כבר כתבתי דאין הנידון דומה לראי'. ומיהו בלא"ה ל"ד הכאה וקללה כתיב בעמך דווקא בעושה מעשה עמך כדאיתא בסנהדרין פ"ה ואין כאן שום איסור. מה שא"כ להפקיר נכסיו. ומטעם זה מצינו נמי דכופין לאדם לציית דין ע"י ערכאות לעשות מה שישראל אומרין ובעינין לזה דווקא רשות ב"ד. ובמרדכי פ' הגוזל בתרא אות קצ"ה הביא מעשה ר' אפרים ושראוי למתחו על העמוד כו' משום דע"י שמסרו לגוי הפסיד לו ממון ואי מפקירין לנכסי' מאי כולי האי אם יביא לו פסידא עיי"ש אדרבה גם למאן דאוסר והא דבעינין רשות ב"ד הוא משום חשש כתוא מכמר שיהא לו הפסד ממון אבל משום לפניהם לא שייך בזה ולכך בעינין ומהני רשות שהם יכלכלו אם יש חשש הפסד:

ועוד דגוף הדין דהפקר ב"ד הפקר פליגו בי' אי בעי' דיינא דרב אמי ורב אסי כדאיתא במרדכי פ"ק דב"ב אות ת"פ ובתשובת מרן זצ"ל הנ"ל רצה ג"כ לומר דדווקא מדרבנן מועיל וכ' דמהרי"ק בשורש א' ס"ל ג"כ דבעי' דווקא דיינא כר"א וכר' אסי יעוי"ש ואמרינין בגיטין דף ל"ו ע"ב דהאי פרוזבול עולבנא דדיינא הוא וכו' ובמ"ק דף ט"ז משמע כאידך מ"ד דכל ב"ד יוכל להפקיר וכן נראה מדברי הרמב"ם פכ"ד מסנהדרין דין ו' דכל ב"ד יכול להפקיר מיהו כ' שם בהלכה ד' דווקא הוראת שעה אבל לא לקבוע הלכה לדורות ושם הלכה. כ' דצריך הב"ד לראות אם זה האיש ראוי לכך והיינו בהפקר ב"ד שהוא רק משום עונש וקנס אבל בתקנה משום תיקון עולם שצריך להפקר ב"ד בוודאי מצינו שתיקנו לעולם אבל כאן דהוא לענוש אדם פרטיי הוי רק צורך שעה וא"כ תקנה שקובעין לדורות להפקיר ממון של מאן דלא ציית דינא זה לדעתי אינו ראוי לקבוע ולכך מצינו בדברי רז"ל רק למאן דלא ציית שמתא או נדוי וחרם. וכיון שלדעתי דין זה בלא

שמיעת הטענות אינו דין אא"כ אתאינין עלה מכח הפקר ב"ד הפקר ועל הפקר ב"ד יש לפלפל אם כל ב"ד רשאין לעשות כן. וכפיי' ע"י גוים אין בו שום איסור כמבואר בב"י בחו"מ סי' כ"ו לכך לדעתי זה עדיף. ולדעתי הא דקי"ל בחו"מ סי' כ"ו דצריך רשות ב"ד לכוף ע"י גוים הוא מטעם דלפעמים יבוא מזה פסידא לישראל כמ"ש במרדכי ב"ק הנ"ל ואין רשות לב"ד לענוש ע"י הפקר ב"ד (כאן חסר איזה תיבות) עד כאן כתבתי לברר מה שאמרתי אז לפר"מ נ"י:

אמנם גוף הדין קשה לפסוק דין שלא בפניו דהרי פסק הרמב"ם בפכ"א מסנהדרין דין ד' דאסור לדיין לשמוע דברי טענת בע"ד בלי חברו ושע"ז נאמר לא תשא שמע שוא וא"כ איך רשאי לשמוע דברי בע"ד יחידי והתורה קראה שמע שוא ובשלומא מאן דיליף בסנהדרין דף ח' מקרא דשמוע בין אחיכם איכ"ל היינו בציית דהוא אח ורוצה להשמיע וגם על הלאו דעבר הלוה דקרינין בי' לא תשיא נראה דהיינו דווקא אם אינו נזהר בדברו ורוצה להטעים כדנקט הש"ס ר"פ שבועות העדות אבל אם הלוה רוצה לדייק בלישני' ושלא לומר רק האמת כאשר הי' לית בי' לאו. ובזה מיושב לשון הרמב"ם בפכ"א מסנהדרין ממה שהקשה עליו הכ"מ דמלשון הרמב"ם משמע דהבע"ד אינו עובר אלא משום מדבר שקר תרחק היינו דלפעמים אם מדייק אינו עובר אבל מ"מ ראוי להרחיק אביזרא דשקר ואסור משום מדבר שקר תרחק. אבל האיסור לאו דב"ד דאינם יודעים אם משקר והכתוב קראה שמע שוא איך רשאין לשמוע ואפילו בגברא דלא ציית הרי לעבור על ל"ת אסור אפילו צריך לבזבז כל ממון כדקי"ל ביו"ד סי' קנ"ז ולאו זה הוא מן התורה ונמנה ברמב"ם במנין המצות.:

ובאמת גם על הא דקי"ל בחו"מ סי' קכ"ד בנשים יקרות ות"ח דשולחין סופרי דיינים קשה הא איכא משום ל"ת שמע שוא והי' מקום לומר דגם התובע אזיל לשם. מיהו בירושלמי פ' כה"ג שהובא בר"ן ר"פ שבועות העדות ובשאר ראשונים דמשמע שם בירושלמי דרשאין להעמיד אנטלר א"כ קשה כנ"ל. ואפשר כיון דהוא מדעתו הוי כאלו הימני' כמו בשליש דפי' התוס' בגיטין בפ' האומר דאפילו על שקר הימני' וה"נ הימני' שיטעון הדברים כהוייתן וא"כ איכ"ל דלא קרינין בי' שמע שוא. וא"כ כ"ז מדעתו אבל שלא מדעתו לא אדע איך אפשר לעבור על ל"ת שמע שוא. ונהי דיש לחוש לגבר אלם ואם א"א בענין אחר אמרינין ביבמות דף צ' דאפילו בקום ועשה יש כח ביד חכמים לעשות סייג לתורה ולענוש גם באופן שאינו כתורה וגם עובר עה"ת רשאי לעשות לצורך שעה. אבל לא מצינו אלא הוראת שעה בזה כן נראה לי:

ואם אפשר דהנידון מיירי דאין לבעל הדין שום טענה רק הכל נודע ומבואר עפ"י עדים וזה מילתא דל"ש ולאו כל אפין שווין ואיך אפשר לקיים התקנה ההוא בכלל. ואמנם יש מקום לקיים הדבר כפי מ"ש פר"מ ני' בסוף דבריו דכיון שקבלו התקנות שוב רשאין להסיע על קיצתן כדקי"ל בחו"מ סי' רל"א וכמ"ש ב"י בשם המרדכי ב"ב הנ"ל וא"כ הם שהפקירו ועשו הכל מעצמם. אלא שגם ע"ז יש לפלפל דהא הוי אסמכתא ובשעת קבלתן לא אסקו אדעתייהו שלא יצייתו ושיזדמן כה"ג וכ"כ בתשובת מרן זצ"ל באהע"ז סי' ק"ח הנ"ל בנידון דידי' ונהי דדברי הקהל הוי כב"ד חשוב מיהו מעכשו לא הוי ותליא בפלוגתא המובא בר"ן בנדרים דף כ"ז ע"ב ובחו"מ סי' ר"ז בב"י ואפילו אי מועיל ב"ד חשוב איכ"ל כמ"ש הסמ"ע סי' ר"ז ס"ק מ"ב דהטעם הוא שוב משום הפקר ב"ד הפקר וא"כ תליא שוב בפלוגתא הנ"ל כן נראה לפי ענ"ד:

מיהו כיון דפר"מ ני' כ' דאין אפשרות האידנא בשום כפי' אחרת וא"כ כשיזדמן מקרה ע"כ יהא צריך לעשות אז סייג לתורה בהוראת שעה אפילו לדונו שלא בפניו אם לא יהא אפשר בענין אחר כן נראה לי ידידו הדו"ש הק' משה שיק מברעזאווע:

תשובה ג

החיים והשלום וכל טוב להרב המופלג ומופלא בתורה שלשלת היוחסין כש"ת מוה' אלכסנדר צבי נ"י האב"ד בק"ק וואלאווי יע"א:

מכתבו קבלתי אודות דין ודברים שבא לפניו אחד תבע חמשים זהובים והנתבע כופר והי' הפס"ד שישבע הנתבע ובאותו מעמד היפך הנתבע השבועה על התובע וקיבל עליו שאם יקבל רק התובע בחרם שיטול ואמר התובע שיעשה כן וניתן לו זמן וכשעבר הזמן בא לב"ד ורוצה להפוך על הנתבע ופסק מעלתו שיכול הנתבע לומר קים לי' כסמ"ע סי' כ"ב סקי"ט דאם אמר אני נשבע ויצא אינו יכול להפוך דלא כהש"ך שם ס"ק י"ז ובלא"ה הי' נראה למעלתו רמאות בתובע וקיי"ל דיכול הדיין להשביע אפילו אינו חייב ויש מי שמערער עליו ולזאת הציע מעלתו הדבר לפני:

ולדינא הנה אמת נכון הדבר דקי"ל דאפילו לענין שבועה יכול לומר קי"ל כמ"ש הש"ך בעצמו בסי' פ"ז סק"י וכ"כ הנוב"י מהדו"ק חח"מ סי' י"ג אמנם במקום שיש מנהג לפסוק כזה או כזה יש פלוגתא אי יכולין לומר קי"ל והש"ך שם והתומים והנתיבות שם העידו דהמנהג כהש"ך ואולי נאמר דגם ע"ז יאמר קי"ל כמ"ד דגם במנהג יוכל לומר קי"ל. מיהו נראה כאן במקום מנהג גם הסמ"ע מודה לדינו של הש"ך דהרי כל טעמו של הסמ"ע משום דהוי כאלו אמר שלא יהפך וכאלו נגמר דינו והיינו היכא שאין מנהג דאפי"ה יכול

להפוך. אבל אם יש מנהג דאפילו בכה"ג יכול להפוך איכ"ל דאמר על דעת המנהג כעין דאמרינין בעלמא כל הנודר על דעת המנהג הוא נודר וא"כ לא קיבל ע"ע שלא להפוך ולא נגמר דינו גם הסמ"ע מודה בכה"ג להש"ך. וממילא אם יש מנהג בוודאי א"י לומר קי"ל כסמ"ע:

אמנם אפילו אם אין מנהג אפי"ה א"א לומר שהתובע מחוייב לישבע אם רוצה לחוש לעצמו אולי טועה או יחוש שגם שבועות אמת אינו רוצה לישבע וכי נכוף אותו לישבע או לקבל בחרם וע"כ שהכוונה רק שלא יוכל להפוך על הנתבע הרי בלא"ה אין התובע יכול להפוך על הנתבע ואפי"ה תיקנו הגאונים שיטילו חרם סתם על כל מי שמעכב או נוטל ממון של פלוני שלא כדין וכ' האורים בסי' פ"ז סקל"ה שהאידנא כל מקום דאיתא חרם סתם המנהג להטיל חרם פרטיי וע"כ כדי להרחיק מן הגזל או לעשות שלום בעולם תיקנו הגאונים כן ובאורים סימן פ"ב סעי' ט' כ' דאם היפך הנתבע והתובע אינו רוצה לישבע שצריך לדידן להנתבע לקבל בחרם ואם אינו רוצה משמתינין לי' וא"כ ה"ה בנידון הנ"ל לא שייך לומר שקיבל שלא להפוך שהרי בלא"ה עפ"י הדין אין התובע יכול להפוך וגם לא קיבל שהוא מוכרח לקבל בחרם אפילו לבו נוקפו:

ובנידון הנ"ל יש ראי' שהרי נתנו לו זמן וע"כ צורך הזמן בשבועה וחרם על כל אחד שישים על לבו אולי יזכור ואז לא יקבל בחרם שהרי אינו רשאי ומנ"ל שויתר שאם יחוש אולי טועה הוא או יתברר לו ספק בדבר שאז עפ"י הדין על ידי טענת ספק יוכל להחרים כדאיתא בחו"מ סוסי' ע"ה ומנ"ל שמחל על זה הרי עתה טוען ברי ואם יעמוד וישאר בדיעה זאת ובבירור הזה לא יהפוך ואינו רשאי להפוך אבל לא מוכח מזה שאם יהי' לבו נוקפו ימחול על דין חרם שיכול להטיל וא"כ עדיין לא נגמר דינו ולכל הפחות היכא דקבעו לו זמן גם הסמ"ע מודה דלא מקרי גמר ויכול לחזור אפילו אי חשוב כקבלה:

ובאמת גוף הדין שכ' האורים הנ"ל והנתיבות שם דאם אין התובע רוצה לשבע מוכרח הנתבע לקבל בחרם פרטיי קשה לי הרי לפי"ז לקתה מדת הדין דהרי לעולם הברירה ביד הנתבע וכמ"ש הר"ן בשבועות (דף מ"א) וביאר שם בהגהות הואיל והנתבע מוחזק הברירה בידו ויכול להפך על התובע ואם אינו נשבע פקע זכותו כמ"ש הרי"ף בכתובות בפרק הכותב בשמעתין דפוגמת דאם אין רוצה התובע לישבע פקע זכותו. דדווקא הנתבע יכול להפך על התובע אבל לא התובע על הנתבע והשתא לפי תקנה הנ"ל יהי' כח התובע עדיף מנחבע וכ"ש לפמ"ש הכה"ג בסי' פ"ז בהגהות הטור אות ל"ד דחרם פרטי עדיף משבועה וא"כ התובע יכול לפטור משבועה וחרם ונתבע לא יוכל לפטור וצ"ע:

ולכך הי' נראה לי דגם בכה"ג באין התובע רוצה לישבע אין על הנתבע אלא חרם וכן נראה מדברי הנוב"י מה"ק חח"מ סי' י"ג הנ"ל דבכ"מ כ' שם חרם בב"ד חוץ גבי אם אין התובע רוצה לישבע אם הפכו עליו כתב דלהנתבע יהא חרם סתם ולדעת האורים הנ"ל צריך לדחוק. מיהו נראה דעד כאן לא כ' האורים אלא אם הי' התובע מחוייב שבועה אז אם אינו רוצה לישבע יהא מחוייב הנתבע לקבל בחרם. אבל כמו בנידון הנ"ל דגם על התובע לא הי' אלא חרם פרטיי איך נימא דהתובע א"צ לקבל והנתבע חייב לקבל ובכה"ג וודאי לקתה מדת הדין. לכך נראה דבכה"ג לכ"ע אין על הנתבע אלא חרם סתם. וכך הייתי מורה אלו בא דין הנ"ל לפני ומבואר מש"ך סי' פ"ז סקל"ו דהנתבע יכול לפטור עצמו מחרם אם מהפך על התובע דבר שקל מחרם אלא שכ' דור בחייך לא מצינו דקל. וגם זה צ"ע מנ"ל הא דהנתבע א"י להפך על התובע אלא דווקא דבר שקל והדרן לנידון הנ"ל שנהי שהי' נ"ל שהנתבע יקבל בחרם סתם מ"מ כיון שכ' מעלתו שהי' נראה בטענות התובע רמאות אין לערער על פסק מעלתו. ידידו הדו"ש הק' משה שיק מברעזאווע:

תשובה ד

בימי המצרים. ישמרהו המאיר לארץ ולדרים ה"ה ידידי הרב הגדול המופלג בתורה כבוד ש"ת מו"ה פינחס שיפער ני' יושב בשבת תחכמוני בק"ק לעמבערג יע"א:

מכתבו קבלתי כו' ואשר העיר על הרמ"א בחו"מ סי' כ"ה סעי' ה' דפסק כמהרי"ק בשורש מ"א דיחיד ורבים הלכה כרבים אפילו אינם מסכימים מטעם אחד והקשה מעלתו הא הה"מ בפ"ז מה' אישות הלכה י"ב לא ס"ל כן והלח"מ פ"ח מתמידין הלכה ט"ו מישב דעת הרמב"ם ג"כ עפ"י שיטת הה"מ ולמה סתם הרמ"א כמהרי"ק ולכל הפחות צ"ע הא הרמ"א שם כ' היכא דבתראי לא הביאו דברי קמאי קי"ל כקמאי וה"נ כיון דמהרי"ק לא הביא דברי הה"מ אולי אי ראה דבריו הי' חוזר עכ"ל בקיצור. ולפיענ"ד לא קשה דהנה הש"ך שם בחו"מ כ' להביא ראיית לענין ב"ד של ג' או כ"ג לכ"ע הדין הזה דאם רוב מזכין אפילו אינם מטעם אחד אזלינין בתר רוב והביא ראיות ברורות לזה עיי"ש. ומ"מ הוא גופי' תיקשי כיון דסברת וטעם כל אחד יש רוב נגדו ליהוי ככולם שווין כחד לגבי חד. ונראה דהנה הפרמ"ג בפתיחה לתערובות הקשה מנ"ל מאחרי רבים להטות ביטול שהאיסור יתבטל ויהי' כהיתר:

ונראה דקושיא חדא מיושבת באידך דהנה הר"ן בנדרים דף נ"א הסביר דהיתר בהיתר כיון דשווין אינם מבטלים זה את זה והיינו טעמא דרבנן דתרווייהו עולין נינהו אינם

מבטלין זא"ז. ולזה אני אומר דגם כאן הוי הטעם כן דלעולם פשטא דקרא מיירי דאחרי רבים להטות סתמא אפילו אינם מטעם אחד ואפי"ה א"ש דהנך שנים דמזכין למשל. ואחד המחייב שהם אינם שווין לגמרי מבטלים אותו וכאלו אינו משא"כ ב' המזכין נהי דבטעם פליגי מ"מ הם כהיתר בהיתר וכתרווייהו עולין וא"א לצרף כל אחד מהם עם הכנגדו כדי להיות רוב לבטל טעמם משום דהוי כתרווייהו עולין ואינם יכולין לבטל. וממילא מוכח על כרחך ביטול ברוב דתירץ זה א"ש אם הטעם דאחרי רבים משום ביטול אבל אם הטעם דרוב משום דמסתמא הרוב השיגו האמת. ושהאמת מסתבר דיצא מהרוב א"כ עמדה קושיא הנ"ל וא"ש:

וכל זה כשיש בפנינו ב"ד אבל הא דידן דאזלינין בתר רוב הפוסקים הנמצאים לפנינו. שם אין הטעם משום ביטול אלא הוא רוב כעין רוב דכל דפריש מרובא פריש דמסתמא מסתבר דהאמת עם הרוב ולפי"ז אצלינו אין הדבר:

מוכרע דבכה"ג הרוב הוא מצד טעם כל אחד באופן אחר אי אזלינין בתר רוב והוי ספיקא:

ולכאורה א"ש כהכרעת הש"ך דבדרבנן סמכי' על רוב כי האי והוי כספיקא ושריא ובדאורייתא לא סמכינן על רוב כזה אלא שמהרי"ק מביא ראי' מחולין דף ל"ו דמוכח דגם בכה"ג סמכינן על רוב וחשבינן לי' כעין ב' צדדים וכס"ס. ולפי האמור מבואר דאין מדברי הה"מ פלוגתא על המהרי"ק מלבד שהה"מ לא הכריע ולא כתב זה אלא לחד טעמא. עוד אין ענין דברי הה"מ שייכים לכאן דגבי הא דהה"מ שמואל ור"י דפליגי על רב גם בדין אינם שווים שמואל מקיל לגמרי ור"י מחמיר לגמרי ואין להם מה שיצרפם משא"כ בהאי דמהרי"ק וא"כ עיקר קושיא מהה"מ לא קשיא כלל. מיהו גם מלח"מ אין ראי' דהרי גם מהרי"ק מודה דלא עדיף האי רוב כרוב דעלמא אלא דהוי כמו ב' צדדים כמו שהסברתי וגבי רע"ק אמרו ודייקו ולא מחבריו דווקא רבים אי פליגו עלי' וא"כ אין לדחות דברי מהרי"ק בפרט שהוא מביא ראי' מסוגיא ערוכה חולין דף ל"ו. ומ"ש הש"ך ביו"ד סוס"י רמ"ב דגם למהרי"ק לא ברירא לי' האי כללא תמהני עליו דהרואה שם במהרי"ק יראה דפשיטא לי' ורק על הדס שיטה פקפק עיי"ש:

אלא שקשה לי על המהרי"ק זה כמה שנים מדברי רש"י הא דקי"ל כדברי המכריע ופי' רש"י בחולין בפ' ראשית הגז ובב"ק קט"ו ובפסחים דף כ"א דהוא משום דנעשה כרבים אצל יחיד ואפי"ה אמרינן שם הכרעה שלישית אינו מכרעת דב"ש וב"ה לא גילו דעתם א"כ י"ל דלא ס"ל האי טעם א"כ מוכח אע"ג דשווין בדינם אם אינם שווין בטעם לא מקרי רבים. באמת בלא"ה קשה להבין סברת רש"י הא ב"ש וב"ה טובא הווי וב"ה רבים נגד

ב"ש ואיך יכריע אחד לעשותם רבים. ובמקום אחר יישבתי זה עכ"פ מפרש"י נראה דלא כמהרי"ק. ואפשר דמהרי"ק סובר כפי' הר"ח שם בתוס' והכרעה ג' היא הלכה משום דהוא מלתא מציעתא ע"ד שפ' הרמב"ם והש"ע בחו"מ סי' ק"ג סעי' ג'. ועכ"פ לפי פרש"י יהא מוכח דלא כמהרי"ק ואע"ג דמהרי"ק מייתי ראי' כנ"ל. הא אפשר לומר כהכרעת הש"ך לחלק בין דרבנן לדאורייתא ושם בחולין איכ"ל דמיירי בתרומת ירק דרבנן דווקא:

ולפי מ"ש הפרמ"ג ביו"ד סי' נ"ט בטו"ז סק"א נמי לכאורה מוכח דלא כמהרי"ק דשם כ' דלכך לא התיר בנשתייר ע"פ השדרה לסמוך על הרי"ף והרא"ש כדרך הב"י בפסק הלכה שלו דהוי משום שני טעמא א"כ מוכח דבדאורייתא לא סמכי' ארבים כה"ג. ואפשר לישב קושית הפמ"ג אכה"ג דהאיבעי' הא כ' הב"י דהוי ס"ס אלא די"א דתיקו לא חשוב ס"ס. מיהו זה משום דהווי כדבר שיל"מ דתשבי יתרץ קושיות ואיבעיות וזה מדרבנן ובדרבנן שוב סמכינין על רבים אפילו מב' טעמים ושפיר כ' הכנה"ג. ועכ"פ דברי הש"ך נראין נכונים [ואפשר דהרמ"א עצמו לא כוון דחשוב רבים גמיר להוציא ממון דהא יכול לומר קי"ל אלא להחזיק]:

ומ"ש מעלתו נ"י לישב דברי הרמב"ם ראי' מפסחים דף ע"ו דע"כ אתיא כרע"ק כמו שפרש"י דף ע"ה ד"ה וכי תימא הנה הכ"מ כ' בפ"ט מרוצח דין א' דבב' סדרים יש סדר א"כ אדרבה קשה הא הוי סתם ואח"כ מחלוקת ואין הלכה כסתם ויעויין במג"א סי' תפ"ט וע"כ צ"ל לדידי' כתי' הכ"מ וכסברת הרשב"א בתשובה סי' קי"ד המובא בתויו"ט ר"פ כל הבשר וא"ש. והנראה לפי ענ"ד כתבתי ידידו הדו"ש הק' משה שיק מברעזאווע:

תשובה ה

לבאר אי בעי' בעדות המחייבו קרבן דו"ח. ועדות שאתה יכול להזימו.

הנה נראה פשוט דאם הוזמו עדים המחייבין אותו קרבן דאין מחייבין אותן קרבן מכאשר זמם כמו דאמרינן במכות דף ב' ע"ב שאם חייבו כופר כיון דכופרא כפרה והני לאו בני כפרה נינהו א"א לחייבם כופר וא"כ הה"ד ומכ"ש דא"א לחייבם קרבן חטאת דהני לאו בני קרבן חטאת נינהו. וכיון דא"א לחייבם מכאשר זמם א"כ לפי תירץ השני בתוס' במכות דף ב' ע"א ד"ה מעידין דכל היכא דא"א לקיים כאשר זמם לא בעינין עדות שאילה"ז ובנוב"י מהדו"ק בחאהע"ז סי' ע"ב הוכיח דתירץ זה עיקר וא"כ נפשט ספק הנ"ל דעדות המחייבין קרבן לא בעינין עדות שאילה"ז ואפילו אי הוי בעינין דו"ח וכמ"ש הנוב"י שם דזה אינו תלוי' חד באידך מ"מ אין דו"ח מעכב אא"כ בעינין עדות שאילה"ז וכמו שהאריך בנוב"י שם:

אמנם לפי תירץ הראשון של התוס' הנ"ל א"כ גם בעדים המחייבין קרבן יש לקיים דין הזמה ע"י מלקות ושפיר מקרי עדות שאילה"ז כיון שאמרו לו אכלת חלב וא"א לומר לפוסלו באו. דזה אינו שהרי אינו נפסל בזה כדקי"ל בחו"מ סי' ל"ד דיכול לומר שוגג הייתי וא"כ אפשר דבעינין עדשאילה"ז ודו"ח מעכב מ"מ לפי ענ"ד לפי מאי דמסקינין ביבמות דף פ"ח ע"א דע"א נאמן לחייבו קרבן היכא דאינו מכחיש לי' ולפי ענ"ד פשוט דכל היכא דסגי בע"א לא בעינין דו"ח כמו בע"א באיסורין דיליף מן וספרה לה דפשיט דלא בעינין דו"ח ה"נ ע"א לחייבו קרבן ואפילו לחייב שבועה נראה לפי ענ"ד פשוט דלא בעי' דו"ח ועדות שאילה"ז דהרי דו"ח גם בדיני ממונות לולא דכתיב משפט אחד יהי' לכם לא הוי בעינין כדאיתא סנהדרין דף ג' ריש עמוד א' משום דכי כתיב דו"ח בעדות נפשות כתיב ורק משום דכתיב משפט אחד והיכא דסגי בע"א א"כ גילה לן קרא דלא בעי' משפט אחד א"כ גם דו"ח לא בעינין:

וראיתי בנוב"י בתשובה הנ"ל שכ' שם גבי סתירת היתר הראשון בד"ה ועל פי זה יפה פסק הריב"ש נ"י דע"א עדות שאילה"ז לא בעינין אבל דו"ח בעינין ולפי ענ"ד פשוט כנ"ל ואין להביא ראי' מהא דאמרינין בב"מ דף ד' ע"א לפי גירסת התוס' שם בד"ה עד אחד יוכיח שישנו בהכחשה ובהזמה א"כ ע"כ כיון שישנו בהזמה היינו אם ישנו בדו"ח. זה אינו דנהי דעפ"י הדין לא צריך דו"ח מ"מ אם אמר באיזה יום והזימו אותו ישנו בהזמה ואפי"ה אם לא הזימו מחייב שבועה. ומטעם הזה בעצמו נראה אפילו אי בעינין דווקא ב' מחייבין לי' קרבן אפי"ה לא בעינין דו"ח דדווקא בממון ועדות נפשות גלי לן דבעינין דו"ח. וראי' מעדות נשים דפלפלו בריטב"א ורמב"ן ובנוב"י שם בד"ה ודע כו' דמנ"ל דבעי' דו"ח והעלו משום דיליף דבר דבר מממון א"כ משמע דווקא היכא דגלי לן קרא אבל בעדות בעלמא לא בעינין דו"ח:

ובזה מיושבין אצלי דברי הרמב"ם בפ"ב מה' קידוש החודש הלכה ב' דמבואר מדבריו דבעדות קידוש החודש ל"ב מן התורה דו"ח והלח"מ דחק בזה דמנ"ל הא דלמא בעינין דו"ח ולהנ"ל י"ל דסובר הרמב"ם דכל דלא גלי קרא דבעי' דו"ח אז הדין דלא בעינין דו"ח ואע"ג דכתיב משפט אחד כבר ביאר הנוב"י שם דזה דווקא בהנך דכתיבין שם בפרשה ממון ונפשות. ונראה לי להביא ראי' לזה ממאי דהוכיח ביבמות דף פ"ז ע"ב דקרא דאו הודע אליו חטאתו מיירי בע"א דאי ס"ד תרי. תרי ולא קמכחיש להו קרא בעי דנאמנים בתמי'. ומאי קושיא דלמא לעולם בתרי ואפי"ה בעי קרא דנאמנים לפי תי' ב' של תוס' מכות הנ"ל דאינם עדות שאילה"ז. וגם לתי' הראשון דלמא מיירי כגון שלא דרשו וחקרו או שלא ידעו הזמן וא"כ אילה"ז קמ"ל קרא דנאמנים. ואם תאמר דפשיטא לי' דאם אינם

יודעים הימים דאינם נאמנים. זה אינו דהרי מכח קושיא זו מוקי לה בע"א וכבר כתבתי לעיל דבע"א וודאי אין דו"ח מעכב וא"כ מנ"ל דמיירי בע"א דלמא בב' ורק שאילה"ז וע"כ דע"ז לא צריך קרא דפשיטא דדווקא היכא דגלי הוא דבעי' דו"ח ועדות שאילה"ז כן נראה לפי ענ"ד ראי' גדולה:

אמנם הא קשיא לי א"כ איך למד ר"מ שם ק"ו דאם מביאין שנים לידי מיתה חמורה מכ"ש שיביאו לידי קרבן הקל וקשה האי מאי קו"ח הוא זו דלמא דווקא בעידי נפשות דהוי עדות שאילה"ז משא"כ כאן ובשלמא לפי תי' הראשון בתוס' מכות אפשר לומר דלדבריהם דרבנן קאמר והקשה דלדידי' בלאו קו"ח נאמנים. אלא דהקשה לפי דברי רבנן דס"ל דלעולם פטור ואפי' אם הי' דו"ח ואפשר לבוא לידי הזמה מ"מ אין עדים יכולין לחייבו על זה קאמר קו"ח. אבל לדברי תי' השני של התוס' וכפי מה שבירתי דלעולם אין עדי קרבן נקראין עדות שאילה"ז א"כ האיך למד קו"ח:

ואפשר דהקו"ח מעדים המחייבים אותו גלות וזה קרי לי' לר"מ ידי מיתה שאפשר לו לבוא לידי מיתה אם יצא מעיר מקלטו ובעדי גלות נאמנים אע"ג דלפי תי' ב' של התוס' מקרי אילה"ז אפי"ה ע"כ נאמנים ועיי' תוס' במכות דף ב' ע"א בד"ה מעידין אנו שחייב גלות. ומ"ש התומים בסי' ל"ח דכוונתם דס"ל כפרש"י במכות דף ה' דבהודאתו א"י להתחייב גלות וע"כ מטעם עדים ואיכא קו"ח. ועדיין צ"ע לתי' התוס' הזה מכל מקום נראה כנ"ל דעדי קרבן וכיוצא לא צריכין דו"ח ולא עדות שאילה"ז כן נראה לפי ענ"ד הק' משה שיק מברעזאווע:

תשובה ו

יתענג על רוב שלום אהובי תלמידי הוותיק המופלג בתורה חרוץ ושנון כש"ת כ"ה זלמן נ"י.

יקרתך הגיעני עם חידושי תורה והארכת בדברי הרמב"ם בפ"ג מה' עדות הובא בחו"מ סי' כ"ח דס"ל דמדברי סופרים חותכין עפ"י עדות שבשטר משום נע"ד דמן התורה אמרינן מפיהן ולא מפי כתבן והראשונים והאחרונים השיגו עליו בזה עיין ברמב"ן סוף שורש ב' למנין המצות ובש"ך שם ואתה הארכת ויבואר לפנינו אי"ה. והנה דקדקת על הספרי שקבע הדרש הזה דלא מפי כתבם בפרשת שופטים בקרא המאוחר שנאמר שם עפ"י שנים עדים או עפ"י שלשה יקום כו' שם דרש ולא מפי כתבם ולא קבע דרש זה בקרא המוקדם שם בפ' שופטים על קרא עפ"י שני עדים או ג' יומת המת. ואם תאמר

דשם איכ"ל משום דאורתא דקרא כן אבל כאן שהכפיל עפ"י שנים כו' מיותר ולכך דרש כזה א"כ קשיא על התורה גופה למה לא כתבה בקרא קמא ב' פעמים עפ"י עכ"ל בקיצור:
הנה אמינא לך טעמא דהנה נהי דאמרינן ולא מפי כתבם היינו עדות העדים אבל מעשה ב"ד מהני בכתב ומאי יפה כח ב"ד וקיי"ל ב"ב דף קי"ד בג' שהלכו לבקר רצו עושין דין רצו הוויין עדים. וכן קי"ל בחו"מ סי' ז' בג' שראו ביום יכולין לעשות דין עפ"י ראייתן וא"כ ס"ד דבג' מהני עדות מפי כתבן דהרי נעשו ב"ד ואלים כוחן קמ"ל כיון דבאו להעיד צריך שיאמרו עדותן בע"פ. וכל זה בעדות ממון אבל בעדות נפשות הא קי"ל בר"ה דף כ"ו דאין עד הרואה נעשה דיין. ובלא"ה הא בעינין ב"ד של כ"ג ואפילו לקבל עדות מוכח ברמב"ן בחומש בפרשת שופטים על קרא דעפ"י שני כו' או ג' יומת דס"ל דבעי' כ"ג אפילו לקבל עדות ולכך לענין עדות נפשות אין חילוק בין ב' לג' דג' אי אפשר להם להיות ב"ד בדבר זה ולא שייך למימר דאלים כוחם ולכך לא כתיב בי' עפ"י ב' פעמים ועכ"פ כיון דבממון הוא דכתיב ב' פעמים עפ"י. לזה קבע הדרש שם. ולכך גם כן הא דהקשו חכז"ל במכות דף ה' דאם מתקיימת העדות בב' כ"ש בשלשה אלא להקיש שלשה לשנים זה קשה דווקא בעדות נפשות אבל בעדות ממון איכ"ל דכתיב ג' להורות דגם בג' בעינין מפיהם ולא מפי כתבם. ובזה מיושב קושית התוס' במכות דף ו' בד"ה רי"א בד"א בעדות נפשות כו' והקשו הא גם בממון כתיב עפ"י שני או ג' והוי הקישא ולהנ"ל לא קשה מידי דבממון בעי' ללמד דאע"ג שהם ג' בעי' מפיהן ולא מפי כתבם וא"ש:
ועתה נבוא לפלוגתא דפליגו הראשונים דלהרמב"ם גם עדות בשטר ממועט דהוי מפי כתבן. ולשאר הראשונים עדות בשטר שאני. והפנ"י בקו"א רפ"ק דגיטין הקשה האיך אפשר דבשטר מהני מה"ת הא הוי עדות שא"א יכול להזימה. ואתה כתבת לתרץ עפ"י דברי הש"ך בחו"מ סי' ל"ח בסופו עפ"י מאי שפירשו בסנהדרין דף ל"ב. ולפי"ז מה"ת דבעי' דו"ח לא הי' כשר שטר מאוחר ולכך לא היו יכולין לומר אחרנוהו כו' וזה אינו לכאורה דמה בכך דמאוחר פסול וכי משום דפסול נוכל לענוש אותם והם עומדים וצווחים אחרנוהו ובאמת פסול ואיך נעשה בהם דין הזמה. וגדולה מזו דהרי מוקדם בוודאי פסול ואפי"ה נאמנים העדים לומר שהוא מוקדם כמבואר בירושלמי פ"י דשביעית והובא בפוסקים בחו"מ סי' מ"ג ואפילו בכתב ידם יוצא ממקו"א הביא הרמ"א בסעי' ח' ובש"ך שם די"א דנאמנים וא"כ אכתי לא הוי יכולין להזימם. מיהו יש לישב דבריך דוודאי לפי האמת לפי מאי דתקנו חכמים דלא בעי' בד"מ דו"ח א"כ לא הוי הזמן מעיקר העדות ולכך יכולין לומר ע"ז לא חתמנו אבל אם הי' בעינין דו"ח והוי הזמן מעיקר העדות לא היו יכולין לומר ע"ז לא חתמנו והוי שפיר יכול להזימה. מיהו מלשון הש"ך

משמע ראי' לסתור סברא זו וס"ל דווקא בכתב בפירוש בזמנו כתבנוהו הוי מקרי יכול להזימה וס"ל דאם רק פוסלין את העדים מקרי יכול להזימה שהראי' שהביא הפנ"י שם דמשום הפסול לא חשיב יכול להזימה צריך לחלק בין עדות ממון לעדות נפשות:

אמנם הנראה לפי ענ"ד דקושית הפנ"י בלא"ה ל"ק כ"א להש"ך לשיטתו צריך לומר כנ"ל דהנה י"ל טעם שפסול עדות בכתב אם אמנם אנן כאצבע בקירא לסברא ואיך נשיג טעמי בוראינו מכל מקום בדרך אפשר נאמר הנה הא דגזרה התורה דעפ"י שנים יקום דבר אפשר לבוא כמה פעמים לידי תקלה אולי ישקרו וכמ"ש הרמב"ם בספ"ז מה' יסודי התורה רק דהדבר מוכרח לישוב העולם לסמוך על חזקתם. ומש"ה החמירה התורה על העדים למעט חשש התקלה לעונשם בהזמה ולכך צריך שיהי' בהם דין הזמה כדי שיפחדו להעיד שקר. ומטעם זה נראה דפסול עדות בכתב. דהנה הרגשת הנפש הפנימיית פועלת על הגוף כמאמר הכתוב הכרת פניהם ענתה בם ונאמר בנחמי' א' מדוע רעים א"ז כי אם רע לב. והנה הרגשת והמיית הגוף פועלת על הדיבור כי האדם שנבהל או נתפחד אסתתם לישני' ואינו יכול לדבר כראוי. וגם כן נודע שאדם שלא מת לבו בקרבו לגמרי אם יעשה מעשה רשע כזה להעיד לפני שופטי אלקים עדות שקר ירגיש בנפשו ולב יודע מרת נפשו ויפחד ועי"ז נסתתם מילולו קצת עד שלפעמים אפשר להבחין ולהרגיש עפ"י דיבורו האם אמת בפיו אם לא. ולזאת נקל לאדם לכתוב שקר מלדבר שקר בפיו. ולכך למעט התקלה צוותה התורה לפסול עדות בכתב ומשפטי ד' אמת וכל זה בעדות בכתב בין אם יכתוב בפני ב"ד וכ"ש אם יכתוב עדותו חוץ לב"ד וישלח לב"ד:

אבל שטר ס"ל לרמב"ן וסייעתי' דמהני דגם זה צורך ישוב העולם כמו עדות בע"פ וע"כ התירה התורה:

ועוד דבעדות בשטר לא נחשדו שיכתוב אדם ויעשה שטר בשם הלוה ויהי' שקרותם עומד ימים רבים וכשם שאמרו דעדים החתומים עה"ש כמו שנחקרה עדותן בב"ד דלא חציף אינש לזיופא אע"ג דחשיד לטעון שקר בפיו מ"מ לא נחשד על הזיוף בכתב, ה"נ העדים לא נחשדו לזייף בשם הלוה כנ"ל והוי כעין שאמרו בגיטין דף ס"ז דיבורא אמרי מעשה לא עבדי וכ"ש כיון דבע"פ לא נחשדו לשקר גם בשטר הרי ידוע להם כשיבוא לב"ד ויכפור ישלחו אחריהם להעיד בע"פ ובזה לא נחשדו לשקר ולכך ס"ל לרמב"ן וסייעתי' דשטר לא נפסל מכח מפיהן ולא מפי כתבן. וה"נ לא נפסל מכח עדות שאאילה"ז. כיון דלא נחשדו לשקר בשטר ולא קשיא קושית הפנ"י. אמנם להש"ך בסי' ל"ח דסובר דגם בשטר בעי' יכול להזימה שפיר הקשה הפנ"י וצ"ל כנ"ל וכל זה להרמב"ן

וסייעתי'. אבל הרמב"ם וסייעתי' ס"ל דגם בשטר פסול מכח כתב. ולפי האמור הי' אפשר לומר דגם הרמב"ם מודה דכמו שלא נחשד לזייף דלא חציף ה"נ לא נחשדו העדים. אלא דכ"ז מה"ת אבל השתא דראו חכז"ל דיש לחוש לזיוף ותיקנו דבעינין קיום. אכתי אפילו יתקיים יש לחוש לשקר העדים שזייפו זה בשם הלוה שלא כדין וע"ז לא מהני קיום ויהי' פסול ע"ז כ' הרמב"ם דמ"מ מהני שטר משום שלא תנעול דלת אבל לעולם מן התורה גם הרמב"ם מודה וכיוצא בזה כתב לי ש"ב הרב המופלג מוה' דוד שיק ני' ומטעם אחר: **אמנם** המעיין באמת יראה שאין זה דעת הרמב"ם אלא דמה"ת לא מהני. אבל באמת נראה עיקר כמ"ש התומים בסי' כ"ח דבגט וקדושין ושטר מכירה ומתנה וכיוצא בהן שהכשירן בכך והחתימה עושה אותו לשטר גם הרמב"ם מודה עיי"ש. ועפ"י האמור יש להסביר דבריו דהנה מבואר לפיענ"ד דגם הרמב"ם מודה דע"א בשטר מחייב שבועה מה"ת דלענין ע"א לא כתיב עפ"י רק לעדות קם וראי' ברורה לזה מדברי הרמב"ם בפי"ד ממלוה ופסק כן בש"ע חו"מ סי' נ"א סעי' ב' בע"א בשטר והלוה טוען פרעתי הוי מח"ש ומתוך שאיל"מ וקי"ל בחו"מ סי' ע"ה סעי' י"ד דבשבועה דרבנן לא אמרינן משאיל"מ וא"כ אי ס"ד דמה"ת אינו מחוייב שבועה איך אמרינן בי' מתוך שאיל"מ אלא וודאי דבעדות שבשטר לא חשיב בירור ממש מטעם הנ"ל למעט תקלה אבל שפיר מחוייב שבועה וכן מדוייק לשון הרמב"ם בפ"ג מעדות דאין חותכין עפ"י עדות בשטר. והתומים בסי' נ"א שם לא כתב כן ולא זכיתי להבין דבריו:

וכיון דאמרנו דלענין הנך דהוי הכשירן בכך מהני לעשותן שטר שוב איכ"ל דמהני גם אח"כ לראי' כעין דפסק הרמב"ם בפי"ג מסנהדרין דאם הוחזק דבר אחד ע"י עד אחד סוקלין ושורפין אח"כ על חזקה זו. ועוד דבאלו וודאי חשיב מעשה ודיבורא אמרי מעשה לא עבדי כדאיתא בגיטין וגם דבהנך לא מושכחת בירור כלל כיון שעל כרחך צריכין שיכתבו כן בשעת מעשה לעשות שטר ואח"כ אפילו אם יעידו בע"פ חשיבו כנוגעין בעדותן לפימ""ש הש"ך בחו"מ סי' ל"ג סק"ט וא"כ אי אפשר לברר יותר ההכרח לסמוך על חזקתם לעשות על פיהם שטר משא"כ בשטר הלוואה ס"ל להרמב"ם לא חשיב מעשה ואפשר שלא יכתבו ויעידו מה"ת על פה ולכך לא מהני מה"ת. ועפי"ז יש לישב ג"כ הקושיא על הרמב"ם מכתובות דף כ"ח ע"א שאמרו קיום שטרות דרבנן יש לישב עפ"י מ"ש התוס' שם בד"ה קיום כו' דמיירי בטוען הלוה פרעתי וא"כ הוי מה"ת מחוייב שבועה ומתוך שאיל"מ ולא בעינן קיום רק מדרבנן לכך מהני להעיד בגודלן מה שראו בקוטנן כן נראה לפי ענ"ד. דברי הדו"ש ה"ק משה שיק מברעזאוווע:

תשובה ז

יום ו' עש"ק פ' בהעלותך שנת תרל"ז לפ"ק. מזלא טבא וברכה והצלחה לתלמידי הב' החתן תמים במעלות ובמידות טובות מופלג בתורה חרוץ ושנון מו"ה יעקב שלום נ"י סופר:

מכתבך קבלתי ועל דבר הקושיא אשר הקשית על שיטת הרי"ף המובא ברא"ש וברי"ן במכות דף ו' דהא דאמרינן אם נמצא א' מהן קרוב או פסול כל העדות בטל שהעד האחר יודע שזה העד הוא קרוב לבע"ד והקשית מסנהדרין דף כ"ג ע"א דאמרי' דאין עד רשאי לחתום אלא א"כ יודע עם מי הוא חותם ופרש"י הטעם משום שמא ימצא חד פסול ויבטל כל העדות ויבוא לידי בושה וא"כ מוכח דאע"ג דלא ידע מ"מ כל העדות בטל עכ"ל ותימה בעיני וכי גברא אגברא קא רמית דהרי הרמב"ם בפ"י מה' עדות כתב דאסור לישראל להצטרף עם עד פסול או גזלן מקרא דכתיב אל תשת ידך עם רשע להיות עד חמס. וכן פסק בחו"מ ריש סימן ל"ד וביאר שם האורים ובס' נתיבות המשפט שם הביאו דאפילו אם לא יצרף עמו לא נתבטל עדות הכשר אפי"ה עובר בלאו הזה עיי"ש. ובשבועות דף למ"ד ע"ב ילפינן מקרא דמדבר שקר תרחק א"כ אם הוא פסול מדאורייתא צריך לחוש עליו שמא השני פסול והוי ספיקא דאורייתא. ובדאורייתא לדעת הרמב"ם המובא ביו"ד סי' קי"ט דבעינין דווקא שידעו שהוא מוחזק בכשרות. ובבכור שור בע"ז דף ל"ט בירר דבדאורייתא בעינין מדינא מוחזק דווקא לדעת הרמב"ם. וא"כ טעמא דר"י שם בסנהדרין הוא מדינא דאין להצטרף להעיד אלא עם מי שהוא ידוע ומוחזק וא"כ א"ש. ואדרבה קשה על רש"י למה צריך לטעם זה וצ"ל דס"ל דסמכינין על סתם ישראל שהוא בחזקת כשרות. ואפילו בדאורייתא סמכינין עליו ולכך הוכרח רש"י לומר משום שמא ימצא חד פסול כנ"ל וא"כ רי"ף ורמב"ם לשיטתם א"ש:

ובזה אמרתי לישב לשון הרמב"ם בפ' כ"ב מהלכות סנהדרין הלכה יו"ד שכ' דאסור לדיין לצרף כו' ויליף מדבר שקר תרחק והוא מש"ס שבועות דף ל' ומסיים שם דנקיי הדעת בירושלים היו עושין כן שלא דיינו עד שידעו מי יהי' דיין אחר ולא חתמו אא"כ ידעו מי יחתום עמו עיי"ש נראה כוונתו דאפילו עם דיין דמסתמא הוא חבר לא סמכו על החזקה דמסתמא הוא חבר והמצויין אצל דיינות מומחין הם וכשרים הם וממילא הוי כמוחזק ממש אפי"ה החמירו נקויי הדעת על עצמם שלא יתחברו עמם עד שיהיו יודעין אותם ולכך לענין עדות דפסול מקרא דאל תשת ידך עם רשע ועי"ז נעשה גם הכשר פסול דהרי עבר על לאו דאל תשת והוי כעד חמס דמסיים קרא להיות עד חמס בוודאי אין צריכין ללמוד מקרא דמדבר שקר תרחק משא"כ אצל דיין דלא כתיב קרא דאל תשת ידך למד

הרמב"ם מקרא דמדבר שקר תרחק כדאיתא בש"ס שבועות הנ"ל ושם בש"ס דיליף גם עד מקרא דמדבר שקר תרחק הוא רק אגב גרירא דאינך:

ועוד יותר יש לישב הש"ס דשבועות לפי מ"ש מרן זצ"ל בחיו"ד סי' י"א דכל זמן שלא העיד עליו בב"ד אפילו הוא יודע שהוא גזלן אפי"ה ליכא גבי' הלאו דאל תשת ידך. אבל הא דמדבר שקר תרחק נראה דשפיר איכא ואין זה פוטרו משבועות העדות דהרי יוכל להטריח שיבורר הדבר בב"ד. ומטעם זה נראה לפי דעת הרי"ף דוקא בידע שהשני פסול לו כל העדות בטל. פשיטא דמובן היטב דבדיין אם נמצא קרוב או פסול לא נפסלו כולם כיון דשם ליכא לאו לצרף עמו לכך מוכח ביבמות דף ק"ב דלא נפסלו כולם. ובלא"ה ג"כ כיון דליכא קרא לא ילפינן דיינים מעדות דחד מומחה נמי כשר כן נראה לפי ענ"ד:

ומה שהקשית בחולין דף ק"א דקאמר מאן תנא דאיסור חמור אית לי' ריה"ג וביומא דף ל"ו ס"ל לר' ירמי' אליבי' דריה"ג דלאו דנבלה הוא ניתק לעשה לא קשה מידי דאע"ג דס"ל בחדא כר"י הגלילי אינו מוכרח דס"ל גם באידך כוותי' ואחתום בברכה יהי' ד' עמך ויברך אותך דברי רבך הדו"ש הק' משה שיק מברעזאווע:

תשובה ח

הנה התומים בסי' ל"א סק"א הביא ראי' לשיטת חכמי בריסק שהביא הש"ך שם בסי' ל"א סק"א דע"א שהכחיש לע"א אינם נפסלים. מהרמב"ם שהביא בפ"ב מה' קידוש החודש תי' רבא בשבועות מ"ח דמצטרפין לעדות אחרת היינו לאותו עדות החודש וקשה הא לרב הונא לא צריך לזה וע"כ היינו דלשון מצטרפין משמע דווקא צירוף אבל בהדי הדדי לא ואמאי הא חד נגד חד אפילו בהדי הדדי שרי כחכמי ברוסק ולכך פירש דהיינו לאותו עדות. ולפי ענ"ד אין מכאן ראי' דהנה התוס' בב"ק דף ע"ב ע"ב ד"ה אין לך כו' הקשו עוד דרבא משני דמצרפין לאותו עדות משמע דסובר כר"ח א"כ מאי חידוש הוא בעד זומם. ולפי ענ"ד דהרי רבא סובר בסנהדרין דף כ"ז ע"א דדווקא רשע דחמס בעינין וא"כ אפילו העיד שקר בעדות החודש מ"מ לא הוי רשע דחמס וכשר לעדות ואמאי נקט דווקא מצטרפין וכדיוק התומים (ואפשר כיון דהעיד עדות שקר גרע טפי דמקרי חשוד לאותו דבר) ולכן הוכרח רבא לפרש לאותו עדות:

ובלא"ה אפילו לדידן דקי"ל כאביי דלא בעינין רשע דחמס מ"מ נראה בהעיד בשקר בעדות החודש עדיין כשר לעדות ולא מקרי פסול שהרי לא מצינו לאו מפורש שלא להעיד בשקר כי אם הקרא דלא תענה ברעך עד שקר כו' אבל דבר שאין נפ"מ בו לעדים אלא שהעיד שקר באיסור והיתר נהי דחשוד לאותו דבר הוי אבל פסול לעדות לא שמענו

שהרי קי"ל בחו"מ סי' ל"ד דלא מקרי פסול לעדות אלא בעובר בלאו שיש בו מלקות ובעדות שקר באיסור והיתר או בעניני מצוה כקידוש החודש לא נמצא בו לאו ואע"ג דבוודאי איסור איכא לכל הפחות מקרא דמדבר שקר תרחק או מכללא דמ"ע להגיד עדות מה שראה או ידע א"כ ממילא נשמע שלא להעיד בשקר. ולפעמים איכא נמי משום ולפני עור מ"מ אין בו לאו ואפילו נימא דראוי להיות עכ"פ פסול מדרבנן (וא"ל הרי הביא הרמ"א בח"מ סי' ל"ד סעי' ג' די"א דבעי' דווקא רשע דחמס. אבל ז"א דשם דווקא בעבירה דרבנן משא"כ כאן) מ"מ הא בפסול דרבנן בעינין הכרזה וכאן לאותו עדות לא הוי הכרזה. ובזה מיושב קושית הטורי אבן שהקשה דלתי' רבא תיקשה דיפסול אפילו הכשר מכח שנמצא אחד מהם פסול וכמו שהקשו התוס' בסנהדרין דף ל"א ע"א ד"ה שבית שמאי כו' כיוצא בזה אבל להנ"ל א"ש כיון דפסול רק מדרבנן א"כ בעינין הכרזה ועדיין לא הכריזו ולכך אינו פסול וא"ש:

ועכ"פ לפי האמור דפסול עדות בכה"ג הוי רק מדרבנן וא"כ בכה"ג נראה לפי ענ"ד דהיכא דכל אחד בא בפ"ע ומעיד מוקמינין לכל אחד בחזקת כשרות ואין לנו להכריז עליו שהרי איך נבייש את האדם שהוא מוחזק בחזקת כשרות וכשר לכל עניני עדות רק לצרפו יחד עם השני לא ומשו"ה בוודאי אין מכריזין וא"כ שוב כשרים אפילו בהדי הדדי וא"כ א"ש בוודאי לר"ה דסובר בהדי סהדי שיקרא ל"ל א"כ ע"כ צריך להכריז עליהם ואסור לצרפם ופריך שוב דא"כ אפילו עם אחרים לא יעידו אבל לר"ה דמוקי כל חד וחד בחזקת כשרות וא"כ אין להכריז עליהם ופשיטא אפילו בהדי הדדי שריא ואמאי נקט ומצרפין וכמו שדייק התומים וכ"כ בהדיא במהר"י מיגש בשבועות וע"כ כתי' רבא וא"כ א"ש מה שהביא הרמב"ם תי' רבא:

ובזה מיושב נמי מאי דלכאורה קשיא לי דהנה טעמא דר"ח נראה דנהי דכל חד בחזקת כשרות מ"מ הוי לי' כבא לשאול עליו ועל חבירו דהוי תרתי דסתרי אהדדי דידע במילתי' דחברי' וכמ"ש הר"ן דף כ"ז ע"א גבי מחבואה וכיוצא בזה קי"ל ביו"ד סי' קי"א סעי' ז' ועיי"ש בפליתי ובאמת צ"ל טעם לר"ה למה מוקמינין לדידי' כל חד אחזקתי' דהא הוי כבא לשאול עליו ועל חבירו וצ"ל כמ"ש התוס' בפסחים דף יו"ד ע"א דזה הוא רק מדרבנן ובממון לא גזרו אע"ג דהוי כבא לשאול עליו ועל חבירו:

ועכ"פ לפי"ז אם זה הוא טעמא דר"ח לפי מ"ש המל"מ בפ"ב מחו"מ דין י"א דהיכא דיש רק ספק איסור דאז אפילו נתיר לתרווייהו לא הווי תרתי דסתרי אפילו בבא לשאול עליו ועל חבירו מתירין לתרווייהו וא"כ לכאורה קשה מאי פריך לר"ח מברייתא דא' אומר גבוה ג' ואחד אומר ה' דנהי דהתם פסול עדותן אבל לא מצד וודאי דהא אפשר דהוי

גבוה ד' וכל חד טעה בקומה אחת וצ"ל כמ"ש הטו"א בשם התוס' דאין תולין הטעות בשנים וזה בוודאי אינו דבר ברור אלא שאין זה רגיל ואיתרע חזקתייהו אבל פשוט דאין זה וודאי וא"כ איכ"ל דאפילו בבא לשאול עליו ועל חבירו מתירין ואוקי כל חד אחזקתי' דאין כאן תרתי דסתרי וא"כ גם ר"א מודה בכה"ג ומאי פריך לר"ח. אמנם להנ"ל א"ש דלפי ס"ד על כרחך גם בכה"ג ס"ל לר"ח דפסולין דאל"כ אין מכריזין עליהן וכשרין גם בהדי הדדי ולפי"ז באמת גם לר"ה קושית הש"ס אזלא:

איברא דלפי"ז קשיא דתקשה הברייתא בלא רב הונא ובלא ר"ח כיון דמברייתא משמע דבהדי הדדי אסור וע"כ שמכריזין עליהן וא"כ ע"כ גם בפ"ע אסורין דאל"כ איך מכריז עליהן וא"כ קשיא אמאי מצטרפין לעדות אחרת ותיקשה מני' ובי'. ובשלומא בלא זה איכ"ל דס"ל לש"ס דאין זה הכרח דאיכ"ל דאע"ג דכשר בפ"ע מ"מ הכריזו עליו אלא לר"ח קשיא. אבל לפי מ"ש דגם לר"ח הקושיא רק מכח ממנ"פ א"כ קשיא כנ"ל דתקשה בלא ר"ח מני' ובי' וצ"ל דבלא ר"ח הוי מוקמינין הברייתא בעדות החודש שחללו שבת כדין דמחללין שבת וא"כ אחד פסול מצד חילול שבת. אבל לר"ח קשיא. עכ"פ לפי האמור אין ראי' לחכמי ברוסק מהרמב"ם דאיכא למימר דהרמב"ם סובר כן דכשרים בהדי הדדי מטעם הנ"ל כיון שהם פסולים מדרבנן ולא הכריזו:

אמנם השתא דאתית להכי אפשר שזה גופא טעמם של חכמי ברוסק דצריך לדחוק לדבריהם דס"ל דאע"ג דידעינין שאחד העיד שקר והוא רשע אפי"ה כיון דאין עדים עליו לא פסלתו התורה וכעין זה דעת הראב"ד בפלוני רבעני כו' וזה דוחק כיון דאנן סהדי כו' אמנם לפי הנ"ל י"ל דס"ל דע"א אפילו העיד שקר לא נפסל הואיל ואין מפסיד ממון בעדותו ולפעמים אין עדות ע"א כלום כגון באומר על אשת איש שנתגרשה וכיוצא בזה וזה כעין שהביא התומים בכללי מיגו אות נ' ונ"א בסופו בשם הרמב"ן דהיכא דאינו מועיל עדותן לא נפסלו משום עדות שקר. אמנם אנכי לא מצאתי כעת דברי הרמב"ן:

בזה: ובוודאי דברי חכמי ברוסק מבוארים שסוברים כסברת הראב"ד הנ"ל כיון שאין עדים עליו אפילו הוא אמת שעשה מעשה רשעות אינו נפסל אבל אנן אמרינין דאע"ג דהעיקר מוכח מדברי הראשונים כהש"ך מיהו י"ל כהכרעה דעד כאן לא פליגו על חכמי ברוסק אלא היכא דעדות העד מועיל ויש בו נפ"מ לחבירו כגון ע"א לענין ממון דנפ"מ בו ברוב הפעמים או לחייב שבועה או לפטור משבועה וכן בנתגרשה מושכחת לה שיש נפ"מ בעדותה הואיל ולא הוחזקה א"א בכה"ג אמרינין דנפסל לעדות אבל היכא דלא מהני עדותו כלל ואין נפ"מ בעדותו נהי דהעיד שקר לא נפסל לעדות כסברת הרמב"ן הנ"ל:

ובזה יש לישב דברי רש"י בשבועות דף מ"ז ע"ב בד"ה שתי כתי עדים כו' אחת אומרת הרג כו' וכל הרואה יפלא מ"ש הריגה דנקט ולהנ"ל א"ש דרש"י קשיא לי' דקדוק חכמי ברוסק מ"ש דנקט בב' כתי עדים הא גם בכת אחת כו' ולא ניחא לי' כסברת חכמי ברוסק ולכך פי' בעדי הריגה ושם ע"א כמאן דליתא ושפיר אפילו בהדי הדדי לא נפסל ולכך נקט בב' כתי וא"ש ועפ"י הנ"ל יש לקיים תי' דלעיל דהקושיא מקידוש החודש הוא על ר"ה ועל ר"ח כדלעיל אלא עיקר קושיא מכח הדין (ח"ת אחת) זהו מה שנראה לי הק' משה שיק מברעזאווע:

תשובה ט

לכבוד אהובי תלמידי הוותיק הבחור המופלג החרוץ כש"ת כ"ה זלמן נ"י:

יקרתו הגיעני כו' ועל דבר דברי תורה אשר בא לפלפל בדין רשע דחמס בחו"מ סי' ל"ד ובדברי מל"מ פ"ד ממלוה ולוה דין ו' ואמרתי לבאר ענין זה וממילא יתברר ויבוא תשובה על דבריך הנה בסנהדרין דף כ"ז ע"א אמרינין דלרבא רשע דחמס בעינין ואוכל נבלות לתיאבון מקרי רשע דחמס ורצה הש"ס לומר דרבא ס"ל כר' יוסי שם דסובר מקל לחמיר לא אמרינין דנחשד וא"כ תמהני טובא ממנ"פ אי לאו דנבלה חמיר כמו לאו דלא תענה א"כ אמאי לא נפסל אם הוא רשע להכעיס בנבלה ואם אינו חמיר כמו לא תענה. משום דלא תענה הוי רע לשמים ולבריות א"כ אמאי במומר לתאבון פסול הרי אפילו רע לשמים ולבריות ס"ל לר' יוסי דאינו נחשד לעדות נפשות אע"ג דהוי לאותו דבר וגם הוא רשע דחמס אפי"ה כיון דהוי מקל לחמיר אינו נחשד כ"ש בנבילות לתאבון שבזה אינו רע לבריות איך נחשידנו וזה תימה רבה וצ"ע. ועוד קשה מה שהקשית אתה הלוא בעלמא אמרי' חשיד לדבר אחד לא הוי חשיד לדבר אחר וא"כ הא דפסול לאביי כל העובר בלאו הוא גזירת הכתוב וחידוש הוא ואיך הוסיפו חכמים על החידוש לפסול גם הפסול רק בעבירה דרבנן:

והנראה לפי ענ"ד בזה דהנה בוודאי יש סברא לומר דעדות ממון ונפשות וכיוצא שבעי' בירור טפי ודווקא עפ"י שנים עדים יקום דבר וגם זה הוא דווקא על דרך ההכרח הואיל ואי אפשר להעולם להתקיים בענין אחר ולכך בעינין איומים ושיהיו עדות שאילה"ז וכיוצא בו וא"כ מסברא ראוי לומר דנהי דלענין איסור דלא בעינין בירור כולי האי ודי בעד אחד ולכך אפילו חשיד לדבר אחר כל זמן שאינו נחשד לאותו דבר נוכל לסמוך עליו מכח חזקת כשרות ולמאי דאיתרעי איתרעי ולמאי דלא איתרעי לא איתרעי ואכתי מוקמינין לי' אחזקתי' ונאמן. אע"ג דיש מקום לומר דכשם שיצא בזה מחזקתו גם בדבר

אחר יצא נאמן על עצמו בטענת ברי כיון דלדידן מסתפק לי' אבל בממון דבעינין דווקא עדות ולא מהני ג"כ עדותו של הבעל דבר א"כ כבר איתרעי חזקת כשרותו ועל אמירתו וטענת ברי שלו א"א לסמוך בממון ונפשות ולכך יש מקום לומר דבעדות ממון ונפשות אפילו אי רק נחשד לדבר אחד נחשד לכל התורה כולה דבירור אין כאן:

ואדרבה תמוה לי איך אמרינין שם דרבא נמי כר"מ ס"ל דעד כאן לא קאמר ר"מ אלא בעד זומם כו' וקשה הא ר"מ ס"ל בבכורות דף למ"ד דחשיד לד"א חשיד לכה"ת כולה ואפשר דהתם רק מדרבנן קאמר וכאן קאי על מן התורה מיהו שם בבכורות דף ל"ה סוף ע"ב משמע קצת שהוא מה"ת וצ"ע. עכ"פ זה בוודאי אמת דהיכא דבעי' בירור ממש איכ"ל דבכה"ג לא הוי בירור:

עוד יש להקדים דברי הש"ך ביו"ד סי' קי"ט סקי"ב שכ' דאפילו חשיד לדבר חמיר דחשיד לדבר קל היינו דווקא אם שניהם מענין אחד עיי"ש וא"כ לפי"ז נראה דוודאי איסור נבילה חמיר כמו לאו דלא תענה דנהי דלא תענה רע נמי לבריות מ"מ יש בו מעלה דהוי לאו שאין בו מעשה משא"כ באכילות נבלות ואפשר דבעיני הבריות נבלה חמירא. אלא דאפי"ה לא נחשד על לא תענה הואיל ושניהם אינם מענין אחד. אלא דכל זה אי נימא דאיסור וממון שווין א"כ כמו דלא אמרינין מקל לחמיר הה"ד נמי דלא אמרינין מענין לענין. אבל אי בממון בעינין בירור טפי ואפילו מקל לחמיר אינו נאמן מכ"ש מחמיר לחמיר או לקל שאינם מענין אחד:

וזה הוא כוונת הש"ס דרבא סובר ממון ואיסור דינם שוה ולכך נהי דנבילה חמיר' בעיני הבריות כמו לאו דלא תענה מ"מ נאמן כיון דאינם מענין אחד. וזה הוא אם הוא רשע להכעיס דאז אינם מענין אחד (ופשוט דהאי להכעיס היינו שאינו חושש בדבר ולא שעושה כן כדי למרוד דאז הוי כגוי לכה"ת ופשיטא דפסול לעדות כמ"ש הבכור שור בע"ז דף כ"ו ע"ב ואני כתבתי במקום אחר דאפילו אי להכעיס חשיב כגוי היינו משום תולין שעובר הואיל ואינו מאמין בתורה וא"כ הוא כופר בתורה ומין ואפיקורס כגוי אבל מ"מ אפשר דזה הוא דווקא להחמיר אבל מ"מ איכ"ל דאינו מין ועושה רק מרוע מדותיו. ומיעוטא איכא שאינו מין. וא"כ יש נפ"מ אי פסול מצד רשע דפסול בוודאי אבל אי פסול משום מין דהוי כגוי הוא רק מחששא ואפשר מצד רוב ומושכחת לפעמים לצרף המיעוט לדבר אחר) אבל אם הוא רשע לתאבון הוי מענין כמ"ש הרי"ף כפין ואכיל נבילות כפין ומקבל שוחד וסהיד שיקרא ופשוט דאין חילוק בלתאבון אם עושה לתאותו וכמ"ש הרי"ף וכמ"ש התוס' בסנהדרין דף ט' ע"ב ד"ה לרצונו ובין אם עושה משום דבשר נבילות בזול והכל הוא מענין אחד. ורש"י דנקט אוכל נבילות לתאבון שהוא בזול

לישב לשון רשע דחמס הוא נקט. מיהו אפשר דהיינו דווקא אם אפשר לומר דאותו תאוה עצמה היא הביאתו לידי זה כלשון הרי"ף ואפשר דאפילו מתאוה לתאוה אמרינין כדמוכח מדברי התוס' בסנהדרין דף ט' הנ"ל:

וא"כ רבא דסובר דעדות ממון ונפשות שווין לאיסור ולכך ס"ל אי אמרינין דס"ל כר' יוסי אפילו ברשע דחמס. מקל לחמיר לא אמרינין והה"ד מחמיר לקל אם אין ענינם שווה ואינם מין אחד ואי ס"ל כר"מ עיקר הדבר תליא אם הם ענין אחד ורע לבריות חשיד גם לנפשות דיש אדם שממונו חביב עליו מגופו ויש שנפשו תלוי' בו כמאה"כ ואליו הוא נושא את נפשו אבל אם אינו רע לבריות בעינין מחמיר לחמיר וענין אחד. אבל לדידן דקי"ל כאביי אפילו מקל לחמיר ואפילו אינם בענין אחד חשדינן לי' משום דממון בעי בירור טפי ואדרבה באינו עובר בלאו דאית בי' מלקות ג"כ הוא ראוי להיות נפסל וכן באמת דעת התוס' והנמוק"י כמ"ש המל"מ הנ"ל. אבל אנן קי"ל כהרמב"ם דבעינין שעובר על לאו דאית בי' מלקות דילפינין רשע רשע או דרשע דחמס דקרא תרתי אמר או רשע או חמס אפילו אין לוקין וחידוש הוא:

וכל זה מה"ת אבל מדרבנן החמירו לעשות סייג לתורה ולחשוד גם העובר על לאו שאין בו מלקות ולא לחשוב אותו לבירור ולא עוד אלא בעובר אפילו על איסור דרבנן נמי כבר יצא מחזקת כשרותו ואין סומכין עליו. איברא דבעובר על איסור דרבנן יש לומר דלא נחשד כלל לעבור בדבר שאסור אלא שהוא סובר דהאי דרבנן אינו איסור ולכך ס"ל לתוס' בפ' איזהו נשך דף ע"ב והכי קי"ל בחו"מ סי' ל"ד דבעינין בדרבנן רשע דחמס או לתאבון שעי"ז ניכר שגם אצלו הוא איסור אלא שעובר לתאותו. וזה שייך באיסור דרבנן אבל באיסור דאורייתא שאין לוקין עליו שמה"ת כשר וחכמים אסרוהו וחשדוהו אין סברא לחלק בין עושה לתאבון או להכעיס או בחמס כיון דיודע שהוא אסור ועובר זהו הטעם של המל"מ שם והוא ברור לפי:

ענ"ד דברי הדו"ש הק' משה שיק מברעזאווע

תשובה י

החיים והשלום וכל טוב להבחור המופלג בתורה וביראה החרוץ והשנון כש"ת כה' אברהם באניהארד נ"י:

גיה הגיעני ושם העיר בקושיא אחת שנתקשה לו בח"מ סי' מ"ו סעי' ז' דכ' המחבר באחד מחמשה ענינים מתקיים השטר כו' ואופן החמישי הוא שכתב ידם יוצא משטרות אחרות ומדמין הב"ד כתב נגד כתב והקשה מעלתו הא אחד מחמשה ענינים הוא שאומר

כל עד זה הוא כתב ידי ואע"ג שאינו מכיר כתב ידו של חבירו מהני משום דעל מנה שבשטר הם מעידים כמ"ש הסמ"ע שם בס"ק ט"ו וזה א"ש דמהני על אותו שטר עצמו שיש ב' עדים על ההלואה אבל איך נוכל לסמוך ע"ז לקיים ממנו, שטר אחר להעיד שזה כתב ידי הא על זה אין כאן רק עד אחד ומצד עיקר הדין אינו צריך לפרש על איזה דרך נתקיים השטר כמבואר שם סעי' ח' ובש"ך שם דאפילו מנהג ליכא לפרש ועוד האריך בזה:

ולפי ענ"ד אפילו אי ידעינין דנתקיים הראשון רק ע"י אמירת זה כתב ידי נוכל לקיים ממנו דהנה מבואר בירושלמי הובא בש""ך חו"מ סי' מ"ו ס"ק י"ב דאפילו אם באו שנים והכחישו את זה שאמר זה כתב ידי הוי כתרי ותרי א"כ מבואר אע"ג שיש רק ע"א על כתיבת ידו אפי""ה חשיב כשנים. והטעם נ"ל נהי דאצרכו רבנן קיום דווקא מב' עדים ודווקא בגט ומשום עיגון הקילו בע"א דהיינו שליח המביאו ומשום דמידק דייקא כדאיתא בגיטין דף ג' אבל בלא""ה ע"א אינו נאמן לקיים היינו היכא דבעינין לקיים גוף הדבר אבל אם ידענו דגוף המעשה אמת שראובן הלוה לשמעון מנה שוב יש לן חזקה דוודאי השטר ג"כ אמת דלא שביק התירא ועביד איסורא ואם ניחוש דנאבד שוב יש חזקה דכאן נמצא וכ"ה דלנפילה לא חיישינין. מכ"ש דיש סברא לומר כיון דגוף המעשה אמת הוא. הוא מתירא לעשות שום דבר שקר שעי"ז יתן יד לכשנגדו ויכפור בו לגמרי על דרך שכ' הנמוק"י בריש מס' ב"מ בשמעתין דר"ח קמייתא:

ועכ"פ בוודאי אם המעשה אמת יש חזקה שבוודאי השטר אמת וזה כתב ידם של העדים החתומים וא""כ נהי דרבנן אצרכו קיום וחששו לזיוף מיהו היינו אם יש לחוש דהמעשה שקר אבל בכה"ג מנ"ל דבעינין קיום ונהי דעפ"י האמת בעינין קיום גם בכה"ג שהרי אע"ג דעל מנה שבשטר הם מעידים אפי"ה בעי' לחכמים שיאמרו לכל הפחות זה כתב ידי ואם אינו מכיר פסול אע"ג דידענו שהמעשה אמת וגדולה מזו כ' הריב"ש בתשובה סי' שמ"ח והובא בש"ע אהע"ז סי' קמ"ב סעי' א' בהגה"ה דאפילו ידענו שעשאו שליח בעינין קיום אולי נאבד ממנו וזה אחר הוא מ"מ לא גרע החזקה הנ"ל מע"א ואם עד אחד אומר שזה כ"י נאמן כאלו יש עליו ב' עדים:

וכ"ש לדעת הרשב"א המובא באהע"ז שם דהיכא דידענו שהמעשה אמת לא בעינין קיום והא דבעינין שיאמרו כתב ידי הוא זה הוא רק משום דאל"כ יש ראי' בהיפוך שהוא שקר כיון שאינו מכיר מכתבו ועכ"פ לכך שפיר אמר הירושלמי דהוי כתרי ותרי ואי"כ א"ש הא דמקיימים מיני' שטר אחר וכ"ש כיון דלענין קיום אפילו משטרות דאינם מקויימים נוכל לקיים שטר כל שהם בחזקת כשרות כמבואר בש"ע שם וא"כ נהי דזה דהבעל

מערער עליו איתרע ובעי קיום מ"מ אם שוב נתקיים ע"י אמירת כ"י הוא זה לא גרע אמירה זו מחזקה עכ"פ כיון דמבואר בירושלמי דבכה"ג חשיב כב' עדים לכך שפיר נוכל לקיים ממנו שטר אחר:

וע"כ לומר כן דאל"כ האיך היו גובין בקיום הזה ממשעבדי דנהי דשניהם מעידין על מנה שבשטר ונודע שההלואה אמת אבל אכתי אין כאן ב' עדים על השטר דהא ע"כ מיירי שאין א' מהעדים יודע החתימה השני אם מזויף הוא או חתום הוא מאותו פלוני דאם יודע הרי הוא כמעיד גם על אחר וכמ"ש הרמ"א בתשובה סי' ק"י וע"כ הא דמהני לגבות בי' ממשעבדי הוא מטעם הנ"ל משום חזקה ורק ע"א מעיד על כ"י הוא נגד המערער ואוקי חד לבהדי חד ושוב מוקמי' השטר על חזקתו:

ובזה נלפענ"ד לישב נמי מה שהקשו בחו"מ סי' מ"ו סעי' י""ד במעיד הדיין על קיומו בעינין צירוף אחר ובב' דיינים פסק שם בסעי' ט"ו דמהני והש"ך בס"ק ל"ט רצה ללמוד דין חדש מזה. ולהנ"ל נראה לפי ענ"ד דמטעם הנ"ל בדיין אחד שאינו נודע אם הקיום אמת אינו נאמן על כ"י והוי רק חד ולכך כיון דאינו נאמן על מאי שמעיד איך יצרפין אותו לדבר אחר שאינו מעיד והרי טעמא דשמואל דמצרפין הוא דחשבינין לי' כאלו העיד על מנה שבשטר כמו שביאר בשמ"ק שם. וכיון דמה שהעיד אינו נאמן איך נאמין לו על מה שלא העיד ובפרט שזה חשיב כמו ב' רואין. דרואין אותו כאלו העיד על קיום ורואין שוב כאלו העיד על מנה שבשטר וב' רואין איכ"ל דלא אמרינן עיין בעירובין דף י"ט ע"ב בדין ב' רואין. כן נראה לפי ענ"ד ידידו הדו"ש הק' משה שיק מברעזאווע:

תשובה יא

בעז"ה יום ו' עש""ק שלח תרל"ז לפ"ק פה חוסט יע"א: החיים והשלום וכל טוב לידידי הרב הגדול המופלג מוה' נפתלי סופר נ"י האב"ד דק"ק פ' ניידארף יע"א:

מכתבו קבלתי ואשר דרש ע"ד השני אחין שהיו שותפין בעסק ולאחר החשבון כ' הנותן את המעות על העיסקא על השטר שהי' בידו על ההיתר עיסקא שעדיין נשאר חייב לו שלשים וארבעה זהובים. ואחר זמן בא אליו אחיו ואמר שהוא בהיפוך שהנותן המעות הוא נשאר חייב לו ל"ד זהובים ושניהם מאמינים זה לזה ואפי"ה הנותן המעות הוא סומך על מה שכתב מיד בפני אחיו על השטר שנשאר חייב לו. ואחיו אומר שברור לו שהוא כדבריו. ומעלתו ני' כ' כל הצדדים שיש בזה לדון אלא דמספקא לי' חדא כיון דבעל השטר אינו טוען ברי ממש והוי כאומר א"י וקי"ל בחו"מ סי' נ"ט דאפילו אם השטר מקויים מ"מ אם המלוה אומר א"י והלוה אמר שברור לו שכבר פרע דאינו יכול לגבות

בו וכ' בש"ך שם דאין לו עליו אלא חרם סתם. או דלמא כיון דכ' מיד על השטר שנשאר בידו ובחו"מ סי' צ"א סעי' ה' עיין בש"ך שם דמשביעין ע"י טענת ברי שטוען מכח פינקס שכתוב בו החוב וכן פסק התומים. ומספקא לי' למעלתו אי השטר ההוא דמי לפינקס דהרי כ' הכנה"ג בהגהותיו על הטור דבעינין דווקא פינקס שכותב שם כל הדברים או על עלה לכל הפחות דאיכ"ל דהוי כרגלים לדבר דקי"ל בחו"מ סי' ע"ה דמשביעין היסת על רגלים לדבר זה הוא ספק אחד:

שנית מספקא לי' למעלתו אם ישבע השני או יתן ת"כ שאינו חייב לבעל השטר ויתבע מבעל השטר ל"ד זהובים ובעל השטר הרי א"י מזה האיך נדייני' דהרי קי"ל בחו"מ סי' ע"ה סעי' י"ט דסגי בשבועת היסת שא"י ומ"מ לצאת י"ש ישלם כיון שאינו יודע אבל כאן בנ"ד שיש לו סיוע משטר דידי' שכתוב עליו להיפוך וכתב כן בפני אחיו א"כ אפשר דאפילו לצאת י"ש ג"כ פטור עכ"ל:

ולפי ענ"ד דלפי הנראה ממכתבו לא הי' חתימתם אלא על כתב יד ומבואר בחו"מ סי' ס"ט סעי' א' דעל כ"י נאמן הלוה לטעון פרעתי בשבועת היסת. דרק בכתבים הנקראים טראטעס בזה האריך בתומים שם דאינו נאמן עיי"ש וכן הוא סוגיא דעלמא. ואפילו לדעת החולקים כ' בפ"ת שם בשם הב"ח והגאון רע"ק איגר זצ"ל דהיכא דנפגם השטר איכ"ל דכ"ע מודים דנאמן לומר פרעתי וא"כ אפילו אם נימא דמה שכ' בשטר חשיב כברי אפי"ה כיון דהוא רק כת"י ונפגם נאמן הלוה בשבועה ועוד דלפי הנראה עיקר טענותם הוא שהלוה אומר שבעל השטר טעה ותחת שהי' לו לכתוב שנשאר ללוה אצלו ל"ד זהובים טעה וכ' בהיפוך או שטוען הלוה שבעל השטר טעה בחשבון ומה ששתק הלוה רק משום דסמך עליו או שהלוה עצמו נסתפק ואמר שיחשוב החשבון ד:

ובכה"ג לא אמרינין שתיקה כהודאה עיין ברא"ש בגיטין דף נ"ד אות ח' שהביא שם בשם הריצב"א דהיכא ששתק ולבסוף צווח ונותן אמתלא לדבריו על מה ששתק לא הוי שתיקה כהודאה עיי"ש וא"כ ה"נ ואפילו באומר טעיתי בחשבון אז ועכשו חשבתי פעם שנית ומצאתי שאדרבה אתה חייב לי מ"מ הרי הובא ברמ"א בחו"מ סי' פ"א בשם מהרי"ק שורש ס"ה דבחשבון נאמן לומר טעיתי דדרך לחשב חשבון איזה פעמים משום שדרך לטעות בחשבון ונהי דהש"ך שם בס"ק כ"ג כ' לחלוק דבעי' דווקא מיגו אז נאמן מ"מ בכה"ג שרק שתק בוודאי רגילות הוא משום ספק להיות שותק וא"כ אין ראי' כלל מהא דשתק כשכתב בעל השטר על השטר בפניו שהוא נשאר חייב לו ל"ד זהובים ואין כאן רגלים לדבר שהוא כן ע"כ אם הלוה טוען כך ובעל השטר עצמו מסופק אולי טעה

אין לבעל השטר על הלוה אלא חרם סתם ועוד הרי כ' הנוב"י בחח"מ סימן ט"ו דאין לחייב את הלוה:

ע"י פינקס המלוה ולא עדיף מטענת בע"פ וכן נראה לפי ענ"ד:

אמנם על הספק השני שמסתפק מעלתו נ"י אי בעל השטר רוצה לצאת י"ש אם צריך לשלם כפי מה שטוענו הלוה. לפי ענ"ד אם האמת הוא כפי מה שביארתי לעיל דהלוה טוען שהי' טעות אז בחשבון ולפי מ"ש הנוב"י הנ"ל דאין לחייב ע"י הפינקס ואינו מועיל אלא לבעל הפנקס וא"כ ה"נ אם ברור הוא לבעל השטר ואין לבו נוקפו וידוע לו כי בוודאי חשבו אז כראוי א"כ בוודאי א"צ לשלם אפילו לצאת י"ש. אבל אם מסופק אולי הי' באמת טעות בחשבון ואפשר שהוא כדברי הלוה ולבו נוקפו נשאר הדין דראוי לו לשלם לצאת י"ש בדבר זה. ואין לאדם אלא לפי מה שעיניו רואות אם יכול לסמוך על הכתיבה ההיא בטח והנראה לפי ענ"ד כתבתי ואחתום בברכה משולשת ידידו הדו"ש הק' משה שיק מברעזאווע:

תשובה יב

החיים והשלום וכל טוב לידידי הרב המאוה"ג המפורסם ערוגות הבושם כש"ת מוה' ישראל דוד נ"י האב"ד בק"ק פעזונג יע"א:

מכתבו מיום ג' קבלתי ביום ה' ושם ביקש ממני לחוות דעתי במקרה שאירע בקהילתו שראש הקהל מסר מעות של הקהלה חמשים זהובים שיי"ן למשרת השמש ליתן אותו ליד גובה הקהלה הנקרא בעל תיבה וגופא דעובדא משרת הזה הי' שם כמה שנים והרבה עניני הקהילה נעשו על ידו ובא לאחד שהי' שוכר המקוה והי' מחוייב חמשים זהובים שכר רבוע שנה ובא לו המשרת הנ"ל בשם הגובה שימסור שוכר המקוה החמשים זהובים לידו וזה הי' שקר וכזב ובתרמית בא כדי לברוח כאשר הוכיח סופו על תחילתו אבל השוכר ההוא לא נתן לו את המעות בלא קוויטונג ומסרן ליד הראש הקהל. והראש הקהל שלחם ע"י המשרת הנ"ל ליד הגובה ויקחם ויברח עמהם ולא נודע ממנו:

והנה מדברי מעלתו ני' נראה דפשיטא לי' דהראש הקהל פטור אע"ג דמתחילה כ' מעלתו דנראה לו אע"ג דהש"ך בחו"מ סי' ע"ב ס"ק ל"ד העלה לספיקא דדינא אי חשיב הנאמן ש"ש יש לחלק בין נאמן דידהו ובין ראש הקהל שלנו שעושין לו יקר רב ועולה לתורה לעת המועד ותו דבלא"ה י"ל דחשיב ש"ש מטעם שכ' הסמ"ע והש"ך בסי' רצ"ב סקי"ב דלדידן חשיב כל אדם כשלחני ומעות מותרין הוי כש"ש. מיהו שוב כתב דראש הקהל הזה שמוכרח למסור הכסף ליד בעל התיבה ונהי שעושין לו כבוד ויקר לא מכח ממון

זה שבא לידו הוא והוי כאינש מהימנא ולא חשיב ש"ש על זה (וע"ז יש לפקפק דכל עסק הקהל אחד הוא ועבור העסק בצורכי ציבור עושין לו יקר זה והכל בכלל ושפיר נקרא ש"ש על כל מה שבא לידו מצרכי הציבור):

ושוב כתב דגם על טעם שני דהוי כשלחני ומעות מותרין הוי ש"ש דיש לחלק ולומר דכאן שאני דצריך למסור ליד הבעל התיבה וא"א לו להשתמש בהם א"כ לא חשיב ש"ש עבור זה (וגם על זה יש לפקפק דלא חילקו במפקיד מעות אצל שלחני בין מפקיד אצלו לזמן מרובה או על זמן מועט והרי מטעם זה כ' הסמ"ע שם ס"ק ט"ז דלא חשיב כשואל מכח היתר שימוש הואיל והמפקיד יכול לבוא בכל רגע לקחת את פקדונו ואינו יכול להשתמש עמהם כל כך וא"כ הה"ד כאן):

אמנם שוב כ' מעלתו דפשיטא דלא חשיב זה פשיעה דהאי משרת הוי כבן ביתו של השמש וקי"ל בחו"מ סי' רצ"א סעי' כ"א דהמפקיד על דעת אשתו ובניו ובני ביתו ועבדיו העבריים הוא מפקיד ובפרט כי הרבה צרכי קהלה נעשו ע"י משרת הזה וכיון שהראש הקהל הוא מחוייב למסור הממון לבעל התיבה בוודאי לא ישא המעות בעצמו אלא ימסרם לשמש וממילא משרת השמש הוא כמוהו ותו כ' דהרי הראש הקהל הוא מצווה ועומד מן הקהילה לשלוח המעות ליד הבעל תיבה והוי לי' כאלו אמרו לו שלח וקי"ל בחו"מ סי' ש"מ סעי' ח' וכן בשעה שמחזירה כיון שאמר לו המשאיל שלח פטור המשלח מאחריותו וא"כ אפילו הי' הראש הקהל שואל עליהם פטור מאחריותם ואע"ג דבנ"ד הקהל מוחזקין שכבר פרע הראש הקהל להם אלא שהוא רוצה להוציא מידם נראה למעלתו נ"י דהדין עם הראש הקהל אלא שביקש ממני הסכמתי ואנכי לא כן אדמה דנראה לפי ענ"ד דכל כה"ג בוודאי הוא באחריותו כאשר אבאר בעזה"י:

הנה בשולח שליח ואומר שלח לי ע"י פלוני מבואר בש"ס ב"ק דף ק"ד ע"א דאינו שוב באחריות המשלח ולכאורה נראה משום דמיד זכה בו המלוה או בעל הפקדון ואפילו בלא עשאו שליח ממש אמרינן בגיטין דף י"ד דזכו בו הבעלים ואפי"ה חייב המשלח באחריות אבל באומר שלח לי ע"י פלוני הוי לי' כאלו פוטרו מאחריות ומטעם זה ס"ל לבעל התרומות ופסקו בש"ע סי' קכ"א אפילו במשלח לו ע"י גוי וחשו"ק פטור מאחריות משום דהוי כאלו אמר שלח והפטר והרמב"ן הובא שם בב"י ר"ס קכ"א פליג דבגוי וחשו"ק בעינין דווקא שיאמר והפטר ולולא שאינו כדאי הי' נ"ל כהרמב"ן שהרי בב"מ דף ע"א ע"ב גבי אם מעמידו אצל גוי מלשון המפורשים המובאים בשמ"ק שם דאע"ג דהגוי צוה לישראל למסור המלוה ליד ישראל פלוני אפי"ה אינו פטור הישראל הראשון מאחריות כל זמן שלא אמר לו והפטר והטעם כיון שאין שליחות לגוי ולא זכה הגוי

בממון שמסר לישראל עבורו ואם רצה הישראל הראשון לחזור וליקח מיד השני הרשות עמו וא"כ עדיין מעות הישראל הראשון הוא ואיך יפטור מאחריות:

וגם י"ל מגו בהיפוך משמואל בגיטין דף י"ד מגו דאם בא לחזור חוזר גם באחריות הוא ולכך צריך לומר בפירוש והפטר וא"כ ה"נ במשלח ע"י שליח גוי וחשו"ק שלא זכו בו הבעלים צריך לומר והפטר. ואפשר דס"ל לחלק דהתם בב"מ דף ע"א ע"ב שאני הואיל וישראל הראשון הביאו לישראל שני ולכן אם אינו אומר והפטר איכ"ל דלא פטרו הואיל והוא הביאו ואדעתא דידי' צוה למסור לשני. אבל אם מעצמו צוה למסור או לשלוח לו ביד אחר אפילו ביד גוי או חשו"ק מסתמא שלח לי והפטר קאמר מטעם שכ' הסמ"ע בר"ס ק"כ אע"ג דלא זכה ועיין ביו"ד סי' קס"ח סעי' א' ובש"ך ס"ק ט'. ועפ"י האמור יש לישב דברי הרמ"א מקושית הש"ך והטו"ז שם ואיכ"ל דווקא היכא דבעינין שיפרוש והפטר גזרו אולי גייז לי' לדיבורו ולא יאמר והפטר אבל היכא דסתמא הוא הדין שהוא פטור אפילו לא נתחייב זה בהלוואתו לא גזרו וק"ל:

אמנם אכתי הי' נ"ל אע"ג דהש"ע סתם דלא כהרמב"ן דווקא אם הבעלים ידעו שזה גוי או חשו"ק ואפי"ה אמרו שישלח על ידיהם אמרינין מסתמא שלח והפטר קאמר אבל אם הבעלים לא ידעו שזה חשו"ק או גוי ולכך עשאו שליח ובאמת הוא חשו"ק והלוה או הנפקד אע"ג שידעו שהוא גוי או חשו"ק נתנו לו עפ"י שליחות הבעלים הי' נראה לי דהלוה והנפקד חייבים באחריותם אע"ג דסתמא כמאן דאמר והפטר קאמר מ"מ בכה"ג מחילה בטעות הוי וקי"ל דלא הוי מחילה. ואם הדין כן איכ"ל אפילו אם הלוה והנפקד ג"כ לא ידעו שהוא חשו"ק חייבים באחריות ולא מבעי' לוה דחייב באונסין וכאן לא שייך מה דאיתא בסי' קכ"ב סעי' ב' בסמ"ע ובש"ך שם שהבעלים פשעו שבטלו השליחות ולא עמדו בדיבורם וא"כ הלוה עדיין נשאר בחיוב אונסין:

אלא אפילו בנפקד דפטור מאונסין ואפילו בש"ח דפטור בגניבה ואבדה מ"מ הא דמסר לחשו"ק דהוי כאבדה מדעת וכאלו השליכו לים וע"כ לא שמענו דשומר פטור מאבדה רק היכא דנאבד ממילא. אבל היכא דהאבידו בידים לא שמענו דשומר פטור ואע"ג דנאנס קי"ל דמזיק חייב אפילו באונס כדאיתא בב"ק דף כ"ו ע"ב ובפ' הגוזל דף קי"ז ע"א דהיכא דנתן ביד אפילו באונס חייב ובח"מ סי' ש"פ קי"ל באומר קרע כסותי או השליכהו למקום איבוד בעינין שיאמר ע"מ להפטר. וכאן אפילו חשבינין מסתמא כאלו אמר והפטר כבר כתבנו דהוי מחילה בטעות ואינו מחילה וא"כ הלוה או הנפקד חייב:

ואם הדין כן הה"ד בנידון שלנו שנשאלנו עליו כיון דחזינין שהמשרת הזה הלך בתרמית וסופו הוכיח על תחילתו דהלך כדי לגנוב ולברוח ואפילו עשאו הבעלים שליח מ"מ הא

עקר לשליחותו וביטלו וכמו בביטלו הבעלים השליחות דקי"ל בסי' קכ"ב סעי' ב' הנ"ל דהוא באחריות הלוה והנפקד הה"ד דשליח יכול לבטל שליחותו כדאיתא בגיטין דף ס"ג ע"א דעקרי' שליח לשליחותו וברי"פ המשלח ובתוס' שם דף ל"ב ע"א ד"ה מהו דתימא תראה דכל כה"ג עדיף מגילוי דעת הנאמר שם בדף ל"ד וא"כ ביטל הוא השליחות ולא מסרו ליד שליח בעלים אלא ביד גנב וחייב אפילו באונס וא"כ הראש הקהל הנ"ל חייב:

אמנם מצאתי בסמ"ע בסי' קפ"ח סעי' ג' סק"ט דכ' דאפילו אם הבעלים לא ידעו שהוא קטן אפי"ה כיון שנתן הלוה או הנפקד עפ"י שליחותם פטורין מאחריות ולפי"ז כ"ש אם הלוה והנפקד לא ידעו מזה כמו בנידון שלנו דיש לנו לחושבו כאונס הבא מחמת הממון ההוא דפטור אפילו בנתן ביד הגנב כדקי"ל בחו"מ בסי' רצ"ב סעי' ח' אע"ג דיש לחלק קצת דכאן האונס הוא שלבו אונסו וסבר שאינש מהימנא הוא ואינו בא מחמת הממון מ"מ לפי דעת הסמ"ע נראה כיון דעפ"י דיבורו נתנו פטור. וא"כ ה"ה בנידון הנ"ל אם הבעלים שלחו לשליח לשלוח על ידו והשליח הלך בתרמית ובגניבה ואפילו יש רגלים לדבר שבעת בואו לא הלך אלא לגנוב ולברוח אפי"ה הלוה והנפקד פטורים לפי דעת הסמ"ע. ובאמת למעשה עדיין צ"ע גוף הדין של הסמ"ע גם בקטן. וכ"ש בנ"ד הנ"ל דיש לחלק דבקטן דנהי דאין שליחות לקטן מ"מ איתעביד שליחותי' וכדאיתא במעילה דף כ"א ע"א דמטעם זה המשלח מעל אבל אם שינה השליח ואין כאן שליחות המשלח פטור ממעילה וה"ד כאן יש לחלק כמובן:

אמנם כל זה באמר שלח לי ע"י פלוני אבל אם אמר רק שלח לי ע"י מי שתרצה נהי דקי"ל בחו"מ סי' קכ"א דגם כן פטור אם שלחו ע"י איש מהימן לי' אפילו אינו מהימן לבעלים כיון שהרשוהו לשלוח ע"י מי שירצה משמע ע"י כל מי דמהימן לי' לדידי' אבל אם שלחו ע"י גוי או חשו"ק או ע"י אינש דהוחזק כפרן חייב דעל זה לא הרשהו וא"כ איכ"ל דה"ד אם שלחו ע"י איש דהוכיח סופו על תחילתו שדעתו הי' לגנוב ולברוח וא"כ מסרו ליד גנב ונהי דהוא הי' סבר דאינש מהימנא הוא מ"מ הרי לפי האמת מסרו ליד גנב וכאלו השליכו לים בשוגג דחייב כן נראה לי נכון:

ואפילו תימא דגם בכה"ג פטרוהו וכוונת לכל מי שתרצה הוא לכל מי שנראה בעיניך תן והפטר מ"מ בנידון שלנו אפילו חשבינין לי' כאלו אמרו לו שלח מ"מ היינו כמו שלח סתמא ואם אמר לו שלח סתמא כ' הטור בסי' קכ"א פלוגתא דהרי"ף כ' משום מנהגא פטור והראב"ד משיג עליו ואפילו לפי מ"ש הרי"ף דאיכא מנהגא דתגרי לפטור כ' התומים שם ר"ס קכ"א דווקא אם שלח ע"י שליח המביא הכתב אבל ע"י אחר לא וא"כ בנידון הנ"ל וודאי חייב ואפי' תימא דראש הקהל יש לו רשות לעשות שליח והוא

מצווה מן הקהל ורשות אתיהיב לי' לעשות שליח לכל איש מהימן והשליח שהוא עושה הוא שלוחם מ"מ חייב מטעם הנ"ל דלא לשליח הקהל נתן אלא לגנב נתן.

ובלא"ה נראה דאין לו רשות לעשות שליח אפילו לפי שעה אלא לאינש מהימן דבוודאי דצריך לחוש על ממון הקהל יותר מעל ממון עצמו ואפטרופס של יתומים אינו רשאי ללות מעות של יתומים אלא לגברא דמשופע בנכסי או דאית לי' דהבא פריכא ואם הלוה לאחד אע"ג דהי' בעיניו נאמן וגברא יקירא קרינין לי' פשיעה וחייב כמ"ש המהרי"ק הובא בש"ך חו"מ סי' ר"צ סק"ו וה"ה הכא אע"ג דיחיד בשלו מאמין לי' בשלו הוא רשאי אבל לא בשל ציבור. וכ"ש לפי מה שנראה ממכתב מעלתו אע"ג דהאמינו לו בסך מיעוט אבל בסך ממון חמשים זהו' שיין מעולם לא האמינו לו והרמב"ם בפ"א משכירות דייק בלישני' הובא בח"מ סי' רצ"א סעי' כ"ו דדווקא אם הי' דרך הבעלים לפקוד אצלו דבר זה וכ' הכ"מ דדייק דווקא דבר זה דאם הפקידו אצלו דבר אחר שאינו כזה לא מקרי אינש מהימנא לזה:

ודברי מעלתו ני' תמוהים שבא עלי' מטעם דכל המפקיד ע"ד אשתו ובניו כו' מפקיד דמאי ענין זה לכאן וכי מי ששלח שליח גם בני ביתו הם שלוחים ואפילו נאמנים לא שמענו דהם דווקא מי שנתן בפקדון הואיל והבעלים אינם בכל עת בביתם ע"כ דגם ב"ב נאמנים אצלו דאל"כ לא הפקיד אצלו. אבל שליח צריך לעשות שליחותו ולמסור מיד לבעליו ומעולם לא האמין המשלח את ב"ב של השליח עליהם עכ"פ בנידון הנ"ל לא מצאתי מקום לפטור את הראש הקהל הנ"ל ובפרט שהש"ך העלה בסי' רצ"א סקמ"ד דספק פשיעה וספק אונס חייב השומר לשלם דהוי כא"י אם החזרתי לך דחייב וכ"ש בנ"ד שהקהל מוחזקים לפי מ"ש מעלתו והמוציא מעה"ר כן נראה לפי ענ"ד ידידו הדו"ש הק' משה שיק מברעזאווע:

תשובה יג

עוד להרב הנ"ל:

הנה הואיל ובא דין הזה לידינו אמרתי לבאר דנראה לפי ענ"ד דשמש הקהילה שהלך לתבוע מיחידי הקהילה מס או ערך שהושם על כל יחיד ויחיד ונאבד או נאנס ממנו באופן שהוא אינו בר תשלומין החיוב על מי ששלח על ידו לשלם עוד הפעם כי שליח הקהילה הוא שליח של כל יחיד וכשליח הלוה ולא כשליח המלוה אע"ג דהממונה צוה לשלוח על ידו ואמר שלח לי עי"ז לא הוי כמו בשלח המלוה שליח וצוה לשלוח על ידו דהלוה פטור מיד במסרו לו דכאן אין היחידים חייבין להפרנס או להראש

הקהל או לבעל התיבה אלא כלם כבעלי חוב וכלווין לשררה במס שלו ולהרב ולשאר צרכי הקהילה וכמ"ש הרשב"א בתשובה הובא בסמ"ע סי' ע"ב ס"ק כ"ה והם שהעמידו פרנסים וממונים לקבץ המעות ולמסרם ליד בעליהם והם שהעמידו שמש ושליח להיות מוכן ומזומן להפרנס והממונה לשלחו לקבץ על ידו וא"כ הוא שליח של כל יחיד ומהיכא תיתי שיתחייב אחד באחריות של חבירו אלא הוא באחריותם עד שיבוא ליד הבעלים. ואפילו אם כבר בא ליד הנאמנים והפרנסים נראה מדברי הרשב"א שם דהוא עדיין באחריות היחידים אם נאנס באופן שאי אפשר לתבוע מן הפרנסים וצ"ע:

וכל זה במעות של מס וערך אבל מי שנתחייב לקהל ממקום אחר כגון שיש להם בתים ומקוה להשכיר וכיוצא כנידון הנ"ל אז אם שלח הפרנס והממונה לגבות ונתנו ליד שליח הקהילה הוי כאלו בא לידם ונפטר הבעל חוב וודאי אם הלך השמש בעצמו לתבוע לא חשיב כשליח הקהל וכשליח המלוה. דמי שם אותו לנוגש ואם נתנו לידו הוא באחריות המשלח דאע"ג דבכל פעם רגילים לשלחו לתבוע. מ"מ לא הוי שליח עתה להיות כיד המלוה או כיד הקהל והוא רק כשכירו וליקוטו הנאמר בש"ס ב"ק דף ק"ד. וגדולה מזו מבואר בסי' קכ"א סעי' י"ב דאפילו שלחו לתבוע עשרים אינו שליח לתבוע יותר מסך זה וא"כ עדיין הוא באחריות המשלח והוא רק כשומר שמסר לשומר. ולפי מ"ש בסי' רצ"א סעי' כ"ו דאם גרע לשמירתו וש"ש שמסר לש"ח חייב ואפילו לא גרעו לשמירתו ואין לשומר שני לשלם חייב הראשון לשלם לדעת י"א שם עיין בח"מ סי' ע"ב סוף סעי' למ"ד בהגהה ובש"ך שם ובסי' רצ"א סעי' כ"ד ובמל"מ פ"ד משאלה ופקדון דין ח':

ובלא"ה אם אינו מעמיד שומר אחר אלא רוצה להחזיר אותו לידי בעלים ואינו שייך לומר גברא אשלימת לך איכ"ל דצריך דעת בעלים ונשאר עדיין באחריותו עד שבא ליד בעלים וכמ"ש הש"ך בסי' ע"ב ס"ק קל"ו ולפי"ז לא קשה מה שעמד בו הש"ך בסי' קכ"א ס"ק י"א. ומתוס' ורשב"א שהקשו כן בב"ק דף ק"ד מוכח דלא ס"ל לחלק בין חזרה לשומר שמסר לשומר וגם בגיטין דף י"ד סוף ע"א וע"ב משמע דאם השליח קיבל אחריות ולא גרעה לשמירתו נפטר הראשון ואין חילוק בין חזרה לשומר שמסר לשומר אלא ראי' להרמב"ם דבגרעה לשמירתו תליא מילתא ואם כן גם דין השמש כן אבל אם הפרנס והממונה שלחו אותו אדעתא דהכי העמידו אותו דאם ישלחנו הפרנס יהיה שלוחם וכאלו בא לידם. ונפטר המשלח כן נראה לפי ענ"ד ידידו הדו"ש הק' משה שיק מברעזאווע:

תשובה יד

חוסט ט' תמוז תרכ"ו לפ"ק: החיים והשלום לידידי הרב המאוה"ג המופלג והמופלא בתורה וביראה כש"ת מוה' נפתלי סופר נ"י אב"ד בק"ק קאדלבורג יע"א:

מכתבו קודם חג השבועות קבלתי ובימים אלו הייתי טרוד בעשיית חתונה לבתי תחי' למז"ט ועתה לקחתי מעט פנאי להשיב על מה שביקש מעלתו ני' לחוות דעתי במקרה שאירע לו שנסע לפ"ב ולקח עמו מעות א"י ונתנו במקום שדרך ליתן מעותיו ונאבד אצלו על הדרך והמעות ההוא ניתן על דעתו ולפעמים הוא מחלק לעניי א"י כפי רצונו. אבל זה הממון רצה לשלוח לכולל אונגארין ליד הגבאים ושאלתו אם חייב לשלם ואחריותו עליו ומעלתו נ"י כבר הפריש ממון אחר עבור הנ"ל לשלם ואינו שואל אלא לדינא:

והנראה לפי ענ"ד בעזה"י דפשיעה לא הוי כיון ששמר כדרך השומרין וכדרך שעושה במעותיו וכעין דקי"ל בחו"מ סי' רצ"א מסעי' י"ח ואילך וא"כ אי שומר מצוה ש"ח בוודאי פטור מתשלומין ואין כאן רק חיוב שבועה וע"כ ספיקא דידי' רק למ"ד דשומר אבידה שומר שכר וא"כ הה"ד כאן כמבואר בישו"ש ס"פ החובל וכ"ה בשמ"ק שם הוי ש"ש באית אצלו מעות צדקה וכבר הסכימו האחרונים בח"מ סי' ע"ב סוף סעי' ב' דהוי ספיקא דדינא וא"כ פטור מדינא וחייב בדיני שמים ולפי"ז צריכין אנו לדון אי יש דין שומרין בכה"ג במעות הזה:

אמנם לכאורה אין נפ"מ דהרי הרמב"ם רפ"ה מה' שאלה הלכה א' כ' לפטור בממון עניים מדין שומרים משום דהו"ל ממון שאין לו תובעין ולענין מתנות כהונה ביו"ד סי' ס"א סעי' ט"ו כ' דמשום ממון שאין לו תובעין חייב לציו"ש וכן דייק הב"י שם מלשון הרמב"ם וא"כ לכאורה אין נפ"מ דאפילו מקרי אין לו תובעין חייב לציו"ש מיהו ז"א שכבר ביאר בסמ"ע שם בסי' ש"א דממון עניים הוי אפשר לקרות ממון שיש לו תובעין מב' צדדים מצד הנותן ומצד המקבלין וע"ז ממעטינין מצד הנותן מקרא כי יתן כו' לשמור ודרשינין לשמור ולא לחלק. ומצד המקבל מפני שאין לו תובעין וממילא לא נתחייב להיות שומר לשום אדם ושוב פטור אפילו לצאת י"ש. כיון דהוא לא הזיק בידים אלא מתורת שומר אפשר לחייבו וכיון שלא נשתעבד מדינא א"כ לא נעשה שומר ושוב פטור אפילו לצאת י"ש:

ובזה מיושב היטיב קושית הלח"מ על הרמב"ם שם שכ' דבהציל עצמו בממון פדיון שבויים פטור משום דאין לך פדיון שבוים גדול מזה והקשה הלח"מ דתיפוק לי' משום ממון שאין לו תובעין ולהנ"ל א"ש דאז הוי חייב עכ"פ לצאת י"ש דשם ניטלו בידים ובאמת רצה הרמב"ם לפטור אפילו לצאת י"ש כמו בבבא דרישא לכך קמ"ל דהטעם

משום דאין לך פדיון שבוים גדול מזה וא"ש. ולפי"ז יהי' מכאן ראי' נגד דברי הפר"ח בסי' ס"א סעי' ט"ו שפקפק על הש"ע:

מיהו אי משום הא לא ארי' דקושית הלח"מ בפ"ה מה' שאלה הנ"ל יש לישב בלא"ה דלכאורה למ"ד דהואיל ואי בעי מיתשל עלי' מקרי שלו א"כ למה יהי' ממון עניים מקרי ממון שאין להם תובעין הא הבעלים יכולין למיתשל. אבל באמת ז"א דכיון דבא ליד גבאי קי"ל דתו לא יכול למיתשל עלי'. ובזה יש לישב דברי הש"ג בפ' המפקיד שכ' שאם בא ליד שומר קודם שהי' מעות עניים ואח"כ ניתן אותו ממון לעניים חייב בשמירתן והקצה"ח בסי' ש"א הקשה עליו כיון דיצא מרשות בעלים מאי מועיל שהי' מעיקרא שלו. ולהנ"ל י"ל דהנה הש"ך בח"מ סי' רנ"ה סק"ה רצה לומר טעם דלכך בבא ביד גזבר אין לו התרה משום דקודם שבא ליד גבאי הו"ל דיבור ודיבור אבל לאחר שבא ליד גבאי לא אתי דיבור ומבטל מעשה:

וא"כ אפשר לומר דזה שייך במוסרו לגבאי אבל אם הי' מעיקרא אצלו בתורת שמירה ואח"כ נדר זה את זה הממון לעניים א"כ אין כאן רק דיבור ודיבור ומועיל התרה ואפשר לומר בי' הואיל ואי בעי מיתשל עלי'. אלא דסברת הואיל ואי בעי מיתשל עלי' הקשה רש"י בפסחים דף מ"ח דנימא נמי הואיל ואי בעי קנה ותירצו דדווקא היכא שכבר הי' בידו ונשאר לו עדיין כח קצת בו דהואיל אי בעי למיתשל בכה"ג מועיל ההואיל משא"כ הואיל ואי בעי קנה וא"כ זה כוונת הש"ג הנ"ל דכיון דכבר נתחייב בשמירתן לא פקע החיוב כיון דעדיין יש סברת הואיל:

מיהו זה אמרתי לישב דברי הש"ג אבל לדינא אינו מוכרח דגוף סברת הואיל ואי בעי למיתשל יש בו פלוגתא ויעויין מג"א סי' תרמ"ח סק"י דשם לענין אתרוג לא קי"ל הואיל גם טעם הש"ך בסי' רנ"ה אינו מוכרח ופקפקו עליו ואם כן לדינא אפשר לומר דליתא להנ"ל. מ"מ זה בוודאי אמת דאכתי לא יצא לגמרי מרשות הנותן דהרי קי"ל דאסור לשנות מדעת הבעל הבית ומגבת פורים לפורים וכדפסק הרמב"ם בפ"ג מה' מגילה דין ט"ז ועיי"ש בלח"מ ורש"י בב"מ דף ע"ח ע"ב פירש כיון דאסור לשנות הרי הוא בעלים לענין זה יעויי"ש וא"כ כ"ש דאם לקח הגבאי לעצמו דאין לך שינוי גדול מזה ויכולין הבעלים לתבוע וא"כ איצטרך לטעמא דאין לך פדיון שבוים גדול מזה דלולא כן הי' הנותן יכול לתבוע כן נראה לפי ענ"ד נכון מאוד. ותמהני על הרא"ש והנמוק"י ב"ק דף קי"ז שהקשו קושיא זו ולא תירצו:

כן וצ"ע:

ועכ"פ לפי תי' זה אין ראי' מדברי הרמב"ם דשומר במעות עניים פטור מלצאת י"ש מ"מ מסברא נראה כן. וכן נראה מסתימת הפוסקים וא"כ שפיר יש נפ"מ בפלפול הנ"ל אי חשיב שומר או לא ואי מקרי ממון שאין לו תובעין בכה"ג. והנה הרמב"ם בפ"ה מה' שאלה כ' דאינו מקרי ממון שיש לו תובעין אא"כ הוא לעניים ידועים. וגם קצוב וכ' הה"מ דנראה דתרתי בעינין. והנה זה דבעינין עניים ידועים בוודאי פשוט דאם אינם ידועים נהי דקצוב לכל עני עשרה זהובים או כיוצא בו מ"מ יכול לדחותו ולומר לאחר אני רוצה ליתן. אבל הא דאינו מועיל הך חדא אם הי' ידוע לאיזה עניים או לעניים ממקום פלוני אלא שלא הי' קצוץ דאינו מקרי ממון שיש לו תובעין זה קשה וכבר הקשה ברמ"א שלה סי' ל"א דגבאי העיר רשאין לתבוע עיי"ש. ובאמת הראי' שהביא מהמרדכי פ"ק דב"ק אינו מובנת דשם מוכח מעלא קרא דלשמור הי' ניתן לתבוע עיי"ש וזה אינו מוכרח דשפיר צל ניתן לתבע מאת הנותן או אפי' מיד הגבאי שנתן לו כיון קא נתן לו שפיר מקרי בע"ד דידי' ויכול לתבוע ולכך לולא קרא וכשמור הוי אמרי' כיון שהנותן או הגבאי יכול לתבוע חייב ולכך איצטרך לשמור אבל לולא שנתן הגבאי אפשר שא"י לתבוע וצ"ע על הראי' של הרמ"א:

מכל מקום גוף הדין של הרמ"א לכאורה נכון דהרי בחו"מ סי' קכ"ג סעי' א' קי"ל דיכולין לכתוב הרשאה זה לזה ולפי דעת הרא"ש שם אפילו על מלוה ע"פ ולפי מ"ש הש"ך שם בס"ק י"ב אפילו על חיוב שבועה וא"כ הה"ד על כל זכות אפשר לכתוב הרשאה וא"כ הה"ד עניים ידועים ההם נהי דידענו קצוב כמה יגיע לכל אחד מ"מ כיון דיש להם זכות באותו ממון יהי' להם כח לכתוב הרשאה וממילא הגבאי הוא המורשה שלהם ויכול לתבוע ובשלומא הרמב"ם לשיטתו דס"ל כדיעה הראשונה בסי' קכ"ג דדווקא בדבר שיכול להקנות יכולין לכתוב הרשאה א"כ אם אינו קצוב שום אחד לא קנה עדיין כי אם פרוטה ידועה וא"כ אינו יכול להקנות ולהרשות ולכך בעי הרמב"ם עניים ידועים וגם שיהא קצוב. אבל באינו קצוב שלא זכה עוד אינם יכולים להקנות ולהרשות ולזה מקרי אין לו תובעין. אמנם להרא"ש וסייעתם והרמ"א כ' שם דהמנהג כן קשה וצ"ע:

ולכך נראה באמת כדעת הרמ"א בתשובה דיכול הגבאי או המורשה לדידן לתבוע ואפי"ה לענין שמירה אינו נעשה שומר דבשלומא אם קצוץ מיד כשקיבל השומר המעות עבורם זכו הם ונעשה שומר שלהם וממילא הוי כשומר אבידה אבל כשאינו קצוץ שלא זכו נהי דיכולין לתבוע ע"י הרשאה או מי שנעשה ממילא מורשה שלהם אפי"ה לא נעשה שומר שלהם ולא נתחייב כן נראה לפי ענ"ד נכון מאוד. ואע"ג דבתשובות רמ"א הנ"ל דימה דין תביעה לנעשה שומר מ"מ בש"ע נראה דחזר מזה דאע"ג דס"ל דגבאי יכול

לתבוע אפי"ה לא סתם דלא נתחייב כשומר אלא באית בי' תרתי עניים ידועים וגם קצוץ דלפי דעת הרמ"א בתשובה קשה טובא איך סתם בש"ע דבעינין דווקא תרתי וע"כ דיש לחלק בין שומר לתביעה כן נראה לפי ענ"ד נכון לדינא:

והנה בתוס' כתובות דף ס"ח ע"א ד"ה כאן וכן ברא"ש משמע דגבאי ג"כ א"י לתבוע מיהו אין ראי' דהתם לקט שכחה ופיאה שאני דלא בא ליד גבאי וגם אחרים יכולין ליטול. והשתא נבוא לנידון שלנו דמעות א"י נראה דמיקרו עניים ידועים וגם קצוץ שלפי תקנות הכוללים ידוע כמה מגיע לכל נפש ונפש מכל מאה ומאה שבא לידיהם וא"כ אי נגנב או נאבד הוי ספיקא דדינא לענין תשלומין אבל חייב בשבועת השומרין לכל הדיעות וא"כ הוא מחוייב לשלם לצאת י"ש. אמנם מעלתו ני' כ' דהוא רגיל לחלק לפי דעתו ואפי"ה נראה כיון דמעות זה לא רצה לחלק לפי דעתו אלא לשלחם לגבאי דכוללים א"כ כבר זכו בו העניים ההם והוי כממון שיש לו תובעין ושפיר חזי מעלתו ני' דשילם מעות אחר עבור האבוד ועשה אחת וקיים תרתי במחשבתו קיים מצות צדקה שהרי גמר בדעתו אפילו אם הוא פטור ישלם. וגם לפי האמת קיים עוד מ"ע של שומרים שהרי מדין מצות עשה של שומרים ומחשש ההוא הוא משלם ויאושר כוחו לתורה ועבודה ולמצות דברי הדו"ש הק' משה שיק מברעזאווע:

תשובה טו

שיל"ת ר"ח כסלו תר"ח לפ"ק. החיים והשלום וכל טוב לכבוד ידידי הרב המופלג הדיין המצויין בהלכה חרוץ ושנון כש"ת מוה' פסח פראנקול ני' יושב בשבת תחכמוני בק"ק עיר חדש יע"א:

גי"ה על הבי דואר הגיעני עש"ק פ' חיי שרה כו' ועל דבר ד"ת אשר בדק לן מעלתו נ"י במעשה שאירע בקהילתו שאנשים שותפים ספנים המקבלים סחורה ושוכרים ספינה בפעסט להוביל הסחורה למקום חפצה ופשעו ולא היו עם הסחורה. על הספינה ונטבעה והי' אפשר להציל אם היו שם וספן אחד הי' שנחלה בדרך ונתחייבו הספנים לשלם לבעלים בעד סחורתם ונתפשרו בעצמם עם הבעלי בתים לשלם מחצה וטוען הספן האחד שנחלה שיחזירו לו חלקו כיון שהוא הי' אנוס בדבר שנחלה ודעת דייני קהלתו דשותפין שהן שמירה בבעלים פטורים להחזיר לו ומעלתו כ' דהיינו בסחורה שלו אם פשעו משא"כ בסחורה של אחר א"א לחייב את מי שלא פשע בעבור פשיעות אחרים והביא ראי' מדברי הש"ך בחו"מ סי' ע"ז סק"א ממ"ש על הרמ"א באחד שמסר שורו לחמשה בני אדם עכ"ל בקצרה ודברים האלו קצרים ובלתי מובנים והם מעורבבים

ולזאת צריך אני לסדר שורש ענין השאלה הזאת. ובתחילה צריכין לבאר שנים שקבלו בשותפות פקדון מאי דינם אי כל אחד הוי שומר על כל החפץ או רק על החצי שנית אי שותפין כה"ג שקבלו בשותפות אם הם ש"ש או שומרי חנם זה לזה והשלישי אי הוי בכה"ג שמירה בבעלים:

א) לבאר בעזהי"ת דין שנים שקבלו פקדון בשותפות אם הם אחראין וערבאין זה על זה הנה הרמ"א בש"ע חו"מ ר"ס ע"ז סתם דגם בפקדון הם אחראין וערבאין והש"ך שם הביא תשובת הרמ"א דפליג על זה ומביא ראי' מב"ק דף יו"ד באחד שמסר שורו לחמשה בני אדם ופשע אחד ולא שמר ומסיק הש"ס שאם האחרים היו יכולין לשמור זולתו א"כ מאי עביד ואמאי חייב והקשה הרמ"א אם נימא דאחראין וערבאין זה לזה מאי פריך הא' חייב מכח שהוא ערב והש"ך תמה דמאי ראי' הוא זו דשם קאי הש"ס דאינו חייב מכח מזיק אבל מ"מ הוא חייב מכח ערב עיי"ש והנה לכאורה נראה דיפה תמה אבל לפי ענ"ד נראה דדברי הרמ"א נכונים דהמעיין בתשובת הרמ"א יראה דקאי שם לשיטת הפוסקים דסוברים דאחראין וערבאין היינו כמו ערב קבלן:

ולפי ענ"ד נראה דלענין פקדון צריכין אנו לבאר איך ובאיזה אופן קיבל הערבות אי נימא דקיבל עליו שאם לא ישמור חבירו ישמרנו הוא משום דרוצה אדם בקב שלו או נימא שקיבל עליו שאם חבירו לא ישמור כראוי ויתחייב לשלם הנה הוא ערב בעדו. ונראה דזה תליא בפלוגתת הפוסקים דלדעת הרא"ש דסובר דערבאין רצה לומר כערב קבלן נראה דסובר שבפקדון נמי קיבל עליו לשמור כל אחד ואחד את כל החפץ ואלים לי' שמירתי'. ולכך יכול לתבוע פקדונו מכל אחד ואחד דאי ס"ד דכל אחד ואחד קיבל עליו שמירה רק על החלק המגיע עליו אלא שקיבל עליו אחריות שאם יתחייב האחר לשלם ישלם הוא בעדו א"כ שוב לא הוי כערב קבלן וכאלו בא החפץ כולו לידו שאם בא החפץ כולו לידו לא די לו שישלם לו ממון עבורו אלא צריך השומר שיהא יושב ומשמר דרוצה אדם בקב שלו כו' וע"כ אם נימא בפקדון נמי רצה מזה גובה הכל רמ"ג הכל ע"כ צ"ל שקיבל עליו שמירת כל הפקדון. אמנם למאן דס"ל דדווקא אם אין לחבירו לשלם יוכל לתבוע את חבירו עבורו אז על כרחך צריך לומר דלא קיבל כל אחד ואחד כי אם שמירה על מקצת מן החפץ וכאלו נתחלק החפץ לפי השותפין אלא שכל אחד נעשה ערב על התשלומין שאם חבירו לא ישלם ישלם הוא עבורו כמבואר כ"ז בלשון השמקוב"ץ בבב"מ ריש פ' המפקיד:

ויש עוד נפ"מ בין אם קיבל שמירת כולו או קיבל רק ערבות מתשלומי החפץ מלבד הנפ"מ דלעיל דאם רצה מ"ג או מזה יש עוד נפ"מ חדא דאם אמרינן דקיבל ערבות על

השמירה שאם לא ישמרנו חבירו ישמרנו הוא וכדעת הרא"ש א"כ אם נאנס ולא יכול לשמרו פטור על חלקו וגם על חלק חבירו שהערבות לא גרע מהשמירה וכאלו הוא שומר על הכל. אבל אם השמירה קיבל עליו רק במקצת אלא על הפרעון והתשלומין ערב בעד חבירו אז אף גם אם הוא אנוס אבל חבירו שאינו אנוס הרי פשע וחייב והרי הוא ערב בעדו ובהיפוך אם הוא פשע וחבירו נאנס אז אי אמרינין שנעשה ערב בעד השמירה וכאלו כלו בא לידו חייב על הכל אבל למאן דס"ל דקיבל שמירה רק במקצת ועל חלק האחר נעשה ערב רק על הפרעון וכיון שהאחר נאנס ופטור גם הערב פטור דכל היכא דהלוה פטור. גם הערב פטור עיין בש"ך סי' קכ"ט ס"ק כ' ואם כן יש לכל שיטה קולא וחומרא:

אמנם יש עוד נפ"מ דאם נימא דקיבל ערבות גם על השמירה וכאלו בא כל החפץ כולו לידו וא"כ בעל הפקדון קיבל לעצמו ה' שומרין ואלים לי' שמירתי' א"כ פשוט דלא מהני אם מסר שמירתו להשותפין האחרים והשותפין מחלו לו על שמירתו וקבלו עליהם כי הם ישמרו במקומו דזה וודאי לא מהני דאם הם מחלו הרי בעל הפקדון לא מחל שהרי אלים לשמירתי' ועדיפא לי' שמירת ה' משמירת ד' וא"כ אכתי נשאר בחיובו נגד המפקיד ואם נאבד יכול המפקיד לתבוע אותו על כל החפץ (ונהי שהוא יכול אח"כ לתבוע את כל שותפין על דרך שיתבאר לקמן אי"ה מ"מ הוא עדיין שומר של המפקיד) אבל אי נימא דלא קיבל כל אחד כי אם שמירת מקצת מן החפץ לפי ערך האנשים השותפים אלא שבחיוב הממון נעשו ערבים זה לזה וא"כ לא אלים בזה שמירתו כיון שא"צ כל אחד לשמור כי אם החלק שמגיע עליו לפי ערך וחשבון וא"כ אם מסר השומר שמירתו לשאר השותפין וקבלו עליהם כבר נפטר הוא ואין הוא השומר על החפץ ההוא לבעל הפקדון. ונהי דמ"מ עדיין נשאר הוא ערב שאם לא ישלמו שותפיו צריך הוא לשלם ובזה א"א שיפטור הוא את עצמו מהערבות. אבל מחיוב שומר כבר פטר נפשי':

וא"כ עפי"ז מובן ומבואר היטב כוונת הרמ"א בתשובה הנ"ל דשם קאי שרצו לחייב לאחד ממקבלי הפקדון לשלם אע"ג דהי' לחבירו לשלם והיינו כדעת הרא"ש עיי"ש והיינו ע"כ מטעם דחשבינין כאלו כולו בא לידו ולידו חבירו ואלים שמירתי' ועל זה שפיר הביא הרמ"א ראי' גדולה מפ"ק דב"ק דף יו"ד ממסר שורו לחמשה בני אדם דקאמר אי משתמר גם בלעדו מאי קעביד ופי' הרא"ש שם דמיירי שהאחרים לא אמרו מידי והיינו ששתקו ובשתיקה זו קבלו עליהם שמירת חבירו ג"כ ועיין במהרי"ק בשורש קנ"ה אי שתיקה מהני ומהרא"ש כאן מבואר דמהני וכיון שכן שפיר פריך מאי קעביד ועל זה שפיר הקשה הרמ"א דהא להרא"ש לשיטתו לא מהני אם מסר שמירתו לאחד מן

השותפין דלכולם מסר ואכתי הוא נשאר שומר ואי פשע ויצא והזיק חייב בכל הניזקין ומאי קאמר מאי קעביד וא"ש ונכון ומיושב קושית הש"ך היטיב וע"כ דהרא"ש נמי מודה דבפקדון לא אמרינין דיהי' כאלו כלו בא לידו וקיבל עליו שמירת כולו:

ובזה יש לישב ג"כ מ"ש דהמ"מ בשם הרמב"ן שכ' גם בפקדון כן היינו בהתנה דמתנה ש"ח ועיין בתומים בסי' ע"ז שביאר היטיב דבריו יש לומר שכ' כן רק על המ"מ שהביא כן לדעת הרמב"ם שכ' הטור בשמו דס"ל כהרא"ש ולזה הוצרך לאוקמי' בהתנה אבל להרמב"ן והר"ן והנמוק"י דס"ל דנעשה שומר רק על המגיע על חלקו ובאידך נעשה ערב על הפרעון איכ"ל דגם הרמ"א פשיטא דמודה דאין חילוק בין פקדון למלוה ומיושבין יתר הקושיות שהקשה הש"ך דנעלם מהרמ"א דברי הרמב"ן והר"ן:

ועכ"פ לפי מאי שהסכימו רוב הפוסקים ופסקו בש"ע ריי"ס ע"ז דל"א רמ"ג ורצה מ"ג אלא דווקא בלית לי' לאחר לשלם הוא ערב וא"כ הדרן לכללן ולא קיבל שמירה רק על המגיע על חלקו וא"כ בנ"ד שנאנס האחד והוא נעשה ערב בעדם אבל הם אינם צריכין לשלם רק לפי המגיע על חלקם אבל המגיע על חלק מי שנאנס פטורים לגמרי. דחיוב על בעל דבר אין כאן. ממילא גם ערב אין כאן. ויש לרמ"א ראי' דגבי פקדון מודה הרא"ש. מדברי הרא"ש ר"פ המפקיד שכ' גבי שותפין דאם שילם המגיע על חלקו איכ"ל דאקני לי' כפילא והתומים שם סי' ע"ז סק"ג הקשה דברי הרא"ש אהדדי ולהרמ"א הנ"ל דבפקדון מודה הרא"ש א"ש:

אמנם כל זה למאי דפשיטא לי' למעלתו נ"י דמה דנחלה בדרך חשיב אונס וזה אפשר לומר עפ"י מה שהכריע הש"ך בסי' ש"ג סק"ד דאם נאנס ונאבד ונגנב חשיב אונס אבל לדעת אינך פוסקים גם כאן כיון שהי' יכול להציל והוי רק אבדה אלא שנחלה לא חשיב אונס אמנם אפילו לדעת הש"ך מבואר דהיינו דווקא כמ"ש שם בש"ע סעי' ב' בקפץ עליו החולי וכן הוא בלשון הרמב"ן ז"ל זה איכ"ל דחשיב כאונס כיון דקפץ עליו החולי ולא הי' לו שהות ואפשרות להעמיד שומר אחר אבל כאן לא נזכר במכתב מעלתו אם קפץ עליו החולי וא"כ נהי שנחלה מ"מ הי' יכול להעמיד שומר ופשע בזה.. אמנם אי אמרינין דשותפין שומרי שכר זה לזה א"כ הרי כבר הי' לו שומר ואין כאן פשיעה ולכן אנו צריכין לבאר דין זה:

ב) אם שותפין שומרי שכר זה לזה הנה מבואר בש"ס ובש"ע סי' קע"ז סעי' ח' דשותפין ש"ש זה לזה מיהו מבואר שם דהיינו בזמן שכל אחד עוסק בשותפות זמן ידוע והתנו כך ביניהם וכ' שם הרמ"א שאם אינו מחוייב להתעסק אלא שעושה כן מנדבת לבו הוי עליו רק שומר חנם והש"ך שם ס"ק ט"ז השיג על הרמ"א וכ' שנעלם ממנו דבר משנה

רוב הפוסקים ולפי ענ"ד דברי הרמ"א נכונים דהנה לכאורה קשה אמאי לא נימא דיהי' ש"ש וכמ"ש הטו"ז ביו"ד סי' קע"ז סק"ט דשותפין נהנים מהדדי שע"י ריבוי הסחורה נתמעט ההוצאה ונתרבה הריוח עיי"ש באמת דברי הטו"ז צ"ע ולפי ענ"ד לא נראה כן לדינא דנהי דהמקבל עיסקא נהנה גם מחלק הפקדון כמ"ש הטו"ז מ"מ גם חלק הפקדון נהנה מחלק המלוה וא"כ מאיזה טעם יטרח המקבל חלק המלוה בחלק הפקדון הרי גם לבעל הפקדון יש הנאה זו ומאי אילמא זה מזה וע"כ רק משום דהלוה לו הוא מטריח עצמו עבורו וא"כ אסור משום רבית אם לא משלם לו שכר טרחא ודברי הטו"ז צריכין לי עיון:

אבל לענין שמירה שפיר י"ל הואיל ונהנה מהנה כדאמרינן בב"מ דף פ' ע"א גבי הלוקח כלים מבית אומן וצ"ל כיון דא"צ לעסוק בהם כל זמן שאין חבירו עוסק בהן או מעמיד לו אחר במקומו ואפילו חלה כדאיתא בסי' קע"ז סעי' י"ט ורק בנדבה הוא עוסק בו א"כ כבר הוא מהנה לו ואיך ישולם לו רעה תחת טובה שאם לא רצה לשמור כלל ולהניחו בביתו רשאי כל זמן שאין שניהם מתעסקים בו כי אדעתא דהכי נשתתפו ולמה זה יהא יושב ובטל וזה יושב ומשמר ועל זה לא נשתתפו ואיך נימא שאם התחסד עמו להתעסק בו שיהי' מקרי ש"ש הרי לא רצה בההנאה זו אלא אדעתא שגם האחר יעסוק וישתדל בשותפות:.

וכל זה לענין שאינו ש"ש ולא מקרי בהנאה זו ש"ש אבל מ"מ כיון שברשותו ומדעתו הונח ברשותו וניחא לי' בזה הוא ש"ח עליו כל זמן שלא אומר לו שקול חלקך שאינו עוד שומר עליו שהרי כשנשתתפו נתחייבו לעסוק בשותפות ונעשים ש"ש זה לזה וכשנסתלק אחד מן העסק אפילו חלה הוי כמו כלתה שמירתו וקי"ל סוסי' דו"ש דש"ש שכלתה שמירתו מ"מ הוא ש"ח עליו ולא גרע מאומר הנח לפני בסי' רצ"א סעי' ב' וכן קי"ל לענין אומן ר"ס ש"ו וכן מבואר ברמב"ן במלחמות ר"פ שור שנגח ד' וה':

ואפילו לדעת התוס' והבעל המאור ז"ל וסייעתם שהכריח הש"ך מהם דס"ל דאפילו ש"ח לא הוי התם שאני שבעל כרחך הוכרח להשתתף ע"י נגיחת השור ואינו רוצה בשותפות חבירו ורק לצורך עצמו תפס לכך ס"ל להנך פוסקים דאפילו ש"ח לא הוי וכן מבואר בשמ"ק בב"ק שם בשם הרא"ה, וא"כ מכ"ש לפי מאי דפסק בש"ע סי' ת"א סעי' ב' כדעת הרמב"ן ואפילו להרמ"א שהביא י"א כבר כתבנו סברת הרא"ה לכך נראה לפי ענ"ד דלכ"ע שותפין דאפילו אם רק אחד עוסק ובתורת נדבה אפי"ה הוי ש"ח עליו וכמו שפסק הרמ"א ואם שניהם עוסקין הויין ש"ש. וכל זה בשותפין דעלמא:

ומעתה בנ"ד כיון דביררנו דשותפין הן ש"ח וא"כ זה שחלה ולא אפשר לו לשמור בעצמו נהי דאונס לא מקרי דהי' יכול לעמוד אחר במקומו מ"מ כיון דשותפין כל זמן שלא אמרו שקול או קום ושמור הם ש"ח הוי לי' כשומר שמסר לשומר דפטור הראשון מיהו זה לפי דעת הפוסקים המובאים בב"י בחו"מ סי' רצ"א דאפילו ש"ש שמסר לש"ח היכא דרגיל להפקיד לי' פטור אבל לפי מאי דפסק בש"ע בסי' רצ"א סעי' כ"ו דבמסרו לש"ח חשיב פשיעה א"כ גם כאן הוי רק כש"ח ופשע זה שחלה וחייב לשלם חלקו ונהי דזה שחלה יכול שוב לתבוע השותפין האחרים מ"מ הבעלים רצו מ"ג ורמ"ג כמ"ש הש"ך בסי' רצ"א סקמ"א:

ואם גובה מזה שחלה יוכל זה שוב לתבוע חלקו מהשותפין שהיו שומרים שלו אלא דעדיין יש להסתפק דנהי דשותפין דעלמא נעשו שומרין היינו אם מונח ברשותם והתעסקו בו אבל כאן בנידון שלנו הספינה הוי כחצר של שניהם וכחצר השותפין וכאלו הוא מונח בחזקת שניהם כדאיתא רס"י קל"ח ובש"ך סוסי' צ"א וא"כ מיד כשאינם עוסקים בהדדי היא בחזקת כל אחד מהם והוי כש"ש שכלתה זמן שמירתו והוא מונח ברשות בעלים בכה"ג לא מצינו דהוי ש"ח עליו ונראה דתליא בפלוגתת הפוסקים המובא בסי' שצ"ו סעי' ז' דלדעת הרא"ש דסובר היכא דהוא נסתלק והם שתקו ולא נסתלקו הוי כאלו קבלו הם שמירתו וה"נ איכ"ל בכה"ג כששתקו ועמדו בשמירתם קבלו השמירה והם ש"ח. מיהו גם התם נראה דעת המחבר דס"ל עיקר כדיעה הראשונה וא"כ בנידון שלנו ג"כ לפי דעת רוב הפוסקים השותפין אינם שומרים שלו וכ"ש אם כבר שילם יכולין לומר קים לי:

(**ובגוף** הדין בסי' שצ"ו סעי' ז' יש להעיר שסתם המחבר טובא דלכאורה נראה דהרא"ש סובר כדעת הפוסקים בסי' רצ"א דש"ש שמסר לש"ח דרגיל להפקיד אצלו פטור משום דמסרו לבן דעת אבל לפי מאי דסתם הש"ע בסי' רצ"א סעי' כ"ו כדעת הרמב"ם במסרו לש"ח הוי פשיעה א"כ הו"ל לפרש דהא דאמרינן בסילק עצמו משמירתו והאחרים עמדו בשמירתם וקבלו שמירתו דפטור היינו דווקא אם הי' ש"ח אבל אם הי' ש"ש ומסר עתה לאחרים שהם רק כש"ח על חלקו לא פטר) ועכ"פ לפי האמור אם הם קבלו שמירה הם ש"ח וחייבים. ועתה צריכין אנו לבאר למה אינם פטורים משום שמירה בבעלים. ואמרתי לבאר:

ג) הנה בסי' קע"ו סעי' ח' מבואר דהא דשותפין דינם כשמירה בבעלים היינו אם התחילו לשמור ביחד אבל אם מתחילה נתעסק בו אחד לבדו אפילו אם אח"כ עסקו בשותפות הראשון חייב ובאמת קשה לי לכאורה מ"ש מהא דמסיק בב"מ דף צ"ו ע"ב דאתיא

שכירות בבעלים ומפקיע שכירות שלא בבעלים וא"כ ה"נ כיון שאח"כ עסקו בשותפות ונעשו ש"ש זה לזה שמירה בבעלים יבוא שמירה בבעלים ויפקיע שכירות שלא בבעלים. ועיין בתוס' ב"מ דף צ"ח ע"ב ד"ה שאלה כו' וצ"ל דהתם בא מעשה חדש הגורם לשוי' שומר ונישאת לו ופנים חדשות הזה אמרינין דמפקיע אבל כאן שם שותפות הגורם לשוי' שומר אחד ואזלינן . בתר ההתחלה וכל זה אם מעיקרא הי' שומר עליו:

אבל אכתי קשה אם עסק אחד מעיקרא לבדו הא לא נעשו ש"ש עליו כלל עד שהתעסקו עתה בשותפות וא"כ מכאן ואילך מתחיל שמירה חדשה וכ"ש לפי דעת הש"ך שם בסקט"ז דסובר דאפילו שו"ח לא הוי מעיקרא א"כ לא התחילה שמירתו עד עתה שהתעסקו בשותפות ואמאי הראשון חייב הא אז הוי שמירה בבעלים וצ"ל דכוונת הש"ע דאם נתעסק אחד לבדו היינו שמעיקרא התנו שכל אחד יעסוק זמן ידוע וכמ"ש לפני זה ואז מיד התחיל שמירתו והוי עליו מאז ש"ש בלי שמירה בבעלים ולכך אפילו אם אח"כ עוסקים בשותפות שמירה אחת היא ולא הי' אז בהתחלה בעלים:

ובזה נראה לי לישב היטב הגירסא שהביא שם הסמ"ע בס"ק כ"ה אם מתחילה נתעסק בו כל אחד כו' והסמ"ע השיג על גירסא זו ולפענ"ד נראה דכוונת הגירסא כדלעיל לא שנתעסק כל אחד אלא שכן הי' התנאי ביניהם וכדי שיהא ש"ש עליו וכמ"ש וא"ש ועכ"פ בנידון שלנו אם מעיקרא נתעסקו בשותפות אז הווין שמירה בבעלים וכן משמע הלשון שכ' במכתבו שנחלה בדרך אבל אם מיד נחלה ולא עסק כלל עמהם בשותפות לא הוי שמירה בבעלים:

אמנם אפילו אם מתחילה נתעסקו בשותפות והוי בבעלים מ"מ פשוט דזה אינו מועיל בנידון שלנו לפטור השותפין כמבואר ברמ"א בסי' שמ"ו סעיף י"ז כיון שאין החפץ של השותף שנחלה אלא של בעלים אחרים והם לא היו עמו לא מהני דהא קי"ל כר' יוסי דתחזור פרה לבעלים ראשונים דלעולם מי שהחפץ בידו הוא השומר של בעל החפץ וא"כ אין השותפין שומרין של השותף החולה אלא שומרין של בעל החפץ והם לא היו עמהם במלאכתו ודין זה הוא הלכה ברורה כמ"ש הש"ך שם בס"ק י"ב שהיא סוגיא ערוכה:

ומה שהקשה הסמ"ע והש"ך שם מדברי הטור לפי ענ"ד לא קשה מידי דכוונת הרא"ש והטור הוא דנהי דבעלמא לוקח בהמה לזמן חשיב ש"ח עליו היינו דווקא אם לא העמיד לו שומר בחריקאו אבל כאן האשה היא שומר שלו ולה זיכה פירות והנאת בהמתו בשאלה או שכירות והנאה זו היא מכרה לבעלה וע"י הנאה זו היא מחוייבת לו באונסין ואיך יתחייב גם הבעל להיות שומר של הבעלים. ודווקא בעלמא אמרינן ע"י שנהנה מן

הבהמה הוא שומר אבל כאן הנאת שאילה זו כבר גרמה שהאשה היא שומר שלו והנאה זו עצמה מסרה היא לאחר ואיך תגרום שנית שומר ולכך ידו כידה והיא שומר שלו ולא הבעל שהוא לוקח ולכך פטור לגמרי ולעולם אין חולק על דברי הרמ"א הנ"ל:

ועפ"י האמור יש לישב דברי הרמב"ם פ"ב משאלה דין ח' שהקשה עליהם הנמוק"י בב"מ דף צ"ו שכ' בשותפין ששאלו ונשאל לאחד מהם דהספק על כולה והנמוק"י הקשה עליו ולהנ"ל י"ל כיון דשותפין ש"ש זה לזה וא"כ למאי דקי"ל כר' יוסי דתחזיר פרה לבעלים הראשונים ומקרי שומר של בעלים הראשונים וא"כ נהי דקי"ל דרק ערבאין הן מ"מ מקרי שומר על כל החפץ חצי' בשאלה וחצי' בשכירות וא"כ אי אמרינין כדאיתא איבעי' בב"מ דף צ"ח ע"ב דשכירות בבעלים ושאילה שלא בבעלים הוי הכל בבעלים וא"כ כאן הספק על הכל וע"כ דהסוגיא קאי לרבנן דר' יוסי כדמסיק שם בע"ב אבל לדידן דקי"ל כר' יוסי שפיר מקרי כולו שומר ויש לשאול האיבעי' על כל החפץ:

וכן יש לישב קושית התומים בסי' ע"ז סק"ג על המהרי"ק שכ' שאם נשתיירו בשותפות לכ"ע רצה מזה גובה רמ"ג וקשיא מהאי דשותפין ששאלו כו' ולפי ענ"ד סברת מהרי"ק דנהי דהוא השאיל מחצה שוב השותפים משאילים זה לזה אלא במעות הלואה נעשים לווים עליו אבל בשאלו בהמה נהי דהם משאילים זה לזה הא קי"ל שאל לי ואשאל לך הוי ש"ש וא"כ לא הוי לוה רק על חציו ולכך שפיר קא מבעי' לי' רק חצי' כן נראה לפי:

ענ"ד: **ונחזור** לענין שלנו אם השותפין בשעה שנחלה ביקש מהם שיעמדו תחתיו או לדעת הרא"ש בסי' שצ"ו אפילו בשתיקה אם שמרו הכל הם ש"ח גם על חלקו והם שומרים של הבעלים וחייבים לשלם הכל ואפילו אי. לא חשבינין האי חולה לאונס והוי פשיעה שלא מסר לש"ש ואי בעי בעלים יכולין לגבות מזה א' מזה מ"מ הוא יכול לגבות מהם כמו גזל ולא נתיאשו הבעלים ובא אחר ואכלו דרצה מזה גובה או מזה אבל אם הם לא קבלו שמירה על חלקו אז אם לא קפץ עליו החולי הוא חייב על חלקו והם ערבים בעדו ואם קפץ עליו החולי הוא אנוס ופטור וגם יתר השותפין אינם צריכין לשלם רק כפי המגיע על חלקם כן נראה לפי ענ"ד להלכה עובדא דא. דבר ידידו הדורש שלומו תמיד הק' משה שיק מברעזאווע:

תשובה טז

בעזהי"ת יום ה' י"א אב תרכ"ה לפ"ק פה חוסט י"א. החיים והשלום וכ"ט להרב המאוה"ג המופלג בתורה מוה' אהרן מאיר נ' אב"ד בק"ק וואלאווא והגליל ולהדיין המצויין בהלכה המופלג בתורה מוה' נחמן גרינבערגיר נ"י:

מכתבם קבלתי בשבוע העבר ומעלתכם בקשו ממני לחוות דעתי בדבר אשר נחלקו בו דייני ישראל בהלכה למעשה בשנים שנתעצמו בדין ואם אמנם לא יכולתי להבין בבירור טענת הצדדים. וכמדומה לי כי זה טענותם התובע תבע סך חמש מאות ושבעים ותשעה זהובים כסף שיש לו עליהם שטר חתום בכ"י וב' עדים הקיימים לקיום ח"י ובשטר נכתב שקיבל עפ"י היתר עיסקא סך הנ"ל במזומנים וכן תובע התובע בע"פ הקרן הנ"ל. והנתבע אומר שלא נתן לו אלא ג' מאות ועשרה זהובים והשאר הוא עיסקא שכלל עם הריוח שהי' סבור שיעלה עם הקרן. ובאמת כשחשב בעיסקא עם שותפו שגם התובע הי' שם נמצא היזק ולזאת הוא טוען חדא שישבע התובע שבסך הנ"ל לא נכלל בו גם הריוח אלא שנתן לו במזומנים סך הנ"ל. והשנית הואיל והנותן הי' בכל החשבונות ויודע מן ההיזק אע"ג שהוא אומר שא"י ישבע ע"ז שא"י. ושלישית טוען שהתובע נעשה ערב בשביל חתנו שנעשה על פיו עמו שותף וגם שם הי' היזק וחתנו אינו רוצה לשלם. והוא תובע את הערב. והתובע אומר שמעולם לא נעשה ערב וגם א"י משום היזק ע"כ הטענות ועל אלו הטענות נחלקו מעלתכם ובקשו ממני וקבלו עליהם לעשות כאשר יצא מפי ולזאת לא מנעתי לכתוב דעתי בזה הנראה לפי ענ"ד בעזה"י:

הנה טענה הראשונה לכאורה מבואר בש"ע סי' פ"ב סעי' י' דבשטר מקויים אפילו לית בי' נאמנות אינו נאמן לומר אשתבע לי דלא הי' אמנה או ריבית או כיוצא בו שמגרע כח השטר מעיקרא ואע"ג דלית בי' נאמנות והי' יכול לטעון אשתבע לי דלא פרעתיך אפילו מיגו לא אמרינין לגרעי' לשטרא וא"כ ה"נ אע"ג דעדים אשר על ידיהם נתקיים אמרו לא ראינו נתינת המעות אין זה ריעותא דהרי כותבין שטר ללוה אעפ"י שאין מלוה עמו וכיון דהעדים חתמו על גוף הענין לא לקיים חתימת ידם הוי שטר גמור כדינו כדאיתא בח"מ סי' מ' וסי' ס"ט סעיף וא"כ כיון דשטר גמור הוא לא מהימן לטעון לגרעו אפילו לטעון אשתבע לי. וקבלת חרם אי יכול לחייבו ע"ז אינו מבואר בנידון הנ"ל של הש"ע אבל בנידון הנ"ל גרע טפי דאפי' לדעת החולקין על פסק הנ"ל של הש"ע שהוא דעת הרמב"ם מ"מ בנידון שלנו מודה וכמ"ש המל"מ בפי"ד ממלוה דין ג' בעובדא דמהרשש"ך עיי"ש דע"כ לא פליגו אלא במקום שאינו מכחיש לגמרי השטר ויש מקום גם לשטר כגון בטענת רבית או אמנה אבל במכחישו לגמרי לכ"ע א"י להשביעו על זה עיי"ש:

וכ"ש בנידון שלנו שכתוב בשטר דנתן לו במזומנים סך הנ"ל וחתום בחתימת ידו ועדים חתומים בו לכ"ע אינו יכול לטעון אשתבע כיון דהודה ופשוט דעל זה אין לו טענת קבלת חרם שכשם שאם היו עדים המעידים כדברי התובע לא הי' צריך קבלת חרם מכ"ש הודאות בע"ד דכמאה עדים דמי וכן מוכח ומבואר בסי' ע"ט סעיף א' ואפילו לאחר

שפרע א"י להשביע היסת כמ"ש בש"ע סי' פ"ב סעיף י' לענין טענת אמנה או רבית דכאן שמכחיש השטר לגמרי וכבר הודה אין אחר ההודאה כלום. ולענין קבלת חרם אחר הפרעון פליגו בסי' ע"ט סק"ה הב"ח סובר דא"צ לקבל והש"ך פליג עלי' וכ' דאינו מוכרח וביאר. כן נמי בסי' פ"ב ס"ק י"ד עיי"ש והה"ד כאן וא"כ אין בטענה הראשונה ממש:

אמנם הטענה השני' אם אמנם לפי מה שראיתי במכתב שלכם היא מבולבלת ומשמע דטוען דבשעת כתיבה כבר הי' היזק וזה אינו מובן. ונראה טענתו כמ"ש למעלה וא"כ בזאת הטענה אינו מכחיש את השטר אלא אפילו נתן לו הסך ההוא מ"מ טוען שיודע שהי' הפסד מהקרן וישתבע הנה טענה זו לכאורה שפיר טען נהי דלכאורה תליא זה בב' דיעות המובאות בחו"מ סי' פ"ב סעי' י"א בטוען אשתבע דלא מחלת עיי"ש ועיין בש"ך סי' פ"ז ס"ק י' מספיקא לא יוכל להשביע וא"כ לדעת האומרים דווקא פרעתי הואיל ושטר עומד ליפרע יכול להשביעו א"כ אפשר על היזק אינו עומד וא"י להשביע וכן טענה שלישית תליא בזה:

מכל מקום נראה הכרעת הש"ע כדיעה הראשונה דיכול להשביע דבאהע"ז סי' קט"ו סעי' ז' פסק דיכול להשביע שלא זינתה ועיין במל"מ פכ"ד מה' אישות הקשה על הכ"מ והב"י בזה וכ' שהדין עם המ"מ דפליג וסובר דאינו משביעה על זה דהוי כמו טענת רבית ואמנה אמנם האמת דטענת שלא זינתה תליא בפלוגתא זו בחו"מ סי' פ"ב סעי' י"א שמחל והמ"מ לשיטתי' דס"ל בזה כדיעה שני' דא"י להשביעה לכך גם שם סובר דאינו יכול. אבל הב"י סובר לעיקר דווקא טענת רבית ואמנה דעוקר ומגרע לשטר מעיקרא א"י להשביע וא"כ בזינתה דאינו מגרע מעיקרא יכול להשביעה עכ"פ מבואר דהכרעת הש"ע כשיטה זאת:

וא"כ כ"ש היזק וערבות דשכיחא טפי וא"כ כיון דהנתבע טוען ברי שהתובע יודע אע"ג שהוא אומר שא"י מגיע לו שבועה כמבואר בכמה דוכתי ואפילו במילתא דלא שכיח הסכים הש"ך כן בסי' קכ"ו סקמ"ה כן נראה לכאורה. אמנם לענין שטר עיסקא לפי המנהג ונוסחת השטרות נראה דאין המקבל יוכל להטיל על הנותן שבועה ובנידון שלנו עוד מטעמים אחרים חדא דלא ידענא איך יוכל לומר ברי דיודע מהיזק בשותף שעליו שבועת השותפין ואפילו אינו חושדו ויודע מהיזק מ"מ על חלקו הוא שומר וצריך לישבע שלא בא ההיזק ע"י פשיעתו וכבר קבל עליו בשטר עיסקא שלא יהא נאמן בשבועתו להפסיד הקרן וממילא אינו נודע ההיזק:

אמנם אפילו בעליו עמו פטור לדעת מקצת פוסקים והסכים הש"ך בסי' שמ"ו לעיקר דפטור אפילו בפשיעה מ"מ נראה לי לדינא כיון דתיקנו הגאונים בשטר עיסקא שלא

יהא נאמן על הפסד הקרן אלא בעדים ע"כ פסל א"ע שלא יהא טענת ברי שלו כברי דאם טענת ברי שלו ברי א"כ אפילו הנותן א"י א"י לגבות כדאי' בחו"מ סי' נ"ט וא"כ מה יתן ומה יוסף בשבועות א"י ועל כרחך דפסל עצמו ושוי' לטענתי' טענת שמא וא"כ אינו יכול לומר אשתבע. ועוד מטעם שכ' הש"ך בסי' ע"א בראשו. בנותן נאמנות סתם אפילו במלוה ע"פ אינו יכול להשביע את המלוה וכ' הש"ך שם ס"ק א' דכיון דפסל עצמו לטעון פרעתי הה"ד דאינו יכול לטעון לחייב שבועה ואם כן הכא ה"נ:

ועדיין הי' אפשר לחייב קבלת חרם אלא דעוד יש טעמים דאיך אפשר דנחייב אותו שבועה או חרם ואם לא. לא ישלם לו הרי קיבל על עצמו בשטר עיסקא שאינו נאמן להפסיד הקרן בטענתו אלא ע"י עדים כשרים ואם נימא דאם לא ישבע או לא יקבל בחרם יפסיד הרי זה מינקט בלבושי' עד דיאמין לי' וכעין דאמרינן בש"ס שבועות דף מ"א. ועוד דזיל בתר טעמא הרי הגאונים נראה דתיקנו כן משום תיקון העולם שיהיו שכיחים נותני מעות בעיסקא תיקנו שלא יהא לנותן היזק בקרן עיין בתה"ד סי' ש"ב ואי נימא דיכול לחייבו שבועה או חרם והרבה אינשי דפירשו אפילו משבועות אמת ואיכא אכתי חשש נ"ד ליתן בעיסקא ולכך נראה בכלל שלא יהא נאמן בהפסד הקרן אלא בעדים שלא יוכל לחייבו לא שבועה ולא חרם שיצטרך לקבל המלוה כנהוג. כמו בנאמנות בפירוש גם על חרם בוודאי חרם סתם שיאמר הלוה כעין דאיתא בסי' ע"א סעי' ו' וז' עיי"ש באורים יוכל. אבל קבלת חרם על הנותן אין כאן. כן נראה לפי ענ"ד לדינא נכון:

וכל זה קודם שישלם אבל לאחר הפרעון יוכל על הטענה השני' הזאת להשביעו היסת דהרי רק דמי לנאמנות. ובנאמנות קי"ל בסי' ע"א דלאחר הפרעון יכול להשביעו היסת מיהו צריך לברר בפני הב"ד אופן שיכול התובע לידע בבירור שהי' שם היזק דהרי הביא בסמ"ע סי' ע"ה סק"ה תשובת הרא"ש דלענין שבועת היסת צריך לברר הטענה ועיי"ש ולענין לקבל בחרם לאחר הפרעון דלחרם לא בעי' טענת ברי נראה דתליא בראיית הדיינים אם יש ממש בספק ההוא וכעין שכ' הרמ"א שם בסי' ע"ה סעי' א':

והנה הא דכתבנו דבשטר עיסקא הוי כאלו פוסל את טענתו ושלא יהי' ברי שלו ברי לענין הפסד הקרן זה דווקא לענין היזק אבל אם יש למקבל עיסקא טענה אחרת תביעה ממקום אחר על הנותן עיסקא וממילא עילה זה בפרעון השטר העיסקא דוגמא שכ' באהע"ז סימן צ"ו ובב"ש ס"ק י"ב וכיוצא בזה והה"ד בנידון שלנו בטענה שלשית שטוען טענת ערבות על זה נראה דלא הי' בכלל התנאי שלא יהי' נאמן להפסיד את הקרן ודינו כמו במקום אחר דכשם דבנאמנות אמרינן בסי' ע"א דלא הי' אלא על פרעון אבל על מחילה וכיוצא מטענות לא הוי מסתמא אא"כ פירש ה"נ שפסל עצמו המקבל לא פסל

עצמו אלא בטענת היזק הבא מאותו עיסקא אבל בטענה דמעלמא דלעולם יד בעל השטר על התחתונה וכן בתקנה אמרינין דווקא מה שמפורש בתקנה וכן נראה מלשון השטר עיסקא המועתק בלקט הקמח סי' קע"ז:

וא"כ אם טענה ג' טענת ערבות בעסק אחר ויש ממש בטענותו דהיינו שנתברר שיש היזק ע"י שבועה כדינו וטוען ברי שנעשה ערב לו עפ"י כללי דיני ערב בח"מ סי' קכ"ט באופן דמועיל ועיין שם בש"ך סק"ו בכה"ג יכול לטעון אשתבע לי קודם הפרעון אבל כל זמן דלא אשתבע בשבועת השותפין כדינא לא מקרי נתברר כן נראה לי ביאור הדברים האלה נכון ומ"מ כיון דשכיחא דכוללין העיסקא עם הקרן נהי דעפ"י הדין אינם נאמנים מ"מ טוב לדבר על לבם לפשר ואיש על מקומו יבוא בשלום דברי החותם בברכה ידידכם הדורש בשלומכם הק' משה שיק מברעזאווע:

תשובה יז

שלום וכל טוב סלה לאהובי ידידי הרב הדיין המצויין המופלג בתורה וביראה חרוץ ושנון כש"ת מוה' פייש ני' בק"ק האליטש יע"א:

יקרתו הגיעני כו' ושם נאמר לשאל אותי בדבר הלכה למעשה בראובן שתבע משמעון לשלם לו הפסד שעולה יותר מסך אלף על חלקו בדבר השותפות שיש ביניהם לפי הכתב הקאנטיראקט חתום בח"י בכתב שלהן ומקומם מהשררה יר"ה והנתבע כופר ואומר שלהד"מ ושאינו שותף כלל והחתימה צוה הוא לחתום עבורו רק לפנים למען יתרצה השר. והנתבע תובע מהתובע שישלם לו סך ממאה איפה דגן שהלוה לו והתובע טוען שנתן זה בשותפות ועתה שהי' הפסד עוד יותר מזה על חלקו אדרבה צריך שמעון הנתבע לשלם עבורו ומעלתו ני' הביא שב' דיינים מתווכחים בהלכה זו יש מי שאומר ששמעון הנתבע ישבע ויפטר ממה שתובע אותו ראובן חלק הפסד על חלקו וממילא עי"ז יטול דמי הדגן מן ראובן התובע. ודיין אחד פליג עלי' וסובר דחדא לפי דעת הרמ"ה בחו"מ סי' קע"ו סעי' ו' א"צ כלל לשלם ההפסד מביתו ואפילו חייב לשלם היינו אם ידעינין כמה אבל אין התובע נאמן לישבע וליטול כמבואר בח"מ סי' צ"ג סעי' י"ג. ודיין השני השיב דהרמ"ה מיירי בלא התנה משא"כ בהתנה. ועוד האריך מעלתו כו':

והנה זה אמת ופשוט שאין דברי הרמ"ה שייכים לכאן כלל דהרמ"ה קאי על סתמא אם לא הותנו אבל כאן שכתבו והתנו שיהא השכר והפחת לאמצע פשיטא שאין אחר תנאי כלום וכל תנאי שבממון קיים וכ"כ הב"ח להדיא ואפי"ה הקשו שפיר מסי' צ"ג סעי' י"ג דשם מבואר מהרמב"ם דפליג דליכא לאוקמא בהתנו מלבד דמוכח כן מדסתם עוד מוכח

כן מדפליג עלי' הראב"ד והטור והב"י נמי ע"כ ס"ל דמיירי בלא התנו כמובן למעיין שם וא"כ אין ענין דברי הרמ"ה לכאן ובוודאי אי נשתתפו כדין חייב שמעון לשלם מביתו:

אמנם עתה שהנתבע שמעון כופר ואומר שלא הי' שותף מעולם נראה דדין זה מתחלק לכמה חלקים חדא אם ידוע ומבורר בעדים כמה הפסיד במו"מ ההוא וא"כ אין כאן דין ודברים רק אם הוא שותף או לא ואם לא הי' כתב כלל ביניהם אלא טענות בע"פ היה הדין כך שהנתבע שמעון ישבע שבועת היסת דאינו שותף ככל כופר הכל ואז פטור לשלם אבל אינו נוטל ע"י שבועתו גם דמי הדגן אשר הם ביד ראובן. כיון דראובן טוען ברי שאינו חייב לו כלום והדגן ניתן לעסק השותפות וכיון שהפסיד יותר מזה ממילא א"צ ראובן לישבע רק שבועת היסת ככופר הכל. ותו דנאמן במגו דאי בעי הי' יכול לטעון כבר פרעתי לך דמי הדגן והי' נאמן בשבועת היסת ה"נ נאמן לישבע היסת שאינו חייב לו כלום ושיש לו ביד שמעון לכל הפחות דמי שווי הדגן או ששמעון חייב לו לכל הפחות כנגד דמי שיווי הדגן הנ"ל ובכה"ג פטור:

ואע"ג דהב' שבועות סותרין מ"מ הא קי"ל בסי' צ"א דלא כבן ננס וכיוצא בזה קי"ל בחו"מ סי' קכ"א סעי' ט' וכיוצא בזה ממש קי"ל בחו"מ סי' ע"ב סעי' כ"ב דהמלוה ישבע שלא הי' אצלו משכון והלוה ישבע שיש לו אצל המלוה כנגד חובו דשניהם ישבעו היסת. ונראה דבכה"ג לכ"ע יכול לישבע סתם שאינו חייב לו אפילו למאן דפליג שם בסי' ע"ב סו' סעי' י"ז בהגה"ה דבעלמא אינו יכול לישבע סתם אבל כאן הרי טענותייהו על הדגן ולפי טענת ראובן התובע. אינו חייב לו כלום מהן. מיהו טוב יותר לברר לשון השבועה וכמ"ש הנמוק"י בריש מס' ב"מ:

וכל זה אם לא הי' כאן שטר שותפות אבל אם יש כאן שטר שותפות יש כאן חילוק דין אחר דהנה זה פשוט אם חתם בח"י ודעתו להשתתף אפילו לא נתן שום ממון לתוך השותפות יכול להתחייב להיות שותף לשכר ולהפסד דקי"ל בחו"מ סי' מ"ם סעי' א' ושם סוסי' נו"ן בהגה"ה ובש"ך שם דיכול להתחייב בדבר שאינו מחוייב וכ"ש בדרך הודאה ואפילו להרמב"ם דסובר בחו"מ בסי' ס' סעי' ב' דבדבר שאינו קצוב אינו יכול להשתעבד דהוי כעין אסמכתא מ"מ בכה"ג אגב דרוצה להיות שותף לשכר ואגב דרוצה לקנות מקנה כמ"ש בהגה"ה בחו"מ סי' ר"ז סוסעי' י"ג והכי מוכח בפשיטות מדברי הש"י והתומים בח"מ סי' צ"ג סק"י עיי"ש:

וכ"ש בנידון דידן דשמעון הנתבע טוען דמצד שתדלנות שלו שלא רצה השר לקבל לראובן הבטיח לו מחצית שכר וא"כ זכה שמעון שכר שתדלנות דשכירות א"צ קנין והתנה להיות שכרו בעסק ההוא וא"כ הוי כהטלו שנים וכיון דאלו כ' בח"י משתעבד

הה"ד נמי אם צוה לאחר לחתום עבורו דבכל התורה שלוחו ש"א כמותו א"כ כשחותם שליחו משתעבד על ידו וכ"כ הסמ"ע והש"ך בחו"מ סי' מ"ה סק"ח וא"כ שטר שותפות זה שטר גמור. ועוד מטעם אחר כיון שהודה כן בפני השר והערכי ומהני לדעת י"א בח"מ סי' ס"ח סעי' א' בהגה"ה וא"כ השטר הוא כשר אלא שטוען שלא הי' דעתו להתחייב מעולם ושלא עשה אלא לפנים והיינו כעין טענת אמנה היו דבריו ומבואר בסי' ס"ט סעי' ב' ובסמ"ע סקי"ב דטענות כאלו אינו נאמן אא"כ יש לו מיגו ודווקא פרעתי דשטר עומד ליפרע משא"כ אמנה או השטאה ולפנים עשיתי וא"כ ה"נ א"נ לומר לפנים עשיתי:

ואין לומר דנאמן במגו דאי בעי הוי יכול להכחיש ולומר לא צויתי לחתום ז"א כיון דהודה כן בפני השופט הערכי אפילו לדעת האומרים בסי' ס"ח סעי' א' דאינו נאמן מ"מ אין זה מיגו דירא להכחיש הערכי אולי יבוא בדיניהם ועי' סי' פ"א סעי' י"ט דבשטר אינו נאמן לומר להשטאה ולהשבעה כתבתי וא"כ לכאורה השותפות בתקפו. אמנם נראה דמ"מ הנתבע נאמן לומר לפנים עשיתי במיגו שיכול לומר פרעתי לך כל דמי ההפסד או שיש לי בידך נגד כל ההפסד שהי' נאמן ליפטר בשבועת היסת כדאיתא בח"מ סי' ע"ה סעי' זיי"ן ה"נ נאמן בשבועת היסת וכל זה במה שראובן תובע משמעון:

אבל מאי ששמעון תובע מראובן דמי שיווי הדגן נאמן ראובן שהי' שותף שהרי השטר אומר כדבריו ואינו נאמן לומר לפנים עשיתי דעל אותו ממון להוציאו אין לו מיגו ואפילו הי' לו מיגו הוי מיגו להוציא וכ"ש דבאמת אין לו מיגו ולכך אמרינן דעל מה דאית לי' מיגו נאמן ועל מה דלית לי' מיגו אינו נאמן מכל זה אם הי' מבורר עפ"י עדים כמה הפסיד אבל אם אין אנו יודעין כמה הפסיד הוא החילוק הג'. שצריכין לבאר:

הנה אם אין אנו יודעין כמה הפסיד ורוצה הוא לישבע על זה אז אם הי' מודה הנתבע שהוא שותף מ"מ הי' ראובן התובע מחוייב לישבע שבועת השותפין שבועה חמירא כמבואר סי' צ"ג בתחילתו והנתבע צריך מעיקרא לקבל בחרם שהוא חושד אותו ושאינו יודע אם האמת והנכון אתו. מיהו לדעת יש מי שאומר בש"ע סי' פ"ז סעי' י"א יכול התובע לטעון בשבועת השותפין על הנתבע שגם הוא ישבע שבועה חמירא שחושדו ואע"ג דספק שבועה אין אנו יכולין לחייבו כמ"ש הש"ך בסי' פ"ז סק"י מיהו הטעם כמ"ש הש"ך שם משום דיכול לומר קים לי כמאן דפוטר וא"כ כאן בשבועות השותפין יכול התובע ליטעון קים לי כמאן דמחייב לך לישבע ואינני:

נשבע עד שאתה תשבע שבועה דאורייתא דאתה חושדני בכך:

ואע"ג דא"י לומר קים לי על דעת יחיד היינו היכא שכל, הפוסקים חולקין עליו כמ"ש הש"ך בקונטרס ת"כ סי' קנ"ג וכאן לא מצינו חולקין עליו כל הפוסקים ואפשר כיון

דלדעת הרמב"ם בשום שבועה חמירא אין מהפכין רק בשבועת היסת ואפילו לדעת הסוברין מהפכין אבל בטענת ספק איכ"ל דאין מהפכין והוי ס"ס ועיין בש"ש שמעתתא ד' פט"ז דבס"ס א"י לומר קים לי' ולענין שבועה נראה דכ"ע מודים דבממון יש לדון מטעם אין הולכין בממון אחר הרוב משא"כ כאן וכן מבואר בטו"ז סי' פ"ז סעי' כ"ב דהנשבעין מספק צריך הנתבע לקבל בחרם והובא באורים שם משמע דלא קי"ל כדעת יש מי שאומר המובא בסעי' י"א ועכ"פ כשישבע התובע שבועת השותפין אינו נאמן אלא על מה שתחת ידו אבל לא יכול להוציא משמעון הנתבע על ידי זה כמבואר בסי' צ"ג סעי' י"ג:

ודעת השב"י ורדב"ז המובאים בתומים שם סק"י דהיכא דלא הטילו כלל יכול לישבע וליטול משום דקשיא להו הא דקי"ל בסי' צ"א סעי' ג' דכל היכא דאחד יודע ואחד אינו יודע נשבע היודע ונוטל עיי"ש וכבר הוכיח התומים שם בראי' ברורה דלא קי"ל כן וסברתו נכונה. והכי מסתב' עפ"י מאי שהסביר הסמ"ע והש"ך בסי' צ"א סקכ"ג ובלא"ה קושית הש"י לא קשיא דעד כאן לא אמרינן היכא דא"י ואחד אינו יודע דנשבע היודע ונוטל אלא היכא דאית לי' טענה ברורה וחוב ברור כגון הוציא הוצאות ברשות אלא שאין אנו יודעין כמה בכה"ג נשבע ונוטל אבל היכא שהספק אם הוציא כלל ואין אנו יודעין אם יש לו שום חוב עליו בכה"ג לא אמרינין דישבע היודע ויטול וכן מבואר בהדיא בשמ"ק כתובות דף ע"ט ע"ב במתני' דהמוציא הוצאות כו' וא"כ כאן דאין כאן חיוב ברור לכ"ע אינו נשבע ונוטל וא"כ הדין דישבע ראובן שבשעת השותפות שעסק בדין וביושר ושעולה ההפסד לכל הפחות בכדי שיווי חובו של דמי הדגן על חלקו ויפטר מלשלם וגם שמעון פטור מלשלם רק שיקבל מעיקרא בחרם כדלעיל:

וכל זה אם הי' שמעון מודה שהי' שותף אבל כאן ששמעון כופר ואומר שלא הי' שותף כלל טענתו זו קלקלתו כיון דלפי הודאתו אין לו על ראובן שבועות השותפין (ואע"ג שלפי טענתו נראה שאומר שהבטיח לו ראובן להיות שותף לריוח ולא להפסד וא"כ עדיין הי' לו עליו שבועות השותפין דשמא ריוח הי' כפי מה שאומר שמעון מ"מ לפי הנראה מלשון טענתייהו לא תבעו ומחלו ושבועות השותפין דווקא בטוען ועיין סי' צ"ג סעי' א' וי"ו ומעלתו ני' בפנים בדבר זה ואין לדיין אלא מה שאזניו שומעות) והוא תובע ממנו דמי שיווי הדגן ולפי דברי שמעון אין לו מקום לראובן להיות מורה היתר לו בדבר להפסיד ולכחוש לו את דגנו ולשלם לו זה עבור השתדלותו שכוון לטובה (ואפילו נימא דלא חשבינין למיגו שהי' ראובן יכול להצניע שטר השותפות בידו ולומר על דמי הדגן פרעתי והיה כופר הכל ופטור בשבועת היסת דאין זה מיגו דהוא סובר לזכות גם בהפסד

ועוד הש"ע בסי' צ"ג סעי' ב' פסק דלא אמרינין מיגו לאפטורי משבועה מ"מ) כיון שאינו תובע לו רק טענה בפ"ע והוא כופר הכל נאמן ונשבע היסת ונפטר ואם רוצה להפך שבועה על שמעון לשבע היסת וליטול דמי הדגן שפיר דמי כיון שטוען ברי. ובהיסת מהכיינין כדקי"ל סי' פ"ג סעי' י"א:

ואם זה היפך ושמעון אינו רוצה לישבע וליטול נפטר ראובן. וגם בהפכת שבועה העיד האורים בסי' פ"ז סעי' כ"ב דהמנהג שמקבל המהפך בחרם. אבל פשיטא דאם נשבע שמעון. ראובן אינו אלא נפטר מדמי הדגן אבל אינו יכול ליטול בשבועתו בנידון כה"ג אפילו לדעת בעל הש"י ורדב"ז הנ"ל דעד כאן לא אמרו אלא היכא שהוא שותף בוודאי ועוסק לטובת השותפים ס"ל דדמיא להאי דסי' צ"א סעי' ג' ולדברי הסמ"ע והש"ך בס"ק כ"ג דעושה לו לטובתו וגם המני' אבל כל שכופר שלא הי' לו שותף מעולם א"כ לא עשה לו לטובתו וגם לא המני' מעולם, וא"כ פשיטא שאינו נוטל בשבועה דעד כאן לא שמענו היכא דזה יודע וזה אינו יודע דישבע היודע ונוטל אלא היכא דהמני' לפי סברת הש"ך וכאן לא המני' (וכ"ש שאינם מובנים כלל דברי הדיין האומר דישבע שמעון ויטול גם דמי הדגן דמעולם לא שמענו היכא דהכשכנגדו טוען ברי דישבע זה ויטול אלא א"כ הוא מד' הנשבעים ונוטלים):

וא"כ בנידן שלנו שפיר הדין דהנתבע שמעון יקבל בחרם כדין האמור בסי' פ"ז סעי' כ"ב וראובן התובע ישבע היסת שיש לו אצל שמעון הנתבע לכל הפחות סך העולה נגד שיווי דמי הדגן הזה. זה הנראה לפי ענ"ד אמת וברור על פי דת תורה לא להורות דין אלא להעיר לב המעיין ומעלתו נ"י יוכל למחול להביא דברי בכור הבחינה לפני הב"ד ולפי המוסכם מהם יידיינו ואם יש להשיב. יודיעוני דברי הכותב בחיפזון הדוש"ת הק' משה שיק מברעזאווע:

תשובה יח

בעזהי"ת חוסט יום ד' פ' ויצא תרל"ו לפ"ק. החיים והשלום וכל טוב לידידי הרב הגדול המפורסם מוה' אורי מיללער אבדק"ק ברעזאווע יע"א:

ע"ד הסכסוכים בקהלתו שהיו שם שני גבאים שמינו הקהל מאז לגבאי דאה"ק לקבץ ממון בקהל עדתו וגם יש שם חשובי קהל שהרבו לנדב לכוללינו באה"ק וקבצו ג"כ נדבות מאחרים עבורם ושלחו מהכולל באה"ק להם שהם יהיו גבאים מהכולל שלנו וכן עשו ונהגו גבאותם כמה שנים ועתה שמת אחד מהגבאים של הקהילה שהי' ממונה מהקהל לקבץ מעות מאה"ק והשני מחל על כבודו ומינו מיעוט הקהל וגם הראש הקהל

בתוכם לשני גבאים הבנים של הגבאים הישנים ורוב הקהל אינם מסכימים לזה ושואל הדין עם מי:

הנה גוף הדין יבואר בחו"מ סי' קס"ג דכל עניני הקהל נעשים ונגמרים ע"י רוב דיעות של אנשי הקהילה וכן הוא המנהג פשוט בכל הקהילות לעשות גבאים וכל דברים טובים עפ"י רוב הדיעות או עפ"י המנהגים שלהם ע"י בוררים וכיוצא בהם או ע"י גורל ואפילו שבעה טובי העיר אין להם כח לעשות אלא צרכי הכלל של העיר ולכך אין למכור ולשנות ביהכנ"ס וכיוצא בו אלא צריך להיות במעמד אנשי העיר ומבואר בח"מ סי' ב' די"א דאין כח ביד טובי העיר אלא בדברים שנתמנו עליהם ועיי"ש בסמ"ע סקי"א. ואפילו לפי מ"ש המג"א בסי' קנ"ג ס"ק ל"ז בשם המשאת בנימין דהאידנא שבעה טה"ע יכולין למכור ביהכנ"ס. היינו דווקא ז' טובי העיר כולם בהדי הדדי אבל לא אחד מהם ואפילו הוא הרה"ק וא"כ מצד מה שנעשו גבאים ע"י הרה"ק ואיזה יחידים עדיין לא זכו בהתמנותם אם רוב הקהל כנגדם:

ע"כ אנו צריכין לדון על מקור הדין אם זכו מצד תורת חזקה של אביהם וכבר האריכו בזה אם יש דין חזקה במצוה ובש"ע או"ח סי' קנ"ג סעי' י"ז פסק דמי שהי' ביתו ביהכנ"ס ימים רבים אין הציבור רשאין לשנותו וכ' שם המג"א אפילו אם יש קצת טעם לשנות מוכח בגיטין דף ס' דאין לשנות דאיתא שם מערבין בבית ישן מפני דרכי השלום ובמהרי"ק שורש קי"ג הוכיח כן מדאיצטרך טעם מפני דרכי שלום ותיפוק לי' משום חזקה ואלא ע"כ דקמ"ל דאפילו יש טעם לומר דליכא חזקה אפי"ה אין לשנות מפני דרכי שלום והרמב"ם בפי' המשנה כ' הטעם משום הנאה ובמג"א בסי' שס"ו הקשה הרי בגמרא אמרינן משום חשדא עי"ש:

ונראה לפי ענ"ד דהא קי"ל בח"מ סי' קמ"ט דחזקה במצוה שייך דווקא אם יש לו חזקה שיש עמה טענה ויעוי"ש בתומים והיינו שמחלו הציבור זכותם או שקנו זכותם או שמוכח מצד המנהג שמחלו להאיש המתחיל במצוה ההוא ולפי ענ"ד יש בזה ג' ענינים. א) מי שמתאמץ שלא יתבטל המצוה ההוא ולולא פעולתו הי' נתבטל המצוה לזמן. ועי"ז הוי כמציל מן הנהר ומן הגייס דקנה וכן מצינו בתענית דף כ"ח שתיקנו הנביאים שביניהם שלעולם יהי' להם קדימה בזמן ההיא להקריב עצים לצורך המזבח. ב') מי שכיבדו אותו הקהל במצוה אחת שהיו אחרים יכולין לעשות המצוה הזאת ובחרו בו ומחלו לו זכות המצוה זכה מטעם חזקה. ג') אפילו אין לו טעם לטעון טענת חזקה מ"מ כיון שעשה הוא הדבר הזה זמן הרבה אין לקחת ממנו מפני דרכי שלום כדאמרי' מערבין בבית ישן:

ובאופן. השני שזוכה מטעם מחילה ומטעם חזקה צ"ע איך יכול לקנות הדבר מטעם מחילה הא הוי עדיין דבר שלא בא לעולם וקי"ל בחו"מ בסי' ר"ט דבדבר שלב"ל לא מהני מחילה. וצ"ל דקהל שאני דדברי קהל ככתובין וכמסורין דמי וכמו שהביא הב"י ביו"ד סי' רס"ד בשם הר"מ שאם הבטיח לאחד למול את בנו צריך לקיימו הואיל ומנהג בני אדם הוא כך ומכ"ש בקהל:

ואכתי יש לעיין תינח אם הבטיחו לו הקהל על עולמות אבל איך נימא דמסתמא מחלו לו לעשות לעולם דבשלמא אם שתקו זמן מרובה דאין הדרך לשתוק לזמן מרובה אלא א"כ רוצין להניחו לו לעשות כן עד עולם אז מוכח מהשתיקה דמחלו אבל מסתמא ממה שמערבין בביתו האיך נדע שמחלו לו זה הדבר עולם. ונראה מפני שאסור לשנות מפני דרכי השלום א"כ כיון שעירבו שם מבלי תנאי ע"כ דמחלו לו הדבר הזה עד עולם וא"כ שוב הוי כחזקה שיש עמה טענה שמחלו לו. וא"כ א"ש דברי הרמב"ם בפירוש המשנה דבאמת הטעם משום הנאה מצד חזקה שמחלו לו הנאה זו אלא שמנ""ל שמחלו לו וע"ז הוצרך הגמרא לשנות משום חשדא וממילא עי"ז הוי כאלו פירשו שמחלו לו הנאה זו והוי חזקה כן נ"ל:

וא"כ ה"נ בנידון הנ"ל שהיו האבות של הגבאים שבחרו עתה גבאי א"י כמה שנים ומחלו להם מצוה הזאת וכבוד הזה הרי זכו במצוה ההיא לכל ימי חייהם וא"כ אם היו דנין על האבות הי' נראה דאין ליטול מהם כבודם והמצוה. ובספר אמרי אש בחלק הראשון בסי' קט"ז האריך בזה בשורש חזקה זו:

וראיתי בהגהות הגאון רע"ק איגר זצ"ל בש"ע או"ח סי' קנ"ב שהקשה דברי הש"ע אהדדי דשם בסי' קנ"ג פסק דהמחזיק במצוה יש לו חזקה ואין רשאין לשנותה ובסי' רמ"ה ביו"ד פסק הרמ"א דאם רק א' בעיר נוהג מנהג רבנות ובא רב אחר להעיר ההיא ורוצה לנהוג רבנות גיטין וקידושין אין יכולין למחות משמע דס"ל דאין חזקה בעשיית המצוה וכדעת הסוברים כן. ולא זכיתי להבין קושיתו דהרי בעינן חזקה שיש עמה טענה או מחילה או מכירה ושם אצל הרבנות מאן מחל ומאן מכר. ועוד הרי שם בסי' קמ"ט בחו"מ פסק הרמ"א דאם מעיקרא לא הי' להם ס"ת אלא אחת ואח"כ קנו הקהל עוד ס"ת אין הראשון יכול לטעון טענת חזקה. דמה שמחלו לו לא הי' מחילה אלא משום שלא הי' להם ס"ת אחרת. וא"כ ה"נ אצל לומדיה ות"ח מעיקרא לא הי' שם אלא ת"ח אחד ועסק זה ברבנות אבל אח"כ כשבאו עוד אחרים מי יכול למחות דהוי ממש כמו בס"ת:

ועכ"פ היכא שהיו יכולין למנות אחרים ובחרו באלו ומינו אותם סתם על כל השנים הרי יש להם חזקה. בוודאי במקום דהמנהג דממנין גבאים רק לזמן לשנה או לשלוש שנים

לא שייך לא מחילה ולא חזקה ולא דרכי שלום מפני שכן המנהג. וא"כ אם הי' בעירם המנהג למנות גבאי א"י על כל הזמן כפי מה שנראה מתוך מכתבו א"כ האבות בוודאי יש להם חזקה. אבל האבות אינם יכולים למחול על כבודם ולמסור התמנותם לבניהם אחריהם כמבואר שם. ובאו"ח סי' קנ"ג. וכן אם מתו אם יש לבניהם אחריהם טענת חזקה מצד ירושה אם אינם ממלאים מדות ומעלות אביהם פשיטא דאין להם חזקה. אלא אפילו אם ממלאין יש פלוגתא ועיין באמרי א"ש סי' הנ"ל שהביא בשם שיורי כנה"ג שאין לבנים חזקה ובס' מחנה חיים ח"ב סי' ח' כ' דאם הי' לאביהם חזקה רק מפני דרכי שלום אין הבנים יורשים גדולתם:

ובלא"ה קשה לי איך ס"ד לומר דיש לבנים חזקה דבשלמא בחלק הא') דלעיל איכ"ל כן. אבל בחלק הב') שהוא רק מכח מחילה כמ"ש לעיל א"כ נראה פשוט דיכולין לומר לאבותיכם מחלנו ולא לכם דהרי קי"ל בחו"מ סימן קע"ו גבי שותפין דיכולין השותפין לומר עם אבותיך רצינו להיות שותפין משא"כ עמכם וא"כ כ"ש הכא. דהאבות שהיו יקירי קרתא ועסקו הרבה לטובת הקהל מחלו הקהל להם משא"כ לבנים. וכ"ש בנידון דידן להיות גבאים בוודאי נראה שיוכלו לומר לאבותיכם היינו מרוצים שיהיו שלוחינו אבל הבנים אין אנו רוצים שיהיו שלוחינו. דשליח בעינין דווקא שיהיו מדעת כמו שדרשו רז"ל אתם גם אתם מה אתם לדעתכם גם שלוחכם וקהל מקרו מוחזקים והממעה"ר:

מיהו כל זה אם היו שואלים הלכה למעשה קודם שנתמנו הגבאים החדשים בניהם של הגבאים הישנים לגבאים אבל בנידון זה שכבר נתמנו אע"ג דלא נתמנו אלא ממועט הקהל והרה"ק מ"מ נראה כיון שעלו לא ירדו דהרי כ' המג"א בסימנים הנ"ל דאם עברו הציבור ושינו זכה האחר וקשה אמאי וצ"ל כיון דעיקר ושורש הדבר מפני דרכי שלום וכאן כיון שכבר נתנו לאחר יש לחוש טפי למחלוקת ואיכא טפי משום דרכי שלום ואם יש לומר לכאן ולכאן שב ואל תעשה עדיף ולכך בנידון זה נראה לי שישארו הגבאים החדשים גבאים לשנה ושוב אין כאן חשדא ועי"ז יהא נעשה שלום וד' יברך את עמו בשלום דברי הדו"ש הק' משה שיק מברעזאוו:

תשובה יט

בענין הנ"ל: החיים והשלום אל אצילי ב"י ראשים וטובים ושאר יחידי סגולה יקרי רוח ובעלי תבונה ולהעומד בראשם כש"ת כ"ה מרדכי יוסף נ' רה"ק בק"ק ברעזאוו יע"א כולם יתברכו בברכת חיים ושלום עד עולם:

בשבוע העברה קבלתי מכתב כתוב מאת הראש הקהל לשאול אותי על עובדא הנזכר בסי' שלפני זה והוא שהקהל עם היחידים הנרשמים:

שם שלפי כתיבת רה"ק הם לערך ג' רבע הקהילה ובהסכמת הרב הגדול מרא דאתרא שם כו' עשו שני ב"ב לגבאים דמעות אר"י ובחרו בהם לפי שאבותיהם היו לערך ארבעים שנה גבאים ולכבודם עפ"י בקשתם הסכימו כל הנ"ל לעשותם גבאים תחת אבותיהם. אבל יש הרבה מיקירי אנשי הקהילה שאינם מרוצים לזה ויש לחוש ח"ו למחלוקת והסכימו לשאול אותי איך דעתי דעת תורה נוטה אם יש רשות לקהל למנות גבאים אפילו שלא מרצון בעלי בתים או לא:

והנה כל ציבור וציבור במקהלות ב"י הם כשותפים ויש לכל אחד ואחד זכות ורשות. לכל עניני הציבור כמו שארי שותפין. אבל כדי שלא להיות הדבר כקדירה דבי שותפי ויהי' זה מושך לכאן וזה מושך לכאן. ונאמר מקרא מלא בפשע הארץ רבים שריה. ולזאת המנהג בכל קבוצת ישראל לבחור להם טובי העיר ולהם מסרו זכות שלהם כדי לעשות כל הדברים וכל התיקונים וכל הצטרכות של כל הציבור על פיהם וקי"ל בחו"מ סי' ב' דטובי העיר בעירם יש להם רשות לענין תיקוני העיר כב"ד הגדול אלא שבמקצת דברים של דיני ממונות אין להם כח אלא לפי המנהג עיי"ש. והמג"א בסי' קנ"ג ס"ק ל"ז הביא בשם המשאת בנימין דהאידנא יש לשבעה טובי העיר כח יותר עיי"ש:

והנה בכל עיר ועיר חבורות שונות. חבורה קדושה וחבורה ת"ת וכן שארי חברות. והם ג"כ כשותפים כל חבורה וחבורה לדבר המיוחד לה וכל חבורה וחבורה בוחרים לעצמם גבאים לכל עניניהם. וברוב הקהילות נוהגין שאין להקהל רשות עליהם. ונראה לי שהיא מדינא דהרי מבואר במס' תענית דף כ"ח גבי קרבן עצים. דע"י שהתנדבו אנשים ידועים עצים בשעת חסרון עצים תיקנו הנבואים שביניהם שאפילו אם תהי' העזרה מלאה עצים לא יביאו באותו היום עצים אלא משלהם. והה"ד בכל מצוה שיתאמצו יחיד או רבים לקיים מצוה ההיא זכו באותו המצוה. וזה י"ל הטעם בכל החברות כיון שנתאמצו יחידים באותו מצוה אין להקהל רשות עליהם כיון שכבר זכו באותו מצוה כאלו הוא שלהם:

ובזה נבוא לנידון שלפנינו בענין גבאי א"י הקדושה דידוע דהחיוב על כל קהל ועדה לסייע לישיבת א"י ועיין בתשובת אדמ"ו הגאון בעל חת"ס זצ"ל בחיו"ד סי' רל"ד. ומכל מקום ברוב הקהילות אין חבורה ע"ז אלא דההספקה הוא או מנדרים ונדבות או בשאר אופנים והחיוב הוא על הראשים וטובי הקהל בכל עדה ועדה ובכל עיר ועיר להשתדל בזה וכמבואר בח"מ סי' קס"ג דכופין ליתן לכיס של צדקה וא"כ זה הוא התחייבות על ראשי הקהל. ולכך ג"כ נראה דלהם הרשות לבחור הגבאים שיגבו זאת המעות לא"י

ושיתאמצו בזה וא"כ לכאורה שפיר עשו הקהל הנ"ל כיון שהדבר מוטל עליהם ויש להם כח לעשות כפי הנראה טוב וישר בעיניהם וא"כ אלו הגבאים שבחרו נבחרו ביושר ובצדק:

אמנם נ"ל פשוט דבוודאי אי אפשר לאדם ליתן זכות לאחר אלא כפי מה שיש בידו וא"כ לפי המנהג דבוחרין טובי הקהל רק לשנה בוודאי על אותו שנה הכח להם לעשות מה שיועיל לתיקון הציבור לפי מה שנראה בעיניהם אבל איך יכולין לעשות גבאים לעולם. וא"כ מצד הקהל אינו מועיל עשיית הגבאים אלא על שנה או על שתים כפי הזמן שנבחרו הם להיות ראשים וטובים על הקהל:

איברא דלפי המכתב שכ' הראש הקהל הרי הי' באותו הבחירה ג' רבעי הקהל ורוב הקהל בוודאי יכולין לבחור אפילו על זמן רב. והיינו אם הי' המיעוט ג"כ אצלם דאז אזלינין בתר רוב אבל אם לא היו המיעוט אצלם ולא היו במתא. א"כ כיון דהקהל דינם כשותפין ואם שותף אחד לא הי' במתא כשנדון א' מהם יכול השותף השני לחזור ולדון. וא"כ הא דמועיל רוב הציבור היינו אם הי' שם כולם או שהיו בעירם ולא באו כמבואר בפוסקים בסי' קס"ג בח"מ. אבל אם המיעוט לא היו אז בביתם ולא היו במתא וכשבאו הם מוחין היו צריכין לאסוף ולעשות אסיפה חדשה אם ישארו הגבאים החדשים על התמנותם:

מיהו היינו אם אותם הגבאים לא הי' להם שום זכות ויפוי כח להיות גבאים. אבל באמת כיון שאבותיהם החזיקו במצוה זאת לערך ארבעים שנה ומי שהחזיק במצוה אין רשאין ליקח ממנו אך אם גם הבנים יש להם חזקה במצוה זו יש פלפול בפוסקים ועיין בשו"ת אמרי אש סי' קט"ז שהאריך בזה. וגם בספר מחנה חיים ח"ב סי' ח'. ולפי מה שכ' לי הרה"ק במכתבו שהסכים הרב מרא דאתרא בקהלתכם על הגבאים הנ"ל א"כ אפשר שיכריע דעת האומרים דיש לבן חזקה וא"כ חלילה לשנות הדבר:

סוף דבר לפי מ"ש לעיל לדעתי עפ"י דעת תורה לקהל למנות גבאים לגבאי אלא שאין להם כח למנות אותם אלא על אותו הזמן שנתמנו הם להיות טובי הקהל אבל רוב הציבור בוודאי יכולין למנות אבל צריכין אז להיות כל הציבור ביחד. ואם קראו אותם לבוא לאסיפת הקהל ולא באו הוי כאלו באו וכפי מה שהסכימו רוב הציבור וכ"ש אם הרב מרא דאתרא הסכים עמהם חלילה לשנות מדבריהם. והנה ידעתי אתכם שכלכם אהובים וברורים ואין ספק אצלי שתשמעו לד"ת וגם אין ספק אצלי שתעשו ותשמעו להרב הגדול מרא דאתרא שלכם ותשתדלו בכל עוז להיות שלום בקהלתכם. וד' יברך

אתכם ואת כל אשר לכם בברכה המשולשת וחיים ושלום וכל טוב דברי אהובכם ושוחר טובתכם ודורש שלומכם כל הימים הק' משה שיק מברעזאוו"ע:

תשובה כ

בעזהי"ת חוסט יום ד' פ' בא תרל"ח לפ"ק: החיים והשלום וכל טוב להרב המאוה"ג המופלג בתורה וביראה שלשלת היוחסין כש"ת מוה' משה האלבער שטאם נ"י האבדק"ק בארדפעלד יע"א.

הנה כבר כתבתי למעלתו שאין ביכולתי וכוחי להשיב לו. אמנם הואיל והוכפל בקשתו באגרת השני וכתב שהחיות ופרנסת הרבה ישראלים שבגליל שלו תלוים בו אמרתי להשיב בקצרה והוא על דבר המשפט כי בעירו יש יהודים שמחזיקים הרענד"א מהשר. ובהגלילות שם יש הרבה כפרים וישובים של ערלים ובכל מקום יש ג"כ יהודי אחד שמחזיק הרענד"א שם בכפר וישוב ההוא. והמחזיקי הרענד"א של קהלתו היו מוכרים י"ש להערלים שמהגלילות בזול גדול כדי להמשיך הערלים שבכל הכפרים לקנות אצלם ועי"ז נדלדלו ונתענו כל מחזיקי הרענד"א של הכפרים והמה כמה מאות אנשים הצועקים חמס כי אנשי מחזיקי רענד"א העיר פסקו מחייתם. וזה חצי שנה ניתוסף עליהם יגון כי אחד ממחזיקי הרענד"א בכפר הסמוך להעיר מעכב הערלים הרוצים לילך אל העיר והוא מזלזל להם במכירת הי"ש ומתקבצים אליו בכל יום יותר ממאה קונים הבאים מהגליל ההוא. ומעתה מחזיקי הרענד"א בהגליל מוכים בכפלים א' ממחזיק הרענד"א בכפר הנ"ל. והנפלט ממנו הולך אל העיר ועי"ז נפסק מחיית מחזיקי רענד"א הגליל לגמרי. ומחזיקי הרענד"א דהעיר משיבים על טענות אנשי מחזיקי רענד"א הכפרים שיש להם היתר על זה מהגאון הקדוש מסאנז זצוקלה"ה משום שמתחילה הי' כוונתם לטובת הכלל וגם מעיקרא היו מחזיקי רענד"א הכפרים עושים כן. וגם עתה אם הם לא ימכרו בזול יעשו כן בני הכפרים. וגם בימות החורף אם יקחו מהם בבתי הי"ש יקחו רק בתפוחי האדמה וכיוצא. והמחזיק הרענד"א בכפר הנ"ל שמזיק לאחרים טוען שאם הוא לא ימכור ילכו לקנות מן בני העיר הנ"ל. ומחזיקי הרענד"א בישובים עונים ואומרים. כי אינו דומה היזקו להיזק של מחזיקי רענד"א העיר:

והנה כל הטענות של המזיקים הם דברי רוח ואין בהם ממש ואסור לעשות כן מן הדין מצד ארבעה טעמים א') מצד זלזול השער מן הדרך והמנהג שבגליל ההוא וכתב בתשובת פנים מאירות ח"א סי' ע"ח דאסור אפילו אם אינו מכוון לקפח פרנסתו של מחזיקי הרענד"א כיון דהלוקחים הם גוים ואע"ג דזה שכר רענד"א שלו משר אחד וזה משר אחר

מ"מ כיון שמשנים ממנהג המדינה דהוי כדינא דמלכותא וגורמים שגם שאר מחזיקי הרענד"א יצטרכו להוזיל הם גורמים היזיקות וגרמא בניזקים ג"כ אסור ואפשר דהוי כגרמי עיי"ש כי האריך והביא ראיות לזה. וכל זה אם אינם מסיתים ומכוונים להזיק:

אבל בנידון הנ"ל הוי כפוסק חיותא וכמערופיא של חבירו דיש בזה ב' דיעות בש"ע חו"מ סי' קנ"ו ואפילו אם אמרי' כדעת הסמ"ע והסכים עמו מרן הגאון בעל חת"ס זצ"ל בחלק חו"מ סי' קע"ה דאם בא הגוי אל ישראל אחר מעצמו אין בו משום מערופיא. ואע"ג דמדברי חות יאיר סי' מ"ב לא נראה כן וגם מעלתו פקפק על זה מ"מ האמת נראה דבכה"ג אינו בכלל עני המהפך בחררה ובא אחר ונוטלו הימנו דמקרי רשע. דהעיקר האיסור ורשעתו דנקרא עלי' רשע שייך אם הוא מסית ויורד לתוך מחייתו של חבירו שחבירו סמך עלי' וקבע על זה פרנסתו ובא אחר ונטלו ממנו. בזה כיון דחבירו סמך על זה וכאלו כבר הוא בידו שפיר אפשר לקרות את הנוטל ממנו רשע. אבל אם הנכרי מעצמו הולך אצל ישראל אחר ולא עשה ישראל זה רשעות להישראל הראשון. וגם הישראל הראשון לא על גוי שלא ילך למקום אחר אלא שסמך על צדקות ישראל יעשה לו רשעות. ולכך ס"ל לאותו דיעה דמערופיא לא דמי להא דאמרינן ב"ב דף נ"ד ע"ב דהוי כהפקר דהתם לא סמך על הגוי משא"כ הכא דסומך על ישראל חבירו שלא יעשה לו רשעות. לכך נראה דאם הגוי הולך מעצמו אצל הישראל לב' השיטות לית בי' משום מערופיא ומשום עני מהפך בחררה. מ"מ כבר כ' מרן הגאון זצלה"ה שם בסי' קע"ה כיון דמזלזל במקח כדי שיבואו לקנות ממנו בוודאי הוי כעני המהפך בחררה ובא אחר ונוטלו אפילו אם יושב תחת שר אחר הוי רשע כמ"ש רז"ל עני המהפך בחררה כו' נקרא רשע:

ועוד נראה מטעם אחר דהרי אמרי' ב"ב דף כ"א ע"ב אמר ר"ה ברי' דר"י פשיטא לי בר מתא אבר מתא אחריתא מצי מעכב ואי שייך בכרגא דהכא לא מצי מעכב בעא מני' אבר מבואה אחרינא מאי תיק"ו ועכ"פ אבר מתא אחריתא מצי מעכב שלא יעמיד לו חנות במתא שלו דפוסק לחיותי'. ולפימ"ש מרן הגאון בעל חת"ס וצ"ל בחלק ח"מ סי' ע"ט האיסור הוא משום גזל או גזל דאורייתא או דרבנן א"כ אמרו דאין רשאי לעשות חנות בעיר אחרת דלא ליפסק לחיותי', א"כ בוודאי הה"ד אם עושה חנות במקום אחר ומסית קונים ממקומות אחרים ומפסיק חיותי' דחברי' ואינו משלם חד כרגא לאותו שר בוודאי אין לו רשות והוי גזל:

ותימה גדולה בעיני מש"כ מעלתו נ"י דבפסק הגאון מסאנז זצלה"ה כתוב בו בהיפוך. ולפי ענ"ד דלא אמר הגאון מסאנז זצלה"ה אלא על נידון כעין תשובות פנים מאירות הנ"ל שלא רצה להסית ולהפסיק חיותם של שאר הישובים אלא מ"מ הי' אפשר שיבוא פסידא

לשאר הישובים שיהיו צריכין גם הם להוזיל ולהוריד השער. ועל זה אפשר שאמר כיון שזה יש לו שר בפ"ע וזה שר אחר ע"כ אין לו לחוש על חבירו. אבל באמת גם זה קשה דכבר פליג עלי' בתשובת פנים מאירות הנ"ל:

ומרן הגאון בעל חת"ס זצלה"ה בתשובה סי' קע"ה לחו"מ כ' דנראה דהוי גזל גמור משום דקי"ל דינא דמלכותא דינא וקנו השוכרים הרענד"א מהשר כל הריוח שיעלה ע"י הרענדא והערלים יושבי הכפרים שתחת השר ההוא מוכרחים לקנות דווקא מהשוכר הרענדא שלו ואם יקנו ממקום אחר יענשו כמו שכ' מעלתו א"כ הוי גזל גמור ונכרי מצוה על הגזל והמוכר להם עובר משום ולפני עור לא תתן מכשול:

ומזה הטעם נסתלק טענת המזיקים שאומרים שאם לא ימכרו הם להם יקנו ממקום אחר ולדעתם הוא כדבר שאין עומד בתרי עברא נהרא ולית בי' משום ולפני עור לא תתן מכשול. וזה טעות דכבר כ' בשמ"ק ב"מ בסוגיא דההוא רעי' ובמל"מ בהלכות מלוה ולוה פ"ד ה"ב דרועה וכן גבי רבית נהי דאם הוא לוקח לא נעשה כלל לפני עור אבל אם צריך שיתן לו אחר דאז אם הוא לא יתן. ואחר יתן יעבור האחר על לפני עור בכה"ג וודאי הנותן עובר על לפני עור שהוא לאו דאורייתא:

אמנם לכאורה יש להקשות על דברי מרן זצלה"ה איך כ' דקנה השוכר הרענד"א הא הוי דשלב"ל ואיך יכול להקנות לו הריוח מה שיעלה כיון שאינו בעולם וכיוצא בזה הקשה בס' תוספות שבת סוף סי' רמ"ד על מה שכ' המג"א גבי שוכר המכס דמשכיר הורמנא דמלכא דאיך יקנה דהא הוי דשלב"ל ועיין ג"כ בס' מקור חיים על הלכות פסח סוף סי' ת"ן גבי שוכרי רענדא ונהי דתירצו שם דדינא דמלכותא עדיף והוי כסתומתא דמנהג השוכרים לקנות על ידי זה וקונה אפילו בדבר שלב"ל:

מיהו עדיין קשה לי דלפי זה דברי הש"ע סתרו אהדדי דהרי בב"י יו"ד סי' רס"ד הביא דברי הר"ן דס"ל סברא זאת. מיהו הביא שם בשם רבינו יחיאל דסתומתא נמי לא מהני בדבר שלב"ל דלא עדיף משאר קנינים ולפי הנראה מדברי הרמ"א שם נראה דפסק כרבינו יחיאל וא"כ דברי הש"ע סותרים בפרט לפי מ"ש מרן הגאון בעל חת"ס זצ"ל בחלק חו"מ סימן מ"ד דדינא דמלכותא מהני בכה"ג דווקא משום דמחלו והרי מחילה לא מהני בדבר שלב"ל כדקי"ל בחו"מ סי' ר"ט א"כ עמדה קושיא הנ"ל ואפשר לדחות דביו"ד סי' רס"ד אין הטעם משום דס"ל כרבינו יחיאל אלא משום דיש עוד טעמים דלא מהני כמבואר בב"י שם ועוד אפשר לומר דגבי דינא דמלכותא מועיל מצד אחר ואפילו בדשלב"ל כעין דאיתא בחו"מ סי' קע"ו סעי' ג' שם הביא י"א דבאומנים אפילו קנין לא בעינין אפילו בדשלב"ל והטעם משום דרוצה ליהנות זה מזה גמרו ומקנה. וה"נ כאן

כיון דהם רוצים ליהנות מהשר וכן השר רוצה ליהנות מהם שפיר איכ"ל דיכול להקנות אפילו בדשלב"ל:

ואני כתבתי במקו"א דבמילתא דאיתעביד בין רבים בנשואי העדה נראה דלכ"ע מהני אפילו בדשלב"ל. והכי מוכח לכאורה ממשמורת כהונה שחלקו משה רבינו ודוד המלך עה"ש טול אתה בשבתך ואני בשבתי. והתורה קראה זה קנין כמאמר הכתוב בפרשת שופטים לבד ממכריו על האבות כן נראה לפי ענ"ד נכון. ועכ"פ לפי המבואר דאסור להוזיל ולהסית הערלים שהם מיסובים אחרים שיבוא לקנות אצלו כי ימכור להם בזול, והעושה כן נקרא רשע והוי גזל מדאורייתא ומדרבנן והוא הדין של עני המהפך בחררה וב"א ונטלה. ע"כ אחינו בני ישראל השמרו לכם לעשות כזאת ואל תבנו ביתכם בעולה כתיב ולדעתי טוב וישר שכל החוכרים מהשרים שבהקהלה ושבגלילות ההם יפסרו בינם לבין עצמם בכתב המועיל ויחייב כל אחד א"ע בקנס גדול שלא יהא כאסמכתא ולא יזיק אחד לחבירו וכל אחד ואחד על מקומו יבוא בשלום ויהי' להם ברכה והצלחה הנראה לפי ענ"ד כתבתי ואחתום בברכה משולשת דברי ידידו הד"ש הק' משה שיק מברעזאווע:

תשובה כא

בק"ק ציפער יע"א היה להם ביהכנ"ס ישנה שהיתה רעועה וצריכה תיקון רב והשתדלו אצל השררה לבנות להם ביהכנ"ס לפאר את בית אלקינו ובנה את ביהכנ"ס החדשה במקום אחר ואת ביהכנ"ס היישנה נטל לעצמו במקצת תשלומין ונטלו לבנות ממנו בית הספר ולא השוו בענין התשלומין של היחידים וגם יש מהם שנדרו נדרים ונדבות ורצו לנכות אותם בחיוב התשלומין כי אחרים לא נדרו ואדעתא דהכי לא הי' כוונתם ועוד יתברר מתוך הדברים שיבואו לפנינו כמה ספיקות שהיו ואני נתבררתי להיות דיין בדבר הזה עם עוד ב' רבנים שיחיו ויצא הפסק לאו דווקא בדין תורה ממש אלא קרוב לדין תורה וכמ"ש אדמ"ו הגאון זצ"ל בחת"ס סי' רל"ט בכיוצא בזה מדברי תה"ד סי' שמ"ב:

והנה מתחילה צריכין אנו לדון אם אותן אנשים שהי' להם מקומות בבהכנ"ס הישנה אם גם בביהכנ"ס החדשה יש להם איש איש מקומו לפי ערך הראוי ויחוס ביהכנ"ס החדשה נגד הישנה ולכאורה הי' נראה פשוט דבכל ביהכנ"ס החדשה כולן שווין והוא בשותפות לכולם והפסידו מקומות מושביהם שהי' להם בישנה דהרי קי"ל אם שכר בית זה ונפל אפילו בנאו המשכיר על אותו מקום אין צריך להניח את השוכר לחזור לדור בו כדאיתא בחו"מ סי' שי"ב סעי' י"ז וכ"ש במכרה. ואם יש לו זכות בבית זה אינו מועיל

זכותו לבית אחר וכן נראה מדברי אדמ"ו הגאון זצלה"ה בחת"ס סי' רמ"ב דשם הסכים דלא הפסידו הבעלים זכותם לגמרי הואיל והי' על מקום הראשון אבל על מקום אחר פשיטא דלית דין ולית דיין שיהיה להם זכות.

אמנם לכאורה יש לחלק דכל זה אם נפל הבית מעצמו או שלא הי' ראוי לדור בו כלל אבל אם סתרו המשכיר קי"ל שם בסעי' י"ז הנ"ל דצריך ליתן לו בית אחר וא"כ ה"נ הביהכנ"ס הישנה נהי שהי' בנין ישן והי' צריך תיקון מ"מ הי' אפשרות להתפלל בו ועדיין היו המקומות שווין לפי ערכם ורק ע"י בנין הביהכנ"ס החדש הפסידו להם את שוויים לגמרי ונהי דלא דמי לסתר המשכיר את הבית דכמו דרשאי כל אדם לעשות בשלו אע"ג דיבוא עי"ז הפסד לחבירו וכעין דקי"ל בסי' קע"א סעי' א' בהגה"ה והוא מתשובת הרא"ש עיי"ש וכ"ש שיכולין לבנות ביהכנ"ס אע"ג שיבוא מזה הפסד לאחרינא ואין יכולין לעכב וכעין שפסק הרמ"א סוסי' קס"ב דאין יכולין לעכב בנין ביהכנ"ס.

מכל מקום בנידון שלנו שנטל השררה הביהכ"נ הישנה לתשלומין עבור החדשה אלא שצריכין להוסיף מאי דביני ביני הוי לי' כאלו החליפו זו בזו וא"כ כל מי שהי' לו מקום בישנה במזרח כאלו החליף עבור החדשה במזרח באותו שטח עצמו. וכ"ש שלולא כן לא הי' בא הדבר לידי גמר שבעלי המקומות היישנים. היו מעכבים והי' נתבטל הדבר ע"כ י"ל שזכו איש איש לפי יחוס מקומו ואמרו חכז"ל והובא במג"א קרש שזכה בצפון לעולם בצפון ואע"ג שאין ראי' מהתם לבטל זכות אחרים עי"ז מ"מ זכר לדבר איכא ומכח זה הסכמנו להניח לאיש איש לזכות במקומו לפי שטחו כמו שהי' לו בישנה.

ועתה באנו לספק השני אם חייבים לשלם לזה מה שנתעלו המקומות בחדשה ממה שהיו מקודם בישנה גם מי שלא הסכים עמהם בבנינו או יתומים וקטנים שהי' להם חלק בישכם. אמנם הא קי"ל בחו"מ סי' שע"ה סעי' ו' וזיי"ן דאפילו היורד לתוך שדה חורבה של חבירו אם עשה לבנות אינו יכול לומר טול עצך ואבניך וביהכנ"ס מסתמא כעשוי'. לבנות וא"כ חייבים לשלם מה שנתעלה וכך חלקנו לפי אומדנא מה שנתעלה כל מקום ומקום בחדשה לפי ערך הישנה.

אמנם הי' עוד ספק לפי שעתה עשו כל המקומות להיות פניהם נוטה למזרח ועי"ז עלו התחתונים למעלה והמה קרובים יותר לארון הקודש ממה שהיו בישנה שיערנו גם על העילוי הזאת שיעור הסכמיי ובאמת הכל אחד כי כפי מה שנתעלה מקומות התחתונים כן נתעלו גם העליונים ואך כדי להביא כל אדם על מקומו בשלום חילקנו עילוי הזאת לב' חלקים עילוי א' מצד בנין החדש ועילוי הב' מצד עליות המקומות תחתונות ממטה למעלה:

ואמנם לפי שהממון מהעילוי הזאת לא הספיק לגמור הבנין לזאת כיון דקי"ל דבנין ביהכנ"ס הוא מוטל על כלם וכופין זה את זה כדאיתא בחו"מ סי' קס"ג ובאו"ח סי' ק"נ והובא בא"ר שם בשם תשובת מהר"מ פדווא סי' מ"ב דלבנין ביהכנ"ס משלמין לפי ממון וקי"ל דהידור מצוה עד שליש אפילו לכוף ולכן הסכמנו דשליש מהוצאות הבנין יהא נערך לפי ערך ממון וחילקנו אותו לפי ערך המסים שמשלמים:

אלא שבזה הי' ספק אם גם בני הישובים צריכין לשלם לזה כמו התושבים דלכאורה תליא בב' הטעמים שבמהר"ע פרוו"א שכ' טעם אחד דעשיר זה הוא כבודו שיהא לו ביהכנ"ס נאה ולפי"ז גם בני הישובים צריכין לשלם לזה כמו התושבים וכ' עוד טעם דלעשירים קשה יותר לצאת מבתיהם ולהניח כל נכסיהם. אבל עניים הם יכולין לילך למקום אחר וזה שייך בתושבים אבל לבני הכפרים דאדרבה הם צריכין לצאת מבתיהם ונכסיהם ומאי נפ"מ להם אם הולכים לקהילה זאת או לזאת וכיון דתליא בב' טעמים עשינו פשרה שבני הכפרים השייכים להם ישלמו מהשליש הזה רק המחצה לפי מה שהוא עולה עליהם לפי ערך ממון לענין תשלומי המס כנ"ל. ולא נשאר ספק אלא במעות שהתנדבו:

והנה הנדבה הי' על ב' אופנים מהם שהתנדבו ע"י הרב דשם שהוא התעורר אותם שכל מי שנגע בו יראת ה' ירים ידו לה' וינדב יותר מיכולתו ובנדבות האלו יבנה הבהכנ"ס והעיד הרב שהבין הענין שבנדבה זו יהיה סיפוק לבנין ושלא יצטרכו יותר וא"כ הם רשאין להעלות ולחשוב הנדבות לחיובם ואין כאן פורע חובו מנדבה שבחובה אינו באה אלא מהחולין דהוי כמו דאמרי' בביצה דף י"ט סע"ב ור"ד כ' שם בהקדים ואמר ע"מ לצאת ידי חובת נזרו בנדבה הרי זה נזיר ואע"ג דכאן לא פירשו מ"מ כיון דעל דרך זו התחיל ההתנדבות. ובש"ס מגילה ר"פ בני העיר אמר רב אשי דכ"ע אדעתי' דידי' התנדבו עיי"ש והרב בעירו וכ"ש שהוא הי' המתחיל והמתנדב והמתעורר אותם לזה בוודאי אדעתי' דידי' התנדבו:

אמנם מהם שהתנדבו בביהכנ"ס אצל קריאת התורה נדבה ביהכנ"ס. והנה ביו"ד סי' רי"ח קי"ל דאזלינין אחר הענין ושם בסעי' ג' מי שהפצירו בו כו' וא"כ כיון דהראשונים רק אדעתא דהכי נדרו כדי לעלות להם לחובתם שהרי על ענין זה הפצירו בהם מסתמא גם יתר המתנדבים אדעתא דהכי נדרו ואפילו אם לא נדרו ונדבו אדעתא דהכי מ"מ כיון שהם אומרים אם היו יודעין שהראשונים לא התנדבו אלא בכדי שיעלה לחובתם גם הם לא היו מנדבים רק אדעתא דהכי הוי כנדרי שגגות:

ואע"ג דשם קי"ל בסעי' ו' שצריך שיפרש בשביל שגנבה כיסי ועיי"ש בטו"ז סעי' יו"ד אבל מ"מ בסעי' זיי"ן בהי' שם אביו כו' דהדבר ידוע שאין אדם אוסר פירותיו על כו' הוי נדרי שגגות אפילו לא פירש וא"כ ה"נ אומדנא דמוכח אם העשירים שהתנדבו מעיקרא עפ"י התעוררת הרב כו' לא הי' נדבתם אלא ע"מ שיעלה להם על חובתם כ"ש בני אדם ביניני בינונים כו' ואעפי"כ הסכמנו ואמרנו דטוב להתיר להם כתבתי כל הנ"ל אע"ג דלית בי' חידושי תורה מ"מ רשמתי הדברים הק' משה שיק מברעזאווע:

תשובה כב

בעזהי"ת יום ד' אייר תרל"ו לפ"ק פה חוסט. החיים והשלום וכל טוב להרב המאוה"ג המופלג כש"ת מוה' שמואל שמעלקא גינצלער נ"י האבדק"ק אויבער ווישווא יע"א:

מכתבו קבלתי ובו נשאלתי לחוות דעתי במעשה שבא לפניו באחד שקנה בית וחצר אצל בית וחצר של אשה אלמנה ויתומים. והחצר של היתומים הוא משועבד ג"כ ליציאה וכניסה להבית שקנה אותו האיש. והנה האפטרופסים של היתומים טוענים טענת בר מיצרא ושותפים ולהם הקדימה. והלוקח א') כי לו אין בית ואין לו מקום לדור בדירת עצמו ולהם בלא"ה יש ריוח. והוא ג"כ עני והוציא עלי' הוצאות. ובש"ע חו"מ סי' קע"ה סעי' מ"ט איתא דבכה"ג לית בי' משום דינא בר מיצרא. ב') שהוא קנה ביום ד' פ' פקודי בשטר המועיל בראי"ה בעדים וביום ה' לקח משם קנין וסתר הגדר בפני רבים לעיני כל והאפטרופסים שתקו ולא תבעו אותו עד יום ב' או יום ה' ויקרא וכיון ששתקו אבדו זכותם כעין המבואר בסעי' ל"ב שם. והאפטרופסים משיבין שלא ידעו ולא נתפרסם להם המכירה עד היום ששלחו אחריו השליח ב"ד כי מיד שנודע להם מהמכירה שלחו אחריו. וגם מכח שהם שני אפטרופסים לא יכלו לעשות הדבר במהירות להתיעץ יחד ועוד טוענים כי אין כח לאפטרופס למחול זכות היתומים כמבואר בסעי' מ"ח. ובעיקר טענה הראשונה משיבין האפטרופסים דנ"ד אין לו דמיון לסעי' מ"ט. דבנידון זה כיון דהלוקח רוצה לבנות שם ועי"ז יתקצר חצרם וזה היזק גדול להם שעי"ז החצר של היתומים נפחת שוויו ומעלתו הן למכירה והן לשכירות והם שותפין בחצר זה ועדיף ממצרן כמבואר בעל"מ בפי"ב מהלכות שכנים:

ומעלתו נ"י צידד לכאן ולכאן א' דיש לומר דשתיקת האפטרופסים לא מהני אבל איכ"ל ג"כ להיפוך דתרי זכות מצרנות א"א לתבוע ע"י אחרים כמובא בסי' קע"ה. סעי' כ"ב ודי מה שמועיל תביעות האפטרופסים. וממילא אם שתקו אבד זכותן. ב' צידד על טענה השני' דז"א להרווחה כיון דהיתומים מפסידים והביא דברי פמ"א ח"א סי' נ"ג דלהרווחה

היינו דווקא להרווחה להרחבת הלב. וכן כ' מעלתו להסתפק על מה כוונו הטור והמחבר בלשון נתגלה הדבר אם סגי לענין כזה בעשרה או לא אלו דבריו בקצרה:

ולפי ענ"ד מ"ש הטור והמחבר דדווקא אם נתגלה הדבר הוא כמ"ש הטו"ז שם בשם הב"י והרשב"א דהיינו כל מה שנעשה בעדים קלא אית לי' למילתי'. וגם הא דכ' הטו"ז והחזיק היינו כמו או החזיק וכדמוכח לשון הטור דקאמר גם אם לא נתגלה ולא החזיק מבואר מלשון הזה דאם החזיק לחודא ג"כ נקרא נתגלה והוי"ו הוא וי"ו המתחלקת ופשוט לפי ענ"ד דדווקא אם החזיק ג"כ בפני עדים או בפני הבר מיצרא עצמו וכדאמרינין גם בב"ב דף נ"א ע"ב דהמוכר שדהו בעדים גובה מנכסים משועבדים דקלא אית לי' למילתא ואמרינין שם ג"כ בדף ל"ט דהמחאה בפני שנים כיון דמיחה בפני שנים חברא חברי' אית לי' ומסתמא אתיידע להמחזיק יעויי"ש וא"כ ה"נ כיון דנעשה הקנין הן בשטר ע"י תרי סהדי והן בחזקה לפני ב' עדים או לפני המצרן חשוב מפורסם:

והנה אם הדבר מפורסם בזה בעצמו יש בו ב' שיטות הרא"ש והטור לפי מ"ש הב"ח והפרישה שם ס"ל דהרמב"ם סובר דבר מיצרא יכול למחות אפילו לזמן מרובה ולא אבד זכותו אלא א"כ סייעו ללוקח או שנשתמש שם בפני המצרן ושתק ולא בא לב"ד אז אבד זכותו אבל ע"י השהי' לא אבד זכותו וכ' הב"ח שגם הרמב"ן וריי"ו ועוד פוסקים ס"ל כן דבשהיי' לחוד לא אבד זכותו אלא שכ' הרמב"ם שאם הי' המצרן במדינה אחרת או הי' חולה או שהי' המצרן קטן א"י ליטעון אח"כ כשיבוא למדינה זו או לכשיתרפא או לכשיגדל טענת בר מיצרא. דאל"כ שום אדם לא יקנה. כן כ' הרמב"ם דבכה"ג אבד זכותו:

ונראה לי דלא משום תקנת השוק לחוד הוא אלא כיון דעי"ז הוא יהיה פסידא למוכר וביש פסידא למוכר לא תקנו חכמים דינא דבר מיצרא וכדאיתא בש"ך שם בסעי' כ"ג. ולכך דווקא בכה"ג נאבד זכות המצרן. אבל בשהי' עם המצרן בעיר והוא גדול גם אין חולה שיכול הקונה לשאול אותו אם הוא רוצה לקנות או לא ואין פסידא למוכר ס"ל להרמב"ם דבשהיי' לחודא לא אבד זכותו דלא תלינין השתיקה של המצרן במחילה או שאינו רוצה לקנות דמספק אין להפקיע זכותו. ובפרט שהמצרן אומר ברי לי וכיוצא בזה הביא הרא"ש בניטין דף נ"ד לענין ע"א בשם הריצב"א דאם אומר דשתק כדי לברר ולעיין לא חשיב כהודאה ועיי"ש. והכא נמי חקר ודרש אם טוב לו לקנות עכ"פ זהו דעת הרמב"ם לפירוש הרא"ש והמפורשים הנ"ל:

אמנם הרא"ש והטור והגאונים שהביאו הרא"ש והטור ס"ל דבשהיי' ג"כ איבד זכותו. משום דאיכא למימר כיון דשתק המצרן י"ל דלא ישר הקנין בעיניו או שאין לו מעות ואע"ג דהוא ספק עכר"ח ס"ל כיון דהלוקח חשוב כמוחזק כמו שפסק הרמב"ם והש"ע.

ומספק אין יכולין להוציא מידו. והמוציא מחע"ה ואפילו אם טוען המצרן שברי לו שלא מחל או שלא ידע אינו נאמן להוציא מחזקת הלוקח כיון שיש רגלים לדבר מדשתק. ובש"ע פסק כשיטת הרא"ש:

אלא דלכאורה דבריו סותרין דבסעי' ל"ב פסק הרמ"א דאם הי' אונס או שתק מכח טעות לא איבד זכותו ובסעי' ל"ד פסק הרמב"ם דאם חלה או הי' קטן אין להמצרן טענה אע"ג דאין לך אנוס גדול מזה וצריך לומר דבסעי' ל"ב מיירי באופן שהי' אפשר למוכר לשאול את המצרן משא"כ בחלה אפשר דתקיף לי' עלמא או בסעי' ל"ב מיירי מאונס דלא שכיח ומשו"ה לא ימנעו בני אדם מלקנות דאונס דלא שכיח לא מסיק אינש אדעתי' וכדאמרינין לענין טענת אונס באהע"ז סי' קמ"ד. וכיון דבש"ע סתם כדעת הרא"ש וסייעתו פסקינין כבתראי דהמצרן אם שתק וידעינן דלא הוי לי' שום אונס וטעות הדין דאבד זכותו. ואע"ג דאם הי' הדין דלא אבד זכותו ג"כ לא הוי פסידא למוכר שהי' יכול לשאול ולמכור. וכל זה אם שתק המצרן עצמו:

אבל אם שתק האפטרופס לדעתי לא אבדו היתומים זכותם דנהי דלפי הנראה אפטרופס יכול לאשתאי' דינא ואע"ג דקי"ל שם בסעי' כ"ב דאין המצרן יכול להעמיד מורשה היינו משום דקי"ל בחו"מ סי' קכ"ג דעל דבר שאין בו ממש רק תביעה בעלמא א"י להקנות לשליח ולעשות מורשה. אבל האפטרופס כ"ש ב"ד שהתורה עשה אותם שלוחים כדילפינין בקדושין ר"פ האיש מקדש מנשיא א' נשיא אחד למטה דאפילו בדבר שאינו יכול להקנות גם כן ידו כידן כמו שאמרו חכז"ל שהם ידי היתומין ולכך שפיר יכולין לתבוע בשביל היתומים טענת מצרן וכמו שפסק הרמב"ם בפי"ד מה' שכנים ופסקו בש"ע שם סעי' מ"ח שאם רואין הב"ד שזכות הוא לא יסלקו את הלוקח וכ' ההמ"ג כי פשוט הוא אע"ג שאינו מפורש בגמרא ואפי"ה בטעו קי"ל בסי' רכ"ג סעי' ו' דחוזר. מכ"ש במחילה וכמו שביאר הש"ך בחו"מ סי' קכ"ו סעי' פ"א דדווקא לטובת היתומים הם אפטרופסים ועדיפו משליח אבל לגריעותא לא עדיפו משליח דאמרי' בי' לתיקוני שדרתיך ולא לעוותי. ואפילו בב"ד ג"כ הדין אם טעו במקום דלא שייך א"כ מאי כח ב"ד יפה חוזר כדקי"ל בחו"מ סי' ק"ט והריטב"א בקדושין דף מ"ז כ' דגם הב"ד מקרי כשליח. ומעמ"ש אם לא הי' מועיל בשליח המקבל לא הי' מועיל גם בב"ד וא"כ נראה דבנידון שלנו דשתיקת האפטרופסים אינו מגרע זכות היתומים המצרנים דרק לטובה הם עדיפו משליח:

אמנם לכאורה זה ניחא דהרי הש"ע שם סעיף ל"ד פסק דבקטן שהגדיל אין לו טענת מצרנות דאל"כ לא יקנה שום אדם וא"כ גם ביתומים לא הי' ראוי שיהא להם דין מצרנות

וע"כ צ"ל כדלעיל משום דאין פסידא למוכר דהרי יכול להודיע להאפטרופסים או לב"ד אם רוצים לקנות או לא וא"כ ע"כ מחילתם מועיל וזה הוא גופא לטובת היתומים דאם לא כן יהא דינם כשאר קטן דאין לו טענת מצרנות ולכך בסעי' ל"ד כ' הש"ע דקטן אין לו טענת מצרנות ובסעי' מ"ח פסק שאם רואין הב"ד זכות לקטן יכלו לסלקו וע"כ כיון דהב"ד הם אביהם של היתומין ומועיל אם מודיעין להם יש להם דין מצרנות וא"כ הוא לתועלת היתומים וע"כ מועיל מחילתם:

אלא כיון שביררנו שנראה דלכך יש להם זכות למחול כיון שהוא לתועלת היתומים זהו די אם יש לב"ד זכות ההוא ואיכ"ל דדווקא בב"ד תליא המחילה כיון שבזה די לתועלתם גם הרמב"ם והש"ע כתבו רק הב"ד יש להם כח וא"כ בנידון הנ"ל כיון דלהרמב"ם וסייעתי' אין השהיי' מחילה ואפילו להש"ע אינו מבואר אלא דמועיל ב"ד ולאפושי פלוגתא לא מפשינין ודי אם מחילת שתיקת ב"ד מהני לבטל זכות המצרנות:

ועוד דלפי הנראה מהטענות שהעתיק מעלתו נ"י נראה מדברי האפטרופסים שהם לא שתקו מחמת שביטלו או שמחלו זכות המצרנות ורק לאשר האפטרופסים הם שנים והנה הם כשלוחי היתומים וקי"ל דשליח נעשה עד כשאינם נוגעים בזה ואם כן מועיל עדותם שלא שתקו משום מחילה אלא הי' בדעתם לתבוע את המוכר ואת הלוקח וא"כ בכה"ג שיש ב' עדים ע"ז נראה בוודאי דגם הרא"ש מודה דהשהיי' לא חשיב מחילה:

ועכשו נבוא לאידך טענה שהלוקח טוען שהוא עני ואין לו בית בזה בוודאי כיון שיש להם פסידא להיתומים לא דמי להאי דסעי' מ"ט:

וגם לפי מ"ש מעלתו ני' דיכול לקנות במקום אחר. ואם אמנם שאין אני מבין איך שיהי' פסידא ליתומים ע"י בנינו דממנ"פ הרי יכולין היתומים לעכבו עפ"י דין תורה אם מפסיד להם בבנינו מ"מ כיון שאין אני בקי ומכיר ומעלתו מבפנים באותו דבר מסתמא הוא דבר שאינו יכול לעכב ואפי"ה יש פסידא ליתומים. ולפי ענ"ד דווקא לפי שהלוקח רוצה לבנות שם. עד סמוך לחצירם הוא הפסידא אבל אם הי' בונה באופן אחר לא הי' פסידא ואני מסתפק דאפשר לומר דזה הי' שתיקת האפטרופסים מעיקרא שסברו שיבנה באופן דלא יהי' פסידא ורק אח"כ כיון שראו שהלוקח רוצה לבנות באופן שיהא פסידא ליתומים ולכך הם מוחין:

ואם האמת כן נתבטל בלא"ה טענה הראשונה הנ"ל דשוב ליכא למימר דמכח השהיי' מחלו דהרי פסק שם סעיף ל"ב דאם הי' מחמת טעות לא איבדו זכותם וממילא אם האמת כן דמעיקרא כשסברו שלא יהי' פסידא מקרי רק לרווחה ולהלוקח אין בית ולא הי' להם טענת מצרנות א"כ ממילא לא נגרע כוחם ע"י השתיקה ששתקו עד עתה

שרואין שרוצין להפסיד ליתומים עי"ז נתעוררו טענות ותביעות המצרנים וא"כ לא שהו ולא מחלו זכותם. ואדרבה לפי דעת תשובת פמ"א שהביא מעלתו נ"י דגם מעיקרא לא מקרי להרווחה והי' להאפטרופסים טענת מצרנות נתגרע כוחם שיהי' ללוקח טענה על האפטרופסים שמחלו ע"י השהי' אבל כבר כתבתי לעיל דבטענת השהיי' לא נתבטלה זכותם:

אמנם מ"ש מעלתו דהואיל והם שותפים עדיפא ממצרן ואינו מועיל הטענה של הלוקח שאין לו דירה אם אמנם דתשובת תה"ד סי' ש"מ דהביא ראי' לטענה שאין לו דירה מהא דקי"ל שם בסעי' מ"ז דאין למצרן טענה נגד מכירת האשה ושם מביא הרמ"א דבשותף יש למצרן טענה וגם שותף יש לו טענה אפילו נגד האשה וכיוצא בו א"כ הה"ד נגד עני. ונהי דגם שם הוא ספיקא דדינא ובאמת בלא"ה כבר הוכיח בתשובת רע"ק איגר זצ"ל בסימן ק"מ דמשום דריסת הרגל שיש לו שם לא חשיב שותף כיון דבאותו דבר עצמו שהוא עיקר המכירה אין לו בה שותפות וא"כ בנידון דידן נמי הוא כן דלא חשיב שותף:

וא"כ עכ"פ בנידון הנ"ל אם באמת יש פסידא ליתומים ואין יכולין להשוות עם הלוקח שיבנה באופן שלא יהא פסידא להם נראה לי לפי ענ"ד להסכים דהדין עם האפטרופסים דיתמי ולסלק את הלוקח אע"ג שכבר עשה הוצאות איהו הוא דאפסיד אנפשי' ואפילו אם נחשבהו כיורד ברשות מ"מ כיון דלא נשבח על ידו הרי אפילו ביורד ברשות הדין דאינו יכול לתבוע ומכ"ש אם עשה זה בלא רשות וא"כ אין לטענת הלוקח מקום לא משום השהיי' ולא משום דאין לו בית והדין עם היתומים. אבל כיון שאין אני מבפנים ובקי ומכיר במעמד חצרות אלו והבתים שביניהם יעיין מעלתו נ"י עם הב"ד שלו בדברי אלה ואם יסכימו למ"ש נמטינהו שיבא מכשורא דברי ידידו החותם בברכה המשולשת הדוש"ת הק' משה שיק מברעזאווי:

תשובה כג

שיל"ת חוסט ד' אייר תרכ"ב החיים והשלום וכל טוב ידידי מחו' הרב המאוה"ג המופלג בתורה החרוץ ובקי כש"ת מוה' אהרן שמואל אסאד נ"י האב"ד דק"ק קאטה יע"א.

מכתבו קבלתי בשבוע העבר ולעשות רצונו אשר ביקש ממני להשיב לו במהרה לקחתי מעט פנאי אם אמנם טרידנא טובא ואנא שאילנא להו וגם כי כבר התחלנו הל"ת ולזאת אבוא בקצירת אומר כפי אשר יורוני מן השמים ע"ד איש אחד הדר בכפר בארמאלא"ג סמוך לישוב אודוואר"ד וזה י"ד שנים אשר האיש הזה שייך לישוב אודוואר"ט ולרבנות שלו בכל הדברים השייכים לזה וחתום על שטר רבנות של מעלתו והתחבר האיש הנ"ל

עם אנשי הישוב בכל התשלומין ובכל ההוצאות וצרכי ביהכנ"ס. וע"י מחלוקת השיא אחד אותו להפריד את עצמו מישוב הנ"ל וכל התשלומין שהי' שייך בהם לצורך ולקיום מעמד ומושב הישוב. ותבעו אותו ראשי הישוב בד"י והשיב שאינו רוצה להיות חבר עמהם מעתה ולא אמר ע"ז שום טעם וגם לא אבה שמוע לקול בד"י. ועי"ז הוצרכו לילך בערכאות כי יש לחוש אשר ממנו ילמדו אחרים לעשות כמוהו ויתבטל מעמד וחיזק הישוב וכשתבעו אותו בערכאות השיב כי מה שנוגע לצרכי תשלומי הרב ישלם להם כמו עד עתה אבל שאר צרכי הישוב לצורכי ביהכנ"ס ושוחט אינו רוצה להיות חבר עמהם. ואנשי הישוב טוענים שהכל תלי בראבינא"ט וגם טוענים כי זה ששה חדשים אשר בנו להם ביהכנ"ס וגם האיש הנ"ל התחייב עצמו בתוכם וגם אמר למעלתו בינו לבינו שיתן עוד יותר ממה שהתחייב עצמו ועתה אינו רוצה ליתן כפי ההתחייבות שלו. ובבוא הדבר לערכאות בקשו ממעלתו ני' לומר דעתו דין תורה בזה:

וכתב מעלתו דממה שכ' הרמ"א בסי' ב' דיש כח ביד טובי העיר להכריח במה שהי' מקדם ובפרט במה שקבלו וא"כ הה"ד בנידון דידן. מיהו מזה מוכח רק דיוכלו להכריח על קהל שלהם אבל מי שרוצה להתפרד ושלא ייחד עם קהלם מנ"ל שיוכלו להכריח שיהי' שייך לקהל שלהם שהרי אין רשות לקהל אחד על קהל אחר וכמ"ש בתשובת מהר"מ מרונטבור"ג סי' תת"ק אלא בדבר עבירה ומשום ערבות וא"כ אין ראי' מהתם. ובוודאי מה שנדר לביהכנ"ס מחוייב משום נדר ואפילו לשאול על נדרו כתב מרן זצ"ל בתשובה הנדפסת דיש לדון אי הוי כנדר ע"ד רבים ושיטעון ויאמר אדעתא דהכי לא נדרנא עיין בתשובה הנ"ל פלפול בזה וכאן שנשתנה דעתו ותליא בדעת עצמו נראה דלא שייך לומר אדעתא דהכי לא נדרנא ועדיין צ"ע מיהו על זה לא נשאלתי רק על גוף הנדון אם יכול להתפרד:

ומה שנראה לפענ"ד הנה בשותפין קי"ל בחו"מ סי' קע"ו סעי' ט"ו דאם קבעו זמן אינם רשאים לחלוק בתוך זמן בלא רצון חבירו אלא במקום פסידא אמרינן בב"ק דף קי"ו ע"ב כגון זה שותף חולק בלא דעת חבירו וכיוצא בזה קי"ל בחו"מ סי' קע"ו סעי' כ"ח והנה כל הדרים בעיר אחת ע"כ הם שותפין דהעיר מחברם כיון שצריכין זה לזה וע"י הפירוד יש לחוש לתקלות ולכך אפילו אם רצה מתחילה לקבוע דירה על תנאי שלא יהי' חבר עמהם צריך להיות שותף עמהם איש לפי ערכו אפילו בעיר חדשה שלא הי' מנהג וכמו שהכריח כל זה בתשובת מהר"מ סי' תתקי"ח אלא א"כ הי' המנהג בהיפוך ומטעם זה פסקינין בש"ע חו"מ סי' קס"ג דבני העיר כופין זה את זה בדברים הצריכין אפילו לא

הי' מעולם עוד שם ומטעם זה קי"ל באו"ח סי' נ"ה דכופין לשכור מנין דאל"כ זה ימשוך לכאן וזה ימשוך לכאן ויתבטלו ממצוותם ובאמת כל ישראל ערבים:

וכל זה בהדרים בעיר אחת אבל הדרים בכפרים וישובים הסמוכים אם לא עשו שותפות אין כאן חיוב וזה כוונת המג"א סוסי' נ"ה בשם מעגלי צדק שיכלו לילך למקום אחר אבל אם התחברו מדעת ונעשו שותפין מה לי שותפין אלו או אחרים אפילו לא עשו קנין פסק הרמ"א בסי' קע"ו סעי' ג' דהואיל ורוצה ליהנות מהנה ובההוא הנאה גמרו ומקנו אפילו בדבר שלא בא לעולם לדעת י"א עיי"ש וכ"ש אם עשו מעשה בשותפות וא"כ נעשו שותפין ונעשו כשאר שותפין ואינם יכולין לחלק בלא רצון חבריהם דהרי השותפות נעשה על עולמית דהרי אם היו הציבור רוצים לדחות את היחיד בוודאי לא היו יכולין ואדעתא דהכי השתתפו וא"כ הה"ד היחיד אינו יכול לסלק את עצמו ולהתפרד מהם כל זמן שהוא דר באופן שהי' עשיית השותפות:

וראי' לזה מדברי המרדכי בפרק הגוזל בתרא אות קפ"ג שהביא באריכות בשם מהר"מ והועתק דין זה בקצרה בחו"מ סי' קס"ג סעי' ו' בהגה"ה ומשם מבואר דהה"ד בנידון הנ"ל אין רשאי לחלק. וגם לפי מ"ש התה"ד בסימן שמ"א מא"ז הגדול דאפילו היכא דיכול השותף לחלק היינו אם חולק לגמרי אבל אם עדיין נשאר שותף במקצת דברים אינו יכול לחלק וא"כ הה"ד הכא יש עוד טעם כיון דלענין שכר הרבנות ושאר צרכי הרב אינו רשאי לחלק כיון דהסכים על שכירות שלו והתחייב עצמו על זה בחתימתו וממילא גם בשאר דברים אינו יכול לחלק שלא מדעת ורצון השותפין וגם לטעם השני שם בתה"ד הדין כן. זהו הנראה לפי ענ"ד נכון ופשוט ויהי' ד' עמו ידידו הדו"ש הק' משה שיק מברעזאווי:

תשובה כד

בעזהי"ת א' פקודי תרל"ו לפ"ק פה חוסט יע"א. החיים והשלום וכ"ט להרב המאוה"ג המופלג מוה' אברהם גלאזנער ני' אבדק"ק קלויזנבארג יע"א.

מכתבו קבלתי ובו נשאלתי לחוו"ד בענין המחלוקת שבעירו שההבערה לחלק יצאה להפריד איש מעל רעהו ועשו להם אנשים פרטיים מנין בפ"ע וכדי שלא יהא ביד הקהל למחות בהם מהשררה קראו להם ספרדיים להתפלל נוסח ספרד ושינו מנהג אבותם אע"ג שכ' המג"א בסי' צ"ח שאסור לשנות שיש לכל מנהג שער בשמים. ואילו עשו כן מצד שבאמת הם חפצים בנוסחא ההיא הי' מחריש אבל כיון שרק למראית העין ובכדי להרבות מחלוקת בישראל ע"כ רצונו למחות בהם ושאל דעתי. והנה באמת לפי

הנראה הדין עמו בזה שאין ראוי לעשות כן. אבל מה נעשה הרי האדם יראה לעינים וד' יראה ללבב. ובגוף הדין הנה המג"א בסי' קנ"ד סוף ס"ק כ"ג הביא דברי הרא"ם דאם הביהכנ"ס מכילה אותם אסורים להפרד וכ' בכה"ג דהקהל יכולים לגזור שלא יתפללו עשרה חוץ לביהכנ"ס מפני האומות שיראו שהם רבים וגם מפני היחידים שאין נותנין המסים ומתפללים עשרה במקו"א עכ"ל:

והנה מסתמא גם הריב"ש שהביא המג"א שם דהמונע אותם הוי כמונע רבים מלעשות מצוה מיירי נמי בגוונא דליכא פסידא לקהל מזה. ונהי דבוודאי יש לקהל פסידא שעי"ז מכירת המצוות והמקומות המה בזול יותר וגם עי"ז נפחתו הנדרים והנדבות מהם. מ"מ זה לא הוי רק מניעת הריוח דאפילו אם הם הולכים לאותו ביהכנ"ס אינם מוכרחים לקנות מצות ומקומות. אבל אם יש פסידא ממש לקהל בוודאי גם הריב"ש מודה. דהרי כל ציבור בכל עיר ועיר הרי הם כשותפין וקי"ל בחו"מ סי' קע"ו סעי' י"ז ועוד נמצא שם מזה דהיכא דיש היזק להשותפים ע"י החלוקה אסור להם לחלוק ולכך בוודאי גם אם נתחלקו האנשים באיזה קהלה מן הציבור להיותם נפרדים צריכים לשלם כפי מה שמגיע עליהם לפי ערכם לצרכי הרב והשו"ב ולשאר הוצאות ציבור שכבר קיבלו עליהם לחוב וצריכין הקהל לשלם בוודאי גם הנפרדים צריכין לשלם כפי ערך המגיע עליהם ואפילו אם פטרם השררה מבואר בחו"מ סי' קס"ג סעי' ה' ברמ"א שם שאינו יכול להטיל חובו על אחרים שעל ידו יהא אחר מחוייב לשלם יותר מס או שאר ענינים. וה"ה על להבא מה שצריך כל הקהלה לת"ת או לצדקות עניי העיר וכיוצא בזה מחוייבים לשלם ולסייע להכל כמו מקדם ואם עושין כן ואין חשש מפני מראית עין של האומות וכיוצא בזה אפילו אם לפי הנראה עושין שלא כדין אין אנו ערבים עבורם בדברים כאלה דהרי אפילו אם הוא איסור גמור אם אינו מפורש קי"ל באו"ח סי' תר"ו דאין אנו מחוייבין למחות וכ"ש בענין כזה:

ואע"ג שכ' המג"א הנ"ל דלכל מנהג יש שער למעלה ואין לשנות. מ"מ נ"ל מי שנפשו חשקה למנהג האחר ע"ז לא אמר המג"א דמצינו בגמרא וכן הוא בחובת הלבבות שלמצוה או מעשה שהאדם מוצא בנפשו חשק בוודאי יש לזאת המצוה והמעשה שייכות לנשמתו טפי ואני מפרש בזה כוונת הכתוב מה' מצעדי גבר כוננו ודרכו יחפץ דהיינו ששם השי"ת בנפשו החפץ לאותו דבר כו'. וכבר נתפשט הדבר בהרבה קהילות כי האנשים שרוצין להתפלל נוסח ספרד עושין להם מנין בפ"ע. וכבר כ' מרן הגאון בעל חת"ס זצ"ל בחלק ששי מתשובת חת"ס בתשובה הראשונה דאין בזה משום אגודות אגודות:

והנה באמת דקשיא לי דברי התשובה ההיא על דברי התשובה שכ' מרן הגאון באו"ח סי' ט"ו כי הגאון ההפלא"ה זצלה"ה והגאון מו"ה נתן אדלער זצלה"ה כי הם בעצמם ירדו לפני התיבה והם התפללו נוסח ספרד כי הם ידעו והבינו עד היכן הדברים מגיעים ושאר המתפללים בהמנין ההוא התפללו נוסח אשכנזי וא"כ מוכח דאפילו בביהכנ"ס אחת אין בהם חשש לא תתגודדו ואפילו בקביעות. ושם בחלק הששי כ' דדווקא באם הוא בביהכנ"ס אחר או אפילו באותו ביהכנ"ס אם הוא רק במקרה בעלמא וצ"ע:

ועכ"פ לדעתי רק על מה שיש חשש הפסד ממון יש לדון עמהם. אבל הא אם הם עושין כדין או אין עושין כדין טוב להניח אותם לעשות כפי מה שנראה טוב בעיניהם וחכז"ל אמרו אמור לחכמה אחותי את אם ברור לך הדבר שאסורה כאחותך אמור ואם לאו אל תאמר וזהו הנראה לפי ענ"ד. ובעצה אני אומר למעלתו שבדברים כאלה יותר טוב להתפשר. ולעשות בשלום ובמישור. בכל אופן היותר אפשר. וד' ישפות לו ולכל ישראל חיים ושלום עד העולם דברי החותם בברכה המשולשת הדו"ש הק' משה שיק מברעזאווי:

תשובה כה

בעזה"י חוסט אור ליום ג' פ' האזינו תרל"ה לפ"ק. מחיה חיים יתן לך חיים טובים ארוכים ומתוקנים לתלמידי הרב הגדול המופלג בתורה ויראה כש"ת מוה' אליעזר זוסמאן נ"י האבדק"ק האלאש יע"א:

מכתבך קבלתי ומה ששאל והעיר על דברי הרמב"ם בפי' המשנה ב"ב דף פ"ד שכ' דהגבהה ומשיכה אינם קונים ברה"ר. וזה תימה רבה דהלכה פסוקה בש"ס ובפוסקים דהגבהה קונה בכל מקום ובכתובו' דף ל"א אמרינן דאפילו אם ידיו סמוכים לארץ פחותים מג' דכלבוד דמי אפי"ה קונה הגבהה שם. והי' נראה לכאורה דיש ט"ס בדברי הרמב"ם בפי' המשנה. אבל האיר ד' עיני די"ל דבריו וכוונת דבריו נכונים עפ"י מאי דקי"ל בחו"מ סי' קצ"ח סעי' י"ב דאע"ג דמסירה קונה ברה"ר אם עשה גם משיכה וגלי דעתו דלא הי' כוונתו לקנות במסירה לחודא אלא במשיכה אז בעינין דווקא שימשוך לרשותו או לסימטא דקי"ל קנין בעי כוונה. וס"ל לרמב"ם דאפילו בקנין דאורייתא כמו הגבהה בעינין כוונה דלא כמ"ש הנמוק"י בפ"ק דב"מ גבי ד' אמות דאמרי' דגלי דעתי' דבנפילה ניחא לי' דליקני שכ' שם בשם הרא"ה דדווקא בקנין דרבנן אמרינן כן:

אבל הרמב"ם ס"ל לפי הנראה מפי' המשנה מכאן דאפילו בקנין דאורייתא אמרינן כן ואפשר דיליף לה מאותה משנה עצמה דתנא דבפשתן עד שיהדרנו ממקום למקום

שדחק בזה הרע"ב והרבינו תיו"ט דלמה לו עד שיטלטלנו ממקום למקום וכ' דכן אורחא דמילתא ועדיין קשה למה נקט כך אמנם להנ"ל א"ש דכיון שכן הדרך שימשכו א"כ אין לקנות בהגבהה ולכך בעינין שימשכנו כדינו וזה נראה כוונת הרמב"ם הנ"ל דהגבהה ומשיכה אינם קונים ברה"ר דכיון שעשה עם ההגבהה גם משיכה גילה דעתו דמכוון לקנות במשיכה ולכך בעי' שימשכנו דווקא ברשותו כן נראה לפי ענ"ד נכון:

ובזה אמרתי לישב מה שהקשה בכפת תמרים בסוגיא דאוונכרי שכ' להקשות דכיון דקי"ל במס' כלאים פרק ז' באנס דאם נשתקע שם בעלים קנה א"כ מאי חשש יש גבי אוונכרי הא גם שם נשתקע שם הבעלים ואמרתי דהנה בנשתקע הטעם לפי מ"ש הפנ"י דהוי כהפקר והפקר קונה בקרקע. וקשיא לי הא קי"ל בעודר בנכסי הגר וסבר שהוא שלו דאינו קונה. ובאנס הרי הוא סובר שכבר הוא שלו ואינו מתכווין לקנות ואמאי קנה. מיהו י"ל דהנה כבר כ' המל"מ והאריך בזה מרן הגאון זצ"ל בחת"ס יורה דיעה סי' שי"ג דבדעת אחרת מקנה אותו לא בעינין כוונה:

והנה הפקר אי חשיב כדעת אחרת מקנה אותו יש פלוגתא דלר"י בנדרים בפרק השותפין הוי כדעת אחרת מקנה אותו וגם בב"מ דף י"ב גבי איבעי' דרבא בזרק ארנקי כו' הוכיחו מקצת מפורשים דהפקר הוי כדעת אחרת מקנה אותו. ובהפקר כה"ג דמפקיר אדעת הגזלן איכ"ל דלכ"ע חשיב כדעת אחרת מקנה אותו ולא בעי' כוונה. ומרן הגאון זצ"ל כ' שם בתשובה דגבי גוי איכ"ל דלא מהני דעת אחרת מקנה אותו וא"כ יש לישב קושית הכפ"ת הנ"ל דגבי כלאים מיירי באנס ישראל וא"כ שפיר מהני נשתקע דמועיל משום הפקר והוי דעת אחרת מקנה אותו אע"ג דאינו מתכוון לקנות. משא"כ באוונכרי דמיירי בגוי. כן אמרתי לישב קושיא הנ"ל:

ולא הבאתי זה לכאן אלא להעיר על מ"ש מעלתו ני' עוד להקשות בסוגיא דיאוש לפי מ"ש התוס' בב"ק דף ע"א ע"ב דהתחלת השחיטה לא מקרי שינוי מעשה והקשה מעלתו דמ"מ בהדי יאוש ליקני ונראה כוונתו דשחיטה כל זמן שלא שחט רוב אפשר דיחזור ויתרפא והוי כשינוי החוזר לברייתו ובהדי יאוש יחד כ' התוס' בסוגיא דיאוש. דשינוי כזה עם יאוש מהני ובאמת אין לזה הכרח דאיכ"ל דלא חשיב שינוי כלל כל זמן שהוא חי. אלא שבלא"ה לפי הנ"ל כיון דאין מתכוון לקנותו בשינוי כל דהוא עד שיגמור השחיטה לא קנה דקנין בעי כוונה. (מיהו לענין שינוי לא מסתבר דתלוא בכוונת קנין דאפילו שינוי ממילא קונה מגזיה"כ דכתוב אשר גזל כעין שגזל. וכיון דנשתנה אין זה דבר הגזול וא"כ דווקא בהפקר שייך הא דלעיל. וא"כ ליתא לתי' הזה ומחוורתא כתי' הראשון דלא חשיב שינוי כלל כל זמן שהוא ת) ומה שהקשה עוד על השמק"ב בב"ק שכ'

דעל עולא לא הקשה ר"י דשלו הוא טובח דאיכ"ל דמגזיה"כ מחייב גם בכה"ג והקשה מעלתו איך אמרי' בב"ק דף ע"א לאו דמארי' קא טבח ולפי ענ"ד דהשמ"ק כ' כן רק היכא דמחייב דמים והוי החפץ כמשכון על הדמים כמו שהקשה הרשב"א בסוגיא דיאוש על שיטת הראב"ד דמנ"ל דגם יאוש ושינוי רשות צריך להחזיר הדמים דא"כ, אמאי מהני גבי אוונכרי יאוש ושינוי רשות ואכתי לא מקרי לכם לגמרי:

וכבר האריך הכפ"ת בסוגיא דאוונכרי בזה ובכה"ג שפיר יש לומר דחייב אבל גבי איסור הנאה דפריך שם בב"ק דף ע"א דלית לי' מארי ולא שייך דהוי משכון אם כן מהיכי תיתי נימא דגזיה"כ הוא דהוי כשלו ואין לך בו אלא חידושו כן נראה לפי ענ"ד. ואחתום בברכה יהי' ד' עמו ויברך ד' אותו ואת ביתו ואת כל אשר לו בחיים ובשלום ובכל טוב וישר כוחו וחילו לתורה ועבודה וגמר כתיבה טובה וברכה והצלחה כאות נפשו ונפש רבו הדורש שלומו הק' משה שיק מברעזאווי:

תשובה כו

בעזהי"ת חוסט יום ה' פ' שלח שנת תרל"ה לפ"ק. החיים והשלום וכל טוב לידידי הרב הגדול המופלג בתורה הצדיק המפורסם כש"ת מוה' נפתלי סופר נ"י האבדק"ק פעטשי נייאדארף יע"א:

מכתבו קבלתי ובו נשאלתי ע"ד איש אחד שקנה י"ש מחבירו מחבירו והתנה עם המוכר שיהא הי"ש נשאר עומד בכליו של מוכר ולפי דברי הלוקח שילם לו למוכר עבור זה. והמוכר אומר שרק בשאלה נתן לו הכלים שישאר הי"ש עומד בהם ושוב אח"כ נתן המוכר את המפתח של המרתף אשר הי"ש עמד שם להלוקח וצוה לו ללוקח שיבדוק בכל עת לראות שלא יתקלקלו הכלים. ובערב פסח מכר הלוקח את הי"ש לנכרי כד כדינא ואח"כ בא הלוקח לאחר זמן אל המרתף וראה כי זב מחביות אחד י"ש לערך ג' עמיר ולזאת עתה רוצה הלוקח לחזור באמרו שהי' מקח טעות לפי שנתן לו חביות מקולקלים ודעת מעלתו נוטה שהדין עם המוכר וביקש ממני לחוות לו דעתי. והנה צריכין אנו. לבאר בזה ג' דברים:

א) אם קנה הלוקח הי"ש ובזה דעתי דבוודאי קנה הלוקח לא מבעי' לפי מה שאמר הלוקח שנתן מעות עבור שכירות החביות וקי"ל בחו"מ סי' קצ"ח סעי' ו' דשכירות מטלטלין נקנה במעות והודאת בע"ד מהני וא"כ הוי כליו של לוקח ומסירת מפתח שמסר לו המוכר קי"ל בסי' קצ"ב סעי' ב' דהוי כאומר לך חזק וקני וכה"ג כליו של לוקח ברשות מוכר קנה. ועוד הרי המוכר השאיל לו להלוקח מקום להנחת החביות והוי

שאלה ולא מבעי' לשיטת רש"י בפסחים דף ד' דמסירת המפתח בשכירות קונה יעויי"ש במגיני שלמה. אלא אפילו לשיטת התוס' שם דפליגו מ"מ כאן הא נעל ופתח. ונעל הוי חזקה בקרקע כדקי"ל בסי' ר' סעיף ב' ובתוס' ב"מ בסוגיא דחצר. ועוד מטעם אחר דקי"ל בסי' קצ"ח סעיף ה' דהיכא דהלוקח מצוי אצל הדברים שקנה אז מעות לחודא קונה. ולפי הנראה מלשון השאלה נתן לו מעות דקי"ל מעות לאחר זמן אפילו אינו בעין נמי קונה כמבואר בתוס' יבמות דף צ"ג ד"ה קנוי' כו' וא"כ כשנתן המוכר את המפתח להלוקח ונשאר ביד הלוקח והי' מצוי לו קנה לו הכסף:

והואיל ודברי הש"ע שם קשים והסמ"ע שם בסעי' ט' הקשה על העיר שושן משום חצר ומשום מצוי להציל דלמה לי תרווייהו. ולפי ענ"ד נראה דאם לא הי' מצוי להציל לא הי' לו זה לזכות ולא הי' חצרו קונה לו וא"כ ליכא למימר טעם חצר לחודי' וזה קשה גם על המחבר כמ"ש שם בסמ"ע וש"ך. ולפי ענ"ד נראה עפ"י מה שכ' השמק"ב בשם הריטב"א בב"מ דף ס"ז ע"ב גבי אגרינהו בסוסני דחצר המושכר אינו נקנה למוכר בע"כ שלא מדעת המשכיר ולדעתי גם להיפוך דלמשכיר גם כן אינו קונה בע"כ שלא מדעתו של שוכר בחפץ שרוצה אחד לקנות מחבירו:

כיון שהוא של שניהם אי אפשר שיזכה לאחד מה שהוא חוב לחבירו:

ובזה תירצתי דברי ההגהות אשר"י ממה שהקשה המג"א עליו בסוס"י תרל"ז שכ' על מה: **שכ**' דווקא בבנה הסוכה שלא מדעתו הא אפילו מדעתו יכול להקנות למשאיל ממנו המקום כדקי"ל בחו"מ סי' שי"ב ולדעתו בע"כ של שואל א"י להקנות להמשאיל ממנו. ושל נמי בהא דסי' קצ"ח סעיף ה' הנ"ל כיון דאחד רוצה לחזור דעכ"פ אם האחר רוצה לעכב יכול לעכב. וגם בע"כ הא דמעות קונות בכה"ג דווקא אם כוון לקנות אלא דמסתמא כוון ויעויין בדברי מרן הגאון זצ"ל בחת"ס בחיו"ד סי' ש"י ושי"ג:

אמנם אם גילה דעתו דרוצה לקנות במשיכה אז איכ"ל דאין המעות קונה כמו דפסק בחו"מ סי' קצ"ח סעיף י"ב דבגילה דעתו דרוצה למשוך אינו קונה במסירה. וא"כ נראה דלכך נקט הש"ע תרווייהו ונפ"מ אם המוכר רוצה לעכב שחצרו לא יקנה לו ללוקח אז בעינין קנין כסף ואם הלוקח לא כוון לקנות בבפם אז מועיל שוב קנין חצר דקונה שלא מדעת. ובכה"ג נראה לי דאפילו המוכר שהוא המשכיר רוצה שלא יקנה לו החצר מ"מ קונה דאין זה חוב לו דהרי אם הלוקח רוצה יוכל לכוון שיקנה בדמים. וכבר בקבלת הדמים הפקיר זכותו:

מה

שהי' לו כח לעכב. ולכן נקט מילתא דפסיקא דהיכא דהוי תרתי וודאי קנה:

ואופן שאין השוכר רוצה שיקנה לו חצרו וגם שלא יקנה לו הכסף זה הוי דבר דלא שכיח דכיון שקנה מהיכא תיתי לא ירצה לקנות ונהי אפשר דלא כוון אבל שלא ירצה זה מסתמא לא שייך ואם כן נכונים דברי הש"ע גם דברי העיר שושן שם. ועכ"פ בנידון הנ"ל שלא עיכב המשכיר. החצר קונה וגם הלוקח לא גילה דעתו שאינו רוצה לקנותו בדבר אחר רק במשיכה: וא"כ קנה הלוקח:

ב) עתה נביא לספק השני אם יכול הלוקח לטעון שהי' מקח טעות הנה מבואר בחו"מ סי' רל"ב סעי' ה' דאם אין הטעות בגוף המקח א"י לחזור והמג"א בסי' תל"ו רצה לומר דאם התנה בפירוש הוי מקח טעות וכאן לא שמענו שהתנה בפירוש שיהיו דווקא החביות טובים. ובלא"ה נראה עוד טעם לפי המבואר לקמן דאיכא למימר השתא הוא דאיתרעי:

ג) ואם כן אין לנו כאן אלא הטענה השלישי שנראה מדברי הטענות שהלוקח טוען שהמוכר גרם לו היזק על ידי שנתן לו חביות רעועות וגם זאת אינו טענה דהרי קי"ל בחו"מ סי' שפ"ו דגרמא פטור וכיוצא בזה קי"ל בסי' רל"ב סעיף כ' במכר לו זרע גינה וזרען ולא צמחו דא"צ לשלם לו הוצאות שעשה עיי"ש בסמ"ע ס"ק מ"ו. ועוד מטעם שכ' מעלתי מדברי הסמ"ע בסי' רל"ב סק"ו ונהי דהמל"מ בפט"ו ממכירה פליג בזה וגם הנתיבות שם מ"מ אם נשתמש בו וגם הי' יכול לראות לכ"ע הוי מחילה כמ"ש הנתיבות וא"כ כאן שהלוקח נשתמש שם. וגם מכר הי"ש בפ"ע לנכרי כנז"ל לכ"ע הוי מחילה:

ובלא"ה נראה דאיכ"ל דברשותו איתרע החביות כדקי"ל בחו"מ סי' רכ"ד כיון דהמקח נגמר אמרינן דברשותו איתרע ונהי דיש לפקפק בזה לפי מ"ש התוס' בחולין דף נ"א ע"א ד"ה המוציא דשאלה שאני וכ"כ התוס' בנדה דף נ"ח ד"ה לענין כתבו בחד תירוצא וא"כ אפשר דגם שכירות כן ויעויין באהע"ז סי' קי"ו ואין הדבר ברור לי וצ"ע מ"מ מצד הטעמים הנ"ל נראה לפי ענ"ד דהדין עם המוכר ובזה אחתום בברכה המשולשת יהי ד' עמו דברי ידידו הדו"ש הק' משה שיק מברעזאוו:

תשובה כז

החיים והשלום וכל טוב להרב המאוה"ג המופלג בתורה מו"ה עזריאל אייזק קעליר נ"י אב"ד בק"ק שאנקוט יע"א.

מכתבו קבלתי ואשר ביקש ממני לחוות דעתי בדין מקומות ביהכנ"ס בעזרת נשים שבשנת ברכ"ת עשו תבנית ביהכנ"ס על נייר ומכרו המקומות עפ"י עילוי דמים ליזיטיציא"ן ויצא הדיבור מביניהם היותו שבעזרת נשים במקום הארון שבעזרת אנשים יתרבו בכותל מזרחי ג' מקומות בע"נ שאלו ג' המקומות יהיו לאותן שקנו מקומות בצד

הבימה שכנגד הארון הקודש שקורין ברכת כהנים שטע"ט וימכרו בין אותן העומדים שם לפי עילוי דמים ובשנת הכתר שכבר הי' הביתכנ"ס בנוי באופן שכבר אפשר להתפלל שם מכר גבאי עם עוד ב' או ג' יחידי סגולה מקום העליון בכותל דרומי בתנאי מפורש שיהא לאשת הקונה מקום בעז"נ בכותל מזרח (אלא שקצת מהיחידים הנ"ל שהיו אצל המכירה מהם מכחישים שלא התנו כן ומהם אומרים שהבטיחו להשתדל שיהי' כן ולא הואיל ההשתדלות והגבאי והאיש ההוא טוענים ברי שעל תנאי זה נמכר המקום הנ"ל. ואז השכיר הגבאי גם בכותל צפון מקום העליון לגיסו ג"כ עם מקום בעז"נ בכותל מזרחי ועמדו שם ועוד אשה אחת מהקונים לפני הבימה. וקוני הברכת כהנים שטע"ט ערערו אז על סדר ישיבה הנ"ל. אבל הבטיחו להם שלאחר שיוגמר הכל ישנו הסדר ושלא הי' זה לקנין עלמין ואמרו כן כדי להשקיע הריב ואמרו שלאחר שיגמר ינתן להראוי ולאחר חצי שנה מכר' הגבאי מקום הצפוני לגיסו ונעשה במעמד כמה אנשים מקהל ודעתם. והקונה טוען שנמכר לו גם המקום בע"נ בכותל מזרחי מיהו מודה שלא התנה בפירוש אלא כיון שכבר עמדה אשתו על אותו מקום ממילא הוי כהתנה מדלא פירשו בהיפוך. ועתה כשרצו לעשות הספסל המזרחי בעזרת נשים נפלה המריבה בין קוני הברכת כהנים שטע"ט וקוני מקום צפוני ודרומי וקצת ממנהיגי הקהל רוצים לדחות גם את האשה שהיא מנשי קוני המקומות ברכת כהנים שעמדה עד עתה על מקום בכותל מזרח באומרם שבדוחק יש שם ג' מקומות ורוצים להוסיף שם רק ב' מקומות כנגד המקומות שהם בעזרת אנשים ובפשר אי אפשר לפשרה ורוצים לעשות רק כמשפט ד"ת ונתנו עיניהם בי להורות להם עפ"י דעת תורה ועפ"י דעת נוטה כדין מה לעשות:

והנה צריכין אנו להקדים איזה הקדמות מן הספיקות הנולדות בענין הנ"ל. א) אם המכירה באופן הנ"ל היא מועלת כלל דכבר העיר מרן הגאון בעל חת"ס זצ"ל בחאו"ח סי' ל"ה דמכירה כה"ג קודם הבנין הוי לכאורה דשלב"ל אלא שכ' שם בנידון דידי' דהקרקע כבר נקנה להם א"כ הרי הקרקע בעולם ועלי' חל המכירה ויפה העיר מעלתו ני' בעזרת נשים ובפרט במקומות שבספסל המזרח של עזרת נשים שבולטת לביהכ"נ של אנשים ונבנית רק על עמודים ולא היו בעולם לא היא ולא קרקעה:

ובאמת גם בשאר המקומות של עזרת נשים צריך לעיין בזה ובוודאי לדעת הי"א המובא בשער המלך פ' כ"ב ממכירה דין ה' הביא בשם מהר"מ קלעי דגם בדשלב"ל תליא בפלוגתא שבח"מ סי' ר"ג סעי' יו"ד בהגה"ה ולי"א בקנה דשלב"ל עם דשב"ל מיגו דחייל על דבר שבא לעולם חייל נמי אדבר שלא בא לעולם וכן נמי דעת הנוב"י מהדו"ק חחו"מ סי' כ"ו וכ"ז וכ"ח עיי"ש דסובר כן וא"כ כיון דקנה המקום בעזרת אנשים דהוי הקרקע

בעולם קונה גם בעזרת נשים אבל הסמ"ע בסוסי' ר"ג חולק ע"ז ובלא"ה יש הרבה קושיות לשיטה זאת:

מכל מקום נ"ל דלכ"ע קנין בכה"ג בביהכנ"ס דמועיל דהרי הביא הרמ"א בחו"מ סי' ר"ט סעי' ח' בהגה"ה דאם רוצה לקנות ג"כ דשלב"ל מקנה דהואיל ורוצה לקנות מקנה וכ' הרמ"א שם ועיין לעיל סי' קע"ו סעי' ג' דיש חולקין והיינו דשם מביא דעת הרמב"ם דכתב שותפין שהתנו גם לדבר שלא בא לעולם לא מהני כמ"ש בפ"ד מה' שותפין מיהו הכ"מ כ' שם בשם מהרי"ק דזה דווקא ביחידים אבל רבים בוודאי קונים ומקנים אפילו דבר שלא בא לעולם:

וגוף דברי מהרי"ק הם באריכות בשורש קפ"א דלאחר שכ' דראוי לו לפסוק כבתראי החולקין על הרמב"ם כ' דנראה דגבי רבים או כל בני אומניות גם הרמב"ם מודה כדמוכח מהתוספתא דרשאין בני העיר להתנות כל מי שיראה אצל פלוני יתן כך וכך כו' ורשאין להסיע על קיצתן ואתא עלה מטעם השכמת רבים וע"כ הרמב"ם מודה להתוספתא הנ"ל. ולהרמב"ם ע"כ לא ס"ל סברת הואיל ורוצה לקנות מקנה וע"כ רק הטעם משום הסכמת רבים. וא"כ הה"ד במכירת מקומות בית הכנסת שהסכימו בהם הרבים קונים ומקנים וא"כ לדעת הרמב"ם וסייעתו בנידון דידן בוודאי מועיל המכירה:

וכי תימא אכתי לדעת ר"ת ומהר"מ וסייעתם דס"ל סברת הואיל ורוצה לקנות א"כ איכ"ל דבתוספתא הטעם משום דהואיל ורוצה לקנות מקנה וא"כ בביהכנ"ס דנראה מדברי מרן הגאון זצ"ל בתשובה סי' ל"ה הנ"ל דאכתי יש לחוש בחלק עניים וקטנים דאינם רוצים לקנות ולא שייך הואיל ורוצה לקנות מקנה וממילא לא מהני קנין בכה"ג. אבל זה אינו דאי נימא בהתוספתא הטעם משום הואיל ע"כ אפילו אין בידו לקנות עתה אלא כיון דאפשר דיזדמן להם קני' עי"ז ואפילו לא יזדמן להם קנין אלא שאר דבר הנאה כמו שהוא בכל תקנות והסכמת רבים היום יש בו צורך וטובה לזה ולמחר יהא צורך וטובה לאחרים ומי יודע מה יולד יום ואולי ימצא איזה מציאה ועוד כמה אופנים כי אין מעצור לד' להושיע:

גם זולת כל אלה הרי כל התקנות הם לטובת הכלל ושייך בו הואיל וצייתי להדדי מקנה כמבואר במהרי"ק שהרי התוספתא סתמא קאמר אפילו בגברא דאינו רוצה לקנות שאומנתו עדיפא משלהם וע"כ דכללא הוא וא"כ בוודאי או דטעמא דהתוספתא מבלי טעם אלא משום הסכמת רבים או משום תקנות הכלל שהיום הוא טוב לזה ולמחר אפשר שישתנה הענין ויהי' טוב לאחר ושפיר שייך הואיל ורוצה לקנות מקנה וא"כ ה"נ בדיני ביהכנ"ס כן נראה לפי ענ"ד נכון דקנין ביהכנ"ס אפילו בדבר שלב"ל מועיל לכ"ע:

ובלא"ה לפי ענ"ד דשותפות ביהכנ"ס יש לו ב' מעלות וזכיות אחד מה שאין בו דין חלוקה והוא לכנוס בו ולצאת בו בדברים הקדושים הנצרכים להיות בביהכנ"ס והב' הוא זכות שכל מי שירצה ליחד לו מקום וליתן עפ"י העילוי דמים יהא לו גם מקום מיוחד ומי שאין לו דמים אין לו עתה חלק בזכות ומעלה השנית ואין העני מקנה לאחרים זכות השני כיון שאין לו זכות זה ורק מאן דאית לי' זוזי ובי' שוב שייך הואיל ורוצה לקנות מקנה כן נראה לפי ענ"ד נכון:

ונראה לי ראי' לדברי מהרי"ק הנ"ל דהרי התורה אמרה בפ' שופטים חלק כחלק יאכלו לבד ממכריו על האבות ופי' בספרי הובא בש"ס סוכה דף נ"ו ע"א דבא למעט הבא שלא מחמת הרגל שזה כבר מכרו האבות זה לזה טול אתה בשבתך ואני בשבתי וא"כ מבואר דבכה"ג מועיל אפילו בדיבור בעלמא ואפילו בדבר שלב"ל דהרי הכתוב קראו מכירה, וא"כ קשיא על הרמב"ם פ"ד משותפין הנ"ל ואלא ע"כ כדברי מהרי"ק הנ"ל דרבים או כל בני אומנות שאני וגם הרמב"ם מודה ומאי שפירש רש"י בחומש שחלקו בימי שמואל ודוד ולכאורה מאי בעי בזה ואפשר דס"ל לרש"י דבעי' חבר העיר וכח ב"ד מיהו לישנא דקרא ממכריו על האבות משמע מצד מכר האבות מועיל ומקרי מכר:

וא"כ מבואר דזה דבני העיר רשאין להתנות יש לו שורש בתורה וליכא מידי דלא רמיזא באורייתא. וא"כ הה"ד בביהכנ"ס וכיון שמועיל בדשלב"ל כ"ש דמועיל בדבר שאינו מסויים ואפילו אינו מבורר איכ"ל דקנה ולא תלי' דבר זה בברירה דלא גרע מדשלב"ל מטעם הנ"ל ויבואר לפנינו דנידון שלנו לא תליא בברירה ועכ"פ מבואר דמכירוח המקומות בביהכנ"ס אפילו קודם הבנין ואפילו אם לא קנו עדיין הקרקע מועיל החלוקה והקנינים:

אמנם צריכין אנו עדיין להקדים הקדמה ב) מי הוא שיכול למכור ביהכנ"ס ושאר צורכי רבים הנה הר"ן ריש פ' בני העיר הביא הירושלמי ג' מביה"כ כבית הכנסת. ז' מבני העיר כבני העיר ומסיק בירושלמי דהיינו בסתם שהעמידו עליהם ז' סתם לפקח על עסקי הציבור שלא תאמר דברים של ביהכנ"ס לא עלתה על לב קמ"ל דז' יוכלו למכור. ולכאורה דברי הר"ן סותרין זה את זה מתחילה פי' הירושלמי ג' מביהכנ"ס כגון של טרסיים ויחידים הרי ג' שהעמידו יש להם כח של אותם יחידים של ביהכנ"ס וכן ז' שמכרו רחוב של עיר כאנשי העיר שמכרו ומכירתן מכירה. מעיקרא כ' דז' לענין רחוב ולבסוף כ' דהיינו לענין ביהכנ"ס:

ומעלתו נ' הקשה לפי דברי הר"ן משמע בביהכנ"ס סגי ג' למכור וא"כ הה"ד ג' במעמד כלם מועיל אפילו להוריד וא"כ כל הסוגיא דנקט זיי"ן שלא אליבא דהלכתא דלא

קי"ל כרמב"י לענין רחוב ותו דכל הפוסקים כ' זיי"ן ודברי הריטב"א קשים ביותר שכ' שביהכנ"ס שלנו שיש לכל אחד ואחד מקומות מיוחדים דינו כביהכנ"ס של טרפיים וסגי בג' ולבסוף מדבריו עצמו לא משמע כן אלא דווקא של טרסיים:

והנראה לפי ענ"ד בעזה"י לבאר דז' טובי העיר רמז הרשב"א בתשובה סי' תרי"ז הם שבעה רואי פני המלך ואמרי' בסנהדרין דף יו"ד דלענין עיבור שנים בעי' ז' מהאי טעמא שהוא מטכסיסי מלכות לפרש"י והתוס' יו"ט בפ"א מסנהדרין משנה ב' הביא בשם המפרש דלהוציא שנה מחזקתה ולעבר השנה הוי כעין נפשות ובעינין זיי"ן יעויי"ש. ומינה דהה"ד טובי העיר ופרנסים שהועמדו לפקח על עסקי רבים הן לענין ייחוסי הציבור לענין עצמם והן נגד השרים והמושלים והן ג"כ יש להם יחוס לענין נפשות עיין בחו"מ סי' קס"ג סעי' ג' בהגה"ה ולא גרעו. מעיבור שנה לכך בעינין מסתמא זיי"ן כאשר מצינו שורש להם בתנ"ך דלשבעה ראוי למסור צרכי הרבים בכל ענינים. אבל אם הועמדו רק לענין יחוסי נגד הקהל ועניני פנימיים של קהל סבי בג' כמו לענין שאר שופטים ודיינים:

וא"כ א"ש טעמו של הירושלמי דלענין ביהכנ"ס של יים ויחידים דיש חוץ ממנהיגי בהכנ"ס אלו עוד פרנסי העיר שעליהם מוטל להשגיח ולפקח על כל צרכי הרבים. ועל מנהיגי הבתי כנסיות אלו אינו מוטל רק לפקח על צרכי בתי כנסיות שלהם לכך אלו המנהיגים גם אם הם רק שלשה הם ככל אנשי ביהכנ"ס ורשות וכח בידם אפילו למכור את הבית הכנסת שלהם לפי דעת הר"ן והריטב"א כיון שמבלעדי זה יש עדיין ביהכנ"ס של אנשי העיר בכלל. אבל במכירת ביהכנ"ס של העיר בוודאי לדבר גדול כזה הוי כעיבור שנה ובעינין זיי"ן מסתמא ועל זה רמז הריטב"א דהיינו למכור הביהכנ"ס שהוא דבר כולל כל הציבור גדולים וקטנים דבר כזה רק לזיי"ן נמסר אבל דבר שאינו נוגע רק לאנשי ביהכנ"ס כגון מכירות המקומות אם ימכרו או רק ישכרו דזה אינו נוגע לדבר שבכלל בזה סגי בג':

איברא דקשיא לי' להר"ן דע"כ ש"ס דידן פליג על הירושלמי דאל"כ למה נקט זיי"ן טובי העיר ומאי פיסקא דלמא גם מתניתן בביהכנ"ס של טרסיים או שאר יחידים מיירי אלא ע"כ דש"ס דידן סובר דלעולם בעינין זיי"ן וכן נראה דעת הרמב"ם או דלכל הפחות מספקא לי' להרמב"ם דלמא הש"ס דידן פליג ולכן לא הביא הרמב"ם דינו של הירושלמי. אבל להר"ן וסייעתו דס"ל דכל שנוכל להשוות הירושלמי ותלמודא דידן עבדינן. קשיא לי' ולזה תי' דרבא קאי אמתניתן דמיירי מרחובה וזה שייך רק בשל בני העיר ולכן

נקט רבא זיי"ן ולעולם דס"ל כהירושלמי זהו הנראה לי בכוונת הר"ן וא"ש דאין דבריו סותרין זא"ז :

ובאמת לולא דברי הר"ן לפי מאי שפרשתי הי' אפשר לפרש דע"כ לא ס"ל לירושלמי דג' סגי אלא למכור ולהעלות בקדושה אבל להפקיע מקדושה בעינין דווקא זיי"ן ולכך סתם הש"ס וכן הפוסקים כתבו זיי"ן והיינו לענין הפקעה אבל הר"ן והריטב"א ע"כ לא ס"ל לחלק בזה דכיון דג' הם כזיי"ן לענין מכירה הה"ד דג' במעמד כל הקהל מועיל גם להפקעה כיחיד בשלו כן נראה לפי ענ"ד:

ולכאורה מדברי המרדכי ישן המובא בב"י משמע מלשונו כל שמינו אותו כמו שאנו ממנין ראש הקהל סגי אפי' בפחות מזיי"ן מיהו מרן זצ"ל בחת"ס חיו"ד סי' ה' כ' דס"ל ג"כ כהר"ן. ורק דווקא אם מינו אותו בפי' למכור אז סגי בפחות מזיי"ן ובזה אין מחלוקת וכן פירש המג"א בסי' קנ"ג ס"ק י"ב לפי הנראה. ועפ"י האמור מובן לי היטיב דברי הפנ"י בסי' ד' שכ' בתשובה שם דרוב מזיי"ן טובי העיר סגי עיי"ש וכבר הקשיתי עליו הובא לעיל (בתשובה א') הא קי"ל בע"ז דף ע"ב כדשיימו ד' בעינין דווקא הסכמת ד' וכן קי"ל בחו"מ סי' י"ב סעי' י"ח לענין פשרנים עיי"ש אמנם להנ"ל א"ש כיון דז' טובי העיר יסודם מעיבור שנה ושורשם מז' רואי פני המלך והרי גם שם אזלינין בתר רוב וכמו דאמרי' שם בע"ז לענין תלתא (ועיין בחת"ס חחו"מ סי' קט"ז כיוצא בזה בנידון שלו ומה שהקשה שם לדברי הרמב"ם עיי"ש):

מיהו היינו דווקא אם הי' כאן זיי"ן טובי העיר והמיעוט לא הסכים עם הרוב בזה ס"ל להפנ"י בתשובה דסגי ברובא כיון דכל הזיי"ן היו כאן ודנו זה עם זה ואע"ג דהמיעוט אמר בהיפוך חשיב כאלו הסכימו כמו שהוא לענין דיני ממונות ונפשות דאזלינין בתר רובא אבל אם לא היו כאן כל הזיי"ן טובי העיר גם הפנ"י מודה דלא מהני וכמבואר שם מלשונו בסוף דבריו וזהו דעת הרשב"א והד"מ דפחות מזיי"ן לא מהני היינו אם לא היו הזיי"ן ביחד אבל אם היו ולא הסכימו איכ"ל דאין כאן מחלוקת וכן כתב בתשובת הרשד"ם בחלק או"ח סימן ל"ו. ולענין מעמד אנשי העיר ס"ל להפנ"י דאפילו אם לא הי' המיעוט כאן מועיל משום דשם המיעוט צריך להיות נגרר אחר הרוב:

אבל לענין זיי"ן טובי העיר דהם כפרנסים ודיינים שצריכין לכלכל דבריהם במשפט בעינין שיהיו זיי"ן כאן ואז אפילו לא יסכימו רק רובן ס"ל להפנ"י דסגי וזה י"ל דאין בזה מחלוקת וכ"ע ס"ל כן וכל זה מבואר מדברי הפנ"י עצמו וא"ש דלא קשה מאי שהקשה מעלתו ני' דלמה לא הביאו דהרשב"א חולק על הפנ"י די"ל דאין כאן חולק. וא"כ אם יש כאן זיי"ן ורק רוב מהם מסכימים מועיל אבל אם הוא נוגע רק ליחידים

והם העמידו עליהם ג' פרנסים הרי מסתמא הם כהקהל שהעמידו אותם לדעת הר"ן והריטב"א. והרמב"ם והש"ע נראה דחולקין על זה או דלכל הפחות מספקא להו:

ועדיין אנו צריכין להקדים עוד הקדמה ג') אם מעשה הפרנסים מועיל אפילו כשמוחין בהן אנשי הקהל:

והנה במאירי ר"פ בני העיר הביא י"א לפרש דברי הירושלמי המובא בר"ן אי כשקבלו היינו שאמרו הן ואי לא קיבלו היינו מיחו בם אפילו יותר מזיי"ן טובים לא מהני אלא בסתמא ולפי פירוש זה מבואר בירושלמי אם כששמעו לא קבלו אין מעשה זיי"ן טובי העיר מועיל אמנם המאירי כ' שם דאין פי' זה מחוור מ"מ על הדין אינו מבואר דפליג וכבר הביא מעלתו ני' דברי המבי"ט בח"ר סי' פ"ד שכ' בהדיא דבעינין שלא ימחו בני העיר ורק אז מועיל מעשה זיי"ן טובי העיר. ואע"ג דהרשב"א בתשובה סי' תרי"ז קרא להו אפטרופסין ובאפטרופס שמכר הרי הדין דאם הבדילו היתומים אין יכולין למחות אא"כ טעו וכדאיתא ר"פ האיש מקדש מ"מ גדולים שאני וכעין שאמרו בכותב נכסיו לאשתו דעשאה אפיטרופסת ויכולין הבנים למחות כן יש לומר גם בענין זה:

ומ"מ אין מדברי המאירי והמבי"ט הנ"ל ראי' לנדון שלנו. דהרי היכא דרוב העיר מוחין לא קא מבעי' לן דוודאי מועיל המחאה שלהם משום דהוי כאלו סילקו זיי"ן טובי העיר מההתמנות שלהם וכמ"ש מרן הגאון בעל חת"ס חיו"ד סי' ה' דהם מתמנים בפה ומסולקים בפה. וכן לא קא מבעי' לן אם הרוב מסכימים והמיעוט מוחין דפשיטא דאין מועיל המחאה מהמיעוט משום דדברי המיעוט בטלים לגבי הרוב וכאלו אינם. כי קא מבעי' לן בדבר שאינו נוגע לרבים כעין נידון שלנו דהרבים אינם זוכים במקומות שבספסל המזרחי שבעזרת נשים ודבר זה אינו נוגע אלא ליחידים דהרבים כבר הסיחו דעתם ובטלו זכותם מהם ואינו נוגע אלא ליחידים דלהרבים לא איכפת להו אם הוא לזה או לזה והיחידים הם המוחין בז' טובים. ולסלק את הטובים אין בכח היחידים וא"כ עדיין נשארו הטובים הפרנסים על זה קא מיבעי' לן אי מועיל מחאה וא"כ אין ראי' מדברי המאירי והמבי"ט הנ"ל דהם מיירי ברבים שמחו בהטובים וא"כ נסתלקו הטובים לגמרי (ונהי דסילוק לא שייך אלא מכאן ואילך וכאן מחו לאחר מעשה מ"מ י"ל מיגו זו הואיל והי' בידם לסלקם נשאר להם גם זכות למחות גם עתה):

ולכאורה יש להביא ראי' מסי' קנ"ג סעי' י"ד דפסק הרמ"א דבזיי"ן טובי העיר אפילו אם הנודר הוא מבני העיר ויש לו זכות אינו יכול למחות ובטל דעתו נגדם. מיהו האלי' רבה שם באמת פליג ואפילו להרמ"א נראה דמיירי שקבלו הז' טובים לענין זה עצמו לבנות ביהכנ"ס כנראה מדברי המג"א שם סקל"ז דמייתי לדברי מרדכי ישן ושם ס"ק י"ב פי'

דמיירי בקבלו בפירוש. וכן מוכח לכאורה דהרי מקור דין זה הוא במרדכי ר"פ בני העיר ושם כ' דבעינין זיי"ן טובים וגם מעמד אנשי העיר ואיך כ' כאן זיי"ן טובים לחודא וכן עכר"ח מפרש המג"א בס"ק ל"ו דהקשה מלעיל סעי' ז' דבזיי"ן טובי א"י למחות וקשה הא גם כאן פסק הרמ"א כן ועכר"ח דמפרש דווקא בקבלם לזה (או במעמד אנשי העיר) דברי הרמ"א אמורים. אבל בלא"ה יכול למחות אפילו בזיי"ן טובי העיר. וא"כ הה"ד בנידון שלנו דמעשה זיי"ן טובי העיר מסתמא מועיל דמסתמא ניחא להו וכמ"ש המג"א וכעין זכין לאדם שלא בפניו אבל אם גילה בפירוש דלא ניחא לי' וודאי דאינו מועיל:

מיהו בנידון שלנו נראה דבוודאי יכולין למחות דהרי מבואר בסעי' זיי"ן דלשנות מביהמ"ד לביהכנ"ס צריך זיי"ן טובי העיר במעמד אנשי העיר שיהיו מתרצים וביאר הר"ן משום דאית בי' אכחושי מצוה. וכיון דבאכחושי מצוה בעינין דעת כולם הה"ד או כ"ש היכא דאיכא אכחושי זכות של היחידים שלכל הפחות יש לבעלי המקומות של ברכת הכהנים שטע"ט זכות ושייכות והם רוצים לאכחושי זכותם לכ"ע נראה דבעינין דעתם כן נראה לפי ענ"ד נכון:

ואחרי כל הבא מפורש כל דיני ספיקות הנ"ל נבוא לנידון הנ"ל שנראה פשוט דאין מכירת הגבאי הנ"ל מועיל שיהי' המקומות של ספסל מזרח בעז"נ למקומי צפוני ודרומי לעזרת אנשים כיון שהוכחש הגבאי משאר יחודי סגולה ואם הם עדים כשרים ואינם נוגעים אין דבריו של אחד במקום שנים ומאי יועיל ת"כ נגד עדים ואפילו אם הוא הבטיח והתנה כן. אין אחד יכול לעשות דבר ולכל הפחות בעינין ג' ואפילו בג' נראה דעת הרמב"ם דאינו מועיל ואפילו אם היו זיי"ן נראה דיכולין בעלי המקומות למחות וכמבואר לעיל ובלא"ה לפי הנראה כבר זכו בהם בעלי מקומות של ברכת כהנים חדא כיון שכך הי' הדיבור ביניהם וקנו על סמך דיבורם וכעין דאמרינן בחו"מ סי' רכ"א זה אומר במנה כו' ודברי קהל אינם צריכין קנין ואפילו לא הי'. הדיבור ביניהם כן מ"מ המנהג ברוב המקומות ליתן המקומות היתרים בעז"נ על עזרת אנשים לבעלי המקומות של ברכת כהנים שבעזרת אנשים. אלא א"כ יש טעם לשנות:

וטעם מנהג זה נראה דהוא מיוסד על הא דאמרינן בכתובות דף ס"א דעולת עמו ואינה יורדת עמו וא"כ ראוי לאשה מקומה בעזרת נשים בערך יחוס אישה בעזרת אנשים ואין לומר דזה רק לאיש בביתו אבל מאי איכפת לקהל בזה. אבל באמת זה אינו דהרי אנו רואין בכל הקהילות דכל מי שזכו במקומות הגבוהים בעזרת אנשים כן יש מקום לנשותיהם דוגמתן בעזרת נשים וע"כ דאדעתא דהכי נשתתפו שיסודרו המקומות לפי ערך הראוי להם:

וא"כ מקומות הצפוני והדרומי ראוי ליתן להנשים. ג"כ לפי ערך ההוא וא"כ תהי' שוה בשוה עם בעלה ולמה יהי' לה מקום גבוהה ממה שיש לבעלה וכל זה בשאר מקומות אבל אלו שזכו וקנו מקומות של ברכת כהנים שאין דוגמתם לפי ערכם בעזרת נשים וכיון דעכ"פ הדין דאינה יורדת וא"כ ראוי ליתן להם גבוהה ממנו ואם אינה אפשר להיות לתת לכולם כן אין דנין אפשר משאי אפשר עכ"פ יהי' להם מעלה שרשאין לעלות בדמים:

וגם זכר לדבר יש שמשגרין לאשה מכוס של ברכה וכ' הפרישה דהמנהג שאין מפסיקין ביניהם כדאיתא בפרישה באו"ח סי' קפ"ג ולכך במקומכם שנראה שלא הי' טעם לשנות ולבטל המנהג שהרי כך הי' גם הדיבור ולכך אל תשנו הדבר וינתנו המקומות ההם שבספסל מזרח לבעלי המקומות שקנו מקומות ברכת כהנים ולפי עילוי דמים ואל תשנו המנהג וכבר כ' הריב"ש בסי' רנ"ג ורנ"ט דיד המשנה על התחתונה ואין משנין בביהכנ"ס מן הנהוג והנראה לפי ענ"ד אשר חנני ה' כתבתי ואתם עם ד' קהל שאנקו"ט יהיו נא אזניכם קשובות לקול דברי כי המשפט לאלקים הוא ולא יהי' במקום תפילה וסניגור חלילה קטיגור ואהבת הניצוח שמעו ותחי נפשכם וישמע לכם אלקים ויהי' שלום בגבולכם ומעלתו ני' יחזיק במעוז השלום ויהי' ד' עמו כאות נפשו ונפש ידידו הדורש שלומו הק' משה שיק מברעזאוויו:

תשובה כח

בדין ראוי הטור בסי' רי"א כ' אמר מה שאירש מאבא מכור לך כו' ואפילו הדמים שקיבל אביו מיד הלקוחות א"צ להחזיר דכיון שמת הבן בחיי האב לא באו מעולם הנכסים לרשותו וזה בן הבן בא מכח אבי אביו והקשה הרש"ל בתשובה סי' מ"ט מלשון זה משמע דלולא שבאו מכח אבי אביו היו חייבים לשלם הדמים אע"ג דהוי ראוי וא"כ ע"כ סובר דראוי משתעבד ובסי' ק"ד גבי לוה שנפל הבית עליו ועל אביו בני הלוה אומרים אבינו מת ראשון כו' ואינו נוטל המלוה בראוי כו' וא"כ מבואר דס"ל דאינו נוטל בראוי עיי"ש. ומקודם שנבאר דברי הטור באנו לבאר השיטות בזה ונאמר דג' שיטות יש בזה.

דיש ב' סברות לומר דראוי אי עדיף מדבר שלא ב"ל או גרע. די"ל דעדיף דהנה ההגהות מרדכי בפ"ק דב"מ הקשה למה נאמר מה שאירש מאבא מכור לך לא מהני מ"ש מאשה דמכרה כתובתה בטובת הנאה עיי"ש שתי' דהכתובה החיוב מחיים משא"כ בירושה דאפשר לו למכור וממילא לא יירשנו ותו דאפשר לו להעביר אותו מהנחלה:

והנה לכאורה יש לישב קושית הגהות מרדכי דהנה קושייתו שייך בנכסים שהי' לו לאביו בשעת מכירה אבל נכסים שקנה אח"כ לא עדיף משאר דבר שלב"ל והנה הר"ן כ'

בסו"פ האיש מקדש גבי מקדש ה' נשים דגבי ממון אם לא קנה כולו אינו צריך ליטול המקצת ואפילו למ"ד דקני את וחמור קנה מקצת מכירה שאני והמל"מ סוף הלכות זכות ומתנת הביא סתירות בזה וביארתי במקום אחר מכל מקום דבר גדול דיבר בפנ"י בגיטין דף כ"ב דדבר דאין למקצתו שומא ידועה בוודאי לא קנה מקצתו דהרי לא ידעינן פיסוק דמים למקצת. וא"כ כאן באמר מה שאירש מאבא מכור לך וכולל בין מה שבא לרשות האב או לא באו עוד לא קנה כלל. ולעולם הי' אפשר לומר דראוי שבא לעולם יכול למכור הזכות מעכשיו כמו מכירת טובת הנאה:

ואם הי' האמת כן לא הי' שייך לומר מה דשלחו מתם ב"ב דף קנ"ט דבן שמכר בנכסי אביו היינו אותן נכסים שהיו לו דאם מת קודם אביו יורשין מוציאין מהלקוחות דיוכלו לומר מאבי אבא ירשנו זה. דזה אינו דכיון דכבר זכה הבן בנכסי אביו יש לו כח למכור הטובת הנאה ואי אפשר לומר שהם יורשים אבי אביהם כמבואר מלשון הרמב"ם בפ' אלא וודאי מוכח מהתם דלא זכה הבן מחיים למכור או לשעבד בטובת הנאה ירושת אביו. אלא דלא תימה דלא קי"ל כשלחו מתם ולעולם דיכול למכור או לשעבד ראוי. לזה נראה שהביא הרמב"ן המובא ברא"ש סו"פ יש בכור ראי' מירושלמי דממעט ממיטב כרמו פרט לראוי והקשה המל"מ פ"א מה' מלוה הא שם בניזקין לא שייך דכתב דאקני ומאן דסובר דראוי משתעבד היינו בדכתב דאיקני ועוד הקשה תיפוק לי' משום דיוכלו לומר מאבי אבא ירשנו ולהנ"ל ממעטינן דאין ראוי משתעבד מעכשו ולא הוי כטובת הנאה דכתובה ומטעם שכ' הגהות מרדכי הנ"ל דאי הוי משתעבד מעכשיו לא היו יכולין לומר מאבי אבא קא אתינא וגם לא צריך למיכתב דאיקני כיון דמעכשיו הוא ושפיר איצטרך למעוטי:

וזה אפשר כוונת הרשב"ם מ"ש ב"ב דף קנ"ח ע"ב ד"ה אלא דכשם דאינו משתעבד כך אינו נמכר מכלל דהו"א דראוי משתעבד ונמכר ואז לא הי' טענה לומר דבא מכח אבי אביו והיינו כנ"ל ולכך קמ"ל דכשם שאינו משתעבד כ"ש או הה"ד דאינו נמכר ועל זה נראה דאין חולק דאפילו הרא"ש מלינו"ל המובא בש"ך חו"מ סי' ק"ד ס"ק כ"א מודה לזה דאינו משתעבד מהשתא אלא דסובר כטעם ב' דהנה י"ל דנהי דמהשתא א"י למוכרו או לשעבדו כו' עיי"ש וא"כ לפי"ז ראוי גרוע משאר דבר שלב"ל א' דעדיין אינו בעולם ועוד הביאה לעולם היא לאחר מותו:

וא"כ לדידן דקי"ל דאין אדם מוכר דשלב"ל פשיטא דא"י למכור ראוי אלא בגוונא דאפשר למכור דשלב"ל או לר"מ דאית לי' אדם מקנה דשלב"ל יש לדון אי ראוי גרע מיני' או לא ולפי"ז לענין שיעבוד דשבל"ל אע"ג דהוא איבעי' דלא איפשטא בב"ב דף קנ"ז אי דאיקני

משתעבד מ"מ כיון דמסיק לבסוף את"ל משתעבד פסקו הפוסקים דאיקני משתעבד ופי' הרשב"ם אע"ג דקי"ל דאינו נמכר מ"מ משתעבד משום דאלמוהו רבנן לשיעבוד משום נעילת דלת. ולפי"ז יש לומר ולדון לכאן ולכאן לענין ראוי דכשם דמוציאין מלקוחות אע"ג דמן הדין הוא שלהם מ"מ אלמוהו רבנן לשיעבודיי' משום נע"ד. הה"ד דעל ראוי ג"כ י"ל אלמוהו משום נ"ד דמ"ש ומה"ת לומר דעל דאיקני יסמוך ועל ראוי לא יסמוך ואדרבה כו'. וזה נראה טעמו של הרא"ש מלינו"ל הנ"ל וסייעתי' דס"ל דגובה מן הראוי:

ולפי"ז סובר מסברא דגם טענת אנא מכח אבי אבא קאתינא אינו טענה כיון דמשום נ"ד הוא מ"ש הלוא בלא"ה אין לו מן הדין לגבות ואפי"ה גובה מלקוחות שהם אחרים משום נ"ד הה"ד וכ"ש מיורשים ולכך סובר דדווקא בכ' דאיקני יש לחוש לנ"ד אבל אי לא כ' דאיקני ואיהו לא חש איהו דאפסיד אנפשי' ואין שייך נ"ד וא"ש סברת הרא"ש מלינו"ל. ואדרבה להרמב"ן דפליג עלי' צריך לומר ולחלק כמ"ש המל"מ בפכ"א מה' מלוה ולוה דין א' ד"ה עוד יש לחקור כו':

והנה יש לומר עוד טעם ג' דראוי משתעבד מצד מצוה על היתומים לפרוע חוב אביהן והם כרעי' דאביהן ואפילו בלא כ' דאיקני הובא בש"ע חו"מ סי' קי"א סעי' ב' די"א דגובה מיורשים והש"ך שם ס"ק י"ד הכריע כוותי' מהש"ס דב"ב דמצוה על היתומים לפרוע ח"א וה"ה בראוי דמ"ש. אמנם זה שייך אי לא יכול לומר אנא מכח אבי אבא קאתינא. אבל אם יכול לטעון כן אינו חייב לשלם מכח מצוה וכמו שכ' התוס' ב"ב שם דאם לא ירשו מאביהן אין כאן מצוה דקי"ל דכיבוד משל אב. וא"כ הרא"ש מלוני"ל דס"ל דלא מהני טעם דבא מכח אבי אביו א"כ ע"כ ס"ל כטעם הראשון ולכך סובר דבעינין דאיקני אבל היכא דאין שייך טענת דבא מכח אבי אביו איכ"ל דמודה הרא"ש מלוני"ל דאפילו בלא דאיקני גובה מראוי לבוא מטעם מצוה על היתומים לח"א:

ולפי"ז אין דברי המל"מ בפ' כ"א מה' מלוה בד"ה אך עדיין כו' שרצה להוכיח דגבי ראוי בעינין דאיקני דווקא ולהנ"ל זהו דווקא היכא דשייך לומר מאבי אבא קאתינא. ועפ"י האמור מובן היטב סברת הרא"ש מלוני"ל וסייעתי' דס"ל דהשלחו מתם ב"ב דף קנ"ט סובר דאיקני לא משתעבד או דהוי ספיקא ורק מכח מצוה על היתומים ולכך קמ"ל דבן שמכר בנכסי אביו הבנים מוציאין דלא די שהמכירה בטלה משום דאין אדם מקנה דשלב"ל אלא דאפילו הדמים אין מחזירין ולא אמרי' מצוה איכא כיון דיכלו לומר מאבי אבא קאתא ולא ירשו ממונו כלום ואין כאן חיוב מצוה וכמ"ש התוס' ב"ב דף קנ"ז ד"ה מצוה:

ועל זה מביא ראי' ממתני' דנפל הבית עליו ועל אביו ויורשי האב אומרים הבן מת ראשון ועכר"ח היינו משום טענת מאבי אבא קאתינא ולכך קרי להו יורשי האב דאל"כ הא אפילו בכה"ג חייבין לשלם משום מצוה ואלא עכר"ח משום דתאבי אבא קאתא. וכל זה אי דאיקני לא משתעבד אבל לדינא דמשתעבד ומשום נ"ד וא"כ לא מהני טענה זאת. וא"כ באמת קשיא משנה זאת. וזה קושית הרא"ש בפרק יש בכור על דיעה זו דאפילו לפי מאי דדחה ב"ב דף קנ"ט לא יורשי האב אחיו מורישיו אחי קשיא להרא"ש מלוני"ל כיון דמטעם אלמוהו לשיעבודי' מהני זה ומשום נ"ד שויוהו כאלו בא לרשותו ויש כח לב"ד גם זה לא תיהני ושפיר קשיא לי' להרא"ש:

וכדי לישב דברי הרא"ש מלינו"ל אפשר לומר דווקא לדידן דאין אדם מקנה דשלב"ל אמרינין דאלמוהו אבל למ"ד אדם מקנה דשלב"ל ודאיקני מהני מה"ת אינו צריך לאלם וממילא היכא דיש להו טענה דמכח אבי אבא קאתינא ואיכ"ל מתני' ר"מ כדמוקי לה ב"ב דף קנ"ז והקושיא מהירושלמי דמיטב כרמו לא קשיא להרא"ש מלינו"ל דהתם מה"ת קאמר ולאפוקי מקושית הגהות מרדכי הנ"ל אבל מדרבנן שפיר איכ"ל דגובה מראוי. והרא"ש סו"פ יש בכור אסיק זה דיש לומר דהירושלמי מה"ת קאמר ולכך נקט בלשונו הקושיא דהירושלמי מסמיך לה אקרא. וסובר דמה"ת לא צריך קרא אלא סמך הוא ולכך קשיא לי'. אבל כבר ביררתי שאינו מוכרח דאיכ"ל דדרשה גמורה הוא וא"ש וכנ"ל:

ועתה נבוא לבאר סברת הרא"ש והרמב"ן דהם ס"ל דאינו גובה מראוי ולא ס"ל הנך ג' טעמים דטעם ראשון ס"ל כתי' הגהות מרדכי ואינך ב' טעמים הטעם משום מצוה ע"כ ס"ל או כמ"ש התומים בסי' קי"א סעי' כ' דלמ"ד שיעבודא דאורייתא לא מחייבינין משום מצוה. או נראה יותר דס"ל לישב קושית הש"ך בסי' קי"א סקי"ד דלדידן דקי"ל כרב הונא דהטעם משום צררי לכך אינו גובה מיתומים קטנים וכמ"ש הש"ך בחו"מ סי' ק"י סק"ה איכ"ל משום מצוה היכא דלא נשתעבדו אין כופין ומשום אלמוהו דנ"ד צריך לומר דס"ל כמ"ש המל"מ ד"ה עוד יש לחקור כו' דעל זה לא סמך עצמו ולכך סוברים דאינו גובה מן הראוי:

וזה כוונת התוס' ב"ב דף קנ"ט ד"ה ולימרו כו' שכ' ועוד קשה למה יש לו להיות ללקוחות שיעבוד כו' עיי"ש במהרש"א מה שהקשה ולהנ"ל יש לישב ולכך מוקי לה בגוונא אחרינא. והטור בסי' רי"א מוקי לה באומר היום ולכך הוכרח לומר הטעם משום מאבי אבא קא אתינא ולולא כן הי' המכר מכר ואין כאן סתירה. אמנם אפילו אם נימא דכוונת הטור גם על מאי דסמך דאפילו דמים אינם צריכין להחזיר והוא מטעם דיכולין לטעון אנו מכח אבי אבינו באנו מ"מ יש לישב היטב דבריו דנהי דסובר דאין גובין מראוי כבר

הבאתי דברי המל"מ דע"כ היינו משום דלא סמכו עלי' אבל כאן דסמכו עליו ואדעתא דהכי ירדו לתוכו הוי כמו אלו פירש בהדיא דמשעבד גם הראוי שכ' המל"מ הנ"ל ד"ה עוד יש לחקור דגובה מן הראוי וא"כ יש לן לגבות גם מן הראוי ולכך הוצרך לומר מכח אבי אבא קא אתינא. אמנם תי' זה אינו מספיק לפי מ"ש לעיל דאם נימא דשייך בראוי נ"ד לא מהני גם טעם מאבי אבא קאתינא א"כ ממנ"פ קשה:

לכך נ"ל לישב עפ"י מ"ש עוד המל"מ שם בד"ה והנה כו' דהיכא דאיכא מצוה לצאת י"ש איכ"ל דאי תפס לא מפקינין וא"כ כאן דמיירי דהיתומים באו להוציא מן הלקוחות א"כ כיון דמצוה איכא על היתומים לפרוע והוא מוחזק לא מפקינין מיני' ולכך אמר דיוכלו לטעון מכח אבי אבא קאתינא ואפילו מצוה ליכא דכיבוד משל אב ולכך מוציאין מהם משום ראוי ולא מהני תפס. ותרווייהו טעמי הדדי אתמר וא"ש דברי הטור היטב:

ועכ"פ לדינא כבר כ' המל"מ בפרק כ"א מהלכות מלוה הנ"ל דהוא ספיקא דדינא אי גובה מן ראוי ומה שרצה הש"ך להכריע משבח לפי מאי שביארתי למעלה מובן דאין כאן ראי' דכבר אמרנו דראוי יש לו מעלה וריעותא. מעלה הואיל וראוי ועומד להיות כן עדיף משאר דבשלב"ל אבל הואיל וחל לאחר מיתה גרע ולזה יש לשבח מעלת הראוי ולא הריעותא ואין ראי' משבח לראוי ועיי"ש במל"מ הביא ג"כ דעת מהרי"ט בסי' ל"ט דס"ל דאינו גובה מראוי ומ"מ העלה דהוי ספיקא דדינא עיי"ש שהביא גדולי הפוסקים דס"ל דגובה בראוי ולכך הוא ספיקא דדינא ונוכל לומר קים לי והתומים בסי' קי"ד כ' ג"כ דאינו גובה:

וכל זה לענין גבייי אבל בשטח"ז שכתוב בו מפורש הן בראוי הן במוחזק כבר האריך בתשובת רמ"א סי' ג' ורש"ל בסי' ע"ט דאפילו אם אינו גובה בראוי מ"מ יכול להתנות עליו וצריכין הבנים או לקיים התנאי ליתן לו חצי חלק זכר הן בראוי וכ"ש במוחזק או לשלם לו החוב שהודה עליו בשטר ההוא ולא פלפלו עם השארית יוסף אלא אם נכסי אבי אבא הם בכלל ראוי אבל אם הם בכלל ראו אין ספק שגובין מהן אם התנו על הראוי וגם על זה הפליג הרמ"א בתשובה לברר דגם זה הוא בכלל ראוי וא"כ הוא בכלל תנאי והדין עם בעל שטח"ז:

וראיתי במכתבי ש"צ מכתב קט"ו בשם הרב מו"ה אברהם זוטרא אבדק"ק מונסטע"ר עלה בלבו להכריע נגד רע"א והרש"ל וכתב שלא עיינו כל הצורך ורמית רוחא הוא דנקיטא לי' והופך ומבלבל הדברים כאשר יראה כל הרואה שם שכל דבריו אין להם שחר ולא חיישׁ לקמחי' מביא ראי' מנפל הבית דיכול לומר מכח אביה דאבא קאתינא ואין לזה שייכות כלל לפלפול רש"ל ורמ"א דזה קאי על קושית הרא"ש מלינו"ל כמו

שביארתי כבר למעלה וכתבתי ג"כ לישב דבריו. ועוד פומי' ממלל רברבן שם וכתב על הש"ך שטעה והרואה יראה שהש"ך שם ס"ק כ"א דייק ותני ושכן בוודאי מוכח מלשון המחבר:

ואי קשיא הא האמת שיכול לטעון מכח אבי אבא קאתינא מ"מ דייק הרמ"א שפיר דמכח זה ע"כ דבא ללמד לן דבלאו האי טעמא דאפילו היכא דלא שייך טעמא דמכח אבי אביו אתא אמרינן דאינו גובה מן הראוי ובלא"ה נ"ל דאם רק משום טעם מכח אבי אביו אתינא עלה אין לזכות יורשי הבן דאיך נימא הנכסי' בחזקתן נימא אדרבה עד עתה לא היו הבני בנים בחזקת יורשים כיון דהבן קיים ועתה בפעם אחד נימא נתחדש הדבר אדרבה נימא שהוא כמעיקרא ובנו יורשו ואם נימא דיש גם חזקת משפחה יהי' חזקה נגד חזקה ויחלוקו אלא ע"כ דטענותייהו לאו משום הכי הוא אלא משום ראוי דאינו גובה בראוי:

והא דרצה הש"ס ב"ב דף קנ"ט לדייק דיכולין לטעון מכח אבי אבא קאתינא דאל"כ יהא מחוייבין מכח מצוה על היתומים לפרוע ח"א. דס"ל לש"ס שם דמכח מצוה כופין ויורדין לנכסים לכך קרי לי' יורשי האב ואומר דמאבא דאבא קאתי. ואין להקשות דאי מכח מצוה אפילו הוא ספק הוי ספק דאורייתא ז"א מלבד דספק במצוה בממון ג"כ אמרינן ספיקא פטור ותליא בפלוגתא וכתבנו במקו"א עיין בקונטרס בחי' ר"פ אלו מציאות וברא"ש שם הא בלא"ה כאן הוי ספק אי נתחייב במצוה אמרי' מספיקא לא נוכל לחייבו ואוקי אחזקתי' ולכך פטורין ועכ"פ הדברים מבוארין כמו שכתבתי כן נראה נכון לפי ענ"ד הק' משה שיק מברעזאווי:

תשובה כט

הנה הרא"ש ז"ל בפ"ב דב"מ ר"פ אלו מציאות פסק במאי דנשאר הגמרא בתיקו באיבעי' דרב ירמי' כיון דלא איפשטא ספיקא דאורייתא לחומרא וחייב להכריז אבל הרמב"ם בפט"ו מגזילה ואבדה הלכה י"ב פסק דלא יטול ואם נטל לא יחזיר ולכאורה לפי"ז קשיא לי עמ"ש הרב המגיד בפי"ד דין ה' דאם מסופק אי ידעו בעלים והוי יאוש או לא ידעו הדין דחייב להחזיר וקשה לחלק מ"ש מהכא דפסק הרמב"ם דלא יחזיר ולולא דברי הרב המגיד הי' אפשר לומר דלהרמב"ם אין ראי' דמספק חייב להחזיר דלכאורה י"ל דהרמב"ם לטעמי' דפסק ספק דאורייתא מה"ת להקל וכשם שאמרו בל"ת כן נמי איכ"ל במ"ע וא"כ מה"ת אינו חייב להחזיר ורבנן לא החמירו כיון דמילתא דממונא הוא ודווקא באיסור ממש החמירו רבנן.

וא"כ י"ל דכל זה הרמב"ם לטעמי' אבל למאן דסובר סד"א מה"ת להחמיר גם הרמב"ם איכ"ל דמודה דלדידי' חייב להחזיר א"כ לפי מ"ש הכ"מ בפט"ז מהלכות גזילה ואבידה דהרמב"ם גרס במתני' דברי ר"מ וא"כ י"ל דר"מ לטעמי' דסובר בר"פ ספק אכל דחייב אשם תלוי בחתיכה אחת ולדבריו כ' הפר"ח בסי' ק"י דמודה גם הרמב"ם דספק מה"ת להחמיר ולכך פריך שפיר לקמן דמספק אי לא ידע חייב להחזיר וא"כ אין ראי' מהתם לדינא דבספק לא ידע חייב להחזיר. וצ"ע על הה"מ:

ואפשר דהה"מ סובר דבמ"ע גם הרמב"ם סובר דספיקא להחמיר מה"ת וכמ"ש הרי"ט אלגזי בהלכות בכורות וא"כ הא דהרמב"ם מקיל בכאן ע"כ לאו מטעם ספק דאורייתא מה"ת להקל אלא משום דספק ממונא הוא כיון דהמצוה הוא משום ממון לא ציותה התורה להחזיר אלא היכא דהדין בממון להחמיר וכיון דבממון הדין הממע"ה גם כאן לא ציותה התורה להחזיר מספק וא"כ שוב קשיא קושיא הנ"ל מ"ש מספק לא ידע.

ולכאורה יש לישב דנהי דאמרינן דדבר שאין בו סימן בחזקת שנתיאשו אבל אם מביא עדים:

שעמד וצווח מתחילה ועד סוף הדין עמו אלא דהמוצא א"צ לחוש לזה ואזלינין בכה"ג בתר רובא וא"כ י"ל היכא דהוי ספק אי לא ידע והוי ספק השקול והוי כפלגא ופלגא אמרינן סמוך מיעוטא דלא מייאש לפלגא והוי לי' רובא וחייב להחזיר דגם רבנן מודים דאפילו להקל אמרינן סמוך מיעוטא לפלגא כדאיתא ס"פ בהמה המקשה (מיהו עי' בריב"ש סי' שפ"ב דדווקא בפלגא דזכרים ונקיבות אמרינן סמוך מיעוטא לפלגא אבל התוס' בנדה, דף י"ח ד"ה שלא כו' סברו דלעולם אמרינן סמוך מיעוטא לפלגא וכבר כתבתי מזה במקו"א):

וא"כ כל זה הוא לקמן דהספק הוא אם ידע או לא יש לצרף עוד מיעוט דלא מיאש כלל ויהי' חייב להכריז אבל כאן דהספק הוא אי מיאש או לא שפיר הוי ספק השקול וסובר הרמב"ם דמספק לא חייבה התורה להחזיר ממון:

עוד נראה לפי ענ"ד דהיכא דהספק הוא לנו אם ידע או לא יש לחשוב כמו אתחזק דהנה בתחילת האבידה וודאי הי' זמן מה שלא ידעו הבעלים מהאבדה שנאבדה מהם ואם הי' אדם מוצאה אז בוודאי הי' חייב להחזי' אלא בנמצא אח"כ יש ספק אם כבר נודע לו ואיאש וא"צ להחזיר לו או לא עכ"פ זה בוודאי הי' שעה אחת שהיה חייב להחזיר ולכך סובר המ"מ דחייב להחזיר מספק משא"כ כאן מה שהניח הש"ס בתיקו דהספק הוא אם הפקיר מדעת או לא שפיר פסק הרמב"ם דמספיקא פטור:

והא דפסק הרמב"ם בפי"א מה' אבידה דין ז' דבעיר שיש בה מחצה על מחצה אמרינין דחייב להחזיר יש לומר דהואיל ואיכא לברורי ע"י הכרזה חייבו אותו חכמים להחזיר דהרי אפילו ברוב נכרים מסתפק הש"ס ב"מ דף כ"ד ע"א אי חייב להכריז ועיין תוס' ב"מ דף כ"ג ע"א ד"ה והא כו' וכיון דחייב להכריז מספק הואיל ואיכא לתקן לכך לא מיאשו משא"כ כאן דהספק הוא אם הפקירו מדעת שפיר סובר הרמב"ם דספיקא להקל כן נראה לי נכון הק' משה שיק מברעזאוו:

תשובה ל

בעזהי"ת פה חוסט שנת תרכ"ד לפ"ק: החיים והשלום וכל טוב להרבני המופלא ומופלג בתורה וביראה החריץ כש"ת מוה' ליבוש גינצלער נ"י. אבן יקר איתן מושבו בק"ק סיגיט יע"א:

מכתבו קבלתי כו' ועל דבר הלכה למעשה אשר שאל ממני למה אין נזהרין בגרומין דמבואר בש"ע חו"מ סי' רל"א סעי' י"ד ודינא דמלכותא לא שייך על זה וגם דוחק לומר דחשיב כאלו אמר ע"מ שאין לך עלי גרומין כיון שנהגו כך עכ"ל. עוד שאל אם מחוייב עפ"י דין גרומין גם לגוי כמו אזהרה שלא יעוות מדה ומשקל וגם לפי דין הש"ע אסור לשקול ג' רביעי ליטרא אלא א"כ נותן באוזן המשקל ליטרא. ובצד הבשר נותן רביע ליטרא ולא נהגו כן וגם לפי טעם הרמב"ם דשמא ישמוט ויהי' אסור לשקול. א"כ בווינר געוויכט שהוא מחובר מחצי ורביע ואפשר להשמיט ממנו כל זה בכלל שאלתו והנני להשיב ואומר בעזה"י:

הנה התורה צוותה לנו שיהא לנו איפה שלימה ואבן שלימה אבל מה היא שלימה לא נאמר אלא זהו הסכמיית כל עיר ועיר מדינה ומדינה עם ועם לפי מה שהסכימו בהם למדה ולמשקל היא השלימה המחוייב למדוד ולשקול בה כנראה בש"ס ב"ב דף פ"ט ע"א וביתר ביאור בשמ"ק שם. ולכך אם הסכימו לשקול באבנים או בעופרת ובדיל הם הן השלמים וכן אם אין מקפידין להדיח המידות ולקנח אותם כיון שכן הוא הסכמת המדינה אין כאן קפידא ועיוות וכמבואר נמי ב"ב דף ח' ע"ב רשאין בני העיר לשנות המידות כו' ופרש"י בין להוסיף ובין לחסר. גם עתה שהסכימו לשקול בווינ"ר געוויכ"ט היינו שקל שלם. ומינה נמי כיון דלא הקפידו ולא חששו על ההשמטה כ"ש דלא חששו על ההשמטה מג' רבעי רבע אחד ומותר לו לשקול בג' רבעי ומקרי שקל שלם. ואפילו אם ירצה אחד להחמיר לא אדע התכלית דהרי על עצמו אין חשש שהרי הוא אינו רוצה להשמיט אלא דבמדה ומשקל צריכין אנו לחוש שלא יבוא עיוות על ידינו אצל אחר

כדאיתא בב"ב דף פ"ט וכאן כיון דהרשות עפ"י הסכמיי לשקול בג' רבעי א"כ אפילו הוא יחמיר לא יועיל ולא יזיק על גברא אחרינא אשר ירצה לעוות וישקול בג' רבעיי ע"כ אין בזה תועלת זהו נראה לי טעמא שלא הקפידו האידנא על זה:

והנה עיוות המידות והמשקל כל העולם נצטוו בו וגם לגוי והגוי כשם שמצווה על גזל ה"נ נצטוה על זה וגדולה מזו כתבו התוס' ב"מ דף ע' ע"ב ד"ה תשיך על רבית נצטוה הגוי בכלל איסור גזל. אמנם אע"ג דכל העולם נצטוה מכל מקום נתעלו ישראל והחמיר עליהם הקב"ה שלא די שלא יעוותו אלא אבן שלימה וצדק יהי' לך ומזה למדו חכז"ל שני דברים אחד מה שאמרו ב"ב דף פ"ט שלא ישנה מן המנהג אפילו מרצון שניהם ואפילו בהשוויית דמים ופי' רשב"ם כדי שלא יראה אחר ממנו ועי"ז ירמה כחבירו עיי"ש. עוד למדו מצדק יהי' לך גרומין היינו להוסיף על המשקל ועל המדה ודינים אלו רק לישראל נאמרו כהוראת לשון הכתוב וצדק יהי' לך למעוטי גוי וכן מסתבר דהרי הגוי לישראל לא נצטוו על הגרומין ומי איכא מידי כו' דאנן נהי' מצווים על הגוים והם עלינו לא יהיו מוזהרים ואין זה סכינא חריפא דאפסקי' לקרא כיון דכל הפרשה לישראל נאמר אלא דאפי"ה הגוי וגם הישראל מצווים שלא לעוות המדות דזה בכלל גזל דיליף מעלמא וכן נראה מלשון הרמב"ם והטוש"ע ולכך נאמר במשקולת יציאת מצרים שכדאי הוא ההוצאה שהבחין ד' בין אינו בכור לבכור שיבחינו שלא יבואו לכלל עיוות ולכך צוה אותנו גם על הגרומין:

ולפי הנראה מלשון הרשב"ם ב"ב דף פ"ח וגם ממה דפירש במתני' שם דפחות מליטרא לא בעי הכרעת טפח נראה דשיעור טפח וגרומין הוא אחד ממאה בלח וביבש אחד מד' מאות הוא לאו דאורייתא. ומדאורייתא די הוא שיכריע כל שהוא יותר ושלא יהי' המדה דווקא מצומצם דאי שיעור גרומין מן התורה איך נחלק בין ליטרא ליותר. וליטרא לא כתיב באורייתא. ואין להביא ראי' ממ"ש הנמוק"י שם דפסקינין האיבעי' דקמבעיא לן אי אחד מב' או מד' מאות ביבש להקל משום חזקת ממון ותיפוק לי' אי דרבנן הוא. הרי בלא"ה ספיקא דרבנן לקולא דאיכ"ל דהנמוק"י סובר בתיק"ו אפילו בדרבנן להחמיר עיין פמ"ג סוס"י ק"י במחודשים בכללי ס"ס דין ד'. ואדרבה יש להביא ראי' דרק מדרבנן הוא דהרי בסו"פ ד' דפיאה פסקינין דספק לקט לקט ואמרינין בחולין דף קל"ד משום דכתיב עני ורש הצדיקו צדק משלך ותן ולכך אינו מועיל חזקת ממון ואפילו רוב אינו מועיל לפי מ"ש המרדכי סוף פרק הזרוע וא"כ גם כאן דכתיב צדק משלך ותן לא יועיל חזקת ממון אלא משמע לי דמה"ת אין שיעור לגרומין וסגי בכל שהוא:

אכן מלשון הרי"ף והרמב"ם משמע דשיעור גרומין הוא מה"ת. והתוס' שם בד"ה אחד מעשרה כ' דעד יו"ד לטרות הוא מדרבנן ומשם ואילך מה"ת וצריך לומר דשיעורין הלממ"ס או דהדבר נמסר לחכמים. ולשיטות אלו שהוא דאורייתא צריך לישב קושי' הנ"ל דדוקא בלקט שמחוייב מה"ת והא דצדק משלך ותן בא רק לאשמעי' דספק לקט לקט ושלא יועיל חזקה אבל כאן איצטרך צדק משלך ותן על הוודאי ומנ"ל לרבות אפילו ספק:

ולכאורה י"ל דתליא בב' תירוצי התוס' בחולין דף כ"ב ד"ה לפי כו' דלפי מ"ש הרמב"ם בפ"ט מה' רוצח דין ט' דאי אפשר לצמצם אפילו בידי אדם א"כ גם לולא קרא צדק משלך הי' צריך להכריע וע"כ דהקרא בא ליתן שיעור אמנם לפי מ"ש התוס' בשם הר"ש דאי אפשר לצמצם הוא ספק וכגון בנידון שלנו יש ב' צדדים להקל א' שמא הוא יותר ואת"ל דאינו יותר שמא הוא שוה בשוה ודי והוי ב' צדדין להקל ולולא קרא אפילו תוס' כל שהוא לא בעי ואצטריך לרבות הוספה כל שהוא ולעולם אין שיעור לגרומין מה"ת כן נראה לפי ענ"ד דתליא בזה:

ועדיין נשאר לנו לבאר למה במדת הארץ לא ילפינן דבעינין גרומין דהרי שניהם נאמרו במקרא במדה ובמשקל ואמרו חכז"ל במדה זו מדת קרקע ואפשר משום דכתיב ב' פעמים וצדק יהי' לך באיפה ובאבן והוי ב' כתובים ואין מלמדין מיהו ב"ב דף פ"ט ע"א משמע דדרשינין לכולן ונראה דעיקר הטעם שלא יבוא לכלל עיוות בשלמא במשקל ובמידות הלח והיבש יש הרבה ענינים שייטוף בלח ויגדוש או ימחוק כראוי ביבש ושיקנח במאזניים ובמידות וגם כל אדם מודד ושוקל בשלו ולכך יש לחוש טובא ולכך הרחיקה התורה ועשתה משמרת ליתן גרומין אבל במידות הארץ שאין כל כך חששות. וגם הדבר מסתמא ביד הב"ד לכך לא בעינין תוספת וכן נראה ממה שלא נמנה גם להרמב"ן במנין המצוות בשורש ט' דהוא סובר דכל ב' דברים בקרא אחד נמנה לב' מצוות ואפי"ה לא מנה זה לב' אלא וודאי משום דהכל מטעם אחד וא"כ אם ברור לן שלא עיוות אע"ג דאנן לא דרשינן טעמא דקרא מ"מ כאן מוכרח הדבר דהטעם משום עיוות ואם אין עיוות א"צ גרומין:

ועדיין צריכין אנו לבאר אם יש ביד הקונה למחול על הגרומין ועיוות במידות דבתוספתא פ"ה דב"ב תניא אמר ר"ש משום רע"ק כו' לא יאמר מלא לי כלי מחול לי את הקורטב שאין האמנת המידות תלוי' בבריות שהקב"ה הוחל שמו עליהן משמע דאינו מועיל מחילה בעיוות משקל ומדה מיהו בריש סימן שכ"ג באו"ח דביו"ט ושבת פסקי' דימעט או שיעדיף וכ' המג"א בשם המרדכי שאין כאן משום עיוות במדה וגזל דלא קפדי

ומסתמא מחלו כו' עיי"ש מבואר דמועיל מחילה וקשיא מהתוספתא. ונראה דהתוספתא מיירי באופן שהוא נגד המנהג ויש לחוש שממנו ילמדו ויתעבד עי"ז רמאות ועיוות וכדאיתא ב"ב דף פ"ז ע"א ובדברי רשב"ם שם. ואדרבה מהתם נמי מוכח דמועיל מחילה אלא א"כ אין המנהג כן:

וע"פ האמור יש ללמד זכות על המנהג שאין נוהגין בגרומין ואפילו בני אדם כשרים ויראים אינם עושין כן עפ"י מ"ש הרשב"א הובא בב"י בחו"מ סי' תי"ז לענין איסור לעשות מחילות תחת רה"ר דמדינא אסור והעולם נוהגין בו היתר וכ' דכל כה"ג מחלו זה לזה ועשו שאינו זוכה כזוכה עיי"ש וכן במה שלא נהגו לשמט בשביעית כ' הרא"ש בתשובה כלל ע"ז דין ב' דהוי כאלו מחלו וכאלו התנו ע"מ שלא תשמטני בשביעית ונהי שהרא"ש לא רצה לסמוך בזה מכל מקום כאן כיון דאסור לשנות מן המנהג וכיון דלפי המנהג אין צריכין גרומין וגם זה למדו מקרא דצדק א"כ אפשר דשב וא"ת עדיף וגם כיון דהעיקר הוא סייג שלא יבוא לידי עיוות והאידנא דאי"צ להטיף ולקנח ושאר חומרות שהחמירו חכז"ל מטעם שבזה הולכין אחר ההסכמיי כמ"ש למעלה ואין לחוש כולי האי לעיוות ואיכ"ל בכה"ג לא ציוותה התורה מכ"ש אי שיעור גרומין דרבנן. ולהוסיף כל שהוא בוודאי כל אשר נגע יראת ד' בלבו מכריע מעט זהו הנראה לפי ענ"ד:

תשובה לא

עוד להנ"ל:

מה ששאל על מה שדרשו חכז"ל בת"כ פ' בהר על פסוק וכי תמכרו ממכר לעמיתך להקדים לישראל כו' וכ' שכמדומה לו שראה שאפילו הוא אצל הגוי בזול. ואם האמת כן מספקא לי' אם גם בתגר הקונה להשתכר הדין כן וגם אם אצל ישראל הוא טרחא יותר אי מחוייב להקדים לישראל עכ"ל. הנה שורש הדין הוא מדברי תשובת הרמ"א סי' יו"ד ולכאורה ממקומו הוא מוכרע ששם פסק הלכה למעשה ואסר לקנות מגוי אפילו מוזיל ומשמע אפילו למוכר ספרים להשתכר ואפילו בטירחא טפי מישראל דכללא כייל שם:

אמנם גוף הדין של הרמ"א לכאורה אינו מוכרח דכיון דלגוי מותר להונות לכך הו"א שאפשר שירצה למכור או לקנות מגוי ואיצטרך קרא וכעין שאמרו ב"מ דף ע"א ברבית לגוי וא"ש ההמשך בקרא דכי תמכרו ממכר לעמיתך להקדים אע"ג דאל תונו איש את אחיו ושמעתתא אהדדי נאמר וא"כ אכתי לא שמעינין דצריך לוותר משלו וכמ"ש הרמ"א עצמו שם לענין רבית ותו קשיא לי הרי לדידן דקי"ל גזל עכו"ם אסור בעינין קרא לעמיתך למעט הקדש וגוי מאונאה וגם לפי דעת רוב הפוסקים דלר"י דרשינן לעמיתך בכסף ולגוי

במשיכה ולר"ל בהיפוך וא"כ בעינין כל הני לעמיתך דקרא ומנ"ל למדרש דרש דת"כ. והתו"כ אפשר דס"ל דגזל גוי מותר ואייתר לן חד לעמיתך כדאי' כל זה בבכורות דף י"ג ע"ב אבל לדינא אין ראי' מהתם:

ובאמת מתחילה הביא הרמ"א ראי' מהא דאמרי' בע"ז דף כ' ובפסחים דף כ"א גבי נבלה לר"י להקדים נתינה דגר למכירה דגוי לא צריך קרא והה"ד הכא מיהו לפי"ז תקשה למה לי קרא לזה באם כסף תלוה את עמי כדאיתא ב"ב דף ע"א ע"א וכן הקשה הרא"ם בפ' משפטים וזה יישב הרמ"א במתק לשונו בגוי איכא מצוה ליקח רבית עיי"ש וזה כתי' הפ"י שם:

מיהו אכתי סתם סיפרא ר' יהודא ואיהו ס"ל דלא צריך קרא בנבילה ואיך דרש כאן תמכרו לעמיתך להקדים ובספר גור ארי' (להגאון מהר"ל מפרא"ג) תי' קושית מהרא"ם וכ' דהתם בנבילה בגר עני מיירי דמצווין אנו להחיותו ובעשיר לא שמענו ועוד כ' דנבילה שאני וכיו"ב כ' התוס' בע"ז דף כ' ע"א בד"ה ור"מ וא"כ מנבילה אין ראי' וצ"ע על הרמ"א ומסוף דברי הרמ"א שם נראה דירד לזה. מנבילה אין ראי' רק בשווין וכ' עוד ראי' מתורת כהנים וקשה כנ"ל ועוד יש להקשות וכי גוי כתיב בקרא הרי חכז"ל הם שדרשו רק להקדים ישראל ודלמא באמת דרשו כן רק להקדים קודם לגר תושב אע"ג דמצווה על שניהם להחיותם. וכן קשה בב"מ דף ע"א דמוקמי' דלא נצרכה אלא לגוי ברבית ולמה לא תי' דלהקדים נגד גר תושב איצטרך קרא:

מיהו אדרבה בזה יש לקיים דברי הרמ"א ולא מטעמים דקשיא לי' על הש"ס מנ"ל לגוי אפילו ברבית וע"כ דפשיטא לי' האי דין בנבילה דכתיב להקדים וא"כ מוכח כדינו של הרמ"א דליכא למימר מהכא נפקא דדלמא קרא מיירי להקדים לגר תושב וע"כ ממקו"א יליף וא"כ איכ"ל דהה"ד במכירה כן נראה לפי ענ"ד:

אמנם בתגר נראה לי דלא בעי' להקדים דהנה התוס' והרא"ש בב"ק דף ע"א כ' דיש מפרשים דקי"ל כל"ב ורבית בגוי מותר אפילו יותר מכדי חייו והקשה השמ"ק דמנ"ל דל"ב פליג בזה. ונראה כוונת התוס' והרא"ש דבשיעור כדי חייו בוודאי אין צריכין להקדים ישראל כיון דצריך לכדי חייו וחייך קודמין לחיי חבירך ולפי"ז לפי מ"ש שם דף ע' ד"ה תשיך דהאי דינא הכל ככדי חייו וא"כ אין סברא לומר דלהקדים ישראל וא"צ להקדים ישראל קודם לגוי שנותן לו רבית שהוא צריך לכדי חייו. ובזה נמי מיושב שהטור והש"ע לא הביאו דין זה אע"ג שהרמב"ם בפ"ה מה' מלוה ולוה הביאו דצריך להקדים דס"ל דלדידן ליתא וא"כ במכירה אצל תגר שהכל ככדי חייו א"צ להקדים ליקח מישראל ביוקר:

אמנם אפילו נימא דאנו לא סמכינין על סברא זו דהתוס' והרא"ש דהכל חשיב אצלינו ככדי חייו והא ראי' שהטו"ז והש"ך בסי' קנ"ט לא הביאו אלא שאר טעמים מ"מ בנידון שלנו בתגר נראה דלא שייך זה דהרי הפ"י שם הקשה הא קי"ל פ' אלו מציאות דאפס לא יהי' בך אביון דאברתו קודמת לאבדת חבירו ותי' אבדה שאני שהיא רק להצלת ממון חבירו וכיון דיש גם הצלת ממונו שלו קודם משא"כ הלוואה אינו מלוה להציל או (אלא) להרויח עיי"ש:

ואפשר להסביר דאצלו הוא רק כדי להרויח ואצל חבירו הלוה אפשר שעל ידו יציל את עצמו מיני שחת או מהפסד רב אשר כבר מוכן לו. ועכ"פ אם שניהם שווין והם במדרגה אחת אמרינין שלו קודם. וא"כ כאן בקונה מתגר ישראל תגר זה מתגר זה. זה להרויח וזה להרויח א"כ שלו קודם וא"כ בתגר מתגר יש לו ב' סברות ותגר מבעה"ב עכ"פ לתירוץ התוס' והרא"ש הנ"ל יש להקל דאצלינו הכל ככדי חייו ומכ"ש אם הוא באמת כדי חייו ולצרכו אין חשש בזה וא"צ להקדים ולוותר משלו:

אמנם משום טירחא דטריחא לי' מילתא יותר לקנות אצל ישראל מאצל נכרי שיהי' סברא לדחות קדימה הנ"ל לא שמענו כיון דעל ידו יבוא הנאה לישראל וכי מילתא זוטרתא היא ליהנות ולהחיות את ישראל ובשכחה ואבדה שאבד אדם ומצאו ישראל עני אמרו חכז"ל דכתיב בי' למען יברכך ה' כיון שעל ידו נתפרנס עני אע"ג דממילא קאתי (עיין רש"י פ' תצא בפסוק כי תקצר קצירך בשדך מ"ש בשם הספרי) כ"ש שמחוייב כה"ג שהוא לא חסר וחבירו נהנה ולדעתי זה בכלל ג"ח והאיך לא ירצה להטריח עצמו וכתיב רודף צדקה וחסד ימצא חיים צדקה וכבוד ויהי ד' עמו דברי הדורש שלומו תמיד הק' משה שיק מברעזאווע:

תשובה לב

בעזהי"ת חוסט יום א' דסליחות תרל"ד לפ"ק. כשמוע קול שופר. לחיים טובים יוחק בספר. ידידי הרב הגדול המופלג בתורה וביראה כש"ת מו"ה נפתלי סופר נ"י האבדק"ק פעטשי חדש יע"א.

מכתבו קבלתי בשבוע העבר ותוכן המכתב מה שמבקש ממני לחוות דעתי במעשה שבאה לפניו ומעלתו נ"י כתב והאריך האיך הי' המעשה מתחילה ועד סוף ובמה דנין זה עם זה. והנני שולח לו בחזרה הלוטה פה כאשר ביקש ממני וגוף הענין ששנים הי' להם רעגא"ל משנים קדמוניות ששכרו החירות למכור י"ש ושאר משקין לווירטסהייזע"ר למכור בחנותם. וגם נתנו למכור לזקן אחד שהי' משמש ונאמן אצלם ושכר טרחתו

נתנו לו ג"כ רשות למכור י"ש. וביני ביני כבר חלפו ועברו ימים רבים. ושכרו הזכות החירות אנשים אחרים. ואחרים שוב אחריהם שינוי ושלשו ונעשה ביוקר רב ממה שהי' בקדמותו ועי"ז רוצים השוכרים הרעגא"ל מחדש גם הם להוסיף על הווירטסהייזע"ר וגם על הזקן גם שינוי בשנת 852 למנינם את המידות ונתנו 2/4 לווירטסהייזע"ר ושוב אחר זמן לא נתנו להם רק במדה קטנה וגוף הדברים א"א להאריך ולהציע הכל ועיקר שאלתו על ב' דברים הא' אם עשו שלא כדין במה שהעמידו המדה כחוק המדינה. ולא וויתרו כנגדם 2/4 מידה. והב' אם יש ביד השוכרים החדשים להוסיף על הזקן ועל הווירטסהייזע"ר הישנים כפי מה שאחרים רוצים ליתן להיות ווירטסהייזער ומעלתו האריך וראיתי כל דבריו אבל אין נפ"מ לדינא בזה. ואשוב על ראשון ראשון:

הנה בוודאי מוזהרים אנו בתוה"ק איפה שלמה וצדק והין צדק יהי' לך והיינו לפי המידה שיסכימו עליה או אנשי העיר או אנשי המדינה שלא יחסר מן המידה ולא יעדיף וכדאמרינן ב"ב דף ח' רשאין בני העיר להסיע על קיצתן ופירש"י בין לפחות ובין להוסיף על המידה ומכ"ש שיש רשות להממשלה לקבוע המדה ואין לפחות ואין להוסיף עליה וכמ"ש בח"מ סי' רל"א סעי' ח' וסעי' ט"ו ואפילו לדעת האומרים בחו"מ סי' שס"ט והאריך הש"ך ביו"ד סי' קס"ה סק"ח די"א דאין דינא דמלכותא דינא רק לענין מסים וכיוצא בזה מכל מקום בענין המידות שבני העיר רשאין לקבוע להם המדה מכ"ש הממשלה ודינם דין ואדרבה אסור להוסיף כמו שאסור לפחות וא"כ לא אדע מה שאלה הוא זו אם לא פעלו עולה על מאי שהעמידו המדה על חוקי המדינה ואי וויתרו נגדם כמה פעמים מי יוכל לחייב אותם לוותר לעולם:

ומה ששאל עוד בשאלה הב' הדין פשוט ומעשים בכל יום שהבעל הבית שוכר מי שישמש אצלו שנה או שנתים ואח"כ מוצא טוב ממנו ומסלק לראשון ואפילו ארוס למחצה לשליש ולרביע מבואר בירושלמי ספ"ק דביכורים דיכולין לסלקו כי אם באריסות בתי אבות שנשכרו אדעתא דהכא שלא לסלקם לעולם ואע"ג שנתנו להזקן ווירטסהוי"ז עבור שכר טרחתו זה הוי כאלו שכרו בדמים וכמ"ש הר"ן ס"פ השוכר את הפועל בסוגיא דאתנן דשכר טירחא והוא צריך שיתן דמים אלא דאם נותן לו דבר אחר הוי כאלו קנה אותו בדמים והוא הדין הכא הוי כאלו שכרו בדמים מ"מ אפי"ה זה תליא בזה אם יכול לסלקו משימושו שממילא מסתלק מן הדבר שנתנו לו בעד שימושו:

אמנם אפילו השוכר באמת בדמים עצמו לא מצינו שיש לשכירים חזקה נגד בעלים ישראלים ויכולין הבעלים להשכיר אח"כ לאיש אחר כדקי"ל בחו"מ סי' שי"ב בשכר בית או חנות סתם שיכול לסלקו אלא שבחנות צריך להודיע להשוכר י"ב חודש מקודם

משום דנותן בהקפה עיי"ש. ועל השוכרים החיוב שלא להשיג גבול חבירו ושלא ירד לתוך אומנות חבירו אבל הבעלים יכולין לעשות בשלהם כמו שירצו וכעין דאמרינן במלמד בסי' רל"ז ונהי דנראה דהבעלים ראויין להקדים למי שדר מכבר בו ושכן גבי' כעין דינא דבר מיצרא משום ועשית הישר והטוב וכעין מכירי כהונה ואפילו אם הוא פסידא מועטת וכעין דקי"ל בחו"מ סימן ר"ד במתנה מועטת יש בו משום מחוסר אמנה. וכיון דמכירי כהונה הוי כמו דברים ולכך אסור להם לחזור אבל יחיד שלוקח איש אחד לביתו או משכיר לו דבר או שכרו לא מצינו טענת חזקה. וכל זה באדם שהוא נותן מביתו שיש לו על עולמית צריכין אנו לדון מטעם הנ"ל:

אבל בנידון דמעלתו שלבעלים עצמם אין להם בהם כי הוא אינו שלהם אלא ששכרו אותו הרענד"א על זמן. ומשכלה ונגמר הזמן צריכים לשכור מחדש. וגם זה אם יזדמן שלא יהיו שוכרים אחרים וא"כ הוי דשלב"ל ודבר שאינו ברשותו. ואין אדם מקנה דשלב"ל ודבר שאינו ברשותו וממילא אין להם טענת חזקה. שנית שבנדון הנ"ל נשתנו השוכרים ומתחילה היו אחרים ועתה שוכרים חדשים מקרוב באו אחרים. ואפילו השכירות מהגוי דקי"ל בחו"מ סי' רל"ז תקנות חר"ג פליגו הפוסקים אם הבית נעשה של אדם אחר אם יש טענת חזקה. ובמג"א בסי' שס"ו ס"ק ז' מסתפק בזה בנמכר הבית אי שייך טענת חזקה. ויש עוד טעם שלישי בנדון הנ"ל דהשרים הוסיפו המחיר מהשכירות של הזכות מכירת הי"ש ושאר המשקין והעלו אותו הרבה בדמים מרובים. ומהיכי תיתי נימא דהבעלים ששכרו הרענד"א ומשכירים ווירטסהייז"ר לאחרים לא יהי' להם רשות להעלות בדמים אתמהה יציבא בארעא וגיורא בשמי שמיא וכדאיתא ג"כ במג"א סימן שס"ו הנ"ל וגם בשאר האחרונים באו"ח סי' קנ"ג דהיכא דיש טעם גדול אין טענת חזקה. ואין טענה שלא לשנות מאיש לאיש וכן בתקנת וחרם ר"ג המבוארים והנדפסים שם בסוף תשובת מהר"מ מרוטנבורג. ובתשובת מהר"מ מינץ איתא דהתקנה לא היתה אלא בשכירות בתים מגוי אבל לא מישראל לישראל. וכן אם נתעלה ונתיקר אפילו בשכירות בתים מגוי והגוי רוצה להעלות בדמים בערך היוקר נראה משם דלא נעשה תקנה וחדר"ג על זה:

וא"כ בנידון הנ"ל אין אני רואה שום חיוב על שוכרי הרענד"א מחדש והיו מוכרחים וצריכים להוסיף דמים שלא יהיו גם הם רשאים לבקש מהזקן ושאר הווירטסהייז"ר יותר ממה שנתנו עד עתה ובוודאי יכולין לבקש מהם לפי השומא והערך כפי מה שמשלמים עתה בשביל הארענד"א אלא שיש להם להזקן ולהווירטסהייז"ר שהיו מכבר אצל השוכרי הרענדא המוקדמים קדימה קצת מול אנשים אחרים שלא הי' להם עד עתה חלק ונחלה בווירטסהייז"ר וכמ"ש לעיל ומצד ועשית הישר והטוב. כ"ז כתבתי

הנראה לפי ענ"ד. ואם אמנם בדיני ממונות צריכין לשמוע הטענות והדברים מבעלי הדינין בכל זה אני סמכתי על מעלת כתה"ק נ' ולא הצעתי הדברים אלא לפניו להגיד לו חוות דעתי ומעלתו נ' שהוא בפנים הדבר יעשה כחכמתו כדת תורה והפשרה בענינים כאלו משובחת לפי ראות עיני הדיין וקרוב לדין תורה וה' יברך את עמו בשלום ואחתום בברכה ומחי' חיים יתן לו ולביתו חיים טובים ארוכים ומתוקנים ונא יזכיריני גם בתפילתו דברי ידידו הדו"ש הק' משה שיק מברעזאוו"ע:

תשובה לג

בימי העומר. ישמרהו השומר. מגזירת קל וחומר. לידיד נפשי הרב המופלג בתורה וביראה הדיין המצויין בהלכה רבה וברורה חרוץ ושנון כש"ת מו"ה פייש נ' בק"ק האליטש יע"א.

יקרתו הגיעני ועל דבר אשר העיר מעלתו נ' על דברי הסמ"ע בחו"מ סי' רל"ב סק"י הביא בסתמא דברי הה"מ דאם הי' אפשר לו לנסותו לאלתר ולא הקפיד והמוכר מכר לו סתם שוב אינו חוזר ומעלתו תמה עליו למה סתם כן הרי המל"מ בפ' ט"ו מה' מכירה הלכה ג' הכריח מדברי הרמב"ם שהם כלשון הש"ע דפליג על דיעה זו עכ"ל בקיצור וכבר עמד בזה בס' נתיבות המשפט והקשה עוד מדברי התוס' ב"ב דף צ"ו ע"ב ד"ה כל ג' כו' שכ' אי לא טעמו המע"ה וכ"כ הטור סי' ר"ל והביאו שם הסמ"ע ס"ק י"ד וריחא הלוא שמו יין וא"כ ליכא למימר יין שאני ובנתיבות המשפט הנ"ל כ' דיש לומר דכוונת הסמ"ע דהי' אפשר כו' ושימש בו אחרי כך וחשבינין לי' כמו יראה. ועוד הקשה בנתיבות המשפט על דברי המל"מ דכשלא נתן המעות לא שייך זה מדברי הש"ך בסי' רכ"ו סק"ד מוכח בלא נתן המעות דווקא ביש לו מיגו נאמן:

והנה מ"ש הנ"המשפט דכוונתו של הסמ"ע היינו בשימש בו קשה דהנה כבר כ' המ"מ דשורש זה דבשימש סבר וקיבל ילפינן מאשה דאמרינן חזקה א"א שותה בכוס אלא א"כ בודקו ולענין כתובה וקדושין אמרינן דבמום שבגלוי ראה ונתפייס וא"כ נראה פשוט דאם ראה מום קודם מכירה ולקחו דפשיטא דאין כאן טענה. ואפילו לפי מ"ש המ"מ בפ"ז מה' אישות דלענין קדושין ס"ל להרמב"ם דאפילו במום שבגלוי יכול לטעון כל זמן שלא הכניסה לחופה פשוט דהיינו דווקא באשה. חדא דאין דרך להסתכל בה כל כך קודם כניסה לחופה ואמרינן לא ראה. ועוד משום דחזקה דאין אדם מתפייס במומין. אבל לענין מכירה פשוט לכ"ע דאם ראה קודם המשיכה ונתינת המעות ואפי"ה משך ונתן מעות. דאין כאן שוב טענה כמבואר מלשון הרמב"ם והש"ע שם. אלא דהרמב"ם

קמ"ל דאפילו אם לא ראה קודם הלקיחה ואח"כ ראה ושימש בה כו' דהשימוש הוי כאלו ראה קודם הלקיחה ונתפייס וא"כ מבואר מזה דהשימוש אינו ברור כל כך להיותו ראי' ברורה שבוודאי ראה הלוקח ונתפייס כמו שמראה תחילת הלקיחה והמשיכה וזהו החידוש מאי דאיצטרך לי' להרמב"ם ולאשמעינן דאפילו השימוש לחוד מועיל וכנ"ל:

וממילא נראה מדברי הרמב"ם והמ"מ שמדמה זה לאישות דאם ידענו שלא ראה אלא שאנן ניקום ונימא הואיל והי' יכול לראות ולא ראה בוודאי מחל זה בוודאי לא אמרינן אפילו באישות דהרי שם הכלל כמ"ש הרמב"ם בפ' כ"ה מה' אישות והש"ע באהע"ז סימן קי"ז דוודאי ראה ונתפייס ואינו נאמן לטעון שלא ראה. מזה משמע דוודאי אם ידעינן שלא ראה לא אמרינן דזה הוא מצד מחילה אדרבה אמרינן דסמך על תומתה וישרה. ואם נימא דדווקא באשה סמך עלה דאיך הכניס עצמה לספק אולי תתגרש אח"כ ויהי' לה גנאי. אבל בחפצים אמרינן מדלא בדק וראה בוודאי מחל דלא הוי למיסמך עלי' דמוכר דלמא מכזב דהרי אף לכשיוודע וגם הלוקח יחזור מהמקח מ"מ אין לו להמוכר בזה גנאי. ומדלא בדק הלוקח שפיר י"ל דבוודאי מחל:

ואם כנים דברינו אלה וסברא זו אמיתית נראה דמעשה הלקיחה ונתינת המעות עדיף הרבה מאלו נשתמש בה אח"כ ואין לך שימוש גדול מזה ואם השימוש מראה ומוכיח שמחל לו מכ"ש המשיכה ונתינת המעות ואע"ג דלענין אישות אמרינן דאם שימש בה עדיף מתחילת הקדושין כדקי"ל ברמב"ם הנ"ל ובש"ע באהע"ז שם בסי' קי"ז סעי' יו"ד ע"כ היינו מטעם דקודם הנישואין אי אפשר לו לבדוק כולי האי כמו אח"כ ומכ"ש להמ"מ דגם שם לא מהני שימוש אלא א"כ שהה וא"כ אם נימא אם שימש הוי מחילה היכא דלא בדיק והוי מצי לבדוק. א"כ נראה דכ"ש אם הוי מצי למיבדק קודם הלקיחה ולא בדק דהוי מחילה וא"כ אין כאן תירץ על סתירת הסמ"ע ואין לומר דכוונת הנתיבות דבשימש אמרינן חזקה שראה דא"כ מאי ענין זה להי' אפשר לו לבדוק מעיקרא אפילו אם לא הי' אפשר לנסותו מתחילה שהי' במקום אחר אפי"ה אם שימש אח"כ אמרינן חזקה דראה ומחל וע"כ לא הבינותי דברי הנתיבות מזה:

ואלא ע"כ שבאמת כוונת הסמ"ע והמ"מ שהי' יכול לבודקו לאלתר היינו קודם המשיכה ונתינת המעות אמרינן מדלא ראה בוודאי מחל דהא דמייתי בסי' ר"ל, ס"ק י"ד דברי התוס' בלא טעם המע"ה היינו שלא הי' אצלו ולא הי' לו בקל למיטעם וכדדייק לשון הסמ"ע בסי' רל"ב. וממילא כיון שביארנו דתחילת הלקיחה עדיף משימוש בה. ממילא גם דברי המל"מ אינם מוכרחים דאיכ"ל דהרמב"ם מיירי בלא הי' אצלו בשעת לקיחה ואח"כ ראה וע"ז כ' הרמב"ם דהשימוש מגלה לן דראה ונתפייס. וזה דווקא בראה אבל

בלא ראה ורק דהוי לי' לראות איכ"ל כיון שכבר קנה לא אסיק אדעתי' לבודקן וגם להמ"מ וכן להסמ"ע אין כאן מחילה ואין כאן מחלוקת. אלא דלא משמע לי' להמל"מ לפרש להרמב"ם דמעיקרא לא הי' לפניו ואינו מוכרח:

אמנם כל זה כתבתי לפלפל על דברי רבותינו ז"ל אבל באמת נפלאתי מאוד וכי נעלם מרבותינו ז"ל סוגיא ערוכה בבכורות דף י"ג ע"ב דאמרינן שם לאביי דבשעת נתינת מעות ומשך הוי לי' לעיונא ואם לא עיין אחולי אחיל ועיין שם ברש"י ובתוס' שם ד"ה דכיון כו' כ' דבשאר מקח טעות לא אמרי', הוי לי' לעיוני אלא התם דשכיח כו' עכ"פ מבואר שם דלאביי אמרינן מדהו"ל לעיונא ולא עיין אמרי' אחולי אחיל. ולפי פי' התוס' שם גם אביי דווקא במידי דשכיח בי' האי מומא אמרינן כן. וגם בכה"ג פליג רבא שם וס"ל דלא אמרינן מדלא עיין אחולי אחיל וקי"ל בכל מקום כרבא לגבי אביי לבר מיע"ל קג"ם. וכ"ש הכא דבע"ז דף ע"א ע"ב לא מייתי רק תי' רבא וכ"כ הלח"מ פ"ז מה' ע"ז הלכה ה' אליבא דהרמב"ם דפוסק כרבא. וא"כ קשיא טובא על סברת הי"א שהביא הה"מ דס"ל דהיכא דאפשר לבודקן לאלתר ולא בדק אמרינן דאחולי אחיל דהרי אפילו בלוקח גרוטאות דשכיח בי' ע"ז לא אמרינן הו"ל לעיונא כ"ש בעלמא ודוחק לומר דס"ל כאביי. וצ"ע לכאורה:

ואפשר ליישב לפי ענ"ד דהנך יש מפורשים ס"ל דהש"ס דהתם מיירי דלא היו הגרוטאות לפני הלוקח ולא הי' אפשר לו לעיונא ואע"ג דמיירי דמשך צריך לומר דלא הי' שהות לעיין בהו שהי' מוטרד ונחפז לדרכו וכיוצא בזה דאין ראי' מדלא עיין דמחיל ואפי"ה סובר אביי דזה גופי' מדנתן מעות בעת שלא הי' אפשר לו לעיין בהמקח ולא המתין עד שיהא לו שהות לעיין אמרינן דאחיל וכדעת הי"מ שהביא הה"מ. ולפי האמור מבואר דהחילוק שמחלק המל"מ הנ"ל בין נתן מעות ללא נתן מקורו מהש"ס ותימה על המל"מ שלא הביא ראי' לדבריו מהש"ס דהתם ואע"ג דלפי מ"ש דהש"ס שם מיירי היכא דלא הי' לו שהות לעיונא מ"מ לא מסתבר לחלק בין גוונא זה להא דהמל"מ וא"כ דברי המל"מ נכונים:

ומ"ש הנתיבות המשפט מסי' רכ"ז סק"ד צריך לומר לחלק דהתם דתליא בדעת אחרים ואי אפשר שיעשה זה בשעת נתינת מעות ממש וצריך להקדים להראות לתגר או לקרובו וממילא זרוזין מקדימין דאולי לא יזדמן לו אח"כ תגר או אולי לא יהי' לו שהות אח"כ. ולכן אפילו לא נתן מעות לא יכול לטעון. מיהו אפשר לישב הסוגיא דבכורות דיש לומר דהא דפליג רבא על אביי היינו דווקא במום כה"ג דאינו משתנה איכ"ל דלא צריך לעיין. אבל במום שאפשר שישתנה גם רבא מודה דהוי לי' לעיונא מ"מ נראה מדברי התוס'

שם ומסתימת הש"ס והרמב"ם דלעולם לא אמרינן הוי לי' לעיונא דהרי גם הכא ע"כ מיירי במום שנודע שנעשה מעיקרא דאל"כ בלא"ה אינו גובה דמנא ידעינן דמעיקרא הי'. עכ"פ נראה דהדין דהמ"מ לאו כ"ע ס"ל ופשטות הסוגי' כוותי' דאידך ודלא כהמ"מ ובזה אסיים מנאי ידידו הדוש"ת הק' משה שיק מברעזאווע:

תשובה לד

בעזהי"ת אור ליום ו' עש"ק פ' בחקותי שנת תרל"ה לפ"ק פה חוסט: החיים והשלום וכל טוב לאהובי תלמידי הרב הגדול המופלג מוה' זוסמאן סופר ני' האבדק"ק האלאש יע"א: **מכתבך** קבלתי בשבוע העברה ושמחתי כו' וד' יזכה אותך בטובת והצלחת זרעך בתורה ועבודה ברום המעלות כו' וד' ירם קרנך למעלה בכבוד ואל תראה ואל תפחד חזק ואמץ להרים קרן התורה והיראה וחפץ ה' בידך יצליח:

ומה ששאלת ממני על מה שכתבתי לך לישב קושית קצה"ח סי' רל"ה על דברות החכ"צ סי' א' אין אני זוכר מה שכתבתי לך לזאת אני מניח להעתיק מה שכתבתי בחידושי פרק מצות חלוצה דז"ל שם ביבמות דף ק"ב ע"ב בגמרא ואין חוששין שמא חלצה לאחד מהם כו' והא תניא כו' חליצתה פסולה כו' והקשה הריטב"א מאי פריך הרי איכ"ל דחלוצה פסולה ופסלה מן האחין כו' ונראה לישב דהנה החכ"צ בתשובה סי' א' כ' דטעמא דבעינין כוונה הוא כוונת קנין ובזה מיישב קושית התוס' לקמן דף ק"ד ע"ב ד"ה והא כו' דלמה לי' למעט קטן וקטנה מקרא תיפוק לי' דאינם בני כוונה ולשיטתי' דמשום קנין בעי כוונה איכ"ל דנפ"מ בדעת אחרת מקנה דלא בעי קנין כוונה עיי"ש. ובקצה"ח סי' רל"ה הקשה עליו א"כ איך אמרינין דהחלוצה פסולה עד שיתכוונו שניהן הא אם רק הוא מכוון הוי אצלה דעת אחרת מקנה ולא בעי' היא כוונה עיי"ש:

ולפי ענ"ד נדאה לישב דהנה מרן הגאון זצ"ל בחת"ס חיו"ד סי' שי"ג כ' דהא דמהני דעת אחרת מקנה היינו במידי דהוא זכות אבל במכר דלפעמים הוא חוב לא מהני דעת אחרת מקנה וא"כ ה"נ בחלוצה לפעמים רחמא לי' וחוב הוא לה ולכך אינו מועיל כאן דעת אחרת מקנה ותי' החכ"צ בקטן וקטנה מושכחת לה היכא דבלא"ה הם אסורים זה לזה כגון חייבי לאוין אבל מסתמא היכא דשריא ומשום לא פלוג מדרבנן אפילו בחייבי לאוין בעינין שיכוונו שניהם. אמנם זה א"ש אם חלוצה בלא כוונה אינה פוסלת אבל אי חלוצה בלי כוונה פוסלת לעולם היא אסורה א"כ זכות היא לה ועמדה קושית הקצה"ח וא"כ מיושב היטב קושית הריטב"א הנ"ל דלישנא קמא סובר הטעם של כוונה כהחכ"צ

והקשה שפיר אבל אידך לישנא סובר כאידך פוסקים דטעם כוונה היא כוונת מצוה וא"כ שפיר איכ"ל דפסולה ופוסלת:

אמנם אמרתי דאיכ"ל דגם הל"ב סובר כהס"צ ואפי"ה לא קשיא קושית הקצה"ח דכבר כ' שם מרן הגאון זצ"ל בתשובה הנ"ל דדעת אחרת מקנה מהני רק מטעם שליחות ובחלוצה קי"ל דליתא בשליחות ולכך אינו מועיל דעת אחרת מקנה. והגם דהח"צ כ' לישב קושית התוס' דאיצטרך לימוד על קטן וקטנה משום דעת אחרת מקנה היינו דלא נטעי לומר כן. אבל לפי האמת דפסול בקטנה איכ"ל משום דבחלוצה אינו מועיל ואינו שייך דעת אחרת מקנה משום דליתא בשליחות כן נראה לפי ענ"ד ואחתום בברכה המשולשת ד' יברך אותך ואת ביתך דברי רבך הדו"ש הק' משה שיק מברעזאווע:

תשובה לה

הנה אם שכר איש אחד דעגא"ל או אדענד"א של חבירו יש ג' חילוקי דינים לכאורה א') אם שכר ארענד"א של חבירו הוי כמו יורד לתוך אומנות של חבירו דחשיב כגזלן וכמו שחילק מרן זצ"ל בחת"ס חח"מ בסימן ע"ט בד' חילוקי דינים וא' דיורד לתוך אומנות של חבירו הוי גזל גמור וכ"כ מרן זצ"ל בסי' ס"א באחד ששכר אורענד"א של חבירו דהוי כאלו פסק חיותי' וכיורד לתוך אומנתו היכא דמבטלין אותו מאומנתו. אמנם נראה דזה שייך אם האומנות הוא שלו:

אבל כפי מה ששכיח עתה שהשררה משכיר הרענד"א או את הרעגא"ל על ג' או על ד' שנים. ושוב אח"כ משכרת אותה בפומבי בליצטאציאה"ן או באפערטי"ן א"כ אין זה אומנות שלו אלא של השררה ומעולם אין רצון השררה לזכות את השוכר הדענד"א אלא לימים הקצובים הנ"ל. אעפי"כ כיון דשכיח דהשררה מקדמת את השוכר שהי' מכבר באורענד"ע שלו ונותנת לו קדימה ולפעמים גם מוותרת עמו. וא"כ דמי למערופיא של חבירו שהביא בהגה"ה בסי' קנ"ז ב' דעות בזה ולכל הפחות מסתמא הבעלים הראשונים מהפכין ומהדרין אחר זה אצל השררה והוי כעני המהפך בחררה ונקרא רשע המשיג את גבולו:

אלא אפילו בחלק הג' שאין הבעלים דהיינו השררה או הקיר"ה עפ"י הדת אין נותנין שום קדימה למי שהי' שכור שלהם מעיקרא אלא כל אנפין שווין ואי אפשר לשחדם או לפייסם בממון אלא לעולם צריך להשכיר הרענד"א עפ"י ליצטצי"א או אפערטי"ן וא"כ אינו דמי למערופיא ולא לעני המהפך בחררה מ"מ יש בו במשיג גבול איסור משום חדר"ג המובא בסי' רל"ז בהגה"ה שי"א שר"ג החרים שלא לשכור בתים ושלא לשכור

הלואת עכו"ם ששכר ישראל אחר עיי"ש. ומ"ש שכירות הלוואה או שכירות רעגא"ל ואוראנד"ע:

וגדולה מזו תיקנו הגאונים והובא במהר"מ מרוטנבור"ג בסופו דדירה ששכר ישראל מגוי והגוי הוציא את הישראל מביתו מבלי פשיעת הישראל אין ישראל אחר רשאי לשכור את הבית הזה עד לאחר שנה והוא משום חשש הערמת השגת גבול בשכירות בתים שעי"ז יפקיעו וייקרו השער שישראל זה ירבה בשכירות והבעלים הישראלים שדרים שם. מכבר לא ירצו להניחו ויוסף גם הוא וכך חוזר חלילה ויהי' הריוח לגוי וישראל יפסיד ולזאת תיקנו כנ"ל. ואם באמת הפקיע הוא בכלל חדר"ג. ובמדינה זו רובם נזהרין וחוששין לחרם דר"ג הנ"ל ויש מדינות מקילות בכה"ג ואין בו משום מערופיא ועני המהפך בחררה ואולי לא פשטה שם התקנה אבל יותר נראה שבאיסור עושין והשומע תבוא עליו ברכת טוב חתמתי שמי הק' משה שיק מברעזאווי:

תשובה לו

החיים והשלום וכל טוב לידידי הנכבד הרבני המופלג בתורה כש"ת מוה' מרדכי לעוו ני':

מכתב מעלתו ני' הגיעני על נכון ושם נאמר לבקש ממני חוות דעתי בענין טענת חזקה והוא שראובן עם שאר שותפים יהודים הי' להם שדות מושכרים מאת גוי אחד שהיו ממושכנים אצלו על ל"ב שנים כי כן הי' חוק המדינה שרק עד ל"ב שנים יש לו כח בהם ולאחר שהי' ראובן זה שותף עם שאר היהודים איזה שנים עבר עליו רוח קנאם לדחות את שאר היהודים השותפים והלך לגיסו שמעון ויפתהו גם יכול לו לשכור השדות על י"ב שנים והם שני ימי משך משכונו כי שמעון גיסו עדיף לי' וכן עשה שמעון ודחה כל השותפים וחצי השדות נתן לראובן והחצי השני נתן שמעון לאחיו לוי. וביני ביני נפלו קטטות בין ראובן ולוי. וראובן אמר בפני כמה אנשים כי בכלות ימי משך השכירות בשום אופן לא ישאר שותף עם לוי. והנה לשמעון ולוי אחים הנ"ל נודע מי הוא כעת אדון השדות האלו אשר המה שלו זה כשלשה שנים. והלכו אל האדון הזה ושכרו ממנו השדות שוב על ט' שנים. ועתה הגיע עת הפדיון והנה ראובן תובע חלקו בחזקה שהחזיק בה ולוי טוען שהאדון לא הי' משכירו אלא בתקוה שיקנה ממנו לגמרי. ב') שראובן אמר לפני עדים שלא יהי' שותף עם לוי בשום אופן וא"כ מאי חזית. הג') כיון שיצא מיד בעל משכונו והוא שכר מן אדון אחד מה לו עמו. ודעת מעלתו ני' שהדין עם לוי ושכן הסכים עמו הגאון מלבוב בעל שואל ומשיב כו':

והנה גוף הדין צריכין לבוא עליו מצד ג' דברים. א' דינא דבר מיצרא. ב' עני המהפך בחררה. ג' חרם דר"ג. והנה מכח דינא דבר מיצרא כ' בנתיבות המשפט דאפילו בלי חדר"ג יש לשוכר הראשון דין בעל מיצר כדקי"ל בסוף סי' קע"ה אפילו בשוכר מגוי ולענין בר מיצר אין חולק בין שוכר למשכנתא כמבואר בב"מ דף ס"ח ע"א. וא"כ גם כאן לראובן יש לו דין בר מיצרא. מיהו זה אינו דהרי קי"ל בחו"מ סי' קע"ה סעי' ל"ו במוכר כל נכסיו לית בי' משום בר מיצרא. אלא דגם זה אינו מוכרח דהרי הסמ"ע שם ס"ק כ"ג כ' שם הטעם בשם הרא"ש והטור דלא שכיח קונה כזה שיקנה הכל ביחד וא"כ אפשר דבשכירות דלפי הנראה שכיחים דשוכרין הכל ביחד ומחלקין ביניהן מ"מ לא מצינו דשכירות עדיף מקנין והרי עיקר דין בר מיצרא נאמר בקנין אלא משום דשכירות ליומא ממכר הוא אמרינן דגם בשכירות דינו כמכר ולא אישתמט בשום מקום לומר דשכירות עדיף וכן הובא בס' שואל ומשיב ח"א סי' ל"ב דבשכר הכל לא שייך דינא דבר מיצרא. ובזה מיושב קושית הנתיבות המשפט בסי' רל"ז דלמה לי תיפוק לי' מצד דינא דבר מיצרא ולהנ"ל א"ש:

מיהו בלא"ה בנידון הנ"ל הרי גם מעיקרא הי' שמעון שוכר מהגוי הכל ביחד. מ"מ נפ"מ אם לוי משכיר מהשדות ששכר לשאר יהודים ומשכיר גם החלק שהי' לראובן לאחרים אז אכתי יהי' לראובן טענת בר מיצרא דבשלמא אם מקיים הכל לעצמו א"כ ממנ"פ מעיקרא כששכר מהגוי לא שייך דינא דבר מיצרא ועכשיו מי יכול להכריחו להשכיר אבל אם לוי משכיר לאחרים גם חלק ראובן אכתי יש לראובן דין בר מיצרא לפי מ"ש הטו"ז סוף סי' קע"ה דגבי שוכר כה"ג יש בו דין דבר מיצרא. נהי דלכאורה הי' קשה לי דאימת חל שכירות השני לאחר שכלה זמן שכירות הראשון וכמ"ש המל"מ בפ"ו מה' שכירות הלכה ט' ואז כבר פקע זכות שכירות הראשון. מיהו זה אינו קושיא דמ"מ כיון דקבע זה כבר כאן דירתו ונוח ומקובל לו אית בי' משום ועשית הישר והטוב ושפיר כ' הטו"ז וא"כ ה"נ יש לראובן דין ב"מ:

מכל מקום הא קי"ל בחו"מ סי' קע"ה סעיף וי"ו דנהי דדינא דב"מ אינה תלוי' במשכיר או מוכר ואפילו לא ניחא למוכר נשאר החיוב על הלוקח. וההי"ד על השוכר מיהו היינו באין הפסד למוכר או למשכיר אבל ביש הפסד למוכר או למשכיר אין בו דינא דב"מ כדאיתא בסי' קע"ה סעי' כ"ג וא"כ בנידון הנ"ל אם הוא האמת כמו שאמר לוי דלא איתדר לי' בהדי ראובן ואין אדם דר כו' ויש למשכיר פסידא בכה"ג לא תיקנו וא"כ אי אפשר שיזכה ראובן משום בעל מיצרא על חלקו שהי' לו מאז:

ועתה נבוא לבאר אי יש בזה משום עני המהפך בחררה וזהו החשש הב' ונאמר הנה בשכירות מבואר בפוסקים דאפילו לר"ת דס"ל בהפקר לא מקרי רשע אבל בשכירות לכ"ע הוי רשע ומרן הגאון בעל חת"ס זצלה"ה כ' בחלק רביעי בסי' ע"ט וסי' קי"ח דאפילו בהפקר היכא דאומנתו בכך והוא חיותי' גם לר"ת אפילו בהפקר אית בי' משום עני המהפך בחררה כו' וגם מ"ש מעלתו נ"י לפי מ"ש הרמ"א לפי דעת הסמ"ע אם הראשון עשיר לית בי' משום עני המהפך המעיין בר"ן שם בריש פרק האומר דהקשה על זה מרב גידל ותי' דלקיחת קרקעות גם לעשיר אינו מצוי כל כך ולכן גם אם הראשון עשיר אית בי' משום עני המהפך בחררה עיי"ש וא"כ נראה דהה"ד בנידון הנ"ל דהוי שכירות קרקעות ושכירות ליומא ממכר הוא ולא מקרי מצוי כולי האי וכוונת הרמ"א קשה לכוון בכל אופן. וא"כ אפשר דאית בי' משום עני המהפך כו':

מיהו נראה דבלא"ה לא שייך בנידון שלפנינו כלל עני המהפך כו' דהרי בתחילה זה י"ב שנים כששלח ראובן את שמעון לשכור לא מבעי' לדעת הנוב"י מהדו"ק בחאהע"ז סימן ע"ג דבשליח לגרש בע"כ אמרינן דאין שלד"ע לכ"ע כיון דאיכא חדר"ג וה"נ שמעון הקונה וראובן שכר ממנו. אלא אפילו למאן דפליג על הנוב"י מ"מ לפי הנראה הקונטראקט הראשון נכתב על שמו של שמעון והמשכיר לא ראה כלל את ראובן ולא השכיר לו אלא השכיר לשמעון ושמעון הוא השכיר לראובן ואם הי' שמעון משכיר או מוכר עתה לאחרים הי' שייך על הלוקח או השוכר דין עני המהפך כו' אבל כיון דשמעון מעכב הכל לעצמו ואינו נותן אלא בעיסקא ללוי ועל עיסקא לא שייך דין עני המהפך משום דהאי מהימן לי' והאי כו' ובפעם הראשון ששכר הא ברשות ראובן שכר וא"כ נראה דאין לראובן טענה מדין עני המהפך כו':

ועדיין נשאר לבאר אם שייך כאן חשש הג' שהובא שם בסי' רל"ז בהגהות הרמ"א דיש חרם לשכור מגוי דירה שדר בה ישראל ומקור חרם זה מבואר בתשובות מהר"מ מרוטנבור"ג בסופו. והתקנה היתה אפילו לאחר שיצא ישראל מן הדירה משך שנה אחת ודווקא אם הגוי רצה להוסיף עליו ועוד האריך שם עיי"ש מבואר דעיקר טעמו שלא יוציא הגוי מישראל ממון שלא כדין בהוספת שכר שכירות בתים ומשום השגת גבול ולא פליג בתקנתי' ולפי מ"ש בתשובת הב"ח בסי' ס"א אפשר דבשדות וכרמים לית בי' משום דינא דחרם דר"ג. וי"א דגם בשדות שייך ולפי דעת הרמ"א שם בשם מהר"מ פדוו"א גם בהלוואה איכא. א"כ כל שמחי' עצמו בו אית בי' משום חרם דר"ג ואפילו אי הוי ספיקא איתא בכנה"ג סי' ק"מ בשם הרבה פוסקים דספק להחמיר ובתשובת שואל ומשיב סי' כ' כתב דהוי ספק ממונא ולקולא לנתבע אמנם לפי מ"ש מרן הגאון בחת"ס

חחו"מ סי' ק"ד דמצד החרם אינו צריך להחזיר אם הוא רוצה לעמוד בחרם ואין בו שום דין ממון רק ספק חרם ולחומרא וכ"כ בתשובת מהריב"ל:

אמנם מעלתו ני' כתב בזה ג' טעמים דלית בזה חדר"ג א' משום דהוי משכנתא בלא נכייתא דאיתא בכנה"ג סי' ק"מ דלית בי' משום חדר"ג ולי הדבר תמוה שהרי לפי מ"ש מעלתו ני' בתחילת דבריו שהגוי השני קנה לל"ב שנים וא"כ אין זה משכנתא אלא מכר גמור לזמן וכדאיתא בחו"מ סי' רי"ב סעי' ד' שיכול לבנות ולהרוס ולשנות כאדם העושה בשלו. ויעיין במל"מ בפי"א מהלכות שמטה אלא שעפ"י דינא דמלכותא יכול המוכר לפדות ואם אינו פודה הוי כאלו קנה מחדש ולית בי' משום רבית ואפילו במשכנתא בלא נכייתא אמרינן בב"מ דף ס"ב ע"ב דאינהו בתורת זביני אתי לידי' ועיי"ש בפי' רש"י וכיון שכן עדיף משכירות ובוודאי מכירה לזמן מקרי משכונא גבי' ועדיף משכירות ואית בי' משום חדר"ג:

ומטעם זה נראה דגם טעם ב' שכתב מעלתו כו' וכ"כ ג"כ בשואל ומשיב סי' ל"ג ודלא כהרדב"ז דכיון דנשתנה הבעל דבר אין כאן דין חדר"ג לא נראה ג"כ לפי ענ"ד דבוודאי אם הגוי הראשון נתגייר בסוף זמן מכירתו והגוי הראשון רוצה למכור או להשכיר לישראל הי' אסור ללוקח הישראל השני הבא מכוחו והמוכר הראשון שנתן לו רשות לעשות בתוך שדותיו כבעל הבית בכלל זה ג"כ כאלו אמר לו שיכול למכור או להשכיר לישראל וגם הישראל ששכר מגוי השני הוי כאלו שכר מישראל כעין שאמרו בב"מ דף ל"ו ע"א באומר לו שרשאי להשכיר לאחר לדעתך ויעויין בש"ך בחו"מ סי' ל"ה ס"ק ז' בגוי ונתגייר דמקרי תחילתו בכשרות הואיל ובידו להתגייר. וזה נראה טעם הרדב"ז ח"ד סי' ל"ג המובא בתשובת שואל ומשיב בסי' ל"ג והוא נ"י השיב על דבריו ולפי ענ"ד דברי הרדב"ז נכונים וכמו שהסברתי:

ומ"ש מעלתו ני' כיון דשתק מחל הנה המהרי"ט בחחו"מ סי' ל' כ' דחזקה הוי כקרקע. ובביו"ש סי' צ' ס"ק נ"א הביא ג"כ פוסקים דס"ל דחזקה הוי כקרקע והסכימו שם האחרונים דהוי ספיקא דדינא. ובחו"מ סי' רמ"א סעי' ג' מבואר דבקרקע אפילו דר בה לא מקרי מחילה וגם נראה דהוי מחילה בטעות:

אמנם מ"ש מעלתו ני' הטעם באות א' משום דבאיסורא אתא לידי' ומעיקרא הוא השיג גבול נראה שפיר דאין לנו להחזיק ולסייע לו לדבר עבירה לעבור בחרם וכן איתא כיוצא בזה בתשובת שואל ומשיב שם בסי' ל"ב מהא דאמרינן ב"מ בפ' השואל כאשר עשה כן יעשה לו. מיהו גם זה אינו מספיק דנהי דמקצת מן חזקתו בא לו באיסור אבל כפי שיעור שהי' לו בהיתר בשכירת הראשונה שהיו אז הרבה שותפין על כיוצא בזה לא

מצינו כאשר עשה כן יעשה לו. רק דבדבר שבא לו באיסור או ברמאות לא נחזיקנו בידו. אבל שנאביד ממנו גם הדבר הבא לו בהיתר זה לא שמענו וא"כ עדיין הי' לראובן מקצת טענה מצד חדר"ג. על חלקו שהי' לו בה מעיקרא:

אכן כבר כתבתי שלפי ענ"ד ראובן לא הי' לו שכירת קרקעותיו מגוי אלא מישראל דהיינו שמעון דהוא הי' השוכר מהגוי והוא הי' המשכיר לראובן וזה עשה מדעת ראובן וחדר"ג הי' רק בשכר ביתו ואינך מגוי אבל בישראל מישראל לא תיקן חזקה וא"כ הדין נראה לי: אמת כמ"ש מעלתו ני' והסכים עמו הגאון מלבוב נ"י אבל לא מטעמי' אלא משום דראובן מישראל שכר ולכך אין לו טענה וחזקה על שמעון ולוי כן נראה לי לפי מה שהבנתי תוכן המעשה מדברי מעלתו ני' ובד"מ אין מורין מבלי שמיעת הבעלי דינים לפני הדיינים ולא כתבתי זה להורות על המעשה הנ"ל אלא לעשות רצון מעלתו ני' לזאת גיליתי דעתי בזה ומעלתו ני' שקבלו אותו עליהם הנראה בעיניו יעשה הכ"ד ידידו הק' משה שיק מברעזאווע:

תשובה לז

בעזה"י פ' בראשית תרל"ט לפ"ק פה חוסט יע"א.

עובדא בא לפנינו באחד שהי' לו חזקה. על הרבה דברים מהארענדעס ואחד השיג את גבולו והוסיף על הרענד"א ההוא וגוף הדבר כבר מבואר בשאלות ותשובות הרבה בתשובת מרן הגאון בעל חת"ס זצ"ל בחלק חו"מ סי' ק"ד ובס' שואל ומשיב סי' כ"ב ובס' דברי חיים סי' מ"ו והנראה לפי ענ"ד ממסקנת הפוסקים הנ"ל דוודאי מה"ת אסור להשיג גבול ואפילו עני המהפך בחררה נקרא רשע אבל אין צריך להחזיר אותו דבר ור"ג מאור הגולה הוא וסייעתו תיקנו ע"י חרמות שיש חרם על המשיג גבול כל זמן שאינו מחזיר לו אותו הדבר. אבל אם מחזיר לו את הדבר או אפילו הוחזר ממילא ואעפ"י שעי"ז צריך הראשון להוסיף מעות על השכירות ממה שהי' נותן עד עתה מ"מ אין צריך המשיג הגבול להחזיר המעות הזאת אשר השוכר צריך להוסיף ע"י המשיג כי זאת לא מצאנו בדברי ר"ג מאור הגולה כלל:

וגם אין לומר דהוי כמזיק ומסור דחייב לשלם משום דינא דגרמי כשאר מזיק דחייב משום דינא דגרמי זה אינו דוודאי אם כבר זכה הראשון והחזיק עתה בהרענד"א מחדש אז המשיג הוי כמזיק אבל כל זמן שלא זכה מחדש בהרענד"א ההיא והי' אפשר לגוי או לאיש אחר שהי' רשאי להוסיף על שכר הרענד"א. אלא שזה המשיג בא והוסיף א"כ לא הוי ברי היזיקא וגם דיני דגרמי לא הוי ולכן אינו חייב לא משום מזיק ולא מכח דיני

דגרמי דדינא דגרמי לא שייך אלא בברי היזקא כמבואר בחו"מ סי' שפ"ז ואינו חייב אלא בדיני שמים כשאר גרמא בניזקין כן נראה לפי ענ"ד:

ובגוף הדבר כבר האריכו האחרונים ועיין חת"ס חחו"מ סי' ק"ד ובשואל ומשיב ח"א סי' י"ט ובס' דברי חיים ח"ב סי' מ"ו ומדברי כולם נלמד דס"ל דבוודאי אין יכולין להוציא מן האיש המשיג גבול הראשון מה שהוסיף על מאי שנתן השוכר הראשון ובשואל ומשיב ח"א סי' ל"ד ביאר הטעם ג"כ כמו שכתבתי לעיל דלא חשיב גרמי דלא הוי ברי הזיקא אלא גרמא ופטור כדקי"ל בחו"מ סי' שפ"ז הנז"ל. ובס' דברי חיים סי' ל"ד כ' ג"כ דמן הדין א"צ להחזיר מה שהוסיף על השכירות אלא שכ' שם דבמנהגא תליא מילתא. ובגבולינו אינו מנהג להחזיר מה שהוסיף הרוצה להשיג ואין לדיין אלא מה שעיניו רואות. ובאמת על דבר כזה קשה לבוא על שורש הדבר אם יש מנהג קבוע בזה או לא ואם הוי ספק בהמנהג הא קי"ל אפילו בספק תקנה ומכש"כ בספק מנהג אין מוציאין ממון ועי"כ קשה מאוד לעמוד על שורש הדבר:

ובאמת בס' ישועות יעקב בחו"מ סי' קנ"ו צידד לומר דכל דיני דרגמ"ה הם מדינא משום דקי"ל דיני דבר מיצרא דהוא השוכר הראשון וכ' שם ג"כ דאם הוסיף השוכר השני חייב לשלם להשוכר הראשון מה שהוסיף עליו ובאמת הדבר תמוה וכדלעיל ואפשר דהישועות יעקב מיירי דכבר הי' הרענד"א שכור ביד השוכר הראשון מחדש ואח"כ בא השוכר השני והוסיף עליו דאז הוי כמסור ולכן כתב דחייב לשלם לראשון מה שהוסיף על המקח ממה שהי' עולה עד עתה. וכן משמע מדבריו ממה שהביא ראי' מחו"מ סי' שפ"ז דמשמע ג"כ בכה"ג כן נראה לפי ענ"ד הק' משה שיק מברעזאווע:

תשובה לח

ב"ה חוסט יום ב' פ' וירא תרל"ט לפ"ק. החיים והשלום וכל טוב להרב המאוה"ג המופלג בתורה מוה' זאב וואלף הלוי ראזענבלום נ"י אבדק"ק סעמארטין יע"א במדינת זיבענבורגען.

מכתבו קבלתי בשבוע העברה ובו נשאלתי ממעלתו נ"י ע"ד יהודי אחד שלקח בשכירות משר אחד בק"ק קיקעלבורג את הרעגא"ל ממקום הנ"ל ובכל זאת ביומא דשוקא הגדול שיש שם במקום הנ"ל ששה פעמים בשנה הי' דרכם של הערלים ולהבדיל גם יהודים למכור שמה משקים חריפים דהיינו יי"ש וכיוצא ואין שום אדם מוחה בהן לא השר ולא הרענדאטער וזה הי' כך מכמה שנים עד עתה. והנה בקיץ העבר נודע לשוכר הרענד"א הנ"ל שמחוק המלכות הוא שאין רשות לשום אדם למכור י"ש אף ביומא דשוקא במקום

שיש זכות רעגא"ל חוץ להראנדאטיר וכאשר נודע לו הלך להערכאות שיהיו בעזרו לעכב את כל הבאים שמה ליומא דשוקא למכור י"ש וכן נעשה. ועתה קמו איזה יהודים מרעישים וצועקים חמס באמרם שיש להם חזקה בזה למכור י"ש ביומא דשוקא והשוכר הנ"ל המעכב ומוחה בהם עושה בזה שלא כדין ע"כ תוכן השאלה. ולדעת מעלתו השוכר את הרעגאל שהוא ה"ה כ"ה יהודא מאנדעל נ' הדין עמו בזה וזכה ויכול למחות בשאר בני אדם. ולדעתי אין זה פשוט ואין זה מוסכם:

והנה בתשובת שואל ומשיב סי' כ' הביא עובדא כיוצא בזה שאחד שילם מס שיהא לו רשות למכור בחנותו עססענ"ץ ושאר בעלי חניות מכרו ג"כ עססענץ בחשאי ולא שלמו מס והעלה שם בשואל ומשיב דאין המשלם מס ממכירת הסענז רשאי למחות באותן שמוכרין אססענץ בחשאי בלא תשלומי מס בשום אופן ויעוי"ש טעמו ונימוקו. ונהי דעובדא דשואל ומשיב הנ"ל הי' קצת באופן אחר שגם החניות האחרים אם היו משלמין מס הי' להם רשות למכור בלי שום מוחה אבל כאן שר' יהודא מאנדעל שכר את הרעגא"ל כולה וראה שהפקודה היא שאחרים אינם רשאין למכור וא"כ אפשר לומר דזה אינו דומה להך דהתם משום דהתם המשלם המס רצה למסור אותם המוכרים בחשאי לעכו"ם על מה שמוכרים בלא מס. אבל כאן הפקודה היא כן שאין אחר רשאי למכור:

מכל מקום הרי טעמו משום דדינא דמלכותא דינא וזה שייך בכל הרענדע"ס ובכל המינים ואפי"ה הסכימו הפוסקים שיש להמחזיקים מעיקרא טענת חזקה והובא בפוסקים בשם ר"ג מאוה"ג ז"ל שעשה חרם על זה וכיוצא בזה. ועיין בחת"ס בחחו"מ סי' ק"ד ובשואל ומשיב הנ"ל בחלק א' מסי' י"ט ואילך ובתשובת דברי חיים בכמה תשובות. ומה שכתב דבהיזק גדול כ' הרא"ש ב"ב דף כ"ג דאינו צריך למחות דמסתמא אינו מוחל היינו בקרקע שהיא בחזקתו. אבל זכות שהי' אפשר לו ליקח אותו מחבירו ולמחול בו ולא מחה ולא לקח בוודאי מחל ובפרט בנידון דידן דלפי הנראה דגם קודם ששכר, ר"י מאנדעל הנ"ל את הרענד"א הנ"ל. בוודאי הי' הרענד"א ביד אנשים אחרים והניחו למכור ביומא דשוקא גם למי שלא הי' לו זכות בהרענד"א. ולפי מ"ש השואל ומשיב הנ"ל היו רשאין למחות ואעפי"כ לא מיחו. בכהאי גוונא נראה דהוי מחילה:

ומ"ש בשם המרדכי פרק הגוזל דאם השר אינו רוצה שידור שם ישראל אלא ברשות ראובן יכול ראובן לעכב היינו בדבר שתלוי בהשר ומי שאין לו דין בן עיר בעיירות האלו דהיינו שאינו משלם שם מס כמבואר בחו"מ סי' קנ"ו (דביום השוק אין להשר דין למחות לאנשים הבאים למכור י"ש לכל הפחות לאחרים שאינם מבני העיר) אבל מי שנותן מס והוא מבני העיר רשאי לעסוק להחיות את עצמו ואחד שרוצה ליטול העסק ולחזוק

בו עפ"י דין תורה אינו יכול לפסוק חיותי' דחברי' לפי מ"ש השואל ומשיב הנ"ל וניהו דדינא דמלכותא דינא. ומשום זה רצה השו"מ שם להתיר בליצטאציא"ן. ומכל מקום בכל מקומות מושבות בית ישראל מוחים ואין מניחים להשיג גבול השוכרים ומחזיקים משנים קדמוניות איזה דבר אין רשות לאדם אחר להשיג גבולם לשכור את הרענד"א שלהם כי הם קודמים לכל אדם אחר:

ואם אמנם דוודאי נראה אם הישראלים שיש להם חזקה למכור י"ש ביומא דשוקא הם מבקשים ורוצים שיתן להם ר"י מאנדעל זאת בחנם אפשר דבכה"ג לית להו על זה חזקה. ונהי דקי"ל דמכירי כהונה אסור ליטול מהם. ובב"ב דף קכ"ד ע"ב אמרינן בכה"ג דאפילו בכור נוטל פי שנים דנקרא מצוי בידו דבכור אינו נוטל אלא במצוי. מ"מ אמרי' בירושלמי גיטין דף ל"א דאין מכיר לעני משמע דעני לא זכה להקדימו. מ"מ המסית והנותן עצה להשר שלא יתן בחנם אלא לשלם לו הוא וודאי כעין מסור:

וכן נמי אם השר רוצה שגם מזה שמוכרים י"ש ביומא דשוקא ישלמו לו והאנשים שמכרו עד עתה טוענים שהם קודמים נראה ג"כ דוודאי הדין עמהם כעין דקי"ל בחו"מ סי' קע"ה בדיני מצרנות במי ששכר הבית וכן אמרינן ב"מ בפ' איזהו נשך דמי שהשדה או הבית במשכון אצלו הוא הבר מיצרא. וא"כ הכא נמי אם השר אינו רוצה לחלק הזכות מהרעגא"ל שלו להרבה אנשים נראה דתליא בפלוגתא בפוסקים אם יש לאחד חזקה בשכירות דירה ורוצים למכור את כל הבית דווקא פליגו בזה הפוסקים בתשובותיהם אם מחוייבים לשלם להמחזיק בדירה עבור חזקתו ומהריב"ל בח"ב סי' ח' כ' דתליא במנהג. ונהגו בכה"ג לשלם עבור החזקה ומהרשד"ם בחחו"מ סי' רכ"ח כ' שיש לו חזקה. וכבר האריכו כמה פוסקים בזה ולזה לדעתי צריך המשכיר מאנדעל הנ"ל לפשר עמהם ולפי שלא שמעתי מן הצד שכנגד השוכר מאנדעל לא כתבתי דבר ברור והנראה בעיניו יעשה כן נראה לפי ענ"ד:

תשובה לט

עוד להרב הנ"ל:

מה שכ' עוד ע"ד השאלה שבא לידו אודות היין החדש שהמנהג במדינתנו למדוד במידה גדולה והמוכרים גם הם יודעין מזה דהמדידה בעת הבציר במדה גדולה וזהו מחמת השמרים ומחמת הפחת שנפחת מחמת רתיחתו כדרך יין החדש והמנהג שעל עשרה לטראות למשל מוסיפין עוד ליטרא אחת או פחות או יותר ונשאל מעלתו אם יש בזה

משום מידה רמי' ומעלתו נ"י כ' להיתר כיון שגם המוכרים יודעים זאת ודמיא למידת שמן בתשרי דמותר וכדאיתא בב"מ דף מ"ב ע"ב:

הנה גם דין זה צ"ע דהרי בתורה כתיב איפת צדק והין צדק כו' יהי' לך ועיקר המדה תלוי' במנהג העולם דהיינו כפי מה שהסכימו בני העיר על מדת האיפה ועל מדת ההין וכדומה ואיפה ומדה והין שאינו כמותה הן חסר והן יתיר אסורה אפילו לשהותה בביתו. וכן במשקולות אסור לשהות בביתו משקולת שאינם כפי ההסכמה ועיין ב"ב בפ"ט דאפילו מדעת שניהם אסור לעוות המשקל ואפילו בהשוואת דמים ופי' הרשב"ם הטעם כדי שלא יראה, אחר ממנו ועי"ז ירמה בחבירו ובתוס' פ"ה דב"ב איתא דלא מהני אי אמר לי' מחול לי את הקורטוב. שאין האמנת המידות תליא בבריות רק הקב"ה הוחל שמו עליהם משמע דאינו מועיל מחילה. ובאמת מדברי המג"א סי' שכ"ג דפסקינין דבשבת או יו"ט ימעט מן המדה וכ' המג"א בשם המרדכי דמסתמא מחיל ומשמע דמועיל מחילה וקשה מתוספתא הנ"ל:

ונראה דהתוספתא מיירי מאופן שהוא נגד המנהג ויש לחוש שממנו ילמדו ויתעביד עי"ז רמאות ועיוות וכדאיתא ב"ב דף פ"ט ע"א הנ"ל ואדרבה מהתם מוכח דמועיל מחילה אלא א"כ אין המנהג כן וא"כ בנידון מעלתו שכ' שכן נוהגין וכבר כתבתי שבמדות ומשקולת העיקר תליא בהסכמת המדינה (עיין לעיל סי' כ"ח) וגם לפי הנראה בנידון הנ"ל אינו מצד תורת מחילה אלא שכך שיערו שביין חדש השמרים והפסולת ממעטים ומחסרים את המדה ולכן מוסיפין וא"כ שפיר הורה מעלתו להתיר ואחתום בברכה המשולשת הק' משה שיק מברעזאווע:

תשובה מ

בעזהי"ת פה חוסט יום ג' כ"ב כסלו תרל"ב לפ"ק. החיים והשלום וכל טוב לידידי הרב הגדול המופלא ומופלג בתורה הגאון מוה' דוד ליב זילבערשטיין נ"י האב"ד בק"ק קרעסטוהר יע"א:

זה שבועות שתים קבלתי מכתב מעלתו נ"י ושם נאמר לבקש ממני להגיד חוות דעתי במעשה שבא לפניו באחד שצוה בצוואות ליתן לבת בתו חמשה מאות זהובים לכשתנשא ובת בתו מרוצת לתת את המעות הנ"ל לאביה אם יש בזה משום מצוה לקיים דברה"מ שלא ליתן לה אלא לכשתנשא. והנ"ל בזה דרצון בת בתו בוודאי אינו מעלה ואינו מוריד שהרי כיון שהמצווה קבע זמן לכשתנשא והוי כנותן דבר על לאחר למ"ד יום ועד אותו זמן אין לה שום תביעה וכמ"ש הרשד"ם בתשובה סי' ת"כ וכיוצא בזה

בסי' תל"א והפירות הם של היורשים וא"כ אם היורשים אינם רוצים ליתן לה המעות עד שתנשא בוודאי הדין עמהם. אמנם בנידון שאלתו נראה דהיורשים רוצים לוותר וליתן לה מיד ואם כן הוא. אין הספק אלא אם רשאין לשנות מאמר אביהם דמצוה. לקיים דה"מ:

מיהו גם בזה נראה כיון שכבר הכריע הרמ"א בחו"מ סי' רנ"ג סעי' ט"ז דאפילו באינו אומר לכשתנשא אלא להנשא הוי קפידא והוי כאלו התנה ואם מתה צריכין להחזיר ולא זכו בהם ונהי דאם אמר תנו לה להנשא פסק שם דנותנין מיד היינו משום דתנו לה משמע מיד כמבואר היטב בלשון הריטב"א. ומעלתו ני' רצה לומר דיש חילוק בין אומר ליתן לבתו לאומר ליתן לאשה דעלמא להנשא דבבתו הנשואין קפידא טפי אם אמנם דהסברא נכונה וכ"כ בתומים סי' ס' ס"ק ט"ו מכל מקום משום אומדנא זו באשה אחרת בוודאי אין להוציא ממון מיורשים המוחזקים:

וע"כ טעמי' דהריטב"א משום דתנו לה משמע מיד וכדי שלא יסתרו סוף דבריו את תחילתן אמרינן דהיינו כעין תנאי כמו לינסב ברתי ולשקול ד' מאה זוז דאמרינן בפ"ב דביצה דהוי כעין תנאי ולכך גם כאן אזלינין בתר לשונו אם הקדים לשון לנדוניא כמ"ש הטור או אם הקדים תנו ד' מאות זוז וכעין שכ' הקצה"ח וכיון שמשמעות לשונו כך הוא אין לחלק בין בתו לאחרת ולעולם באומר תנו לה להנשא נותנין לה כעין על תנאי מיד:

מיהו אם אמר ליתן לה לכשתנשא נראה דאפילו אם רוצים היורשים לוותר כיון דנישואין איכא הקפדה בכלל צווי האב לכשתנשא לא לבד בשביל טובת היורשים אלא בשביל טובתה ג"כ דירא שמא יאבדו אחרים את המעות ההוא דאיהו קפיד דווקא לנישואין וכן משמע לשון הריטב"א דאמר דאין להם ליתן וכן אמרינן באומר ליתן לבנו שקל דהיכא דאומר אחריהם יטלו אחרים ואיכא למתלי בקפידא ואע"ג דאיכ"ל נמי דכוונתו רק לזרוזי ואפילו לא אמר אל תתנו אלא תנו אלמא דהיכא דיש לדון בלשונו ב' כוונות חיישינין על תרווייהו. ותרווייהו לחומרא דמצוה לקיים דברי המת ואפילו ספיקא לחומרא כנראה שם בכתובות דף ס"ט ע"ב בדברי השיטה מקובצת בהאי דתנו לבני שקל עיי"ש:

ואני אמרתי בזה לישב קושיא ההפלא"ה בכתובות שם לדעת הר"ן דמפרש מתני' בזיכה לה מעכשיו וא"כ לר' יוסי דלא ס"ל דמצוה לקיים דבה"מ למה אין נותנין לה לאלתר. ואמרתי דר"מ לטעמי' דס"ל דתפס לשון ראשון וכיון דאמר לשון דמשמע מעכשיו או פי' מעכשיו אע"ג דבסוף אמר שיקנה בה שדה דמשמע בהיפוך הי' הדין לומר דאזלינן בתר לשון ראשון ולכך איצטרך לומר לדידי' דאפי"ה לא יתנו משום מצוה לקיים דה"מ. אבל לר"י דס"ל דבגמר דבריו אדם נתפס אע"ג דלית לי' מצוה לקיים דה"מ מ"מ מגמר דבריו הי' צריך לקנות שדה אלא משום הא אם רוצית למכור תוכל למכור אבל מיד אין נותנין

לה כיון דבגמר דבריו אדם נתפס א"כ השליש לה רק ע"ז. ולדידן דקי"ל בחו"מ סי' שי"ב סעי' ט"ו דמספקא לן הרי אנו קי"ל כר"מ. ועכ"פ בנידון שלנו שאמר לכשתנשא ואין סתירה בלשונו נראה כיון דקי"ל מצוה לקיים דה"מ אין ליתן לה או לאחרים בשבילה עד שתנשא:

אמנם נראה לי אם אביה זה שרוצים ליתן לו המעות עד שתנשא הוא נותן ערבות ובטחון שיש בו סמיכה שכשתבוא עתה להנשא ישלם במילואו והיורשים רוצים לוותר זכותם ליתן עתה בזה נראה דלכ"ע לית בי' משום אינו מקיים דברי המת דמה לי שהן אצל האב או אצל היורשים ואומדן דעת שאין עינו רעה בשלו שלא יהנו אחרים ממנו כעין דאמרי' באל תתנו לבני אלא שקל דלזרוזי קאמר שיהיו היורשים אפטרופסים ולזרז בזה כן נראה לפי ענ"ד. ופר"מ נ"י בעיניו יראה וכאשר יהא נראה לו כן יעשה:

והנה פר"מ נ"י הקשה דמנ"ל להגמרא לומר דטעמי' דר"מ הוא משום מצוה לקיים דה"מ דלמא ר"מ לטעמי' דס"ל בב"מ דהמשנה מדעת בעה"ב נקרא גזלן (ואפשר דיש לחלק בין שינוי דהתם לשינוי דכאן שהרי אינה רוצית לשנות בפועל לגמרי אלא שאומרת נאמן עלי בעלי) עוד הקשה פר"מ נ"י אהא דר"מ דהעני לא יקנה לו בגד אחר ממה שהוא נותן אדעתי' דידי' הרי הא לא עדיף מתנאי ור"מ הא סובר דבעי' ת"כ. ולפי ענ"ד דהנה כבר ביאר היטב הריטב"א בקדושין דף כ"ג דכל תנאי שאינו אלא שיור בגוף המתנה לא בעי' דיני תנאי והוי כאומר ע"מ שהמתנות שלי או ע"מ שהמעשרות יהיו שלו דתנאי כה"ג לא הוי אלא שיור. וה"נ הנותן משייר לעצמו הכח הזה שלא ישנה המקבל מדעתו וכן פירש"י בב"מ שם דלענין זה עדיין נשאר בחזקתו:

ונראה דכל זה שייך בעלמא אבל בשכ"מ לא שייך זה שהרי כ' הריטב"א דר"מ סובר דלא מהני ע"מ שאין לרבו רשות בו משום דאין השיור לעצמו ושוב הוי תנאה ועיי"ש וה"נ בשכ"מ דלעצמו' אינו משייר וקי"ל בחו"מ סי' רע"ו דדבר שאין בו ממש אין היורשים זוכים א"כ לא שייך שיורא לדידי' וע"כ הוי תנאי ור"מ לשיטתי' ואינו מועיל וע"כ טעמי' דר"מ משום מצוה לקיים ומיושב קושיא חדא באידך. כן נראה לפי ענ"ד:

ובזה אפשר לישב ג"כ מה שדקדק על הרמ"א באהע"ז סוסי' נ"ד שכ' דבלא השליש אינו מועיל הא קאי גם על ולהנ"ל הא בח"מ סי' ר"ן סעי' ד' פסק דשיור כ"ש ג"כ מבטל המתנה והפליתי בסוף סי' ס"א כ' בחד תירץ על הרמב"ם והש"ע דאנן מספקא לן אי שיורא שייר והיורשים מוחזקים א"כ כאן דמשליש ואמרינן שיורא שייר ממילא בטלה מתנת שכ"מ וצריך לקיים רק מכח מצוה לקיים דה"מ וא"ש גם הלשון הזה. כן אפשר לומר לחדודי. אבל העיקר נראה דלא קאי אמתנת שכ"מ בכולו:

והנה מרן הגאון בחת"ס חיו"ד סי' רל"ח גם הסכים בנדרה עבור יתומה להשיאה דאפילו נתנה כבר ומתה צריכין להחזיר דאומדנא דאדעתא דהכי נתנה ועל הראי' שהביאו מב"ק דף ק"י דאמרינין בפשיטות דאי לא מכפר צריך המשמר להחזיר ה"נ תי' שם וזה לא שייך כאן. ואני ראיתי בשמק"ב בב"ק שם שהביא דברי המאירי ומשמע שם בהיפוך דכ' דעיקר דיוקא דש"ס הוי מדסתם ומשמע אפילו בנתנו קטן דלאו בר מתנה א"צ למיהדר ומזה דייק דמכפר מקצת. אמנם כל זה לא שייך בנידון שלנו. ובהא סליקנא כיון דהש"ך בסי' רנ"ב הביא לפסק הלכה דאם צוה ליורשים גם בלא השליש אמרינין מצוה לקיים דברי המת הה"ד בנידון שלנו ואומדנא איכא לפי המבואר בפוסקים דרצונו דווקא להשיאה החיוב על היתומים לעשות ולחוש על זה אלא אם כן יהי' ערבות ובטיחות דיתקיים מצותו כן נראה לפי ענ"ד:

תשובה מא

עוד להגאון הנ"ל.

ואשר ביקש ממני לחוות דעתי בענין סיתומתא דיש אומרים דמעות האידנא סיתומתא ואם קונה בדבר שאינו ברשותו. הנה מי שאומר דמעות קונה מצד סיתומתא לא אמר כלום ולא שמעתי דבר זה מעולם ומה דאיתא בש"ע סי' ר"א פרוטה לסיטומתא כבר ביאר בשמ"ק ב"מ פ' איזהו נשך דהיינו דלא סגיא ולית לה צורתא ונותנין זה בתורת קנין סידור (ועיין שם בסמ"ע בסי' ר"א סק"ד) ומנהג זה לא ראינו מעולם ואפילו התנו כ' הש"ך בסי' קצ"ח סק"י דלא מהני וחולק על הרמ"א. האנדשלא"ג עם מעות נוהגין גם בגלילותינו להחזיק לסיטומתא. ולדעת מרן הגאון זצ"ל בחת"ס בחיו"ד סימן שי"ד הוי קנין סיטומתא קנין דאורייתא:

ולענין אי קונה גם בדבר שלב"ל ואינו ברשותו ג"כ יש פלוגתא. בקצה"ח סי' ר"א הביא דלא קנה ומרן הגאון זצ"ל בחת"ס בתשובה הנדפסת אצל חידושי הריטב"א למס' ע"ז להגאון בעל אמרי אש זצ"ל הביא הרבה דיעות דקונה. וכן נראה דעתם וכן פסק בתשובת שואל ומשיב בח"ב סי' ל"ט הלכה למעשה דבדברים דנוהגין לסחור קודם ביאתם לעולם כמו י"ש וכדומה קונה סיטומתא אפילו בדשלב"ל ואם אינו ברור אם המנהג כך צריכין לפשר. ואם אמנם שלא כתבתי בזה דבר חדש עשיתי רצונו של אדם זהו כבודו ובזה אחתום בברכה ויהי' ד' עמו וקרנו ירים בכבוד ידידו הד"ש הק' משה שיק מברעזאווע:

תשובה מב

בעזהי"ת ר"ח אדר תרכ"א לפ"ק. החיים והשלום וכ"ט לאהובי ידידי הרב המופלג המאוה"ג מו"ה נפתלי סופר נ"י אב"ד בקק"ק יע"א.

אשר בדק לן מעלתו ע"ד יתמי בת אשה שמת בעלה ואח"כ מתה היא ולא נשבעת אכתובתה איך דין הבכור אי נוטל פי שנים כיון דבנכסי אם' אינו נוטל וכל העזבון יעלה לערך כתובתה וכ' מעלתו ני' שכיון שהיתה חולנית לא שייך חשש צררי כידוע עכ"ל הצריך לעניינו וגוף הסברא שכ' מעלתו ני' דכיון שהיתה חולנית לא חיישינין לצררי לא אדע מנ"ל הא והנה הדין הוא בתשובת הרא"ש סוף כלל נו"ן אלא שלשונו יש לפרש דמספקא לי' אבל מדברי הטור בסי' רע"ח שהביאו מבואר דט"ס יש בתשובה וכן פסקו בחו"מ סי' רע"ח סעי' ב' דבלא נשבעת הבכור נוטל פי שנים ולפי הלשון משמע דהיינו דווקא באופן הצריכה שבועה ויעויין בב"ש רסי' צ"ו:

ולכאורה קשה פשיטא דהרי קי"ל אין אדם מוריש שבועה לבניו ואין יורשיה יורשין כלל כתובתה כדאיתא בחו"מ סי' ק"ח ושם באהע"ז סי' צ"ו. ולי הי' נראה דאפילו בגוונא דאינה צריכה שבועה מ"מ הנכסים המה של הבעל כדאיתא ביבמות דף ס"ו ע"ב ואפילו הדין עמה מ"מ מחסרת גובייגא וחשבי' כשלו ושם לא צריכה שבועה וכמ"ש המל"מ בפ' י"ח מה' אישות דין ט' דהיכא דנכסי צ"ב בעין לכ"ע אינה צריכה שבועה ואפי"ה חשבינין כשלו ואין לה עליו אלא שיעבוד וא"כ מאבוה ירתי ולמה כתבו הפוסקים משום דצריך שבועה. (ולפי מ"ש הב"ש בסי' ק"ה ס"ק ח' דאם כבר נשבעה יכולין שוב היורשים לתבוע מן הבכור על הכתובה ב' חלקים וא"כ ה"נ עיי"ש):

ולכאורה הוי אמינא לתרץ דלא קי"ל כרבא ביבמות דף ס"ו משום דקשיא עלי' מהני דקי"ל באהע"ז סי' צ' סעי' ו' בנפל הבית עליו ועל אשתו כר"ל ב"ב דף קנ"ח דבנכסי צ"ב יחלוקו והטעם משום דהנכסים בחזקת שניהם. וכבר הסביר המל"מ הנ"ל דאע"ג דהשתא אינם בעולם והוי רק חוב מ"מ דייניגן לי' כמעיקרא כמו שהי' בעין (ומטעם זה נראה במעות נדוניא דאינם בחזקתה עיין בחלקת מחוקק בסי' ע"ז ס"ק ז' ובב"ש שם ואפילו הם בעין וא"כ מעולם לא היו בחזקתה. וא"כ בכה"ג לא אמרינין יחלוקו והב"ש בסי' צ' לא כתב כן וכבר הניח זה בס' בית מאיר שם בצ"ע) ועכ"פ בנכסי צ"ב שהיו בעין הוי ספק אם הם בחזקתה וקשיא לרבא והוי אמינא דרבא ס"ל כמ"ד ב"ב דף קנ"ח דנצ"ב בחזקת הבעל.

מיהו ז"א דהרי הרי"ף והרא"ש ביבמות שם פסקו להא דרבא אע"ג דפסקו ב"ב כמ"ד יחלוקו ונראה דיש לחלק דנהי דמחוסר גובייגא מ"מ גם קודם גבי' יש לה כח וזכות

בהן דהבעל אינו יכול למכור כדקיי"ל באהע"ז סי' צ' וא"כ גם לה יש זכות בנצ"ב קודם גובייגא ולכך מקרי בחזקת שניהם ויחלוקו ואין צריכין לומר מטעם ספק אלא משום דיש לשניהם זכות וכ"כ הר"י מיגש שם וא"כ שפיר נוכל לפסוק כרבא ועמדה בתוקפה קושיא הנ"ל למה משמע בפוסקים הנ"ל דבאינה צריכה לישבע אין הבכור נוטל פי שנים בירושה מהאם והוי לי' לכל הפחות ליטול מחצה ויחלוקו וכמבואר בחו"מ סי' רע"ח סעי' זיי"ן:

ונראה לפי ענ"ד לישב דנהי לענין ספק ולענין לאסור הנצ"ב גם בחזקת הבעל מ"מ כיון שהם משועבדים ויהיו הב"ד יורדין לנכסיהון ויגבו מהם לא מקרי זה ירושה דקי"ל ירושה אין לה הפסק וכאן הוי רק ירושה ליומא דלאחר זמן יגבו מהם או הם בעצמם או דמיהן וזה לא הוי ירושה וע"כ לאו מאביהם ירשו אלא מאמם ולכך אם היתה אמם גובה בלא שבועה לא הי' הבכור נוטל פי שנים וא"ש לישנא דהפוסקים הנ"ל:

אמנם לפי"ז נפל כל הדין הנ"ל בבירא דהרי לכמה פוסקים בנדוניא א"צ לישבע עיין במל"מ פי"ח מה' אישות דין ט' הנ"ל ובב"ש רס"י צ"ו ונהי דאם אתת היא לגבות לא היתה נוטלת אלא בשבועה השתא מיהו אצל היתומים שהבכור בא לגבות יכולין לומר אולי הדין כמ"ד דא"צ לישבע ונהי דגם הוא מוחזק והנכסים בחזקת הבכור ובחזקת שאר היורשין ויהי' הדין יחלוקו כדאיתא בח"מ סי' רע"ח סעי' זיי"ן הנ"ל:

ואפשר לדחות כיון דהנכסים בחזקת אביהם דמחוסר גובייגא אלא דאנן אמרינין כיון דהיא תגבה ממי"א אין כאן ירושה וכל זה במקום שהיתה גובה אבל כאן שלא היתה יכולה לגבות ממילא הנכסים בחזקת אביהן ומיני' יורשין. ואדרבה יש להביא ראי' לזה מכח מה שהקשיתי בתחילה לעיל דמאי קמ"ל הרא"ש והטוש"ע בזה הא אין אדם מוריש שבועה לבניו: אבל להנ"ל שפיר קמ"ל כנ"ל דאינם יכולין לומר קים לן כמ"ד דא"צ שבועה:

אבל מדברי הש"י המובא בב"ש סי' צ"ו סק"ד דיכולין היורשין לומר להבעלי חובות דאין רוצין בשבועה וא"כ יורשים מאם משמע דאע"ג דהיא לא יכלה לגבות מאביהם אפי"ה יכולין לומר שהם אינם יורשים מאביהם וא"כ ה"נ ולכך הדין צ"ע. ונהי דמנכסי מלוג בוודאי אינו נוטל פי שנים ועיין באהע"ז בסי' ע"ז דבגדיה שהביאה לבעל דינם כנכסי מלוג אבל כנצ"ב עדיין צ"ע ויש לומר יחלוקו הנראה לפי ענ"ד כתבתי ולא למעשה (ועיין באהע"ז סי' ק"ה בב"ש סק"ח ובהפלא"ה שם) ידידו הדוש"ת הק' משה שיק מברעזאווע:

תשובה מג

נראה לי בהא דאמר שמואל בכתובות דף נ"ג וב"ב דף קל"ג לא תהוי בעבורא אחסנתא אפילו מברא בישא לברא טבא משום דלמא נפקי מיני' בנין דמעלו עי"ש לפי ענ"ד דזה דווקא אם הברא בישא אינו אפיקורס ואינו מן האנשים שאינם שומרים הדת בכללה ומחללים שבתות בפרהסיא ודינם כנכרים אבל אם הם אפקורסים וכיוצא נראה דלא שייך לומר דלמא נפקי מיני' בנין דמעלי דמסתמא אינו מגדל את הבנים על דרך הטוב. וכיוצא בזה כ' מרן הגאון זצ"ל בחת"ס בחיו"ד סי' על מאי דאיתא בש"ע סי' של"ד דאין לנדות היכא דיש לחוש שישתמד עי"ש. וא"כ נראה דהה"ד הכא ועוד אם ע"י ירושה ההוא יהי' רשע יותר כגון אם מניחין לו שדות וכרמים וכיוצא בהן והוא מחלל שבתות ויעבוד אותם גם בשבת אפשר דבאופן זה לא אמרו חכז"ל זאת כן נראה לפי ענ"ד:

תשובה מד

שיל"ת חוסט יום ב' י"א טבת תרכ"ד לפ"ק. החיים והשלום וכל טוב להרב המאוה"ג המופלג מוה' אהרן מאיר נ"י אב"ד בק"ק וואלאווא יע"א.

מכתבו קבלתי ושם נאמר לבקש חוות דעתי בעובדא שאירע בגבולו שב"ד מופלג עשו פשרה בדבר עזבון של איש א' שהניח אלמנה ובן קטן ובת אחת נשואה לת"ח ומחמת חמלה ולטובת היתום פסקו לבן ולבת שליש וגם להאלמנה הכנסה משליש כל ימי חייה אם אמנם שלא הי' לה תוס' כתובה וערך העזבון עולה עד זיי"ן אלפים ע"וו ונתנו את הקטן לגיסו שיגדל אותו לתורה ועבודה. ועתה נתגדל ונכבדות מדובר בו שידוכים הגונים להחזיקו לתורה וליראה. אלא שרצונם שיהי' לו מעות מזומנים. והאשה נישאת לאיש ומעכבת מלמכור א' שאין מוכרין קרקעות ובנכסי אביו עד עשרים שנה. וגם מחמת דמהיכן תגבה שליש הכנסה. והיתום וגיסו טוענים הלוא מצד הדין לא הי' לה כלל דהרי אפילו לגבי' כתובה הוצרכה שבועה, רק הב"ד עשו לטובת היתום שתהא משגיח עליו להיות עמו נוסף על השגחת גיסו ועתה כי נישאת לאיש היתכן שיתעגן היתום עבור שליש שלה שהוא שלא מן הדין. ועל טעם מכירת הקרקעות טוענים כי בב"י סי' ר"צ ופסקו הרמ"א שם בסעי' י"ג דלטובת היתום רשאין למכור ברשות ב"ד. ונראה למעלתו ני' דהדין עם היתום מטעם הנ"ל אלא שאינו יודע איך נסלק אותה משליש הכנסה שלה שנעשה בתוקף מעשה ב"ד וביקש ממני להודיעו מהרה איך דעתי נוטה להלכה. ואם אמנם בדיני ממונות צריך שישמעו מפי הבעל, דינים אבל רשאין לכתוב את הנראה לדינא עפ"י טענות הנ"ל:

והנראה לפי ענ"ד בעזהי"ת דהדין עם היתום. וטענת האשה שהם נחלקים לב' טענות אינם כדאי לבטל זכותו. הנה על טענה הראשונה שאין רשאין למכור קרקע טענה זו אינה מחמת ב' טעמים אחד כיון שכבר נתגדל והי' לאיש בן י"ג שנה ובכל דיני תורה נקרא גדול ובר דעת רק למכור בנכסי אביו חששו חכז"ל אולי דעתו קרובה אצל זוזי ואמרו שאין מכירתו מועיל דדלמא ימכור בזול וזה שייך אם אין גדול אפטרופס עמו אבל כיון דאפטרופס עמו ורוצה למכור בדמי שוויי' אין שייך טעם הזה וממילא רשאי למכור וכ"כ בהדיא במבי"ט ח"א סי' קכ"ב והכא גיסו שהוא אפטרופס שלו דלא גרע מיתומים שסמכו אצל בעה"ב וא"כ כיון שהוא מסכים רשאין למכור. וגם מטעם שני שכבר כ' מעלתו ני' הואיל ורשות ב"ד ינתן לו וברשות מותר שכ"כ הה"מ סוף הלכות נחלות בשם הרמב"ן ורשב"א וכ"כ הנמוק"י בגיטין דף נ"ב ולמד כן מתוספתא שמבואר שברשות ב"ד הכל מותר ואין לדבר. זה אלא מקומו ושעתו וכ"כ במבי"ט בתשובה הנ"ל:

איברא דלכאורה קשיא על זה מדברי התוס' בגיטין דף ל"ד ע"א ד"ה ב"ד כו' שכ' וכשיש שדות יכולין ליתן לעובד שדות נגד עבדים שיש כח לב"ד על זה כו' עיי"ש משמע מדבריהם דלמכור שדות אין רשות לב"ד ויותר תימה שהרמ"א בחו"מ סי' רפ"ט סעיף א' כתב ואין רשות לב"ד לחלוק בגוד או אגוד כו' וכ' הסמ"ע שם הטעם משום דאין רשאין למכור שדות וקשיא דברי הרמ"א אלו אדברי הרמ"א בסי' ר"צ סעיף י"ג הנ"ל:

ונראה לישב שאין כאן סתירה שבוודאי גם לב"ד אין רשות אם לא לטובת היתומים ולכך כיון דבעינין לטובת היתומים לא הניחו דבר זה ביד האפטרופס אלא ב"ד יעיינו בזה אם הוא טובת היתומים וכמו דסיים התוספתא דאין לדבר זה אלא מקומו ושעתו ובסי' רפ"ט דאין בזה טובת היתומים קטנים אפילו לב"ד אין רשות ולכך שינה הרמ"א לשון שכ' הפוסקים הרא"ש והריטב"א ויתר הפוסקים שכ' דאין רשות לאפטרופס לגלות וללמד לן דמבלי טובת היתומים אפילו לב"ד אין רשות. אבל לטובת היתומים הדין בלי חולק שמותר לב"ד למכור וכמ"ש בסי' ר"צ וכמ"ש המבי"ט בתשובה הנ"ל וא"ש:

אמנם בטענה שני' לכאורה דהדין עם האשה דנהי שהב"ד הפריזו על המדה ונתנו לה הכנסה כל ימי חיי' ומאי טובה יהי' בזה ליתום ואנן קי"ל כר"נ בקדושין דף מ"ב דאם לא טעו אמרינין מאי כח ב"ד יפה ואין יכולין למחות אבל בטעו לא אמרינין מה כח ב"ד יפה עיי"ש. מ"מ קשיא מזה על דברי הרא"ש בתשובה כלל פ"ה דאפילו בטעו נראה מדבריו דס"ל שמעשיהם קיימים ששם כ' בג' פשרנים שעשו פשרה בדבר יתום וכ' שאם יברר האפטרופס שיש אונאה והפסד ליתום בפשרה נמצא שטעו כו' ושוב כ' אפילו כוונו להיות אפטרופסים אין רשות דדווקא דיינים קבועים או גדולי הדור יש להם להיות

אפטרופס כו' עיי"ש בלשונו מבואר שאם היו ב"ד קבועין הי' הפשרה נתקיים והעתיק הרמ"א בסי' ר"צ מקצת מתשובה ההיא וקשה אפילו ב"ד הא קי"ל היכא דטעו יכולין למחות וצ"ע:

ונראה לישב דיש ב' מיני טעותים אחד טעות מבורר כעין טעות בשומא פחתו שתות ויש טעות רק בשיקול הדעת שסברו שיש תועלת וטובה ליתום ובאמת טעו דאין טובה וא"כ י"ל דדווקא בטעות המבורר חוזר אבל בטעות שטעו בשיקול הדעת כיון דהב"ד הוי כאביהן של יתומים וכאדם העושה בשלו וכשם שאם אדם עושה בשלו וסבר שהיא לטובתו ולתועלתו וטעה כיון שלא התנה מעשיו קיימים ה"נ מעשה ב"ד קיים וא"כ י"ל דהה"ד בנידון הנ"ל כיון דלפי אומדן דעת הב"ד הי' טובת היתום בזה בי דינא בתר בי דינא לא דייקי ובתשובת שבות יעקב ח"ב סי' קי"ג האריך בזה דאין לדון בתר בי דינא ואמרי' בחולין דף מ"ח הם הכשירו שידעו מאיזה טעם הכשירו אע"ג דאנן לא ידעי' טעמם ה"נ בנידון הנ"ל בוודאי הי' טעמם ונימוקם עמם שיהי' להאשה כל ימי חי' שליש הכנסה וא"כ צריך היתום למכור באופן זה שרק חלקו ימכר ושתשאר עמו בשותפות להיות לה שליש הכנסה כל ימי חיי' ואו בגוד או אגוד כפי שיתרצו:

אמנם לאחר העיון לפי הצעות טענותיהם נראה דלא הי' טענתם שטעו הב"ד בשיקול הדעת. אלא שאח"כ נשתנה הענין שהב"ד החזיקו אותה בכדי שתשגיח על היתום ועתה אינה משגחת עליו כי נישאת לאיש אחר וא"כ נחזי אנן הרי ב"ד עשאום חכמים כאביהן של יתומים. אבל בוודאי לא עדיפו וטובים יותר מאביהן של יתומים. ואם אדם נותן משלו לאיש אחר ואומר שנותן ועושה כן לתועלת פלוני כו' ונהי דלא התנה הא קי"ל בחו"מ סי' ר"ז סעי' ג' דיש דברים דאזלינין בהו בתר גילוי דעת ואע"ג דשם כ' הרמ"א דבמטלטלין לא מהני גילוי דעתא זיל בתר טעמא שכ' הסמ"ע שם דלפעמים אדם מוכר כו' אבל בב"ד שאינם רשאים ליתן ולמכור אם לא לטובת היתומים וכ"ש לפי מ"ש הרמ"א שם בסעי' ד' דבמתנה אפילו דברים שבלב ואומדן קצת מהני. וא"כ ממנ"פ אי עשו הב"ד מה שעשו משום חמלה וחנינא הרי אין רשות לב"ד ליקח מיתום ולחמול לתת לאלמנה. וע"כ אתה מוכרח לומר דרק לטובת היתום עשו וסברו בכדי שתשגיח עליו דכיון שיהי' לה הכנסה על כל ימי חיי' שוב לא תנשא לאיש ויהי' עי"ז טובה ליתום ע"י השגחתה וא"כ אם נתברר שאין הדבר כן כמו שסברו הב"ד לא מבעי' אם פירשו ואמרו שמשום זה נותנין לה אלא אפילו לא פירשו כיון שהיתום יש לו חזקה בנכסיו פשיטא דיכול לומר קים לי כהי"א המובאים ברמ"א סעי' ד' הנ"ל:

אלא דעדיין יש לפקפק על טענת היתום ממאי דמסיק הריטב"א בקדושין דף מ"ב דדווקא אם מיחה מיד כשהגדיל אבל אם לא מיחה מיד שוב א"י למחות. ונראה דגם מטעם זה אין אנו יכולין לגרע זכות היתום דהרי בלא"ה צריך פירוש איך כ' דמקרי מחילה הא קי"ל בחו"מ סי' רמ"א סעי' ג' דבדבר שהיא בעין וכ"ש בקרקע לא מועיל מחילה אלא בעי' מתנה ממש מיהו משום הא לא קשיא דהרי כבר הי' מעשה ב"ד אלא שנשאר לו כח שיכול למחות ועל כח זה מחל. ואכתי קשה דכמו דקי"ל דפשרה צריכה קנין אע"ג דמחילה א"צ קנין מ"מ הואיל והוא ע"י ב"ד הוי כעין מחילה בטעות וצריך קנין וא"כ גם שם בנידון הריטב"א הי' עפ"י ב"ד וליבעי קנין. ונראה דשם מיירי בהגדילו שיכולין למחות ברוחות וזהו מילתא דנפשי' ואינו מידי דב"ד וכמ"ש נמי התוס' בגיטין דף ל"ד ע"א ד"ה בית דין כו' ולכך מהני מחילה גרידא. וכל זה התם.

אבל בנידון שלנו דהוי מילתא דב"ד וגם כל שנה ושנה בפ"ע היא ומה שלא אכלה ולא לקחה עדיין אפשר דנוכל לדמות כדבר שלב"ל וא"כ לא מקרי מחילה וא"כ נראה טענת היתום נכונה והדין עמו. ומ"מ כיון דב"ד בתר ב"ד לא דייקי ואין אנו יודעין טעמם ומילתא דתליא באומדנא עיין בחו"מ סי' רמ"ו הרבה חילוקים בזה ובחו"מ סי' ס' נתחבטו הפוסקים ועיין שם בטו"ז בסעי' ג' באחד שהתחייב ליתן מזונות לבנו וכלתו ומת בנו אם נלך בתר אומדנא ואחרי כל הסברות כ' התומים שם דטוב לפשר ואנן כאצבע בקירא לסברא ע"כ ישתדלו לעשות עם האשה וכ"ש בן נגד אמו פשרה באופן האפשר. אבל לעכבו מלמכור אינו יכולה והנראה לפי ענ"ד כתבתי וחתמתי שמי ידידו הדורש שלומו תמיד הק' משה שיק מברעזאווע:

תשובה מה

בעזה"י חוסט יום ד' פקודי תרל"ו לפ"ק. את חג המצות יחוג בדיצות תלמידי הרב הגדול המופלג בתורה וביראה כש"ת מוה' זוסמאן סופר נ"י האבדק"ק האלאש יע"א:

מכתבך קבלתי וע"ד תורה אשר כ' מעלתך נ"י בענין יאוש למ"ד יאוש קונה אם צריך קנין חדש וכתבת שבס' טיב גיטין כ' דלא בעי קנין חדש ושזה נגד דברי שכתבתי בחג הסוכות העבר. גם הקשית למ"ד יאוש קונה וסתם גזילה יאוש בעלים להרמב"ם. וכ' דהיכא דהשומר כפר ונשבע דבוודאי נתיאשו הבעלים ממנו א"כ קשה האיך כתבה התורה והשיב את הגזילה אשר גזל וכתבת כי הקשית קושיא זו לכמה גדולים ולא אמרו לך דבר ברור. ולפי ענ"ד הדבר פשוט דכשם שאמרו רז"ל באונס שגירש דאע"ג דהגירושין מועילים והיא מגורשת. וכדאיתא בפ"ק דתמורה ואפי"ה התורה נתקו לעשה דלו תהי'

לאשה ולא יוכל לשלחה כל ימיו בעמוד והחזר קאי וה"נ בגזל ונתיאשו הבעלים אע"ג דקנאו ביאוש והוא כשלו ע"י הגזל מ"מ הלאו דלא תגזול רמיא על קרקפתא דגזלן וראוי להלקותו וע"ז כתבה לנו התורה תיקון שישיב את הגזילה אשר גזל ובזה יתקן הלאו אע"ג דקנה הגזילה. ואם משיב רק דמי שווי' בזה יש פלוגתא בתוס' במכות דף ט"ו ד"ה התם ויש שם ב' סברות אם בדמים מקיים המ"ע ובנוב"י מהדו"ת חאו"ח סי' קל"ו שם בהגהות בנו האריך בזה והוכיח שהרמב"ם סובר דאינו מקיים בזה המ"ע של והשיב את הגזילה עיי"ש:

אמנם אפילו למ"ד דגם בהחזרת דמים בעד החפץ מקיים המ"ע נראה דהיינו היכא דאין הגזילה בעין אבל אם הגזילה בעין בוודאי עליו להחזיר החפץ דווקא. שוב ראיתי כן בשמ"ק ב"מ דף כ"ו ע"ב דאפילו אי יאוש קונה חייב להחזיר החפץ אלא שכ' שם דגם בדמים מקיים המ"ע ואיכא למימר כנ"ל עכ"פ נהי דלמ"ד יאוש קונה והחפץ שלו מ"מ אינו מבואר במה קונה זה דמצד הגזילה לא קנה אלא שחייב באחריותה וכבר נסתפקו התוס' ב"ק דף ס"ט ד"ה כל שלקטו בזה וחקרו מאי בין יאוש להפקר ולמה צריך הפקר אחר יאוש וכ' ב' סברות או דהיאוש הוי רק ע"ד הגזלן והוי כמתנה או דיאוש הוא אדעתא דכ"ע ואם אינו ברשות הגזלן כל המחזיק בו זכה וא"כ ע"כ אם הוא ברשות הגזלן הוא רק דחצרו קונה לו. דחצרו קונה לו שלא מדעתו אבל אם הוא ברה"ר בוודאי צריך הגזלן לעשות בו קנין (וגם בשינוי דממילא בגנב טלה ונעשה איל אני מסופק אם קנה הגזלן אם אינו עומד ברשותו בלי קנין):

אמנם כל זה ביאוש במטלטלין אבל מה שפקפקת על דברי שכתבתי בקרקע דאינה נגזלת אפי"ה בנשתקע שם בעלים ממנה כ' התוס' דקנה האנס והקשה בכפ"ת דא"כ באוונכרי נמי התם בוודאי אין היאוש בקרקע אלא מצד תורת מחילה ואיכא הפקר וכבר כ' התוס' דאיכ"ל דרק אדעתא דגזלן אפקרי' ושאחר אינו רשאי ליטול. והנוב"י במהדו"ת סי' קנ"ד כ' דנגד יחיד מהני הפקר כה"ג. ומרן הגאון זצ"ל בחת"ס בחיו"ד דפליג עליו מ"מ כ' דאי אפקרי' אדעתי' דידי' הוי רק כיאוש וכסילוק ויכול זה לזכות אלא שגם הנותן והמפקיר יוכל לחזור והוי רק כיאוש ועכ"פ אם אחר זוכה בו כיון דאדעתי' דידי' לא אפקרי' הוי כגזלן. וזה שכתבתי שם דבאוונכרי אע"ג דנשתקע והוי כיאוש וכהפקר אבל רק לנגדו הוי הפקר דרק אדעתי' דידי' אפקרי' והרי הנכרי אינו מכוון לקנות ולכך אינו מועיל באוונכרי נשתקע. זה הוא הי' כוונתי במה שכתבתי לך אז.

ועכ"פ מדברי התוס' ב"ק דף ס"ט הנ"ל נראה לי דלאו דווקא בקרקע דאינה נגזלת שהיא עדיין ברשות בעלים אפי' נשתקע ונתיאשו מ"מ בוודאי צריך קנין כיון דעדיין לא הוי שלו

עד עתה ורק עתה הוי כאלו הפקידו והוי כמתנה חדשה אלא דאפילו בגזילת מטלטלין נראה מדברי התוס' הנ"ל דלכל הפחות מידי ספיקא לא נפקא וצריך הגזלן לעשות בו קנין אם הדבר אינו ברשותו אבל אם הם ברשותו חצרו קונה לו אף שלא מדעתו כן נראה לי:

תשובה מו

עוד להרב הנ"ל.

אשר חקר מעלתו בדברים המחוברים בקרקע אם האחד מהם איסור והשאר היתר אם מתבטל במחובר. ופשט לי' ספיקו מדברי רש"י בגיטין דף נ"ד ע"ב גבי נטיעה של ערלה שנתערבה בנטיעות ופרש"י דמחובר אינו בטל משום דחשוב ומזה מוכח דאינו בטל רק מדרבנן אבל מה"ת גם במחובר בטל. ויישב מעלתו ני' בזה מה שתמה מרן הגאון זצ"ל בחת"ס חיו"ד סי' רל"ה על הגאון בעל בית אפרים שכ' ראיה נגד הרמב"ם דס"ל ספיקא דאורייתא מה"ת לקולא דא"כ קשה הא דאמרי' בע"ז דף נ"ג ע"ב דלכך כ' התורה ואשיריהם תשרפון באש משום אשירות שנעבדו בשעה שעשו ישראל את העגל דשלוחותייהו עבדו וקשה הא הוי ספק ואלא ע"כ דספיקא דאורייתא לחומרא. והקשה מרן הגאון זצ"ל הא התם הוי איקבע איסורא ותי' מעלתו ני' דאשירות אלו שנעבדו הרי לא ידעינן אי היו רוב והוי רק ספק רוב והיכא דהוי ספק רוב שוב לא מקרי איקבע כמ"ש הפמ"ג בפתיחה להלכות תערובות. אלו תוכן דברי מעלתו נ"י:

הנה באמת דברי רש"י גיטין הנ"ל דמוכחין לכאורה דמחובר בטל מה"ת קשיין לי טובא דהם לכאורה נגד המשנה פ"ט דתרומות משנה ה' דתנן התם דלגינה אחת של תרומה באין זרעו כלה אינו בטילה אפילו במאה לגינות והר"ש שם הביא מהתוספתא הטעם משום דקרקע בקרקע אינה בטילה וכ' הר"ם שם משום דאין כאן תערובות ובס' תפארת ישראל על המשניות כ' שם הטעם משום דהוי קבוע וכמחצה. על מחצה דמי הרי בהדיא דמחובר לא בטיל מן התורה ואפילו נדחוק דרש"י באמת סובר דגם התם הטעם משום דחשוב מ"מ דברי מעלתו שכ' לישב דשם לא הוי איקבע משום דהוי ספק רוב להרמב"ם לא שייך זה וא"כ שפיר תמה מרן הגאון זצ"ל:

ובאמת לפי ענ"ד יש לומר דגם רש"י מודה להרמב"ם וכפשטות התוספתא וכמו שהביא גם התויו"ט שם אלא דרש"י קאי בפירות העומדים לתלוש ולר"מ דס"ל בשבועות דף מ"ג דכתלוש דמי ועומדים להתערב ובטור וש"ע יו"ד סי' קי"א פסקינן דדבר העומד להתערב כמעורב דמי ומצטרף לבטל את האיסור ולכך הוכרח רש"י לפרש משום טעם

אחר דהוא מטעם חשיבות. אבל אילן באילן דאינו עומד להתערב נראה ביו"ד בסי' קי"א הנ"ל דוודאי אינו מצטרף לבטל ולי הי' נראה דכוונת בעל בית אפרים הוא דהרי אותן אילנות שכבר היו אז בעולם לא היו יכולין לאסור אז כיון דקי"ל כרבנן דר"י הגלילי דמחובר אינו נאסר ולא היו יכולין לאסור רק מה שניתוסף אח"כ ובתורה משמע דגלי גוף האילן ואפילו לשרש אחריו אנו מצווין וע"כ שהספק רק על אותן שנטעו אז בשעת עשיית העגל או מה שניתוסף והרי אפשר שלא נטעו אז כלל או לא ניתוסף וא"כ לא הוי איקבע:

ובספר מלוא הרועים אות ק' ערך קבוע כ' דמהתם איכא למילף דין דקבוע והקשה דל"ל וארב לו כו' תיפוק לי' מהתם. והוא דס"ל דבוודאי רוב אילנות היו היתר הן אותן שהיו נטועין קודם מעשה וכמו כן אותן שנטעו אחר שכבר שבו ישראל מהחטא. וא"כ אותן שנטעו בשעת מעשה הי' מיעוט בוודאי ואעפי"כ צוותה התורה ואשיריהם תשרפון וע"כ הטעם משום קבוע וא"כ למה לי וארב לו. וכפי מ"ש דנשמע מסי' קי"א דדבר שאינו עומד להתערב אינו מצטרף לבטל לא קשיא קושית מלוא הרועים הנ"ל:

אמנם עם כל הנ"ל עדיין קשה הרי האשירות קצצו אותן אח"כ וא"כ יתבטלו אח"כ אם נימא דהרוב הי' מן ההיתר לזה נ"ל דיש לדמות זה למ"ש המרדכי דכל שתחילת ביאתו לעולם ע"י תערובות אינו בטילה וכ' המל"מ פ"א מה' משכב ומושב דין י"ד דהוי דאורייתא וביאר הפליתי בסי' ק"ב טעמו הואיל והדבר המבטל לא הי' ניכר אין לו חשיבות ההיא לבטל האיסור. וא"כ ה"נ בשעה שהתחיל התערובות אינו ניכר ההיתר:

ובמקום אחר יישבתי בסברא זאת מאי דקשיא לי טובא בסנהדרין דף נ"ה דפשט ר"ש מאשירה דאסורה אע"ג דליכא קלון ואפי"ה אסור והדבר תמוה דמקרא מלא דיבר הכתוב לשמצה בקמיהם ומנ"ל להוכיח מאשירה דאפילו בליכא קלון דאסור ועפ"י הנ"ל כתבתי בחידושי קצת ישוב (דהרי התוס' בר"ה ד"ה ולא כו' כ' אפילו לאחר שהוא ירושה להם מאברהם יש להגוים במה שנטעו וא"כ כל האשירות היו אסורות והרמב"ם פסק בפ' י"ח מהלכות פסולי המוקדשין דאיסורין אין מבטלין זה את זה וא"כ כל זמן שלא נקצצו לא הי' אפשר לבטל את האשירות שנטעו להשתחוות להם בעת העגל שהרי כולם היו אסורים רק לאחר שנקצצו שהקציצות מבטלתן ונעשו האשירות של קודם המעשה ושלאחר המעשה היתר אז היו יכולין לבטלן וא"כ הרי תחילת ביאתן להיתר הוא בתערובות ולכך הוצרכו כולם שריפה ממילא עיקר שריפה הוא ע"י שהיו האשירות שמקודם המעשה ושלאחר המעשה ג"כ אסורים וע"י מה נאסרו ע"י התקלה שנעשה על ידם אף ע"ג דליכא קלון ושפיר הוכיח הש"ס דמשום קלון נאסר וק"ל) ועכ"פ בגוף

הדין שהתחלנו אם מחובר בטל נראה מהתוספתא הנ"ל ומהרמב"ם דמחובר אינו בטל מן התורה. והנראה לפי ענ"ד כתבתי יברך ד' אותך ואת כל אשר לך ותשמח בשמחת יו"ט הבע"ל כאות נפשך ונפש רבך הדו"ש הק' משה שיק מברעזאווע:

תשובה מז

בעזהי"ת יום ו' עש"ק חקת תרל"ו פה חוסט יע"א שלום וכל טוב וחיים להרב המאוה"ג המופלג בתורה כש"ת מוה' משה פאללאק האבדקה"ל אורטדאקסען בק"ק באניהאט יע"א.

על ד"ת שכ' במכתבו ואם אמנם אני טרוד מאוד ואין אני יכול להשיב על פלפולים מכל מקום לפי שדבריו נוגעים אלי שהעיר מעלתו על דברי הנדפסים בספר מצות השם הוכרחתי ליקח לי מעט פנאי להשיב על דבריו. והוא במ"ש בגליון מצות השם מצוה רכ"ב בלאו דלא תשקרו דקאי על נשבע בשקר בפקדון וכ' החינוך דלוקה והי' קשיא לי דבריש פרק שבועת הפקדון היא איבעי' דלא איפשטא ותירצתי דמושכחת לה בלא הודה כמ"ש רש"י שם דקרבן אשם אינו חייב אלא בהודה. ומעלתו ני' השיב דיש להעמיד הא דלוקה על שבועת ביטוי דאית בי' ג"כ ועוד מה שציינתי על רש"י ורש"א כ' שנראה לו שבמח"כ נעלם ממנו דברי רש"י ריש פרק ארבעה שומרין שכ' רש"י להדיא דאינו חייב קרבן עד שמודה ושב מרשעו ובא להתכפר מדכתיב בפ' נשא והתוודו את חטאתם וכ"כ רש"י בפירושו על התורה:

הנה גרם לי כל זאת קיצר דברי מבלי אפשרי לכתוב על הגליון כל הצורך. אבל באמת לא נעלם ממני והנה כבר הקשה בתוס' חדשים על התויו"ט ובפני משה על הירושלמי מהרמב"ם הלכות גניבה וגזילה. ואני כתבתי בחדושיי דנראה לי דלא נעלם ממהרש"א והתויו"ט דברי רש"י דפ' ד' שומרין אלא דהנה מבואר בב"מ דף ג' ע"ב דאשם היינו קרבן ולר"מ עדים מחייבו אשם ובמתני' ר"פ שבועות הפקדון והם דברי ר"מ ולזאת השיגו על רש"י דלמה פי' דווקא בהודה. ובאמת יש לישב דעת רש"י עפ"י דברי התוס' בב"מ שם ד"ה אשם שכ' דיש סוגיות חלוקות בזה ועיי"ש ועשמ"ק ועכ"פ נראה דצדקו דברי מהרש"א והתוי"ט ולא קשיא עליהם מדברי רש"י הנ"ל:

ובאמת דברי רש"י בפ' ד' שומרין דף מ"ט ד"ה ה"ג ואם הודה מעצמו שלא באו עדים כו' הקשה עליהם בס' פני משה בחידושיו על הירושלמי דלמה נקט רש"י בלא עדים הרי גם באיכא עדים הדין ג"כ כן ואני אמרתי ליישב עפ"י דברי מרן הגאון בעל חת"ס זצ"ל בחיו"ד סי' ד' שהקשה דהאיך מושכחת קרבן בהזיד בשבועת העדות דהלוא צריך

לומר שהזיד וכיון דאין אדם משים עצמו רשע איך יאמינו לו הכהנים ומזה הביא ראי' דמה שמתוודה דרך ווידוי לא אמרי' בי' אין אדם משים עצמו רשע. וא"כ איכ"ל דרש"י לרבותא נקט בהודה מעצמו בלא עדים דהו"א דאינו חייב קרבן דהא אין הכהנים צריכין להאמין לו משום דאין אדם משים ע"ר קמ"ל:

ולפי"ז לכאורה אינו מוכח מקרא דוהתוודו דאינו חייב קרבן אלא בהתוודה דדלמא גם קרא נקט לרבותא דאפילו ליכא עדים אלא שהודה מעצמו ג"כ חייב וזה שי"ל בטעמא דר"מ בב"מ ולדידן איכ"ל כיון דכתיב איש או אשה אשר יעשו מכל חטאת האדם משמע דכבר נודע קודם הודאתם ועכ"פ זה הי' כוונתי במ"ש בגליון הנ"ל דאפילו לדברי מהרש"א היינו דווקא לר"מ אבל לדידן בעינין דווקא הודאה. וא"כ איכ"ל דמשכחת כדברי החינוך בלא הודה:

אבל ליכא למימר דהחינוך מיירי דהזיד בשבועת ביטוי דהרי קיי"ל דבהתראה בעינין דווקא שיתרו בו משום אותו לאו עצמו כמבואר ברמב"ם בכמה דוכתי והחינוך כ' דבריו אלו על לאו דלא תשקרו ובכה"ג דאם התרו בו משום לא תשקרו אין מלקין אותו משום ביטוי. וכן צריך לומר שם בש"ס ר"פ שבועת הפקדון דרצה לפשוט מברייתא דתנא דחומר בשבועת פקדון דלוקין כו' ודלמא מיירי הא דלוקין היינו משום ביטוי:

ובלא"**ה** מבואר מדברי רש"י ותוס' שם בד"ה הזיד בשבועת הפקדון שהקשו דהוי מצי למיבעי זאת בשבועת העדות ותירצו ואי בשבועת העדות הוי מיבעי' לי' לש"ס ושם ליכא לאו אלא לאו דשבועות ביטוי ואי נימא דכוונת החינוך דלוקה משום שבועת ביטוי ואפי"ה מייתי קרבן אשבועת הפקדון וא"כ שוב הה"ד גבי שבועות העדות אע"ג דלקי משום שבועות ביטוי אפי"ה מביא קרבן אשבועות העדות ואלא ע"כ דפשיטא להו דכל דנלקה על אותו עבירה רק על זה מבעי' לי' להש"ס אי בעי ג"כ קרבן. ובחידושי הארכתי בזה דברי ידידו הדו"ש הק' משה שיק מברעזאווע:

תשובה מח

מעשה שאירע באחד שהיו אצלו בביתו כמה משכנות ובלילה ראה ע"י חלון כי אש אחזה ברפת שלו וקם בבהלה והלך לתוך הרפת ונשרף שם. והאש הלכה והציתה גם את הבית ונשרפו כליו שהי' לו בבית ועכשיו תובע אחד את אלמנת האיש ההוא שנתן שטערי"ן טיכ"ל שוה מאה וחמשים רמ"כ על חמשים זהובים שלוו לו והאשה אומרת ידעתי אבל נבהלה אז ונעשית חסר דיעה ולולא שהגוים הצילוה והוציאו אותה גם היא היתה נשרפת כי יצאה אז מדעתה בראותה הצרה הגדולה. והשטערי"ן טיכע"ל ידעה

כי הי', מונח בארגז סגור היטב ולא הי' שם חשש לגניבה וגם לאחר ששב רוחה בה מצאה איזה מטלטלין מהמעט אשר הוציאו חוצה להציל אבל מן הארגז א"א שגנבו את השטערי"ן טיב"ל כי הארגז הי' סגור ומסוגר ואיזה רגעים אח"כ האש הצית במהירות: ונשרף הכל ולא הי' אפשרות שישברו את הארגז ולהציל השטערי"ן טיכע"ל מתוכו אלו טענות של הצדדים ונשאלתי בזה חוות דעתי:

והנראה לי בעזהי"ת הנה בתשובת הרמ"א סי' כ"ו פסק דאם הי' יכול להציל אלא שע"י שהציל את שלו נשרף זה חייב ומלשון הרמ"א משמע דחשיב לי' פשיעה והש"ך, בסי' ש"ג סק"ז נסתפק אם גם בשו"ח הדין כן דחייב והנתיבות שם הכריע דבש"ח בוודאי פטור וכ"כ מרן הגאון זצ"ל בחת"ס חח"מ סי' ט"ז וכן מסתבר ואפילו בש"ש קשיא לי דהרי מבואר ברמ"א שם דטעמו דס"ל כהרשב"א דאונס שאינו בגוף החפץ לא מקרי אונס וכן פסק בש"ע סי' ש"ג אבל הש"ך שם סק"ד הכריע כהרש"ל וסייעתו דגם שאר אונס בגופו מקרי אונס אפילו אם אינו בגוף החפץ. וא"כ כיון דהרמ"א תלה זה בזה א"כ גם להרש"ל דינו של הרמ"א אינו. ואפשר דטעמו משום דהרמ"א לקמן סי' שפ"ח סוף סעי' ב' פסק דאונס ממון לא חשיב אונס ואע"ג דהש"ך שם ס"ק כ"ב פסק דיש לומר קים לי דחשיב אונס מ"מ כאן דיש תרתי וס"ס אפשר כרשב"א דאפילו אונס לא מהני כל שאינו בגוף החפץ ואת"ל דמהני אולי כהרמ"א דזה לא חשיב אונס ולכך ס"ל כמ"ד דעל ס"ס מוציאין ממון ועיין בכלל קים לי בכהג"ד ועכ"פ בש"ח פטור והנה מלוה על המשכון קי"ל לעיל סי' ע"ב ברמ"א סוף סעי' ב' דהוי ספיקא דדינא ורק לנגד החוב הוי כשש"ש עיי"ש:

ועתה נבוא לנידון דידן. דנראה דהאלמנה פטורה דהנה ביו"ד סי' רל"ב סעי' י"ב ברמ"א הביא ב' דיעות אם מעיקרא סבר שיש עוד שהות והתעצל והמתין ולבסוף אירע אונס י"א דהוי אונס וי"א דלא הוי אונס והטו"ז הכריע דהוי אונס והמג"א בסי' ק"ח סקי"א הכריע ג"כ דהוי אונס. ולפי"ז נראה דמצד הבעל פשיטא דפטור דלא פשע במה שקפץ לרפת להציל שכדין עשה שהרי עדיין לא אחזה אש בביתו אז והי' ספק ואין ספק מוציא מידי וודאי ושלו הי' בסכנה יותר מקודם וגם הרי יכול להיות שהי' בדעתו שיש שהות להציל שניהם וכך הדרך לעשות בשלו. ולשמור דברים אלו יותר מדברים שלו לא קיבל עליו וכמ"ש הטור בסי' רצ"א לענין שמירת כספים דאין צריך בקרקע האידנא דאין צריך יותר ממה שדרכו לשמור בשלו כי יותר לא קיבל עליו עיי"ש מ"ש בשם הרב אלברצולנא ולבסוף שנאנס א"כ לדעת האומרים דבכה"ג חשיב אונס לענין שבועה נראה דחשוב גם לענין ש"ש אונס ואדעתא דהכי לא קיבל שמירה כמו בכל אונס וא"כ אז כלתה שמירתו:

וא"כ נראה דממילא גם אשתו ובניו פטורים שהרי הם לא נתחייבו בשמירה אלא מכחו ומצידו וא"כ כיון דפרח ממנו דין שומר גם הם נפטרו ואפילו לדעת הי"א בחו"מ סי' רצ"א סעי' כ"ד דחייבים מצד עצמם נראה דהיינו במסר להם הפקדון כמבואר שם בלשונם אבל כאן אפשר לא מסר להם ולא הגביהו אותו מעולם ומספק אין לחייב אפילו שבועה כדאיתא שם סעי' כ"ג. אמנם אפילו יש כאן ודאי שמסר להם אפי"ה נראה לי דלכ"ע דאפילו למ"ד דהמלוה על המשכון ש"ש היינו הוא אבל אשתו ובניו לא הוי אלא שומרי חנם דלית להו שכר מצוה ולא פרוטה דר' יוסף וכבר כתבנו דהסכמת האחרונים דבש"ח לא חשיב זה כפשיעה וא"כ אינה צריכה האלמנה לישבע שהיתה מטורפת ושלא נגנב. אלא אם באמת כן ה"א שנמסר לידה אזי צריכה לישבע כשבועת ש"ח:

וכל זה כדי לפטור את האלמנה שלא תהא צריכה לשלם מה שהי' המשכון שוה יותר. אבל אינה יכולה לגבות ע"י שבועתה את החוב שהרי כנגד החוב היא ש"ש. ובש"ש לדעת הרמ"א וסייעתו הוי כפשיעה מה שלא הצילה. אמנם אם תשבע כי אז נטרפה דעתה לדעתי לכאורה היתה יכולה לגבות גם את החוב שהי' על המשכון כדאיתא לענין אונס בסי' ע"ב סעי' ב':

אלא שאכתי יש לחוש אולי נגנב השטערי"ן טיכע"ל ולדעת הש"ע בסי' ש"ג אם נגנב לא מהני טירוף דעת של השומר לפוטרו. ונהי דהש"ך הסכים להרש"ל מ"מ להוציא ממון א"א. ואין לומר שתשבע שלא נגנב לפי ענ"ד שזה א"א כי אינה יכולה לישבע על זה דעל אומדנא וחזקה אינה רשאית לישבע כדאיתא ברשד"ם סי' תנ"ט. ומי יודע אם לא הי' להגנב מפתח כיוצא בו או אולי הי' לו טיטריכע"ן ופתח ברגע וגנב. וכיון דלנגנב להש"ע אינו מועיל טענת טירוף א"כ עדיין איכא למיחוש שמא נגנב. אכן לפי מ"ש מהרשש"ך הובא בקצה"ח בסי' ע"ב בסק"ה דהא דגניבה באונס חייב היינו דווקא בשומרים דמשלמים להם ממון ממש משא"כ במלוה על המשכון וכיוצא אמרינן דלא קיבל עליו נטירותא יתירתא:

ומה שהקשה הקצה"ח שם מהא דפריך בריש הכונס על ר' יוסף בטוען טענת גנב באבדה ודלמא מיירי בגניבה באונס. לפיענ"ד לענין אבדה דבעכר"ח חייבי' רחמנא לא כ' מהרשש"ך את דבריו וקושית הש"ס שם בהכונס לאיכא דאמרי דטעמי' דר' יוסף משום דבע"כ חייבי' רחמנא וכ' שם הקצה"ח דלענין נגד החוב דהוי עליו לדידן כש"ש דהו' כאלו התנה כל זמן שלא יחזור לו משכונו לא ישלם ועל אונס לא התנה. וממילא בכה"ג אונס בגניבה לא קיבל. וא"כ בנידון דידן אם תשבע דהיתה אז כמטורפת ומבלי דעת אפילו אם נגנב השטערי"ן טיכע"ל חייב הלוה לשלם לה את החוב כן נראה לפי ענ"ד

ולדעתי טוב לפשר שלא תשבע האשה ותפסוד את החוב וגם בעל המשכון לא יגבה מה שהי' המשכון יתר על חובו והנראה לפי ענ"ד כתבתי הק' משה שיק מברעזאווע:

תשובה מט

יתענג על רוב שלום הרב המופלג מו"ה פייבל וועזיל האב"ד בק"ק טארדא יע"א.
מכתבו קבלתי ואשר ביקש ממני לחוות דעתי הלכה למעשה באחד ששכר רשיון בעד מאה זהובים לחודש שהוא ימכור לבדו יי"ש ואירע שערל אחד מכר יי"ש ביד חזקה והזיק לו והשוכר הרשיון תבע את הערל בערכאות. ועל מה שעשה ביד חזקה קנסו אותו בערכאות. ואך על תבועת השוכר שהערל הזיק לו בערך ששים רמ"כ פסקו הערכאות שישבע השוכר התובע שכן הוא ואז יוכרח הערל לשלם לו הששים זהובים. ולזה בא הישראל לישאל הואיל ובאמת שהערל עשה לו היזק אלא שאינו יודע עד כמה מגיע ואם לא ישבע יפסיד הכל והאיש ההוא הוא עני וגם מורא יעלה על ראשו שאם לא יוכרח הערל לשלם לו יהי' כל אחד ואחד הולך ויעשה כן ולזאת שאל אם רשאי לישבע כאשר פסקו לו ומעלתו ני' פלפל אי חשיב כה"ג שבועת אונס דלהש"ך סי' רל"ב סקל"א מותר ולהדגו"מ אסור.
הנה הדין פשוט דזה השוכר אסור לו לישבע. וכדי לברר הדברים אמרתי לבאר השיטות הנה הש"ך בסי' רל"ב דייק מהטור והב"י דאפילו שבועה דלשעבר שרי לישבע במקום אונס אפילו אונס ממון וכ"כ הרא"ש בתשובה כלל ח' ודייק הב"י כן מהירושלמי עיי"ש. וכן מוכח נמי מסוף דברי הב"י במ"ש על מ"ש הג"מ בשם הגאונים דלשבע אסור היינו אם אינו מבטל בלבו מוכח דלולא כן אפילו שבועה דלשעבר שרי' וכן מבואר ברשד"ם בחיו"ד סי' ק"ט בפשיטות וכן נראה לי כוונת הר"ן בנדרים כ"ח ע"א ד"ה חוץ מבשבועה שכ' משום דכתיב לא ינקה ולפי מאי דאמרי' בשבועות דף כ"א ע"א דדווקא באכלתי ולא אכלתי בנשבע על העבר אית בי' משום לא ינקה מיהו אפשר דהר"ן מפרש כמ"ש הב"ח דמיירי באוסר כל פירות עליו והוי שבועת שוא לב"ש דלא אזיל בשבועה בתר מחשבה דהיום ושוא אית בי' משום לא ינקה וא"כ אין ראי':
מיהו מירושלמי יש ראי' ונהי דהפני משה פי' באופן אחר וכן ראיתי בס' שמלת בנימין ביו"ד סי' רל"ב ולדבריהם אין ראי' מהירושלמי מכל מקום הדרש מהירושלמי גופי' צריך ביאור מנ"ל למידק מקרא דנשבעין למוכסין. ונראה כוונת הירושלמי עפ"י הת"כ המובא ברש"י בחומש בפ' קדושים דדריש סמוכין מלא תגנובו ולא תכחשו ולא תשקרו ולא תשבעו בשמי לשקר דאם גנב סופו לכחש ולשקר ולבסוף נשבע לשקר. ומשמע לי'

להירושלמי דדווקא דהיכא דאסור לשקר ולכחש אז אסור לישבע משא"כ במוכס דשרי לכחש ולשקר הה"ד דמותר לישבע כן נראה לפי ענ"ד הפירוש בהירושלמי. וממילא מיירי דומיא דשבועות הפקדון דהוא על העבר וגם מקרא דהאדם בשבועה ודרשינן פרט לאנוס דילפינין דשבועות אונס מותר כתיב גבי' לכל אשר יבטא האדם בשבועה ומזה יליף שבועות דף כ"ו לרבות שבועה דלשעבר:

אלא דקשה ע"ז מהא דקי"ל באו"ח סי' תרנ"ו בהגה"ה דכדי שלא לעבור על ל"ת צריך ליתן כל ממונו והמג"א שם ס"ק ח' הקשה מהא דשבועות אונס ותי' דיש אומדנא דאדעתא דהכי לא נשבע עיי"ש במחה"ש ואין כאן שבועה כלל וזה שייך בשבועה דלהבא אבל בשבועה דלשעבר עמדה הקושיא. ואפשר דעד כאן לא התיר הרא"ש בשבועה דלשעבר בשביל אונס אלא דווקא שלא למסור ממון ישראל ביד גוי דילפינין ב"ק דף קי"ז ע"א מתוא מכמר דחשיב לי' כחשש סכנה ופיקוח נפש אבל משום אונס ממון אחר לא שרי. ולפי"ז איכ"ל דווקא אונס ממון דיש לחוש לפסידא דמכאן ולהבא אבל אם כבר הי' לו הפסד ורק ע"י שבועה רוצה להשלים הפסידו לכ"ע אסור לישבע:

מיהו אפשר לישב קושיא זו באופן אחר דהרי עד כאן לא התירו משום אונס ממון אלא במבטל בלבו כמ"ש הרמ"א והש"ך והכוונה של ביטול בלב היינו שמחשב בלבו פי' על השבועה והלשון שנשבע בו הוא באופן שאין בו שבועת שקר וכמו דאמרי' בנדרים דף כ"ח דיחשוב לענין נדר או שבועה דלהבא שאינה אלא על היום או תנאי אחר וה"נ בשבועה דלעבר יחשוב בלבו פי' על לשון שבועתו באופן שלא יהי' לשקר אם הם אינם מהפרטים שמשביעים על דעתם ומבלי מרמה אע"ג דבנדרים דף כ"ה ע"ב: נראה דאפילו אם אין משביעין על דעת אחרים אפי"ה אינו יכול לחשב בדעתו שום פירוש נראה דהיינו ג"כ מטעם דהוי כדברים שבלב וכיון דבאונס אפילו באונס ממון אמרינין דהוי דברים שבלב דמוכחי והוי דברים והוי כפירש.

וא"כ ה"נ לענין שבועה דלשעבר אם מושכחת לה לפרש לשון השבועה באופן דלא הוי שבועת שקר אזלינין בתר הכוונה. שבלבו ומותר זהו הנראה טעמו של הרא"ש וסייעתו. וכיון דלאו כל לשון שבועה סובל פירוש וערמה. ושבועה של פירות אלו של בית המלך או תרומה קשה לחשוב בהם פירוש לכך נקטו מתני' אלא נדר ושבועה כעין נדר כעין יאסרו פירות העולם עלי בשבועה אם אינם תרומה ובזה יכול לחשוב היום ולא נקט לשון שבועה דלשעבר אבל הטור דסתם וכ' סתם שבועה שרי' ולשון נדר מפרש ולשון שבועה אינו מפרש משמע לי' לב"י דמתיר בכל לשון שבועה אפילו בשבועה דלשעבר

והיינו דכתב דיליף זה מירושלמי וכמ"ש הש"ך והיינו דווקא בגוונא שיוכל לבטל בלבו ולחשוב פירוש אחר:

ומטעם זה נראה דאפילו באיכא אונס סכנת נפשות צריך ג"כ שיבטל בלבו דנהי דמשום סכנת נפשות הכל שרי מ"מ הא כ' הרמב"ם בפ"ב מה' שבת דשבת דחוי', אצל פק"נ והה"ד כל המצוות וכיון דרק דחוי' כל שאפשר לצדד דרך היתר בוודאי צריך לצדד וכיון שיחשוב בלבו לא יהי' עבירה אפילו במקום פק"נ צריך לחשוב ולבטל בלבו כמ"ש הרמ"א שם בסי' רל"ב סעי' י"ד והטו"ז שם ס"ק כ"ז הקשה עליו חדא דלא ידע איך מושכחת לה לבטל בלבו עיי"ש וזה אפשר שמכוון שלא ראה כמכחול בשפופרת וכדאיתא ספ"ק דמכות דשאלינין לעדים לרע"ק כן. ועוד הקשה דלמה צריך בפק"נ ביטול בלב ולא קשה דלהנ"ל גם בפ"נ כל דאפשר למיעבד בהיתר צריך לעשות. ובוודאי אם אין שום תחבולה לעשות ביטול בלב אז יש חילוק בין דבר דאית בי' פ"נ או שיש בו רק הפסד ממון וא"ש:

וכל זה לדעת הש"ך וסייעתו אבל הדגו"מ פקפק על ראיות הש"ך מדברי התויו"ט. ובס' שמלת בנימין הקשה על גוף הדין של הרא"ש והש"ך דמנ"ל להקל כולי האי ובירושלמי כ' השמלת בנימין לפרש כעין פי' הפני משה. מיהו זה כבר יישבתי ועשיתי סמוכין דהפירוש בירושלמי כמ"ש הב"י. ובס' ברכי יוסף הביא ג"כ בשם רבינו ישעי' הראשון לאסור בשבועה דלשעבר והשיג מדבריו על דברי הרשד"ם הנ"ל. מיהו באמת תמהני הרי הרשד"ם מיירי באופן שיכול לבטל בלבו והרי הר"ר ישעי' כ' ג"כ דאם אין משביעין על דעתם ובלא מרמה. ויכול לחשוב בלבו איזה ערמה אפשר דשרי במקום אונס עיי"ש בלשונו שהביא הברכי יוסף שם מיהו בריטב"א הובא בנמוק"י שם בנדרים כ"ח כ' דעל שבועה דלשעבר אינו יכול לישבע יעיי"ש ולא משמע בכוונתו כמו שכתב הר"ר ישעי' הנ"ל:

ועתה נשוב לנידון שלפנינו לא מבעי' לדעת האוסרין לישבע בלשעבר. דאינו רשאי לישבע אלא דאפילו למאי שסתם הרמ"א והש"ך כהרא"ש מ"מ כבר כתבתי דאיכ"ל דדווקא בהיזק שיבוא מעתה ממון של ישראל ביד גוי ומכאן ואילך דהוי כתוא מכמר אבל להציל ממה שלקחו כבר לא שמענו ואפילו נימא כתי' הב' מ"מ בעינין שיבטל בלבו דהיינו שיחשוב פי' על לשון שבועתו באופן שאינו נשבע לשקר ובנידון שלנו לא אדע מה פירוש יכול לחשוב בזה כיון דדייק ואומר דיש לו היזק ס' זהובים הרי נשבע לשקר לא בשביל היזק ממון ומלבד השבועות שקר הוי ג"כ גניבת גוי דאסור דהרי לא נתחייב יותר ממה שהזיקו.

ואולי אפילו ההיזק שעולה כנגד מה שהי' הישראל יכול להרוויח א"צ לשלם דקי"ל דמבטל כיסו של חבירו פטור עיין בחו"מ סי' שפ"ו ואפילו מה שהזיקו מהקרן שמשלם הישראל עבור הרשיון והזכות למכור יי"ש צ"ע אי חשוב היזק בידים. ונהי דלפי ענ"ד חייב לשלם לא מבעי' לדעת הי"א ברמ"א סי' שפ"ו סוף סעי' ג' דאפילו בגרמא משלם אלא אפילו בעינין דווקא גרמי עיי' בפ"מ ח"א סי' פ"ב שחייב לאחד לשלם ממה שעכבו למכור בשוק וכ"ש הכא די"ל כיון דדינא דמלכותא דינא וזכות הריוח מי"ש הוא של השוכר והגוי שמכר יי"ש הוי כגוזל ריוח זה מהישראל השוכר הרשיון וחייב להשיב:

מיהו רש"י בעירובין דף ס"ב ד"ה לא ניתן להשבון פי' דגוי א"צ להשיב דקים לי' בדרבה מיני' ונהי דהתוס' חולקין על רש"י מ"מ לענין שבועת אונס לא שמענו דמקרי אונס כה"ג ולכך פשוט בעיני דאינו רשאי לישבע אלא יודה בעצמו שס' זהובים שאמר זאת אמר רק לפי אומדנא שלו ואנו בני ישראל אינם רשאים לישבע על אומדנא ועל כן מבקש מהם שהם יעשו אומדנא לפי ראות עיניהם. ועפ"י השתדלות נראה שיזכה בדיניהם שהרי כמה פעמים פוסקים בדיניהם לשלם ההיזק עפ"י אומדנא זהו הנראה לפי ענ"ד ויהי' ד' עמו דברי הדו"ש הק' משה שיק מברעזאווע:

תשובה נ

החיים והשלום וכל טוב למחותני המאוה"ג המופלג בתורה החרוץ:

ע"ד עובדא ביש שאירע שאחיו המנוח המופלא מוה' מרדכי ז"ל מת באסרו חג של פסח שנת תרכ"ג מיתה פתאומיות ר"ל ונחשדת אשת אחיו שהיא נתנה לבעלה סם המות ויש כמה אומדנות על זה וקצת הודאה גם היא נחשדת מאיש אחר אשר לפי הנראה הוא הי' בעצה הרעה הזאת עמה וכ' מעכ"ת נ"י שגאוני מדינתינו כתבו לו שתמוה גדולה אצלם על כבוד אביו הגאון הצדיק נ"י דמה זו שתיקה ושלדעתם מצוה לבער הרע ושלא לחפות עלי' ועל הנחשד ונפש תחת נפש כתיב ושופך דם האדם באדם דמו ישפך עכ"ל הצריך:

ולדעתי הנה בוודאי מי שמחוייב מיתה שעשה מה שעשה בעדים והתראה אסור לרחם עליו והב"ד מוזהרין בלאו דלא תחוס עיניך וכמ"ש הרמב"ם בפ"כ מסנהדרין דין ד' ולהרמב"ן בשורש י"ד למנין המצוות להרמב"ם איכא מ"ע על זה דכתיב ובערת הרע מקרבך ודרשו חכז"ל תבער עושי הרעות מקרבך ואפילו אדם שאינו גואל הדם מוזהר כדמוכח בחולין דף קל"ט וק"מ דהמ"ע כולל שיביאו את המחוייב אל הב"ד. ולדינא אין הרמב"ם מחולק על הרמב"ן בזה אלא שבחר במנין אחר ואפילו לא ידעינין דמחוייב מיתה אלא שיש חשש שחייב מיתה כ' הריב"ש בתשובה סי' רל"ו שחייבים הב"ד

לחובשו כדילפינין מקרא וניקה המכה מכאן שחובשין אותו. ואפילו לא התרו בו או עדות מיוחדת וכי"ב או בזמה"ז מ"מ כונסין אותו לכיפה וכ' הרמב"ם בפ"ד מה' רוצח דין ח' דגורמין מיתתו:

מיהו נראה מהתם דדווקא ביש עדים עכ"פ אבל ע"י ע"א או ע"י הודאת פיו אע"ג דלא קי"ל כרש"י במכות דף ה' ע"א דס"ל דגם במיתה אמרי' מודה בקנס פטור וכמו שהקשו התוס' שם על רש"י מ"מ אין כונסין אותו לכיפה ואין גורמין מיתתו מדפריך בסנהדרין דף פ"א ע"ב הורג נפש בלא עדים מנא ידעינין ולא משני כשהודה ואפילו על אומדנות וכמו שאמר שמעון בן שטח בשבועות דף ל"ד דאמר לי' להוא רשע מי הרגו כו' אלא מה אעשה שאין דמך מסור בידי וכדמוכח מהתם דאין עדות נפשות מתקיימות בידיעה בלא ראי' ואפילו לענין כניסה לכיפה וגרם מיתה משמע דדין אחד להם וכעין שכ' נמי הריב"ש בסי' רנ"א. (וכ"ש בנידון הנ"ל שהחשד הוא דנחשדו שנתנו סם המות במאכל דהוי רק גרם עיין ש"ך חו"מ סי' שפ"ו ס"ק כ"ג ובב"ק דף מ"ז ובסנהדרין דף ע"ז דבמסבב מיתה ע"י גרם פטור כו') וא"כ כיון שאסור להורגו אין רשאין למוסרו למשפט לאוה"ע הדנין והורגין בהודאת פיו כן הי' נראה לכאורה:

אמנם כד נעיין בזה מצינו להריטב"א שהוכיח בב"מ דף פ"ד גבי מעשה דר"ש בן אלעזר ור' ישמעאל בר"י דאי איכא הורמנא דמלך בזה רשאי דאל"כ קשה האיך לא מסרו נפשם ר' שמעון ב"א ור"י ב"ר יוסי דהרי בשפיכת דמים הדין דיהרג ואל יעבור וע"כ דהמלך יש לו רשות בזה לצורך תקנת העולם ודינו דין וכשם שמצינו שהרג דוד המעה"ש את הגר העמלקי בהודאת פיו שהוא הרג את שאול ואמר פיך ענה בך עיי"ש וכ"כ הרשב"א בתשובה המובאת בבית יוסף סי' שפ"ח דמהני רשות המלכות בזה ודינם דין שנצרך לצורך תקנת העולם, וכ"כ הריב"ש בתשובה בסי' רנ"א שאפילו ע"י ישראל שיש להם הורמנא דמלכא כפי הרשות שניתן להם הדין כן:

אבל מדברי הרמב"ם בפ"ב מהלכות רוצח הלכה ד' וה' נראה דדווקא מלך ישראל יש לו רשות לדון להריגה שכ' שם בלשונו דאפילו בגוונא דפטורין מ"מ אם ראה מלך ישראל להורגם בדין המלכות ותקנת העולם הרשות בידו וכן אם ראה ב"ד להורגם בהוראת שעה ואפילו אין בו כל זאת הרי הב"ד חייבין מכל מקום להכותם מכה רבה הקרובה למיתה ולצערם וגם שלא יהי' הדבר למכשול וכדי לאיים על שאר הרשעים עכ"ל עכ"פ נראה מדבריו דזה דווקא במלך ישראל. ובאמת קשים לי דבריו מש"ס ב"מ דף פ"ד הנ"ל ותו דכן מוכח נמי בש"ס שבועות דף ל"ה ע"ב דדריש קרא ומאתים לנוטרים את פריו דמלכותא דארעא דקטלה חד משיתא בעלמא לא מיענשא והגם דכתבו התוס' שם דמיירי בשעת

מלחמה מ"מ מוכח דאין חילוק בין מלכי ישראל למלכי אוה"ע כל שעושין לתקנות העולם דיניהם דין. ומרן הגאון זצ"ל בחת"ס חח"מ סי' מ"ד רצה לומר דמהתם ילפינ' דינא דמלכותא דינא ועוד קשיא לי מדברי הכ"מ בפ"ה מה' יסודי התורה הלכה ה' שם שכ' דלכך פסק הרמב"ם כר"ל בירושלמי פ"ח דדווקא בייחדו לחיוב מיתה דלשון כשבע בן בכרי ולשון הקרא אשר נשא יד במלך משמע כן. וקשה אכתי דלמא דווקא נגד מלך ישראל אלא וודאי דאין סברא לחלק וזה דלא כדברי הרמב"ם הנ"ל:

ואפשר כיון דריב"ק קרי לי' לרשב"א שם בב"מ חומץ בן יין ואלי' לר"י ב"ר יוסי התרעם עליו בזה ונהי דמ"מ מוכח דגם למלכי אוה"ע ניתן הרשות מ"מ אפשר טעמם דאיכא חילול השם להרוג ישראל בפילוליהם ולכך לא כ' הרמב"ם אלא מלך ישראל. מיהו אכתי אי משום הא לא ארי' דמושכחת לה כמעשה דהריב"ש סי' רנ"א דהי' לישראלים רשות מן המלכות והוי לי' לאשמעינן בכה"ג דמותר. ואפשר דלרבותא נקט הרמב"ם מלך ישראל עיין בתשובת מרן הנ"ל דיש סברא לומר דדינא דמלכותא דאוה"ע בי' שייך טפי דינא דמלכותא עיי"ש:

אמנם כל זה לדינא אבל מהתם עצמו מוכח דלכל הפחות אין לגדולי ישראל להתאמץ ולהשתדל וכמ"ש הרשב"א בתשובה הנ"ל המובאת בב"י סי' שפ"ח. וגדולה מזו אפילו יש חשש סכנה לכלם כ' הרמב"ם דאפילו יחדוהו ואפילו חייב מיתה דאין מורין כן וכמו"ש בפ"ה מה' יסודי התורה הלכה ה' והוא מהירושלמי. והגם דהב"ח בתשובה סי' מ"ג צידד בזה וכ' סברות לחלק ולדבריו יש גם כאן מקום לחלק ולהתיר. מ"מ הש"ך ביו"ד סי' קנ"ז סקט"ו לא ישרו בעיניו החילוקים עיי"ש. ולכך נהי דאין למחות לאחרינא ומאן דעביד ומשתדל כדין עביד דיש לו הרבה פוסקים לסמוך עליהם. מ"מ עכ"פ אין לגדולי ישראל להשתדל בזה אלא להיות בשב וא"ת וכמו שאמר שמעון בש"ט ומה אעשה שאין דמך מסור בידי ועיין בשאילת יעב"ץ ח"ב סי' ט' וכעת אינו בידי כו' והמקום יפרע מהם וד' יגזור פרצת עמו בני ישראל ברחמים דברי ידידו הדו"ש הק' משה שיק מברעזאוו:

תשובה נא

איזה השמטות שנשמטו ממקומן בחלקים הקודמין וקנו מקומן כאן. בימי הפורים יתברך לדור דורים. הרב המופלג החרוץ מוה' מרדכי פריד נ' אבדק"ק אסאנפא יע"א.

מכתבו קבלתי ומה שהקשה על תוס' חולין דף ז' וגיטין דף ל"א שכ' דמהני נותן עיניו בצד זה אלא דמ"מ אין מגביהין ומשמע דבנתינת עיניו בצד זה מותר בשבת א"כ קשיא

הא דתנן בשבת בפרק מפנין דטבל מוקצה כו' הא חזי לי' ע"י מה שנותן עיניו בצ"ז. הנה קושיא זו כבר הקשה בשעה"מ בפ"ד מהלכות תרומות הלכה י"ו ועוד קושיות כיו"ב יעיי"ש ואני כתבתי בחידושי למס' חולין דף ז' לישב די"ל דדווקא בחול מהני נותן עיניו מצד ראוי להרמה. דהרי גם והרמותם כתיב ומצוה בהרמה וכמ"ש התוס' בנידה דף ס"ה ע"ב ואע"ג דהא דא"א בהרמה הוא רק מדרבנן. מ"מ מאי לי אם אינו אפשר לבשלה מצד שהוא אנוס שאין לו כלי או שא"א לו מצד תקנתא דרבנן. וכיו"ב כ' הב"ח בחו"מ סי' ז' והובא בש"ך שם סק"ה וא"כ לפי ס"ד דתוס' דאפילו להרים מותר שפיר ס"ל דגם בשבת מהני נותן עיניו בצד זה אבל לאחר שתירצו התוס' דאסור להרים ממילא לא מהני נותן עיניו בצד זה וכעין דאמרינן דאם אינה ראוי' לבילה בילה מעכבת הה"ד הכא כיון דאין ראוי להרמה הרמה מעכבת כן כתבתי שם בחי':

אבל עתה שמתי אל לבי דבלא"ה לא קשה קושיא הנ"ל דהנה התוס' בגיטין דף ל"א הקשו רק על תרומה דלמה אין מגביהין תרומה ובבכורות דף נ"ח ובמנחות דף נ"ה הקשו למה אין מגביהין תרומות ומעשרות. ונראה דלרבנן דאבא אליעזר בן גמלא דווקא בתרומה מהני מאומד ובמחשבה וכן לאבא אליעזר לפי מ"ש התוס' בגיטין דווקא בתרומת מעשר מהני אבל במעשר ראשון וכ"ש במעשר שני או מעשר עני לא מהני אומד ונותן עיניו ולכך הקשו התוס' רק אתרומה אבל התוס' בבכורות קאי לריב"י דסובר דגם במעשר ראשון מהני נותן עיניו ולתוס' מנחות דף נ"ד ע"ב ד"ה ונוטלת אפילו לאבא אליעזר מהני גם במעשר ראשון. ולכך הקשו התוס' גם אמעשרות. מיהו התוס' במנחות שם בד"ה וניטלת בסופו כ' דדווקא במעשר ראשון מהני אבל במעשר שני ומעשר עני לכ"ע לא איתקש לתרומה ולא מהני מאומד ונותן עיניו. ולפי"ז א"ש ומיושב קושיא הנ"ל כיון דכל טבל הוא טבול גם למעשר שני או למעשר עני וזה א"א בשבת לתקנו וא"כ הוא אסור דגם הטבול למעשר עני אסור בחיוב מיתה לפי הש"ס יבמות דף פ"ו. וא"כ כיון דהוא אסור ממילא היא מוקצה:

ועפי"ז מיושב דאין דברי התוס' סותרין עצמן דבחולין דף ז' ע"ב ד"ה והתיר כו' כ' התוס' להוכיח מהא דמהני גבי בית שאין נותן עיניו מוכח דמיירי בדמאי ובתוס' מס' גיטין דף ל"א הנ"ל כ' דגם בוודאי מהני נותן עיניו וא"כ איזה הוכחה יש אמנם להנ"ל א"ש דגבי בית שאן שמועיל נותן עיניו גם למעשר שני או למעשר עני מוכח עכר"ח דדמאי הוי וא"ש לדעתי ובזה אחתום בברכה ידידו הד"ש הק' משה שיק מברעזאווע:

תשובה נב

בעזהי"ת עש"ק וירא תרל"ח פה חוסט יע"א. החיים והשלום וכל טוב להרב המופלא ומופלג בתורה כש"ת מוה' אברהם צבי יונג ני' יושב בשבת תחכמוני בבערג אויפא"לא יע"א.

מכתבו קבלתי ואשר ביקש ממני להודיע לו דעתי בענין עסי"ג עסענ"ץ דסדר מלאכתו שצריכין בכל שעה לערות בתוך המאשין שבו ענינים שונים עם סממנים שעליו מעלין ע"י חביות שלמעלה ממנו ע"י הצאפי"ן מים ושפירטע"ס וזה יורד למטה ושוב שופכין אותו למעלה עד שנעשה חומץ ושאל אם יש היתר בזה לעשות כן גם בשבת ודעתו דלפימ"ש הטו"ז באו"ח סי' שכ"א ס"ק ג' דאסור לשפוך לתוך כלי שיש בו חומץ יין או שאר משקין משום דהוי ככובש כבשים. וכיון דזה הוי רק איסור דרבנן וא"כ ע"י גוי הוי רק שבות דשבות ושרי לדעתו יעיי"ש במג"א בסי' שכ"א סק"ז דאוסר לערות מים על בשר שלא נמלח ויום שלישי שלו בשבת ואסר לעשות זה אפילו ע"י גוי והנוב"י במהד"ת סי' צ"ב הביא דברי המג"א שם ס"ק י"ג דאפילו במידי דאינו לאכילה וכל זה לשפוך מים כדי לתקן במקום הפסד נמצאו מסכימים להתיר ע"י גוי:

אמנם בנידון שאלתו בענין עשיית חומץ אני חושש שיש בו איסור דאורייתא אם אמנם שאין אני בקי בתוכן הענין מעשיית החומץ מ"מ אני משער לפי דעתי שבתוך הסימנים והדברים שמניחין בהאמאשיע"ן יש בהם זויע"ר. שטא"ף וע"י שפירטע"ס והמים ששופכין ומערין עליהם כמה פעמים מוציאין הכח מהזויע"ר שטא"ף ונעשה ממנו חומץ ואם כן הוא נראה דהוי מלאכה דאורייתא כעין בורר ומחבץ כיון דבורר הזויע"רש שטא"ף וכדאיתא בסי' שי"ט סעי' י"ז ובמג"א שם ס"ק י"ד ובביצה דף י"ד ע"ב דשופך מים על קטניות הוי בורר עיי"ש וגם יש לעיין אם אין בו חשש לישה וכדאיתא בסי' שכ"א סעי' י"ד וסעי' ט"ז. ועכ"פ אפילו אם נימא דאין בו חשש דאורייתא והוי רק שבות דשבות. מכל מקום אינו מותר אלא במקום פסידא ויעיין במג"א סי' ש"ז סעי' ז' דאינו מתיר אלא ע"י הפסד גדול דווקא. ומעלתו לא ביאר אם הוא דבר הפסד:

והנה באמת כבר נשאלתי על ענין הזה (עיין חאו"ח סי' קל"ה) ואמרו שאם אין שופכין בשבת נתיבש והוי הפסד מיהו שמעתי מאנשים דפה שיש להם ג"כ עסק זה שאמרו שאין מערין בשבת כלל אלא שעי"ז צריכין אח"כ ביום א' שפירטע"ס יותר עד שיבוא הדבר שוב על תיקונו. ואפשר שההוצאה של השפירטע"ס שצריכים יותר ביום א' אין עולה יותר ממה שצריכין לשלם להגוי בעבור מה ששופך ומערה גם בשבת. ואמנם יש עצה טובה יותר מזה וכבר התרתי שם בתשובה הנ"ל לאחד לעשות כן. והוא שבש"ק

לא ישפכו מים ושפירטע"ס על המאשיע"ן כי אסור לעשות עסק בשבת כדי להרוויח בו. אלא שבשבת יניחו לשפוך ע"י גוי חומץ שכבר נגמר ומתוקן והיינו שיתנו חומץ מתוקן בחביות שהוא למעלה על המאשיע"ן וכמו שעושין בחול במים ושפירטע"ס יעשו בשבת בחומץ ולא יהא נעשה בשבת חומץ חדש ועכ"פ ירוויח שלא יתייבשו הסימנין אשר הם בהמאשיע"ן. ובכה"ג נראה בוודאי דאין חשש איסור ואפילו אם גם בזה יצאו חלקי' הזויע"ר שטא"ף מחדש מ"מ הרי אינו מתכוון לזה ואפילו נימא דהוי פ"ר הרי קי"ל באו"ח סי' רנ"ג במג"א דפסיק רישא ע"י גוי שרי כיון שאינו נעשה כשלוחו לזה ע"כ בכה"ג נראה לי להתיר והנראה לפי ענ"ד כתבתי:

ומה שכ' מעלתו בענין אין שיעורין לב"נ דזה הוי רק לענין אכילה דנשאר על לשון אכילה משא"כ לענין גדלות י"ל דבעינן דווקא איש. באמת אין זה מספיק דמי יאמר לנו דנעשה איש מבן י"ג שנה אולי איש בעינין שיהי' בן י"ח או בן כ' וכדאיתא במשנה דאבות בן עשרים לרדוף בן שלשים לכח וא"כ ע"כ שוב אנו צריכין להלמ"מ דאיש נקרא בן י"ג ובאמת שם באבות פ"ה הביאו רש"י ושאר מפורשים דיש לימוד לאיש שהוא מבן י"ג מן ויקחו שמעון ולוי איש חרבו וגמירי ע"י חשבון דהיו אז בני י"ג שנה א"כ הוי שוב דין תורה דילפינין סתום ממפורש כברייתא דר' ישמעאל. וא"כ שוב אנו צריכין לומר דבגוי אין שיעורין דלהם לא ניתנה ברייתא דר' ישמעאל. ודברי מרן הגאון בעל חת"ס זצ"ל שכ' בחיו"ד סי' שי"ז הם דברים ברורים ומסתברים דדבר התלוי' בצווי לעשות או שלא לעשות תליא בדעת וא"ש דבריו דלולא הלמ"מ היינו דנין כל קטן לפי דעת שכלו. וד' יעזור לו ויצליח אותו בברכה והצלחה כאות נפשו דברי הדו"ש הק' משה שיק מברעזאווע:

תשובה נג

בעזהי"ת חוסט ערב סוכות שנת תרל"ד לפ"ק החיים והשלום וכל טוב למחותני הרבני המופלא ומופלג בתורה חרוץ ושנון מוה' אברהם פראגיר נ"י.

אשר חקר מעלתו נ"י אם בזה"ז הוציא אחד בטעות את הלולב בשבת אם נימא דיטול הלולב לצאת בו כדי שיהא טעה בדבר מצוה ועשה מצוה ויהי' פטור כמו דאמרינן בשבת דף ד' ע"א דהתירו לו לרדות הפת בשבת כדי להצילו מאיסור כרת או דלמא אסור ליטול שאין כאן מצוה כלל דאפקיעו רבנן למצות היום או משום דהעמידו דבריהם במקום כרת ולא דמי לרדיית הפת שע"י הרדיי' לא עבר משא"כ כאן דמ"מ חילל שבת ועוד סברות שיש לחלק. ומעלתו האריך טובא ולבסוף כ' דנראה מסתימת לשון הרמב"ם דגם בזה"ז

אם טעה והוציא את הלולב בשבת יטלנו לצאת בו ועי"ז יפטר מחיוב דהוי טעה בדבר מצוה ועשה מצוה זהו תוכן מכתבו בדבר זה:

ולפי ענ"ד פשוט דאינו מועיל לו נטילתו לצאת בו לפוטרו וממילא אינו רשאי ליטלו מחדש. דהנה בטעה בדבר מצוה ועשה מצוה מבואר בפסחים דף ע"ב דבעי' תרתי דיהא טרוד בטרדא דמצוה וגם עשה מצוה ורק אז כיון שבא לידו העבירה ע"י טרדא דהמצוה לא דמי לשאר שוגג ולכך לר' יוסי אפילו אם באמת לא עשה מצוה פטור דטרדת המצוה מחשיבו לאונס (ומטעם זה אין לו לשיטתו תי' על ר"י למה לא נקט דינו בשופר ולא הבנתי דבריו בזה) זהו דעת ר"י בסוכה דף מ"ב אבל אנן קי"ל כר' יהושע בפסחים ובשבת דף קל"ז דבעינין ג"כ עשה מצוה ותרתי בעינין טרדת מצוה ועשה מצוה וטרדא זו דבעינין מבואר בפסחים דף ע"ב ע"א וברש"י שם ד"ה ותסברא דבעינין שיהא הטרדא באמת דהיינו שהוא מחוייב באמת במצוה ההיא. אבל אם טעה וסבר שהוא מחוייב במצוה ההיא ועי"ז הי' טרוד ובאמת לא הי' מחוייב באותו המצוה א"כ הי' הטרדא שגרם העבירה בטעות א"כ שוב הוי כמו שאר טעות ושוגג דמחייבו חטאת והרי גם כאן עיקרו הי' טעות:

וזה הוא כוונת התוס' ביבמות דף ל"ד ע"א ד"ה טעה כו' בתירוצם. והמהרש"א שם במהדורא בתרא הקשה הא ר"מ משום דנותן לדחות קאמר. ולא ק"מ דכוונתו ניתן לדחות היינו דהטרדא הוא באמת שיש עליו החיוב היום למול. ובזה אני מישב דברי התויו"ט בריש שבת במשנה א' שכ' שם לפרש דברי הרע"ב דפירש עני דנקט אע"ג דעוסק במצות צדקה. והקשה התויו"ט דלמה באמת חייב ותי' דדווקא בלולב דנותן לדחות עיי"ש וכבר תמהו עליו וכן שמעתי ממרן הגאון זצלה"ה שתמה עליו. ונראה דהנה העני המוציא הצדקה שנותנין לו וגם כלים לרה"ר בשבת אם הי' עושה כן במזיד הרי הוא מומר לחלל שבת ואין כאן מצוה לפרנסו כדקיי"ל ביו"ד סי' רנ"א ואפילו עושה בשוגג מ"מ כיון שבעה"ב זה עובר בלפני עור אין כאן מצות צדקה יעיין באו"ח סי' קס"ח אלא שבעה"ב סבר דאיכא מצות צדקה והוי טרדא דמצוה בטעות והיינו שלא ניתנה לדחות דקאמר לענין מילה ושיגרת לישנא זה נקט נמי בלולב דבעינין שיהא טרדת מצוה באמת:

ואם כן לפי"ז בדווקא קאמר ר' יוסי בסוכה דף מ"ב ביום טוב ראשון שחל בשבת דאז הי' ג"כ חיוב הנטילה אלא שלא דחי שבת ולכך הי' הטרדה באמת והוי כעין אונס ופטור. אבל אם הוציא בזה"ז לרה"ר בוודאי חייב שהרי לא הי' טרוד. ואם טעה וסבר שחול הוא טרדא דטעות לא מהני ומלשון המשנה ולשון הרמב"ם עצמו יש לדייק כן דנתנו טעם מפני שהוציאו ברשות והיינו בזמן שביהמ"ק קיים שהי' הלקיחה ברשות. אבל

אם הכל הי' שלא ברשות אלא ששכח בוודאי חייב ואינו פטור משום טעה בדבר מצוה וכדלעיל והרמב"ם הרי מביא גם הדינים דהיו שייכים בזמן המקדש כן נראה לי פשוט בזה. וממילא כיון דאינו נפטר בזה אם כן הוא בכלל איסור נטילה בשבת:

ומה שרצה מעלתו ני' עוד לומר דאפילו במצוה דרבנן חשיב טעה בדבר מצוה ופטור אם אמנם שאמר בזה פרפרת לישב דברי הרמב"ם. יעיין בטעם המלך בה' שופר כי שם מבואר בהיפוך. ובאמת בלשון הרמב"ם שכ' כדי לצאת בו מבואר ג"כ בהיפוך. ומטעם זה לא הי' צריך הרמב"ם להביא תי' הש"ס דלקחו בכלי כי רמז זה בלישנא יתירה שכתב, ובחידושי אמרתי לישב בדרך אחר אבל זה נראה לי עיקר דאימתי יוצא כבר כ' בהלכות לולב כן נראה לי ידידו מחו' הדו"ש הק' משה שיק מברעזאווע:

תשובה נד

בעזהי"ת חוסט עש"ק פ' ויחי תרל"ז לפ"ק. החיים והשלום וכל טוב להרב המופלג מו"ה משה צבי רויזניטץ ני' מו"צ בפעטרא וויסעלא יע"א.

מכתבו קבלתי ובו נשאלתי ע"ד אשה אחת שיש לה מכה בבטנה וכל זמן שלא תתעבר יש לה ווסת כמו לשאר נשים אבל כשתתעבר מיד יתהפכו עליה כוחותיה ואינה יכולה לטהר עצמה לבעלה גם תחלה עד שתלד הוולד וכבר הוחזקה זה שלש פעמים שילדה הוולד קודם זמנה מחמת ריבוי הדם והוולד מת קודם שלשים יום והרופא מבטיח שיכול לפעול להיות מזור לחליה להיות כשאר נשים באופן שאם בעלה יפריש עצמו ממנה לגמרי עד שתשיב לבריאתה. ובא השואל לשאול אם יש מקום להתיר לבעלה לשמש עמה באופן שלא תתעבר ואם לא אם מותר לו לפרוש ממנה לבטל מ"ע דפרו ורבו שעדיין לא קיים מצות פו"ר. וחתני הרב המאוה"ג המופלג מו"ה יעקב פראגער נ"י מאבדק"ק אדא ודשם האריך בענין זה וביקש מעלתו ני' ממני לכתוב דעתי בזה:

והנה בגוף הדבר כבר האריכו הפוסקים ומרן הגאון בעל חת"ס בחיו"ד סי' קע"ב כ' דאסור לשמש במוך שהיא נותנת לתוך גופה קודם התשמיש וכן העלה בס' אמרי אש בחיו"ד בסי' לאסור וכן בתשובות הגאון מוהע"ק איגר זצ"ל בסי' ע"א כ' ג"כ לאסור אפילו אחר התשמיש ושם בסי' ע"ז חזר מזה להתיר לאחר תשמיש ומשמע שם מדבריו דאם האשה אינה יולדת בר קיימא יש איזה מראשונים הרמב"ן והריטב"א והרשב"א ותלמידיהם דמשמע מדבריהם דאפילו קודם תשמיש מותר ועכ"פ כולם לא התירו ואנן מה נענה אבתרייהו ומאן ספון להכריע נגד דבריהם אלא בפתחי תשובה באהע"ז סי' ס"ג הביא בשם תשובת חמדת שלמה להתיר. ואנן קיי"ל דאזלינין בתר רובא:

ובלא"ה גוף הדבר צ"ע ולכאורה נראה לי להביא ראי' גדולה דקודם תשמיש אסור דהנה לכאורה קשה לי טובא דמרא דשמעתתא ביבמות דף ס"ב ובכתובות דף ל"ט הוא ר"מ דהוא ס"ל דג' נשים משמשות במוך וחכ"א משמשות והולכות כדרכן ומן השמים ירחמו. והנה ר"מ עצמו הוא ג"כ מרא דשמעתתא ביבמות דף מ"ב ובכתובות דף ס' דס"ל דמעוברת חבירו ומינקת חבירו לא תנשא לאיש עד לאחר כ"ד חודש וכדמסיק הטעם משום דמעוברת סתמא למיניקה קיימא ויש לחוש לסכנת הוולד וקשה לי טובא כיון דר"מ סובר דכל מעוברת וכן מינקת לא תשמש רק ע"י מוך לדעת ר"ת. וא"כ בשלומא אי נימא דר"מ לא התיר אלא לאחר תשמיש דווקא לקנח עצמה במוך וזאת התקנה אין הדבר ברור כל כך שמועיל וכמו שהאריך בתשובת רע"ק זצ"ל א"כ אתי שפיר מה שאסר ר"מ מעוברת או מניקת חבירו להנשא עד אחר כ"ד חודש. אבל אי נימא דגם קודם תשמיש מתיר וזה הוי לכאורה תקנה ברורה דבוודאי לא תתעבר וא"כ אמאי אסר מעוברת או מניקת חבירו:

ואפילו לפרש"י דאינה מוכרחת לשמש במוך מ"מ לרש"י אי נימא דמותר לעשות כן אף קודם תשמיש אמאי אסרו מעוברת ומינקת חבירו ועכר"ח או דמוכרח דקודם תשמיש אסור או דצריך לומר דהתקנה של מוך אפילו קודם תשמיש איננה תקנה ברורה ודאית דגם בכה"ג אפשר לה לפעמים שתתעבר ובוולד דידיה סמכינין על הרוב משא"כ בוולד דאחרינא וכדאיתא בכתובות דף ס' ולפי מאי שנראה מדברי הפוסקים דתקנת המוך קודם תשמיש היא מילתא פסיקתא דמועלת וא"כ שוב מוכח דקודם תשמיש אסורא ליתן מוך:

ועוד נראה לי ראי' דפלוגתא דר"מ ורבנן היא דווקא במוך לאחר תשמיש דכבר הקשה בס' בית מאיר בסי' ס"ג על הרמב"ם שלא הביא כלל פלוגתא דר"מ ורבנן. ותו דהנה כבר דקדק גם מעלתו ני' על ארוכות הלשון של החכמים שאמרו בלשונם משמשות כדרכה והולכת ומן השמים ירחמו עלי' ומאי רצו באריכות הזה עוד קשה לי טובא לפי מאי דמשמע בשיטה מקובצת בכתובות דף ל"ט דאינ"ל דלכך התירו כזאת לבעל משום מצות עונה עיי"ש ותימה בעיני כיון שהיא סכנה לה בוודאי כה"ג לא מחייבתו התורה מצות עונה אדרבה הא התורה צוותה לנו ושמרתם לנפשותיכם והשמר לך ושמור נפשך מאוד וכשם דהמצוה היא על עצמו כן הוא מצווה ג"כ על אחרים:

ולכן נראה לפי ענ"ד דהרי החוש והנסיון מעיד לנו שעפ"י הרוב אין אשה מתעברת לאחר שכבר היא מעוברת מוולד אחר דהרי נשי דידן אינם משמשות במוך אפי"ה הנסיון מעיד וחזינין שאינם מתעברות וחוזרות ומתעברות. וכן אנו רואין במינקת שיש זמן לאשה

מינקת את בנה ואינה רגילה להתעבר יהי' מטעם שיהי' בין מטעם דדם נעכר ונעשת חלב או משום דאברים מתפרקין מ"מ הניסיון מעיד שאפילו בזמן שהאשה מניקה אינה רגילה להתעבר. וכן י"ל דגם בקטנה דנהי דאפשר לה להתעבר מ"מ עפ' אינה מתעברת. וא"כ לפי"ז אפשר לומר דסמכינין על רוב שאינם מתעברות רק ר"מ לטעמי' דחייש למיעוטא בוודאי אנו מחוייבים לחוש אלא אפילו לרבנן דלא חיישי למיעוטא מ"מ הא אמרינין בעלמא היכא דאפשר לברורי מבררינין וא"כ ה"נ הי' ראוי לשמש במוך:

אלא דכבר כ' הנוב"י בחיו"ד סי' כ"ה דזה דאמרינין דהיכא דאיכא לברורי מבררין זה דווקא אם על ידי הבירור מבררין כל הספק אבל אם אפילו אחר הבירור יהיו צריכין לסמוך על הרוב אז אינו צריך לברר עיי"ש וא"כ י"ל דכל אחד לפי שיטתו דר"י דחייש למיעוטא סבר דג' נשים משמשות במוך כיון דמדינא חיישי אבל לרבנן דלא חיישי למיעוטא ורק דהי' לנו לחוש מצד איכא לברורי ע"ז שפיר אמרו משמשות כדרכן אפי' ע"י מוך לאחר תשמיש מ"מ מן השמים ירחמו דלמא תהי' מן המיעוט. אבל כל זה תינח אי פלוגתתן במוך לאחר תשמיש כו' ומזה ראי' דקודם תשמיש בוודאי לא התירו לשמש במוך. ובזה ג"כ יש לישב ולומר דמטעם זה לא הביא הרמב"ם פלוגתא דר"מ ורבנן די"ל דעיקר פלוגתתן רק אי אזלינין בתר מיעוט ופליגו בטעמא ולמה להרמב"ם שאין דרך הרמב"ם להביא טעמי ההלכה ורבנן השיבו זה רק לדבריו דר"מ (ודווקא כאן אבל לענין מינקת חבירו דהוי חשש פיקוח נפש בוולד ואין הולכין בפיקוח נפש אחר הרוב משא"כ בעיבור דלאו נפש מקרי כנ"ל):

ועפי"ז מיושב ג"כ מה שהקשיתי לעיל על מקצת מפורשים דכתבו דהתירו משום כדי לקיים מצות עונה והקשיתי וכי משום מצות עונה התירו סכנה. ועפ"י הנ"ל מיושב דהנה בג' נשים הנ"ל התירו מצד הרוב ולכך ס"ל דאפילו קודם תשמיש מותרת לשום שם מוך וא"כ לפי"ז אפילו להנך פוסקים אי שייך בהנך ג' נשים אבל בנידון הנ"ל שאנו בו עתה שכבר הוחזקה שלא תלד וילד בר קיימא וגם אפשר שתבוא עי"ז לידי סכנה בכה"ג נראה דאין עליו מצות עונה וגם הנך פוסקים מודים דקודם תשמיש אסורה ליתן מוך כן נראה לפענ"ד:

ועכ"פ לדעתי ואם אמנם אין דעתי מכרעת לא מצאתי מקום היתר ליתן מוך קודם תשמיש. ושאר תקנות כבר מבוארים באהע"ז סי' כ"ה ודברי ספר חרדים המובאים בשל"ה בשער האותיות דאין להכניס עצמו בחיוב חשש מיתה ושתיית כוס עקרין שהתיר מרן הגאון בעח"ס זצ"ל בחאהע"ז סי' כ"א בנידון כזה. הרי בנידון הנ"ל עדיין לא קיימו מצות פו"ר. וא"כ בוודאי לדעתי א"א רק שיפרוש ממנה הבעל. ובכה"ג נראה

דאין חיוב עונה עליו וגם משום ביטול מ"ע דפו"ר ליתא דאונס הוא דמה, לי חולה זה או שאר חולה באשה דאמרינן דנסתחפה שדהו ובפרט שעי"ז יש תקוה כפי מה שמבטיח הרופא שאם יפרוש בעלה ממנה זמן ידוע תתרפא ותהא יכולה גם כן להוליד וולדות של קיימא. וזה עדיף ממה שאמרו מוטב לחלל שבת אחת ואל יחלל שבתות הרבה שזה עצמו שפורש עכשיו עצמו ממנה זהו עצמו יגרום שאח"כ יהא יכול לקיים על ידה מצות פו"ר וא"כ הביטול עצמו גורם המקום:

ונראה לי ראי' לזה שהרי אמרו במשנה באבות בן י"ח לחופה וקשה הא כל מ"ע שבתורה מוטל עליו מיד כשנעשה בן י"ג שנים. ותירצו המפורשים משום דעדיין אין כחו שלם ובן עשרים לרדוף אמרינן ומוטב להמתין עד שיתחזק ויתרבה כוחו בכדי שיהא יכול לקיים המצוה כדינו. וה"נ כן בזה. וצריך לבחור ולשאול רופא מומחה בדבר זה כי אין לסמוך על דברי הרופאים אם אינם בקיאים ומומחים. ובכה"ג אזלינין בתר המומחה טפי וד' ישלח רפואה שלימה לכל חולי עמו ישראל והוא יעזור ויגן ויושיע לכל בני ישראל דברי ידידו הדו"ש וחותם בברכה משולשת הק' משה שיק מברעזאווע:

תשובה נה

הנה בעלי שומר ציון מכתב נ"א הביא בשם הרב דק"ק פעגערסהיים כו' פלפול והערה לומר דאע"ג דקי"ל דאין מתאבלין על תינוק שמת תוך למ"ד אבל אנינות חל עליו דאנינות תליא במוטל עליו לקברו ונפל חייבין לקוברו כמו שהביא מג"א סוף סימן תקכ"ו. ולפי"ז גם בנפל חייבין להתאונן עליו. ועוד הביא ראי' מהרמב"ם פ"א מהלכות אבל שהביא ראיה דאונן מותר ברחיצה וסיכה מדוד שסך כשמת לו התינוק אע"ג דהתינוק מת תוך למ"ד ומוכח דאנינות נוהג ושייך גם על תינוק שמת תוך למ"ד:

והנה ראי' זו מהרמב"ם אינו ראי' כלל דהרמב"ם הביא שפיר ראייתו שהרי הש"ס במ"ק דף ט"ו ע"ב יליף מוינחם דוד את אשתו ויבא כו' דאבל אסור בתשמש המטה והרי אבילות בוודאי ליתא בתינוק וע"כ דס"ל לש"ס דידעו דכלו לו חדשיו וכמו שהאריך בכל זה הרד"ק בשמואל ב' קפיטל ב' פסוק כ' דע"כ ס"ל להש"ס דידע דוד דכלו לו חדשיו וא"כ שפיר הביא הרמב"ם ראי' דסיכה שרי' ולעולם בסתם ולד אין בו אנינות וא"כ אין שום ראי' מהרמב"ם דחל אנינות בקטן פחות מלמ"ד וא"כ לא נשאר רק הקושיא דהרי אנינות תליא במוטל לקוברו:

ובאמת ראיתי שהביאו קושיא זאת גם בשם ספר תפארת למשה. ולפי"ז לפי מה שרצה המג"א בסוסי' תקכ"ו לומר דאפילו בנפל גמור חייב לקוברו א"כ גם בנפל גמור חייב

באנינות ואנכי שמעתי ולא אבין דהאיך אפשר לומר הואיל וחייב בקבורה יהי' אסור בכל העצות ואפילו באכילת בשר ויין וכי עדיפא מצוה זאת מכל מצוות האמורות לבטל משום זה מצוה אחרת. ונהי דמת מצוה עדיף משאר מצוות לבטל בשב ואל תעשה הרי אמרו הטעם משום דגדול כבוד הבריות כו' וכן כאן אמרו בירושלמי משום כבודו כו' והיינו בבר קיימא שהי' נשמת חיים באפיו חייב בכבודו אבל נפל כ' בפשיטות בנוב"י ח"ר באו"ח דאין שייך שחייב בכבודו וכיון שאינו חייב בכבודו נהי שחייב בקבורתו מ"מ איך נבטל עבורו מצות כיון שאינו חייב בכבודו וא"כ פשיטא שאין שייך בי' אנינות:

וכל זה בנפל גמור ואפילו במת תוך למ"ד לא מבעי' לדעת הרמב"ן וסייעתי' המבואר באהע"ז סי' קנ"ו דס"ל דאפילו חלה ומת הוי ספק גמור פשיטא דכיון דהמצוה שהוא מחוייב היא וודאי וזה אם הוא מחוייב בכבודו הוי ספק ואין ספק מוציא מידי וודאי ואפילו באכלו ארי או נפל מן הגג או לדעת הפוסקים דאפילו בחלה הוי רוב וולדות בני קיימא ומה"ת חייב בכבודו אפי"ה פשוט דלא שייך בי' אנינות דהאי שאמרו משום שהוא מחוייב בכבודו כבר כ' הר"י ריש פרק מי שמתו דהיינו לסופדו ומטעם זה אסרו עליו בשר ויין שהוא המשמח ומחוייב לאכלו בזמן שמחה ואיך יאכל בשעת מרירות. ואפילו דעתו כדי לשכך מרירתו כנאמר ויין למרי נפש זהו בזיון בעצמו שבשעה שמתו מוטל לפניו אין לנחמו ואין לבטל מרירתו. וכן מה שפטרו אותו שלא יעשה המצוות הכל בשביל טרדה דמצות הספד ומרירות אבל בקטן תוך למ"ד דהדין שאין מתאבלין עליו ואין לו כל כך מרירות אמאי יהי' אסור בדבר שהאונן אסור בו:

ועוד הרי מה"ת חייב בכל המצוות והוא מותר בבשר ויין ורק מדרבנן אסור והרי מדרבנן חשבינין למת בתוך שלשים כנפל וא"כ ממנ"פ מה"ת אינו אונן ומדרבנן הרי הוא כנפל. ואדרבה זה תמוה האיך פטרו מאבילות לדעת הגאונים וסייעתם דיום הראשון הוא מה"ת והרי מה"ת נחשב הוולד לבן קיימא. והרא"ש סוף פרק הי' קורא הקשה על הגאונים אי יום הראשון דאורייתא א"כ למה מת ביום למ"ד דינו כמלפניו וקשה דעדיפא מזה הו"ל להקשות דאפילו תוך למ"ד אמאי אינו מחוייב להתאבל כיון דמה"ת וולד מעליא הוא:

והנראה לפי ענ"ד דהרי אבילות יש לו שורש מדכתיב לה יטמא וכמבואר בסמ"ג הובאו דבריו בכ"מ ריש הלכות אבילות ובחינוך בפ' אמור ושם בטומאת כהנים ממעטינין מלאביו ולאמו כשהם דווקא בר קיימא כמו אביו ואמו ולמיעוטי אפילו בר שלשים ולזה במת תוך שלשים אין בו אבילות. ועכ"פ כיון דלית בי' אבילות כ"ש דלא שייך בי' אנינות. וכבר הביאו ראי' לזה מן הירושלמי סו"פ נושאין על האנוסה דמבואר דכל שלא קים לן

דכלו לו חדשיו לית בי' אנינות וכן מוכח במס' שמחות פ"י דקאמר דאבל שמתו מוטל לפניו אסור כו' מבואר מזה דווקא מי שהוא אבל כו' הוא אסור בכל הנזכרים שם:

ולפי האמור דהא דממעטינין מאביו ואמו נפל היינו מת תוך למ"ד א"כ אין להמג"א בסוסי' תקכ"ו ראי' דנפל חייב בקבורה דמת בתוך למ"ד לא מצינו מ"ד שיאמר דלא צריך קבורה ורק בנפל פליגו בי' והרי על נפל גמור אין ראי' מת"כ הנ"ל כן נראה לפי ענ"ד וכן הוא סוגיא דעלמא והנח להם לישראל אם אינם נביאים בני נביאים הם הכ"ד הק' משה שיק מברעזאווע:

תשובה נו

בעזהי"ת חוסט יום ב' ערב חג הסוכות תרל"ז לפ"ק: החיים והשלום וכל טוב להאברך הרבני המופלג ומופלא בתורה וביראה שלשלת היוחסין כש"ת מוה' שלמה נ"י יושב בשבת תחכמוני בק"ק דעריטשקע יע"א:

מכתבו קבלתי ואם אמנם שאין לי פנאי אפי"ה אני משיב לכבודו הרמה בקצירת האומר ע"ד המאורע שאירע בקהלתו שאיש אחד מת לו מת ושינוי מנהג מקומו כי העמידו להנעדר מצבה על קברו והכתב גם הלשון שחקקו על המצבה הוא כתב ולשון אונגארי"ש וכזאת לא נעשה ולא נשמע עוד בקהילות קדושות שבישראל לשנות מנהגם בדבר שבפרהסיא וביותר כי נשמע ג"כ שאבי המת הנ"ל רוצה לעשות גדר להקבר מד' רוחותיה משלשלאות של ברזל דבר שלא נשמע ולא נראה כיוצא בזה בישראל מימי אבותינו:

והנה רע עלי המעשה מצד הרבה טעמים א') הרי הבית עלמין הוא חצר השותפין ואפילו בשותפות של דבר חול אין רשאי אחד מהשותפין לשנות דבר מבלי הסכמת השותפין כדקי"ל בחו"מ סי' קנ"ד ובכמה דוכתין וכ"ש בדבר חדש במנהג שנהגו בו אבותינו מימות העולם הדין דאפילו הגבאים אין רשאין לשנות מבלי הסכמת רוב החברא ומרא דאתרא. ובדבר כזה אית בי' משום יוהרא ואין משנין בין מת למת לא בדבר שהוא לגנאי גם בדבר שהוא לכבודו. דאם משנין לכבודו של אותו מת יש בזה ביזוי לשאר מתים ואם הוא לגנאי וודאי דאין לגנות אותו כי שמא הרהר תשובה בלבו ועיין ביו"ד סי' שנ"ב והמיתה נקראת שכיבה עם אבותיו לצרף עצמו עם הקדושים שכבר מתו ולא לעשות פירוד להפרד ולהנתק עצמו מהם וכ"ש לעשות מחיצה ופירוד בינו לבין שאר המתים במחיצות ושלשלאות של ברזל והעוה"ב נקרא צרור החיים כמ"ש בשמואל והי' נפש

אדוני צרורה בצרור החיים.. גם המעשים החיצונים צריכין להיות למשל ולדמיון והכלל בזה מנהגן של ישראל תורה היא ואסור לשנות:

השנית המקום של בית הקברות הוא מקום קדוש וצריכין לנהוג בו כבוד כדאיתא ביו"ד סי' שס"ח דצריכין לנהוג בו כבוד דאסור לאכול שם וכן כל דבר של חול אסור לעשות שם עיי"ש גם החברא המתוקן לזה נקראת חברא קדושה. והעוה"ז נקרא עלמא דשקרא. אבל העוה"ב נקרא עלמא דקשוט היא עולם האמת והתורה חותמה אמת. ורק התורה והמצוות ושאר דברים הקדושים הן הם חשובים ואמתיים. וכבר אמרו במעשה דר"י ברי' דר"י ב"ב דף י' ע"ב דאיתא התם דיוסף ברי' דר' יהושע חליש ואינגיד א"ל אבוה מאי חזית א"ל עולם הפוך ראיתי עליונים למטה ותחתונים למעלה א"ל עולם ברור ראית כו' ופרש"י אותם שהם כאן למעלה מפני עושרם שם הם למטה כו':

ובעולם הברור בוודאי אין לעשות שחצניות וגיאות וכיוצא בזה מן ההבל הבלים ואמת מארץ תצמח כתיב ולכך המנהג דווקא להעמיד מצבה כתוב וחרוט בלשון הקודש שהוא הלשון שנברא בו העולם ובלשון זה ניתנה לנו התורה וכל ספרי הקודש. ובו הי' הדיבור ממנו יתברך אל נבואיו הקדושים ובו דיברו רבותינו ואבותינו הקדושים אשר זכותם עדיין מגין עלינו. והוא הלשון המצרף כל בית ישראל לעם אחד וכתיב אמרת ד' צרופה והוא המגן לכל החוסים בו והוא המייחד אותנו. ולכן נכון וראוי הוא הלשון הזה להיות כתוב ותרת ונאמר במקום קדוש. משא"כ שאר מקומות שהם מיודעים רק לצורך חול ועניני עוה"ז הנאמרים בכל לשון:

אבל האדם כשמת פסקו כל תאוותיו בעניני עוה"ז ואין לו אלא מה שעסק בתורה ובשאר דברים קדושים וחלקו מכל עמלו מה שפעל טוב בעניני האמת והצדק הנאמרים בלשון הקודש. והכותב והחרוט זכרון המת על המצבה בשאר לשונות הרי הוא מגנה את המת ומעיד עליו שלא הי' לו חלק בעולם הברור עולם הקדוש והאמת ושכל עניניו היו רק במאי דשייך לעלמא דשקרא. ומצד חשש תקות העכו"ם יעיין ביו"ד סי' קע"ח שכל שעושים כדי להתדמות להם הוא בכלל חוקות העכו"ם. ועכ"פ מבואר דמי שעשה המעשה הנ"ל לא ישר ולא טוב עשה וראוי להעושה עצמו לתקן מה שקלקל במה שגינה קברות המתים. ומכאן ואילך בוודאי ראוי לבני החברא קדושה להיות עומדים על המשמר שלא לשנות שום מנהג הנהוג בישראל וכמאה"כ אם לא תדעי לך כו' צאי לך בעקבי הצאן ורעי את גדותייך. אלה הדברים הצעתי לפני מעלתו לברר האמת וד' הטוב ברוב רחמיו ידריכנו בדרך האמת וישלח לנו הגואל צדק במהרה בימינו ויבולע

המות לנצח ועינינו תחזינה בשוב ד' את שיבת ציון בב"א ידידו הדו"ש הק' משה שיק מברעזאוו"ע:

תשובה נז

הנה מבואר בש"ס ופוסקים באהע"ז סי' מ"ב דלא בעי' יחוד וזימון לעידי קדושין אלא כיון שראו המקדש והמתקדשת את העדים והעדים ראו את מעשה הקדושין הן הן עדיו ומ"מ כ' הר"פ הובא בש"ך חו"מ סי' ל"ו סק"ח דנהגו לברר ולזמן עידי קדושין וכ"כ הרמב"ן והריטב"א בפ"ק דמכות דנוהגין לזמן עדים וכן הסכים בס' בית מאיר באהע"ז סי' מ"ב והוא משום חשש דאולי נמצא בין הרואים קרובים או פסולים ויכונו להעיד דאז עדות כולם בטלה לדעת רש"י ורמב"ם וסייעתם. עוד יש לחוש לדברי הריטב"א בשם רבו בקדושין דף מ"ג ע"א דכ' דגבי קדושין הראי' והמעשה הוי כמו ראי' והגדה ואפילו לשיטת התוס' פסול ולכך נכון ליחד עדים כשרים וכן ראיתי ממורי הגאון מוהר"מ סופר זצ"ל שתחת החופה קרא לעדים שיראו הנתינה להיות עדים וכן אני נוהג אחריו וכל זה מבואר ליחד ב' עדים:

אמנם הלום ראיתי במכתבי שומר ציון מכתב בשם הרב הגאון האבדק"ק שוואבאך נ' שכ' שהוא נוהג מחמת טעמים כמוסים לזמן כל הכשרים ואומר כל הכשרים כלכם תהיו עדים לראות ולשמוע הקדושין והביא שם דברי הש"ג במרדכי סוף גיטין שכ' שכן נראה לו לעשות בגיטין שלא לייחד ב' עידי מסירה אלא לומר שמעו כלכם הכשרים להעיד כו' עיי"ש ולפי ענ"ד אינו נכון לעשות כן וגם דברי הש"ג תמוהים לי דמבואר בגיטין דף ס"ד ופסק כן בש"ע סי' ק"כ באהע"ז באומר כלכם חתימו או כלכם הוליכו בעינין דווקא עד שיחתמו ויוליכו כולם ואם לאו הגט בטל וא"כ פשוט דהה"ד אם מיחד כולם לעידי מסירה בעינין דווקא עד שיהיו כל הכשרים עדים ואע"ג דדין זה מבואר בש"ס בגירושין נראה מסברא דהה"ד בקידושין כדילפינין לענין כמה דברים המובאים באהע"ז בסי' ל"ב מויצאה והיתה:

ולכאורה יש להביא ראי' לזה דהרי גם בשחרור בעינין עד שיחתמו כולם כדמוכח בגיטין דף יו"ד מדכשר בע"א כותי דטעמי' דכשר משום דבעינין שיחתמו זה בפני זה משום גזירת כלכם וא"כ קשיא למה תניא בגיטין דף ט' בשלשה דרכים שווין גיטי נשים לשחרורי עבדים כו' הו"ל למיתני גם הא דכלכם ואי בכלכם לא דמיא הו"ל להש"ס לומר על הא דקאמר שם למעוטי מאי. הו"ל למימר דלמעוטי הא. ואלא ע"כ דדמיא וכדמוכח מעד כותי וא"כ למה לא תניא וע"כ כתי' הש"ס דמילתא דאיתא בקדושין לא קתני וא"כ

מוכח דדין כלכם איתא גם בקדושין. מיהו זה יש לדחות דלא אצטרך למיתני דכיון דשנה שווין לעד כותי ועד כותי טעמי' משום כלכם ממילא נשמע דשווין לענין כלכם. ולעולם י"ל דבקדושין ליתא:

מיהו מבואר מתוס' גיטין דף יו"ד ע"א ד"ה כי קתני כו' וכן בחידושי הרמב"ן והרשב"א דגם בקידושין דין כלכם כמו בגיטין וא"כ בין בגיטין ובין בקדושין כיון דבאומר כלכם אינו גט עד שיחתמו כולם הה"ד בע"מ דע"מ כרתי גם כן באומר כלכם עדים אינו גט עד שישמעו ויראו כולם וכאלו התנה תנאי זה וא"כ איך יאמר כלכם היו עדים דלמא אחד מהם לא ישמע ולא יראה והוי הגט והקידושין בטלים. וא"כ לכאורה דברי הש"ג תמוהים. ובש"ע סי' קנ"ד סעי' ע"ט כ' ג"כ כדבריו ושינה ולא כ' לשון כולכם וצ"ע לכאורה:

אכן אפשר לחלק דדווקא אם בעל דבר בעצמו אומר כלכם יש לומר דקפיד וכאלו התנה כולם משום עדים אבל אם אומר כן החכם או הרב המסדר לא שייך לומר דקפיד והתנה. דתנאי צריך שיתנה האיש אשר שייך לו התנאי ועיין בחו"מ רסי' ר"ז ובהגה"ה שם וצ"ע. או אפשר דיש לחלק בין שמעו לחתומו או הוליכו דבאומר שהם יעשו מעשה ואומר כלכם משמע דקפיד שיעשו המעשה ההיא דאל"כ מה"ת אם אינו צריך למעשה כולם בוודאי לא יחתמו ולא יוליכו כולם אבל בשמיעה דשמיעה לאחד ושמיעה לכולם. ובפרט שלא אמר כלכם תהיו עדים אלא אמר שמעו כלכם ולפרסומי למלתי' אמר. כן יש לחלק:

ועם כל זה אינו נוח לי שהרי קי"ל סו"פ התקבל ובאהע"ז סוס"י ק"כ דהאידנא תקנו חכמים דהאומר ומצוה במעמד רבים לא לימא סתמא דלא ליתי למיטעי אלא יפרש כל חד מנכון או שנים מנכון וא"כ גם בע"מ כיון דאי אמר כלכם תהיו עדים בעינין דכולם יהיו עדים ויראו וישמעו א"כ כי היכא דלא ליתי למיטעי צריך לפרש שנים מנכון וא"כ דברי הש"ג וגם דברי הב"י בש"ע צ"ע. ודוחק לחלק ולומר כיון דכבר הם ע"ח על הגט ולהרי"ף סגי בע"ח לחוד לא חש לחששא דתקנה הנ"ל וצ"ע. וכיון דלא ידעינין טעמא דהא מילתא אין למיליף מינה להקל במקום אחר ולכך בעידי הגט בלא"ה אין נוהגין כש"ג הנ"ל אלא מייחדין וגם בעידי קדושין נראה דצריך לייחד:

והנה שלא שמעו ולא ראו פשיטא דלא הוי עדים. אמנם אם שמעו ולא ראו הנתינה מידו לידה פסק הרמ"א באהע"ז סי' מ"ב סעי' ד' בהגה"ה כהרשב"א דבעינין שיראו הנתינה ממש ולא מהני אומדנות ולא מבעי' לדעת המהרי"ט בתשובה סי' ל"ח וגם המ"ב סי' נ"א מובאים בבית שמואל שם ס"ק י"ד דעידי קדושין בעי דו"ח דדמיא לדיני

נפשות ובדיני נפשות קי"ל דבעי' דווקא ראי' ממש ולא מהני שום אומדנא אפילו מוכח טובא וכמו שפסק הרמב"ם בפרק כ' מה' סנהדרין. ודבריו מבוארין יותר במנין המצות להרמב"ם בלאו ר"צ פי שם ביאר היטב זה וה"נ בקידושין לא מהני שום אומדנא. ולא קשיא מקידושי ביאה דאמרינן הן הן עידי יחוד דכבר ביאר המרדכי סוף פרק המגרש וביותר ביאור בתשובת מיי' השייכים להלכות אישות סי' א' כיון דכ' רחמנא ובעלה ללמד שניקנית בביאה ודרכיה דרכי נועם ובוודאי לא כיוונה התורה שיהיו אצל הביאה עדים ויראו הביאה. ע"כ בביאה סגי בעידי יחוד דהוא אומדנא דמוכח טובא.

ולא קשיא נמי מהא דאין אוסרין על היחוד ולא אמרי' הן הן עידי יחוד דהתם איסורא הוא דאיכא ומוקים נפשי'. אבל בקידושין שאמר בפני ב' עדים שמתייחדין לקידושין שרוצה לקדשה בביאה והיא מותרת לו ואדרבה מצוה איכא ואדעתא דהכי נתייחד ויצרו תוקפו שפיר הוי אומדנא דמוכח. ולא קשיא מהא דאמרינן דעד תלתין יומין מוקים אינש נפשי' כו' חדא דלא קי"ל כן כדאיתא באהע"ז סי' ס"ח. ואפילו אם הי' קי"ל כן היינו היכא דיש טעם וסברא לומר אמאי אוקי' נפשי' וכמ"ש הבי"ש בסי' קי"ז ס"ק כ':

אלא אפילו אי נימא דע"ק לא בעי דו"ח ודינם כעידי ממון וסגי בידיעה בלא ראי' באומדנא דמוכח טובא וכמ"ש הב"ש בסי' מ"ב ס"ק י"ב הרי ביאר הרשב"א בתשובה בסי' אלף צ"ט דבע"ק בעינין שיראו מעשה הקדושין באופן שלא תוכל להכחיש דילפינין דבר הנאמר בערוה דהיינו דמעשה הקדושין והגירושין בעי' שיהי' מבורר כל כך כמו דבר הנאמר בקרא דעפ"י שנים עדים יקום דבר דהיינו שאין הבעלים נאמנים ולא יכולין להכחיש וא"כ אם נאמר כאן שאם לא ראו הנתינה והיא יכולה לומר לא קבלתי או בתורת מתנה קבלתי פשיטא דאין כאן קדושין בעדים. אלא דאפילו נימא כיון דאדעתא דהכי באו לתחת החופה ונעשו בה כל הענינים כדרב שעושין בשעת קדושין לא גרע מחזקה והוי כלבשה בגדי נידותה, וכבר הוכיח בתשובת חוט השני סי' י"ז דאינה נאמנת להכחיש. וכן דעת הרמ"א בתשובה סי' ב' ועיין בסדרי טהרה סי' קפ"ה ססק"א:

מיהו היינו במה שהחזיקה היא בעצמה אבל לא מה שהחזיקוה אחרים והכא אפילו נימא דמאי שנכנסה תחת החופה הוי הוחזקה. מ"מ זה הוי רק חזקה שרצונה לקבל אבל אינה חזקה שקבלה ואולי חזרו בהם עיין באהע"ז סי' ל"ד שיש חוששין מטעם זה לברך ברכת אירוסין אחר הקדושין ואפילו אי נימא דמוקמי' גם זה אחזקה שלא חזרו. וגם מכח ברכת נישואין ושתיית כוס ואמירת המזל טוב והוחזקה גם עי"ז לא"א. מ"מ היינו לאחר שיצאו מתחת החופה וכבר נגמרה החופה. אבל ברגע שאחר נתינת הקדושין אם לא ראו הנתינה. אם היא רוצת להכחיש ולומר שלא קיבלה או שנתן לה במתנה וכעת לא נתן

לה כלום הרי לא הוחזקה אז בשום חזקה שכבר נתן לה קידושין ואם רצתה אז להכחיש היתה נאמנת. וא"כ אז בשעת קדושין לא היו קדושין בעדים ולא מהני הקדושין. ואם כי אפילו אח"כ ע"י שאר המעשים והענינים יש אומדנות וחזקה שנתקדשה הא אח"כ אינו נותן לה ואינו אומר לה כלום ובמה תתקדש והרי קי"ל שם בסי' נ"ז סעי' ג' בהגה"ה דהיכא דבשעת נתינה לא מהני צריך לחזור ליקח וליטול ממנה וליתן לה מחדש:.

וא"כ בנידון שלנו ע"י אומדנות דחופה אפילו המרדכי מודה דבקדושין לא מהני אמנם אפילו לפי מ"ש החו"י בתשובה סי' י"ז היינו דווקא אם ראו לכל הפחות הטבעת קדושין בידה אח"כ א"כ כיון שבא לקדש אותה חזקה שבתורת קדושין נתן לה ולא בתורת מתנה ואינה נאמנת לומר שנתן לה בתורת מתנה והנוב"י מהדו"ת סי' ע"ו בחאהע"ז כ' דדווקא אם יש סימן שזה שלו אמנם כבר פקפקתי דאפי' בכה"ג י"ל דלא מהני דאימתי יהיו נעשין הקדושין ואם כן פשיטא דבעינין שיראו העדים הנתינה ממש ואין חולק על הרשב"א:

וכל זה כתבתי אם אין כאן פסולי עדות אבל אם יש פסולי עדות כבר ביארנו דנוהגין להזמין משום חשש קרובין ופסולין לחוש לדעת רש"י ורמב"ם בח"מ סי' ל"ו ואם הזמין אפילו יש שם אחרים שפסולין נתקיים העדות בשאר ונראה דע"י ההזמנה יש קולא וחומרא קולא שאפילו אם יש אחרים פסולים מתקיים העדות בהנך עדים שהזמינו כמבואר בחו"מ סי' ל"ו סוף סעי' א'. אמנם נראה שיש בזה עוד קולא שאם אותן שהוזמנו נמצאים פסולים מתקיים העדות בשאר שהרי עיקר כ' הריב"ש בסי' תע"ט דאפילו הוזמנו מ"מ גם אחרים עדיין עדים. ומזה לא משמע כמו שהסביר הש"ך שם סק"ח סברת ההזמנה אלא דלכך מהני משום דהוי ככת בפ"ע הואיל ולא נצטרפו. כי עיקר הפסול בנמצא אחד מהם קרוב או פסול הוא מכח הצירוף וכמ"ש הריטב"א. וכאן הרי חילקן ונפרדו זה מזה וא"כ כשם דאם נמצאו אחרים פסולין אע"ג שגם האחרים כוונו להעיד ונקראין עדים. מ"מ נתקיים העדות בהמוזמנים. ה"ה אם נמצאו המוזמנים פסולים מתקיים העדות באחרים שלא הוזמנו דהוי ככת בפ"ע:

וזה נראה כוונת תשובת חב"י בסי' קי"ז שכ' שנתקיים העדות באחרים וקשה הא נמצא אחד פסול כולן פסולין אלא דכוונתו על אותן שלא הוזמנו ושם אין קרובין ופסול: או שלא כוונו הקרובים לעדות ומסתמא לא כוונו כמ"ש הרמב"ן ב"ב דף קי"ג וכן בתשובת חו"י סי' י"ז צריך לומר כן דאל"כ דבריו סותרין. אמנם יש על ידי ההזמנה ג"כ חומרא דהנך שהוזמנו אפילו לא העידו עדיין אם אחד ביניהם פסול כולן בטלין אפי' לדעת הרא"ש וסייעתי' דס"ל דבכוונה לחודא לא מיפסל ובעי' נמי הגדת עדות היינו אם לא הוזמנו אבל בהוזמנו כלם פסולים כן נראה מדברי הרמב"ן בחי' לש"ס ב"ב דף קי"ג וכן

פסק בח"מ סי' ז' סעי' ה'. ונראה דממקומו הוא מוכרע מהרא"ש פ"ק דמכות דמוקי התוספתא דקתני דלא ידעו בהן היינו שלא הזמינם המלוה ומוכח דאם הזמינם פסולין ותימה שלא כ' כן בש"ע בחו"מ סי' ל"ו סוף סעי' א'. כן נראה לי הק' משה שיק מברעזאווע:

תשובה נח

בעלי שומר ציון מכתב נ"ו הובא תשובת הרב מהרא"ז נ"י אבדק"ק מינסטר יע"א בדין בני יבמה לשוק להכריע כדעת הרי"ף והרמב"ם הובא בטוש"ע אהע"ז סי' קנ"ט וכ' שם דגם הרא"ש סובר כן ועיקר ראיתי מדפסק ש"ס בסוטה דף י"ח דלא כרב המנונא וכל דבריו בזה הם דברי תימה ולא ידעתי שום מקום לדבריו וגם מ"ש בכוונת הרא"ש הרואה יראה דלא כוון יפה ואין בדבריו שום ממש ונקדים שורש הדבר דיש בזה ג' שיטות:

הנה המרדכי בפ' מצות חלוצה סוף סי' נ"ח כ' דיבמה לשוק היא ערוה והוולד ספק ממזר דקי"ל כשמואל ביבמות דף צ"ב ע"ב דמספקא לי' אי תפסי קדושין בה. והנוב"י באהע"ז סי' נ"ד ד"ה והנה ראיתי כו' תמה על המרדכי וכ' שלא מצא לזה שורש ותמה אני על תמיהתו הרי גם דעת הש"ג בשם הריא"ז ביבמות צ"ב ע"ב דהוולד ספק ממזר מה"ת. וזה נראה ג"כ דעת רש"י ביבמות דף מ"ט ע"ב דמפרש אביי מספקא לי' אי כרב אי כשמואל ומבואר מפירושו דאי אמרינן אין קדושין תופסין הוולד ממזר ואע"ג דיש לדחות זה. דרש"י קאי שם אליבא דרע"ק ולדידי' אמרינון כן בכל חייבי לאוין מ"מ נראה כיון דרש"י סובר שם דאי אין קדושין תופסין ביבמה היא איסור עשה ואפי"ה אי אין קדושין תופסין הוי ממזר ולרע"ק חייבי עשה כמו לדידן חייבי לאוין וע"כ דרש"י סובר כל שאין קדושין תופסין הוולד ממזר וא"כ גם לדידן דקי"ל דאין ממזר רק מחייבי כריתות אפי"ה ביבמה לשוק אי אמרינן דאין קדושין תופסין. והירושלמי דסובר דלרבנן אין הוולד ממזר לטעמי' אזיל דס"ל בפ' החולץ הלכה ט"ו דגם לר"ש התימני בעינין דווקא חייבי כריתות דשאר אבל אנן לש"ס דידן דקאמר ביבמות דף מ"ה דכל שאין תופסין בה קדושין הוולד ממזר גם יבמה לשוק אליבא דרב דסובר דאין קדושין תופסין הוי הוולד ממזר דממזר ואין קדושין תופסין תליא בהדדי לדידן וכמ"ש התוס' בחולין דף מ"ד ד"ה עשאה זונה ומה שאמרו ביבמות דף צ"ב ע"א דלרבנן אין ממזר מיבמה היינו רבנן דרע"ק דמחלקו בין לאוין דשאר ולכך גם ביבמה אפילו אי אין קדושין תופסין ס"ל דאין הוולד ממזר הואיל ואינה לאו דשאר. ועכ"פ ס"ל לדידן דמספקא לן אי קדושין תופסין ביבמה לשוק כדפסק הש"ס וכדקי"ל באהע"ז סי' מ"ד הוי הוולד ספק ממזר:

אמנם התוס' פליגו על זה וסוברים דאע"ג דאין קדושין תופסין ביבמה לשוק אין הולד ממזר לדידן מה"ת דקי"ל בנכרי ועבד דלא תפסו קדושין לכ"ע מ"מ אין הוולד מהם ממזר ה"נ יבמה לשוק וכן משמע פשטות הסוגיא וכן הסכמת רוב הפוסקים. אבל מוכח מסוגיא דהזורק דף פ' דיבמה לשוק הולד ממזר מדרבנן דלמא אתא לאחלופי בא"א ואע"ג דלא קי"ל כרב המנונא מ"מ הולד ממזר מדרבנן וזה מבואר בתוס' יבמות דף צ"ב. אמנם הרי"ף והרמב"ם וסייעתם מקילים טפי וסוברים דאפי' ממזר מדרבנן ליכא והא דאמרינן בהזורק כל הדרכים האלו בה בוודאי הפירוש כל הדרכים ואפילו ממזר הוי וכמ"ש הרא"ש דכל הדרכים משמע כל הדרכים ממש:

ולדבריהם קשיא טובא סוגיא דהזורק דלדבריהם ע"כ מתני' שם כרע"ק וכדאיתא בירושלמי ולפי"ז קשיא ש"ס דידן שם דמדייק נישאו דווקא אבל זינו לא דליתא לדרב המנונא הא לרע"ק וודאי איתא לדרב המנונא. והפ"י בגיטין הניח בקושיא דעת הרי"ף אמנם נעלם ממנו דברי הרמב"ן בחידושיו ודברי הר"ן שם דש"ס דידן קאי על דיוקא דרבנן הנאמרים בירושלמי דאמרו רק אין ממזר ביבמה משמע ממזר הוא דליכא אבל אינך דרכים יש בה. וע"ז מדייק הש"ס נישאו אין זינו לא ובאמת כל הרואה יראה כמה דוחק הוא בהסוגיא. ויותר דאיך אפשר לומר נישאו דווקא הא מתני' רע"ק ולדידי' בוודאי ה"ה זינו:

ויותר הי' נלענ"ד נכון לפרש דעת הרי"ף דס"ל באמת דהש"ס בגיטין פ' הזורק מפורש כתוס' אלא כיון דביבמות דף צ"ב פליגא לישנא בזה ולישנא קמא דרב גידל פליג על הש"ס דגיטין ושם קאי לאידך ב' לשונות ולישנא קמא דרב גידל ס"ל כהירושלמי על כרחך. וגם סתמא דש"ס ביבמות צ"ד סובר כל"ק דר"ג וכהירושלמי לכך פסקו כוותי' ודחו אינך ב' לשונות וסתמא דהזורק מהלכתא ופסקו כהירושלמי זהו נראה דעתם וכן נראה מלשון הרא"ש שמפרש דעת הרי"ף:

וכיון דסתמא דש"ס דפרק הזורק סובר כאינך ב' לשונות דר"ג וסתמא דיבמות דף צ"ד יש לאוקמא ג"כ כוותי' כמ"ש התוס' והרא"ש לכך הכריע הרא"ש הלכה למעשה כתוס' וכב' לשונות דר"ג ואע"ג דלא קי"ל כרב המנונא וכן מבואר בלשון הרא"ש לכל הרואה אותם ואין בהם שום ספק דדעתו לפסוק הלכה למעשה דהוולד ממזר מדרבנן וכן כ' הרא"ש בתשובה כלל נ"ב סי' ג' דעת התוס' בפשיטות ואין בהם ספק. ובגיטין העתיק הרא"ש לשון הרי"ף כדרכו. וא"כ בוודאי הנוסחא בטור בסי' קנ"ט דמסקנת הרא"ש כמ"ש בתחילה וכמ"ש הב"י וכן הביא הנוסחא בש"ג ואין מקום להקל אלא א"כ נדמה לה לנישאת בהוראת טעות דכתבו התוס' שם דאז לא עשו את בניהם ממזרים וגם בנידון

ההוא נישאת בהוראת טעות עיי"ש. מיהו אלו לא הגיעו להוראה ולא מקרי הוראות טעות זהו הנראה לפי ענ"ד נכון וברור הק' משה שיק מברעזאווע:

תשובה נט

בעזה"י יום ג' ה' לירח אלול תר"ז לפ"ק פה יערגין יע"א. לשנה טובה יכתב ויחתם לאלתר לחיים טובים ה"ה הרב הגאון המפורסם. ערוגות הבושם צדיק יסוד עולם. גודר גדר ועומד בפרץ ע"ה נ' כבוד קש"ת מוה' יעקב עטלינגער נ' האבדק"ק אלטונא יע"א.

בצאת השנה יבוא ברכת שנים. דשנים ורעננים. לפר"מ נ' אוהב דבוק כו' רחש לבי דבר טוב יהי ד' עמו כו' אויבינו ילבשו בושת ועלינו יציץ נזרו כו' יראה פעלו בקרב שנים ויהי' שכר לפעולתו ומאוד ישגה אחריתו ולהראותו כי חביבים עלי דברי דודים שוחרי טוב ואמת אמרתי להציע לפני הדר"ג את הנראה בעיני ועי"ז יצא האמת לאורה. הן פר"מ נ' הביא בעלי שומרי ציון הנאמן בדף יו"ד ובדף כ"ו הקושיא למה טרחו הפוסקים למצוא לאו למעילה הא יש לנו אזהרה מפורשת לפי מה שאמרו בנידה דף מ"ו דהקדיש הוא ואכלו אחרים לוקין משום בל יחל דברו כו':

ולפי ענ"ד דהנה באמת אמרו דלאו דבל יחל כולל שלא יעשה דבריו חולין כמ"ש הרמב"ם במנין המצות ל"ת קנ"ז הן בקיבל על עצמו בשבועה ובנזירות או בנדר הן נדרי רשות או נדרי הקדש המצוה והל"ת היא שלא יחלל דבריו ואת מוציא שפתיו לא ישנה. ולכך אם אמר שלא יאכל ואכל חילל דבריו. והה"ד באומר ככר זה הקדש והקדש כבר נודע דאסור לאכול ממנו וגם ליהנות ממנו הוי לי' כקיבל עליו לאסור אותו לאכול וליהנות ממנו. ולכך אם אכלו ונהנה ממנו עובר בלא יחל דברו. וכל זה לאחר שנודע לן אזהרה ולאו שלא יהנה מהקדש מקרא דלא תוכל לאכול בשעריך או מגז"ש דחטא חטא מתרומה א"כ בכלל נדרו שיהא הקדש הוא שיאסר עליו באכילה ובהנאה ובאכלו ונהנה ממנו עובר בלא יחל אבל אם לא הי' לן לאו ואזהרה שלא יאכל הקדש לא הוי בכלל דיבורו להקדישו שיהא לאו באכילתו וליכא למילף אזהרה מלא יחל ולזה הוצרכו למצוא לאו ואזהרה שאסרה התורה ליהנות מן ההקדש ולא קשיא קושיא הנ"ל:

אמנם עדיין יקשה מאי שהקשה פר"מ נ' שם בדף כ"ו דאמאי לא כ' הרמב"ם בפ"א ממעילה דהמועיל עובר ולוקה שתים אחת משום אזהרה דמעילה ואחת משום בל יחל. והיותר קשה על מתני' דמכות דיש חורש תלם אחד חייב עליו משום לאוין דהיינו בשור וחמור מן המוקדשין ופרש"י חד לאו ופרש"י חד לאו משום מעילה בהקדש והרי יש ט' דהרי איכא נמי בל יחל. אבל גם זה נראה לישב בפשיטות דהנה לא מבעי' בנדר הרי

עלי ליתן לבדק הבית הרי מיד כשנתן קיים נדרו ואח"כ הם נכסי הקדש והגזבר עושה בהם כרצונו ואין כאן עליו עוד שום נדר וכיון שכבר קיים נדרו הנה הנהנה ומועיל בדבר ההיא אינו מחלל דברו ואינו עובר על לא יחל. ובנדבה הרי זו להקדש לבדק הבית נמי לכל הפחות כשמסר מה שהקדיש להגזבר כבר קיים דברו כי ככל אשר יצא מפיו עשה. ובחולין דף קל"ט מבואר דלכ"ע כשמסר הדבר ליד הגזבר כבר קיים נדרו ובהרי זו משמע שם אפילו לא מסר ליד הגזבר כיון שהקדישו והניחו לבדה"ב קיים נדרו:

ובאמת אם אכלו יש לומר דלא קיים נדרו אבל במסרו ליד גזבר כבר קיים נדרו והמועיל בו אח"כ אינו מחלל דברו ואינו עובר משום בל יחל ומצאתי שכך כ' מרן הגאון זצ"ל בחת"ס סי' רמ"ג בחיו"ד סוף ד"ה אבל כו' בפשיטות וכשם שאם בא ליד גזבר או ליד הקדש אין לו התרה ה"נ לית בי' משום לא יחל דברו דשניהם מחד קרא ילפינן דלא יחל דברו הוא אינו מיחל אבל אחרים מוחלין לו וא"כ איכ"ל דמתני' דמכות איירי שכבר בא ליד גזבר:

ובזה מיושב קושית התוס' בפסחים דף מ"ז ע"א ד"ה מוקדשין כו' דלפרש"י תקשה מאי משני במכות דף כ"ב ע"ב דמיירי בבכור הא עדיין קשה מחמור דהוא הקדש לבדק הבית איתא בשאלה ולפי האמור מיושב דהנה. כבר הקשה הריטב"א במכות שם. דמאי פריך מוקדשין הא אפשר בשאלה לישני דמיירי בבא ליד גזבר מיהו קושיא זו לא קשה דבהקדש מזבח מאי גזבר שייך בי' וכמ"ש התוס' בכריתות דף י"ג ע"ב דשייך בי' שאלה עד שיזרוק דמו והובא בתשובת מרן שם בתשובה הנ"ל ואין גזבר להקדש מזבח ולכך פריך הש"ס שפיר אבל מחמור דהוי הקדש מרה"ב לא קשיא להו משום דמיירי בהקדש בדה"ב וכבר מסר ליד גזבר וכמו שכתבתי לעיל דע"כ מיירי שכבר בא ליד הגזבר וכנ"ל:

אמנם עדיין אין קושית מעלתו מיושב לגמרי דאכתי מושכחת לה בנודר עצמו קודם שבא ליד הגזבר דלפי הנ"ל הי' והמועיל עובר על בל יחל דברו. אמנם הנראה לפי ענ"ד דהנה קי"ל בשבועות דף כ"ו ע"ב וכן פסק הרמב"ם בפ' י"ד הלכה י"ב דבנדרי הקדש אפילו לא הוציא בשפתיו אלא גמר בלבו הוי הקדש שנאמר כל נדיב לב יביאה כו' ומ"מ נראה לי דבנדיבת לב לחודי' מבלי דיבור אינו עובר משום לא יחל דברו דהרי בקרא כתוב להדיא לא יחל דבר"ו דייקא. ואפילו לפי דעת הרא"ש ריש הלכות ס"ת ודלא כתוס' ותויו"ט סוף פרק המפקיד דהחושב לשלוח יד בפקדון נמי חייב אע"ג דמקרא מלא דיבר הכתוב על כל דבר פשע מ"מ לאו דווקא דיבור היינו הטעם בלשון הקודש דיבור לאו דווקא דיבור אלא דגם הענינים והעסקים להסיבה נמי נקרא דבר איכא למימר דהה"ד מחשבה. אבל

הכא דכתיב דברו והפירוש דיבור ממש ויגיד עליו ריעו דכתיב להדיא ככל היוצא מפיו יעשה וא"כ נראה דדווקא בהוציא בפיו עובר בבל יחל אבל לא בגמר בלבו:

וכיון שכן איכ"ל דנעשה הקדש ע"י מה שגמר כן בלבו כי סתמא דמילתא היא כן דקודם דיבור ההגיוני עוד מקודם גומר בלבו ואח"כ שולח דברו ולשונו תהלך להודיע את אשר גמר בלבו וא"כ כיון שכבר עוד מקודם שהוציא בפיו כבר נעשה הקדש ואסור בהנאה משום לא תוכל לאכול בשעריך מחמת שגמר בלבו ואח"כ כשמוציא אח"כ בשפתיו נאמר כי שוב ניתוסף עליו איסור בנדר הזה משום בל יחל. ואיכא למימר דאין איסור חל על איסור וא"א לאיסור בל יחל לחול על הלאו דלא תוכל לאכול בשעריך:

וכל זה בגדול דאיכא גבי' משעת גמר בלבו לאו דלא תוכל לאכול בשעריך. אבל שם בנידה דמיירי במופלא סמוך לאיש ושם ילפינן באותו ברייתא למיעוטי מזה הדבר דדווקא לענין הנאמר באותה פרשה מופלא הסמוך לאיש הוי כגדול. והה"ד אם לא נאמר זה הדבר אלא לפי מאי שאנו דנין שם דדין הזה דמופלא סמוך לאיש הוי כגדול נאמר בפרשת בל יחל ומשם נילוף דהה"ד לאינך שפיר קאמר דיש בהקדש מופלא סמלא"י איסור בל יחל. אבל לעולם בגדול איכ"ל כיון דיש לאו דלא תוכל לאכול בשעריך כו' אי אפשר דיחול עליו לאו דבל יחל. ולכך לא הביא הרמב"ם במועיל בהקדש דיהא עובר משום בל יחל וגדולים דברי חכז"ל עמוקים ושרירין וקיימין:

וגם במופלא לא הביא הרמב"ם דעובר משום בל יחל דהרמב"ם בפי"א מנדרים לא פסק כהברייתא דזה הדבר הוי מיעוט למעט דאין בהקדש מופלא דין גדול רק למה שנאמר באותה פרשה וממילא דגם במופלא עובר משום לא תוכל וא"כ שוב א"א שיעבור על בל יחל. והטעם שלא פסק הרמב"ם כאותה ברייתא כמו שכבר העיר הלח"מ שם על זה. נראה לי משום דס"ל להרמב"ם דהש"ס ב"ב דף ק"כ ע"ב דיליף דרשות אחרות מזה הדבר פליגא אסוגיא הנ"ל וכבר כ' בקונטרס מיוחד בשמעתין דמופלא סל"א טעמו של הרמב"ם למה פסק כסוגיא דב"ב ולא פסק כסוגיא דנידה ואין כאן מקום להאריך בזה ועכ"פ הדין אמת ונכון דלית במעילה איסור בל יחל. ובזה אסיים בברכת עולם. החיים והשלום. מנאי ידידו הדוש"ת הק' משה שיק מברעזאווע:

תשובה ס

ע"ד חקירת הרב מהר"ל עטלינגער נ' אי כותבין פרוזבול בזה"ז דאין רשות לב"ד להפקיע ממון מטעם דינא דמלכותא דהא אמרינן בגיטין דף ל"ו ע"ב דבעינן ב"ד אלימו לאפוקי ממונא ואפילו לפי מ"ש הרמ"א בחו"מ סי' ס"ז סעיף י"ח דיכולין לכתוב בכל ב"ד מ"מ

צריך להיות ב"ד דאלים לאפוקי ממון עיי"ש ולפי ענ"ד נראה פשוט דלא מבעי' לפי מ"ש הרמ"א דבזה"ז נוכל לסמוך על הפוסקים דבכל ב"ד כותבין פרוזבול בוודאי דלא בעינן ב"ד דיכול לאפוקי ממון דלפי סברא זאת תיקן הילל לכל הדורות והוא שהפקיר הממון ואנן שלוחותייהו דקמאי עבדינן בכל מילי דאיכא חסרון כיס ושכיחא וכן מבואר מלשון המל"מ בפ"ד מהלכות מלוה ולוה דין י"ד דאין כאן הפקעה חדשה עיי"ש והרבה דיני תורה אפילו בגיטין וקדושין תלואים בדיני הפקר ב"ד הפקר וכי יעלה על הדעת לומר דאינם נוהגין בזה"ז וכן כאן הילל לכל דרי עלמא תיקן והפקיר דכל מי שימסור שטרותיו דבריו לב"ד אפילו לב"ד הדיוטות כולם שלוחי דהילל נינהו וכמבואר בש"ס ב"ק דף פ"ד ע"ב:

אמנם אפילו לפי שיטה הראשונה דבעינן ב"ד אלים לאפוקי ממונא מ"מ הדין פשוט דכתבינן פרוזבול בזה"ז דהרי אין המלכות גוזרת רק על שאין רשות לכוף את חבירו אבל אם שניהם רוצים לקבל עליהם דין תורה אין כאן מניעת המלכות וכיון שמחוייב כל בר ישראל לשמוע בקול ב"ד הם הנוגשים אותו ואומרים לו שחייב לשלם ומכריחין אותו ומחייבין אותו לשלם ולשמוע בקולם והפקירם הפקר שהממון של החוב הזה שביד הלוה הוא גזל בידו מפני שהוא מעות של המלוה ואם הלוה גבר אלים ואינו רוצה לשמוע בקולם הם רשאין לכופו בערכאות כדקי"ל בחו"מ סי' כ"ו וכ"ש בנידון שלנו שבדיניהם בלא"ה מפקינין מיני' וא"כ ממנ"פ הוא מחוייב והוא פשוט לפי ענ"ד. ויעויין ברא"ש פ"ק דגיטין סי' יו"ד מ"ש גבי ערכאות של גוים וגם עביד אינש דינא לנפשי' במילתא דברירא לי' כדקי"ל בחו"מ סי' כ"ד וא"כ ה"נ כאן אם יבוא לידו רשאי הוא להחזיק בו וא"כ בוודאי כתבינן פרוזבול או מסרינן דברים לב"ד ודברי חכמים כדרבונות וכמסמרות נטועים זהו הנראה לפי ענ"ד ברור ונכון הק' משה שיק מברעזאווע:

תשובה סא

לברר דין המומרים וכל פרטיהם:

בתורת הבית להרשב"א בשער הא' במ"ש ור"א מוקי למתני' כו' וראיתי לבאר מתחילה מקור דיני המומרים ואח"כ נבוא לדברי הרשב"א אי"ה. וראשונה אבאר דין מומר לחלל שבת וע"ז. הנה בחולין דף ה' מסיק הש"ס לדרב ענן בתיובתא מברייתא דמכם דקאמר חוץ מן המומר ומנסך את היין כו' ומפרש הברייתא דמומר לנסך היין קאמר כו' ותיובתא דרב ענן דאי לא הי' מוכרח לפרש מומר לנסך היין לא הוי קשיא על רב ענן וכקושית הרשב"א דאיכ"ל דרב ענן מיירי רק בעובד ע"ז. אבל כומר לע"ז בוודאי גם רע"נ מודה

דנהי דסובר דאינו מומר לכל התורה כולה וכפרש"י בחולין דף ד' ע"ב ד"ה אחאב כו' דרק יצרא דע"ז תקיף להו אבל בנבלה לא פקרו וקרי' בי' וזבחת כו' מי שהוא חושש לזבוח. אבל כומר לע"ז בוודאי גם רע"נ מודה דחשיב מין ושחיטתו לע"ז וכדאיתא בש"ס דף כ"ו ע"ב בתוס' ד"ה איזה מין כו' ולזה כוונו התוס' בחולין דף ד' ע"ב ד"ה מומר כו' ובמין האדוק בוודאי מורידין וכמבואר בע"ז דף כ"ו ולא חשיב ממילא ב"ב וכמ"ש התוס' בסנהדרין דף ע"ב ע"ב עיי"ש:

ואפילו אם נימא דלענין קרבן אין סברא לחלק בין אדוק לשאינו אדוק דאי חשיב כמומר לכה"ת כולה גם במומר לע"ז נימא הכי מ"מ י"ל דהטעם דפסול משום דהברייתא אתיא כר"א לקמן דף ל"ח ע"ב דס"ל זה מחשב וזה עובד וא"כ לא מושכחת לה דיביא מין האדוק קרבן ובמחלל שבת י"ל דחמיר עוד יותר מעובד ע"ז כיש גורסין ברש"י חולין דף ה' אבל לפי מאי דמפרש הש"ס חוץ מן המומר לנסך את היין מבואר דמיירי במומר ולא במין וא"כ קשיא לרע"נ. וטעמא דבאמת אין מקבלין קרבן מהנך מבואר בתי"כ פרשה ב' הלכה ג' משום דהנך הפרו ברית ולא מקרי בני ברית ואינם בכלל בני ישראל שהוא שם למקבלי ברית עיי"ש. והיינו ע"כ משום דחשיבו כמומרים לכל התורה שנתנה בברית וכמבואר שם וא"כ לכל דיני התורה דבעינין בהו ב"ב או בני ישראל חשיב מומר לע"ז או מומר לחלל שבת כנכרי וא"כ במומר לע"ז בוודאי שחיטתו אסורה מן התורה כמו נכרי העובד ע"ז דלכ"ע שחיטתו אסורה מה"ת:

אבל במחלל שבת הי' מקום לדון דלפירוש המפורשים בהרמב"ם פ"ד מה' שחיטה דנכרי שאינו עוע"ז אינו אסור רק מדרבנן וכבר הבאתי (עיין בחיו"ד סי' ת"ג) שכן נראה לפי ענ"ד להוכיח כן וא"כ גם כאן אמאי יהי' אסור שחיטתו ודוחק לומר דמדרבנן. אבל האמת יורה דרכו כיון דחשבי' לי' כמיפר ברית כל התורה אם כן גרע מגר תושב שקיבל עליו שלא לעבוד ע"ז ושאר שבע מצוות ואנו מצוון להחיותו משא"כ רשע כזה דמחלל שבת דאינו קרוי ב"ב ולא מורידין אותו ולא מעלין וכיון דחשבינין לי' כמומר לכה"ת כולה וכאלו עע"ז א"כ ממילא הוא נמי כנכרי העובד ע"ז. ומן התורה אסור לאכול משחיטת מומר לע"ז או מחלל שבת בפרהסיא:

ואפילו אם אח"כ יעשה תשובה לא אמרינין דלמפרע הי' דינו כישראל וכל עברות שעשה לא יזכרו וכמ"ש בס' התרומה דמטעם זה דינו כישראל לענין גיטין וקידושין הובא בשמ"ק בב"מ דף ע"א וכ"כ הגהות מרדכי ביבמות. וא"כ יהי' שחיטתו תלוי' די"ל דווקא לענין גיטין וקדושין דלא בעינין בני ישראל וב"ב אמרינין דאע"ג שחטא ישראל הוא מטעם הואיל ואפשר בתשובה נקרא שמו עליו כוודאי ישראל המופרש מדרכי הציבור

ובקהל ישראל אל יחד נפשו וישראל רשע מקרי ולא בני ישראל. ולכך בשחיטה דבעינין בר זביחה לפר"י בחולין דף ג' לא מקרי למפרע בר זביחה כיון דעתה אינו חושש לזבוח. וכ"ש לפי' הרמב"ם כיון דכעת הוא כעוע"ז אסור לאכול משחיטתו וכן הא דמומר לע"ז דמורידין אותו הוא מטעם הנ"ל ולא חיישינין שמא ישיב בתשובה מ"מ כיון שהם תקלת רבים ויש לחוש לתקלה שימשכו מבני ישראל אצלם מצוה להמיתם להסיר תקלת רבים משא"כ ממונם אפשר דאסור לאבד משום דשמא תיפוק מינייהו בנין דמעלי כדאיתא במסור בב"ק דף קי"ט ע"א וכמ"ש הראב"ד בפ"ב דע"ז ועיין בביאור דבר זה במל"מ פ"ה מהלכו' מלוה ולוה דין ב' אבל אם כבר יצא מן הכלל בוודאי לא שייך דלמא נפקי מני' בנין דמעלי עיי"ש:

ובכל ענין אסור להשיב לו אבדתו וכמ"ש הרמב"ם בפי"א מהלכות גזילה דין ג' וכן לכל דבר דכתיב בי' אחיך היינו המכוון אחיך במצוות דהא בטבע אינם שאר בשר. ועכר"ח אחיך במצות קאמר והאי לאו אחיך במצות הוא. אבל היכא דקאי אחיך על אח בטבע בשאר בשר בוודאי גם מומר כה"ג דלעיל חשיב אח ולכך לענין חליצה חשיב מומר אח ולא ק"מ מה שהניח המל"מ הנ"ל שם בסוף דבריו בצ"ע:

ובכל הדינים דלעיל אין חילוק דאפילו במומר לתיאבון לע"ז או לחלל שבת דינם כמומרים לכל התורה כולה עיין בכ"מ פ"ג מה' איסורי ביאה דין י"ז שכ' כן וכן מבואר ברמב"ם בפ"ג מה' תשובה דין ט' דאפילו בלתיאבון חשיב כמומר לכה"ת כולה וגם כוונת הרב המגיד בפי"ג מאיסורי ביאה הוא כן אלא דס"ל דהא דאיצטרך לאשמעי' דמצוה להחזיר אבדתו היינו ברואין בו שהוא מומר לתאבון לנבלות וכיוצא בו דאי בכשר ממש פשיטא כדאיתא לעיל מני' ברמב"ם ועיי"ש שכן מבואר מלשונו והא דאמר בע"ז דף כ"ו דסמי מכאן מומר ולא מוקי במומר לע"ז ולחלל שבת לתאבון דמורידין (ר"ל ומושכחת לה במומר לע"ז לתאבון כמ"ש הלח"מ בפ"ג מה' תשובה דין ז' עיי"ש שהקשה כן ועיין לקמן שאין העיקר כדבריו) משום דא"כ הוי לי' לתנא לסדר להיפוך מומרים ומינים והמסורות דלהוי לא זו אף זו אבל השתא דקמ"ל מסור דמורידין א"צ לומר מומר לכה"ת ולזה אפשר דקאמר סמי מכאן מומר:

ב') **הא** דמומר לע"ז או לחלל שבת דינם כגוי נראה לכאורה דהיינו שעבר באיסור דאורייתא אבל בדרבנן י"ל דבין בע"ז ובין בחילול שבת לא חשבינין לי' כמומר לכה"ת כולה ולזה הסכים בס' תבואות שור כהפ"ח בק"א אמנם בס' בית הילל רצה לומר דגם בחילול שבת באיסור דרבנן חשיב כמומר לכה"ת כולה ולר' יהודה בהוריות דף י"א ע"א גם התבואות שור מודה. ואני בחידושי לחולין ישבתי דברי הרמב"ם דבפירוש המשנה

דבשוחט בשבת חשיב מומר כדברי הס' בית הילל הנ"ל ושם מוקי מתני' כר' יהודה אבל לר"מ דפליג בש"ס עירובין בריש פ' הדר אפילו לענין לבטל רשות דהוי לאותו דבר מ"מ לא חשיב מומר גם הרמב"ם והבית הילל מודה דבדרבנן לא הוי מומר ולכך פריך שם שפיר ונוקמי' במזיד כר"מ וכמ"ש הר"ן בחידושיו דשם חשיב בתחילת השחיטה מקלקל ואסור רק מדרבנן:

ג') **בכמה** פעמים נעשה מומר. הדבר פלוגתא בין רבוותא והסכמת כל האחרונים דאם כבר עבר פעם אחד נעשה מומר וא"כ הרי הוא כגוי ושחיטתו נבלה. וראי' גדולה לפי ענ"ד לזה מע"ז דף כ"ו ע"ב אכל פרעוש אחד כו' הרי זה מומר והתם ע"כ בפעם אחד חשיב לי' מומר וכ"ש לפי מאי דמתרץ התם בעי למיטעם טעמא דאיסורא ובתוס' שם ד"ה התם בעי למיטעם כו' דמוכח דמיירי בפעם אחד וצ"ע. אמנם בשוחט לע"ז או בשבת אי חשיב באותו שחיטה עצמו כמומר לאסור שחיטתו הש"ך בסי' ב' סקי"ז הסכים לומר דבאותו שחיטה לא חשיב מומר וביש"ש יש סתירה דבפ"ק סי' ז' פסק דבאותה שחיטה לא חשיב מומר ובפ"ב סי' כ' סותר לזה וכמו שהקשה בתבואת שור ובפמ"ג:

ולפי ענ"ד דהמהרש"ל סובר דגבי שבת לא שייך לחלק השחיטה דתחילת השחיטה מקלקל הוא אבל לענין ע"ז כיון ששחט סימן אחד כבר חייב משום ע"ז כדאיתא בסנהדרין דף ס"ב ע"א ורש"י ד"ה תיפוק לי' מאחת כו' משום דעשה מעשה חטאת עוף וא"כ שפיר חשיב כמומר בסוף שחיטה. ועוד יש לחלק לענין לתאבון דהיינו בחילול שבת דשייך לתאבון איכ"ל דבאותו דבר לא חשיב מומר. אבל בע"ז דלא שייך לתאבון כמ"ש הכ"מ פי"ג מאיסורי ביאה אפילו בפעם אחד חשיב מומר. וראשון עיקר:

אמנם התבואת שור בסי' י"א הביא הרבה ראשונים הסוברים דאפילו בפעם אחד חשיב כמומר דהיינו אפילו באותה שחיטה ובשוחט בשבת במזיד שחיטתו נבלה או דמחלקין שחיטתו או דתרווייהו בהדי הדדי אתיין ובשוחט לע"ז נמי נ"מ לענין שחיטתו נבלה ומותר לשחוט אחריו אותו וא"ב דאם אינו מומר ואינו אסור רק מטעם תקרובת הוי רק שחיטה שאינו ראוי' ולענין או"ב קי"ל דשמה שחיטה כמבואר בסי' י"ו אבל אי חשיב מומר שחיטתו נבלה ולא קשיא מה שהקשה בפמ"ג סי' ב' סקי"ז וכדאיתא נמי בלשון חי' הר"ן בחולין דף י"ד ואנן קי"ל לחומרא לענין או"ב דלא חשיב מומר ולענין שבת לחומרא דחשיב מומר ואסור אפילו באותה שחיטה במזיד ודווקא בחילל שבת בפרהסיא בפני עשרה או דבר הנשמע לרבים. אבל בצנעא אפילו בכמה פעמים לא חשיב מומר. ולענין ע"ז אפילו בצנעא ובפעם אחד חשיב מומר ובאותו שחיטה ספיקא הוי ולחומרא:

ד') **וכל** זה לדעת הרמב"ם וטוש"ע וכל האחרונים דס"ל דחשיב כגוי אמנם הש"ג בפ"ק דחולין בשם ריא"ז פסק דישראל המומר לכה"ת אינו כגוי שהרי מצוה על השחיטה ולכאורה קשה מ"ש מכתיבת ס"ת דממעטינין מומר בש"ס גיטין דף מ"ה ע"ב וחשיב לי' אינו בקשירה וכי תימא דהתם מדרבנן קאמר וכמו שפי' הר"ן בחד פי' בגיטין שם מ"מ גם כאן נימא דמדרבנן אסור. וזה נראה באמת כוונת הב"ח שהביא הש"ך בסי' ב' פקי"ו אלא שהר"ן והב"ח כ' כן במומר להכעיס ולדברי הריא"ז נימא דגם לענין מומר לכה"ת אינו אסור שחיטתו רק מדרבנן. ונראה דסובר דמומר חשיב בר זביחה כמו קטן דקי"ל ביו"ד סי' א' ובש"ך ס"ק כ"ז דחשיב בר זביחה ואע"ג דהוא אינו חושש לזבוח מ"מ אחרים מצווים עליו חשבי' לי' בר זביחה וכמו שמחלק נמי בפמ"ג בפתיחה כוללת לאו"ח בהא דלענין כתיבת ס"ת לא חשיב קטן בר קשירה דלענין מ"ע כיון דהוא אינו חושש לקיים המ"ע חשיב אינו בר מצוה לאותו דבר משא"כ לענין ל"ת הא אחרים מצווין עליו ולכך ס"ל להריא"ז דכאן חשיב כמו בר זביחה. ולדעת הפוסקים האחרים צריך לחלק בין מומר לקטן דמומר פורק מעליו עול ומיפר ברית התורה ואינו חשיב בר תורה ולא בר זביחה משא"כ בקטן כך אמרה התורה דרק מי"ג שנים חייב הוא בדיני התורה וקודם לכן רק אחרים מצווין עליו ולזה קטן חשיב שפיר בר זביחה ועכ"פ י"ל סברת הריא"ז דמומר חשיב שפיר בר זביחה מטעם הנ"ל:

וכשיטה זו הביא הר"ן בחידושיו לש"ס חולין דף י"ד במתני' דהשוחט בשבת כו' בסוף דבריו דהואיל וקידושי' קידושין לא חשיב ככותי אלא דמשמע שם מהר"ן דאפילו לאותה שיטה מ"מ מודים דשחיטת מומר לע"ז (ולפי ענ"ד דהה"ד במומר לחלל שבת כדמוכח שם בלשונו דהרי ע"ז דן שם) מיסתרא באכילה עיי"ש ואלא שלא גילה לן הר"ן ז"ל דמהיכא ידעינן דאסור באכילה דכיון דמוזבחת מי שהוא בר זביחה כו' ליכא למילוף. ונראה דסוברים בזה כהרמב"ם בפ"ד משחיטה מוקרא לך ואכלת מזבחו מוכח שנכרי העובד ע"ז זבחו אסור וא"כ הה"ד למומר לכל התורה אלא דבהא פליגו דלהרמב"ם ילפינן מכאן אפי' שחיטתו נבלה ולהריא"ז מוכח רק איסור וכמו שהקשה בפר"ח ריש סי' ב' וא"כ נראה דגם הריא"ז מודה דאסור לאכול משחיטת המומר אלא דלא חשיב נבלה והא דסיים שחיטתו כשרה היינו דאין הפסול בשחיטה למיחשב כנבלה אלא שחיטתו כשרה לטהרה מידי נבלה:

וראי' לזה דמתחילה כ' הריא"ז שם סתם דמומר לכה"ת שחיטתו אסורה. ועכ"פ לפי הנ"ל גם הריא"ז אפשר דמודה דלא חשיב ב"ב ולכך ממעטי' מקרבן כמבואר בת"כ הנ"ל וממילא דשחיטתו אסורה מקרא דואכלת מזבחו ופריך שפיר לרע"נ ומיושב קושית

הראש יוסף עיי"ש דף ד' וה' ואפילו אין הפי' בריא"ז כנ"ל מ"מ מודה דאחיך לא מקרי דאחיך במצות בעי' וכנ"ל:

ה') **במומר** לכל התורה חוץ מע"ז ושבת כ' הב"י בשם רבינו ירוחם דדינו נמי כגוי ולאו דווקא לכל התורה אלא אפילו לרוב מצות התורה ואפילו רק לתיאבון וכמ"ש התבואות שור ואפילו רק בג' עבירות מפורסמות מסתמא חיישינין שהוא מומר לכל אלא א"כ אחזיק וברוב עבירות לא מהני אחזיק דכיון דפקר ברוב עבירות בוודאי אפילו באותן שרואין שמחזיק בהן אמרינין דאין לסמוך עליו ועיין בסנהדרין דף פ"א ע"ב דאמרי' אפילו עבר בג' מיני כריתות ואפילו התרו בו ונלקה לא אמרי' דמפקיר נפשי' לעבירות. ומזה קצת תברא לכאורה לחוש בג' עבירות כדעת התב"ש הנ"ל ואפשר דנלקה שאני כיון שנלקה הרי הוא כאחיך ודוחק וצ"ע (ואפשר דהתב"ש מיירי בעבר על כל אחת ואחת יותר מפעם אחד וא"כ לא שייך לומר דרוצה למיטעם טעמא דאיסורא וא"כ לא דמי להתם) מ"מ במומר לרוב עבירות וודאי דינו כמו מומר לכל התורה כולה:

והנה התב"ש סובר דאפילו בכה"ג אם הוא רק לתאבון אין מורידין אותו ומצווין אפילו להחיותו אבל אינו מוכרח וכמ"ש לעיל אות א' כיון דלרי"ו ממעטינין לענין קרבן ועכר"ח לפי"ז מוכח מת"כ שאינו נקרא ב"ב ובתוס' סנהדרין דף ע"ב ע"ב משמע דתליא זה בזה. וגם אין זה נגד הסברא דהא בוודאי אם עבר על רוב התורה גברא קטולא הוא הואיל דבוודאי עבר על כריתות ומיתות ב"ד ואין כאן אלא קרובי מיתה כדאיתא בסנהדרין דף פ"א ע"ב וכיון דמפקיר נפשי' לעבירות מותר לקרב מיתתו עיי"ש ואיכ"ל דפשיטא דמורידין והא דלא משני שם בע"ז כן כבר כתבתי לעיל אות א' דיש לדחות דמומר לתאבון לרוב התורה כיון דבר קטלא הוא מדינא וגם דיש לחוש לתקלת רבים א"כ פשיטא הוא ממסור והוי זו ואצ"ל זו ובהיפוך הוי לי' למתני ועיין בלח"מ פ"ג מה' תשובה ה' ז' ג"כ הקשה כן ומה שתי' בזה. ואע"ג דשם איכ"ל דכוונתו במומר לכה"ת ממש מ"מ הא לרי"ו אין חילוק בזה וא"כ מוכח דסובר דלא כתב"ש:

אמנם על גוף הדין של רי"ו כ' הפר"ח בסי' סק"א דאינו מוכרח וכן מוכח מהרמב"ם וכמ"ש התב"ש בסי' ב' ס"ק כ"ג דלא הביא הרמב"ם בפ"ג ממע"ק רישא דברייתא בריש חולין עיי"ש מה שכ' בזה דהרמב"ם לשיטתו פליג בזה דלא חשיב בכה"ג כגוי וכן משמע ברמב"ם בפי' המשנה ריש פרק הדר ונראה טעמו כיון דמאמין ב"ד ובתורתו ורק יצרו תוקפו ועובר על רוב עבירות חשבי' לי' בזה צד כאונס קצת וכמ"ש הרמב"ם בסוף פ"ב דגירושין לענין כי"ב ולכך כיון דבעבירה על לאו אחד לא יצא מכלל ישראל כשעובר שוב שנית על עבירה אחרת אין מצרפין עבירה הראשונה עמה וכן לעולם אמרינין דאין

מצרפין משום דאפשר דכעת אין יצרו תוקפו על עבירה שעבר כבר וא"כ לא מושכחת לה אלא בעבירה שבשעה חדא הוא יוצא מכלל ישראל ולא מושכחת אלא בהנך ב' עבירות. ולכך לא כ' הרמב"ם בשום מקום רק מומר לע"ז ולחלל שבת:

ואעפ"י שאין ראי' לדבר זכר לדבר דבדבר שנעשה באונס לא שייך קביעות וחזקה כמו דאמרינן באשה שראתה מחמת אונס שאין מצטרפין לקבוע לה ווסת ולפיענ"ד הסברא נכונה וכ"ש לענין מורידין לדעת הרמב"ם במומר לרוב עבירות התורה בלבד ע"ז ושבת לתאבון דאין מורידין וגם לדעת הרי"ו וההי"ד במומר לחלל שבת בפרהסיא לכ"ע נראה עיקר מלשון הרמב"ם והמחבר וכן משמע בש"ס דאין מורידין וכמ"ש התב"ש הנ"ל (ולא כמו שכתבתי לעיל) דהנך דינם רק כנכרי וממילא לא מורידין ולא מעלין משא"כ מומר לע"ז דחשיב כמין והיינו בעובד ע"ז אבל אם רק המיר לע"ז כעין שכ' הרמב"ם בפ"ג מתשובה דין ז' דהיינו לתאבון שוב דינו רק כנכרי ולא חשיב אחיך ובן ברית ואין מורידין:

ובזה יש לישב קושית הלחם סתרים על התוס' בע"ז דף כ"ו ע"ב ד"ה אני שונה כו' שהקשה כיון דלהתוס' מומר לתאבון מועלין וא"כ למה פריך ר"י אני שונה כו' ואת אמרת מורידין הוי לי' למיפרך אפילו אלא מעלין. ולהנ"ל בוודאי אלא מעלין לא תקשה דאיכא לאוקמי במומר לחלל שבת או לסברת רי"ו במומר לרוב התורה אבל אמורידין קשיא. ועכ"פ לענין שחיטה וכיו"ב הוא פלוגתא אי חשיב כגוי ולחומרא:

ו) **במומר** לעבירה אחת להכעיס ס"ל להרמב"ם בפ"א מה' רוצח ובפי"א מה' אבדה דדינו כאפיקורס וגרע מגוי וכ"ש אפיקורס ומין גמור המפורשים ברמב"ם בפ"ג מה' תשובה שגרועים מגוי ומורידין. ורי"ף ורמב"ם גרסי בע"ז דף כ"ו במקום המסורות מין ואפיקורס וכן לענין עדות בפי"א מה' עדות כ' דהנך גרועים מנכרים. ומטעם זה יש לישב קושית המג"א בסי' ל"ט סעי' א' דהו' לי' להש"ס בחולין דף ה' ע"א לתרץ האי מומר היינו להכעיס דלדבריו עדיין תקשי למה נקט רק חוץ משתים אלו הרי גם מאפיקורס ומין אין מקבלין: וע"כ כיון דבלא"ה הקשה המל"מ בפ"ג מה' שגגות דתיפוק לי' מזבח רשעים תועבה ופשיטא דאין מקבלין ממומר וצריכין אנו לומר דלענין עולה הו"א כיון דריבה הכתוב איש איש על נכרים שנודרין נדרים ונדבות כישראל ולא חילק בהם בין רשעים לכשרים הו"א דגם בישראל הדין כן דנילוף ק"ו מנכרי לכך איצטרך למעט אבל הנך דגרועים מנכרים לא צריך למעט דאל"כ נתני נמי אפקורסים וכנ"ל. וכן דעת הש"ע ביו"ד סי' קנ"ח ובחו"מ סי' תכ"ה דמומר להכעיס גרע מגוי:

והטעם דלהכעיס חשיב כמין ואפיקורס ביאר הרמב"ם בפי' המשנה בפ"ק דחולין וביתר ביאור כ' במורה נבוכים בח"ג פ' מ"א דלענין מזיד יש חילוק בין עון ופשע והיינו דעון הוא כעין אוכל נבלות או לתאבון או לרוע מדותיו אפילו בעושה שלא לתאבון אבל העושה ביד רמה שיעיז פניו ויעבור בפרהסיא ועושה כן דרך קלות בכל עבירה שעושה על דרך זה הוא מראה שכופר בחלק התורה ההיא וזה אפיקורס וזה הוא פשע דקרא ומענישין אותו מיתת כפירה ואין ממונו ליורשיו. ועפ"י דבריו מיושב קושית התוס' בע"ז דף כ"ו ד"ה אני שונה כו' דמ"ש ממסור דלפי"ז לא דמי בשלמא מסור לאו מיתת כפירה אלא להסיר תקלת רבים וממונו ליורשיו ושפיר נוכל לומר יכין רשע כו' אבל במומרים ומינים שהטעם מיתת כפירה והוי כעיר הנדחת ואין ממונם ליורשם לא שייך יכין רשע כו' ופריך שפיר:

ולכך פריך רק ואת אמרת מורידין כו' דדנת אותו ככופר וע"ז קאמר דלישני לי במומר להכעיס ולכאורה קשה לפי ס"ד מ"ט דלהכעיס מורידין אפילו נימא דלא מרבינין לענין אבדה משום דלא חשיב כאחיך כמ"ש התוס' שם מ"מ למה יגרע מנכרי כיון דאינו כופר וכ"ש דזה גופי' טעמא בעי אמאי לא יהא חשיב כאחיך כיון דמומר לדבר אחד לא הוי מומר לכל התורה כולה וא"כ לענין שאר מצות הוא אחיו ואע"ג דאינו בכל המצות הא קי"ל ב"ק דף פ"ח דעבד אחיו במצות מקרי אע"ג דאינו בכל המצות (ואפשר דכוונת הש"ס דנוקי כר"י דעבד לא חשיב אחיו במצות ואפשר דטעמו משום דליתא בכל המצוות והה"ד מומר להכעיס בדבר אחד) או אפשר דאתיא כר"מ דסובר בעירובין דף ס"ט דמומר לד"א הוי מומר לכה"ת כולה ואפי"ה ע"כ סובר מריבוי דלכל אבדת אחיך לרבות מומר לתאבון אבל במומר להכעיס כיון דמומר לכה"ת כולה וודאי לא חשיב אחיך:

ובזה הי' מקום לישב דברי הש"ג שכ' דלפי האמת אפילו בלהכעיס משיבין אבדתו ובמל"מ פ"ה ממלוה דין ב' הקשה ע"ז ולהנ"ל א"ש דהש"ג שפיר קאמר לדידן. אלא דלא ידעינין טעמא נהי דאחיך לא חשיב מ"מ אמאי גרע מגוי ולפי סברא הנ"ל דתליא אי מקרי אחיך שפיר תיקשה דאמאי לא קאמר ולישני לי' במומר לחלל שבתות וע"ז לא שייך תי' הש"ס דהא ג"כ לא מרבינין אותו לענין אבדה:

ע"כ נראה דהנה במומר להכעיס ע"ד שכ' הרמב"ם במורה הנ"ל מלבד שיש לנו לומר מסתמא שיש לו דעת אחרת וחולק על התורה יש ג"כ מלבד האיסור שאוכל או עושה הוא עובר על לאו דלא תחללו את שם קדשי כדאיתא ברמב"ם פ"ה מה' יסוה"ת דין יו"ד ועיין בביאורו בסדר למשנה שם ובזה פליגו בשמעתין ר"א ורבינא דמ"ד דלהכעיס

מומר דלא אמרינין מסתמא הוא חולק על דעת התורה מלמיחשב לי' כמין ואפיקורס אלא שמלבד העבירה שעשה עוד לו נוספת שחילל השם. ולכך ס"ל להתוס' בשמעתין וכן דעת הטור לפי מ"ש הב"י בכוונתו ביו"ד בסי' קנ"ח דאע"ג דחשיב רק מומר לד"א מורידין וכ"ש דאין משיבין אבידתו:

ולהסביר נראה ע"ד שאמרו ביומא פ' יוה"כ דבחילול השם אין לו כפרה אלא במיתה עיי"ש וא"כ א"ש דבמחלל שבת בוודאי אע"ג דחשיב כנכרי ולענין השבת אבדה כגוי אבל לענין מורידין נמי דינו כגוי משא"כ לענין להכעיס אפילו דינו כגוי מ"מ לענין זה גרע מגוי וע"ז קאמר מומר להכעיס קא סבר דמין הוא וא"כ הוא מין והיינו מין ועיין בתוס' ד"ה ממי כו' וטעמא בעי למה סמי כאן. ואפשר לומר דהא קשיא גם ברישא לנקוט הנכרים ומומרים לחלל שבת דדינו כגוי לא מעלין כו' וע"כ כיון דדינו כגוי הוא בכלל גוי א"כ גם בסיפא ע"כ סמי מכאן מומר דכיון דדינו כמין א"כ הוא בכלל מין:

ועפי"ז יובן ג"כ כוונת המג"א בסי' ל"ט שכ' במומר לענין כתיבת תפילין היינו לפי' הר"ן ברוצה למיטעם והקשה בספר ביאור מרדכי דע"כ במומר שלא להכעיס ושלא לתאבון או דברוצה למיטעם חשיב כלתאבון דאל"כ נוקי מומר דשמעתין בכה"ג ולמה סמי ולא קשה מידי דלעולם הנך גרועין מלתאבון ואפי"ה ליכא לאוקמא בהו דהא אפילו במומר לחלל שבת פשיטא לי' להש"ס דלא גרע מגוי רק במומר להכעיס ומטעם הנ"ל וראי' לזה דלמיטעם גרע מלתאבון דהא קיי"ל ביו"ד סי' ב' בעשה רק פעם אחד לתאבון לא מקרי מומר רק חשיד לעדות. ובע"ז דף כ"ו ע"ב קאמר הש"ס באכל פרעוש אחד למטעם חשיב מומר אלא וודאי כיון דקל בדעתו כל כך דבשביל למטעם הוא עובר חשיב כמומר לאותו דבר וא"כ דברי המג"א נכונים:

ונחזור לדעת הרמב"ם דפסק כמ"ד מין והיינו בעושה ביד רמה דרך קלות וכמ"ש במורה ח"ג פ' מ"א מטעם דתלינן דיש לו דעת אחרת וחולק על התורה. ונראה מדברי הרמב"ם דדווקא בעושה בגילוי פנים וחזינין מדעתו שעושה מצד בזיון אבל לא ס"ל כפי' התוס' ד"ה וחד דבדברים נמאסים תלינן להכעיס דהרמב"ם לא הביא תי' זה דר"י וכבר הקשה כן בס' הורה גבר בהוריות שם. וע"כ נראה משום דקשיא לי' קושית התוס' בד"ה התם בעינין כו' א"כ אין זה כללא דאיכא למתלי ברוצה למיטעם וע"כ צריכין אנו לידע שאינו עושה בשביל למיטעם. וע"ז כוון במורה הנבוכים הנ"ל במ"ש בלשונו ואינו עושה לרוע מדותיו והיינו כדי למיטעם טעמא דאיסורא וכיוצא בו. וכיון דידעינין דאין לו שום צורך הנאה בכל עבירות שעושה חשיב להכעיס. והא דקאמר ר' יוחנן בהוריות

שם איזה מומר שסתמו מין לא קאמר שסתמו להכעיס דלפי' התוס' הוי לי' למימר שסתמו להכעיס:

אבל הרמב"ם פירש איזה מומר להכעיס דהיינו דרך קלות שסתמו צדוקי או מין ר"ל שמהסתם חולק על התורה והיינו דווקא בעבירה המפורסמת אפילו הוא מהקלין שבתורה והיינו דקאמר איזה מומר להכעיס שמהסתם תלינן דמין לא בעי' דווקא כגון חלב דאיסור כרת אלא אפילו אוכל נבלות וטריפות וי"ן נראה לומר דהרמב"ם פי' י"ן דאורייתא שנתנסך לע"ז ונקטו משום דלית בי' לאו מפורש עיין ס' החינוך פ' כי תשא מ"מ כיון דמפורסם איסורי' והוא איסור דאורייתא לאפוקי איסור דרבנן אפילו מפורסם איסורו. וריב"י פליג דאפילו באיסור דרבנן היכא דמפורסם איסורי' מושכחת לה בין מומר לתאבון ובין להכעיס זהו הנראה לפי ענ"ד לדעת הרמב"ם בפי' הש"ס והוא נכון. וממילא גם קושית התוס' ד"ה וחד אמר כו' למ"ד להכעיס מומר במאי מוקי הא דהוריות דלפי הנ"ל א"ש או כתי' התוס':

ועפ"י האמור מבוארין נמי דברי הרמב"ם בפ"ג מה' תשובה הלכה ט' שהוכיח מהם הכ"מ שם דפסק דלהכעיס מומר לק"מ דנהי דאנן תלינין ומחזיקין לי' במין והורגין וסוקלין על החזקה אבל בוודאי כבר אפשר דעובר בלהכעיס ואינו חולק על התורה. והקב"ה לו נתכנו עלילות בני אדם וא"כ טובא צריך לאשמעי' דאפילו אי קמי' שמי' גליא דלא הי' מין ואפיקורס אפי"ה כיון שנתחזק טובא בעבירה זו אין לו חלק לעוה"ב ועד"ז יש ג"כ לסלק השגת הראב"ד שם ואפשר לומר שלזה כוון נמי הכ"מ ועכ"פ דברי הרמב"ם שם נכונים:

וגם דברי הרמב"ם בפ"ג מה' מעשה הקרבנות הלכה ד' שכ' דלאותו דבר בין להכעיס ובין לתאבון אין מקבלין שהקשו תיפוק לי' דבלהכעיס כמין הוא ולכה"ת אין מקבלין נראה לפי ענ"ד דלעולם בכה"ג בלהכעיס באמת לכה"ת אין מקבלין מטעם הנ"ל דחזקה דמין הוא. אבל אם הביא קרבן לאותו דבר ע"כ מוכח דמאמין במצוה זאת ורק מרוע מדתו עבר קמ"ל דאפי"ה אין מקבלין ממנו דלאותו דבר חשיב כנכרי. אבל לכה"ת בלהכעיס כה"ג פשיטא דאין מקבלין:

ויותר נכון לומר דהרמב"ם מיירי בלהכעיס היכא דאיכא למתלי ברוע מדותיו ולא קשיא איך סתם דיגיד עליו ריעו כיון דמביא קרבן לאותו דבר א"כ ממילא נשמע דלא מיירי בהיכא דאינו מאמין במצוה זו ולכך א"ש דלדבר אחר מקבלין וזה נכון. ובפ"י מה' עדות דין ג' נמי איכ"ל דמיירי ממומר כה"ג להכעיס שעושה בשביל רוע מדותיו וראי' לזה שכ' בפי"א מה' עדות ה' יו"ד דהפקורסים והמוסרים ומומרים לא הוצרכו חכמים למנות

דפסולים לעדות דגרועים מנכרי וקשה הרי מנו חכמים מומר להכעיס וע"כ דהפירוש במומר להכעיס הוא רק לאפוקי לתאבון וממילא גם רבא בפ' זה בורר אפשר דסובר כמ"ד דמומר להכעיס מין הוא ועל זה עצמו כיוון הרמב"ם בהא דקאמר דלא מנו מומרים:

ולענין קדושין וגיטין וחליצה פשיטא דאפילו מומר להכעיס קדושיו קדושין ואע"ג שכבר כתבנו דגרע מנכרי היינו דווקא לענין נאמנות או לענין מעשה דידהו דלא חשיב כמעשה ישראל היינו מעשה דמצוה אבל לענין קנינו הא אמרינן דדינו כישראל וממונו כמו ממון ישראל אחר ואשתו קנין כספו מקרי' ואח"כ ממילא איתקש הוי' ליציאה והוא הדין לענין שאר דיני ממונות כ' הנמוק"י ביבמות דף מ"ז ע"ב בשם הריטב"א דדינו כישראל או מטעם שכבר כתבתי לעיל בשם ס' התרומה הואיל ובידו לחזור בתשובה:

וא"כ זה פשיטא דבידו לקדש אשה שתהא מקודשת לו לאחר שיעשה תשובה ולא חשיב דשלב"ל כדמוכח במל"מ פ"ד מה' אישות דין ז' לכך גם עתה חשיב לענין זה כישראל כיון דבידו ואינו מחוסר מעשה וכל זה לענין קנין וכי"ב דשייך סברא זו משא"כ לענין עשיית מצוה וכן מוכח מסתימת לשון הרמב"ם בפ"ד מה' אישות ובאהע"ז סי' מ"ד. אמנם ההגהות מרדכי בפרק החולץ כ' דבמומר להכעיס כיון דלא כתיב בקדושין אחוה ואחיך דינו כישראל והיינו משום דסובר דלהכעיס מומר ובמומר לחלל שבת קידושין תופסין לחומרא דשמא הרהר תשובה בלבו ולפי סברא זו חשיב לגמרי כנכרי רק היכא דשייך ספק זה דשמא הרהר תשובה בלבו:

ז') **ודין** מומר לענין כתיבת ס"ת ותפילין הנה באו"ח בסי' ל"ט קי"ל דמומר לתאבון חשיב בר קשירה ולאותו דבר אפילו שלא להכעיס ולא לתאבון פסול. אבל במומר לדבר אחר להכעיס פסק הב"י שם דדינו כגוי והמג"א שם סק"ג הקשה הא הרב ב"י פסק דהוי כמין ונימא דישרוף ועיין בס' ביאור מרדכי מ"ש לישב. ובאמת הרב בב"י ביו"ד סי' קנ"ח בעצמו כ' דלמ"ד מין בכתב ס"ת שורפין. ובס' בני יונה ביו"ד סי' רפ"א נראה ג"כ שלא ראה דברי הב"י הנ"ל ולפימ"ש לעיל דנהי דחיישינן שמא הוא אפיקורס ומחזיקינין לי' בהכי מ"מ אינו אלא חזקה הבאה מכח רובא ומיעוטא איכא דהוי מומרים ולא הוי מין ואפיקורס ולכך חשיב הרב ב"י הכא למיעוטא לכתחילה וכיון דאפשר למיעבד בהתירא ממש ע"י גניזה. למה ניעבד באיסורא ולסמוך ארובא דוגמא לדבר שאמרו בדבר שיש לו מתירין וכ"ש שלדעת הרבה פוסקים מומר להכעיס הוא רק מומר ועכ"פ לפי דעת זו בלהכעיס מה"ת פסול:

אבל הר"ן בגיטין פ' השולח כ' דמדרבנן פסול וכבר הקשה המג"א שם הא הר"ן לשיטתי' פסק דמין הוא ותי' דמיירי בלהכעיס למיטעם טעמא דאיסורא וכבר כתבתי לעיל לישב

בזה קושית הביאור מרדכי. ובגוף קושית המג"א הנ"ל על הר"ן עיין בסמוך לתרץ ובמומר לחלל שבת אפילו לתאבון בוודאי פסול מה"ת כיון דדינו כגוי כדלעיל וא"כ בלא"ה מה שכ' המג"א שם סק"ג ראי' מתוס' ע"ז לאסור אפילו במומר לתאבון עיין בס' חמד משה ובס' בני יונה שם להשיג על זה ולהנ"ל בלא"ה איכ"ל דהתוס' מיירי במומר לחלל שבת משא"כ ברייתא דמורידין וכדלעיל ובמומר לע"ז בוודאי דינו כגוי וכדלעיל. וכל הנ"ל לענין מומר להכעיס לענין ס"ת והה"ד לענין שחיטה לדעת הפוסקים דינו כגוי וגריעא מגוי ופשיטא דאסור לאכול משחיטתו והוא בכלל אפקורסים שמנה הרמב"ם בפ"ד מה' שחיטה:

אמנם לדעת הטור ביו"ד סי' קנ"ח לפי מ"ש הרב ב"י בכוונתו וכדמוכח מדבריו בסי' ב' פסק כמ"ד דלהכעיס מומר ובאמת קשין לי דברי הטור בחו"מ סי' רס"ו סעי' ב' פסק להדיא דלהכעיס מין וכדעת הרמב"ם וצ"ל דלא דק שם בלישנא כיון דשם לענין אבדה אין חילוק דלכ"ע אין מחזירין העתיק לשון הרמב"ם וכן פסק הרשב"א בחי' לחולין דף ד' ובתוה"ב הארוך אלא דשם כ' דאפילו נימא דלהכעיס הוי מין איכ"ל דשחיטתו כשירה בעע"ג א"כ אין מטור סי' ב' ראי' דסובר דלהכעיס מומר מ"מ הב"י לשיטתו בסי' קנ"ח עכר"ח צ"ל כנ"ל לדעת הטור ובש"ג בע"ז דף כ"ו פסק ג"כ דלהכעיס מומר אלא דשם פסק דאין מורידין אותו ומחזירין אבידתו. וכבר הקשה ע"ז במל"מ בפ"ה מה' מלוה דהא חזינן בש"ס שם דבזה כ"ע מודים וכמו שהבאתי לעיל:

ונראה לישב דכבר כתבתי לעיל על דברי התוס' בד"ה סמי כו' דאי כוונת התוס' דגם בעלמא הפי' מומר היינו מומר להכעיס טעמא בעי למה לא אמרי' סמי כמו דאמרינן כאן ועיין בזה בס' בני יונה סי' רפ"א ביו"ד ועוד קשיא לפי גירסת הרי"ף והרמב"ם שגרסו המינין והאפקורסין והמומרין וכבר כ' הרמב"ם במורה הנבוכים בח"ג פ' מ"א שהבאתי לעיל דכל עע"ז מסתמא הוא ג"כ אפיקורס שכופר בתורה דעובד ע"ז מאמין בקדמות. ובזה מיושבים נמי דברי הרמב"ם מקושית הלח"מ בפ"ג מה' תשובה דין ז' ובפ"ד משחיטה דלפי הנראה שם מדבריו דעיקר לישנא דאפיקורס הוא למי שאינו מאמין בתורה וכן משמע מלשונו בפי' המשנה בפרק חלק. אלא דמינים ומי שאינו מאמין בנבואה כ"ש שאינו מאמין בתורה שהיא מן השמים א"כ פשיטא דחשיב אפיקורס ולכך לפעמים כוללם הרמב"ם בלשון אפיקורס ושם לענין עונש קמ"ל אפי' אי קמי' שמי' גליא דאינו אפיקורס וכמ"ש לעיל. עכ"פ קשה כמו דר' יוחנן סמי מכאן מומרים הי' לו לסמי ככני מינים כיון דכל מין לע"ז הוא אפיקורס וכבר תני אפיקורס לפי גירסתם:

ולכך נראה וודאי היכא דהדין דין אמת דאפילו אינו מין אע"ג דאנן אמרינן דחשיב כמין אפי"ה לא מימנע תנא למיתני שם המיוחד לו אבל כאן במורידין סובר ר' יוחנן דאלמלא נימא דלהכעיס מין לא היו מורידין וא"כ כיון דתנא תני דמורידין ע"כ סובר דמין הוא ולכך מורידין וא"כ כיון דכל הטעם משום דמין הוא א"כ למה לי תרתי ולכך אמר סמי מכאן כו' משא"כ מינים ואפיקורסים אע"ג דכל מין אפיקורס. מ"מ כיון דאפילו אי לא הי' כן ולא הי' אפיקורס אפי"ה הדין דמורידין אותו מצד עצמו משום דמין הוא. ולכך שפיר תנא התנא להדיא כל אחד בשמו המיוחד לו. משא"כ בלהכעיס סובר ר' יוחנן כנ"ל דכל הטעם דמורידין הוא משום דמין וא"כ תרתי למה לי. ובזה אתיין שפיר דברי הש"ג הנ"ל כיון דר"י ע"כ סובר דלא כהו"א אלא דתליא אי חשיב מין או לא לכך שפיר כ' דאי קי"ל דמומר הוא לא מורידין והה"ד דאיכ"ל דמרבינין לי' מלכל אבדת אחיך כו':

וכל זה כאן אבל שם בר"ה לא סמי ר"י מומר דשם אפילו אי לא חשיב מין דינו כן וכדלעיל. אלא דאכתי בס"ת דתנא מין ומומר קשיא אי מיירי במומר להכעיס לד"א וע"כ טעמא משום דמין הוא אכתי קשיא תרתי למה לי ולכך תי' הר"ן דע"כ האי מ"ד סובר דלהכעיס מומר ונפ"מ ג"כ לדידן אם יבוא אליהו ויאמר דלאו מין הוא אפי"ה אסור מדרבנן דכל שפרק מעליו עול מצוה אחת לא חשבי' לי' בר קשירה וא"כ צ"ל דווקא בתפילין וס"ת החמירו משא"כ בשחיטה דכשר לשיטה זאת ועכ"פ לכך תני התם תרתי מין ומומר וא"ש:

ח') **מומר** לאחד משאר עבירות לתאבון וה"ד שלא להכעיס ולא לתאבון נמי לא חשיב כגוי כמ"ש הש"ך ביו"ד סי' רנ"א סק"ג ונאמן לכל דבר חוץ מלאותו דבר שהוא מומר אלא שהרמב"ם בפ"ד מה' שחיטה פסק דנהי דלענין ד"א נאמן אבל לענין בדיקת סכין דתליא בכוונת הלב וביראת שמים וכדאיתא ביו"ד סי' י"ח סעיף י"ז וכיון דפקר בחד מצוה לגמרי אין ראוי לסמוך עליו בזה וכל זה במומר אבל אם עבר רק פעם אחד שלא להכעיס מותר לסמוך עליו אפי' לענין בדיקת סכין אפילו לדעת הרמב"ם. ובאמת אם נאמר דלענין בדיקת סכין אין לסמוך על אשה הואיל והוא מילתא דטריחא וספק אם יש בו פגימה כמ"ש התוס' בפ"ק דפסחים דף ד' דמורי היתירא בכה"ג וגוף הדבר שפסול נאמן באיסורין כתב בתשובת הרשב"א סי' ת"ל דהוא מטעם דאשה ועבד נאמנים א"כ לא יהי' עדיף מאשה ומהראוי שלא לסמוך עליו בבדיקת סכין. ובמומר לערלות שמתו אחיו לדעת התוס' דווקא שמתו כשגדלו והריטב"א כתב דל"ש כיון דמניח מלמול מחמת יראת מיתה לא חשיב מומר והה"ד כשעבר על וגילוי עריות וש"ד מחמת אונס אע"ג דמדינא יהרג ואל יעבור אם עבר לא חשיב מומר כן כ' בתשובת הרשב"א אבל במניח

מלמול מחמת צער דינו כמומר לאחד משאר עבירות לתאבון ובעי בדיקת סכין לפי דעת הרמב"ם:

ובמסור הביא הרמ"א בסי' ב' ב' דיעות אי דינו כמו לענין כתיבת ס"ת דלא חשיב בר קשירה ה"נ לא חשיב בר זביחה וי"א דהתם מדרבנן החמירו לענין כתיבת ס"ת משא"כ בשחיטה ועיין בב"י באו"ח סי' ל"ט דמספקא לי' במסור לתאבון או דווקא מסור להכעיס אבל בב"ח ומג"א שם הכריע דפשוט דבמסור אפילו לתאבון ואפשר דזה כוונת הטו"ז בסי' ב' סקי"ג. ולכאורה קשה לפי ההגהות אשר"י דדינו כמומר לכה"ת כולה א"כ נמי לענין קרבן אין מקבלין ממנו וא"כ אמאי לא נקט בחולין דף ה' חוץ מן המסור ומנסך היין כו' וצ"ל דבאמת אין למדין מן הכללות כו' אלא דתקשה דאמאי לא מפרש האי חוץ מן המומר דהיינו מומר למסור ואפשר לומר דמוסר בשמי' קרינין לי' ולא קרינין לי' בסתם בשם מומר. או כיון דמסור גרע מן העכו"ם כמ"ש הרמב"ם ספי"א מה' עדות א"כ מה"ת דיקבלו ממנו קרבן ולמה לי' למיעוטי וכמו דאינו ממעט אפיקורס ומין וכמ"ש לעיל אות וי"ו:

ומדברי הרמב"ם הנ"ל דסוף פי"א מה' עדות נראה דסובר כדעת הג"א דמסור פסול לעדות אפילו לענין איסורין דבתחילה שם כ' דפסולים כשרים לאיסורין ומשמע לבר מאלו עיי"ש וא"כ כיון דלענין עדות גרועים מנכרים הה"ד דלא חשיבו בר זביחה. וכן הסכים התב"ש לאסור אם לא שלא עשה כן רק פעם אחת באקראי בעלמא. ועיין בכרתי שכ' דהשתא לא משמע להו לאינשי איסורא ואיכ"ל דלא נפסלו. ולענין האפקורסים הנזכרים בפ' חלק כגון מבזה ת"ח וכדומה הביא בתב"ש בשם תשובת מהרי"ל דג"כ הואיל ולא משמע לאינשי איסורא אין נחשדים עי"ז על שחיטה והה"ד בכל איסור דלא משמע להו לאינשי לאיסורא עיי"ש:

ט) **אם** הוציא טריפה מתחת ידו בחזקת כשרה ועשה כן במזיד יש לאסור למפרע כל מה ששחט דבהמה בחייה בחזקת איסור עומדת וחזקת שוחט איתרע ואפילו הכלים יש לאסור אפילו לא יצאה רק פעם אחד מכשלה הזאת מתח"י במזיד ולענין כ"ח כ' בתב"ש דיש לסמוך להתיר עיי"ש וכ"ז דלא כדעת הש"ך והפר"ח שכ' דאמרי' השתא הוא דאיתרע ויבואר במקום אחר אי"ה. וכל זה במזיד אבל בשוגג מעבירין אותו על חודש או שתים ואח"כ מחזירין אותו בקבלת דברי חברות. ואם אינו נודע אם עבר במזיד או בשוגג כתב התב"ש די"ל דאם יש לו הנאה ממעשה זאת יש לדונו כמזיד ואם אין לו הנאה ממעשה זה יש לדונו כשוגג ואם אין עליו רק ע"א אם יש רגלים לדבר והעד בר סמכא יש להעבירו בפעם אחד והכל לפי ראות עיני הדיין. והעד עצמו אם נראה

לו שהי' מוטעה מותר לו לאכול משחיטת השוחט הזה. ולענין קהל שעשו חרם שלא ישחוט שום אדם זולת שוחט הקהל ואסרו שחיטת האחרים אם שחט אחר אסור לאכול משחיטתו ועיין בנודע ביהודא מהד"ק בחיו"ד בסי' א':

י) **ולענין** אי אנו מצווין להחיותו איכ"ל דכ"ע מודים דבלהכעיס לד"א אין מצווין לא מבעי' לדעת הטור וסייעתי' דלענין אבדה אין חייבין להשיב אבדתו וכ"ש להחיותו. ואפילו להש"ג הנ"ל דווקא לענין אבדה שהוא ממון של המומר אבל מ"מ אין אנו צריכין ליתן לו מממון שלנו וכמ"ש הרא"ם בס' יראים סי' מ"ז. אמנם ברש"י בגיטין דף מ"ז ע"א ד"ה אימר כו' משמע דדווקא מין אין מצווין להחיותו. ויש לדחות די"ל דבמין איכא איסורא להחיותו וכן כ' התוס' בע"ז דף כ"ו דבכה"ג לא חשיב אחיך ובהגהות מרדכי בפ' החולץ ג"כ משמע דדווקא בלהכעיס לא חשיב אחיך. אמנם הרא"ם בס' יראים הנז"ל כתב דאפילו בלתאבון באחת מכל המצוות לא חשיב אחיך דאחיו במצוות בעינין ודווקא כיון שנקלה הרי הוא כאחיך אבל לא קודם. ואע"ג דבשאר מצות הוא אחיו לא דמי לעבד. משום דעבד לא נצטוה יותר אבל לעולם בעי' דבכל מצוות שנצטוה יהי' אחיו והטוש"ע ביו"ד סי' רנ"א סתמו כדבריו. וכבר תמה בזה בס' בכור שור בגיטין שם כיון דהתוס' ושאר פוסקים חולקים ע"ז ואמאי סתם כדברי הרא"ם:

ומלבד זה אני תמה איך אפשר לומר דמומר לתאבון וכ"ש להכעיס דלא חשיב אחיך א"כ למה לי קרא דרשע פסול לעדות תיפוק לי' כיון דלאו אחיו הוא והרי לענין עדות אחיו בעינין כדאיתא ב"ק דף פ"ח ע"א וצ"ל דבפעם אחת עדיין לא יצא מכלל אחיו ובכה"ג צריכין קרא דרשע פסול לעדות עיין בש"ך בסי' רנ"א ביו"ד סק"א אלא דלפי"ז עדיין תיקשי מאי פריך בסנהדרין דף כ"ז ע"א מבראייתא דמועלי בשבועות ארבא דדלמא הברייתא מיירי במעל כמה פעמים. ובכה"ג לאו אחיו הוא וי"ל דמלשון הברייתא מקשי שם ועדיין צ"ע. ועיי"ש בראב"ם שכ' דבלתאבון אינו חייב להעלותו ולפי"ז ע"כ לא מפרש קושית הש"ס כפי' התוס' בע"ז דף כ"ו ד"ה אני משום השבת הגוף ועל קושי' התוס' עיין בריטב"א שם אבל להתוס' שם פשיטא דלענין מעלין אתרבו:

אלא דאכתי לא ידעינין אי אפילו חייב לבזבז ממון אלא דמסברא כיון דבסנהדרין דף ע"ג ע"א ילפינין מריבויי דב' קראי דלא תעמוד על דם כו' וקרא דוהשבתו לו דאפילו זוזי חייב לבזבז וא"כ בכלל והשבותו אפילו אם חסרון כיס הוא וכיון דמרבינין מומר משמע דמרבינין אפילו להצילו בממון שלנו. ובזה נראה שהוציא הרמב"ם בפ"ד מהלכו' רוצח והש"ע ביו"ד סי' קנ"ח דבמומר לתאבון אסור לעמוד על דמו עיי"ש אלא שהב"י סובר דאיכ"ל דהא דמרבינין מקרא לענין השבת הגוף היינו משום דאיכא למיחוש שמא הרהר

תשובה בלבו ולכך אסור לעמוד על דמו. אבל אם הוא עומד לפנינו ואנו רואין אותו שהוא עומד במרדו מסתבר כהרא"ם הנ"ל דאינו חייב להחיותו ולפי"ז י"ל דגם התוס' לא פליגו על זה ולא קשה קושית הבכור שור וא"כ פסקו כדברי הרא"ם רק במקצתם ולא בכולם לענין לא מעלין וכן מוכרח עיין בטו"ז שם סק"א:

יא) אם אינו רוצה לעשות מצוה ועושה זה כדי להכעיס כ' בתבו"ש בסי' ב' ס"ק י"ח דדינו כמין עיי"ש ולפיענ"ד מדמצינו בפ"ק דר"ה דף י"ז דמנו אלו שאין להם חלק לעוה"ב. ומנו שם פושעי ישראל בגופן כגון קרקפתא דלא מנח תפילין והה"ד שאר מצות עשה כדאיתא בהר"ן ומיירי דמבטל המצוות משום דבזיות עליו שאומר מה תועלת ברצועות אלו כדאיתא בתוס' שבת דף י"ט ע"א ד"ה כאלישע כו' והעתיקם הר"ן אע"ג דפוסק דמין הוא. ומדברי הכ"מ בפ"ד מה' שחיטה לפי ענ"ד אין ראי' דהנה נראה לי הוכחה ברורה דלשון מומר לא שייך אלא בעובר על ל"ת כדמשמע נמי מהפי' שכ' הש"ג בע"ז דף כ"ו ע"ב על לשון מומר. וראי' לזה לפי מ"ש המג"א בסי' ל"ט סק"ג באינו מניח תפילין שלא לתאבון לא חשיב בר קשירה וא"כ למה דחקו הר"ן והב"י בלשון מומר שם נימא דמיירי במומר שלא להניח תפילין. ואלא ע"כ דסתם לשון מומר לא שייך אביטול מ"ע:

ובזה א"ש נמי דברי רש"י בחולין דף ד' דמפרש מומר לערלות מבעט במצוה זו והיינו משום דקשיא לי' לכאורה לישנא דמומר דאיך שייך על ביטול מ"ע לשון זה. ולזה פי' היינו מבעט במצוה זו והיינו כעין מושך בערלתו בשבועות דף י"ג ועיין בתוס' יבמות דף ע"ב ע"ב ד"ה ומדבריהם כו'. וא"כ א"ש לישנא דמומר ובאמת קאי שם לשון הש"ס למ"ד להכעיס מומר אבל הב"י ובכ"מ בפ"ד משחיטה כתב דבכה"ג חשיב אפיקורס והיינו כגון מושך בערלתו ולכך פירש דמיירי באינו מל מחמת צער ונהי דמומר סתמא לא מקרי. מומר לערלות י"ל דמקרי. וא"כ לפי"ז אין לנו ראי' כל כך לדינו של התבו"ש ומפ"ק דר"ה נראה דיש ראי' להיפוך וכדלעיל:

ועפי"ז היו מיושבים דברי הטור בסי' רנ"א מקושית הב"י ושאר האחרונים והוא דבתחילה כ' הטור בעובר באחת מכל המצות היינו במ"ע ואין חילוק בין להכעיס ובין לתאבון ואח"כ כ' דגם במומר לתאבון דינא הכי דלא מקרי אחיך ואין מצווין להחיותו וליכא איסורא להחיותו ובכה"ג אסור לעמוד על דמו וכנ"ל אבל בלהכעיס אסור להחיותו ומותר לעמוד על דמו. ודווקא להכעיס ממש אבל בלא להכעיס ולא לתאבון כ' שם הש"ך דדינו כלתאבון לענין להחיותו כיון דאינו חשיד לאותו דבר לא דמי לאוכל נבלות שלא לתאבון לענין שחיטה דלא חשיב בר זביחה:

יב) אם אכל נבלה פעם אחת לתאבון כ' הב"י דבעינין בדיקת סכין. ובכ"מ פ"ד מה' שחיטה לא כ' כן והש"ך בסי' ב' ס"ק כ' כ' לחלק ואין שום סתירה דבפעם אחד נאמן בשל אחרים כמו חשיד ואע"ג דמיטרח לא טרח אם האחר אינו מחזיק לו שום טובה בשביל השחיטה אמרי' אין אדם חוטא ולא לו. ובגליון הש"ע יו"ד של אדמ"ו הגאון מהרמ"ס נ"י פירש דנאמן להעיד בשל אחרים שנשחט יפה וכמ"ש בנוב"י מהדו"ק סי' א'. אבל אם כבר אכל יותר מפעם אחד. אז הוי דינו כמומר ואינו נאמן אפילו בשל אחרים:

ולכאורה קשה לי מדברי הרמ"א לקמן בסי' קי"ט סעי' ב' דמומר לתאבון לא חשיב כחשיד ופירושו כמ"ש הש"ך שם סק"ו בענין שאין לחוש שגם עתה יעבור לתאבון ובהדיא איתא שם ברשב"א (המובא בב"י שם שמזה נובע דין זה של הרמ"א) דהה"ד דבשל אחרים נאמן וכ"ש הוא וצ"ל דבמילתא דאית לי' רווחא באיסור הואיל ואביק מיבק בי' לעצמו ס"ל להש"ך דאינו נאמן אפילו אי האי רווחא אינו לו דהיכא דאיכא רווחא חשיב לו כהיתר אבל אם אין לחוש עתה לרווחא לא חשיב לי' כהיתרא וחזקה לא שביק התירא כו' וכ"ש דנאמן בכה"ג היכא דאין רווחא לאחרים וא"כ בכה"ג נאמן בשל אחרים שנשחט יפה אבל אינו נאמן לומר שאחר בדק סכין יפה מכ"ש לשחוט בשביל אחר אפילו אינו מחזיק לו טובה. אבל באכל רק פעם אחד נאמן להעיד על הסכין שיפה נבדק ואפילו לאחר וכן לשחוט לאחר היכא דאין מחזיקין לו טובה זהו כוונת הש"ך:

איברא הא קשיא לי אמאי יהי' נאמן הא כל היכא דאתחזק איסורא אין ע"א נאמן וע"כ דהיינו מטעם דאע"ג דחזקה דאין אדם חוטא כו' מ"מ הוי חזקה נגד חזקה והוי איבעי' דלא איפשטא ריש פרק האשה רבה ורק היכא דבידו נאמן מטעם דלא שביק התירא ואכיל איסורא וכמ"ש הפנ"י בריש גיטין וא"כ בחשיד לאכול נבלות דלית לן סברא זו דלא שביק התירא כו' ולא נשאר לן כי אם החזקה דאין אדם חוטא כו' ובאתחזק איסורא לא מהני סברא זו בלחוד וא"כ אמאי יהי' נאמן בשל אחרים. ואפשר לומר דס"ל להש"ך דשחיטה דהואיל והרי היא שחיטה לפניך לא חשיב לענין זה אתחזק איסורא ושפיר ע"א מהימן וכמ"ש הפנ"י בריש חולין. אלא דהשתא דאתאינין לסברא זאת קשה למה לי' להש"ך לקמן סי' קי"ט ס"ק כ' לפרש ולהוכיח מהרמ"א שם דין זה. נימא דשם מיירי באתחזק איסורא ולכך חשיד לאותו דבר אינו נאמן אפילו בשל אחרים וצ"ע:

ואין להביא ראי' דחשיד נאמן לאחרים אפילו באתחזק מדברי הרמב"ם סוף פי"ב מה' עדות שכ' דנאמן לומר פירות אלו מתוקנים ואע"ג דטבל חשיב אתחזק איסורא כדאיתא בריש נדה דף ב' זה אינו דאי הכי תיקשי הא באתחזק בלא"ה ע"א אינו נאמן דהא לא איפשטא האיבעי' ואי דהרמב"ם סובר דאיפשטא האיבעי' הו"ל להפוסקים להביא

ראי' מזה אלא וודאי דאו דמיירי בדמאי וכיון שרוב עמי הארץ מעשרים אזדא לי' חזקת טבל או כדאמרינין בפ"ק דפסחים דף ט' ע"א דאמרינין שם ספק וספק הוא כו' דאפשר דהכניסה במוץ שלה כו' וא"כ לא אתחזק בטבל ואע"ג דלענין אכילת קבע דאסור מדרבנן אפילו בכה"ג וא"כ אתחזק איסורא. כיון דמדרבנן הוא איכ"ל דבאתחזק באיסורא דרבנן קיי"ל האיבעי' בריש האשה רבה להקל בדרבנן:

ובזה הי' מקום לישב דברי הרמב"ם ריש פי"ב מה' מעשר מקושית הב"י שהקשה בסי' קי"ט דאמאי במ"ש חייב לעשר הא בשל אחרים הוא נאמן ולהנ"ל איכ"ל שם דהלוקח הכניס לאחר מרוח דרך הפתח ואתחזק בטבל דאורייתא ולכך אין החשיד נאמן ואע"ג דלהרמב"ם פ"ד מה' תרומות יכול להפריש משלו על של חבירו ולא צריך דעת וא"כ חשיב בידו כדאי' בריש האשה רבה מ"מ כיון דחשיד על שלו לא מהני מה שהוא בידו וכדלעיל וא"כ דברי הש"ך עדיין צ"ע:

ועוד יש להעיר על דברי הש"ך דיש חילוק בין פעם אחד להרבה פעמים במומר לתאבון לאותו דבר הא בע"ז דף כ"ו ע"ב אמרינין באכל פרעוש אחר או יתוש אחד ה"ז מומר ומוקי לה בלמטעם איסורא דהיינו לתאבון ושם מיירי דווקא בפעם אחד כמ"ש התוס' שם וקאמר דה"ז מומר וע"כ דה"ז מומר היינו לאותו דבר והנ"מ ע"כ דבא לאפוקי דלא חשיב מין עכ"פ חזינין דחשיב מומר וזהו עצמו כלשון הרמ"א דחשיב לאותו דבר כמומר. ואין לומר דס"ל להש"ך דלמטעם כו' גרע מלתאבון וכמ"ש לעיל בכוונת דברי המג"א א"כ הוי לי' לישב דברי הב"י והכ"מ דלא פליגו דדברי הכ"מ אמורים בלתאבון והב"י מיירי בלמטעם ואפשר דלא ניחא לי' לפרש דברי הב"י דאיירי דווקא בלמטעם דאינו מוזכר כלל בלשונו. אבל מ"מ הו"ל להש"ך לפרש דין זה בלמטעם וכ"ש דמסברא למיטעם חשיב כמו לתאבון כמ"ש הביאור מרדכי הבאתיו לעיל באות וי"ו וא"כ יש ראי' לרמ"א ודברי הש"ך צריכין עיון ושקידה רבה:

ועתה נבוא לבאר דברי התוה"ב הארוך בעזה"י במומר אוכל נבלות קי"ל כרבא דמהני בדיקת סכין לכתחילה. ולענין בדיקה בסוף דעת הרא"ה ז"ל בבדק הבית כדעת הרמב"ן הובא ברשב"א בחידושיו לחולין דף יו"ד ע"א דלר"ה שם אם נאבד בלא בדיקה בסוף. הבהמה פסולה ואע"ג דהסכין אית לי' חזקת בדוק מ"מ כיון דר"ה סובר דעור פוגם לפעמים והוי מיעוט עור הפוגם א"כ בכל סכין אע"ג שבדקו מ"מ כיון שחתך בו עור אזדא לי' חזקתה ומהני רק מטעם רוב דרוב פעמים אינו פוגם:

וא"כ לדידן לדעת הרא"ה לקמן בשמעתין דרוב מצויין אצל שחיטה דקי"ל כמתני' דיבמות דף קי"ט וכאוקימתא דרבא דאפילו לרבנן אמרי' סמוך מיעוטא לחזקה והוי

פלגא א"כ יש לן ספק שקול. ור"ה אפשר דסובר כרבנן דתינוק שנמצא בצד העיסה כו' דהמיעוט כמאן דליתא. וכ"ש לפי מ"ש הרא"ה ז"ל דר"ה דקאמר אפילו שיבר בה עצמות דהיינו נאבד הסכין כמבואר בלשונו א"כ ר"ה עצמו אשמעי' זה וכדס"ל לרבא ביבמות שם:

ואין להקשות לפי' הרמב"ן מ"מ יהי' מותר מטעם ס"ס דשמא לא שחט כנגד הפגימה זה אינו דהא לפי' הרמב"ן על כל חלק וחלק ששחט בה הוא ספק שמא נפגם ואין כאן ס"ס וכ"ש דעיקר הספק הוא שם בחלק ששוחט וחותך העור שהוא הפוגם לפעמים וא"כ אפשר לומר דנאבד טריפה מטעם הנ"ל. ונמצאת פגומה כשירה דאימר לא שחט נגד הפגימה והוי ס"ס דנמצאת פגומה סתמא קמ"ל ואפילו ברישא דסכינא ור"ח סובר דעור לא הוי אפילו מיעוט הפוגם ולא הוי אלא מיעוטא דמיעוטא ואפילו נמצאת פגומה ואיכא תרתי לריעותא חזקת איסור דבהמה וגם הרי פגומה לפניך והוי כוודאי איסור לת"ק דר"ש ברישא נדה הכא כיון דיש מקום לומר דעצם מפרקת וודאי פוגם לאו תרתי לריעותא הוא:

או אפשר דסובר כמ"ד כר"ש שם דספק הוי ויש כאן עוד ספק דשמא לא שחט כנגד הפגומה ולכך ס"ל להרא"ה דלדידן אין צריך בדיקה אפילו לכתחילה ואע"ג דקי"ל בפ"ק דפסחים דף ד' דהיכא דאיכא לברורי מבררין כבר כ' המג"א בסי' תל"ז סק"ד דהיינו דווקא היכא דהחזקה באה לאפקועי מחזקה אחרת עיי"ש ובמג"א סי' ח'. ובאחרונים שם וה"נ ס"ל להרא"ה כיון דאית לן חזקה וס"ס אפילו לכתחילה א"צ לברר:

ועפי"ז מובן ממילא לדחות קושית הרשב"א חדא משום דאתיא כרבנן דר"מ דהמיעוט כמאן דליתא כלל. ועוד אפילו למתני' דריש האשה שהלכה דאמרינן סמוך מיעוטא לחזקה היינו כרבנן ולא אתחזק איסורא ובוודאי ע"א נאמן משא"כ לר"ח דסובר עצם מפרקת וודאי כשיבר בו עצמות דהוי כלא בדק כלל. ולפר דעת הרא"ה ז"ל לדידן קי"ל כר"ח דעור אפילו מיעוט אינו פונם אלא דגם עצם מפרקת לא חשיב כשיבר בו עצמות והוי תרתי לריעותא ולכך לא סמכינן אס"ס:

ודעת הרשב"א ז"ל דלר"ה דווקא בנמצא פגום דרשב"א לטעמי' לקמן דלא ס"ל סמוך מיעוטא לחזקה בכה"ג ולדידן לכתחילה צריך בדיקה ובמומר מסקנת הפוסקים ג"כ דאי איתא לפבת לקמן לאחר שחיטה לא סמכינן אבדיקת מומר ובדקינין לי' אמנם מלשון הרשב"א בתה"ב שכ' וא"ת מ"מ מדקאמר כו' א"צ לבדוק כו' מבואר דאפילו באיתא קמן א"צ וסמכינין בזה אבדיקת מומר ואמירה דידי' וכבר מצינו כיו"ב בפסחים דף ד' ע"ב בתוס' ד"ה לאו משום דחזקתו כו' דאע"ג דאי איתא קמן צריך לישיילי' אבל או אמר

קטן דבדק לא צריך למשיילי' וא"כ ה"נ י"ל כן לענין כמין לענין קטן וה"ה לענין מומר כשאמר שבדק א"צ לבדוק אחריהן:

ואפשר לומר דיש חילוק דהתם חשיב טפי מילתא דעל"ג ולא' משקרי בה משא"כ כאן דאפשר לי' לאשתמוטי ולומר דנפגם אח"כ. ומ"מ מדברי הרשב"א לא משמע כן וכן לענין בדיקת הסימנים סמכינין עליו ולפי סברא הנ"ל ג"כ הואיל והוא מילתא דעל"ג סמכינין עלי' דאינו מסלק ידיו עד שישחוט הרוב (ע"כ מצאתי מכי"ק):

תשובה סב

בעזה"י יום' ג' כ"ה חשון שנת תרכ"ו לפ"ק פה ק"ק, חוסט יע"א:

להשיב לשואלי דבר אשר אתי בהבנת דברי הרמב"ם בפ"ד מהלכות תפילין שכ' דלילה לאו זמן תפילין מן הכתוב דושמרת את החקה כו' מימים ימימה ושבת לאו זמן תפילין מקרא דוהי' לאות על ידך כו' דהוא נגד הש"ס במנחות דף ל"ו עיי"ש יעוין בש"א סי' מ"א שכ' דההמב"ם פסק כר"י הגלילי וגם ריה"ג סמך דממעט שבת מימים על קרא דוהי' לאות על ידך וכמ"ש התוס' בעירובין דף צ"ו. וסובר הרמב"ם דבין שבת ויו"ט ובין בלילה אסור להניח תפילין ומהא דלא הביא דלשמרן מותר מוכח דלא פסק בזה כר' אלעזר דלשמרן מותר והטעם מבואר בש"א שם אמאי לא פסק הרמב"ם כוותי' דר"א אלא ס"ל להרמב"ם דאף לסומכן אסור להניחן ורק אם היו עליו מכבר אין איסור מה"ת ואין חייב לחולצן מיד בלילה להלכה ואין מורין כן להתיר להניחן עליו אלא לשומרן ובשבת חייב לחולצן מדרבנן עיי"ש. אמנם המבי"ט בס' קרית ספר שם ס"ל דגם הרמב"ם סובר דלילה זמן תפילין מה"ת כדע"ק ומה שהביא מקרא דמימים ימימה הוא רק אסמכתא בעלמא עיי"ש שדחק בזה. והנה לכאורה אמרתי להביא ראי' לדעת' קרית ספר דלפי הפשטות ולפי דברי הש"א דברי הרמב"ם סותרין זה את זה דבפ"א מהלכות קידוש החודש הלכה ז"י כ' ומ"ע מה"ת על הב"ד שיחשבו וידעו כו' וישלחו ויודיעו כו' ונאמר ושמרת את החקה הזאת למועדה והיינו ע"כ כמצה בחקת הפסח הכתוב מדבר. וא"כ איך פסק כאן כריה"ג דבחקת תפילין הכתוב מדבר. ואלא ע"כ כקחיתו ספר דרק לאסמכתא בעלמא מייתו לה הרמב"ם לקרא זה בהלכות תפילין. אך כבר כתבתי שזה דוחק לומר כן בכוונת הרמב"ם:

והנראה לישב דעת הרמב"ם לדעת הש"א הנ"ל דהנה באמת בפ' זו דקדש מתחילה צוה על ענין פסח ועל מצה וחמץ ואח"ז צוה על מצות תפילין בקרא דוהי' לאות על ידך כו' והכוונה דהיינו דמצות הפסח וכל השייך לו יהי' לאות ולזכרון לך ע"י התפילין וא"כ

הציווי מתפילין היא כדי להזכיר יציאת מצרים ועניני פסח ואח"ז אמר הכתוב ושמרת את החקה כו' ולפי"ז דאם נאמר דושמרת קאי רק על תפילין א"כ קאי על מקרא שלפניו. אבל אי קאי על חקת הפסח א"כ קאי על שלפני פניו ולפ"ז לכאורה קשה הא אמרי' בר"ה דף ט' ע"ב דר' יהודא סובר דמקרא נדרש לפניו ולא לפני פניו וא"כ לדידי' קאי על חקת תפילין והיינו כריה"ג וקשה איך ס"ל לר"י בש"ס שבת דף צ"ו ע"ב דשבת זמן תפילין וצ"ל או כמ"ש התוס' בב"מ דף צ"ה ע"א ד"ה אתמר דזאת הפלוגתא לאו כללא הוא לכל המקרא או כמ"ש התוס' בר"ה דף ט' ע"ב ד"ה מקרא דבאמת ר"י סובר מקרא נדרש לפני פניו אלא דשם בר"ה שאני דאיכא ריבוי ומיעוט ודרש לפי המסתבר עיי"ש בתי' א'. ואע"ג דלר' יהודא כאן מקרא נדרש רק אלפני פניו ולא אלפניו מצינו כי"ב בזבחים דף כ"ד ע"ב פלוגתא דר"ש ות"ק ועיי"ש בתוס' (ועיין מה שאכתוב עוד בסמוך) ועפ"י האמור נראה לישב דהרמב"ם פסק כריה"ג אלא דס"ל דלריה"ג אפשר דסובר כמ"ד מקרא נדרש לפניו ולא לפני פניו ולכך סובר דקאי רק על חקת תפילין אבל הרמב"ם דפסק כמ"ד ב"מ דף צ"ה דמקרא נדרש אלפניו ואלפני פניו ולכך סובר דהאי ושמרת קאי אתפילין שהוא לפניו וגם על פסח שהוא. לפני פניו ושפיר מביא מקרא זה גם בה' קידוש החודש לענין מועדות:

ועפי"ז נראה לישב הקושיא שהקשה השאג"א דלמה לא הביא הרמב"ם דינו של ר"א דלשומרן מותר להניח תפילין בין בלילה ובין בשבת. ולהנ"ל י"ל דהנה אם דרשינן כריה"ג דקאי רק על תפילין קשה להבין לשון למועדה איזה מועד נקבע לתפילין אם קאי על יום עדיין לא נאמר. ורק לאחריו כתוב מימים ימימה ומאי ענין למועדה דבשלומא אי קאי על תרווייהו כמ"ש לדעת הרמב"ם א"ש טובא דבתחילה אמר קרא שתשמור חקות תפילין ופסח למועדה דהיינו שיהא הפסח בזמנו ובעתו שיחשבו ווופרסמו הב"ד איזה יום וגם תשמור חקות הפסח' ע"י חקות תפילין שבאו לזכרון יציאת מצרים ותשמור חקות תפילין מימים ימימה בכל יום למעוטי לילות ולמעוטי שבתות וימים טובים. שהן גופן אות על יציאת מצרים וחקות הפסח אבל אי קאי רק. על תפילין מאי ענין למועדה שאמר הכתוב וצ"ל דלמועדה אין. הפי' בזמנה אלא לתכליתה היינו שתקבע בנו האמונה הזאת של יציאת מצרים ושיש לו ית"ש כח ויכולת ולכך אמר והי' לאות כו' ולזכרון כו' ולכאורה לפי זה. זה למותר בקרא הזה. וע"כ הפי' בקרא כמו שאמר ר"א דלשומרן מותר. והיינו דקאמר למועדה דלתכליתה ולכוונתה תשמור אותה רק מימים ימימה ולא לילות ולא שבתות וימים טובים אבל שלא לתכליתה וכוונתה אתה רשאי להניחם אפילו בלילות ואפילו בשבת ויו"ט ומבואר ההיתר בקרא:

וכל זה למאן דדרש הך ושמרת רק על חקות תפילין אבל הרמב"ם דפסק דקאי על תרווייהו וכנ"ל דרישא דקרא. דלמועדה לא קאי על תפילין וא"כ אינו מבואר בקרא דלשומרן. מותר והתורה סתמא אמרה מימים ימימה לאסור לילות ושבת. ויו"ט וכיון דסתמא נאמר אית לן למימר דגם לשומרן אסור כן. נראה לי לישב דעת הרמב"ם עפ"י הבנת השאג"א בהרמב"ם. והשתא דאתינא להכי איכ"ל דלא כהשאג"א דהרמב"ם למד שבת ויו"ט ג"כ מהאי קרא'. אלא כיון דלהרמב"ם הקרא קאי גם על פסח לשומרה במועדה בזמנו הראוי לו איכ"ל גם מימים הוא. לשון שנה ואינו מיותר רק ימימה למעט לילות ולכך הוצרך לשבת, ויו"ט מקרא דוהי' לאות כיון דמימים ימימה אין למעט שבת ויו"ט. וכנ"ל ולפי"ז יצא לנו דין א' דגם להרמב"ם אין איסור להניח תפילין בשבת ויו"ט אלא שא"צ. כן הי' נ"ל לולא דברי השאג"א:

ונחזור לדברינו הראשונים דלדעת השאג"א ברמב"ם אפילו לשומרם אסור להניחם עיי"ש ולפי ענ"ד הדבר מצד עצמו קשה כיון דהקרא ושמרת מיירי במצות הנחת תפילין והיינו לשמה ורק מדיוקא דמימים ימימה ילפינין איסורא בלילה לא נוכל לדייק לאיסורא אלא דומיא דמצוותו ויש לנו לומר אופן שישנו בקום ועשה בהנחת תפילין ביום באופן זה הוא בבל יניח בלילה ושבת ויו"ט וכעין שדרשו חכז"ל בפסחים דף מ"א ע"ב לפטור באכילת פסח ביום חי או נא ומבושל עיי"ש ה"נ יש לן לומר היקש הזה. וכיון שאם מניח אותם ביום שלא לשם מצוה אלא לשומרן אינו מקיים מצות הנחת תפילין ה"נ אינו עובר במניחן בלילה או בשבת שלא לשם מצוה אלא לשומרן ומנ"ל למיסר במניחן אז רק לשומרן:

מיהו השאג"א יישב זאת הקושיא דכ' מכח יתורא דדיוקא דעל שלא לשומרן דהיינו לשם מצוה דאסור להניחן בשבת ויו"ט לא הי' צריך לכתוב ושמרת דתיפוק לי' מכח בל תוסיף כיון. דכבר ידעונן מלך לאות דא"צ וכן איכ"ל על לילה דלכתוב גבי והי' לך לאות כו' מימים ימימה וממילא ידעינן איסורא מכח בל תוסף ושמרת ללאו למה לי ואלא ע"כ דבא ללמד דאפילו לשומרן אסור ואני כבר כתבתי בחי' באחד מהקונטרסום לחי' עירובין דף צ"ו דלפי ענ"ד למ"ד נשים סומכות רשות. ואיכא מצוה בדבר גם בנשים אלא שאינם מצווים ועושים אע"ג דכתיב מיעוטא בני ישראל ודרשינן ולא בנות ישראל ה"נ אי הוי כתיב רק לך לאות פרט לשבת או מימים ימימה למעט לילה לא הי' מוכרח רק דלילה אינו מצוה. אבל שיהא איסור בל תוסיף לא שמענו וכ"ש בשבת ויו"ט דלא ממעטי' רק מלך לאות מוכח רק דאינו מצוה ועושה וא"כ אין כאן איסור בל תוסיף ואצטרך ושמרת לאסור להניחן לשם מצוה אבל אכתי לא שמענו דאפילו לשומרן יהי'

אסור וא"כ אדרבה מסברא ומהיקש הנ"ל נשמע דדווקא לשם מצוה אסור וכעת מצאתי סברא זו גם במחהש"ק בסי' ש"ח סקי"א אלא שלא העיר דתליא בפלוגתא דנ"ס רשות:
ועפי"ז יש לישב דברי הרמב"ם שלא הביא דברי ר"א דלשומרן מותר דאיכ"ל דווקא ריה"ג לשיטתי' לפי מקצת גירסאות בר"ה דף ל"ב ובעירובין דף צ"ו ואפילו אי גרסי' ר"י סתם מ"מ אפשר דגם ריה"ג ס"ל כן דנשים אסורים לסמוך ואיכא בל תוסיף וא"כ ה"נ כאן והו"א דקרא דושמרת ע"כ אתיא לאסור אף לשומרן וכמ"ש השאג"א ולזה שפיר איצטרך ר"א לאשמעי' דאינו מוכרח דאיכ"ל דושמרת בא לעשה ולעבור עליו בלאו ועשה אבל להרמב"ם דפוסק בעלמא כר"ש דנשים ס"ר א"כ לולא דכתיב ושמרת הוי רק כאינו מצווה ועושה ובעינין ושמרת לאיסורא וא"כ פשיטא דווקא לשם מצוה איכא איסורא אבל שלא לשם מצוה לדידן דקי"ל מצוות צ"כ וכ"ש במניחן רק לשומרן לכ"ע אין איסור מה"ת במניחן בשבת ויו"ט לשומרן והה"ד אם מניחן בלילה לשומרן כן נראה לפי עכ"ד נכון:
ובזה מיושב קושית השאג"א שהקשה לשיטת הרמב"ם דלפי סברתו למה פסק בהמוצא תפילין דמכניסן זוג זוג כו' כיון דאיכא איסורא וכ"ש לפרש"י בעירובין דף, צ"ו ע"ב דע"י האיסור נעשה כמשא עיי"ש ולהנ"ל א"ש. ואדרבה י"ל עוד הרבה יותר בפשיטות כיון דכבר הביא הרמב"ם דין דמכניסין זוג זוג דמשם מוכח דלשומרן מותר לא הי' צריך להביא עוד דינו של ר' אלעזר. ור' אלעזר הוא דאצטרך לאשמעינן דדלמא באמת מתני' דעירובין דף צ"ו דלא כריה"ג משא"כ הרמב"ם לשיטתי' שכבר הביא זה בהלכות שבת בפי"ט שוב לא הוצרך להביא כאן עוד הפעם וא"ש תירץ שלי הנ"ל יותר מרווח. ועכ"פ לפי הנ"ל מבואר דין שני דלשומרן מותר להניחן בין בשבת ויו"ט ובין בלילה אפילו להרמב"ם:
והנה המג"א בסי' כ"ט כ' דגם לדעת הזוהר מותר להניח לשומרן עיי"ש ולכאורה דבריו שם סותרין לדבריו שכ' בסי' ש"ח סקי"א. ובלא"ה תמה הדגול מרבבה בסי' ש"ח על דברי המג"א שלמד שאסור בשבת ק"ו מחוה"מ הא בשבת גופי' הדין כן מפורש. ויש לישב דהנה לכאורה יש להוכיח דלדעת הב"י אליבא דהזוהר דאפילו שלא לשם מצוה אוסר דאם לא כן אמאי טרח הב"י בסי' ל"א איך לעשות לדינא בפלוגתת הפוסקים לענין הנחת תפילין בחוה"מ הא אפשר להניחם בחוה"מ ולהתנות אם צריך תפילין יהי' לשמה ואם א"צ תפילין יהי' רק כקמיע בעלמא. וכ"כ באמת הפמ"ג בסי' ל"א שיעשה כן להתנות ומדלא ס"ל להב"י תקנה זאת משמע דס"ל אפילו מניחן שלא לשם מצוה נראה כמזלזל וא"כ א"ש ונכונים דברי המג"א בסי' ש"ח דלכך מביא ראי' מחוה"מ וקושיא

חדא מתורצת באידך דמשבת אין ראי' דאיכ"ל אם מניח שלא לשם מצוה אין איסור לכך מביא מחוה"מ ומהכרעת הב"י כהזוהר ולא מצא תקנה לצאת לכל הדיעות ולפי"ז יש לישב ג"כ הסתירה דבסי' ש"ח קאי על הב"י ומדבריו הוכיח דאפילו לשומרן אסור ובסי' כ"ט נהי דמשמע דגם שם קאי להב"י מ"מ אינו מוכרח ואיכ"ל דכ' כן לסברא דנפשי' אליבא דהזוהר וא"ש:

אמנם יותר נראה לישב סתירת דברי המג"א ולומר דוודאי גם בסי' ש"ח סובר כמ"ש בסי' כ"ט אלא דשם אסיק המג"א אדעתי' דמסוגיא דמנחות לכאורה קשה. דבמנחות דף ל"ו ע"ב מוכח ע"כ דאסור להיות תפילין בראשו בשבת כדמשני דרבה בר אבוה דאמר ספק חשיכה אינו חולץ אבל וודאי חשיכה חולץ היינו בשבת אע"ג דסבר לילה זמן תפילין וע"כ או משום איסור דאורייתא מקרא דלך לאות או מאיסור שבות וא"כ לא הי' המג"א צריך להביא ראי' מדברי התוס' והזוהר אלא הוי מצי לאקשויי בפשיטות מסוגיא ערוכה וצ"ע לכאורה. אמנם נראה לישב עפ"י מ"ש לעיל דמלך לאות כו' דאי אמרי' נ"ס רשות ה"נ איכ"ל דאע"ג דמיעט קרא היינו דאינו מצוה ועושה אבל מ"מ מצוה איכא. אבל למ"ד דנשים אסורין לסמוך ה"נ הוי אסור ואיכא חשש בל תוסיף וא"כ סוגיא דמנחות אליבי' דרבה בר אבוה אפשר דס"ל כמ"ד דנשים אסורין לסמוך אבל לדינא דקי"ל דנ"ס רשות שפיר כ' הב"י דין איסור להניחן:

ומטעם זה א"ש דגם התוס' במנחות דכ' דיש איסור שבות אין סתירה דהם קאי למ"ד נשים אסורין לסמוך ואז א"צ למשמש ויש חשש שבות שמא יצא. אבל למ"ד נשים פ"ר ואיכא מצוה ה"נ מצוה למשמש ואין חשש ודברי הב"י שרירין וקיימין. ורק דקשה מהזוהר והיינו ממנ"פ אי מניחן לשם מצוה קשה מהזוהר ואי שלא לשם מצוה א"כ אסור מכח שבות וע"ז הביא דגם מתוס' שבת משמע דאסור ומכח דסתמו משמע דלכ"ע ואפילו לרב ענני וע"כ מטעם הזוהר וע"ז כתב דגם ממעשים בכל יום מוכח כן דאי נימא דהוי כאינו מצווה ועושה אנו נמי נניח וקושיא זו פי' כן גם המחהש"ק וע"ז כתב דמתוס' מנחות ג"כ לכאורה ראי' כזוהר אלא שכ' דאיכ"ל בתוס' הטעם משום שבות ושוב סיים המג"א דממנ"פ דגם אם הטעם משום שבות מקרי כלי שמלאכתו לאיסור וקשים דברי הב"י. ולא ניחא לי' להמג"א לומר דכוונת התוס' בשבת ובמנחות למ"ד שבת לאו זמן תפילין הוא מקרא דושמרת דעובר בלאו כריה"ג משא"כ לדידן דפסק הב"י והש"ע לעיל כמ"ד דלילה זמן תפילין דמדסתמו התוס' דבריהם משמע לי' דגם לאידך מ"ד דסובר לאו זמן תפילין מקרא דלך לאות קאי זהו הנראה לפי ענ"ד בכוונת המג"א וא"ש:

וישב קושית המג"א אפשר לומר דהב"י סובר דהסוגיא דמנחות היא למ"ד אין נשים ס"ר ואיכא חשש בל תוסיף אבל משום שבות דהוצאה לא גזרו דלעולם חייב למשמש אפילו אם מניחן שלא לשם מצוה דהרי אמרו ק"ו מציץ דאין בו אלא שם אחד כו' כאן דיש שמות הרבה כו' משמע דלאו משום המצוה הוא חיוב המשמוש אבל לדידן דקי"ל נ"ס רשות אין איסור בל תוסיף. ונהי דלהב"י אסור משום הזוהר. מ"מ שלא לשם מצוה מטעם הזוהר אין איסור ומטעם שבות כיון דחייב למשמש אין איסור בבית ובמנחות דמוכח דאיכא איסורא היינו למ"ד אין נשים ס"ר או לדעת הזוהר דהרי הסוגיא מיירי במניח לשם מצוה דאל"כ גם לריה"ג אין איסור כמו דאמר ר' אלעזר וא"ש. ועפ"י האמור מבואר דין שלישי דבלא לשם מצוה גם להזוהר מותר וא"כ יכולין בחוה"מ להתנות ויוצאין אליבא דכל הדיעות וכמ"ש הפרמ"ג המובא לעיל:

והנה אם אין איסור דרבנן להניח על עצמו או להניח תפילין כדי לשומרן בשבת ויו"ט כבר כתבתי למעלה דהמג"א בסי' ש"ח סקי"א הוכיח מדברי התוס' בשבת ובמנחות דיש בזה איסור שבות משום שמא יצא בהם ולכן אפילו בבית אסור אבל מדברי הש"ע משמע דאין בזה איסור דרבנן וכבר כתבתי דהש"ע על כרחך קאי לפי הצד הספק שכ' בב"י סי' כ"ט דגם אי ילפינין מלך לאות איכ"ל דיש איסור להניח תפילין בשבת ויו"ט יעוי"ש וא"כ איכ"ל דשם במנחות דף ל"ו דקאמר דרבה בר אבוה דסובר דוודאי חשיכה חולץ היינו מטעם איסור הנחת תפילין מקרא דלך לאות אבל לדידן דקי"ל דנשים סומכות רשות ס"ל להב"י דאין איסור ולעולם אין איסור שבות דלעולם חייב למשמש ולא חיישינין שמא יצא כמ"ש למעלה. איברא דקשיא על זה כמה קושיות כמו שהקשה בשעה"מ ובשאג"א א' דא"כ דאסור מה"ת גם בספק חשיכה יהי' אסור ואפילו קודם ספק חשיכה לשיטת רוב הפוסקים דתוספת שבת מה"ת וכיון דקיבל שבת מה"ת אסור לעשות מלאכה ויהי' צריך לחלוץ:

מיהו להרמב"ם דס"ל דספיקא דאורייתא מה"ת לקולא ולדעת הר"ן ר"פ המביא אפילו בספק בין השמשות להרמב"ם מה"ת לקולא ותוספת שבת עולה בו וא"כ כיון דמה"ת מותר בו במלאכה א"כ ביהש"מ אין כאן אות. וא"כ ביהש"מ עדיין חייב מה"ת בתפילין ורק מדרבנן אסור במלאכה גם בהש"מ. ומדרבנן גם אז נקרא אות ושוב אסור מדרבנן להניח תפילין ולכך הואיל ואסור לעשות ספיקא דרבנן בידים לכך אסור להניח אז תפילין אבל אם כבר הם עליו אינו מחוייב לחלוץ דהוי ספיקא דרבנן ולקולא. ובזה מיושב מה דלא הביאו הפוסקים הדין דרבה בר אבוה (מלבד די"ל דזה ידעינין מכמה דוכתי דספיקא דרבנן להקל וגם ידעינין ממקום אחר דאין עושין ספיקא דרבנן בידים

עיין בפוסקים האחרונים בכללי ספיקא) די"ל משום דלדידן דקי"ל דנס"ר אין נפקא מינ' בדינו של רבה בר אבוה דגם בשבת א"צ לחלוץ:

ובשאג"א הקשה עוד דאי בשבת אסור משום לך לאות א"כ לכ"ע למ"ד דשבת לאו זמן תפילין יש איסור להניחן וא"כ כיון דאסור להניחן הרי נעשה ע"י האיסור משא ויהי' חייב חטאת כמו שפרש"י בעירובין דף צ"ו ע"ב דאיסור בל תוסיף משוי עלי' כמשא וה"נ. ואמאי אמרינין בשבת דף ס' דלמ"ד שבת לאו זמן תפילין מ"מ אם יצא אינו חייב חטאת עיי"ש. ולפי ענ"ד לא קשה מידי דכבר כתבתי דלשלא לשם מצוה אין כאן איסור וע"כ לא אמרינין דהאיסור משוי עלי' כמשא אלא היכא דע"י האיסור מחוייב לפשוט ולהעביר מעליו אבל כאן אינו מחוייב לחלצן לגמרי אלא לקיימן שלא לשם מצוה ואז ממילא לא יהי' איסור וכיון דמכח האיסור אין חיוב עליו להפשיטו לא משוי עליו כמשא ולכך אינו חייב חטאת וא"ש וגם בציצית כתבתי סברא זאת לישב קושית השאג"א דאינו מחוייב לפשוט הבגד מעצמו אלא דהחיוב עליו לעשות בו ציצית:

עוד הקשו מסנהדרין דף ס"ח דכעס ר"א ואמר שמניחין איסור סקילה ועוסקין באיסור שבות וא"כ אי נימא כהב"י בחד תירוץ דיש איסור מה"ת מקרא דלך לאות כו' ועפ"י מ"ש למעלה יש לישב דאיכא למימר דר"א סובר דנשים סומכות רשות. מיהו י"ל עוד דר"א דחלה ולפי הנראה שם הי' חולה שיש בו סכנה וא"כ הותרה או נדחה שבת אצלו והוי אצלו כיום החול. ואצלו איכ"ל שפיר דמותר להניח תפילין ולא ממעטינין מלך לאות. ולכך אינו אסור מה"ת אלא משום שבות שמא יצא בה. (ובפרט לר"א לשיטתי' דס"ל מכשירין נמי מותרין וכ' המג"ש ר"פ ר"א דמילה דס"ל שבת הותרה והרמב"ם פ"ב משבת דימה חולה למצוה. ובזה מיושב קושית התוס' שם ד"ה האיך כו' וכ"ש לר"א דאית לי' כו':

איברא דזה איכ"ל למ"ד דיש איסור שבות אבל לפי מ"ש למעלה לדעת הב"י והש"ע אין איסור שבות דלעולם חייב הוא למשמש וכ"ש אם נימא סברא דהשתא דגבי חולה שיש בו סכנה לא מקרי שבת אות וממילא איכא מצוה בהנחה ומחוייב למשמש לכ"ע ואין חשש:

הגה"ה שמא יצא* ואין אלא איסור *ואין לומר לפי מ"ש השאג"א בסי' דרבנן להניח תפילין לחולה ל"ט דמשמוש הוא מדרבנן שלא יבוא הואיל ואצל בריא אסור לידי קלות הראש ותיקנו חכז"ל כדי שלא להניח תפילין משום לך יסיח דעתו כלל ולכך צריך למשמש לאות בוודאי מדרבנן אסור וא"כ אפשר בחולה שאין חשש קלות אצל חולה משום שמא ראש אין איסור היסח הדעת וא"צ ילמדו ממנו הבריאים כמו משמוש. זה

אינו נראה מלבד דמסתמא שתקנו חכז"ל בכל כיוצא לא חלקו ולא פליג חכז"ל בתקנתם אלא בזה. והיינו שבות דקאמר אפילו נחלק הרי בחולה לא שייך ר"א: שמא ישכח ויצא בהן לרשות הרבים:

ובפירוש היה מיושב אלא משום לא פלוג אם אינו חולה עוד קושיא ואם אצל אינו חולה אין איסור משום שהקשו לדעת הרמב"ם חיוב משמוש וא"כ בחולה ממנ"פ מותר דסובר דאפילו לרב דאסור אלא נראה באמת איסור שבות הזה בחצר היינו באינה מעורבת אינו משום שמא יצא בהן לרה"ר ע"כ אבל בבית שרי ור"א בבית הגה"ה: הוי ולהנ"ל א"ש דאין שבות הזה אסור משום שמא יצא אלא שבות משום איסור תפילין בשבת וא"ש ומכל הדברים הנ"ל מבואר דין רביעי דנהי אם מניחן שלא לשם מצוה אין איסור להניחן בשבת ויו"ט מ"מ יש פלוגתא אי אסור מדרבנן משום שמא ישכח ויצא בהן בשבת. וביו"ט איכ"ל דשרי גם להאי דיעה ולא גזרו שמא יצא. וי"א דאפילו בשבת אין איסור אפילו מדרבנן דבתפילין לא גזרו שמא ישכח:

וכל הנ"ל לענין להניחם לכתחילה אבל אם כבר הם מונחים עליו מערב שבת אי יש איסור וצריך לחולצם וכן בלילה למ"ד לילה לאו זמן תפילין בכל הפוסקים משמע דאין חילוק בין מניחים לכתחילה או כבר הם עליו מבעוד יום אמנם הרמב"ם פסק דלילה לאו זמן תפילין ורק להניחם לכתחילה אבל אם הם עליו מבעו"י אין איסור מה"ת וא"כ י"ל דהה"ד בשבת ויו"ט למ"ד דיש איסור מה"ת ג"כ היינו רק להניחן לכתחילה אבל א"צ לחלצן ובוודאי לפי השיטות דיש איסור מדרבנן בשבת ויו"ט משום שמא יצא בהן לרה"ר אין לחלק בזה בין הנחה לכתחילה או אם הם כבר עליו:

וגוף סברת הרמב"ם קשה מ"ש הנחה לכתחילה דאסור ומאי טעמא אם הם עליו אין מחוייב לחלצן הרי למצוה זו יש לה משך זמן וכל זמן שהן עליו הוי כאלו מניחן מחדש וכעין דאיתא במכות דף כ"א בלבוש כלאים דחייב על כל שעה ושעה שיכול לפשוט אם התרו בו בכל שעה משום דהשהי' הוי כאלו עושה מחדש א"כ ה"נ נימא דמה שאינו חולצן יהי' כמו שעשה והניחן מחדש. וכיון דאסור להניחם מחדש ה"נ יהא אסור לקיימן עליו וכן ע"כ היו סוברים בני מערבא דמברכי לשמור חוקיו על הסילוק וע"כ דבכלל ושמרת גם הסילוק ואפילו נימא דבזה פליגו הת"ק ור"י וחכמים וס"ל להרמב"ם דכל אלו התנאים ס"ל לילה לאו זמן תפילין וא"כ ר"י וחכמים ע"כ לא ס"ל כבני מערבא אלא דהאיסור קאי רק על ההנחה מחדש ות"ק סובר דאין חילוק מ"מ כיון דלילישנא בתרא פסקינין דלא כר' יעקב אלא כת"ק ודעת הגאונים לפסוק כלישנא בתרא ולמה פסק הרמב"ם כל"ק:

ונראה דהרמב"ם סובר בפלוגתא דר"א ור' יוחנן דלר"י דאמר דעובר בלאו דהשמר דעשה נמי לאו והקשו תוס' בעירובין דף צ"ו איך אמרינן שם דלרע"ק דהך ושמרת קאי על פסח אפי"ה הוי פסח רק עשה משום דהשמר דעשה עשה הא לר"י גם השמר דעשה הוי לאו ותי' דהיכא דקאי על מעשה גם ר"י מודה וא"כ אם ר"י סובר כבני מערבא דהפי' בקרא לשמור דהיינו שיסלק התפילין א"כ מנ"ל לומר דהוי לאו דלמא הפירוש רק שיסלק התפילין והוי עשה וממילא כ"ש שלא יניחם ומ"מ לא הוי אלא עשה וע"כ לר"י ס"ל דאין חיוב עליו לסלקם. וכר"י וחכמים ולכך פסק הרמב"ם כן וא"ש:

אמנם טעמא דהרמב"ם אליבא דר"י לא ידענא. ואפשר כיון דבמכילתא אמרינן דיליף תפילין ממזוזה דאסמכי' אצלו ואנן דרשינין סמוכין בכל התורה ממזוזה הוי לן למילוף דנוהג בין בלילה ובין בשבת ויו"ט. ולכך איצטרך מימים ימימה. והשתא דכתוב מימים ימימה אהני מימים ואהני גם הסמיכות למזוזה וק"ל:

ועוד יותר נכון לפי ענ"ד להסביר עפ"י דעת ר' יצחק ור' עזרי' במכילתא שאמרו שלא יתן אות בתוך אות שלא ידחה אות תפילין לאות שבת והיינו כעין טעם הזוהר המובא בב"י באו"ח סי' ל"א והיינו אם בא להניח לכתחילה אבל אם כבר מונחים עליו מבעו"י אדרבה הרי קי"ל העוסק במצוה פטור מן המצוה היכא דא"א לקיים שניהם אפילו אם המצוה שני' חמירא עיין רש"י בסוכה דף כ"ה ע"ב וא"כ אפילו הוי הנחת תפילין כעין זילותא לאות דשבת הדין כן דמצוה קודמת עדיף וממילא כיון שהדין הוא כן א"כ אין כאן זילותא וכיון דבשבת ויו"ט הדין כן אמרינן גם בלילה כן כיון דשניהם מימים ימימה נפקא ומחד קרא אתמעטו ואתקשו לאהדדי. ויש קצת טעם להסביר דבלילה דאיכא לחוש לשינה אין לו להכניס עצמו לספק חשש שינה וכדאמרינן בעלמא בתנאה לא מיזדהר ואע"ג דאיכא חזקת שלא יישן מ"מ לכתחילה אין לנו לעשות מעשה שיהי' צריך לסמוך אחזקה וכעין אמרם אין מבטלין איסור לכתחילה אבל אם כבר הניחן מבעו"י סמכינין אחזקה כן נראה לפיענ"ד להסביר:

ויהי' איך שיהי' או מגזה"כ או מסברא עכ"פ לדעת הרמב"ם מבואר דין חמישי דאפילו למ"ד בלילה ושבת לאו זמן תפילין מקרא דושמרת מ"מ לדעת ר"י ול"ק דר"נ דווקא להניחן לכתחילה אסור אבל אם היו כבר עליו אינו מחוייב לחלוץ אלא שאין מורין כן אלא בצריך לשומרן. ואפשר דבזה גופי' פליגו דמ"ד דמחויב לחלצן וכר' אלעזר ס"ל דגזה"כ הוא ור"י וסייעתי' ס"ל טעמא דקרא כדלעיל. או דפליגו אי דרשינין סמוכין ור"י ס"ל דדרשינין סמוכין בכל מקום ולפינין זה ממזוזה:

ולהרמב"ם דס"ל דרשאי להניחן עליו וא"צ לחולצן הקשה בס' כלי הרועים א"כ מאי פריך על רבה בר אבוה ממנ"פ מאי ס"ל דדלמא לעולם ס"ל לילה לאו זמן תפילין אלא ס"ל כר"י דאם מונחין עליו מבעו"י א"צ לחולצן ולכך מצלי בהו באורתא והה"ד דמה"ת הי' מותר בליל שבת להיות נשארים מונחים עליו אלא דכיון דלאו זמן תפילין הוא אין חיוב למשמש כמ"ש המג"א בסי' ש"ח סקי"א הנ"ל וא"כ יש לחוש שמא יצא בהן לרה"ר ולכך וודאי חשיכה צריך לחלוץ. עיי"ש. ולפי מ"ש למעלה יש לישב דכבר כתבתי למעלה דלפי הנראה הטעם דאם כבר מונחין עליו א"צ לחולצן הוא משום דהעוסק במצוה פטור מן המצוה ואות תפילין דוחה לאות שבת בכה"ג וא"כ עדיין הן מונחין עליו לשם מצוה וצריך למשמש בהן ותו דלשון מצלי בהו באורתא משמע דהי' זה בקביעות בכדי שיהיו עליו בשעת ק"ש ותפילה דכל הקורא ק"ש בלי תפילין כאלו העיד עדות שקר והיינו אם לילה ושבת זמן תפילין וא"כ פריך שפיר:

ועוד יש לישב הרמב"ם לשיטתו דפסק בה' שבת דאפילו לרב דס"ל בפ' במה אשה דדווקא בחצר שאינה מעורבת אסור לצאת אבל בחצר המעורבת וכ"ש בבית שרי אפילו לרב לא גזר דלמא יצא בהן לרה"ר. והקשה שאג"א והשער המלך דא"כ עמדה הקושיא לפי תי' הש"ס דסובר למעט מלך לאות אכתי אמאי חלק ועכצ"ל דלפי שיטה זו מפרשינין כמו"ש הב"י בחד תי' בסי' כ"ט דגם מלך לאות ילפינין איסורא לשבת ויו"ט וכמו שכבר הבאתי למעלה וא"כ למסקנא אסור משום איסור דאורייתא וכל זה אי נימא דחליצה והנחה לכתחילה שווין אבל אי נימא דמקרא ממעטינין רק הנחה אבל חליצה א"צ רק משום שבות שמא יצא כקושית כלי הרועים הנ"ל קשה הא בבית לכ"ע לא חיישינין שמא יצא. ואלא ע"כ דמה"ת אסור ואין חילוק בין חולץ ובין מניח בתחילה וא"כ פריך שפיר ממנ"פ:

וכבר אמרנו למעלה דלדעת הש"ע בסי' ש"ח לפי מ"ש המג"א שם סקי"א בכוונתו מבואר דין ששי דאפילו איסור דרבנן ליכא אם היו עליו קודם שבת וא"צ לחלצן וכבר כתבתי למעלה דס"ל דוודאי רבה בר אבוה סובר כמ"ד אין נשים ס"ר והה"ד כאן לגמרי ממעטינין אבל לדינא דקי"ל נשים ס"ר ולכך אין איסור וכמ"ש לעיל. אלא דעל שיטה זו תיקשה הא דאמרינין בסנהדרין דף ס"ח דאמר ר"א להורקנוס בנו דמניח איסור סקילה ועוסק באיסור שבות לחלוץ מבואר דחליצת תפילין הוי איסור שבות וכבר כתבתי למעלה דלהרמב"ם י"ל כיון דלדידי' בה"ש מותר בעשיית מלאכה מה"ת דסד"או לקולא א"כ לא ממעטינין מלך לאות להניח ביה"ש תפילין. אמנם נראה דאפי' להפוסקים דס"ל סד"א מה"ת להחמיר. מ"מ נראה דאות לא שייך אלא על דבר ברור אבל אם הוא אסור מספק

לא שייך לומר עליו שזה שאסור לעשות מספק יהי' אות וא"כ בביה"ש איכ"ל דאסור רק מדרבנן וכנ"ל:

ויותר נכון לתרץ עפ"י דברי התוי"ט שכ' הא דכתבו התוס' למ"ד לאו זמן תפילין אין איסור להניחם היינו דווקא למ"ד לאו זמן תפילין אבל למ"ד זמן תפילין אסור להניחם עיי"ש והסברא תמוה וגם הקשו עליו מסוגי' דמנחות דא"כ מאי פריך אי קסבר לילה זמן תפילין גם שבת זמן תפילין ומאי קושיא הא ע"מ צריך לחלצן מדרבנן עיי"ש מ"ש בשעה"מ. והנראה לפיענ"ד דהרי צריך טעם למה לא גזרו בתפילין גזירה שמא יעבירנו והפשוט הואיל ושכיח בכל יום לא גזרו שמא יעבירנו. אמנם לפי מאי דאמרינן בשבת דף ס"א דלא יצא בהן משום גזירה שמא יפסקו כו' ויעביר ד' אמות וא"כ מצד הטעם ההוא גם בבית יהי' אסור משום דלמא יפסק הקשר ויעבירם ד' אמות לילך למומחה לעשות לו הקשר. אך חשש זה לא שייך אלא למ"ד שבת זמן תפילין ויש מצוה בהנחתן אבל למ"ד שבת לאו זמן תפילין לא שייך חשש זה דדווקא היכא דבהיל וטריד טרדה דמצוה ורק אז חיישינן שמא יעבירנו וא"כ א"ש סברת התויו"ט: .

וא"כ שוב קשיא הסוגיא מאי פריך אי סובר לילה זמן תפילין גם שבת זמן תפילין ולמה צריך לחלוץ דלמא משום שמא יעבירנו ונראה כיון דהש"ס התם קאי דלעולם דס"ל כר' יעקב וחכמים ולדעת הרמב"ם גם הם ס"ל דלילה לאו זמן תפילין לענין הנחה וע"כ דהוי רק זמן תפילין לענין שא"צ לחולצן או דלכל הפחות מדרבנן מחלקין בין חליצה להנחה א"כ גם בשבת נימא דאסור להניח וכיון דאסור להניח שוב אינו טרוד להניחן ולא שייך גזירת שמא יעבירנו ולמה ס"ל וודאי חשיכה חולץ ליאסר רק להניח ולא יהי' חשש שמא יעבירנו ויהי' רשאי להשאיר אותן מונחין עליו ופריך שפיר וע"ז משני הש"ס דלעולם ס"ל כת"ק דאין לחלק בין חליצה להנחה ואפי"ה בלילה שרי משום דלילה זמן תפילין אבל שבת אסור מקרא דלך לאות. וכל זה למ"ד שבת לאו זמן תפילין אבל ר' אליעזר בסנהדרין שם איכ"ל דס"ל שבת זמן תפילין וכת"ק דאין חילוק בין חליצה להנחה ולכך שפיר אוסר להניח תפילין משום שבות דשמא יעבירנו וא"ש אבל לדידן לעולם י"ל דאפילו איסור דרבנן לית בי' כן נראה לפיענ"ד: דברי הה"ג החריף המפורסם מו"ה יעקב פראגיר נ"י האבדק"ק אדא והגליל יע"א לה"ה הרב המאוה"ג כו' מוהר"א נ"י.

מכתבו קבלתו ובו השיג על דברי שנדפסו בשמי בשו"ת מהר"מ שי"ק ממר חמי הגאון צוקלה"ה והנני להשיב. הנה אנכי כתבתי דכוונת הפליתי בסי' ק"ב להקשות איך יהי' דשיל"מ כיון שאפשר שיוחמר האיסור כו' והשיג מעכ"ת וכ' דקושית הפליתי דעדיין י"ל ממנ"פ יתבטל אפי' אם יתברר שוודאי אסור. אם כי פשטות הדברים נראה כן. אבל

לאחר העיון א"א לומר כן דהרי הצ"צ בסי' ס"ט הקשה באמת כן. ושפתיו ברור מיללו בתי' דסד"א' דזה הוי דשיל"מ כיון דאפילו אם יתברר אח"כ שמותרת מ"מ עכשו אסורה עליו מספק. ואם היתה חתיכת ספק חלב מביא א"ת וגם אם יתברר אח"כ שהיתר הי' לא. הביא זה חולין לעזרה, וא"כ אפשר דירוויח אם ימתין דלא יצטרך לביטול דהא זה היא החומרא של כל דשיל"מ דלא יצטרך לביטול. והגם שיתברר שהיא אסורה לא יפסיד וא"כ הוי קרוב לשכר ורחוק מהפסד אלו ת"ד הצ"צ. וגם המנח"י כלל ע"ד סעי' י"א והפר"ח בסי' ק"ב סק"ז כ"כ. ופרמ"ג בפתיחה לתערובות הסכים עמהם:

ולפיענ"ד להוסיף בה דברים דהרי מבואר דכל איסור שנתערב אעפ"י שמותר מחמת ביטול מ"מ שם האיסור לא פקע מיני' ויעויין בסי' ק"ט ביו"ד. והוא מתוס' פג"ה דף ק' והרבה דיעות מובאים בב"י סי' ק"ט דאין לאדם אחד לאכלן. והרא"ש שכ' דהמהר"מ החמיר על עצמו. וכן האריך הרא"ש בפג"ה וכ' דאין שום איסור אחר שנתבטל ונהפך להיתר. מ"מ גם להרא"ש ע"כ דיש עוד איזה שם איסור עליו דאל"כ מאי הוא הפירוש מדשיל"מ ועד שתאכלנו באיסור כו' (ואולי י"ל דזה דומה לניכר האיסור כיון שיכול להבריח האיסור לגמרי וכעין שכ' הש"ך בסי' ק"ב בשם הרא"ה דכיון דאפשר בהגעלה הוי כניכר האיסור) ועכ"פ לדעתי מוכרח דגם להרא"ש נשאר קצת שם איסור עליו:

ובזה ביארתי הא דאמרו חכז"ל בכמה מקומות לא אמרה תורה שלח לתקלה והקשה הפר"ח הא בטל ברוב ויעויין במל"מ פ"ז ממעילה ושעה"מ פט"ו מהמ"א ובנוב"י מהדו"ת סי' מ"ה ובמקנה בקדושין סוגיא דחדש ובחת"ס חיו"ד סי' שי"ט דכלם תי' דבכה"ג אסור לבטל מה"ת. ומלבד זה הי' אפשר לומר כתי' הראשונים בסוגיא דזרוע בשלה דחידוש הוא דהתורה ציותה לבטל אעפ"י שמותר מ"מ למה תצוה התורה ע"ז. מ"מ תמהתי מעולם א' דהלשון קשה דשלח לתקלה לומר דהלמ"ד מלתקלה הוי כמו אל והיינו לתקלת המוצאו. ועוד דזה אינו דומה למבטל איסור כיון דאפשר שלא יבא לידי אדם כלל כי אולי לא תנצד מעולם. ואף אם תנצד אולי ליד עכו"ם. ואף אם תבוא ליד ישראל הרי כבר נתבטלה ברוב ובכה"ג בוודאי מותר גם מה"ת לבטל (אמר פנחס נפתלי המעתיק יש כאן קיצור לשון ולא רציתי לבאר ולהגיהה כי אפשר בקל להבין המכוון):

והנה מצאתי מבואר היטב ברש"י בחולין דף ק"מ וקט"ו כדברי וז"ל לא הי' אומר לך שלחנה ויכשלו בה בני אדם שיהיו צדים ואוכלים אותה (ואע"ג דרש"י ז"ל ס"ל בסוגיא דז"ב דאין מבטלין מה"ת והי' יכול לומר בפשיטות דלא תאמר התירה דמותר לבטל) ועכ"פ מבואר מזה דמכשול הוא (ועוד ראי' ממה שמצינו הרבה פעמים שאין הקב"ה מביא תקלה ע"י צדיקים עכ"פ במידי דאכילה וכמ"ש תוס' בחולין והלוא לדעתי היתר

הוא ומאי מכשול הוא) ושמחתי כי מצאתי כדברי בפליתי בסי' ק' שכ' בקצרה דשלח לתקלה היינו אף שהאיסור נתבטל בהיתר מ"מ שם האיסור לא זז ממנו ואטום בו והראי' דשיל"מ עד שתאכלנו באיסור עכ"ל. וא"כ לכאורה סותר עצמו דלפ"ד לק"מ על הצצ"ד' הנ"ל דספק אסור עתה בוודאי ואעפ"י שבטל הרי שם האיסור לא זז ממנו ואם ימתין עד למחר אפשר שיהא מותר לגמרי. (ומצאתי שגם הפמ"ג במשבצות סק"ז כ' על דברי הפליתי דלא ידע מאי קשיא לי') ואלא ע"כ צ"ל דקושיתו דאפשר שיוחמר האיסור שיהי' וודאי איסור ויצטרך לסמוך על הביטול:

ואמרתי דזה תליא אי ספק מה"ת לקולא א"כ הוי קרוב להפסד ורחוק משכר כיון דמה"ת גם עתה מותר והפליתי שם הביא בשם או"ז דאיסור דאוסרין אותו מחמת שנשאר הש"ס בתיקו הוא בטל בששים אעפ"י שכשיבוא אלי' אפשר דיאמר דמותר הוא מ"מ אז איגלאי מילתא למפרע דמותר וזהו לכאורה. סתירה לתירץ האצ"ד הנ"ל. אמנם לפיענ"ד י"ל דאולי האו"ז סובר דספק מה"ת לקולא ואפילו ספק חסרון חכמה (דמודה הרמב"ם דאסור כמ"ש מהרי"ט מובא בחוות דעת) אבל כיון דלכל העולם הוא מותר א"כ מה"ת למפרע כשר. אבל הצל"ד דדבריו הם לשיטת הרשב"א דספק מה"ת לחומרא יפה תירץ. (ובדפוס שם נדפס בטעות וצ"ל להרמב"ם דס"ל דספק מותר מה"ת לא צריך לתרץ קושית הש"ך דהא הוי קרוב להפסד ורחוק לשכר) ואגב אזכיר דמה שבא בלשון האו"ז דהי' אפשר להתיר אם יבוא' אלו יעויין בברכ"י בחאו"ח סי' ל"ב הביא בזה בקיאות גדול ושם הביא למה בכל תיקו שבש"ס אמאי לא פשט להם אלי' דהרי הי' מצוי אצל האמוראים ומתרץ דיש שני מיני אלי' האחד הוא פינחס כו' ולבסוף הביא דברי התוס' ביבמות דף צ"ט דדווקא בס' מציאות אבל בספק דין אין לומר אם יבוא אלי' ז"ל וק"ל (אהמ"ע עיין בכ"ז בסוף ס' חות יאיר בהשמטות מ"ש שם על דברי צ"ד והוא בדף רס"ח גם במ"ש לקמן בזה ותרוה צמאונך):

ומ"ש מעכ"ת דהרמב"ם מודה דספק טריפה לחומרא דע"י הריעותא הוי רגל"ד או בתערובת חד בחד דאיקבע איסורא כו' הרבה תשובות בדבר דמ"ש דברגל"ד מודה הרמב"ם אמת שכן הוא דעת הפר"ח דמשו"ה ליכא למילף מספק טומאה ברה"י לחומרא משום דשם רגל"ד. אמנם הלוא מדברי התוס' בחולין דף ט' מוכח דלא ס"ל כן דהרי הקשו בספק טומאה ברה"ר איך ילפינין מסוטה הא שם הוי חזקת טהרה ותי' דרגל"ד סותר החזקת טהרה וא"כ אין דחי' מסוטה דהא נגד רגל"ד הוי חזקת טהרה ואפי"ה מטמאין ועיין בשב שמעתתא בתחילתו שדחה דברי הפר"ח. ובלא"ה הנה ברשב"א בחי' לחולין דף י"א כ' דאע"ג דאיכא ריעותא לא אבדה חזקתה אלא אם היא טריפה וודאי

לפנינו אז איתרע חזקה למפרע ועיין בש"ך ביו"ד סי' קי"ט ס"ק י"ט שכ' היפוך דברי הרשב"א הללו. אבל עיקר דחי' על זה הלוא מבואר בטיו"ד סי' כ"ט ובכל האחרונים שהרמב"ם כ' דספק טריפה מקילין בו חוץ מבדריסה ועכ"פ לכל התירוצים שנאמרו בזה לא עלה ע"ד שום אחד לומר דהרמב"ם מחמיר בספק טריפות יותר מבשאר איסורים:

גם מ"ש מעכ"ת כו' דבחד בחד מודה הרמב"ם זה דבר שאינו דחד בחד פשיטא דל"ש דשיל"מ אלא דהש"ך מדייק דלמא מיירי בחד ביצה ספק נולדה מכשרה או מטריפה דזה אפשר שיתברר ועיין בפמ"ג שם. ובעיקר הדבר דבאיקבע איסורא מודה הרמב"ם אמת שכן הוא לדעת מהרי"ט בחיו"ד סי' א' ולפר"ח סי' ק"י שכ' דבזה פליגו ב' אמוראים אי בעינין חתיכה אחת מב' חתיכות כו' דפלוגתתם הוא אי ספק מה"ת מותר וכיון דקי"ל דווקא בחתיכה א' מב' מביא אשם תלוי אבל בחתיכה א' ס' חלב ס' שומן לא מוכח דספק מן התורה מותר:

אמנם הכ"מ בסוף פ"ט מה' ט"מ הביא גירסא אחת דהרמב"ם מודה בספק כרת דאל"כ תקשה האיך מביאין אשם תלוי ומהרי"ט כ' דאיזה תלמוד טועה כ' זאת דהרי הרמב"ם מנה גם ספק שבת ועריות מותר והרי גם באלו מביא א"ת כמבואר במשנה בכריתות אשתו ואחותו עמו במטה כו' שבת ויו"ט ועשה מלאכה באחת מהן כו' והאיך התיר הרמב"ם לספיקו. והנה מבואר דמהרי"ט הבין דלפי גירסא זאת בכל ספק כרת מודה הרמב"ם אבל לפי ענ"ד הלוא כלל אמרו תפסת מרובה כו' וכיון דכל עיקר ההוכחה דאיך ימצא אשם תלוי. ואם נאמר דרק בספק כרת וגם איקבע מודה הרמב"ם וממילא שוב לא תקשה מאשם תלוי. ומנ"ל שוב לומר דחילקה התורה בין ספק כרת. ואע"ג דכאן לחומרא ול"ש לומר תפסת מרובה כו' מ"מ עכ"פ ההוכחה אינה מוכרחת רק במקום דשניהם כאחת כרת ואיקבע. וא"כ לא קשיא קושית מהרי"ט דשם בכריתות הרי מיירי בספק כרת ואיקבע. ומאי דמתיר הרמב"ם ספק שבת ועריות היינו בספק כרת ולא איקבע. ורב תודות לד' כי לא שגיתי בזה כי מצאתי כי כוונתי בזה לדעת הגאון מהר"מ ב"ח שכ"כ בסוף ספרו כפת תמרים ומצאתני בחת"ס בחאהע"ז סי' ע"ג שהסכים עמו דאין הרמב"ם מודה אלא בהצטרפות שניהם אבל לא בספק איסור כרת לחוד וכן לא באיקבע לחוד וברוך שהנחני בדרך אמת:

ואגב אודיע מה שיש לתמוה על המהרי"ט במ"ש על אותה גירסא במה דאמרינן בעלמא מאי לי איסור לאו כו' וזה תימה דזה היא מימרא דרבא ביבמות דף קי"ט אבל הרי שם בדף פ"ב באמת מחלק הש"ס בין איסור לאו לאיסור כרת ועיין שם בש"ס דנשארו בקושיא ואמת דהרשב"ם בב"ב כ' דמה שנשאר בש"ס בקושיא מותר לתרץ ואמרתי

דרש"י ביבמות קי"ט מתרץ קושיא זאת במתק לשונו שכ' דבספק לא מחלקינין וא"כ עולין יפה דברי מהרי"ט. אמנם אטו מאן דלא נחית לזה לתרץ כן לא יכון בתמי' ואפשר לומר דלמסקנא באמת מחלקין ואותה גירסא שהביא הכ"מ באמת מחלק בזה ויעויין ביבמות דף ז' דמחלק בין לאו שיש בו כרת ודחי ושם למסקנא אפשר דמחלקין יעויין בתוס' ד"ה הכשר ובמהרש"ל ובמהרש"א שם. ובלא"ה הלוא אין מביאין קרבן אלא על איסור כרת ולא על איסור לאו חוץ משבועת העדות וביטוי ושפחה חרופה וגם א"ת אין מביאין אלא על ספק כרת וא"כ התורה חילקה. ומ"ש לתרץ דברי הרשב"א כו' זה נלמד מגמרא דטבל ותרומה הוי דשיל"מ כיון דבידו אע"ג דאינו בוודאי שיבוא. והרשב"א הוצרך רק לחדש דגם באינו בידו צריך שיהי' ההיתר בוודאי הכ"ד ידידו הדוש"ת הק' יעקב סג"ל פראגיר החונה בק"ק אדא יע"א: מ"ש להגאון מהרי"י נ' בעהמ"ח ספר יד יוסף האבדק"ק פישפוק לאדאן יע"א.

מכתבו היקר קבלתי ונאמנים עלי פצעי אוהב אשר השיג על דברי שנדפסו בתשובת מהר"מ שיק ממר חמי הגאון זצוקלה"ה אצל חיו"ד ומעלתו כ' כי עוד ידו נטוי' להעיריני ע"ד תשובת מו"ח הגאון זצוקלה"ה ואבוא היום אל העיון להתנצל מהשגותיו ואבוא על סדר דבריו:

א) מ"ש על מ"ש ליישב הא"י ותוכן דברי שיש לחוש שישחטו אעפ"י שלא יהי' בקיאות וע"ז השיג מעלתו דעכ"פ אי ידעינין בה דבקיאה היתה מותרת לשחוט כו' הנה על זה אען ואומר הנה רש"י בחולין דף י"ב כ' על הא דאמרי' ר"מ אצל ש"מ דאם לא הי' יודע לא הי' שוחט. והנה כל זה י"ל באנשים דאם לא הי' יודע שבקי לא הי' שוחט בעצמו אלא הי' הולך אצל שוחט לשחוט או ללמוד כסברת התוס' בגיטין אמנם בנשים עצלניות שדעתן קלות וודאי דל"ש סברא הנ"ל וא"כ בה מה"ד וודאי דווקא אם ידעינין דהיא בקיאה היא מותרת לשחוט. ובזה בוודאי אפשר לומר דלכתחילה חששו אף בבקיאה אולי יבואו לסמוך עליהן גם בסתם כמו באנשים ולכן שפיר משום ל"פ אמרו שלא ישחטו לעולם וזה כבר מבואר בדברי שם דבעומד ע"ג ג"כ היתה מותרת לשחוט ורק מכח גזירה הנ"ל השוו חכמים מדותיהם. ומלבד זה הלוא אני כתבתי שהם שווין בזה למומר. והלוא במומר מצינו בגמרא דווקא אם בודק סכין ונותנין לו רק אז סומכין עליו משום דמטרח לא טרח. וא"כ בנשים אפילו בקיאות וודאי עכ"פ יש לחוש דלא תטרח להשחיז הסכין. וא"כ ממילא צריכין עוד תנאי אחד לבדוק סכינה אפי' אם היא בקיאה וא"כ ממילא נכונים מאוד דבריי להשוות המדות שלא להניחם לשחוט כלל משום ל"פ ועכ"פ מובן קצת מ"ש הב"י בשם הכל בו דנשים שוחטות לעצמן ותמה הב"י דמ"ש. ולפימ"ש ניחא

די"ל דמיירי באומרת שבקיאה בוודאי אלא דחכז"ל לא נתנו לה נאמנות לא על הבקיאות ולא על הבדיקה אמנם הבעלים נאמנים על שלהן אם הם טוענים ברי ושפיר נאמנת לעצמה ולא לאחרים:

ב) כ' מעלת הדרג"ני על מ"ש לישב דברי האלדד הדני והבאתי דברי הנוב"י שכ' דסברתו משום דחשיד לא"ד או משום קנס והקשיתי דהו"ל לחלק בין אם הבהמה שלו או היא של חברו וחשב הדרג"ני שכוונתי הי' להקשות דהא אין א"א דבר שאינו שלו. אבל באמת לא כוונתי לזה דהא לרא"ה והר"ן אעפ"י שלא אסרה עכ"פ לא התירה. ואע"ג דהש"ך ביו"ד סי' ד' דחה דיעה זו. הפליתי והפרמ"ג הם האריכו לישב. וא"כ אין דוחק לומר דגם האלדד הדני ס"ל כן. ולכן לא הקשיתי כן על הנוב"י. אלא כוונתי הי' דאין זה קנס לדידי' אם יאסרו בהמת חבירו והוא אין לו מה לשלם. ומובן מדברי הנוב"י עצמו שהרגיש בזה ולזה הוסיף בזה"ל אלא דס"ל לאסור ולקנוס גם לאחרינא עכ"ל ויעויין נוב"י מהדו"ק בחאו"ח סי' כ' וז"ל שם בסוף ד"ה והנה מקור כו' אחרי שהוכיח שהחמץ שנגזל ועבר עליו הפסח מותר להנגזל אפילו באכילה אחר הפסח כו' דמה קנס הוא להגזלן בדבר שאינו שלו ולא איכפת לי' בזה כלל עכ"ל. ומעכ"ת נ"י תמה עלי דהא מצינו הרבה מקומות דקנסו גם לאחרים כגון בחמץ ועבר עליו הפסח. הנה מבואר דזה דווקא היכא שירוויח העובר דהיינו אם יהי' מותר לאחרים ימכרנו וממילא הוצרכו לאסור אף לאחרים. אבל כל זה רק בממונו אבל לא ממון חבירו וכמבואר בנוב"י הנ"ל. וזה מבואר בכמה מקומות דדווקא לדידי' קנסו ויעויין בש"ך ביו"ד סי' ט"ז ס"ק ג' לענין אוא"ב ובתבו"ש ובפרמ"ג שם דמחלקים שם אם עבר על איסור דאוריי' קנסו גם לאחרים עיי"ש וביו"ד בסי' צ"ט במבטל איסור במזיד דאסור למבטל עצמו אם הוא שלו ולמי שנתבטל בשבילו וא"כ אפילו ס"ל דאסרו גם לאחרים אבל עכ"פ בהמת חבירו לא מסתבר לאסור ובאמת אין זה מוכרח מדברי הנוב"י דאסרו בזה בהמת חבירו אלא מדברי האה"ד שאומר כי שחיטתו פיגול או פסולה דמשמע דהוי כשחיטת נכרי וכדומה דלא מחלקין כלל בין שלו לשל חבירו וע"ז יש מהתימה וק"ל:

ג) על מ"ש דמקל על חמור לא מחזיקינין לי' לחשוד וע"ז כ' הדרגנ"י דזה הוי לאותו דבר כמו החשוד על עריות דהיינו על לא טובה השמיעה דפסול לעדות אשה כמבואר בסנהדרין דף כ"ו ואפי' בלא ראי' י"ל כן עכ"ל. ולפי ענ"ד דין זה אינו מוסכם יעיין בחי' הר"ן שם בסנהדרין דלכמה קדמונים לא קמ"ל כן. והראב"ד והרז"ה ס"ל דקי"ל כר"נ דכשר לעדות אשה והרי"ף והר"ן ס"ל דמיירי שם בבא על הערוה ממש ואעפי"כ כשר לעדות דיצרו תוקפו ובזה חולק ר"ש וקי"ל כר"ש. אבל במתיחד אפילו לר"ש כשר לעדות

אשה. ואמנם אעפי"כ הביא כן בש"ע חו"מ סי' ל"ד ובאהע"ז סי' מ"ב ובחמ"ח שם סקט"ו הביא ג"כ פלוגתא בזה. אבל מלבד כ"ז נראה דאינו ענין לכאן והוא עפימ"ש הש"ך בסי' קי"ט דשם דווקא לעדות אשה פסול משום דנוגע בעדות דניחא לי' דתהוי פנוי' ויעויין עוד בש"ך שם ס"ק י"ב דאפילו מחמור לקל הוא דווקא אם שניהם הם מין איסור אחד כגון מאכל והביא הרבה ראיות לזה ושם בסוף מדקדק מלשון המחבר שלא כ' כלשון הטור החשוד על החמור כו' והמחבר הוסיף החשוד על איסור חמור. ולפ"ז יובן עוד יותר דדווקא מאיסור לאיסור ולא ממצוה על איסור ולא ממצוה על איסור המזלזל במצוות הברכה אעפ"י שהוא מאותו ענין אין לחושדו באכילת איסור (ויעויין בחת"ס אהע"ז סי' כ"ב דאפילו מחלל שבת אינו נחשד על אכילת איסור יעויי"ש) ומבואר שם סי' קי"ט דאפילו הנחשד על אכילת איסור אפשר שנזהר בלפני עור עיי"ש:

וכל הנ"ל נאמר מחמור על קל א"כ ק"ו מקל על חמור דדווקא במאכל עצמו אפשר דלא מחלקין כגון המזלזל בבדיקת הריאה אע"ג דהוא רק מדרבנן כמבואר בסי' ל"ט וסי' קי"ט שפיר י"ל דנחשד על השחיטה ג"כ שהיא אותו דבר אבל לא ממצוה על אכילת איסור הן דאורייתא הן דרבנן כנ"ל ודוחק לומר דהא"י חולק על כל הנ"ל ועכ"פ יותר נכון לומר כמ"ש שלא לאפושי בפלוגתא. ויעויין נא במל"מ בפ"י מה' גירושין דגם במי שבא על אשה נדה פנוי' ג"כ אמרינין אאעבב"ז ובוודאי קידשה אע"ג דע"כ צ"ל דבעל נדה מ"מ מאי דאפשר לומר שעשה בהיתר לא מחזיקינין לי' לרשעי וא"כ לפי הראות ק"ו לענינינו. ויש לדקדק דהרדב"ז דהוא מרא דהאי שמעתתא שם די"ל דס"ל כשיטת הרי"ף בסנהדרין דר"נ ס"ל אפי' בבא על אשה אינו פסול לעדות אשה משום דאמרינין יצרו תקפו (וגרסו כן בגמרא יעיי"ש) ואעפ"כ לא יעיד עדות שקר וא"כ הה"ד בזה יצרו תקפו לבעול. אבל עכ"פ מה שאפשר לו בהיתר עושה. משא"כ בענין שחיטה ומאכלות אסורות ל"ש סברא הנ"ל ואעפי"כ דשם לכ"ע לא קי"ל כר"נ אלא כר"ש דפסול בכה"ג לעדות אשה היינו שחשוד לאותו דבר עצמו (אבל לא מנדה על בעילת זנות) וא"כ לנידון דידן אפשר דמודה ועדיין צ"ע:

ד) **כ**' הדרגנ"י להשיג על מ"ש לחלק בין שכח דמירי בי' האה"ד וכמ"ש הרא"ש כו' וע"ז כ' הדרגנ"י לעיין מג"א סי' ק"ח אי שכחה הוי פשיעה. הנה אנכי הארכתי בזה במקו"א בדברי המג"א סי' תקכ"ז ובתשובת שבו"י סי' קמ"ח. ובברכ"י באו"ח סי' שי"ח האריך להביא הרבה תשובות בזה ומצאתי בתשובת שבו"י הנ"ל ועוד ממשנה סוכה ושכח והוציא לולב ובפרש"י שבת דף ד' שכ' שגג ולא כ' שכח וק"ל:

ה) **הקשה** הדרגנ"י במ"ש לישב תמיהת הש"ך יו"ד סי' ק"ב. ות"ד דכיון דס"ל דסד"א להחמיר מה"ת. א"כ א"א להפסיד הרבה ורק להרויח ע"כ סד"א דהוי דשיל"מ כו' והקשה הדרגנ"י הא אפילו אי מדרבנן להחמיר ג"כ הוי אפשר להרויח שהרי אפשר שיותר לגמרי. וגם הסברא הפוכה דאם הוא מותר גם עכשו מותר עכ"ל הנה עפימ"ש להסביר דברי הצ"צ ולבאר תמיהת הפליתי (עיין במכתבי הקודם להרב מהר"א מבעלינוש נ"י בד"ה ולפיענ"ד) תמיהה שני' ליתא כלל ורק התמי' הא' צריכה ביאור. ואען ואומר הנה ביו"ד סי' צ"ט בש"ע הביא דעת הרשב"א דבאיסור דרבנן מותר להוסיף אם כבר נתערב ורק לבטלו לכתחילה אסור:

והנה התוס' בפסחים דף ל' כ' הטעם דאין מבטלין איסור לכתחילה דאל"כ מאי הועילו חכמים בתקנתם וא"כ מוכרח דאין בדבר זה שיקוץ וגנאי לאכלו דאל"כ פשיטא דאין לבטלו לכתחילה וגם למה יהי' מותר להוסיף לדעת הרשב"א הא עכשו עדיין אסור הוא מדרבנן עד שיהא ששים נגדו. וא"כ ע"כ כיון דאין בזה איסור מצ"ע ורק משום גזירה משום איסור דאורייתא וא"כ כשכבר נתערבה בשיעורה לבטל למה יוצרך להמתין עד למחר דבזה שפיר שייך הממנ"פ דהרי גם למחר יאכלנה. ואין לומר כסברת הצצ"ד דהא בזה באמת גם עכשו מותר מן התורה. וגם מדרבנן כבר נתבטלה וכיון דאין בזה שיקוץ מחמת עצמו ופשיטא דמותר לאכול כולן כאחד ואפילו לדעת תוס' בפ' גי"ה דף ק' וודאי פשיטא דל"צ להמתין. ואע"ג דמצינו בש"ס בפגה"נ דאמרו שווי' רבנן כחתיכת נבלה עכצ"ל דלאו בדווקא נקטו אלא לדמיון בעלמא (וכדמצינו כזה בלשון חכז"ל שאמרו כל המספר לשה"ר כאלו שופך כו' וכ"כ בתשובת פנ"י בחאהע"ז סי' מ"ד דלאו דווקא) וכיון דמצד עצמו אין בזה שום איסור ורק מחשש איסור וודאי אסרו א"כ למה ימתין הלוא אפשר שיוחמר איסורו ועכשו וודאי מותר מה"ת וגם כבר נתבטל גם מדרבנן. ומה נעים לישב בזה דעת האו"ז הביאו הפליתי סי' ק"ב בקיצור ובס' בנין ציון הביאו באריכות דס"ל ממש כקושית הצצ"ד הנ"ל לאמת וקשה הלוא תי' הצצ"ד נכון דעכשו אסורה חתיכה זו וא"כ ירויח בהמתנתו ועכצ"ל דס"ל דספק מה"ת מותר וכמ"ש: אמרתי להעתיק כאן דבר קטן שאמרתי לפני מו"ח הגאון זצוקלה"ה והוטב בעיניו:

הצל"ח בפ' ע"פ על משנה ר"ג אומר יום עיי"ש במ"ש על הר"ן שכ' דבמצרים לא היו מוזהרים על ב"י ואם לא גורשו היו משהין החמץ עד למחר ושם תמה דמבואר באותה פרשה שאור לא ימצא בבתיכם ואע"ג דכתיב ז' ימים כו' הלוא כתיב ג"כ מצות תאכלו ז' ימים ול"ד כו' ועיקר קושי' אמאי לא מני במשנה פסחים צ"ו מה בין פסח מצרים לדורות בל יראה. והעלה הצל"ח דבאמת הוזהרו אלא שאצלם הלילה הלך אחר היום יעיי"ש

באריכות. ולפי ענ"ד קשה ע"ז דשם בפסחים צ"ו הקשו על מתני' דקתני ונאכל בחיפזון בלילה אחת ופסח מצרים כל ז' כו' ופריך לילה אחת ותו לא הא אמר ר"י הגלילי פ"מ נוהג יום אחד ולהצל"ח לישני דמתני' מדברת רק מפסח עצמו ולא מע"פ. וא"כ מפסח עצמו הי' להם רק הלילה ולדידן כל זיי"ן ועכצ"ל דמע"פ לא קמיירי דהרי גם. לדידן הוי צריך לחשוב ע"פ עכ"פ מחצות דאסור מה"ת לכ"ע (וכ"ת שעות לא חשיב הלוא גם אצלם הי' אסור רק חצי היום דלילה שלפני' לא נאסר) ועכ"פ הי' תי' זה יותר מרווח ממה שנחסר ונוסף במתני' ומדלא משני הכי מוכרח כהר"ן:

ובלא"ה קושית הצל"ח תמוה דהא מבואר באר היטב דהאי שבעת ימים תאכל כו' הוא מהמצוות דלדורות דהא מפסיק בין צווי לפ"מ לציווי לפסח דורות דכתיב וחגותם אותו חג לד' לדורותיכם ז' ימים מצות כו' ונכרתה וביום הראשון מקרא קודש. וכ"ז אינו בפסח מצרים. ולדבריו הוי לי' לחשוב במתניתין ג"כ כרת ואיסור מלאכה. ובפרט דאין להקשות קושיא כזו על מתני' כיון דבלא"ה צריך לתרץ ולהוסיף במשנה זו א"כ נאמר כדאמר רבא לאביי במגילה דף י"ט ולאו תירוצא מתרצית לה תני בן כפר כו' וה"נ י"ל כן. ובפרט די"ל תנא ושייר:

והנה הר"ן לטעמי' פשיטא דכן הוא דהרי כ' בריש פסחים וכן בפ"ב דהטעם דהחמירה התורה בב"י בחמץ הוא כדי שלא יבוא לאוכלה ומקשין מכל איסורי אכילה והנאה ותי' משום דליכא בהו כרת ויוה"כ הוא רק חד יומא. וא"כ בפ"מ דהוי רק חד יומא וגם פשיטא דלא הוי אצלם איסור כרת דלא הוזכר בקרא כ"א אצל דורות א"כ שוב פשיטא דאצלם ל"ג התורה בל יראה כמובן כנ"ל ברור בעזה"י:

ואדוני מו"ח הגאון זצ"ל הוסיף להקשות ע"ד הצל"ח דלפי תי' הי' להם לאסור יום א' דפסח ולילה שלאחריו דהא ביום א' יצאו בבוקר וקרא כתיב לא תאכל חמץ היום אתם יוצאים דמזה למד ריוה"ג פ"מ נוהג יום אחד. אמנם כמדומה לי שהצל"ח נשמר מזה דהוא מפרש הוציאך נתינת רשות. וא"כ י"ל ער"פ. אבל עכ"פ קשה דמנ"ל להוציא מפשוטו (אמר פינחס נפתלי ירושלמי המעתיק לא אוכל להתאפק מלהודיע מאי דקשיא ותמוה לי בהך ענינא כי מאוד נפלאו בעיני דברי הפנים יפות בפ' נח בפסוק יום ולילה לא ישבותו (וכ"כ בכמה מקומות) דקודם מ"ת הי' הלילה נמשכת אחר היום עד שאמר לו הקב"ה למשה מערב עד ערב תשבתו שבתכם ולדעתי א"א לומר כן דהרי הרמב"ן נסתפק אם התענו ישראל ביוה"כ הראשון וכ' בכתבי החת"ס דמקום הספק הוא עפ"י מ"ש הפלא"ה כיון דמשה ירד באמצע היום והם כבר אכלו אם מחוייבים להשלים כמו יום זה או יום סתם. וכן מורין דברי רש"י בפ' עקב בפסוק ואתנפל דמ' יום כלו ביוה"כ בו

ביום נתרצה הקב"ה לישראל כו' לכך הוקבע למחילה לסליחה כו' וא"כ לא נאמר למשה מערב עד ערב עד אחר לוחות שניות ולפי דברי הפלא"ה עד אז הלילה הי' נמשכת אחר היום והיא נגד גמרא מפורשת בשבת דף פ"ז דאמרי' משה הוסיף יום א' כו' היום ומחר היום כמחר כו' אף היום לילה עמו ולילה דהאידנא נפקא לי' ש"מ ולדברי ההפלאה הרי היום קודם הלילה ושפיר יש היום ומחר וצ"ע לדעתי (ונפלאתי על הגאון המובהק בעל יד שאול זצ"ל בספרו על יו"ד סי' רצ"ג סוף סעיף ד' הקשה על הפנים יפות מש"ס ר"ה דף כ' ע"ב. ולא נזכרו לי אז דברי הר"ן והצל"ח הנ"ל כי פסוק עד יום אחד ועשרים לחודש בערב על לדורות נאמר ולא על עת צאתם מארמ"צ ולדעתי הרואה יראה דאין קושיתו כלל וק"ל: גם אלה דברי הה"ג החריף ובקי צדיק ונשגב מוה' יעקב פראגר הלוי האב"ד ור"מ דק"ק אד"א והגלילות יע"א חתן הגאון המחבר זצוקלה"ה: לכבוד הנגיד הישיש כהן שדעתו יפה רודף צדקה וחסד מוה' ישראל כ"ץ מפאדע לאשר הוא לסעד ולעזר בהדפסת החיבור אזכיר פה דבר אגדה אחת המאחדת כל ישראל להיות דבקים באלקים חיים ומלך עולם:

בש"ס ברכות דף ל"ד ע"ב אמר ר"ח ב"א אר"י כל הנביאים כולן לא נתנבאו אלא למשיא בתו לת"ח ולעושה פרקמטיא לת"ח ולמהנה ת"ח מנכסיו אבל ת"ח עצמן עין לא ראתה אלקים זולתך אמרתי ביאור מאמר זה לפני מו"ח הגאון זצ"ל (בעת בואי להתקשר בשידוכין עם בתו היא זוגתי הרבנית מ' בריינדיל שתחי') עפ"י מאי דאיתא בסוף כתובות דף קי"א ע"ב מאמר ר"א ע"ה אינן חיים שם שנאמר כו' אר"י לא ניחא למרייהו דאמרת להו הכי כו' א"ל רבי מצאתי להם תקנה מה"ת ואתם הדבקים כו' וכי אפשר כו' והא כתיב כי ד' אלקיך אש אוכלה אלא כל המשיא בתו לת"ח כו' כאלו מדבק בשכינה. עיי"ש כל המאמר עכ"פ גם אם ע"ה משיא בתו לת"ח או עושה פרקמטיא לת"ח כו' הרי הוא כאלו מדבק בשכינה אם כי הוא מוכרח לזה דהרי זה כל תקנתו לזכות עי"ז לתחה"מ. וא"כ לפי"ז הת"ח אשר באמת דבוקין בעצמן בד' וא"צ להשיא בתו לת"ח כדי לזכות לתחה"מ ואעפי"כ הוא משיא בתו לת"ח וודאי דשכרו גדול מאוד כי רק לכבוד ד' הוא עושה. וזהו לדעתי כוונת ר"ח ב"א בשם ר"י כל הנביאים לא נתנבאו אלא למשיא בתו לת"ח אף אם הוא ע"ה ומוכרח לזה. אבל ת"ח ר"ל אם המשיא בתו לת"ח הוא ג"כ ת"ח עיין לא ראתה כו' והוטב בעיניו ואמר כי כוונתי בזה לדעתו:

אגב אעורר על מה שראיתי שנשאל מו"ח הגאון זצ"ל אם מותר לבחור לומד תורה לישא בת כהן בזה"ז כיון דהאידנא ליכא ת"ח. ולפום הנ"ל הדבר מוכרח דגם עתה בזה"ז מותר דאל"כ שוב הדרא צערי' דר"י לאתרי' דלא יהא תקנה לע"ה להחיות בתחה"מ אם אין

ת"ח בזה"ז. ועוד מה יעשו זרעו של אהרן הכהן בזה"ז וכי ינשאו כולן לכהנים דווקא אתמהה. ואלא ע"כ כיון דא"א למצוא ת"ח כרבינא ור"א וודאי ניחא לי' לאהרן בת"ח הנמצא בדור הזה ויפתח בדורו כשמואל בדורו כנ"ל פשוט: ועתה אעתיק עוד איזה ענינים ומהם אשר הצעתים לפני מו"ח הגאון זצ"ל והוטבו בעיניו:

בריש כתובות דפריך הש"ס ותנשא באחד בשבת. ושמעתי מאחי הגדול הרב מוה' אברהם פראג סג"ל ני' שהקשה למה לא משני הש"ס משום שמא ישחוט ב"ע והוא הטעם המפורש בש"ס לקמן בטעמא דלא תנשא במו"ש. והנה קו' צ"ב דלקמן בש"ס לפ"ז יוה"כ שחל בשני בשבת ידחה שמא ישחוט בן עוף ומשני התם דלנפשי' לא טריד הכא דלאחרים טריד ואב"א הכא אית לי' רווחא הכא ל"ל רווחא ופרש"י בעיוה"כ אית לי' רווחא שהרי הסעודה אינה עד למחר משמע דלתי' א' לא מחלק בין אית לי' רווחא ללית לי' אלא אפילו באית לי' רווחא נמי חיישינן משום דלאחרים טריד וא"כ שפיר הקשה כבוד אחי נ"י דלישני דחיישי' שמא ישחוט ב"ע:

אבל מה שנראה לדעתי דבוודאי גם התרצן הראשון לא נעלם ממנו חילוק פשוט כזה לחלק בין אית לי' רווחא ללית לי' וגם המקשין לא טעה בזה אלא די"ל דפליגו במה שנסתפק השל"ה והמג"א בסי' תר"ה אי סעודת עיוה"כ הוי גם בלילה וא"כ י"ל דהמקשן והתרצן הא' הם סוברים דגם בליל עיוה"כ יש חיוב סעודה וא"כ גם שם לית לי' רווחא וע"כ הוצרך לחלק בין לנפשי' ובין לאחרינא. אבל התרצן השני סבר כפרש"י דסעודת עיוה"כ היא רק ביום. ובזה מודה גם התרצן הראשון להסברא פשוטה לחלק בין אית לי' רווחא ללית לי':

וא"כ דין הנ"ל של של"ה והמג"א תלוי במאי דפליגו בעלי הכללים אי במקום דאיכא ב' לשונות קי"ל כראשון או כב' הרי"ף פוסק תמיד כלישנא בתרא ור"ת ס"ל דקי"ל בדאוריית' לחומרא וכ"כ רש"י בחולין דף צ"ז ובב"י יו"ד סימן קצ"ט ור"א הביא בשם ראב"ד ור"ן דקי"ל כלישנא בתרא.ואותן דמחלקו בין. דאורייתא כו' דבדאורייתא מחמירין שוב תליא אי סעודת עיוה"כ הוא דאוריית' ובמג"א סי' תק"ע ס"ל דהיא דאורייתא וכן נראה דעת הרמב"ם פ"ג מנדרים וכן משמע מתוס' ברכות דף ח'. אבל בכ"מ פ"ג מה' נדרים פשיטא לי' דהוי רק דרבנן. ולפי"ז נתישבה קושית אחי הרבני נ"י. דכל התירוצים מחלקים בין אית לי' רווחא כו' דאז לא גזרו. וא"כ שוב א"א להש"ס לתרץ על הקושיא ותנשא בא' בשבת משום דחיישינן שמא ישחוט ב"ע. דכיון דאית לי' רווחא לכ"ע לא גזרינן וק"ל:

אלא שגיסי הרבני המופלג מוה' משה געלבער ני' הראני מפורש ברמב"ם פ"י מה' אישות דטעמא דאין נושאין באחד בשבת הוא משום שמא ישחוט ב"ע ומוכח דס"ל כפשוטו כתי' הא' דגמרא דמחלק בין לנפשי' או לאחרינא ואפילו באית לי' רווחא וא"כ הדרא קושית אחי הרב ני' ועוד דלפי דברי הרמב"ם תקשה ביותר למה נוקטה הברייתא מו"ש. ולא תני יותר חידוש דאפילו בחד בשבת דאית לי' רווחא אפי"ה אסור. וצ"ל להרמב"ם דמאי דתנא בברייתא מו"ש הכוונה על אחד בשבת ומצאתי ראי' לזה דבתענית נ"ט איתא דנשחרב בהמ"ק בראשונה ערב תשעה באב מו"ש הי' והלוים אומרים שירה ופרש"י מו"ש היינו יום ראשון. וכן הוא פשוט ע"כ דבוודאי לא אמרו שירה בלילה א"כ לק"מ קושיא זו. אבל אכתי איתא לקושיא הראשונה:

ואמרתי לתרץ עפ"י דברי הר"ן בריש כתובות שהקשה על תי' הגמרא דשקדו חכז"ל על תקנות ב"י דאמאי לא נשנה טעם זה במתניתן וכמו דתנא הטעם כדי שישכים לב"ד ותי' כיון דלטובתן תיקנוהו יאמרו א"א בתקנה זו ויתבטל תקנת חכז"ל לגמרי. והנה פשיטא דרק בתקנת שקדו חששו דשמא יאמרו א"א בתקנה זו. אבל אם חכמינו ז"ל יגזרו איזה גזירה ויאמרו שדבר זה אסור לעשות אין חשש בזה שמא יאמרו כיון דאין זה תלוי בדעתם. כי לא לטובתם גזרו וא"כ לפי"ז לא הי' אפשר להגמרא לתרץ משום שמא ישחוט ב"ע כיון דבזה לא שייך תי' הר"ן א"כ הדרא קושית הר"ן לדוכתא אמאי לא תנא טעם זה מפורש במשנה. והוצעתי כ"ז לפני מו"ח הגאון זצקלה"ה ואמר יישר:

במה שהביאו הפוסקים כללא בענין ס"ס דדווקא אם הספיקות שקולים מצטרף לס"ס והוציאו זה מדברי התוס' בכתובות דף ט' שכ' דרוב רצון מדרבנן אבל אי הוי דאורייתא תו לא הוי ס"ס יעיי"ש ובתשובת הריב"ש סי' שב"ע הקשה מיבמות דף קי"ט דאמרי' מחצה זכרים ומחצה נקבות ומיעוט מפילות מצטרף למחצה נקיבות והוי לי' רובא ואמאי לא נימא כן בכל ס"ס. דספק אחד עושה מחצה. ומיעוט מספק השני מצטרף ונעשה רובא. ותי' הריב"ש דדווקא התם שבדרך הטבע מחצה זכרים כו' בזה אמרי' דגם מיעוט מצטרף) ובזה מיושב נמי קושי' שלי דף ע"ז ע"ב) אמנם הסד"ט בסי' קפ"ז הקשה מתוס' נדה דף י"ח גבי שלי' דשם אינו בטבע. ואחי הגדול הרב מוהר"ר אברהם ני' מפ"ב הקשה מתוס' פסחים דף ז' דמעות שנמצאו לפני סוחרי בהמה דכתבו שם דמצרפין מיעוט למחצה ושם ליכא למימר כתי' הריב"ש. ותי' כבוד אחי כו' דהתם מסייע מיעוט למחצה דשניהם חולין משא"כ מיעוט אונס אינו מסייע לספק אינו תחתיו ע"כ לא מצטרף ובאמת כיוון בזה לדברי הגאון מוהרע"ק איגר בתשובה סי' ק"ו שתי' כן קושית הסד"ט הנ"ל:

ולפי ענ"ד דא"כ אדרבה תקשה על כלל דשם אונס חד דמשמע דאם המיעוט דומה למחצה זה מיגרע גרע ובאמת דמצד הסברא ג"כ קשה ע"ד התוס' בכתובות דלמה לא נימא דהוי כרוב דהא ספק אחד עושה כמחצה ע"מ וכקושית הריב"ש. והפנ"י שם בסוגיא הניח בצע"ג כיון דס"ס מטעם רוב כהרשב"א ובנוב"י מהדו"ת בחיו"ד סי' קי"ח האריך בדברי התוס' הללו ועיין בראש יוסף בסוף סוגיא דרוב:

ולולא דברי הגאונים אשר קטנם עבה ממתניי הייתי דן דבר חדש דהנה ידוע דספק פ"פ הוי ספק סוטה ודבר זה מבואר בנוב"י בחיו"ד סי' ל"ח וכן הוא בשמ"ק בכתובות בשם הראשונים וברשב"א בתוה"ב בשער תערובות. ובסוטה דף כ"ח מבואר דבסוטה עשאה התורה הספק כוודאי וס"ל להתוס' דהוי איסור עשה ולהרשב"א ביבמות דף י"א אפילו איסור לאו ויעויין בס' עצי ארזים סי' ז' שהאריך בזה. וא"כ כיון דספק הראשון הוא כוודאי איסור. א"כ שוב לא ק"מ קושית הפנ"י דנצרף מיעוט למחצה דהא ספק הראשון לא נידון כמחצה אלא כוודאי. וכ"ז מועיל לישב קו' הפנ"י בענין פ"פ. אבל במקו"א דלאו מספק סוטה הדל"ק. ולזה באמת מבואר בגמרא יבמות ובתוס' הנ"ל דמיעוט מצטרף למחצה ונידון כרוב ומועיל ובאמת לא מצינו בשום מקום אחר בתוס' דיסברו דמיעוט לא מצטרף לספק שקול ועיין בסד"ט סי' קפ"ג וסי' קפ"ז דדחה דברי תוס' הללו מהלכה מחמת קושי' וכן בס' בינת אדם האריך לדחות דבריהם. ולפי ענ"ד לפי מ"ש נתיישב הכל על נכון בעזה"י (ודברי אלה אמרתי לפני כבוד חמי זצוקלה"ה ולפני הגאון מוה' שמואל שמעלקא זצ"ל האבדק"ק סילישי יע"א. והבדל"ח עוד גאון אחד מפורסם שליט"א. והשיבו דא"כ למה יועיל ס"ס. והשבתי עפ"י דברי תוס' פסחים דף ט' דבספק הוי ספק לא הוי מועיל ס"ס אפי' ברה"י יעיי"ש וכן מצאתי מבואר בשטמ"ק כתובות בסוגיא שם דהוי ספק סוטה ואפי"ה מועיל ס"ס ועיין עוד בפנ"י שם בסוגיא בזה):

אלא דלפי"ז יתעורר קושית הטו"ז ביו"ד סי' ק"צ דבכל כתם הוי ס"ס. והכ"מ הקשה ג"כ כעין קושיא זו ורק באופן אחר דספק מעלמא ואת"ל ממנה דלמא מהעלי' וכבר נדפס בשמי בחיו"ד מ"ש בתוס' רי"ד דספק מן העלי' ליתא דדם מועט הוא ואינו יוצא לחוץ. והכ"מ לא ראה דברי התוס' רי"ד ע"כ תי' מה שתי' בדוחק. אבל קושית הטו"ז הוא דלמא מעלמא ואת"ל מגופה דלמא ממכה בגופה וכדומה ותי' עפ"י דברי תוס' הנ"ל דרוב דמים מן המקור ואת"ל ממנה א"כ הוי רק מיעוט. ומיעוט לא מצטרף ולפימ"ש אליבא דתוס' אין מקום לתירוצו וא"כ הדרא קושית הטו"ז לדוכתה:

ואמנם הנלפענ"ד לישב קושיא זו ג"כ דהרי איתא ב"ב דף כ"א דברוב וקרוב הלך אחר הרוב ומוכח עכ"פ דגדר קרוב לא רחוקה מגדר רוב. וא"כ כשמסופקים אי מגופה

או מעלמא אזלינן בתר קרוב ומסתמא הוא ממנה וכאן נמצא וכאן הי' וא"כ ספק זה דמעלמא הוא ספק חלוש. ואם גם ספק השני הוא נגד הרוב פשוט דלא הוי ס"ס ועיין מכעין זה בנוב"י חיו"ד סי' קי"ח בדברי התוס' יעיי"ש ועכ"פ חלילה וחס לסמוך ע"ז להקל נגד כל האחרונים אעפ"י שהסד"ט והבינת אדם חולקים ג"כ ולפי ענ"ד דאין כאן מחלוקת דיש מקום להשוות דעתם וכמ"ש עם כ"ז ח"ו לא להלכה אני אומר אלא לשמוע דעת טובים וגדולים ממנו ולאורם ניסעה ונלכה:

והנה ככל החזיון הזה ממש יש להתעורר על כלל דשם אונס חד אשר הרבה להקשות ע"ז בפליתי והמנחת יעקב בקונטרס הספיקות וכן הקשה הש"ך על הרמ"א בסי' קפ"ז יעיי"ש (ועוד לפי ענ"ד קשה קושית הפנ"י גם דלמה לא נדון אותו כרוב אחר שנצרף הספיקות) וכן יש להקשות מדברי הד"מ סי' ל"א גבי תולעת בחוטם וכן בסי' מ"ט וסי' נ"א. וכן כל הפלפול של ספק א' בגופו וס' א' בתערובות היא אם ביצה זו טריפה ולא הזכירו משם אונס חד והחוו"ד בסי' ק"י תי' הרבה קושיות ולא ידעתי אם כולם נתיישבו ועיין בפר"ח סי' ק"י ובפרמ"ג שם. ולפי ענ"ד דמהמקומות שהבאתי למעלה דמיעוט מצטרף ימצא בהם ג"כ דשם חד הוא. והה"מ הוכיח מהרמב"ם דלית לי' כלל זה. ולפי מ"ש הפליתי והמנח"י תלוי דין זה בדין אם ס"ס בעי להיות מתהפך דווקא (ושם א"א כיון דשם חד הוא דאיך תתחיל לומר את"ל ברצון שמא קטנה. הא קטנה אין לה רצון אבל במקו"א לא) ועיין מ"ש בזה המהרי"ט והפר"ח. והפמ"ג מסיים ולדינא קי"ל כהש"ך וצ"ע בהמ"ד עיי"ש בסקי"א. ואני לולא דמסתפינא הייתי אומר דדוקא בספק סוטה דס' א' הוי כוודאי א"כ כששני הספיקות שם אחד להם עדיין הוי כוודאי דהרי הספק בזה כוודאי. אבל כשהם שני שמות הלוא לא מצינו שאמרה תורה שיהי' כוודאי. אבל במקום אחר שפיר י"ל דאפילו משם אחד מצטרף להיות כרוב ועדיין צ"ע בהמ"ר כמ"ש הפמ"ג:

בענין מעוברת ומינקת חבירו כתבתי בעזה"י תשובה ארוכה בעודי בק"ק חוסט יע"א בהיות מו"ח הגאון זצוקלה"ה בשנת תרכ"ט בחודש שבט בק"ק פעסט ללחום מלחמות ד' נגד המתפרצים בעם ושלחתי דברי אליו לפעסט והודה לדברי שיש צדדים להתיר ורק לאשר האשה לא היתה מהגליל שלו כ' שאינו רוצה להורות באתרי' דחברי' רק אם הרב דשם ישאל ע"ז. ולא העתקתי עתה תשובתי כי אולי יהי' ד' עמדי לעת מצוא וימים ידברו להוסיף או לגרוע. ואמרתי להעתיק במה שהוספתי אח"כ לתרץ דברי הרמב"ם שהביא שינויא דדחפה ובאמת הגמרא שם יבמות מסיק שינויא אחרינא. והנה בתשובה שכ' אז העליתי דהרמב"ם פסק כהירושלמי וביארתי שם מילתא בטעמא למה פסק כהירושלמי. אבל עתה באתי דלפי ענ"ד יש ראי' והוכחה להרמב"ם גם מברייתא דבבלי. דהנה.

לכאורה הדבר נפלא בעיני דבש"ס כתובות דף ס' דמייתי שם הש"ס דין מינקת שמת בעלה תוך כ"ד חודש אסורה להנשא עד כ"ד חודש הרי דפרט הש"ס זמן הנקה ואיסורה בנישואין וביבמות לא הגביל הש"ס שום זמן וכמ"ש בנוב"י. ואי ס"ל לברייתא דכתובות דטעם איסור מעוברת משום דלמניקה קיימא. א"כ הוא ענין אחד ממש עם איסור מינקת אמאי לא הרחיב זמן איסור מינקת גם על זמן עיבור כי חדא הוא והו"ל לש"ס למימר מעוברת שמת בעלה אסורה להנשא עד שיהא לוולד כ"ד חודש. וא"ל דרצה הש"ס לאשמעינן דינו של הרא"ש שם בכתובות דדייק מדנקט מינקת שמת בעלה. דדווקא כשהיתה מינקת כשמת בעלה אבל אם גמלתו בחיי בעלה מותרת להנשא דבשביל דין זה חלק קטן מדין מינקת לא הוי לש"ס לקצר בדין דשכיח הרבה בכמה מינקת:

ואלא ע"כ דס"ל להברייתא הטעם משום דחסה וא"כ ענין איסור מעוברת אינו מחובר ושייך כלל לדין מינקת כמו שלא יקשה שישנה שם דין המתנת ג' חדשים משום הבחנה. אמנם הש"ס ביבמות דקאי על הברייתא דלא ישא מעוברת ומינקת דק"ל למה שנה אותם ביחד אם כל אחד ענין איסור בפ"ע אע"ג די"ל משום דדינם שוה לענין נישואין וקנס עכ"פ מסתבר טפי לומר משום דהם ענין אחד משום דסתם מעוברת למניקה קיימא. ומשו"ה דינם שוה ג"כ מפני שהם ענין אחד ממש ולפי"ז י"ל דפסק הרמב"ם כדמשמע לי' מברייתא דב"ה וב"ש ור"מ ור"י איירי בה ומי יחלוק עליהם וק"ל:

ישי"ר "המעתיק "ויתן "הודיה. ליוצר הכל אשר עמו היה. ויעזרהו להעתיק התשובות הייקרות על ארבע חלק הש"ע סדורות. ממרן הגאון מהר"מ שיק זכרונו לברכה לדורי דורות. ומעתה תפילה. לנורא עלילה. כאשר הי' עם אבותינו מעולם ועד עתה לעזרה. גם עתה אם ליעקב עת צרה. יוציאם מאפילה לאורה. לבל יתחלל שמו הגדול הגבור והנורא. ויראו כל עמי הארץ כי שם ד' אלקינו עלינו נקרא. ומלכם בראשם ויעבור על פניו ויקרא. ב"ו"א י"ב"ו"א ה"מ"ש"י"ח ב"מ"ה"ר"ה לפ"ק הק' פינחס נפתלי ירושלמי באאמוהר"א זצ"ל מילדי גאמבין יושב פה חוסט יע"א: