שו״ת · אחרונים

מפי אהרן

רבי אהרן בכור אלחדיף

ספריית אור ברסלב · or-breslev.co.il

מפי אהרן

רבי אהרן בכור אלחדיף

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/מפי-אהרן/
הקובץ נוצר ב־16 בנובמבר 2026 מגרסה v38-202611161024 של הספרייה.

תוכן העניינים

פתיחת הספר 4
מפי אהרון 9
סימן א 9
סימן ב 65
סימן ג 102
סימן ד 119
סימן ה 137
סימן ו 166
סימן ז 172
סימן ח 181
סימן ט 197
סימן י 228
סימן יא 235
סימן יב 270
סימן יג 323
סימן יד 333
סימן טו 419
סימן טז 435
סימן טוב 448
סימן יח 472
סימן יט 479
סימן כ 489
סימן כא 497
חתימת הספר 531
סימן כב 543
מפתחות מספר "מפי אהרן" ע"ס א"ב .. 586
אות א 586
אות ב 588
אות ג 589
אות ד 589
אות ה 589
אות ח 590
אות ט 590
אות י 591
אות כ 591
אות ל 594
אות מ 594
אות נ 596
אות ס 596
אות ע 596
אות פ 596
אות צ 597
אות ק 597
אות ר 597
אות ש 598
אות ת 599
מפתחות השו"ת בדרך כלל מספר "מפי אהרן" 599
שיר 602

פתיחת הספר

אני הגבר. הוא המחבר. ובלעגי שפה הוא מדבר. להשיב שואלי דבר מדוע אחרו פעמי מרכבותי להעלות על מכבש הדפוס את כל הכתוב אצלי ואחר עד עתה עד אשר באו ימי הרעה אשר אין לי חפץ בהם אלו ימי הזקנה אשר תורתם אינה מתקיימת והו"ל כדיו כתוב על נייר מחוק ואין בי כח לחזור על למודי והימים הראשונים יפלו ימי הנעורים אשר תורתם מכרזת עליהם כדיו כתוב על נייר חדש שהם כראי מוצק:

תשובה מוצאת מכמה טעמי תריצי שלא היה בדעתי להדפיס כלל לכמה סיבות. האחת מהנה כי מה אני ומה חיי לבא בכלל וחוב"ר חב"ר ושוא"ל, ואני יודע בעצמי ערכי עלי שאיני מאנשיה להיות מבע"ת הללו בעלי תריסין הלכה והן מורין. ואל מי תדמיוני ואשוה ואין שוה להניחם במגילת ספ"ר כתוב לאמר. ועוד אחרת היתה כי בזה"ז הרואה כל העולה על מכבש הדפוס יחד עליו יתלחשו צעירים ממנו לימים להפיל דבריו ארצה באמור אליו אתה מה לך פה להכניס ראשך בתחום שאינו שלך וכל כוונתם להתגדל ולהתיהר ולהוריד לארץ נצחו של המחבר. כי לא בדעת ידבר. ומי יתן והיה לבבם זה להם להעמיד האמת על מכונו כי נכון הדבר מעם האלדי"ם לעשותו ויודע בעצם את חקי האלדי"ם ואת תורותיו דין אמת לאמיתו אשר לא כן עתה וראו את מכות הארץ ואת תחלואיה אשר חילה ה' בה. לכן אמרתי יפה שתיקה והמה בכתובי"ם יהיו מונחים עד שיבוא אליאו ועמהם תמות חכמה. ויבוא הג' ויכריע כי אפס כסף ואין כסף נחש"ב לפני הדפוס. ואת רב"ע כי בזמנינו זה אין דורש את ה' ללכת לבית מדרשו של שם אלא אנשים בה מעט מיושבי בית המדרש העומדים בבית ה' בלילות הם המבקשים את ה' והיה כל מבקש ה' יבוא אל אהל מועד אחד מאלף מצאתי כי כמעט רוב העולם אין באין לדון בדינ"י ובתי מדרשות מלאים ספרים אין קץ ומה מיני יהלוך לבקש דבר מעל ספרי אשר אדפיס כי אדם להבל דמה אין או"ד כ"א מפי סופרים ומפי ספרים ליקוטי בתר ליקוטי ובאתרא דליעול ירקא ליעול בשרא וכוורי מתירתן של ראשונים ואת אחרונים ואני אנה אני ב"א להיות נחשב בתוך הבאים להגות בתורת ה' כאחד המיוחד לשום לך שארית בארץ לא כן הדבר אלא בלום פיך מלדבר ולבך מלהרהר מחשבה כזאת כי מחשבה פוסלת בקדשים. אלא עשה זאת איפה בני והנצל כתיב לך את הדברים אשר העלית בכחך כותבם על לוח לבך ולא יראו החוצה להעלותם על שולחן מלכים מאן מלכי רבנן ומה גם דמשום דמיחזי כיוהרא וכן אמר הילל בירושלמי שהוא נשתבח בענוה כמבואר וז"ל הגבהתי היא השפלתי והשפלתי היא הגבהתי:

ואני אהרן אפרש אני הגבהתי להיות מחבר חבורים היא השפלתי שיראה בחיבורי שאיני מאנשיה. והשפלתי שלא לחבר היא הגבהתי שיטעו בי על דרך גם אויל מחריש חכם יחשב. וגם לזאת יחרד לבי המבואר בהקדמת עץ החיים לרבינו מהרח"ו ז"ל דאותם בעלי תורה שעושים פעולות לפרסם שמם בארץ ולהיות ריחם נודף בעולם דומין במעשיהם לחטאם של דור הפלגה רח"ל דעיקר סיבת מעשיהם בשביל ונעשה לנו שם וכו' ע"ש וא"כ מי יאמר זיכיתי לבי. וזהו טעמא דעיכובא ונעשה כן עד היום הזה שעמד זה בני בכורי נאמן ראה חיים להשיבני דבר ההוא אמר אבי אבי מגיני וקרן ישעי משגבי שעה ניבי והגיוני אם יערב שיחי יערב אי משים כי אין כסף הנה אנכי יוצא לקראתך לשו"ר עפ"י שליחות"י ואקבוץ את כל הכסף המתוכן ע"י מהספרים עצמן. ואי משים כי אין איש בארץ מי שירצה לעסוק בתירה דיליה כי רבים אשר הם אתנו מגדולי המעלה אולי ימצאון שם עשרה הרוצים לעמוד בתורתו שהוא להלכה ולמעשה לא אשחית בעבור העשרה ואפילו אחד שיושב ועוסק הקב"ה קובע לו שכר וגדול המעשה יותר מן העושה:

ועוד אמרתי כי המדפיס ספר מקיים מצות וכתב לו את משנה התורה הזאת על ספר ואי משום המלעיגים בתורת ה' כבר אמרו חכמינו ז"ל ואל יחוש למלעיגים. ועיין בס' בעל העקדה שער ל"ו הובאו דבריו בהקדמה הב' בס' תשו' מאהבה וז"ל מעטים הם המערערים ודבריהם בטלים ויותר הועילו מחברי ספרים בזמנים מהמלעיגים ומליזים וכו' יעו"ש. וידעתי גם ידעתי מ"ש הרמב"ם בכתבו והוא מתנבא בתוך הבית שירבו שונאיו עד שיעלימו עין לקרות בחיבורו היד החזקה ויסתירו פניהם לגשת אל הקודש. אמנם ברוב הימים כאשר תשכח הקנאה והשנאה יהיה יד הכל שוים בס' הנז' ולא ימושו ממנו תמיד. ואי משום דמיחזי כיוהרא גם לזה לא שכב לבי ועזרתה לי מדין תפי' דר"ת שכתבו הפוס' דכיון שרבו הלובשים בזה"ז ליכא יוהרא. אף אנו נאמר כן לדידן שרבו המדפיסים ליכא יוהרא. ואי משום דברי הלל האמור בירוש' הנז' אתי עשה דכבוד תורה ודחי ל"ת וכ"ש שהוא בשב ואל תעשה. ואי משום ההיא דרבינו מהרח"ו ז"ל אם יראה בעיני אדוני אבי וצניף תפארתי לחלק בשתים. הנה ראשונה כי לא נאמרו דבריו אלא במי שעושה לשם זה וכמו שדימה אותם לדור הפלגה שאמרו ונעשה לנו שם. השניה לה כי דבריו לא נאמרו אלא ברזי דרזין שהוא חלקי הסוד שכל המחבר ספר בהם היא קונה לו שם גדול כי אנשים בה מעט ולא כן בפשטי התורה כי רבים הם אשר איתנו המחברים בני בלי שם. ואל ה' ויאר לנו לחלק ולומר דדברי רבי' מוהרח"ו ז"ל לא נאמרו אלא בסודות התירה דבזה איכא סכנתא אבל בפשטי התורה י"ל דלא

נכנס בזה בלטותא דרבנן הזאת דא"כ לא הנחת בן חלילה לאאע"ה שאפשר שימצאו דבריו חן בעיני הלומדים ויועילו לאחרים. וזכרתי מ"ש במדרש פ' אחרי פ' כ"ב וז"ל אוהב בהמון וגו' שכל מי שהומה ומהמה אחרי תורה ותלמיד אין לו מה הנאה יש לו. ראב"ר בשם ר' אחא אומר למד ולא לימד אין לך הבל גדול מזה עכ"ל. ובימי עלומיו היה אדוני מרביץ תורה בתלמידים כידוע לכל באי שער עירי שהיו שומעים לקח מפיו וכאשר באו ימי הזקנה ותשש כח הסבל ואין ברוחו כח שוב ללמוד אפי' לעצמו. מצורף לזה עול הציבור והיחיד אשר לא ירפוהו עד בולעו רוקו לכן יעציני רעיוני אם כשר הדבר בעיני המלך ללקט אורות מן כתיבותיו ממה שנשאל להלכה ולמעשה וכבר ידוע מ"ש הרמב"ם הבי"ד הגאון הגדול אב"ד דקאוונא יע"א כמהר"ר יצחק אלחנן ז"ל בספרו הבהיר עין יצחק בהקדמה וז"ל שהכותב דבריו בספר הוי כאילו דרשם לאלפים מבני אדם עכ"ל ע"ש:

לכן אחרי שובי ניחמתי בראותי את כל דברי הבן בחכמה וראיתי שדבריו טובים ונכוחים ושומע ה"ן לו וגם אני שמעתי עוד טעמים להוסיף ע"ד. וישב אהרן מאשר היה לפנים ויען ויאמר נצחוני בני ואודך ביושר לבב בלומדי משפטי צדקך לכן אמרתי אתה בני קח לך את הגליון הזה ח' חו"מ שכולו שו"ת ומצאת כי תדרשנו מהנמצא אצלי בכתובים משום מעש"ה שהיה וגם היה אצלי כמה וכמה כתובים שכתוב פסקי פסקי מידי עוברי אשר למדתי להלכה פסוקה אבל לא למעשה ולא היו מסודרים יפה ויש מהם שנאבדו מקצתם ויש שהלכו כולם וטעמו ונימוקו עמו שלא עלה על דעתי להדפיס כנז"ל. ועתה אחרי דבריך לא ישנה בעלותי על לבבי דברי המהרש"א שכתב בהקדמתו שאין כונת החיבור לגדולי ערך ממנו רק להועיל לאנשי ערכו ואף אני כמוהו בדומים כיונתי לאנשים כערכי ולאוהבי אמת ורודפי צדק להם משפט הבחירה כי ודאי לא ימלט שיהיה בחיבורי שגיאות וגם לא יבצר שימצא דבר טוב:

ואביא לך מ"ש אדון כל החכמים הרמב"ם בהקדמת מורה נבוכים קרוב לסופה וז"ל סו"ד אני האיש אשר כשיציקהו המליץ ויצר לו הדרך ולא מצא תחבולה ללמד האמת שבא עליו מופת אלא כשיאות לאחד מעולה ולא יאות לעשרה אלפים סכלים אני בוחר לאומרו לעצמו ולא ארגיש בגנות העם הרב ההוא וארצה להציל המעולה האחד ההוא ממה שנשקע בו ואורה מבינתו עד שישלים וירפא עכ"ל הזהב. וגם אני כמוהו אומר אם המצא ימצא אפילו אחד מאלף שיועיל לו ספרי אפי' באחת מהנה לא אחוש לאלף ואדפיסנו עבור האחד. ולא טוב לגבר החוב"ר חב"ר במדרשי אגדות דברי חכמים וחידותם דרושים לכל חפציהם הם וכל אשר להם כי מה יתרון לאדם שיעמל בו טוב

לגבר כי ישא עול התו' בדיני ממינות הודאות והלואות לדעת חכמה ולהבין אמרי בינה בין דין לדין בין חיוב לפיטור. הרי"ף והרמב"ם והרא"ש והטור:

ואל בני גילי אשא משלי שיתו לבכם לצוואת רבי אליעזר לתלמידו אל תהיה כזבוב היושב במקום נגע ומחלה ומניח מקום בריא כי כן דרך התגרים המתגרים בכל מחברים ומקנאים קנאת סופרים דבש וחלב תחת לשונם ודבר מה יהגו בגרונם כ"א בזאת יתהלל המתהלל אם בורר האוכל ומניח את הפיסולת לא כן הבורר את הפיסולת ומניח את הסולת ודבר זה אסור לעשותו בשבת שהוא שבת מריב. ומנחת ביכורים תקריב:

ובראותי את דברי המאור בהקדמתו לברכות וז"ל וידיעני לזכית כמ"ש רז"ל בענין הזה כל חרשייא טבין וחרשייא דאורייתא בישין כל פיטפוטייא בישין ופיטפוטייא דאורייתא טבין ואמר אחד מן החכמים אל תשת לו חטאת על מי שהביא קצת מן הדברים כאשר לא הגיע לידי תכליתם עכ"ל גם את דברי הרמב"ם שהבאת אתה וכו'. ובימי הנעורים הייתי מלמד תלמידים אבקשה שיקויים בי התלמוד ומתלמידי יותר מכולם ועתה שימי הזקנה צפו על ראשי וכשל כח הסבל ללמוד עם תלמידים וגם כי לא צילא דעתאי עלי ואין אדם רואה חובה לעצמו ומפרש כל חלומותיו לטובה וכ"ש הפותח יד בתשוב"ה אמרתי אחכמה להעלותם על ספר אולי אזכה שילמדו ממני האנשים אשר כערכי להקשיב לקח מפי כתבי ועי"ז אהיה חשוב כמלמד לתלמידים רבים ואזכה להיות אגורה באהלך עולמים ועי' בירוש' תענית פ"ח הבי"ד הגאון מלובלין בהקדמת ספרו תורת חסד שפירש בתפי' אליאו הנביא ענני בזכות תלמידי ע"כ:

ואחלה פני כל קורא ופוסק אם ימצא בי שגיאה ידינני לכף זכית ולא לחובה ולהרחיק ממני כל תוע"ה ב"ה וזו מדה טובה ואם אחרי כל יגיעה רבה מצא בי חסרון ידיעה ולא טובה השמועה ידינני כי זקנתי גרמה גם שיבה נזרקה בי ולא יכולתי לחזור על לימודי שעתיקא קשה מחדתא והקב"ה ידינהו לכף זכות שלא יכשל הוא בדבר הלכה. והן בעודני חי עמכם הוכח תוכיח את עמיתך איתו עמו ויאהבך ואף כי אחרי מותי זרעי בחיים בנים ותלמידים המה יליצו בעדי ויקרבו אלי לשרתני להצילני מרעתי ויקויים בי מקרא שכתוב לא ימושו מפיך ומפי זרעך וכו' ואם לא ימצאו מענה אזי דברי לעו ובטלים ברוב ואין מי שיאמר זיכיתי לבי טהרתי מחטאתי כי שגיאות מי יבין והדן דין אמת לאמיתו נעשה שותף להקב"ה במע"ב והדמיון הוא כמו מעשה בראשית שלא ישנו את תפקידם כן האדם יהיה כאחד הוא אלדינו כשעוסק בתורה ובונה עלמין ומחריבן יהיו על קו האמת תורתו תורת אמת היתה בפיהו ועולה לא נמצא בשפתיו כשם השותף הנקרא אמת:

וכי תאמר בלבבך כיון שכן מדוע שנית מדרכי המחברים שלוקחים הסכמות מגאוני הזמן ועשית עצמך כאחד הגדולים שאינם צריכים להסכמות אחרים? לא מחכמה שאלת על זאת כי הרבה תשו' בדבר את הא' כי דרך ההסכמות הוא להרבות בשבח המחבר. ואני חבורי לאנשים כערכי וכמ"ש דברי המהרש"א הנז"ל. ומה מיני יהלוך בשבח המגיע במה שאין בי ואח"כ יתגלה קלוני בגוף הספר כי תושיה נדחה ממני וחכמה אין כאן כ"א רמות רוחא. גם את הב' דלוקחי ההסכמות הוא לאסור איסר להדפיסו עוד הפעם ולדבר הזה צריך רבנים גאונים אשר כח בהם לאסור את המותר. ולדידי חזי לי כל בתר איפכא דמי יתן והיה שיעלו לרצון אמרי פי אזי ישמח לבי גם אני כי חיים הם למוצאיהם וחביבים המה ללומדיהם ולכל בשרו מרפא ועוד כי מי הוא זה ואיזה הוא אשר ימלאנו לבו לעשות כן ויאבד הונו כי לפי מיעוט ערכי חכמה אין כאן. ומי יתן ידעתי ואמצאהו ואמצא חן ושכל טוב בעיני אלד'ים ואדם ויעזרוני ע"ד כבוד שמו יתברך לתת לכסף מוצא להדפיס שאר ספרי על ח' אה"ע הנקרא "ונשא אהרן" וחיו"ד הנקרא "מצח אהרן" גם במילי דדרשא על הפרשיות הנקרא "ויקרא אהרן" גם את רב"ע בדברים הנאמרים ביום יארצייט של אבי ואמי הנקרא בשם "בשנה יראה":

ועתה בני ראה קראתי בשם הספר מפ"י אהרן עפ"י מ"ש הרוקח הוב"ד בהקדמת ס' תשו' מאהבה וז"ל שיש לרמוז שם המחבר בחיבור אשר יחבר וכן הנהיגו כל המחברים ע"כ. ואני זה שמי מפורש יוצא וזה זכרי שהוא בכור בתיבת מפי במספר קטן י"ג ובכור במס"ק י"ב עם הכולל הרי י"ג. גם בתיבת מפ"י רמוז זכרי בר"ת למפרע י'צאתי פ'טר מ'רחם הוא הבכור גם תיבת מפ"י בר"ת מ'אתי פ'סקים י'צאו:

ואוסיפה לך רמז משפחתי דתיבת מפ"י עם ג' אותיותיו גימטריא קל"ג ואלחדיף בגימטריא קל"ג וגם בו תרמוז שם עט"ר אבא מארי ז"ל ושם אדונתי מ"א תנצב"א אדוני אבי שמו חיים במס"ק י"ד ושם הורתי היא היפ"ה במס"ק י"ד ומפ"י במס"ק עם הכולל י"ד. גם "מפ"י" בר"ת מ'פ'ורש י'וצא. "אהר"ן" בר"ת א'ם ה'וא ר'צוי נ'קבל. וא'ם הו'א ר'ע נ'בטל. ואלחדי"ף בר"ת א'מת ל'עד ח'שוב ד'בר י'שר פ'שוט. גם ר"ת מפ"י למפרע י'ודפס פ'סקי מ'מונות. ואהר"ן ובכו"ר למפרע בר"ת נ'כוין ר'וב ה' חכמה א'ם ר'ך ו'טוב כ'ל ב'ו. אלחדי"ף למפרע פ'סקים י'שרים ד'בר ח'שוב ל'א א'יבטיל:

פי המדבר אני בכור והוא אהרן המחבר זה שמי וזה זכרי אהרן בכור אלחדיף ס"ט בן לאדוני אבי חיים אלחדיף ז"ל ואדונתי מ"א יפה תנצב"ה המכונה אב"א ס"ט

מפי אהרון

סימן א

שאלה ראובן היה דר בעירו, ובעיר אחרת מת הרב שלהם ושלחו כמה וכמה מכתבים וכמה וכמה דילוגים מדה בחבל הטליגראף והנה בא ויהי ביום השלישי לבואו קבלוהו עליהם לראש ואב"ד וקצין עם לפני השררה דהיינו חכם באשי וכתבו לו כתב התמנות וקצבו לו שכר קצוב לשנה וחתמו לו רוב מנין ורוב בנין והשכר היה עשרים לי"פ לשנה מלבד חלוקא דרבנן שיקח כאחד מהגדולים אשר בארץ המה, ומלבד מה שיעלה לו הכנסה מחותם שבידו של חכם באשי שכל מי שצריך לו לחתום לענינים ידועים צריך לשלם לו בעד החותם הנז' סך רייאל מאגידי וקבעו לו זמן בעד שלשה שנים והיה כשמעו ראובן את הסך הנז' שקצבו לו ההוא אמר מה יתן זה ואסברו ליה כי הסך הזה הוא מלבד שכירות בית מכוללות העיר וחלוקא דרבנן והכנסת החותם שיעלה לו לסך ששים לי"פ ויהי כמשיב ומי יאמר ואזי כתבו נייר וחתמו בו מנהיגי העיר שהם מחוייבים מכוללות העיר להשלים לראובן הנז' ס"ה כששים לי"פ ואם פיחתו הם משלימים ואם הותירו הותירו לו, ואולם אנשים בה מעט עמדו להתנגד בדבר הזה באומרם קבלנו אותו גם אנחנו לרב ומורה צדק ואולם בדבר החכם באשי כבר נתנה לבן הרב שנלב"ע שלא משררת העיר שיושבים בה שמינו אותו כעת לפי שעה, והצד שרוצים בו לשתי השררות חילו פניו שכעת יורה יורה ידין ידין עד אשר ישתדלו להוציא לפועל את מינוי החכם באשי וכן עשה, והיה כשבתו על כסא הרבנות לדון ולהורות, את החוקים ואת התורות, אף הוא ראה וידע כי לא נכון לעשות כזאת כ"א שניהם כאחד טובים כי שבע קלון מכבוד הבריות שכל מי שיעלה חייב בדין הוא מחרף ומגדף לא כן בהיותו ממונה מאת הממשלה יר"ה כל אדם מור"א ל"ו יעלה על ראשו שלמלא מוראה איש את רעהו חיים בלעו, וראה חובה לעצמו לעמוד מנגד עד אשר יצא כנוגה מאמר מלכות בענין חכם באשי ואזי חובה מועלת עליו לדון בין איש ובין רעהו כאשר היה התנאי, וכראותם כי כן עמדו ברב עז והכינו מעות להוציא מאמר משררת העיר בשם ראובן הנז' לפי"ש וזה יספיק כאשר כן הוא כעת אשר מינו, ואח"ך ישתדלו להביאה מקמ"ר קושטא יע"א שצריכה הוצאה מרובה לא כן מפה אין מהצורך להוצאה מרובה, ולא נודע סיבת העכוב שלא עשו כן אפילו משררת העיר ועמדו מנגד וכראותו כי על כל אילין עדיין אש המחלוקת ובוז יבוזו לו שלח התראה לראשי העדה על יד בית דין הצדק דקהל קדוש אשכנזים יצ"ו והנה שמורה בידו תשובה שהאמת אתו באמור אליהם יחדיו למשפט נקרבה בכל מקום אשר תבחרו ולא השיבו לו דבר ואדביני ביני בא לו דילוג

רב מאחד המיוחד שבהדרו רב וגדול בישראל הי"ו לאמר השמר לך מלצאת מן העיר כי גורם חרבן ונתעכב עד עת בא דבר מלך שלטון הוא האדון הרב הנז' הי"ו והנה באה מדה בחבל הטליגראף לראובן הנז' מגיד כי באה פקודה ממקום גבוה העיר הגדולה קרית מלך רב קושטא יע"א שישלח מאתו שלשה רבנים מעיר הנז' לראות מה יגידו לו והוא יתקן הדבר והאדון הרב הנז' הי"ו ציוה שיכינו להם סך מה מלבד הוצאותם ותיכף ישיב בדילוג רב וכראות ראובן הנז' כי עניים מבקשים לחם ואין מי שילוה להם מפני המחלוקת תיכף הודיע הדבר בדילוג רב כאשר ציוה כי הכולל הוא בדוחק עצום והנה הוא נוסע לדרכו בשבוע הבא ואחר כל אלה הדברים באה הכת המנגדת באומרם אליו שגם הם מקבלים את ראו' הנז' רק שרוצים לעשות עמו תנאים והוא לא רצה לקבל איזה מהם שאסור לעשותם שיש חרמי הראשונים נ"ע שלא לעשות כזאת ויסע לדרכו כאשר אמר. ועתה דינא קא בעי לשלם לו את כל הקצוב בעד השלשה שנים כי הנה הוא מוכן ומזומן לעמוד לשרת במינויו כאשר כתבו לו וממנו אין שום מניעה לא כן עתה פטיר ועטיר הוא כי אדעתא דהכי לקבל בזיונות לא ירד ועלבונו ובזיונו אינו מחול ואינהו דאפסידו אנפשייהו והם מחוייבים לשלם לו מבלי לחייבו בשום שירות ועוד תובע הוצאותיו שנתן בעד האורחים, ועוד תובע בזיונו מאת המחרפים והמגדפים אותו לעשות בהם משפט כתוב עפ"י התורה, והנה גם הוא תפוש מאחד מהמנהיגים אותו סך ק"ן לי"פ, ובצאתו מן העיר שלח להם עוד הפעם התראה ע"י הרב דומו"ץ דק"ק אשכנזים, יצ"ו באופן זה בחרו לכם אחד מארבעה דרכים הללו או יתפשרו עמו פשרה קרובה לדין בשביל שלא להקרות רשע אפי' שעה אחת או אם תרצו לקבל את האופן הנז' בתורת קומפרומיסו ככל אשר יאמר כן יקום דבר או אם תרצו לברור זבל"א וזבל"א הכא קאימנא ואם לאו דינא קא בעינא בבי דינא רבא בב"ד הגדול שבירו' תובב"א כי מציון תצא תורה ודבר ה' מירושלים, ותשובתם היתה שהאמת אתו והנה היא כמוסה תחת ידו בחתימת הרב הנז' יצ"ו לכן יורנו המורה לצדקה הדין לאמיתו ושכמ"ה:

תשובה דבר זה הניחו לו כבודו בגדולים, ומה אני לעמוד במקום גדולים, ואולם ההכרח אלצני והנני בא למראה מקום מפי סופרים ומפי ספרים והמה בחכמתם אשר יבחרו יקריבו והם רשאים ולא אני:

והנה לכאורה היה נראה לומר שאין הרוב כופין את המיעוט והוא ממ"ש הרב חק"ל ז"ל חו"מ ח"ב סי' כ"ד האריך בדבר זה עיין שם בדברי קדשו וכתב שם בדף ל"ב ע"ב וזה לשוני הטעם הב' לבטל הסכמה זו שהרי נחלקו הראשונים בהדייא דרשאים בני העיר וכו' וכבר האריך לבאר מחלוקת זו הרא"ם ז"ל ח"א סי' ז"ן והעלה דהרמב"ם ז"ל

וכו' מפרשי לה דאיירי בהתנו מתחי' ונאותו בו כל בני העיר תחילה ושוב חזרו בהם המועט אבל אם יש מוחין שלא הסכימו עמהם תחילה אין כח ברוב לכוף את המיעוט וכו' אך רש"י וכו' חולקין וס"ל דאף בלא התנו כולם מתחי' שהסכימו עמהם בע"כ וכו' יעוש"ב וא"כ יכול המוחזק שהם המיעוט לומר קי"ל כמ"ד שאין הרוב כ"ל ואפי' לס' הפוס' ז"ל דס"ל שהרבים הם מוחזקים והם יכולים לומר קי"ל כמ"ד שהרוב כ"ל מ"מ בנ"ד שהרמב"ם הוא מכת הסוברים דאין הרוב כ"ל ואנו קבלנו סברתו א"כ אין הרוב יכו"ל קי"ל נגד הרמב"ם ועוד דלא אמרי' שהרבים הם מוחזקים אלא דוקא לענין מסים אבל לשאר דברים לא כמ"ש הפוס' ז"ל וא"כ המיעוט הם מוחזקים ואע"ג שיש פוס' שסוברים דלדעת הרמב"ם שהרוב יכולים לכ"ל וכו' ועכ"ז לא יועיל ולא יציל לנ"ד כיון שהם מוחזקים יכו"ל קי"ל כדעת האומרים שאין כח ברוב לכוף את המיעוט וע' מ"ש עט"ר הרמ"ז בכנה"ג סי' כ"ה בכללי הקי"ל או"ט וז"ל יכו"ל קי"ל כהאי פוסק כפ"ז הפי' מהריב"ל סי' ו' כלל ג' די"ו תומת ישרים סי' ס"ז ובתשו' כ"י להראב"ד סי' מ"ז וכפסק הר"י ברקי שבסו"ס התרומות ע"כ וע"ש עוד או"ל ול"א ועי' שער אשר ח"ב ד"ב ע"ד ובמפתחות אות ק' כמה פרטים בזה וע' בס' פנים במשפט בסי' כ"ה בכללי הקי"ל אות כ"ב וכ"ט ולהרב פני יצחק הי"ו ח"ג ס"ד דט"ז ע"ד וע' עוד לה' פני יצחק דמ"ג ע"ג שכתב דפוסק שסובלים דבריו שני פירושים יכול המוחזק לומר קי"ל כפי' זה, האמנם לדידן דאתכא דמרן סמכינן לא מצי המוחזק לומר קי"ל דהרי מרן פי' דהרוב כ"ל כמ"ש בשוחה"ט יו"ד סי' רכ"ח ס' ל"א וז"ל קהל שרוצים להתיר הסכמה בחרה ויש מוחין הולכין אחר הרוב שאם הרוב מסכימים להתיר מותרין ומי שלא הסכים בהתרה לדידיה לא הותר וכ"ל לומר דמה שלא הותרה למי שלא הסכים בהתרתה הוא לסיבת חומרת החרם שיש בה ס' איסור להחמיר לכן כי ליכא החרם הותרה ע"כ וכמ"ש עוד שם בס' ל"ג וז"ל הנשבע שלא ליכנס בתקנת הקהל הוי שבו' שוא וע"כ חל עליו תקנת הקהל ואם אינו נוהג כמותם נכשל בחרם תקנתם ע"כ. והא ודאי כי הטעם הוא משום דהרוב כ"ל וכמ"ש הראנ"ח ח"ב סי' נ"א כתב דהסוברים דהוי ש"ש ע"כ דס"ל דהרוב כ"ל וכ"ן מתשו' הרא"ם ח"א סי' נ"ז שלמד מדברי רש"י וכתב דהוי ש"ש ש"מ דהרוב כ"ל וע' להרב חק"ל ביו"ד ח"ב סי' מ"ט דפ"ה ע"ד וז"ל וא"כ ע"כ שדעתו כהסוברים דהרוב כ"ל דבלא"ה בידו לקיים כיון שהדין כן יעו"ש ומנא אמינא לה ממאי דכתב מרן שם ס' ל"ד וז"ל אם מקצת הקהל מוחין בהסכמה כיון שהם מיעוט אינו מועיל מחאתם ע"כ, ומוכרח שתאמר לטעם ס' הנ"ל הוא משום חומרת החרם וע' בס' משא חיים מע' ג' אות י"ד וז"ל גדר וסייג הסכמה שהסכימו למיגדר מילתא במילי דשמייא ובכלל הסכימו שכל

מי שלא יחתום בהסכמה יהיה מופרש ומובדל מעדת ישר' ופתו פת עכו"ם ויינו יי"ן ושלא לשאת ולתת עמו וכו' ויש אנשים שלא חתמו אך כל הת"ח שבעיר וכו' רו"ב ורו"מ חתמו ועתה טוענים קצת מהם לומר דאה"ן שהסכמה היתה וכו' אבל אדעתא שיהיו רבים ממאנים לא הסכימו ולא חתמו ורבים מהם אומרים דכיון דבעבור וכו' מה לי יחיד מה לי רבים הנה מתשו' מהרשד"ם יו"ד סי' ע"ח אין סתירה דהתם נדון מהרשד"ם היה שהסכימו כולם להרחיק וכו' כמו שיע"ש ברם נ"ד וכו' וכמו כן יש לדחות דאין ראיה ג"כ מתשו' רב"א סי' כ"ה ומהרח"ש א"ג סי' ל"ב וכו' וכיון דהסכמה זאת נעשית למיגדר מילתא לכ"ע דהרוב כ"ל כמ"ש הכנה"ג ח"מ סי' רל"א ס"ק י"ב ומ"ז ומט"ש ח"ג הגה"ט אות ג"ן וד"ן גם מרן בש"ע יו"ד סי' רכ"ח ס' ל"ד כתב וז"ל אם מקצת הקהל מוחין בהסכמה וכו' יעוש"ב וכן מס' ל"א ממנו מוכח נמי דטעם המיעוט שלא הותרה הוא משום חומרת החרם, וא"ת דמרן לא דבר כ"א במקום דאיכא ר"ל ולהאי אבל במקום דאי' רווחא להאי ופסידא להאי לא דיבר כלל ונ"ד איכא ר"ל ופ"ל ובמקום דאי' ר"ל ופ"ל אסף איש טהור החק"ל שם דל"ג ע"ג להקת הפוסקים שתפסו עיקר כדעת הפוס' שסוברים דאין כח ביד הרוב לכוף את המיעוט במקום דאי' ר"ל ופ"ל וכו' יעוש"ב. ושם דל"ד ע"ג כתב וז"ל הטעם הג' שכבר נתבאר לעיל מ"ש הריב"ל שדעת הריק"ו והרד"ך דע"כ ל"פ הני גאוני כ"א בדבר דאי' ר"ל ולהאי אבל במקום דאי' ר"ל ופ"ל כ"ע מודים דאין הרוב יכולין לכוף את המיעוט ועם דיש חולקים עליהם וס"ל דגם בדאי' ר"ל ופ"ל פליגי מ"מ אהני לן סברתם להעדיף לנ"ד כח המוחין בהסכמת מינוי זה דהוי ס"ס דאף אי ליכא חזקה אהני דעת רוב הפוס' וס"ס דעדיף מרובא לבטל כח הסכמת מינוי זה יעוש"ב, וא"ת מי זה אמר דמינוי רבנות הוי ר"ל ופ"ל וכמו שנרגש הגאון החק"ל בט' הג' בד"ה וכ"ת וכו' פוק חזי מ"ש הרשד"ם יו"ד סי' פ"ח דמינוי מרבינ"ן תורה בקהל עם חשיב ר"ל ופ"ל וכו' יעו"ש הביא דבריו הרב הנז' דל"א ע"א וכתב שם ואם זה כתב דוקא במינוי הרב שאין הדעת נוטה כ"כ שיהיה חשוב ר"ל ופס"ל אשר מדבריו מוכח דליה לא ס"ל אלא דמינוי הרב לא הוי ר"ל ופ"ל וסיים ע"ז ואל תשיבני ממ"ש מהראנ"ח ח"א סי' צ"ח דבמינוי הרב הרוב כופין את המיעוט ש"מ דחולק על הרשד"ם דלא חשיב ר"ל ופ"ל הא ל"מ אמרת שאין דברי מהראנ"ח אמורים אלא במינוי הצריך בהכרח לעשות. עכ"פ כ"ע מודים דהרוב כ"ל אבל אנה"ן דחשיב ר"ל ופ"ל וכו' עש"ב. ולפ"ד אלה בנ"ד שהוא דבר הכרחי וצריך לעשות יען שמת הרב הקודם כולי עלמא מודו דהרוב כ"ל בלתי שום חולק ובפרט לפי מה שכתב הרב מר ואהלות בח"מ סי' ו' שהביא מהר"ם ן' חביב ז"ל כ"י בדעת מרן דס"ל דאף במילתא דאיכא ר"ל ו"ל הרוב כ"ל יעו"ש:

והדבר ידוע דאנן אתכא דמרן סמכינן ואל תאמר כי לא הבאתי דבר מדברי הרב מר ואהלות שהרי מרן עצמו בא"ח סי' ג"ן ס' י"ט שפסק להיפך וז"ל אפי' יחיד יכול לעכב ולומר איני רוצה שפלוני יהא חזן אם לא שכבר הסכים מתחי' עליו. הג"ה ודוקא שיהיה לאותו יחיד טעם הגון עפ"י ט"ה אבל בלא"ה אין היחיד יכול למחות בש"ץ ואם הוא שונאו יכול למחות בו קודם שהסכים עליו עכ"ל. וכ' המג"א ס"ק כ' וז"ל אפי' יחיד וגם בכל המינוים יכול למחות וכו' יעש"ב. ואם נאמר דמרן סובר כן כמ"ש המג"א שם נמצא שהוא היפך דעתו שהביאו מהרמב"ח ונמצאו פסקי מרן סתרי אהדדי אי מהא לא אירייא דלעולם אימא לך דמרן סובר כמ"ש מהרמב"ח ז"ל דאפי' בדאי' ר"ל ופ"ל יכולים הרוב לכוף את המיעוט ושאני ש"ץ דיכול למחות בו היחיד הוא משום שהוא שליח לכל אדם ולהוציאו י"ח בתפי' ולכן יכול למחות משום דא"א שיהא שלוחו ש"א בע"כ. אלא ודאי דאית ליה כהמג"א דה"ה לכל המינוים אלא דבשאר מינוים אית ליה למרן דהרוב כ"ל אפי' היכא דאיכא ר"ל ופ"ל וכמ"ש מהרמב"ח גופיה שם ע"ש וכמ"ש המג"א וז"ל ונ"ל דוקא בזמניהם שהיה הש"ץ מוציא את הרבים י"ח בתפי' אז היה היחיד יכול לעכב דאין נעשה שלוחו בע"כ. משא"כ וכו' יעו"ש. וכ"ת לדחות דברי דכיון דטעם הדבר הוא משום דאינו נעשה שלוחו של אדם בע"כ א"כ למה כשהסכים עליו בתחי' אינו יכול למחות והלא אפי' שהוא שלוחו יכול לבטלו כדין כל שליח שימנה אדם שיכול לבטלו אף ה"נ נימא הכי אם לא שתאמר שיש לחלק בש"ץ דכיון שמיצהו בתחי' אינו יכול לחזור בו משום חשדא וכו' והגם שהרשב"א בתשו' הביאה הב"י יו"ד סי' רכ"ח וז"ל דכל המינוים הצריכים לצבור כגון נאמנים וגובי המס. וש"ץ וכיוצא בזה אין למקצת הציבור לעשותו בלתי הציבור כולו ואם עשו שלא כדין עשו ע"ש. מה שיש סתירה מתשו' הרשב"א אהדדי הנה כתוב אצלי בפסק אחר באורך. ומ"ש רב"א בתשו' סי' כ"ה הנה מלבד מ"ש הפ"מ והרב ב"י עייאש ז"ל להקשות עליו ע"ט לה' פרי הארץ ח"ב דקכ"ט שגם הוא הרבה להקשות ע"ד ותי' כתו שתי' אני ככתוב אצלי בפסק ההסכמה. ואולם אני הרחבתי הדיבור ביותר והכרחתי הדבר ממ"ש הרשב"א עצמו ע"ש בדברי. ואיך שיהיה המוכח מדבריו הנז' דכל המינוים שוים הם ואף ש"ץ בכלל משא"כ דעת מרן לפי מה שפירשנו דדוקא ש"ץ אבל לא שאר מינוים ונ"ל לומר דמרן לא פסק כהרשב"א בזה ולזה השמיטו בשה"ט ופסק להא דמהריק"ו בשו' מ"ד ובשם ר' שמחה. ואפי' נימא דמרן פי' כהרשב"א בזה לפי מ"ש עט"ר הרמ"ז מרן הכנה"ג ח"מ מ"ב סי' של"ג בהגב"י אות י"ד וז"ל דין הרב המורה הוראות כמו המלמד כמו שמתבאר בתשו' הרמב"ן ובתשו' למהר"ם מפדווה סי' מ' מהר"ם איסרלאש סי' מ' ון' ועיין בתשו' לרב אחאי ס"א ובתשו' ח"ב מח"מ סי' ע"ט

ע"כ. ועיין להרב חק"ל יו"ד ח"ב סי' נ"ב דק"ג ע"א ומצינו למרן בש"ע ח"מ סי' רל"ז ס"ב שכתב וז"ל אסור למלמד להשכיר עצמו לבעה"ב שיש לו מלמד אחר בביתו אם לא שיאמר הבע"ה אין רצוני לעכב המלמד שלי אבל אם שכר בע"ה מלמד אחר יכול בע"ה אחר לשכור אותו מלמד עצמו עכ"ל. עוד כתב מרן ביו"ד סי' רמ"ה ס' ח"י וז"ל אם יש בכאן מלמד שמלמד לתינוקות ובא אחר טוב ממנו מסלקין הא' מפני הב' ע"כ. ועיין בחק"ל יו"ד ח"ב סי' ב"ן דק"ה ע"ג שהביא משם הרא"ש בפ' האומנים בשם ר' יואל דבמלמד נוטל שכר שלם דדמי לאוכלוסי דמחוזא וכו' יעו"ש ומשם נקח גם לנ"ד למינוי הרב וכו':

אתאן לדידן גם הרשב"א ז"ל אזיל ומודה כיון דאיכא רוב כ"ל ומ"ש הציבור כולו היינו רוב ככל כדקי"ל בכהת"ו כולה וכמ"ש הוא עצמו במיוחסות סי' ר"ף וז"ל דע וכו' מקרא מלא דיבר הכתוב וכו' והרוב ככולם כמ"ש בפ' אין מעמידין וכו' עיש"ב. ואפי' בתשו' זו מפורש יוצא שכתב דאין למקצת הציבור משמע דוקא המקצת הוא שלא עשו כדין אבל הרוב שהוא ככל יכולים לעשות אף שלא כדין כמ"ש אצלי במ"א ע"ש. וכ"כ הרב משפטי שמואל סי' נ"ד דמ"א ע"א וז"ל וכ"ש שבדבר דהוי תיקון הציבור עבדינן שלא כדין לצורך השעה ויש כח ביד ב"ד להוסיף וגם למעט כפי שירצו לעשות וכו' ע"ש. וא"כ בנ"ד דהוא כדין ותיקון הציבור וכמש"ל דודאי רוב כ"ל וכ"כ מהרשד"ם א"ח סי' ל"ו שכתב וז"ל כשם שיחיד מוחה בחונות כך מוחה במינוי מרביץ תו' ויהיב טעמא למילתיה משום דלפעמים יהיה הרב ש"ץ בימים נוראים והתפלה היא של הקהל ואין ראוי להיות שלוחם בע"כ ולמוד תורה כ"ש דאין אדם לומד תו' אלא במקום שלבו חפץ יעוש"ב. בנ"ד איל ומודה כיון דהמרביץ תו' של העיר ההיא רוצה לדון ולהורו' ולא ללמד תורה וגם בבה"כ שמתפלל בה כולם כאחד רוצים בו א"כ לא הוי דינו כש"ץ ואפי' תימא דהוי דינו כש"ץ היינו כש"ץ שקבלו כולם שאח"ך אינם יכולים לחזור וכמ"ש מרן בש"ע. ועוד דהו"ל כשאר מינוים דצריך להיות להם טעם לעכב. ומה גם בנ"ד יחד כולם רוצים במינויו לרב ומו"ץ זולתי במינוי חכם באשי הוא דאי' הפרש ובזה כ"ע מודים כיון דלא אית להו טעמא כמו מרביץ תורה של נדון מהרשד"ם שאין אדם נעשה שלוחי בע"כ וכמ"ש המ"א לחלק דבזה"ז אין יכול למחות כנז'. ועיין בלבוש שם לא כן בשאר מינוים דאין לו שום טעם להיחיד מוכרחים אנו לומר אחרי רבים להטות כדקי"ל בכהת"ו כולה והרוב יכולים לכ"ל וכמ"ש הרא"ם ח"א סי' ג"ן וז"ל הולכין אחר הרוב לפי גזרת התורה דכתיב אחרי רבים להטות וכו' עש"ב. ועיין להרב פ"מ ח"א ס"ד דיו"ד ע"ד וז"ל הילכך ע"כ אית לן לחלק דע"כ ל"א דתקנת הרוב קיימת אצל המיעוט אף דאי' ר"ל ופ"ל אלא

במקום תיקון העיר כגון ההיא דלהתנות וכו' שהוא תיקון העיר עש"ב וק"ו בנ"ד שהוא לתיקון ולדבר מצוה דודאי הרוב כ"ל אפי' דאיכא ר"ל ופס"ל ועיין למהראנ"ח ח"ב סי' ב"ן דכ"א ע"א וב' באורך וכן רבים וכן שלמים אית להו הכי:

גרסה נפשי לתאבה למרן הרמ"ז בכנה"ג חא"ח סי' ג"ן בהגב"י וז"ל הא דיחיד יכול למחות וכו' א"ה הדבר תמוה שיהיה היחיד מוחה במינוי החכם המרבץ תורה וכן המנהג שאין אנו משגיחין במיעוט המוחין שוב נדפסו שו"ת הר"ש הלוי ובחיו"ד ס"ח האריך לומר דלמינוי חכם מרבץ תו' אף המיעוט יכול כ"ל משום דהוי מיגדר מילתא דקו"ע ויש לתמוה עליו איך נעלמו ממנו דברי הרשד"ם שלא הזכירם ונ"ל דל"פ דהרשד"ם איירי במי שאינו ראוי להוראה להיות מרבץ תו' דע"ז אפי' יחיד מוחה והר"ש הלוי קאי בראוי להוראה. ועוד נ"ל דלא דיבר הרשד"ם אלא כשיחיד מוחה למנות זה ומסכים הוא על אחר אבל אם מוחה שלא יהא רבץ תורה כלל בקהל פשיטא שאין במחאתו כלום. ואף המיעוט כ"ל ונ"ל שאף היחיד המוחה למנות אחר אם אותו שמסכימים עליו הרוב ראוי להוראה יותר מזה שרוצים בו המיעוט פשי' שיכולים הריב לכ"ל ואפ' דגם המיעוט כ"ל בזה ע"כ. ומכ"ש לנ"ד דאי' רו"מ ורו"ב והוי מיגדר מילתא דאפי' הסוברים דאין הרוב כ"ל היכא שהוא למיגדר מילתא אזלי ומודו דהרוב כ"ל וכמ"ש הרב קירספין ז"ל הוב"ד בס' חוקות החיים ח"מ ס"ג די"ג ע"א וז"ל ולאו כל כמינייהו דהנך אינשי מתי מספר לסרב בו מעיקרא וכו' ונמנה עפ"י הרוב בטלה דעת המיעוט כנגד הרוב דבחרו בו ושמו אותו עליהם לראש ולקצין דאפי' באתרא דחיישי לדעת הסוברים דבמידי דאי' ר"ל ופ"ל אין הרוב כ"ל. מ"מ חכם המתמנה עפ"י מאמר המלך יר"ה הנקרא חכם באשי רב שאני שהוא לרדות את העם והוי ודאי למיגדר מילתא דהרוב כ"ל וכ"ש היכא שקבלו עלייהו דעת הסוברים דאפי' במידי דאי' ר"ל ופ"ל הרוב כ"ל דודאי דעת המיעוט ומינויו הוא כדין ושוב אינן יכולים לסלקו על לא חמס בכפיו ואפי' כל בני העיר אינן יכולים לסלקו מגדולתו וממילא תורה יוצאה שחייבים גם המסרבים לפרוע לו כל הוצאותיו והספקות חדשים גם ישנים כיון שהדין עם הרוב וזכה במינויו וכבר הארכנו בזה בתשובת שאלה בנדון כיוצא בזה בס"ד ומש"ה באתי בקצירת האומר ודי בזה לכתוב שתי אותיות המעט מחזיק את המרובה יע"ש. והרב החבי"פ שם די"ב ע"ד כתב וז"ל ועוד אני אומר כי נתאמת אצלי מפי סופרים יגר סהדותא כי ענין זה להיות הרב הנז' מו"ץ בעוב"י בגדאד יע"א שרבים חפצים בו הוא לגדר וסייג לתורה בכמה פרטים לקיים הדת בכלל ופרט ולאפרושי מאיסורא ולהשיב רבים מעון וכיון שכן אין לך גדר וסייג ומיגדר מילתא כיוצא מזה מחוייבים כל ישראל להיות מסכימים בדבר

זה להקים דגל תורתינו הק' דהכי קי"ל דכל דיש בדבר לאפרושי מאיסורא כל ישראל נקראים בעל הדבר ההוא להטפל בו וכמ"ש הרא"ם ח"א סי' מ"ו ומהר"ם מינץ סי' צ"ג ומהרדא"ב בס' לח"ר סי' רי"א וכמ"ש מרן הכנה"ג ח"מ ח"ב סי' קכ"ב הגהב"י אות ה' יעוש"ב. ומידי עוברי בדברי הרב פנ"י יצ"ו ח"ג בדל"ת ע"ד כתב וז"ל וכבר כתבתי לעיל מ"ש הכנה"ג באו"ח סי' ג"ן הגב"י בסו"ד דאם זה הת"ח שמסכימים בו המיעוט הוא הראוי וכו' והגם שחי' זה כתב הר' החבי"ב בלשון אפשר מ"מ הא אי' רבים ונכבדים מהפוסקים דס"ל דאינו לשון ספק להל' ולמעשה אלא לשון ודאי וכו' יעש"ב והרפמ"א בח"א סי' ק"ו דק"פ ע"א וב' כתב וז"ל אם כתב הפוס' ואפשר הוא דרך עטה לא דמספק"ל והביא כמה ראיות ואנכי הרואה כי לדידן לא מצינן למימר הכי דהרי מרן הב"י אשר הוא עמוד ההוראה הנה שם באו"ח ס"ס תנ"ו כתב וז"ל ועוד דכיון דאפי' לדעת המתירים לא אמר הרא"ש כן בודאי אלא בדרך אפשר אין לסמוך ע"ז להתיר. ואנו קבלנו הוראותיו גם בב"י כמ"ש אצלי במ"א ואשר מזה ק' על הרכ"מ בה' ממרים פ"ב וז"ל ואפשר לומר שמיום חתימת התלמוד קיימו וקבלו שדורות האחרונים שלא יחלקו וכו' וק' למה כתבו בל' אפשר מאחר שהדבר כן הוא וכמו שכן הק' הר' נר מצוה ח"ב בכללי הפוס' אות ל"א ואם נאמר שהוא דרך ענוה מ"מ ק"ל למה כתבו בלשון אפשר:

ולקע"ד נראה ליישב והוא דמ"ש בב"י בלשון אפשר אמרה הוא בדעת הטור על הרא"ש אביו דרב גובריה ורב חיליה וכמו שיראה הרואה בדבריו שאמרה בדעת הטור ואפ"ה כתב ואפשר ודאי הוא דמספק"ל אכן על עצמו הגם כי כן הוא האמת כתבה בל' אפשר בדרך ענוה שלא היה מחשיב דעתו אפי' בדרך אמת ועיין לה' קהלת יעקב בלשון חכמים או"א ס"ק נ"ט מ"ש בל' אפשר בדעת הרא"ש שהוא דרך ענוה יעוש"ב. וכ"ן מדברי מרן הש"ע או"ח סי' ר"ב ס"י וז"ל פירות ששראן או בישלן במים אפי' שנכנס טעם הפרי במים אינו מברך על אותם המים אלא שהכל והרא"ש כתב ואפשר שאם נכנס טעם הפרי במים מברך בפה"ע עכ"ל. ולפי דבריו שהביא דברי הרא"ש להלכה נראה דכן סבר גם בדעת הרא"ש דאפשר הוא בדרך ענוה:

ואתה קורא נעים אם לא יערב שיחי בתי' הנז' הנה אציג לפניך מ"ש הר' יד מלאכי בכללי הכ"מ העלה דחיבור כ"מ הוא אחרון וכוותיה נקיטינן ועיין בס' נר מצוה ח"ב מע' בי"ת אות ל"ב שכתב להוכיח כי הכ"מ הוא אחרון מדברי מהריק"ש שהיה בזמן מרן יעו"ש:

[אח"ז ראה ראיתי להב"י עצמו שכתב באו"ח סי' תנ"ה בדין כסוי של ברזל שמכסין בו הקדרה וכו' שכתב ודלא כמ"ש המרדכי בפ' כ"ש דצריך ליבון ומיהו אפשר דטעמא דמצריך ליבון מפני שהיה דרכן לצפות עליו בצק וכו' יע"ש ופסקו מרן שם סט"ו וז"ל

כסוי של ברזל שמשימין אותו על החררה כשנאפית על הכירה צריך ליבון ע"כ והר"ז היפך מ"ש שם ס"ס תנ"ו דאפשר הוא לשון ספק ועיין להח"י שם ס"ק מ"ד:

גם ראיתי להב"י בא"ה סי' ק"ך שכתב לת' על קו' הר"ן על הרמב"ם דאפשר דטעמא דהרמב"ם משום דבירו' וכו' יעו"ש. ושם בש"ע ס"ט פסק כהרמב"ם כפי' הירוש' ועי' מה שהק' עליו הר' ג"פ שם ס"ק ל"ז וז"ל ותימא גדולה וכו' ועוד דמרן עצמו בדרך אפשר אמרה לדחות קו' הר"ן על הרמב"ם ובודאי דאין זה כדאי לסמוך עליו בשעת מעשה אלא ס' מגו' דייניגן לה כדמשמע מתלמודא דידן כמ"ש הר"ן וצ"ל דמרן נמשך אחר לשון הרמב"ם ע"כ הנך רואה שהוא עצמו האפשר שכותב הוא בדרך ענוה:

ברם בההיא דא"ה סי' ק"ך הנז' י"ל דפסק דהגט בטל משום ספק ולחומרא ואינו בדרך ענוה אבל ההיא דא"ח מוכרח לומר כמש"ל לתרץ וכו':

ואולם זו היא שקשה מ"ש בטור ח"מ סי' קצ"א בב"ה וז"ל שם אכתוב שהראיה שהביא הרשב"א אינה מכרעת וקרוב הדבר לו' שמפני החלשות שראה בראייתן כתב בדרך אפשר עכ"ל ועיין בנר מצוה בכללי הפוסקים מערכת א' אות ל"א במ"ש לת' קו' יסוד הלימוד דאיכא הכי ואיכא הכי יעוש"ב:

אם כן אף אנו נאמר כן לת' דברי הב"י אהדדי אם מצינו דנפסקה הילכתא כוותיה אזי פשוט הדבר דנאמרה בל' ענוה אבל אם נמצא הוכחה להיפך אזי יכולים אנו לומר שספוקי מספק"ל וכ"כ הרב החבי"ף בס' חקק"ל ח"ב סי' כ"ד בסופו. וגם אין להביא ראיה מדברי הכ"מ בפ"ה מה' ברכות ה"ו כתב וז"ל ואפש"ל שאם בירך על הפת בפה"א יצא דהא פרי האדמה הוא ואפשר דאפי' בירך בפה"ע יצא וכמ"ד עץ שאכל אדה"ר חטה היתה עכ"ל וכן פסקו הפוס' כאפשר הזה דיצא. ואף כי י"ל דמ"ש ואפשר אינו משום שהוא דרך ענוה אלא משום ס' ברכות להקל, ובש"ע השמיט די"ז ואפ"ל דהיינו טעמא לדבר השמיט"ה,

ולך נא ראה להרב שדי חמד נר"ו בכללי הפוס' סי' ט"ז או"א מ"ש בפרט זה ומשם באר"ה זולתי במ"ש ויתכן לומר דמ"ש מרן הב"י בסי' תנ"ו ועוד וכו' טעמא דנפשיה הוא וכו' יעוש"ב. דמדברי מרן הנז' דסי' ר"ב שכתב בדעת הרא"ש נר' דלא סל"ה למימר כן בדעת הרא"ש.

והנה מרן החבי"ף בס' נכ"ח ח"א ס"א ד"א ע"ג כתב דקי"ל בדעת מרן דהיכא דכותב אפשר הוא לשון ספק ולא ודאי יעו"ש וכפי"ד ק"ל מדברי הב"י בא"ח ובא"ה הנז' אם לא שתאמר שלא אמרה הרב אלא במקום שלא נתבאר אבל הוא עצמו פסק כוותיה אזי

הוא בלשון ענוה נאמרה וכמ"ש הוא עצמו בחקק"ל הנז"ל ועי' לה' פנ"י הי"ו ח"ג סי' ט' דט"ל ע"א יעו"ש.

ולעיקר הדבר ראיתי למהרח"ש ח"ג סי"ל דמ"ו ע"א ושם בסי' כ"ט מה' יצחק בראקי שכתב במינוי רב אפי' המיעוט כ"ל והביא שם כמה ראיות שיכולים לכוף קצתם את קצתם יעוש"ב ובסי"ל מסכים מהרח"ש לכל הדברות והאמירות בתוס' נופך. ובס' משפטי שמואל סי' צ"ב דצ"ה ע"ד וז"ל הטעם הא' וכו' ואפי' שהרוב הסכימו בכך מ"מ בזה לא שייך רוב כי הוא בעיקר המינוי וכו' ובעניין התקנות אזלי' בת"ר ולא בהקמת הממונים ע"כ.

אעלה ואגידה לנ"ד כפי חי' מרן הכנה"ג ז"ל דהגם דנימא משא"כ בדעת מרן דאי"ל דגם בשאר מינוים היחיד יכול למחות הי"ד אם זה שרוצה בו היחיד הוא יותר גדול אבל אם זה שרוצים בו הרוב יותר גדול פשוט הוא דכ"ע ומרן הש"ע בכלל דהרוב כ"ל ואפי' אם היו אלו שרוצים היותר גדול הם המיעוט דאפש"ל שכופין כ"ש בהיותם רבים ועלית על כולנה שכן הוא המנהג ומי הוא זה ואיזהו שיאמר לבטל המנהג ואף מרן הק' שקבלנו הוראותיו כתב דבמקום דאי' מנהג הלך אחריו ובב"י ביו"ד סי' רכ"ח על דין ל"א כתב בשם הרשב"א דבמקום שיש מנהג שלא לבטל הסכמה אם לא שהסכימו כלם כל שיש אחד מוחה א"י להתירה והר' חק"ל בח"מ ח"א סי' קע"ו דקע"ט ע"ב כתב וז"ל ויש סמך לזה שהרי ידוע שהטוען תמורת המנהג אינו נאמן אף דאית ליה מגו דמגו במקום מנהג לא מהני וכבר ידוע דמנהג עדיף מחזקה שהרי מגו במקום חזקה הוי בעייא דלא אפשי' ואילו במקום מנהג לכ"ע לא מהני בלי ס' וכמו שכבר האריך בזה הכנה"ג בח"מ סי' ר"א הגהב"י מאות קכ"ח עד אות קל"ז עש"ב וכיון דחזקה גריע טובא ממנהג א"כ כל דהחזיק תמורת המנהג לא מהני וזה נ"ל פשוט עכ"ל.

נקיטינן מהא לנ"ד אם יטענו הקהל שהם מוחזקים הוא תמורת המנהג ול"מ, והר' בתי כהונה דק"א ע"ג כתב וז"ל והן לא יהיה שלא פשטה הוראה ופלוגתא דרבוואתא היא מ"מ הואיל והוחזק לעשות כן ונתפשט המנהג מימי קדם מי שבא לבטל המנהג עליו הראיה וכו' יעוש"ב וע"ע להר' בח"א סי' כ"א דק"א וק"ב וז"ל ואחשבה לדעת שלא לסמוך וכו' דמנהג כזה תקיף חיליה ע"ש, ויגדל נא כח נ"ד כפי המנהג עפ"י מרן הק' בשה"ט ח"מ סי' רט"ו ס"ח וז"ל אף במוכר ולוקח אין כל אלו הדברי' האמו' וכיוצא בהם אלא במקום שאין שם מנהג אבל במקו' שנהגו סמכינן על המנ' בין בקרקעו' בין במטלטלין וזה עיקר גדול בכ"ד מו"מ הולכין אחר לשון ב"א באיתו מקום ואחר המנהג עכ"ל, וא"כ בנ"ד דכל סמוכין דידן עליו ק"ד לילך אחר המנהג וידוע דמנהג מבטל הלכה

ע' למה"ר יש"א איש הי"ו חא"ה סי' י"ד דנ"ה ע"א וב' משם הרב החרי"ף ז"ל שהאריך בדבר שהמנהג מבטל הלכה ואין לומר קי"ל ע"ש בדנ"ו באורך וע"ע בדברי מרן הש"ע א"ח סי' ג"ן סכ"ו וז"ל קהל שנהגו למנות אנשים על צרכי צבור לזמן וכו' ואפי' לא קבע להם סתמן כפירושן מאחר שנהגו כך ע"ש. מאחר עלות בד' מרן דהכל הולך אחר המנהג אפי' בדבר דאי' חשדא כ"ש בשאר ענינים, עו"כ מרן בש"ע ח"מ סי' רל"ב סי"ט המוכר ביצים וכו' ועכשיו לא נהגו כן ומנהג מבטל הלכה עכ"ל, וכיון שכן המנהג הוא דהרוב כ"ל, ומנא אמינא לה שכן המנהג ממ"ש מהרמב"ח כ"י שהביא הר' מר ואהלות סי' ו' שכך פשטה הוראה בישר' להורות כדעת מ"ד דהרוב כ"ל, ונודע דהרב הנז' היה אחד מרבני ירושת"ו ומעיד בגודלו שכך פשטה הוראה בישר' וירושלים וסביבותיה בכלל, ובפרט למ"ש הרב חקק"ל ח"א דכ"א ע"א דלא קבלנו הוראות מרן נגד המנ' וע' להר' פתה"ד ח"ב דקי"ד ודקכ"ד מ"ש בענין המנהג יעו"ש:

וראיתי לה' חק"ל בח"מ ח"ב סי' כ"ד בד"ה הטעם הד' לבטל הסכמת מינוי זה הוכיח במישור מרוב גדולי הפוס' דכדי שיהיו הרוב יכולים לכ"ל בעי' שתהיה ההסכמה מדעת רוב בני העיר עם כל ט"ה ולא סגי ברוב ט"ה שכן מתבאר מדברי הר"מ ור"ת וראבי"ה דבעי' דעת כל ט"ה וכן נקטו בפשיטות הרא"ם ומהרא"ש ומהרש"ך ומהריב"ל ומקור ברוך ומש"ש והרש"ט והרשד"ם והמ"מ והרש"ח והרח"ש והד"ן יחד כולם העלו דאפי' למ"ד הרוב כ"ל הי"ד כשהסכימו רוב ב"ה עם כל ט"ה הא לא"ה לא וכ"כ מהריט"ץ דאף למ"ד הרוב כ"ל אינו לא ברו"ב ורו"מ וכל ט"ה ש"מ דאין הרוב כ"ל אלא כשהמיעוט גרוע ולא חשיב כדלת העם אבל מיעוט חשוב שיש בהם ט"ה וגדולי פורעי המס לא יעוש"ב:

אהנייא לן לנ"ד דאי' רו"ב ורו"מ וכל ט"ה ואין המיעוט כ"א דלת העם פשוט דהרוב כ"ל וכלא חשיבי דמו. עו"כ הרב הנז' בטעם הד' דלבטל ההסכמה צריך שיהיה אדם חשוב בהסכמתם הנז' יעו"ש:

ואתה קורא נעים הנך רואה בעיניך את דברי השאלה שכל חשובי העיר איתנהו הבוחרים בראובן הנז' הי"ו לרב ומו"ץ וכבר אני במ"א הארכתי בפרט זה ונ"ד איתא דליכא אדם חשוב בעיר שכבר נלב"ע. ואי' בבתרא ד"ט ע"א בהא דרשאין ב"ה להסיע על קצתן וכו' וה"מ היכא דליכא אדם חשוב אבל היכא דאי' א"ח לאו כל כמיניהו דמתנו כלומר אא"כ יסכים הוא עמהם וא"כ הכ"ל תלוי ברו"ח וא"כ ק"ו בנ"ד דאף האומר דמיעוט יכולים למחות בנ"ד דמחייתם היפך הדין והיפך המנהג לא אמרו ומנהג כל גלילות ישר' דעפ"י הדין כל מי שהוא ראוי להוראה יותר מחבירו הוא קודם וכמ"ש החק"ל ביו"ד ח"ג סי' ק' דבתר דשקו"ט בתשו' הרשד"ם יו"ד סי' פ"ו ותשו' המבי"ט וכו' ואסיק בדק"ה ע"ב כי

אחר המחי' מהמבי"ט והב"ח יותר נ"ל דמדינא חייבים ב"ה למנות להם רב למי שגדול מחבריו יעו"ש. וע' להר' מע"ש סי' ח' אות ב' שכתב משם הר"י ן' מיגאש דמי שאינו בקי בש"ס אלא מורה הוראות עפ"י התשו' הוא יותר הגון וע' להרב מש"ש סי' כ"ו דמי שהוא מלא אף שאינו מפולפל הוא קודם וע' למהריק"ו שו' קס"ט דהבקי עדיף מהמפולפל כמ"ש כ"ז הראש"ל ח"ד בדרא בס' ישרי לב ד"ן אות י"ט ע"ש:

היוצא מהמחובר לנ"ד דהאיש ראובן אשר רוצים בו הרוב הוא שלם בכל מדות טובות לגבי אותו האחר והוא אינו רוצה כ"א בב' דוקא מורה וחכם באשי ולכן בכדי לקחת את ראו' הנז' ליבא דכ"ע שיכולים לכוף את המיעוט ומכ"ש שהם רו"ב ורו"מ וט"ה והמיעוט הם מדלת העם ועיין רואה להּ' כרם שלמה חיו"ד סי' כ"ה דצ"ג. אמור מעתה איזהו שיתרצה להיות חכם על הציבור לדון דינם דוקא ולא לשאר דברי' ג"כ המצטרכים לצבור דא"כ צריך להקים בכל קהל שנים אחד לדון ואחד להטפל בשאר צרכיהם ולהקרא ג"כ בשם מורינו וכי שקר ענו כיון דזה הב' אין מורה להם הוראות כלל לכשיקרא כן, באופן דדב"ז אין לו שחר והאריכות בזה יגיעת בשר וכדי בזיון להעלות ע"ס כמה מיני פורעניות ישתרגו ויעלו על צוארם בזה. ואנן בדידן ה"ן נימא הכי דהיאך הב' יקרא ראש הרבנים וכו' וכדי בזיון וכו' וכ"ן מדברי הרשב"א שהביא מהרשד"ם חיו"ד סי' ע"ה וז"ל כי המרביץ תורה ומנהיג קהל עם ב"י וכו' משמע דכן צ"ל הוא המרביץ הוא המנהיג קהל עם בכל דבר:

ולך נא ראה להרא"ם ח"א סי' ג"ן דמ"ד ע"ב כתב בשם ראבי"ה שאם מוחה אחד מב"ה בדבר שהראשים רוצים לעשות אם רוב הקהל מסכימים עמהם חלה הפשרה והתקנה עליהם ואם לא הסכימו בה הרוב ומיחו אך הראשים עשו יכולים למחות בהכי שנא' במארה וכו' ע"ש והפ"מ ח"א ס"ד די"א ע"א כתב וז"ל ומה גם דכפי מה שבא בשאלה שרוב הת"ח הם המערערים בהסכמה וכו' הגם שאקרקפתא דגברי הם רוב מ"מ כיון שרוב הת"ח הם מתנגדים אזלינן בתרייהו דרובא דמינכר שהוא רוב חשוב בעי' אבל אם הרוב רוב מניין ורוב חכמה לאידך גיסא קיימי רוב חכמה הוא דמתקרי רוב ולא רו"מ וכמו כן שכבר הכריח הרשד"ם בתשו' אחרונה ליו"ד ע"ש והגם וכו' אך לגבי חלוקת החכמה לכ"ע לא מחשיב רו"מ נגד הרוב של החכמה וא"כ בנ"ד הגם דאי' רו"מ וקצת מחכמי העיר בכללם מ"מ כיון שרוב החכמים מסכימים וכו' ואדרבא רוב החכמים הם נקראים רוב וא"כ לית דין ולית דיין שיכופו לרובא דמינכר וכו' יעוש"ב. והרשד"ם חא"ח סי' ל"ז כתב דהעיקר הוא רו"ח ע"ש. עוד תראה להּ' מגן גבורים יו"ד סי' י"ב דכ"ה ע"ד וז"ל גם הטענה שטענו שהם רו"ב וכו' נראה שהיא טענה ואין רוב המינויים נקרא רוב

ונר' ללמוד זה ממ"ש הפוס' ז"ל שלא נקרא רוב אא"כ חשוב בחכמה ובמנין והרשד"ם יו"ד סי' רי"ט כתב בשם הריטב"א דכל תקנה שרוב הציבור והוא רוב חשוב בחכמה ובמנין הסכימו וכו' ונאמר שנדון כזה הגבירים שהם עיקר פורעי המס הם במקום חכמה לדב"ז וכיון שלא הסכימו בהסכמה הרי אין לרוב המסכימים דין רוב וכו' יעוש"ב:

ומהאמור ניחא לנ"ד שאין פורעי המס ונותנים בפרס הרבנות אלא הכל מהכולל א"כ אין להחשיב רוב אלא לחכמים שהם רו"ב ודינם כרו"מ וכמ"ש הרבנים הנז' דרוב החכמים הוא הנקרא רוב וע' להרב פרי הארץ ח"ב סי' ד"ן שישב לסתירת תשו' הרשד"ם ומשם תבין לנ"ד. עו"כ הרשד"ם יו"ד סי' רנ"ה דקל"א ע"ג וז"ל גם מ"ש החכם שאין נקרא רוב אלא רוב הראוי כפי הנושא וז"ל זה לי כמה שנים הוכחתי זה מדברי מורם שכתב וז"ל על הנהגת הצבור בדברים הצריכים שיש להושיב על ב"ב שנותנים מס ע"ש בהג"מ ה' תפי' פי"א ע"ש ואם לענין ממון הקל קפיד שיהיו הנקבצים מבעלי כיסים לא משאר בני העיר בדבר הצריך לידיעת התו' יכנסו במנין ט"ה אסור להעלות דב"ז על לב כבר אמר הכתוב הוי אומרים לעץ הקיצה עורי לאבן דומם וד"ל בזה עכ"ל, והחק"ל חא"ח סי' צ"ו דר"ח ע"ב כתב וז"ל ובריית׳א זו דריב"ק השמיענו דרוב חכמה הוי רוב כרו"מ וא"כ כל כללי הפוס' ז"ל מדין רוב הם או רוב חכמים או רו"מ וכו'. אך ראיתי להש"ך ביו"ד סי' רמ"ב בכללי ההוראה שהשיג להב"ח שהבין דרוב חכמים אלים מרו"מ שהרי מצינו וכו' יעוש"ב מה שתי' וקיים לסברת הב"ח וע' להרב מים חיים במי מריבה ס"א בענין אי בעינן רו"ב או רו"מ בדבר שהולכין בו אחר הרוב עש"ב גם בענין הדומ"ץ שרצו לסלקו שהאריך בזה ע"ש:

גם מהרח"ש ח"ב סי' מ' כתב וז"ל וכיון שא"ץ לברר היותר הגונים ומינה שאין יכולים ההמון ודלת העם לומר אנחנו הרוב ואחרי רבים להטות לעשות חפצם בעניני הצבור וכבר רמז השואל מדברי הרשד"ם שכתב בתשו' אחרונה חא"ח שאין הדבר תלוי ברו"מ אלא ברו"ב והוכיח וכו' ועוד יש ראיה מהג"מ פי"א מה' תפי' וכו', ופוק חזי בעירינו זאת שאלונקי יע"א וכו' ואינם משגיחים על רוב דלת העם וכו', ובחיו"ד סי' ק"ט ע"ב ובס' כ"ש סי' כ"ב דכ"ד ע"א הבין דברי הרא"ם ח"א סי' ג"ן דאחר רוב דעות אזלי' כמש"ה אחרי רבים להטות אך מדברי הגה"מ וב"י סי' רל"א נר' דס"ל דבתר רו"מ אזלי' וכ"ן מתשו' הרא"ש כלל ז' סי' י"ג ולחז"ר סי' ב' תירץ שהרא"ם מיירי שאינם נוגעין לממון והגה"מ והרא"ש מיירי בשנוגעים לממון וכו' וע' מה שציין עט"ר הרמ"ז בכנה"ג ח"מ ס"ב סי' רל"א בהגה"ט או' כ"ז וז"ל רוב זה שאמרנו שיכולים לכ"ל למר כדאי"ל ולמר כדאי"ל אם הוא רו"ב או רו"מ כתבתי משפטו בקוצר בסי' ח"י בנדפס אות ח' וע"ו והארכתי בזה

בסי' קס"ג בהגב"י מאות רכ"ח עד אות רס"ה ע"כ וע' לראש"ל בס' נד"ל ח"א סי' ק"י דרי"ז ע"ד דאי"ל רו"מ עיקר יעו"ש:

נפקא מינה לנ"ד דאינו דבר שבממון וגם אי' רו"מ ורו"ב וכל ע"ה ליכא מאן דפליג דהרוב כ"ל שהם מדלת העם וכמ"ש הרבנים הנז' וגם דהכל מרוצים בו לרב ומו"ץ וכמש"ל:

אקחך אל מקום אחר אל מה שהביא בס' תאיר נרי הנ"מ ח"מ ס"י דק"ב ע"ג משם הרא"ם וז"ל שהפירוד שהפרידו מהם מיעוט הקהל שלא כדין עשו שהרי היה להם להמשך אח"ר דעות הקהל כפי מה שגזרה תורה אחרי רבים להטות ואפי' היו המיעוט יותר עשירים ויותר חכמים מהמרובים עכ"ל:

ואוסיפה לך מה שמצאתי כתוב בתשו' הרשב"א ח"ג סי' תמ"ג וז"ל ואולי אפי' לא היה שם ברורים גדולי פורעי המס וקצת הק' עושים כזה שבכל קהל וקהל אין נמנעין מלעשות תקנות וחרמות וקיומים אעפ"י שאין שם רוב הקהל כי עניני הקהל הם מסורים לגדולים ולמקצת מן הקהל שהם כאפוטרופו' לשאר אחיהם שבמקומם ופעמים קהל גדול יהיה לאלף ולא יתקבצו מהספק כשלשים או ארבעים מעושי המלאכה ויסכימו ויחרימו ואין השאר נקראים ולא מוחין שאם אין אתה אומר כן לא יוכלו שום קהל לעשות מלאכה ולהוציא שום הוצאה ולא לעשות שום תקנה כללית עד שיתקבצו שם כל הקהל פורעי המס בדבר שיש בו הוצאות ממון עד שיסכימו בדבר כלם והנשים כאנשים כי מי יגזור על ממונם בלי רשותם אלא שגדולי המס וקצת מן הקהל קרואי העדה המה כאפוטרופוסין על יתר הקהל וכ"ש כאן שהמלאכה לכבוד שמים וכו' ע"ש ומרן הב"י בבד"ה ביו"ד סי' רכ"ח הביא לשון הרשב"א בתשו' הנז' יעו"ש וגם הרא"ש בכלל ו' סי' ה' כ' וז"ל דע כי על עסק של רבים אמרה תורה אחרי רבים להטות ועל כל ענין שהקהל מסכימים הולכין אחר הרוב והיחידים צריכים לקיים כל מה שיסכימו עליהם הרבים דאל"כ לעולם לא יסכימו הקהל על שום דבר אם יהיה כח ביחידים לבטל הסכמתם לכן אמרה תורה בכל דבר הסכמה של רבים אחרי רבים להטות וכו' יעו"ש:

זאת ועוד אחרת יראה לפניך מ"ש הרב משפטי שמואל סי' כ"ה די"ט ע"ד וז"ל ואל תקשה לדברינו ממ"ש הרמב"ם בפ"א מה' ממרים ה"ג וז"ל דברי קבלה אין בהם מחלוקת לעולם וכו' ומוציאין הדין אחר הרבים עכ"ל, וכתב עליו וא"ת דהרי כתב דהולכין אחר הרוב דאמינא דענין הרוב הזה הוא בין החכמים ובעלי התורה שיודעים לשאת ולתת וליתן טעם לאותה תקנה או מנהג או גזירה כמחלוקת ב"ש וב"ה או תלמידיהם בכל אותם התקנות והגזירות שעשו או שגזרו אבל רוב המינוים שכל אחד מדעת הכרס מדבר או להקניט או לבזות או לקיים דעתו פשוט דאין רובם רוב ואין גזירתם גזירה וזה פשוט

לכל מבין ויודע דעת עכ"ל וע' מה שציין בדבר הזה הר' מט"ש ח"ג סי' רל"א בהגה"ט אות ל"א יעו"ש:

וכ"ז הוא בנ"ד שהמיעוט אשר הם מתנגדים מה שמדברים הוא מדעת הכרס ולהקניט ולבזות ולקיים דעות פשוט הדבר שבטלים הם במיעוטם וכל דבריהם הם בטלים עוד זאת אביא את דברי הרשד"ם סי' נ"א שהביא השו' הריטב"א שכתב שם בשם רבינו יונה וז"ל כן היה אומר מורי הרב דכל תקנה שרוב הציבור והוא רוב חשוב במנין ובחכמה הסכימו בה אפי' המיעוט עומדים וצווחים ה"ה חייבים במה שהסכימו הרוב ובלבד שיהיה נראה לרוב ההוא שיש בגזירה ההיא תקנה לצבור ומתקנים כך ע"ז בשוה ואם יש חבר עיר צריך שתהיה מדעתו ואם לאו אין במעשיהם כלום ע"כ והרשד"ם תפס כן במושלם יעו"ש בדבריו. ועיין במ"ץ ח"ב ס"ד די"ג ע"ג מה שהביא לדברי הריטב"א בשם רבו ר"י יעוש"ב ועיין להרד"ך בית י"ג יעו"ש:

עיני כל חכם לב יחזו לנ"ד דר"מ ור"ב הסכימו למנות את ראובן הנז' שהיא תקנה לציבור ואין בעיר חבר שכבר נלב"ע א"כ אפי' המיעוט עומדין וצווחין לית מאן דישגח בהו וכ"ש שגם המה רוצים בו לרב ומו"ץ דוקא ודב"ז א"א כמ"ש בשאלה. ואפי' תימא שאינו דאין הרוב כ"ל הי"ד לפרוע מכיסם הפרס או לכופם לקבל את המינוי בע"כ אבל אם הפרס מכיס הכולל אזי חייבים לפרוע כמו שפורעים הכשרות וכיוצא כיון שגדולי וראשי וט"ה המה מנהיגים הכל בכל פרט שודאי כ"ל שהם מדלת העם. וכמו שאח"ך מצאתי להרב פנ"י יצ"ו ח"ג ס"ט דל"ח ע"ד שהביא טעמא אחרינא שלא לכוף הרוב למיעוט מהטעמים שאמרתי עש"ב:

וממנו נקח גם לנ"ד דהרוב הם הנדונים בטעמם וכ"ל וע"ע להר' הנז' ד"מ ע"ב שהאריך בזה דבעי' שיהא תקנתם תקנה לצבור ע"ש ובנ"ד איפכא דדברי הרוב הם תקנה לציבור:

ואני אגיד את זאת דהרוב כ"ל כיון דדברי המיעוט הם היפך הדין והמנהג דעפ"י הדין כל הראוי להוראה יותר מחבירו הוא קודם להתמנות וגם היפך המנהג של א"י תו' כנז"ל ומכ"ש דתקנת הרוב דנ"ד הוא תקנה לציבור ודברי המיעוט הם קלקלה לעיר:

שא נא עיניך וראה להרב"א בתשו' סי' כ"ה שזיכה את הציבור לחלק את הרב שקבלוהו עליהם בשבועה מכמה ט' וחדא מינייהו תחי' דברי פיהו היא זאת שקבלוהו עליהם לנחותם דרך הישרה ולהודיעם חקי ה' ותורותיו וכו' ובתשו' ז"ל ואיברא ודאי שהדין פשוט שהקהל פטורים ותבא עליהם ברכת טוב יען מאסו מי הנהר העצומים ובחרו במי השילוח ההולכים לאט אשר מימיו מן המקדש יצאו פיהו למאכל ועליהו לתרופה ומלבד כוונתם שהיא רצויה וטענותיהם חזקים כראי מוצק. ושם עוד דפ"א ע"א בד"ה

ובר מן דין וכו' דודאי פשיטא שהקהל פטורים ומבורכים אשר עזבו מלחצוב להם בורות נשברים וכו' ובחרו להם מים חיים וכו' ע"ש ובעבור זאת ביטל להם נדרים ושבועות וכו' עש"ב. וע"ש בע"ג כ' וז"ל ומי שרצה להקימו ולחייב הקהל מפני שמתחי' קבלוהו וכו' לא חש לקמחיה דהיינו אומ"ד נגד מה שהוציאו בפיהם וכו' וכלל גדול מסר לנו הרשב"ץ באומד' וז"ל הוי יודע שאין לילך אחר אימ"ד אלא בדברים שאין לפקפק כלל שלא כן היה דעת הנותן או הנשבע ושיהיה דבר ההוא מפורש מן הסתם כאילו פי' וכו' עש"ב. ולבסוף כתב וז"ל הילכך מכמה אנפי יצאו הקהל מנוקים בצדק אין בהם נפתל ועקש ואדרבא שכרם הרבה מאד להסיר בע"מ מהמזבח ולהכרית אשרה מאצל המזבח ואף שלא היה הדין כן היה ראוי להפרידן מפני הוראת שעה להקים דגל התורה שמיום אשר קמו חכמים כאלה לישב בראש תבו חכימייא למיהוי כעמא דארעא וחכמתם תסרח וכו' ואין נוה בעולם והתורה חוזרת על לומדיה ופליאה דעת ממני למה לא יצאו זקנים משענתו בידו ותשב"ר במכתביהן כשנעשה הקשר הזה להפר את בריתם ולא תהיה לפוקה ולמכשול וכ"ש כי הדין פשוט כביעתא בכותחא שהקהל הם פטורי' ומנוקים וגם החכם יצ"ו שנכנס אפיריון נמטייה שע"י נבנתה קרית ס' על תילה כאשר לפנים וההס' אפי' שתהיה שרירא וקיימת אינה נוגעת ולא פוגמת בזה כאשר כתבתי ולאפס הפנאי לה יכולתי להאריך אם ההסכמה חלה מעיקר' ובע"ה עוד אאריך בזה ואל חי צורינו ישכון להם ולנו שלום בהשקט ובטח וכו' עכ"ל:

הנה נא לי לנ"ד שכל הטעמים האמורים שם הכל בנ"ד בהיפך לטובה וא"כ פשוט הדבר דהרוב הם כופין כיון שכל טעמיהם טובים ונכוחים וישרים לא כן המיעוט שכל טענתם מהבל ימעטו:

ואל תשיבני כיון דהרוב בעי' שיהא רוב מתוך כל די"ז הביאו מרן הב"י ח"מ ס"ס י"ג משם הרשב"א וז"ל ואין הרוב בכל מקום אלא רוב הבא מתוך כל ומתוך מו"מ עם הכלל הא לא"ה לא עשה כלום אבל בש"ע שם ס"ז לא הביא לשון זה ממש כ"א הביא עיקר הדין וז"ל אם ביררו להם עשרה אנשים שידונו להם בין בדין ובין בפשרה ושאם לא יסכימו ילכו אחר הרוב ונסתלק אחד מהם ואינו אומר דעתו או שאומר איני יודע אפי' הסכימו הט' כלם לדעת אחת אינו כלום ועי' בסי' ח"י ס"א במור"ם וז"ל וכ"ן לי עיקר ודלא כמ"ש לעיל סי' י"ג ס"ז בהיפך והוא דעת החולקים ואפ' דעתו לחלק בין אם נתברר תחי' יותר מג' ובין ירדו מתחי' לג' ואין נ"ל רק שחולקים הא' דעת הרמב"ם והב' דעת הרשב"א ע"כ:

ואנא זעירא תמיהא לי מילתא טובא דלמה ליה למור"ם לומר שחולקים ולא נאמר שהרשב"א עצמו ס"ל לחלק בין הנדונות דהע' דבעי' כלם דוקא ואפי' ט' לא יועיל כמו שכתב מרן הוא משום דנתבררו דוקא אבל באתרא דאין ברירה הולכין אחר הרוב דוקא והדבר מוכרח מהרשב"א עצמו דאל"כ תק' תשובות הרשב"א אהדדי ובכדי לתרצם צריך לחלק ביניהם וכמ"ש אצלי במ"א באורך:

שוב אשוב למ"ש אי בעי' רוב מתו"כ מתשו' הב"י שהביא בס"ס י"ג הנז' מוכת מדקאמר ואין רוב בכ"מ אלא הבא מתוך הכלל ש"מ בכ"מ הדין כן ולך נא ראה בתשו' הרשב"א ח"ג סי' תי"א וז"ל וכן מה שיגזרו או יסכימו רוב של הקהל בצורכי קהלה אפי' בע"כ של יחידים מה שעשו עשוי ודוקא כשעשו הרוב ובדבר שרוב הציבור יכולים לעמוד בו לפי שכל צבור וצבור היחידים וכו' וע"פ הם צריכים להתנהג בכל ענייניהם והם לאנשי עירם ככל ישר' לב"ד הגדול או למלך בין שיהיו במעמדם ובין שלא יהיו ואפי' בנים אשר יולדו להם וכו' וכל הפורץ בזה כפורץ גדר התורה שהאבות שו' לבנים וע"כ מנודה לעירו הוא מנודה לעיר אחרת מנודה לעיר אחרת אינו מנודה לעירו ע"כ מפורש יוצא מתשו' זו דלא בעי' רוב מתוך כל היפך מ"ש בתשו' הנז' דאין רוב בכ"מ וכו' אם לא שתאמר שמ"ש דאין רוב בכ"מ וכו' הוא בכ"מ שיש בירור דעת אנשים כאותה שאלה עצמה דקאי בה אבל במקומות אחרים הולכים אחר הרוב בין שהיו המיעוט במעמדן בין לא היו וראיה לדברי מלבד כח הסתירה. עוד ב"א בתשו' הרשב"א בח"ה סי' קכ"ו וז"ל כל שבירור הקהל עשרה או פחות או יותר כל שלא אמרו שילך אחר הרוב אינו כלום עד שיסכימו כולם כאחד ואפי' אמרו בפי' שילך אחר הרוב אין הרוב יכולים להסכים ע"ד עד אשר יהיו כולם במעמד אחד ומתוך מעמדם יסכים הרוב דומיא דב"ד דאף סנהדרי גדולה אם ישבו שבעים לעצמם וחייבו או זיכו לא מהני אא"כ יהיו ע"א במעמד אחד ונושאים ונותנים בדבר דשמא האחד יראה ראיה וכו' אבל כל שהיו במעמד אחד ונשאו ונתנו בדבר הל' כדברי הרוב ולפיכך י' ברורים אלו אם היו במעמדם וכו' מ"מ כבר אמרתי לך שאין שום הסכמותיהם הס' עד שתצא מתוך משאם ומתנם של כל היו"ד עכ"ל. הרי בפי' איתמר דדוקא בנבררים וגם סנהדרי גדולה הם בוררים הטוב לכל ישראל שלא כתב בכ"מ הוא במקום שיש בירור כנז' אבל היכא דליכא ברורים הרוב הוא עיקר אף אם לא היו המיעוט במעמדם:

וכעין זה הביא הב"י בח"מ סי' ח"י הגהות אשרי פ"ק דסנהדרין וז"ל שלשה שישבו בדין וסילק אחד את עצמו אין השנים יכולים לומר כיון דמעיקרא אדעתא דג' ישבו ודוגמא

לזה כתבתי בסי' י"ג בשם תשו' הרשב"א עכ"ל והיינו משום שישבו אדעתא דידהו וכ"כ הג"מ בספ"ו מה' סנהדרין חילוק זה ממש:

הביאני המלך חדריו עט"ר הרמ"ז כנה"ג חו"מ סי' רל"א בהגה"ט אות ט"ו וגם מ"ש ביו"ד סי' רכ"ח בהגה"ט אות רמ"ב מ"ש לתרץ תשו' הרשב"א דסתרן ופי' דכולם דקאמר היינו דצריך מעמד כולם ובאשגרת לישן הוא דכתב בהסכמת כולם וכו' ע"ש וכן תי' המ"ץ ח"ב ס"ד די"ג ע"א וב' ע"ש:

ואני בער ולא אדע לכוין דבריהם עם תשו' הרשב"א דח"ג סי' תי"א דבין הוי המיעוט במעמדם ובין שלא היו דש"מ דלאו בכ"מ בעי' רוב מתו"כ גם מה שהכריח מהרלב"ח סי' קל"ט מהרשב"א דבעי' רוב מתו"כ מדוע לא זכר שר תשו' הרשב"א הנז' דמש' דל"ב רוב מתו"כ ומוכרחים אנו לחלק בין המיעוט של הנברים דצריך רוב מתו"כ למיעוט הקהל דל"ב רוב מתו"כ וכמו שמצינו להרב חק"ל ח"מ ח"א סי' קט"ו דקע"ד שהביא תשו' הרשד"ם ח"מ סי' ת"ו שהכריע כדעת הרשב"א והרא"ש לגבי ע"ה שמינו עליהם הציבור וכו' בעי' שיהיו כל ע"ה במעמד כדי שיהא רוב מתו"כ אבל הציבור עצמם שהסכימו בדבר ל"ב רוב מתו"כ וכל שהסכימו הרוב אף שלא היו כל ב"ה במעמד אחד סגי. וכן הכריע הרב משא מלך דמ"ד ומ"ה ע"ש והנה שם וכו' יעוש"ב. וע"ש בחק"ל דקמ"ז ע"א ע"ש וכתב עוד החק"ל חלק ב' ח"מ סי' כ"ד דל"ז ע"א וב' שהעלה שאם אין מנהג ל"ב רוב מחו"ך ובע"ג כתב וז"ל ועוד שבהנהגת העיר אין צורך לרוב הממונים שממנים דלמחצה ולשליש סגי ואין ריבוי הממונים כ"א לכבוד בעלמא ע"כ:

עוד לך נא ראה להרב גנזי חיים מע' קי"ל או"ז דקכ"ח ע"א וז"ל וע' בהריב"ש בתשו' סי' שמ"ז שמתבאר מדבריו דהיכא דיש מחלוקת בעיר בין החכמים אזלינן בת"ר וכו' וכן כל כיוצא בזה שיש בעיר מחלוקת בין החכמים וכבר נתגלה טעמם ונימוקם של כל אחד ואחד כי בודאי דיש לילך אח"ר אפי' לא נשאו ולא נתנו במקום אחד כי זה שכתב הרב מהרלב"ח בפסק הסמיכה דרע"ח ע"י כי אחר שנראה דעתו שצריך שיהיה משא ומתן במעמד אחד פנים אל פנים עכ"ז נראה דלא החליט המאמר שכתב ולפחות צריך שיהיה משא ומתן ע"י כתב וכיון שלא נעשה לא זה ולא זה אינה נקראת הסכמתם הסכמת הרוב יע"ש. ועוד נראה לומר דאפי' זה שהחמיר הרב מהרלנ"ח ז"ל שיהיה פנים אל פנים דבעי' משא ומתן רובם מתו"כ וכן מ"ש הרב ג"פ בסוף הספר בכלליו סי' א' ושס"י ה' לא נאמר אח"ר אלא כשיהיו כולם מקובצים במקום אחד אינו אלא דיש מקום לחוש למיעוט ג"כ והיינו ודאי במה ששייך בו להחמיר כמבואר בדברי הרב ז"ל ברם כשיהיו בעיר הרבנים וכל החכמים בדעת אחד לתקן איזה תקנה אפי' היה שלא מן

הדין להור"ש וכ"ש אם יהיה מן הדין ויצא חכם אחד או שנים לערער ולהרבות מחלוקת בעיר וכבר שמעו טענותיו וראיותיו ולא נראה להם אזי אין ספק דלכ"ע כל ששמעו הרבנים דבריו ולא נראו להם אזי יש לילך אחרי רבים ומי שאינו הולך אח"ר עיבר על איסור ומרבה מחלוקת בישראל דמאי חזית לילך על סברת יחיד נגד רבים ולא שבקת חיי ואצ"ל אם היחיד בא לקנטר או לאיזה סיבה ופנייה והרבנים והחכמים אשר בעיר ותורתם אומנותם וכל מעשיהם לש"ש ע"ד האמת וענוה צדק הם מתקנים לתיקון העיר כפי מה שנראה להם בינם לבין קונם דמלבד שאין להם שום קנטור ושום פנייה והנאה בזה עוד בא שהדין מצד עצמו פשוט ברור וצלול שיהיה גאבילה בעיר דהוא להוצאות וכו' ע"כ:

ומהאמור נפ"ל לנ"ד דהיא הסכמת הציבור ל"ב רוב מתו"כ וגם שהיא להנהגת העיר ולמחצה ושליש סגי וגם שכבר נתגלה טעמם שהוא טעם דיש לילך אח"ר אפי' לא נשאו ונתנו ביחד ובפרט שכל הרבנים והחכמים בדעת אחד אפי' יהיה שלא מן הדין וכ"ש אם יהיה מן הדין ויצא חכם אחד או ב' לערער ולהרבות מחלוקת כנ"ד דא"כ לא שבקת חיי וכנז"ל ועי' מ"ש הרמ"ז בתשו' ח"מ ח"א סי' י"ב דיו"ד ע"א וב' מ"ש בענין רוב מתו"כ באורך גם בשיירי יו"ד סי' רכ"ח בהגב"י אות רי"ד והרב מ"ץ ח"א סי' מ"ח דקס"א ע"א ע"ש בדבריהם:

ומלבד מה שהוכחנו מדברי מרן דסתרן ודלא כמור"ם ועיין בב"י שם דעדיפא מינה ראה תראה להרב ג"פ בכללים כלל א' דקכ"ו ע"ש מ"ש. והביא לנו דברי מהרלב"ח בענין הסמיכה שעשו רבני צרפת מעשה והסכימו למהר"י בי רב ז"ל רב וסמוך יתקרי טרם שנמלכו עם רבני ירושת"ו וחלקו עליהם רבני ירושת"ו דאין לסמוך בזה"ז וכתב הרלב"ח דאין יכולים לומר רבני צפת דהסמיכה היא סמיכה מטעם שאם רוב נגד רבני ירושת"ו דהסכמת הרוב שהיא בלא משא ומתן של כולם רובו מתו"כ אינה הסכמה כלל והוכיח כן מתשו' הרשב"א הנז"ל וכן היא להקת האחרונים ז"ל דאין רוב בכ"מ אלא רוב הבא מתוך הכלל כמו שרמז דבריהם בכנה"ג סי' י"ג אית כ"ב יעו"ש ואף רבני צרפת ומהר"י בי רב שקיימו הסמיכה ולא חשו לטעמא דמהרלב"ח דבעי' רובו מתו"כ לא היה טעמא שם אלא מפני שהיה סבור מהר"י בי רב דאותו ענין לא היתה הוראה ולא היה צריך משא ומתן ולא חיקור דין אלא הסכמה ביניהם בלבד לעשות סמוכים ולברר אחד מהם שיהיה סמוך כמו שיראה מדברי מהר"י בי רב דאיתא בתשו' הרלב"ח דרצ"ח ע"ד יע"ש והרלב"ח דש"ח ע"א חלק עליו דגם בתקנות והסכמות צריך משא ומתן שיהיו נושאים ונותנים אלו כנגד אלו כמ"ש הרמב"ם פ"א מה' ממרים יעו"ש:

וארוצה עד איש השק"ים מהר"י בי רב ודעימיה שהם רבני צפת"ו דלא חשו לה הוא משום דס"ל דבהסכמה ל"ב רוב מתו"כ ואפי' מהרלב"ח דפליג וס"ל דבעי' רוב מתו"כ גם בתקנות והסכמות. בנ"ד כיון דהוברר בתוך קהל ועדה וענו כולם ואמרו קבלנו אותו לרב ומו"ץ ואין דובר דבר כי ראו כי טובה היא מאד הו"ל הסכימו כולם כאחד:

ואקחך אל מקום אחר למהרשד"ם חאו"ח סי' ל"ז די"ג ע"ג וז"ל תשו' וכו' עד זה מרגלא בפה כל העם אבל רואה אני שמ"ש תו' אחרי רבים להטות אין הפי' כפי הנשמע לב"א שהרי אמרו ביבמות די"ד. על פלו' דב"ש וב"ה וכו' כי אזלי' בת"ר היכא דכי הדדי נינהו הכא ב"ש מחדדי טפי ע"כ. הרי בפי' לא אמרה תו' אחרי רבים אלא כשהם שוים החולקים אז הוי מע' הרוב מכרעת אבל כשיש הבדל בין שני הכיתות אפ' שאיש אחד יעלה לאלף והיכן כ' בתורה אלא שיש לנו לומר שמ"ש התו' אח"ר וכו' הוא אחרי רו"מ או אחרי רו"ב והיינו כשהם שוים אחרי רו"מ ובלתי שוים אחרי רו"ב וכו' יע"ש אח"ז בא לידי ס' פנים במשפט הנ"מ ח"מ סי' י"ג ס"ק ט"ז יעוש"ב שגם הוא העלה שבהסכמת הקהל לא בעי' רוב מתו"כ וע"ע שם אות ט"ו ונ"ד דמי לסמיכה:

שוב תראה לה' ב"י עייאש ז"ל בדיני המנהגים אות ד' דקי"ח ע"ד בענין בני אומנות אחת וז"ל ואע"ג דבעי' רוב מתו"כ וכו' מ"מ זיל בתר טעמא וכו' אבל אם כבר נשמע טעמם והוא טעם פגום דינן הוא והיו כלא היו ועיין להרשב"ץ ח"א סי' קכ"ג ותשו' מבי"ט ח"ב סי' פ"ד דל"ז דש"ז של"ז והרש"ך ח"ב סי' כ"ה וק"ט והראנ"ח סי' צ"ח הר"א ששון סי' ס"ט הרשד"ם בסו' חא"ח רלב"ח סי' קל"ט עכ"ל. אשר ממנו נקח לנ"ד שהטעם טעם פגום והם המעט דהרוב כופין אותן ול"ב רוב מתו"כ ועיין להרב ברכות המים יו"ד סי' של"ד ד"ץ ע"ג ורש"ל בס' נד"ל ח"ב סי' כ"ה בענין רוב מתו"כ גם בס' דרכי חיים הנ"מ ביו"ד ס"א או"ח עש"ב והרב פני יצחק יצ"ו ח"ג ס"ט דט"ל ע"ג וד' ובד"מ ע"א חדית לן מר דאפי' אם ירצו להקבץ יחד להיות רוב מתו"כ ל"מ עש"ב. ואומר כי נ"ד עדיף כי הועד אשר חתמו לו רוב אנשי העיר רו"מ ורו"ב וזט"ה הידועים שהם עיקר לכל צרכי העיר היו כולם ביחד והסכימו כאחד ולא נשאר כ"א דלת העם שלא היו במעמדם דודאי כלא חשיבין ובפרט בנ"ד ל"ב רוב מתו"כ כיון דאין מוחה ברבנות וכמ"ש הרב פנ"י יצ"ו הנז' דכיון דאין מוחה ה"ל כרוב מתו"כ יעו"ש. ועוד דכיון שנתגלה טעמם שהוא פגום דיש לילך אח"ר וכמ"ש הרב גנזי חיים ז"ל האמור לעיל וכו' והגם שהרב פנ"י הנז' בסוף התשו' כתב וז"ל הנלע"ד כתבתי ולא להלכה ולמעשה כונתי עד שיסכימו עמי חד מרבנן מומחה ופקיע דראוי להוראה ואם יעלו דברי לרצון לפניו מ"ט ומ"ן ישמח לבי גם אני ואהיה סניף עמו להלכה ולמעשה ואם לאו דברי לעו והיו כלא היו וכו' יעוש"ב. ועיין

להרב גנזי חיים בכללי הקי"ל או"ד דק"ל ע"ב דאין לומר קי"ל כוותיה כיון שלא הסכימו עמו אבל הרב בעל פנים במשפט כללי הקי"ל אות מ"ז כתב במ"ש הפוס' אם יסכימו עמי בעלי הוראה העלה שהוא מדת ענוה אבל הרב כ"ה דעתו לפסוק כפסקו יעו"ש:

וא"כ יכול המוחזק שהוא ראובן התפוס לומר קי"ל כהרב פנים במשפט בסי' כ"ה בכללי הקי"ל אות מ"ז והביא משם הרמ"ז שבט בנימין יעו"ש שהוא מדת ענוה ונימא הכי בנ"ד כי מ"ש הרב פנ"י יצ"ו עד שיסכימו וכו' ודעתו לפסוק כפסקו דכיון דאין מוחה הו"ל כרוב מתו"כ ונ"ד אין מוחה ברבנות והא בהא תליא וזה בל"ז א"א ל"ב רוב מתו"כ. ועיין לעט"ר הרמ"ז בכנה"ג ח"מ סי' י"ג בהגב"י אות מ"ב ואילך. ושם אוט"ל הביא משם הרב משא מלך וז"ל כל היכא שמתקני' הקהל בענין שהם צורך אין צריך שיהיה רוב מתו"ך אבל אם הוא דבר שאינו למיגדר מילתא ויש שם הפסד לשו"א בעי' רוב מתו"ך עכ"ל ויהיו דבריו אלה לנ"ד דהוא תקנה לציבור וגם למיגדר מילתא לא בעי' רוב מתו"ך וגם אין שם הפסד לשו"א כי הפרס הוא מן הכולל ועיין בספר פתחי תשו' ח"מ סי' רל"א ס"ק ו' שהאריך הרחיב בפרט זה ע"ש. ועיין בחת"ס סי' קט"ז באורך בדבר שהרוב יכול לכוף את המיעוט וכו' ובלא"ה כבר נהגו בכל גלילות אלו למיזל בת"ר בכל ענינים כאלו ואם נמתין עד שיסכימו כולם לא יגמר שום ענין ויהיה השחתת הכלל דמה"ט כ"ל דגם לר"ת דס"ל דאין להסיע על קצתן אלא כשהסכימו כולם מתחי' מ"מ מודה הוא במנהגא וכו' יעש"ב. וזהו בנ"ד שיש מנהג כמ"ש לעיל:

אחרי כתוב כל האמור כה הראני אחד מאהובי פעה"ק צפת"ו בשנה זו התרנ"ז את ספר התו' הזה פנ"י ח"ג הנד"מ שנה שעברה לאחד משכה"ג ממשפחת אבו' יצ"ו בס"ט שהאריך הרחיב ברוחב מבינתו וזו הלכה העלה לדעת מרן הב"י דס"ל דהרוב כ"ל הוא דוקא במסים כנדון מהרב"ח וכ"ה מתשו' הר' מר ואהלות ד"י יעש"ב ואסיק למילתיה שם דל"ז ע"א לא כן בנ"ד שאינו בעניני מסים כלל ודאי דאזיל ומודה דאין הרוב כ"ל אף למרן ז"ל אלא דלא חשו לבאר זה כיון שלא נשאלו ע"ז וכמובן ודברים פשוטים עכ"ל:

ואנא חירגא דיומא לא שמיה אמינא ולא מיסתפינא דמרן א"ל בכל מילי אף בגוונא דנ"ד שאינו מענייני מסים ואפי' דאית ביה ר"ל ופ"ל ס"ל דהרוב כ"ל והאלק'ים אינה לידי תשו' מהרמב"ח כ"י ושם ראיתי את הראיות שהביא מד' מרן להורות נתן דאי"ל אפי' בדאי' ר"ל ופ"ל הרוב כ"ל אינם בענייני מסים והם אלו שהבאתי אותם אנכי העבד למעלה ראש וממילא אתיא לענייני מסים במכ"ש והרב הנז' לא שלטה עינ"ק בדברי הרב מהרמב"ח ואילו היה רואה הדברים בשורשן פשוט וברור שלא היה מחלק בין עניני מסים לדבר אחר והיה פסיק לה בסכינא חריפא בדעת מרן הק' דלכל מילי אמרה

וראיה לדבר דמרן אי"ל דהרוב כ"ל לכל מילי מדהביאה בדיני נדרים סי' רכ"ח ולהורות נתן דאי"ל דהסכמה דין נדר יש בה וכמו שהארכתי במ"א ואם איתא לומר כדברי מרן דדוקא לענין מסים אמרה תו' דהרוב כ"ל וכמ"ש הר' פני' הנז' הי"ל די"ז בדיני מסים בח"מ סי' קס"ג ששם הביא דיני מסים. וגם לך נא ראה להר' חוקות החיים ח"מ סי' ג' די"ב ע"ג שהביא משם הרב המורה גדול הנאמר באברהם הוא הרב המחבר מר ואהלות בסי' ה' שפסק שאינו ענין מסים ואפי"ה פי' דהרוב כ"ל אפי' דהוי ר"ל ופ"ל וכפי מה שהוכחנו אנן בעניותין הדבר יצא מפי הרב מר ואהלות לפסוק כן אפי' באתר דקבילו עלייהו לפסוק כהוראות מרן הק'. ועוד כפי האמור שדעת מרן בכ"מ נפק"ל דס"ל בדעת הרמב"ם כדעת האו' דס"ל דהרוב כ"ל בכדי שלא תק' דהיאך יתכן שיפסוק היפך הרא"ש דסובר שאין הרוב כ"ל וה"ל תרי מגו תלתא וכמ"ש בהקדמתו לב"י וכמו שהקשה הגאון חק"ל במ"ב ח"מ ס"ד דף קע"ו ע"ג שהביאו הרב פני' הנז' יצ"ו וז"ל א"כ איך יתכן שיפסוק היפך מ"ש בהקדמתו לב"י וכו' ע"ש ועיין למהר"ם אלשיך סי' נ"ט מד"ק ואילך ע"ס התשו' שהכריע כסברא קמא דר"ת דרשאים להתנות וברובא סגי יעיש"ב ובתוכם מנה לג' עמודי הוראה דס"ל דברובא סגי:

אף אנו נאמר דכן ס"ל למרן הב"י ולכן פסק דהרוב כ"ל על פי שלשת הרעים עמודי ההוראה שפסקו כן ומה גם בנ"ד שכבר הוא תפוס מנכסי אחד מהם והוא מוחזק ולא יהיה אלא ס' בדברי מרן יכול המוחזק לומר קי"ל כהאי פי':

עוד כ' הרב הנז' יצ"ו שם דל"ז ע"א להביא ראיה דמרן ס"ל דאין הרוב כ"ל וז"ל שו"ר דבכה"ג דנ"ד שהוא מידי דהס' ותקנה במינוי דיינים מבואר דעת מרן דס"ל להדייא דאפי' יחיד מוחה ואין הרוב יכולים לכ"ל שמצינו בש"ע או"ח סי' ג"ן וז"ל אפי' יחיד יכול לעכב ולומר שפ' איני רוצה בו להיות חזן עכ"ל וכו' וכיון דס"ל הכי במינוי חזן הה"ן במינוי דיינים וכו' דמ"ש הא מהא וכבר כתב הרשב"א בתשו' הביאה מרן הב"י יו"ד סי' רכ"ח דכל המינויים הצריכים לצבור כגון נאמנים וגובי המס וש"ץ וכל כיוצא בזה אין למקצת הציבור לעשותו בלתי הציבור כולו ואם עשו הוא שלא כדין ע"ש ש"מ דכל המינויים שוים הם ובודאי דהסכמת מינוי דיינים בכלל זה דאפילו יחיד מוחה וכו' יעוש"ב:

ולדעתי המעט אחר המחי"ר שנא ושנא דין ש"ץ משאר מינויים וכמו שבארתי אנא זעירא לעיל וגם מה שפי' בד' הרשב"א קחנו משם ותרוה צמאונך דאין שום ראיה משם ומה שהביא עוד מהרב מחנה יאודה קצין ז"ל ע"ש כעת אינינו בידי ס' הנז' לכן אתה קורא

נעים עזוב תעזוב עמי בהיות לאל ידיך לעשות וכאשר כתב הוא לפרש דברי הפנ"י הנז' יצ"ו שהוא דחוק:

גם מה שהעמיד דבריו על תי' תשו' הרשב"א דסתרי אהדדי ע"מ שתי' הרב"א סי' כ"ה הנה כתבתי לעיל דמלבד משה"ק עליו הפ"מ והב"י עייאש ז"ל לך נא ראה להרב פרי הארץ ח"ב דקכ"ט שהק' עליו כמה קושיות עצומות ובסו"ד תירץ כמו שתי' אני אלא שאני הרחבתי הדיבור בכמה ראיות מהרשב"א עצמו:

איך שיהיה בין הכי ובין הכי בנ"ד גם הרב אזיל ומודה כיון דאי' בהרב שרוצים בו הרוב כל המדות שמנו חכמים ודאי שכופין את המיעוט תוכו רצוף לנ"ד שכל העם מקצה יחד עשיר ואביון כולם פה אחד אומרים לקבלו לרב ומו"ץ א"כ אין בו רוב לכוף את המיעוט אלא ע"ד חכם באשי וכיון שא"א זה בל"ז א"כ בודאי שהרוב שרוצים בו בב' השררות כ"ל יען שהם צריכים לו ובלי ב' לא יכון ואם מטעם אחר כמ"ש הגאון חק"ל שם וגם הפנ"י יצ"ו דל"ח ע"א וב' כבר הוכחנו דליתא אחר שהוא הרב כבר מת וגם תקנתם היא לצבור ובזה הכל מודים דהרוב כ"ל ובמ"א הרחבתי הדיבור בזה ועיין לה' פ"מ ח"א סי' כ"א שכתב דבמינוי מרביץ תורה הוי ר"ל ולהאי והרוב כופין למיעוט ע"ש:

וכי תאמר בלבבך כי הם אנוסים בזה כי אין בהם כח להוציא הוצאות מרובות וכמ"ש בשאלה כששלח הרב ראש"ל יצ"ו בדבר השני רבנים וכו' אי מהא לא תסברא דהגם דאין שום כח להוציא הוצאות מרובות להביאה מקרית מלך רב מכל מקום יכולים לעשותה מתוך העיר בדבר מועט כמו שנעשית לאחר ואין הציבור עני כל כך עד כידון לדונם כאנוסים בדבר זה וכמ"ש מור"ם בהגה ביו"ד סי' רל"ב ס' י"א וז"ל מ"מ אם בנקל יכולים להשתדל לא מיקרי אונס ע"כ וגם כי כגון דא לא הוי אונס לומר אדעתא דהכי לא נתחייבנו כיון דהיא מילתא דשכיחא ומילתא דשכיחא הו"ל לאתנויי וכמ"ש מהריב"ל בח"ב סי' נ"ב יעו"ש ומה גם אם היו רוצים לתת בדבר מועט בתוך העיר כבר הרשות היתה נתונה וכמו שכן נגמר הדבר עם המלכות והם לא רצו לעשות אפי' אחר שהכינו המעות א"כ מי זה אמר ותהי לקרותם אנוסים בדבר כזה וגם כבר ידעו כי מינויו היה לפ"ש ובנקל יכולים לסלקו ומה ששלחו ע"י עיה"ק ירושת"ו לקרית מלך רב קושט"א קאי הוא יען כי בלאו הכי הם צריכים להביאה משם ליותר יפוי כח הם אמרו כי בבואה משם ע"י עה"ק ירושת"ו יוקל המתן והם לא יצטרכו לתת אפי' פקש"ן במקומם ובראותם כי אדרבא רבו כמו רבו ההוצאות חזרו בהם והו"ל אונסא דשכיח והיה להם להתנות וא"כ הם שהפסידו אנפשייהו וחייבים ולא מצו פטרו נפשייהו בטענת אונס ועיין להרב פני יצחק יצ"ו בח"ג ס"י בסוף בפסקת והגם וכו' ובנ"ד דהוא מוחזק יכו"ל קי"ל:

ואם תאמר כי זה האיש שנתמנה חכם באשי הוא במקום אביו והוא זוכה בה מדין ירושה ולכן אין יכולים לסלקו ולבעבור זאת הם אנוסים בדבר שאין בכחם להביאה לראובן הנז' ואם כן הם פטורים מלשלם את שכרו ומכ"ש לנ"ד שהוא לפוטרם ממון אי מהא ל"מ אמרת כיון דהוא מילתא דשכיחא הו"ל להתנות וכמו שכתבתי לעיל ועוד זאת לפי מה שהעלינו לעיל שדין הרב כדין המלמד ובדין זה דמלמד פסק מרן דאם הבעל הבית אינו רוצהו יכול לסלקו. עיין להרב פני יצחק יצ"ו בחלק ג' ס"י דמ"ד ע"ב שהביא מחלוקת ויכול לומר קי"ל ואם כן ראובן הנז' שהוא מוחזק יכול לומר קים לי כהרשד"ם ודעימיה דלא מהני להו טענת אונס לפוטרם ממון שנתחייבו בו וגם אין יכולים לומר אנוסים היינו בקבלתו וכמ"ש הרב מים שאל דמ"ה ע"ג שכתב על נדונו שאין הקהל יכולים לטעון טענת אונס בקבלתן עליהם לאותו פקיד הביא דבריו הרב פני יצחק יצ"ו דמ"ג ע"ד ועיין שם מה שהקשה עליו מתשו' הרשד"ם סי' קל"ה יעויין שם באורך. בנדון דידן אזיל ומודה גם הרב פני יצחק יצ"ו שהיא דומיא לתשו' הרב מים שאל וכמ"ש שם וזה לשונו עוד זאת הרואה יראה דשנא ושנא נדון הרב מים שאל הנז' מנ"ד וגבה טורא בינייהו דאילו התם קבלתם לאותו פקיד היתה מטו"ר הגמור והישר עד שנתנו חינות להקב"ה שהזמין להם איש כזה וכמו שהוכיח במישור הרב הנז' גופיה הבין מסצעת דבריהם הבאים בכתב הרשאתם לאותו פקיד ויעו"ש. משא"כ בנ"ד דליכא שום הוכחה בשטר הנז' שיש ביד ראובן לסלק מהם טענת אונס כלל וכו' עכ"ל. אף אנו נאמר כן בנ"ד שיש ביד ראו' הנז' כמה וכמה דילוגים ומכתבים ובקשות עד שרצה לבא אצלם א"כ מי זה אמר ותהי שיכולים לומר אנוסים ומה גם כי עד כידון כל העיר מגדולם ועד קטנם רוצים בו לדומוז"ק כ"א אדעתא דתרוויהו הוא דנחית ככתוב בשטר שבידו א"כ מי יכו"ל שאינם חייבים לפרוע כל קצבתו וכיון שלא הביאו לו את ב' והוא יצא מהעיר אחר שהתרה בהם חייבים הם לשלם לו ואף הרב פני יצחק יצ"ו יורה יורה ידין ידין כי המרחק רב ביניהם עו"כ וז"ל גם טענתם הב' וכו' ובדמ"ד ע"א גם טענתם הנז' כי אדעתא דהכי לא נתחייבו לקבלו עליהם כלל באופן זה וכו' יעוש"ב ותמצא שנ"ד הכל היפך:

ולעילא מכל בנ"ד נתחייבו חוב החלטי ואם לא יקיימו התנאים אפי' באונס חייבים וכמ"ש הרב פנ"י יצ"ו בח"א סי' י"ז דק"ה ע"א וב' עש"ב ושם כתב וז"ל באופן דהרי לפנינו להקת הנביאים דס"ל דכל שנתחייב להם חוב גמור תו לא מהניא טענת אונס ע"כ. וגם בנ"ד נמי נימא הכי והגם דאיכא שם כמה מרבוואתא דלא סבירא להו הכי מ"מ כיון דהוא מוחזק יכול לומר קים לי וכ"ש למ"ש הרב הנז' שם דק"ז ע"א שהביא לנו תשו' אבקת רוכל סי' פ"ז שדחה דברי מהר"ם ב"ב שהבין ד' הרשב"א דמיירי גם בחיוב

החלטי והוא כתב דהרשב"א לא מיירי אלא בחיוב על תנאי ולא בהחלט עש"ב. ומאחר שקבלנו הוראות מרן בתשו' א"כ ודאי דנקטי' הכי. זאת ועוד אחרת לנ"ד הגם שנאמר שהוא אונס הוי אונס ממון ואונס ממו' לא הוי אונס כידוע. וכן פסק מרן הב"י בח"מ סי' שפ"ח וז"ל וכתוב בתשו' מיימוניות דספר נזיקין סי' פ' דהא דאנסוהו נכרים להראות ממון חבירו פטור היינו מחמת אונס נפשות אבל מחמת אונס ממון לא הוי אונס וחייב ופשוט הוא ע"כ. ובשולחנו הטהור שם ס' ב' השמיט דין זה ומורם ז"ל שם הביאו וז"ל ולא מיקרי אונס אלא הכאות ויסורין אבל לא אונס ממון והטור בחושן משפט סי' ר"ה ס"ד כתב וז"ל לא שנא אנסוהו אונס הגוף כגון שהכוהו עד שמכר לו ולא שנא אנסוהו אונס ממון כגון שהפסידוהו בהפסד ממון בין על ידי עכו"ם בין ע"י ישראל ומרן שם ס"ז וז"ל אחד האונס את חבירו כשהכהו או תלאו עד שמכר לו או שהפחידו בדבר שאפשר לו לעשות וכתב מורם שם בין אונס ממון בין אונס הגוף וכו' ואח"ך כ' מרן בין ע"י עכו"ם ובין ע"י ישראל ה"ז אונס ומרן נגרר אחר הרמב"ם שהשמיט הא דכתב הטור לא שנא אונס הגוף הא ודאי י"ל שדעת הרמב"ם בפ"י דמכירה שהשמיטו הוא משום דאית ליה דאונס ממון לא שמיה אונס וכו':

והגם כי הרב זרע אברהם ח"ב ח"מ סי' י"ג דקכ"ה ע"ב כתב וז"ל והגם כי מורם בהגהותיו על הש"ע פסק כהג"מ שהביא מרן בב"י לא מיקרי אונס לא הכאות ויסורין אבל אונס ממון לא הוי אונס יעו"ש. כבר הרש"ך ז"ל הביא שם ס"ק כ"ב דכיון דהרא"ה הביא משם הרמב"ן ז"ל דאפי' באונ"מ פטור וגם הרשב"א סי' תתק"פ כתב כן דמספקא לא מפקינן ממונא דמצ"ל קי"ל כוותייהו יע"ש. וגם מהרשד"ם בסי' נ"ה בכיוצא בזה כתב דכל דבר דהוי פלוגתא דרבוואתא לא מפקינן ממונא יעויין שם וכן יש להוכיח מדברי מרן ז"ל דאף על גב דבבית יוסף כתב על דברי הג"מ דפשוט הוא בשולחנו הטהור השמיטו מהלכה כנראה שחזר בו שראה דברי הרשב"א והרא"ה בשם הרמב"ן ז"ל הנז"ל שהביא הרש"ך ז"ל וכדכתיבית לעיל:

הבט נא וראה להר' ויוסף אברהם סי' כ"ג דקל"ח ע"ב וז"ל או היכא שמצינו שבב"י הביא דין ובש"ע השמיטו וכוונת השמיטה ר"ל שלכתחי' השמיטו כגון ההיא דסי' ש"ב בטיט שעל רגליו דכיון דהתחיל בדין אם איתא דלא חזר בו הו"ל לסיים או שעל נעלו ומדלא סיים הכי נראה שחזר בו ממ"ש בב"י משא"כ אם דילג דין אחד לגמרי אז בכגון דא נוכ"ל דכיון דהש"ע לא עשאו אלא למפתח בעלמא ועיקר פסק ההלכה הוא ממ"ש בב"י לא חש להביאו בש"ע כיון שבלא לימודו בב"י אין רשאי שום דיין לפסוק כ"א כשילמוד בב"י א"כ יקחנו משם עכ"ל. אך במ"ש מורם שם בסי' שפ"ח בשם תשו' מימון

דאונ"מ לא הוי אונס קשה שהרי מור"ם גופיה ס"ל ביו"ד סי' רל"ב לענין נדרי אונסים בסעי' י"ב דאונ"מ הוי אונס וז"ל שם ואם אירע לו אונס והיה יכול לסלקו ע"י ממון הרבה שיתן מיקרי אונס ע"כ והביא זה מהריב"ש סי' קפ"ו. ואת השלישי"י לו בא נראה דמ"ש מור"ם בח"מ סי' ר"ה לענין תליוהו וזבין דגם אונ"מ חשיב אונס ובשלמא הא כבר ישבה מהרח"ש בקונ' המודעה די"ב ע"ב דיש הפרש ודאי בין שבועה וחרם למכר ומתנה ועי' ט"ז יו"ד סי' רל"ב ס"ק י"ז וגם הש"ך כתב להדייא דהכא איירי שאומדין אותו וכו' ע"ש בש"ך יו"ד סי' רל"ב וא"כ הכא נמי שאני בין מ"ש מור"ם סי' ר"ה לענין תליוהו וזבין דחשיב אונ"מ אונס ובין ההיא דסי' רל"ב ביו"ד דאיירי לענין נדרים ומוהרח"ש גופיה שם קאי על ההיא דתליוהו וזבין וחילק בין הנדונות ע"ש. אך עדיין קשה ההיא דסי' שפ"ח דאיירי במוסר ופסק מורם עלה דאונ"מ ל"ה אונס ואילו בסי' ר"ה בתליוהו וזבין פסק איפכא וצ"ל:

ולדידי חזי לי דמורם ס"ל דאונ"מ ל"ה אונס ושאני הכא מפני שהוא ממון הרבה וכמ"ש מהרא"י בסי' רנ"ד וז"ל וא"ת ישכיר תיירים במאה מנה וילך וישב לבטח האי נמי חשיב אונסא כדאי' בפ' כל הגט אטו תרקבא דדינרי בעי למיתב ליה ומביאה בסי' כ"ה ע"ש וכן מפורש יוצא במורם יו"ד סי' רל"ב סי"א וז"ל מ"מ אם בנקל יכולים להשתדל לא מיקרי אונס ע"כ א"כ בנ"ד דלא הוי ממון הרבה לא הוי אונס וכמש"ל ואפי' לדעת מורם:

ואי משום ירושה לקמן תמצא שאין לו דין ירושה כאשר אפרש. ואי משום שכבר נתמנה מיניו אינו מינוי כי אפי' העם אשר מינו אותו לא מינו אותו מינוי גמור כ"א לפ"ש עד אשר יראו איך יפול דבר ועוד שאפילו שיהיה לו מינוי גמור לא הוי מינוי וכמ"ש מהר"ם מינץ בס' התקנות בסי' ק"ב הובא נוסח תקנה וז"ל ועוד גזרנו ונידינו והחרמנו בשמתא ובשם מיתה שלא יהיה האדם רשאי ליטול שררה לא ע"י מלך ולא ע"י שר ושופט כדי לענוש ולקנוס ולכוף את חבירו לא בדברי הבאי ולא בדברי שמים כי יש עושים עצמם פרושים ואפי' צנועים אינן אם לא שמינו אותו רוב הקהל מפני חשיבותו והעובר על גזרתינו יהא באלה ובשמתא ובנידוי ומוחרם בשם מיתה ובשמתא יהיה ויהיו כ"י מובדלים ממנו חתומים ובלתי חתומים ותלמידיהון ותלמידי תלמידהון וחברתהון פתו פת כותים ויינו יי"ן וספריו ספרי קוסמין והשומר תקנתינו ינוחו ברכות על ראשו ועל תקנה זו חתומים שמואל בר מאיר שהוא רשב"ם יעקב בר מאיר שהוא ר"ת אליעזר בר נתן שהוא ראב"ן וק"ן רבנים עמהם עכ"ל וגם הובאה בס' תשובת מהר"ם ב"ב שהוא מהר"ם מרטנבורק ז"ל סי' תתרכ"ב:

והריב"ש ז"ל סי' רע"א כתב שם וז"ל ואיברא שאין ליטול רשות מן המלך שלא ברצון הקהל והעושה כן מצער את הציבור ועתיד ליתן את הדין וכ"ש אם אינו ראוי לדון מפני שאינו יודע או מפני שאינו הגון ועברו הג' או ב"ד ונתנו לו רשות בטעות אין הרשות זו מועלת לו כלום עד שיהיה ראוי שהמקדש בע"מ למזבח אין קדושה חלה עליו עכ"ל:

והרדב"ז בחי' על הרמב"ם כתב וז"ל הוצרך לכתוב הכא אע"ג שכבר כתבו בפ"ג שהממנה עובר משום לא תכירו ומשום לא תטע לך וגו' משום דהא כיון דראשי גליות היה כח בידם להפקיר ממון אחרים דהם כמו מלך אם מינו את שאינו ראוי ליהוי מינוי קמ"ל דהוי כמקדיש בע"מ שאין חלה וכו' ואין חייבים לנהוג בו כבוד והלבוש אשר מתכסים בו הוי כמרדעת לחמור עכ"ל:

וכמו שמצינו לרבינו הק' בכתובות דק"ג שמינה לר"ג בנו נשיא ולר"א בנו חכם ולחנינא בר חמא לישב בראש ופי' רש"י ראש ישיבה אעפ"י שגם ר"ש היה חכם וממלא מקום אבותיו אפי"ה מינה לרחב"ח ודאי כי בדבר החכמה שהוא ראש ישיבה לדון את החוקים ואת התורות כלך אצל מי שהוא גדול בתורה ואין בו דין ירושה כ"א בשאר מינוים הוא דאיכא ירושה ואף בשאר מינוים כגון נשיא דוקא אם ביראה ממלא מקום אביו אזי זוכה לנשיאות הגם שאינו ממלא בחכמה כיון דהנשיאות אינו תלוי בחכמה דוקא כ"א צריך גם ביראה הא לא"ה לא היה זוכה ר"ג בנשיאות היות שצריכה יראת ה' ועם שונים לא יתערב והיה יכול למנותו אלא משום שהיה אחיו גדול ממנו וכמו שפרש"י שם ד"ה ההוא ממלא מקום אבותיו וכו', ונ"ד תרתי ליתנהו ביה לא חכמה ולא יראה כידוע לכ"ב שער עירו היושב בה וגם העיר אשר בה ממונה כולם יודעים:

ויש לי להביא ראיה דאם יש טעם מספיק לא יש דין ירושה מהא דאיתא במדרש פ' פנחס ע"פ יפקוד ה' אלק'י הרוחות והביאו רש"י ז"ל כיון ששמע משה רבינו עליו השלום שאמר לו הקדוש ברוך הוא תן נחלת צלפחד לבנותיו אמר הגיע שעה שאתבע צרכי שירשו בני את גדולתי אמר לו הקדוש ברוך הוא לא כך עלתה במחשבה לפני כדאי הוא יאושע ליטול שכר שימושו שלא מש מתוך האהל וזה שאמר שלמה נוצר תאנה יאכל פריה עכ"ל:

והרא"ם הביא לשון במדב"ר בנו"א שהשיבו הקדוש ברוך הוא למשה רבינו עליו השלום בניך ישבו להם ולא עסקו בתורה וכו', הרי מוכח משם דבעי' שיהא חכם גדול בתורה ולא תועיל לו הירושה כשאינו חכם וגם תפי' משה רבינו עליו השלום על בניו לא הועילה משום שלא עסקו בתורה נקטי' מהכא דחכמת התורה אינה ירושה אלא אזלי' אחר הגדול בתורה ושבקינן לבן הגם שהוא חכם:

ברם זכור אותו האיש שאין בו שום דבר משבעה מדות שמנו חכמים בדינים שפסק מרן בשולחן ערוך חושן משפט סי' ז' סי"א וזה לשונו בית דין של שלשה צריך שיהא בכל אחד מהם שבעה דברים ואלו הם חכמה. ענוה. יראה. שנאת ממון. אהבת האמת. ואהבת הבריות להם. בעלי ש"ט עד כאן. ובנדון דידן חכמה אין כאן שיש טובים ממנו הרבה גם ענוה אין כאן שהגיע לומר שהוא פבריקני לעשות מרמות ותוך ועניו לא יעשה כן. יראה אין כאן איה חסידותו לבער אש המחלוקת בעירו לסיבתו. שנאת ממון אין כאן שכל מעשהו לרדוף אחר הממון שיוצא מהחותם. אהבת אמת אין כאן דאם אוהב האמת מי התיר לו לתת שוחד בחיק בכדי למנות עצמו חכם באשי אשר אינה הולמתו. אהבת הבריות אין כאן דכ"ע ידעי לה דאף המחזיקים בידו לא משכחת מאהבתו אלא משנאת אחרים לנגד להם. בעלי ש"ט ג"כ כנודע לכ"ב שער עירו אשר שמו נודף ונודע בשערים ואפי' שכבר זכה אפילו הכי יכולים לסלקו וכ"ש שאין למנותו מחדש כיון שאין בו שום מדה טובה מכל אלו ואמינא לה במכ"ש ממ"ש במס' בתרא דכ"א ע"א אמר רבא האי מיקרי דרדקי וכו'. ופסקה מרן בשולחן ערוך יו"ד סימן רמ"ה סי"ח וזה לשונו אם יש כאן מלמד לתינוקות ובא אחר טוב ממנו מסלקין את הראשון מפני הב' ע"כ וכ"ש בנ"ד שבלא"ה אינו ראוי וצריך לסלקו:

ולך נא ראה מ"ש מרן בש"ע חושן משפט סי' ח' ס"א וז"ל כל המעמיד דיין שאינו הגון ואינו חכם בחכמת התורה ואינו ראוי להיות דיין אעפ"י שכולו מחמדים ויש בו טובות אחרות המעמידו עובר בל"ת וכתב הבאה"ט וז"ל האי וא'ו של ואינו חכם היא מחלוקת ותרתי קאמר או אפילו הגון במעשים ואינו ת"ח וכדמסיק אעפ"י וכו' סמ"ע עכ"ל. וכאן תרתי ליתנהו ביה וע"ע לה' ברכות המים בח"מ על השולחן ערוך ס"ז דקנ"ז ע"ב וזה לשונו שהעלה שברבנות ודיינות אין בו ירושה ע"ש ומרוהטת לישניה שם מוכח דס"ל בענין נשיאות שא"ץ שיהא חכם גדול ובקי אלא אף שאינו ראוי להוראה אפי"ה ממנים אותו לנשיא. ולדידי חזי לי כל בתר איפכא דהנשיא צ"ל חכם גדול בתורה מההיא דסוף הוריות שרצה להעביר רשב"ג מנשיאותו על שלא היה בקי בעוקצין משום דמי ימלל וכו' למי נאה למלל גבורות ה' למי שישמיע כל תהלותיו ע"ש א"כ צריך הנשיא להיות בקי בחדרי תו' הלא"ה מעבירין אותו אחר שעלה ג"כ:

אחרי מופלג נד"מ בש' התרנ"ו סה"ב ישא איש להרה"ג ראש"ל נר"ו וראיתי לו בח"מ ס"י דצ"ד ע"ב יעוש"ב שהאריך הרחיב בזה יותר ויותר והנה גם הוא הביא ראיותי הנז' וישמח לבי ויגל כי נתכוונתי לדעת ק' ואפי' לפי כל האמור בדין הוא שאין לבן הרב הקודם לישב במקום אביו ואף אם ישב מעבירים אותו:

והגם לדברי הריב"ש שהביאו מורם יו"ד סי' רמ"ה סי"ח אחר שפסק לס' מהרא"י ומהר"י וייל ז"ל הביאו שהוא היפך מהם וז"ל ומי שהחזיק לרב בעיר אפילו החזיק עצמו באיזה שררה אין לו להורידו מגדולתו אעפ"י שבא אחר גדול ממנו הנה מדוייק לשונו דקאמר אעפ"י שבא אחר גדול ממנו היינו לומר שבא אכסנאי לעיר ואין להורידו אבל בן העיר יכול להורידו וכמש"ל משם מהראנ"ח שדייק כן מדברי מהרא"י יעו"ש אף אנן נמי תנינן הכי בדברי הריב"ש דדוקא הבא מחוץ לעיר כגון נ"ד שהוא אכסנאי אבל אם יהיה הדבר שהבא בגבולו הוא בן עיר אזי מודה הריב"ש שאפי' הראשון החזיק מבטלו מחזקתו וא"י לעכב ע"י ולזה כיון מורם בהביאו לשון הריב"ש ז"ל:

והיינו ממש בנ"ד דראובן הנז' שבא בגבולו הוא עיקרו בן העיר וע"ע בהראנ"ח בשניות ס"ע שהביא לדברי מהרא"י לענין דינא וז"ל ונראה מהם ברור מ"ש שאפי' החזיק הא' בדבר א"י לעכב על חבירו לעשות כדבר ההוא וכו' ועוד י"ל דאפי' מתבטלת חזקת הראשון ע"י הב' א"י לעכב ע"י והכריח הדבר בטעם נכון מדברי מהרא"י הנז' עש"ב וט' להרב ברכות מים הנז"ל ומה נאה ניר זה דברי הרשב"א סי' ש' הביאו הרשד"ם יו"ד סי' כ"ה וז"ל וכלל גדול אמרו רז"ל בכל ענייני המינויים שאם היה הבן ראוי הוא קודם לכל אדם וכו' וכתב וז"ל דהיינו באחד שגדול ממנו קצת אמנם אם האחד אין יחס עמו ודאי דהגדול קודם וכ"ש מי שאינו ראוי כי המרביץ תורה ומנהיג קהל עם רב צריך שיהא פקיע בד"ת וכו' עד שלבי אומר לי בלי ס' שלא דבר הרב כ"א בת"ח שהרי כתיב צדק צדק תרדוף הלך אחד ב"ד יפה ואמרו המעמיד דיין על הציבור וכו' ומ"ש ביומא דכתר תורה אינו ירושה אלא כל הרוצה ליטול וכו' עש"ב. וגם הרב גו"ר יו"ד כלל ג' סי' ז' עמד על דברי הרשב"א הנז' ודייק כן דמ"ש דאין לדקדק בהפרש זה אלא כשההפרש הוא דבר קל אבל אם האחד הוא מופלג מן הבן וכו' מעכבין את הבן וממנים אחר וכו' ע"ש.

ומכ"ש לנ"ד לפי האמור וגם שאינה ירושה כנז"ל וק"ו הדבר לנ"ד ממ"ש החק"ל חאו"ח סי' י"ט דכל שהרוב אינם רוצים בבן המנוי אף שהוא נגד המצוה דירושה דאורייתא נדחה ממינוייו דברוב תליא מילתא יע"ש בדבריו הוב"ד בהרב מ"ב רש"ל בס' נד"ל ח"א סי' ק"י דרי"ז עמוד ג' וזה לשונו ממוצא דבר בין תבין דעיקר זכות שררת הדיין על הציבור תלוי בדעת הציבור דאם רוב הציבור אינם מרוצים ורוצים לסלקו מה כחו יפה להשתרר עליהם בחזקה שאין הדעת סובלתו וכו' יעוש"ב עוד כתב שם בדרח"י ע"ד וז"ל והשתא כיון דמצד עצמו צריך להסתלק מצד הדין כיון דאין רוב הציבור רוצים בו אין לו להתלונן ולהחזיק במחלו' לקבץ עמו מיחידי העיר ולשלח מדנים בין אחים ולמאן במי שבחרו הרוב דהו"ל מחלוקת שאינה לש"ש ולאו שפיר למיעבד הכי יעוש"ב ושם עמוד א' כתב

וז"ל והנכנסים במקום מי שנמצא דופי בנ"א דהוא מותר גמור אפילו לדעת הריב"ש והרד"ך האוסרים יעו"ש. וא"ת לומר לראו' הנז' הבא מחדש שהוא מבקש להיות חכם באשי והלא אמרו רז"ל עני המהפך בחררה וכו' וכ"ש הכא שכבר באה לידו ודאי אסור טפי ואין להאריך בדבר כי כבר הדבר ידוע לו וא"כ מה זה ועל מה זה לא יקבל ברבנות לבדה ולא יכנס בחשש איסור:

לא תגורו מפני האיש האומר כן כי הוא לא בקש זאת מידם כ"א רו"מ ורו"ב הם מאילם ומעצמם אמרו כן ואם יש ב"מ איסור הוא עליהם ולא עליו שהם בעלי חררה ואם הם אינם רוצים בו רשאים הם בדבר:

הקשיבה לי הנה מקור דין זה הוא בקידושין פרק האומר דע"ז בההיא דרב גידל וכו' יעו"ש בגמרא וכתבו התוס' שם ומכאן נראה לכמה"ר יצחק שאסור למלמד להשכיר עצמו במקום שיש מלמד אחר וכו' יעש"ב בדבריהם וע"ע לה' עצמות יוסף שם מ"ש לפי' דברי התו' הביא דבריהם עט"ר הרמ"ז בכנסת הגדולה חושן משפט סי' רל"ז בהגהות בית יוסף אות י"ד יעויין שם באורך:

ומרן הש"ע חושן משפט סי' רל"ז ס"ב פסקו וז"ל אסור למלמד להשכיר עצמו לבע"ה שיש לו מלמד אחר בביתו אם לא שיאמר הבעה"ב אין רצוני לעכב המלמד שלי וכו' ע"כ:

ותבט עיני בשור"י לעט"ר הרמ"ז בכנסת הגדולה חושן משפט מ"ב סי' רל"ז בהגה"ט א"ו וזה לשונו לא אמרו עני המהפך בחררה אלא במי שבא ליטלה מיד מי שמהפך בו אבל אם בעל החררה נתן לו מעצמו בלי תביעתו לא. מהר"ם אלשיך סי' ס"ז מהר"א גאליקו כ"י וג"ז נלמד ממעשה דרבין חסידא עכ"ל:

ומ"ש הרשב"א הובא בב"י סי' קנ"ז בחייט הרגיל אצל קי שירוני לעשות מלאכתו ובא אחר ליכנס במקומו וכו' גוערין ומוחין בו, הטה אזנך ושמע כי נדון הרשב"א הוא שבא האחר לפתות את העירוני להיות חייט אצלו לכן איתיה בדין עני המהפך בחררה לא כן בנ"ד שבעלי החררה הם שנתנוה לו והוא לא הלך לבקש וכמ"ש מהר"ם אלשיך הנז':

וכן נראה מדברי הרב שארית יוסף סי' י"ז דח"י עמוד ב' וזה לשונו ועוד שהרי טוען שכנגדו שהעירונים הם שלחו אחריו והפצירו בו לקנות וא"כ הוי כמו בעל הבית שאומר שאיני חפץ במלמד שיש אצלי שפסקו התוס' בקי' דמלמד אחר יכול להשכיר עצמו לו עכ"ל:

אוחזה בסנסיניו לנ"ד שהוא דומה בדומה שכל גדולי העיר רו"ב ורו"מ הם המה שכתבו לו במינויו גם חכם באשי וא"כ הם אמרו שאין רצונם בחכם באשי האחר וא"כ רשאי

להתמנות במקומו דהו"ל כדין המלמד שפסק מרן הנז' וע' להרב חת"ס ח"מ סי' ס"א וסי' ע"ט וסי' קי"ח באריכות בפרט זה:

ואנא עבדא הארכתי בפרט זה במקום אחר יעו"ש. ואי משום השגת גבול לכאורה נראה דאין השגת גבול וכמ"ש עט"ר הרמ"ז בכנסיה שלו ח"מ מ"ב סי' רל"ז בהגב"י אות ט' וז"ל אסור לחכם להתמנות למרבץ תורה להשיג גבול הקודם לו בהסכמת הקהל והרי הוא רשע וחייב. מהרש"ך ח"ג סי' צ"ה. אמר המאסף ראיתי בני עליה והנם מועטים נשמרים עצמם מלהשיג אחר גבול חבריהם כי הרדיפה אחרי השררה מעור עיני שכלם ברם זכור אותו האיש לטוב הר"ב אנג'יל יצ"ו שעם כמה חילויים ופתויים אשר חילו פניו פעמים שלש רוב העיר מפי סופרים ומפי ספרים והשיב שלא היה רוצה להשיג גבול רעהו זכרה לו מק"יו לטובה עכ"ל. וגם המבי"ט ח"ג סי' ר' כתב וז"ל אסור לחכם אחר לדון ולהורות באתרא דאית גבר חכם העיר דזכה במינויו דהוי משיג גבול ואסור וכו' ובאו דבריו בס' נד"ל סי' קי"ו דרי"ו ע"א יעו"ש וא"כ גם בנ"ד נימא דאיכא הכא נמי השגת גבול:

ואולם יש לחלק דשאני ההיא דר"א היה ממונה מהקהל וכמ"ש הרב שם להשיג גבול הקודם לו בהסכמת הקהל וכמו שמפורש יוצא גם בדברי המבי"ט הנז' ונ"ד הראשון לא היה ממונה בהסכמת הקהל ע"ד שיקרא גבולו והנכנס בגבולו יקרא רשע. ומכ"ש דאי' פלו' בדבר שיש מי שמתיר וכמ"ש הרשד"ם חיו"ד סי' קל"ב ור"ך משם כמה גאונים דמותר גמור הוא ואסור לעכב ביד הנכנס דהוי מונע את הרבים מלעשות מצוה יעוש"ב וחי' הנז' הביאו החק"ל יו"ד ח"ג סי' ק' שהביא מחלוקת זו ויצא לחלק כאמור הוב"ד בס' נד"ל ח"א בסי' ק"י דרי"ז ע"א ושם כתב דבנ"ד גם הגאון מ"א ז"ל יודה דהותר הדבר מכללו ואדרבא איכא מצוה בדבר ואסור לעכב בידו והוא כיון דמעיקרא חילייהו לעכב ביד החכם הנכנס אינו אלא מצד הקבלה שקבלו עליהם הציבור לאלו הרבנים עליהם צריכים לברר ולהראות שטר קבלתם מאת הציבור כאשר יהיה האופן לפי הסכמת העיר אם מאת כל הק' יחד עשיר ואביון ואם מאת פורעי המס ואם מאת ט"ה אשר נתמנו מאת הקהל הכל מתוקן לפי סדר מנהגם באותה העיר וכאשר יבררו זכותם יהיה כח בידם לעכב את מי שבא להורות בגבולם ואם לא יהיה שטר קבלה אם הונהג בעיר ההיא להיות הרבני' הקודמים ולהם אין בידם שטר קבלה הרי אין כחם ברור שקבלום הצבור או שיהיה להם שטר קבלה בידם ואינו עשוי כתקנו לפי הסכמות ותקנות העיר ההיא לא הוי קבלה כדין ואינם יכולים לעכב ולהיות שאינו ברור זכותם לאו כל כמיניהו לעכב ביד החכם הנכנס בלתי שום ראיה והוא פשוט ומובן ועת לקצר ע"כ עוד עיין

להרב הנז' שם שהביא למהרש"ך בח"ג סי' מ"ו שאסר ונרגש מדברי הפוס' שאמרו שאין טעם השגת גבול וכו' יעוש"ב ויצא לחלק בין אם ב' בעיר או כשבא יעוש"ב. ושם בע"ג כתב וז"ל וכ"ש דמבואר מדבריהם דמיירי כשבא הב' מחוץ לעיר ואינו בן עיר ועוד כ"ש אחר דבנ"ד אפי' זה שקבלו לדונם לא היה מרצונם כ"א משום דבר מצוה וכו' יעש"ב ובנ"ד כולהו איתנהו דהגם שבא מחוץ לעיר מ"מ הוא בן עיר והגם כי לא מרצונו כ"א לעשות מצוה לשמוע דברי חכמים ורצון העם היושב בעיר הוא בא. עוד כתב הרב הנז' שם דר"ך ע"ב וז"ל ואף גם זאת מבואר בשאלת הר' דלא זכה עדיין בשררה אלא שרוצה ליטול הקדימה אבל כל שכבר זכה הב' זכיה דאורייתא מי זה אמר דאינו נקרא מוחזק כנגדם בשררת הרבנות אשר בידו ועוד בה דבנדון הרב היה השני אורח ולא בן עיר אבל כשהוא בן עיר ומוחזק בשררה מי יאמר קי"ל להורידו הא ודאי לא ימצא בשום פוסק יעו"ש. ונ"ד הראשון לא הוחזק היות שמינויו הוא לפ"ש וכל שעה זמניה הוא לסלקו כמש"ל לא כן הב' שמינו אותו לג' שנים וכבר התחיל במלאכה והתחלת שכירות עושה קנין כנז"ל א"כ ליכא מאן דמרמי לה מידיה אם לא בפרעון שכירות כל השלשה שנים:

ומה גם בנ"ד שהקהל הוא שבקשו ממנו למנותו ולא הוא השיג גבולו אלא הקהל הם שהשיגו גבולו וה"ל כדין המלמד שהביא מרן בש"ע ח"מ סי' רל"ז ס"ב וכמש"ל וכו' ונ"ד הוי כאומר אין רצוני במלמד שלי שמאחר שכתבו לו שטר המינוי שהם קבלוהו לרב ומו"ץ וחכם באשי גילו דעתם שאין רצונם כ"א במינוי שנתמנה לחכם באשי ובזה שרי וכמ"ש מרן הק' בדין המלמד הנז"ל. וע"ע להרש"ל בס' נד"ל ח"א סי' ק"י דרי"ח ע"ב וז"ל הדרן למאי דאתאן עלה דלא כתבו הריב"ש והרד"ך והמבי"ט ז"ל דאסור לחכם אחר להורות במקום שזכה חכם אחר המקובל מן הק' כ"א דוקא כשקם הוא עצמו להורות תשו' לרבים מצד עצמו מבלי שהכריחוהו הקהל אותו בקבלתם לרב עליהם אלא מעצמו בנה במה לעצמו בהא ודאי לא יאות עבד לירד לאומנות חבירו ומיקרי משיג גבול לדעתם אבל היכא שהפצירו בו רוב בני העיר להתמנות עליהם והוכרח במעשיו לש"ש להורות להם להחזיקם בתורת ה' וכו' יעוש"ב עוד עיין שם ע"ג שכתב וז"ל אבל כל שהרוב ממאנים ואינם חפצים בראשון מי יימר דאיכא אפילו חשש איסור בנכנס ש וכו' יעש"ב:

וכן מצינו בדין עני המהפך בחררה דאם בעל החררה לא רצה ליתנה לראשון אלא לב' דליכא שום איסור וכמ"ש מהר"מ אלשיך בסי' ס"ז ורש"ל בסי' ל"ו ומזה דנו עט"ר הרמ"ז בס' בעי חיי ח"מ ח"ב סי' פ' והמ"ץ ח"ג סי' י"ד לדין השוחט והמלמד מדברי התו' דאם הקהל רוצים בב' ומסלקים את הראשון לכ"ע אין לנכנס דין עני המהפך בחררה ועיין

מע"ש בסי' רל"ז הגב"י אות ח' לענין שוחט יעוש"ב ועיין להרב חת"ס ח"מ סי' כ"א די"ג ע"א בפסקת אלו הנאמרים וכו' נ"ד לא דמי דכיון דהם הביאוהו ולא בא מאליו וגם הראשון אין לו שום מינוי גם החת"ס אזיל ומודה דליכא שום איסור לא דין עני המהפך בחררה ולא השגת גבול ולא מ"ב וא"מ ולא משום מערבין בבית ישן מפני החשד ולענין רב אין צריך קנין ושטר אלא בפה וכמ"ש החק"ל ח"מ סי' כ"ד ד"ל ע"ב ומטי בה מהירוש' דהוריות הדא אמרה שממנים זקנים בפה וכו' יעוש"ב. א"כ כ"ש הוא בנ"ד דאית ליה הב' מינוי בשטר ע"כ:

והנה דין קדימה לבן בשררת אביו הוא מדין מנהג וכמ"ש בחק"ל א"ח סי' ך' דל"ז אחר שנסתפק אי הוי מדינא או מדין מנהג כתב שם וז"ל ואסיפא דמילתא יותר נ"ל שקדימה זו מתורת מנהג הוי ולא מדינא ע"ש מדברי הרב דברי שמואל סי' מ"ו בדעת הרשב"א ע"כ ובסי' ח"י דל"א ע"א וז"ל והנה לפ"מ שהבין המבי"ט והד"מ ח"א ס"ב בדעת הרשב"א שמ"ש דמינוי הש"ץ נכנס הבן תחתיו מכח מנהג הוא שכ"כ ולא מדינא ע"ש. ועיין להרב ברכות המים הנז' והגם כי הרשב"א בתשו' ס"ל שיש כח ביד בני העיר לשנות המנהג והביאה מרן הב"י בח"מ סי' קס"ג בלי שום חולק דש"מ דהכי ס"ל מ"מ הי"ד אם הסכימו רוב העיר לבטל המנהג לא כן המיעוט אין יכולים לבטלו. ומכ"ש בנ"ד שהוא מינוי רב דאי' מאן דס"ל דהמיעוט כופין להרוב וגם שהם הרוב ובפרט שהוא מנהג פשוט בכל גלילות ישראל דבזה כולי עלמא מודו דהרוב כ"ל וכמ"ש הרב פ"מ ח"ב סי' צ"ה שהביא דבריו מהר"ם גאלנטי סי' דהיכא דהוי מנהג פשוט בכל העולם ולא במקו"א או ב' כ"א על הרוב בכל גלילות ישר' וכו' מנהג כזה רב חיליה ואם במקום אחד באים לשנות המנהג הקדום שנתפשט בכל ישראל לאו כל כמינייהו לשנות וכו' יעש"ב ועיין בחק"ל שם סי' ט"ו דח"י שהאריך בזה מאד יעש"ב:

אתאן לענין מנהג הנז' עמ"ש הרב פני יצחק יצ"ו דל"ז ע"ד וז"ל גם מ"ש עוד מהרמב"ח בתשו' כ"י שהביאה הרב מר ואהלות ס"ו דגם פשט המנהג להורות כהאומרים דיש כח ברוב לכוף למיעוט אף במידי דאיכא ר"ל ופ"ל ע"כ ע"ש. נראה ברור דעיקר סמוכין דיליה אשר העיד בגודלו שכן נתפשט המנהג הוא ממ"ש כן מהריב"ל ח"א סי' מ"ו ע"ש אלא שכבר עמד ע"ז הגאון חק"ל שם ח"ב סי' כ"ד דל"ב ע"ג וד' והעלה דלא אמרה מהריב"ל הכי אלא היכא דאיכא ר"ל ולהאי והאריך הדבר להוכיח ושוב הביא לתשו' מהרח"ש וכו' ע"ש בהרחבה ואח"כ כתב אמנם האמת יורה דרכו דעדות הר' מהרמב"ח על המנהג הנז' אינה אלא בענייני מסים וכגוונא דנ"ד דאז בדיני מסים המנהג ידוע והוא עיקר ואף שהוא נגד ההלכה וכו' יעש"ב. ולבבי לא כן יחשוב לפמ"ש מד' מרן שהביא

דלא מיירי בענייני מסים גם מי גילה לו רז זה דעיקר סמוכין שלו ממהריב"ל ולא נימא שהוא מעיד בגודלי שכן הוא המנהג בעיה"ק ירושת"ו ומנהג מבטל הלכה:

עוד זאת היתה יתירה בנ"ד מ"ש החק"ל חא"ח סי' י"ט דכל שהרוב אינם רוצים בבן המנוי אף שהיא נגד המצוה דירושה דאורייתא נדחה ממינויו הבן דברוב תליא מילתא ע"ש. וה"ה לנ"ד ועיין להרב מ"ב בסי' נד"ל ח"א סי' ק"י דרי"ז ע"ג שכתב ע"ז וז"ל הגם דיש לחלק דהתם הוא קודם המינוי אבל אם זכה זכה. מנ"ל דמורידין אותו הרוב וכמו שכן הסכים הרב ד"מ בחא"ח ס"ד דלסלקו אין כח ברוב ודברי מהראנ"ח ח"ב סי' מ"א דנ"ה דאפילו לסלקו עדיף כח הרוב וכ"כ בתשו' ח"א כתב הרב דהוא סברא יחידאה לגבי שאר הפוסקים יעו"ש וכן דעת הרב ב"ד בחא"ח סי' ל"א. הנה כל חכם לב עיניו יחזו דלא כתבו כל הרבנים הנז' כן אלא דוקא כי לא נמצא שום דופי בא' אבל אם מוצאין באחד דבר שמקפידין בו הציבור שעשה שלא כהוגן אליבא דכ"ע ע יש כח ביד הציבור לסלקו ולמנות אחר במקומו ואין לעכב ביד הנכנס כלל וכמו שאבאר בע"ה ע"כ וא"כ אף אנו נאמר כן בנ"ד אפי' למה שהעלה הר הנז' שם בע"ד באורך דרו"מ הוא העיקר וכתב שם וכ"ש דבנ"ד הרי אי' רו"ב ורו"מ וכו' יע"ש. והיינו ממש כנ"ד דאי' רו"ב ורו"מ וגם עדיף נ"ד בכמה דברים וכמש"ל וגם כמה עדיפותות:

ופניתי אני לנ"ד לפי מה שהעלינו בדעת מרן אפי' בדאי' ר"ל ופ"ל אי' למימר דהרוב כ"ל ובנ"ד אי' כל בענין הרבנות וגם העלינו דלא בעי' רוב מתו"ך כיון דאין מוחה ברבנות וגם העלינו דאפי' עלה מורידין אותו ואין בו דין ירושה א"כ כיון שלא נתנו לו לראובן הנז' את ב' כמש"ל דזה בל"ז א"א א"כ חייבים הם לפרוע לו כל הקצוב לו בעד שלשה שנים:

ואתה תחזה למהרשד"ם יו"ד סי' קל"ה שנשאל שם כנ"ד ממש אלא דהתם נשבעו גם כן שבועה חמורה וכו' ואפ"ה פטרם משום שלא היה בו כל המדות שהיה בקודמין אשר לא כן בנ"ד כל בתר איפכא שראובן הנז' יש בו כל המדות שמנו חכמים וא"כ אם לא יעשו כאשר קבלו חייבים לשלם לו כל קצבתו וכבר היה מעשה בזמן המבי"ט שכ' בח"ג סי' צ"א על דיין שקבלוהו עליהם הציבור לעשרה שנים ובשביל שלא התנהג כשורה עם הצבור סילקוהו יע"ש:

עוד נביא מ"ש הרב פני יצחק יצ"ו ה"ג דמ"א ע"ג וז"ל תו חזינא למרן החבי"ב בתשו' ח"מ סי' מ"ט שנשאל בנ"ד על מלמד אחד ששכרוהו בני עיר אחת וכו' ולדידי חזי לי דבריו ז"ל בטעם זה צל"ע. ואנא מזרעא דרב קאתינא וחייב אני לאפוכי בזכותיה דמ"ש דהאידנא בזה"ז לא מצינן לאפוקי ממונא אפי' באומדנא דמוכחא טובא היינו בטעם האומ' לחוד אבל בהצטרפות טעמים אחרים מצינן לאפוקי כי לפי"ד מרן הש"ע ח"מ סי'

ט"ו לאפוקי ממונא עפ"י האומד אך ורק כי רבו ב"ד שאינם הגונים ובעלי בינה הסכימו וכו' ולקע"ד שזהו דעת מרן דאל"כ למ"ל להביא דין האומד' בס"ג ד' וה' אחר שבזה"ז אין דנים כן משא"כ דרכו להביא בשה"ט כ"א הנהוג בזה"ז דוקא אם לא שיועילו מיהא דין האומד' גם בזה"ז לסניף בעלמא וע' למרן סי' ס"א ס"ט שנראה דאין דינא דאומד' דמוכח כהרא"ש ע"ש:

או יאמר דדי"ז שרבי ב"ד וכו' הוא עפ"י הסכמה שהסכימו מה שאין כן עיקר הדין ונ"מ למקומות שלא קבלו הסכמה זו:

יבא הג' ויכריע לתרץ גם לד' עט"ר הרמ"ז ז"ל וכדברי מרן ההס' היא דלא לאפוקי ממונא וכמו שנראה כן מדבריהם שמנה אותם שהם היפוך שבועה ולהוציא ממון אבל לאחזוקי ממונא כנ"ד שראובן הנז' הוא מוחזק מאחד מראשי הקהל ודאי דדנין אף בזה"ז אפי' באומד' לבד ולכן פסק לדין האומד' לדון ממנו לדין לאחזוקי.

ואי לאו דמיסתפינא הוה אמינא תירוץ אחר דמרן ס"ל דדנין גם בזמן הזה דין האומד' זולתי בהסכמה שהביא הרמב"ם היא ע"ד פרטים שהביאם מרן בש"ע שם דאל"כ הול"ל כן ומשרבו ב"ד הסכימו שלא לדון עפ"י האומד' כלל. אלא שראיתי למור"ם בש"ע ח"מ סי' ר"ז ס"ד שכתב וז"ל אי איכא אומד' דמוכח נתבטל המקח ע"כ ש"מ דלדעת מרן אין לנו לדון אומ"ד כלל וזה אינו משלנו כי י"ל דמורם נמי ס"ל כן בדעת מרן כיון דלא מכרעא מילתא וכמ"ש הרב יד מלאכי בכללי הש"ע ומורם או"ט שכתב משם כמה פוסקים דדרכו של רמ"א בכל מקום שכתב איזה דין או פרט נגד הש"ע בסתם כאלו הרב מהריק"א מודה לו ואינו כן והא דל"ק וי"א הוא משום דדברי הש"ע אין כ"כ הכרע יעוש"ב. ועיין להרב מהר"ם אלשיך סי' מ' שהאריך הרחיב בפרט זה ועמ"ש הרב הנז' על הך תשו'. ואולם זו אינה משלנו דנ"ד האומד' הוא לאחזוקי ממונא ביד המוחזק ועיין להרב פני יצחק דמ"ד ע"ג וד' בדבר האומד' ועיין לרב"א בתשו' סי' כ"ה ולהרא"ם ח"א והביאו הרב דברי יוסף סי' ל' ומשכנות הרועים או"א ס"ק ט"ז באורך וברוחב:

עוד מצאנו ראינו להרשב"א בתשו' סי' תתרמ"ב הובא בזל"א ח"מ ח"ב או"מ ע' מלמד וז"ל קהל שקבלו עליהם אדם גדול להיות מרביץ תורה וללמד ששה תלמידים על שלשה שנים ועשו לו אגרת חיוב על זמן הנ"ל מסך ידוע ובמלאת שלשה שנים מתו כל הששה תלמידים והרב תובע שכירות שלו מושלם והגבירים אומרים ליקח לו תמורתם אחרים ומיאן בדב"ז שלא רצה ללמד קטנים שלא חייב את עצמו כ"א בתלמידי ישיבה והרשב"א חייב לקהל לשלם לו שכרו של השלשה שנים כולם והרב חוקי חיים סי' נ"ז דמ"ט ע"ד הביא דברי מהרי"ט אליקים שהביא משם מהריט"ץ דמנהג פשוט בצפת"ו כהרשב"א

ואף דמהר"ם אלשיך חש לס' הר"ן אין זה מספיק דאולי ההיא תשו' הויא למ"א ועיין בתשו' מ"ג סי' י"ז הרא"א בס' חס"ל סי' רמ"ו ביו"ד עכ"ל. וכעת אינם בידי לדעת דבר דבור על אופניו ועל טעם הדבר דאדעתא דהכי לא נתחייב אף אנו נאמר כן בנ"ד דאדעתא דהכי להתבזות לא קבל עליו וא"כ הקהל חייבים לשלם לו שכרו ואולם צריכים אנו לדעת מהו דעת מרן דעיני כל בני א"י עליו סמוכין:

הנה מצאתי ראיתי למרן הש"ע ח"מ סי' ט"ו ס"ד שכתב וז"ל וכשהיה רואה הרא"ש באומדנא דמוכח שהדין מרומה היה כותב ונותן ביד הנתבע שאין לשום דיין להשתדל בדי"ז ונותן ביד הנתבע עכ"ל וסתם לה מרן השולחן ערוך סי' ס"א ס"ט וזה לשונו הרוצה לפסול שטר מפני שלא הוציאו בחיי אביו ועוד שבא לתכלית העוני ולא הוציאו אין השטר נפסל בכך אמנם יש לדיין לחקור ולדרוש להוציא הדין לאמיתו ואם יראה לו באומדנא דמוכח שהדין מרומה ושקר. יכתוב ויחתום שאין לשום דיין להשתדל בדי"ז ויתן ביד הנתבע עכ"ל. וביו"ד סי' רכ"ח סמ"ג כתב וזה לשונו נשבע לתת בתו לפלוני לאשה לזמן פלוני ובתוך הזמן קלקל המשודך את מעשיו פטור הלה משבועתו וכו' ע"כ והיינו ט' משום דאמדינן דעתיה אפי' לבטל השבועה משום דלא נתכוון אלא להגון לה:

תשוב תראה למרן בתשו' אבק"ר סי' פ"ט בפסקא המתחלת ומ"ש להשיב על מ"ש וכו' אין מכאן הכרח שהרא"ש עצמו וכו' הרי שלא כל האומדנות שוות וכבר כתבתי שאומדנא זו חלושה וקלושה ולא עוד אלא שהיא בנויה על קו התוהו כמו שהוכחתי עכ"ל:

הרי לך מפורש יוצא דמרן הק' דן עפ"י האומדנא דמוכח וק"ו לנ"ד לפי מ"ש האבק"ר באותו סי' בסוף פסקא המתחלת ומ"ש מאחר שנתקדשה וכו' כתב וז"ל וכ"ש בהיות אומדנא זו לאוקומי ממונא דסמכינן עלה שפיר עד כאן. ונ"ד הוא לאוקומי ממונא ועיין למשכה"ר מע' אף מאות ט"ז עד אות כ"א ועיין להרב נד"ל ח"ב סי' מ"ז ד"ץ ע"ד יעו"ש:

ולך נא ראה להרב חוקי חיים סי' כ"ז בענין דבר ומנהיג שקבלו עליהם ק"ק צפת"ו בשבו' שהרב הפוסק חייבים והרב ח"ח ז"ל פטרה מן השבועה אבל מה שקצבו לו בעד העשרה שנים חייבים לשלם לו ע"ש בדמ"ט ע"ב באורך מטעמא דהפסידוהו ממקום אחר ובנ"ד יש לראובן כמה הפסדות שהפסידוהו ממ"א ויש לו לבררם בירור גמור וכ"ת דאה"ן דישלמו לו מה שהפסידוהו אבל לשלם לו כל שכרו מושלם מאן לימא לן דחייבים:

יראה לפניך מ"ש מהראד"ב סי' רכ"ח שנשאל על הנדון שנשאל מהרש"ך בח"ב סי' פ' על חכם אחד ששכרוהו בני עיר אחת להרביץ תורה ביניהם לזמן קצוב בסך קצוב ושוב חזרו בהם תוך הזמן וכו' ומסיק כדברי מהרש"ך והוסיף דבהפסד קצת סגי אעפ"י שלא

הפסידוהו כל מה שנדרו לו והיינו ממש בנ"ד אף שתאמר שהפסידוהו דבר מועט ואף דלזה כיון הרב פני יצחק יצ"ו בח"ג ס"י דמ"ג ע"ב במ"ש וזה לשונו ואם כן בנדון דידן שלא היה לו הפסד ממ"א כלל דבא לרמוז לן דין זה דאם הפסידוהו קצת די וכנז' מדברי מהראד"ב הנז' ועיין לקמן למרן הרמ"ז בתשובה בס' בעי חיי סי' ר"ך יעו"ש בדבריו שכתב כיון שהלך עביד שליחותו מיקרי וחייב לשלם לו שכרו במושלם כמו שיעוש"ב וכ"ת דבנ"ד דליכא קנין בכדי להתחייב אמינא לך מהא דירושלמי דהוריות הדא אמרה דממנים זקנים בפה ומורם בח"מ סי' קס"ג ס"ו שכתב שם וז"ל קהל שפטרו אחד ממסים פטור וכל דברי הקהל א"ץ קנין מיהו יכולין למימר שלא פטרוהו רק לשנה הרא"ש כלל ה' ע"כ. וכמ"ש עט"ר הרמ"ז בכנסייא שלו ח"מ סי' של"ג הגב"י אות כ"ב וזה לשונו נ"ב פי' אפי' בלא קנין וכו' ונשאל במלמד ששכרוהו הקהל לזמן קצוב בלי קנין וחזרו הקהל תוך הזמן ופטרם הרב שיוכלו לומר קי"ל כמהר"ם דבעינן שיפסידוהו ממ"א וכו' וע"כ אין נותן לו אלא מה שעשה יע"ש:

לכה נא אקחך למ"ש הרב חק"ל חיו"ד ח"ב סי' ב"ן דק"ד ע"א בפסקת גם ראיתי מה שהק' עליו דשכיר שהתחיל במלאכה וחזר בע"ה גבי שכר שלם בכל וכו' הלא מרביץ תורה ורב שכירי יום נינהו לדעת כל הפוס' כמו שנתבאר ואילו הן לא הזכירו מזה כלל ואין זה אלא פלא וכו' ובפסקת ואיך שיהיה וכו' וז"ל ומה גם שנ"ד רגילות לתת הרבה וקצבו מעט וגם הפסידוהו בכדי השכר מהכרח המינוי שאינו יכול לראות ענייניו ועצמו לפי מנהג המקום עכ"ל ובדק"ד ע"ד כתב וזה לשונו גם למ"ש יהיה מועיל התחלת מלאכה לכשיגבה שכר שלם לשנה ראשונה לבד דכל שנה שכירות בפ"ע הוי משא"כ לשנים הבאות דאין בהם התחלה. הא ליתא שכבר כתב המרדכי בהגהות סי' תנ"ט דשכיר שהשכיר עצמו לב' שנים התחלת השנה ראשונה הוי התחלה גם לשנה שניה וכי חזר הבע"ה גובה שכר כל הב' שנים ע"ש שנראה שגם זה מתשו' מורם ומינה נמי נראה דס"ל דהתחלה עביד קנין עכ"ל:

ונפקא לן לנ"ד שגם עט"ר הרמ"ז הנז' אזיל ומודה כיון שהפסידוהו ממקום אחר אפי' בהפסד קצת דבזה גם מהר"ם מחייבם וכמש"ל ועיין להרב פ"מ ח"ג סי' ל"א דמ"ו ע"ג שכתב וז"ל אמנם לעת כזו כבר עשו מעשה ונתקשרו בחכם אחד והביאוהו מחוץ לעיר לדון ד"מ וכו' והביאו חכם אחר מחוץ ועפ"י התקשרותה עם החכם הב' הבא מחוץ עזב את ביתו נעש נחלתו ובא לאיזמיר תיפוק ליה דכבר נתקשרו עמו ואף אי התקשרותם עמו הויא בלתי שבו' שארית ישראל לא יעשו עולה וכו' יעו"ש ועל זה העלה הרב בדמ"ז ע"א וזה לשונו זהו משורת הדין מחייבת אלא שיש בזה תורת האדם כי אחר שהרב

אין בו עון אשר חטא בזה אין מן הראוי שילקה הרב בחסר ויתר לענין ממונא וראוי שלענין ממונא יתפשרו עמו לתת לו איזה סך נאות אחר שהסיעוהו ממקומו זהו מה שנלע"ד אם לפנים משורת הדין אם לפי תורת האדם כנז' ואם יש בנדון זה בעלי זרוע הממאנים לשמוע וכו' יעוש"ב ועיין להרשד"ם חיו"ד סי' צ' שנשאל שם שאלה ממש כעין נ"ד ועדיפא מינה וחייבים לשלם לו כל שכרו כיעו"ש וזה לשונו גם דכבר קבלוהו עליהם והסיעוהו להניח מקומו לבא שמה להיות להם לראש וברצי כסף וכו' ע"כ אבל לא ידעתי מה יענה האיש הלזה אשר קם לערער על הפרס שנדרו לו ליתן לא יהיה אלא שכיר ששכרוהו לימים קצובים בלי קנין ושבו' שחייבים הם מן הדין לקיים נדרם אשר נדרו לו כמו שאכתוב וכו' עש"ב. ושם הביא תשו' הרשב"א באלף קנ"ז יעש"ב ומ"ש א"כ כמו שהוא קיים דברו שהניח פרנסתו ובא אצלם כמו כן חייבים הם לשלם ולפרוע מה שנדרו לו וכו' ע"ש היינו משום מעשה שהיה כך היה ותשו' הרשב"א שהביא תוכיח שאפילו לא הניח מקומו חייבו:

ואל תשיבני דבנ"ד הם רבים וא"כ הם מוחזקים הא ליתא וכמ"ש הרב חוקות החיים ח"מ סי' ג' די"ב ע"ג וד' וזה לשונו ובר מן דין הרי ידוע דהלכה רווחת בישר' כי דין רבים מוחזקים אינו אלא בענין מסים דוקא ולא בע"א ונמצא כי הרב השואל יצ"ו אשר החזיק בשררה הוא המוחזק כאשר כתבו הפוס' וכמ"ש בסה"ק רוח חיים בחח"מ סי' כ"ה בכללי הקי"ל בזה בס"ד ותו איכא למימר בנ"ד דאין המיעוט הממאנים בהרב הנז' לומר קי"ל מטעם שכתב הרב המורה הנז' שכך פשטה ההוראה להורות דהרוב יכו"ל אפי' במקום מנהג וכאשר כתב בספר הנ"מ מר ואהלות חח"מ סי' ו' ד"פ ע"א עש"ב וא"כ אפי' היו נקראים מוחזקים המיעוט לומר הקי"ל שאינם רוצים בהרב הנז' יצ"ו הרי דכיון דפשטה הוראה להורות דהרוב כ"ל א"כ אין המיעוט יכו"ל קי"ל אפי' יהיה מוחזק וכמו שביאר בהדיא הרב יצ"ו וכן מתבא' מדברי הרב ב"ד חאה"ע סי' ח"ן דמ"ח ע"א כיון דפשטה ההוראה כחכמי נרבונה וכו' מי הוא זה ואיזה הוא דיכול לדון דלא כמותם ולא ישתקו אותו יע"ש ועמ"ש בזה בסה"ק חחק"ל ח"מ סי' א' ד"ג ע"ד ע"ש:

והלך לפניך צדקך מ"ש בס' חוקות החיים סי' ג' די"ב בענין הרב הק' נ"ע אשר פסק דאין יכולים לסלקו מטעם שהניח פרנסה ומעלין בק' וא"מ דחייבים להחזירו ובע"ד כתב וז"ל וגם על ההוצאות ועל הפרס הם חייבים לשלם כמ"ש הרבנים וכבר האריך החק"ל ביו"ד ח"ב סי' ב"ן אשר לא הניח פינה וזוית וזו הלכה העלה דכל שיסלקוהו לדיין שלא כדין גובה שכרו מושלם לעד לעולם וכן דעת הרב שפת הים חיו"ד סי' ב"ן ובס' מים חיים בקו' מי מריבה ס"א פסק ארוך ע"ע זה שאין יכולים לסלק לדיין ממינויו

משים דקי"ל מ"ב וא"מ ושחייבים לתת לו שכרו לע"ל ואחריו החזיקו והסכימו ע"י רבני קושטא ושאלוניקי יע"א יעוש"ב ע"כ ואח"כ כתב סו"ד הנני מסכים להלכה ולמעשה שאף ידי תכון וכו' ע"ש:

ועדיפא מינה איכא למימר בנ"ד דראובן הנז' הוא תפוס מנכסי אחד המיוחד מהם ויכול לגבות כל חובו ממנו וכמ"ש מהרשד"ם חיו"ד סי' צ' וז"ל ואחר שנתברר לנו ברור גמור כי החתומים המושבעים צריכים לקיים שבועתם ברור הוא ג"כ שאם היה החכם תפוס מוחזק ועומד שיכול להחזיק במה שבא לידו באיזה אופן שיהיה בעד כולם שהרי גדולה מזו כתב הרא"ש ז"ל בתשו' והביאה הטור ח"מ סי' קכ"ח וז"ל ראובן שאל משמעון מנה שאתה חייב לי וכו' עד התשו' הדין עם שמעון וכו' וא"כ כ"ש בנ"ד שכולם נתחייבו לפרוע כל קהל וקהל המגיע לחלקו הרי הם ערבים קבלנים זל"ז ויכול לגבות לכל אחד מן הקהל חלק כל הקהל ולא זו בלבד אלא אפי' מא' מבני העיר בעד כל השלשה קהלות וכו' יעו"ש.

ומדי הביא ראיה מדברי הרא"ש שאין בו שבועה וממנו למד הרב הנז' ומכ"ש לנ"ד דאיכא שבועה אף אנן נמי נימא ש הכי לנ"ד:

עוד כ' מהרשד"ם בתשו' הנז' וז"ל ודמי זה עוד למ"ש הטור ח"מ סי' ע"ז ע"ע דנמצינו למדין משם דלכ"ע בנ"ד יכול ראובן החכם לתפוס פרעון שכרו מאחד מבני העיר בעד כולם אחר שכולם שותפים בדב"ז ה"ל כי כולם נשתעבדו כל אחד בעד הכל כ"ש אלו החתומים בשטר וכ"ש בהיות החכם מוחזק בדבר מא' אין פקפוק בזה כלל ע"כ:

ומצאנו ראינו עוד להרב כפי אהרן ח"א בתשו' ח"מ סי' ה' ובאו דבריו בס' פני יצחק יצ"ו ח"ג סי' יו"ד דמ"ב ע"ד וזה לשונו דנשאל על נדון כיוצא בזה אלא דהתם עובדא הוה שראובן התובע תפס כבר מאחד מיחידי הקהל שיעור כל חובו וע"ז האריך ושקו"ט בעיקר הדין דשנים שלוו ושוב הביא פלוגתא דמהריק"ו ומרן וזיכה לראובן התופס והמוחזק דמצ"ל קי"ל כמהריק"ו ודעימיה אלא דשוב נרגש מסברת מרן דפליג ע"ד מהריק"ו ובההוא אתרא קבלו עליהם דעת מרן וע"ז כתב בדקי"ט ע"א וז"ל ואף דמרן הב"י דחה סברת מהריק"ו ואנן בדידן קבלנו הוראותיו וכו' מ"מ בנ"ד אכתי מצי ראובן וכו' מטעם קי"ל דהנה אנכי הרואה דמרן בס' הקצר לא הזכיר מזה כלל שהרי וכו' ומדסתם נוכ"ל דאף שבב"י תמה ע"ד מהריק"ו ודחה דבריו מ"מ וכו' וחזר בו ממה שדחה דברי מהריק"ו וכיון שכן דל מהכא סברת מרן שקבלנו הוראותיו וכו' האף אמנם חזיתיה להרב יד מלאכי וכו' וא"כ גם ראובן זה מצ"ל קי"ל כהרבנים הנ"ל דמדהשמיט

מרן די"ז בס' הקצר או שחזר בו עכ"ל יעוש"ב וכ"כ עוד הרב הנז' גופיה בספרו הבהיר באה"ע דצ"ד ע"ב יעוש"ב:

והגם כי הרב פני יצחק יצ"ו הנז' כתב שם שאין דבריו י נראין וכו' יעו"ש מ"מ לענין קים לי אין מי שיוכל להציל מידו:

ותראה לך עוד מה שכתב הרב תורת חסד סי' קס"ז דק"ג עמוד ג' שאלה כעין נ"ד ושם העלה דיכול לגבות כל חובו וזה לשונו אך אמנם נלע"ד דאיכא לאלומי ענין זה השותפות והחיוב משאר שותפות וחיוב דעלמא וטעם דברי מצינו שכתבו הפוס' ז"ל והביאו המרדכי במציעא דהשוכר מלמד לבנו לזמן ומת הנער בתוך הזמן בע"ה פטור ממה שלא למד כך כתב פ' האומנים ואילו לענין בעלי בתים ששכרו להם רב אחד לזמן קצוב ומת אחד מהם ב"מ כתבו האחרונים ז"ל והסכימו כולם לומר שמחוייבים היורשים לפרוע חלק אביהם המת לכל אותו זמן שקבל עליו לשלם וכמו שימצא המעיין זה מפורש בתשו' מהרש"ך ח"א ד"ב ע"ד וכתב הרב ז"ל שם דטעמא דמילתא הויא משום דאי' אומדנא דמוכח טובא שכונת כולם מעיקרא היתה לחייב עצמן לרב לפנים מהשורה לתועלת הרב ואנן סהדי דגמרו ומקנו נפשם לגמרי בענין שלא יגיע הפסד לרב כלל באותו חיוב וא"כ גם בנ"ד אומ"ד הוא שאף שלא פירשו כולם בפיהם להיות אחריות זה החוב עליהם כדין ערב קבלן על הכל סתמו כפי' יעו"ש:

ועל קו' הב"י שהקשה על מהריק"ו כבר דחה אותה שם בע"ב בפסקת ואני ההדיוט וכו' יעו"ש. הרי מצינו חבר להרב כפי אהרן ז"ל בדעת מרן דהויא כאילו פי' דהוו כערבנים קבלנים זל"ז ובדין ערב קבלן פסק מרן השלחן ערוך ח"מ סי' קכ"ט ס' ט"ו וז"ל קבלן לעולם יפרע ממנו תחילה אם ירצה אפי' יש נכסים ללוה ע"כ. ונ"ד נמי הכי הוי ומכ"ש בהיותו מיחזק ובפרט כי אין להוציא ממון מיד המוחזק כ"א בראיה ברורה וכמ"ש מהר"ש יונה ס"ס ט"ו וז"ל וידעתי אני שבכל מ"ש יש מקום לדוחה לדחות ומ"מ מכיון שכל מ"ש אינו אלא לאוקמי ממונא גם דברים הראוים לאומרם שכדי להוציא ממון מחזקתו צריך ראיות ברורות וכו' יע"ש. עוד כתב הרב חת"ס שם ע"ג וזה לשונו ושוב ראיתי בתשו' מהרשד"ם ליו"ד סי' ר"ה נשאל ע"ז הענין ממש והשיב שם וז"ל יראה לע"ד שהדין עם ראובן והיה נראה שאעפ"י שלא היו אלו השנים ערבים קבלנים בעד הסך הנז' עכ"ז כיון שהם ראשי הקהל לא היה צריך ראובן לגבות מכל אחד ואחד חלק המגיע לו ע"כ ואעפ"י שהראיות שהביא הרב שם ע"ז הם חלושות לענ"ד וכו' מ"מ כבר הורה זקן שהדין הוא נכון ואמת דאין סברא כלל לומר שיהיה הרב או החכם מחזר על כאו"א לתבוע פרס שלו וזילא ביה מילתא כ"ז כתבתי לרווחא דמילתא ללמד במקום אחר יע"ש:

אהניא נמי לנ"ד שכל ראשי הקהל חתמו לו וגם שהוא תפוס ואפי' הרב פני יצחק יצ"ו שדחה לעיל דברי הרב תורת חסד שם דמ"ב ע"א וב' מ"מ בנ"ד יודה יודה כיון דהוא מוחזק א"כ הויא אחזוקי ממונא ולא מפקינן מיניה וכמש"ל ויכול המוחזק לומר קי"ל כהרבנים הנז' ולקבל את הכל מאחד מהם:

ועל הכל כי נ"ד הוי מכל אחד ואחד כיון שהפרעון הוא מהכולל שהוא מכל אחד ואחד דבזה ליכא מאן דפליג ולימא שהם פטורין היות כי הממון התפוס הוא מאחד מראשי הקהל שכל נכסי הכולל הם עפ"י רשותו ודעתו והו"ל כתפוס מנכסי כל אחד ואחד.

ובשאר הפיטורים שהמציא להם הרב הנז' מתשובת מהרשד"ם יו"ד סי' קל"ה כולהו לא שייכי בנ"ד כמו שיעו"ש:

הכלל העולה מכל האמור ומקובץ דהרוב כ"ל אפי' במקום דאי' ר"ל ופ"ל וכן הוא דעת מרן וכמו שהוכחתי מדברי הרב מהרמב"ח ז"ל כ"י וכיון שכן חייבים הם עפ"י הרוב להביא לו את ב' וכיון שלא הביאו לו את ב' חייבים לשלם לו כל שכרו בעד הג"ש וכאמור ומדובר באין אומר. והנלע"ד כתבתי לפי קט שכלי קטן הכמות והאיכות ומה גם כי לא היה לי דין שביתתי במקומי כ"א זעיר שם זעיר שם ואתא את ופסיק וכל סמוכין דילי הוא על בעלי ההוראה אם יסכימו עמי והם רשאים ולא אני ואם יעלו לרצון לפני הדר"ג כל דברי אלה להלכה ולמעשה אזי ישמח לבי גם אני וצוי"מ וימ"ן אמן:

הלכ"ד החותם פה עיה"ק טבת"ו בחדש אלול המרוצה ברחמים התרנ"ח אתן שנת **יהיו לרצון אמרי** פי לפ"ק

הצעיר **אהרן בכור אלחדיף** הי"ו בא סימן אב"א ס"ט $$ (ציור בספר)$$ **אחרי** כותבי שלוח שלחתי האי פס"ד למעלת הרב הגדול, מעוז ומגדול, רב משרשייא, מבני עליה, כמהר"ר פחד **יצחק אבואלעפיא** נר"ו לראות מה יקרא לו להיכן הדין נוטה:

וזאת תשובתו

הן כל יקר ראתה עיני את השאלה ואת אשר נגזר עליה מאת מע' רב אחאי גאון עמיתי בתורה הרב המופלא וכבוד ה' מלא כש"ת כמוהר"ר אהרן אלחדיף בכור קרייא רחמנא ותנא תונא מר דיינא דנחית לעומקא דדינא ישצ"ו וראיתי כל הכתוב בדב"ק מראש וע"ס שלא הניח פינה וזוית מלא וגדוש מס' ש"ץ הפוס' ראשונים ואח' ז"ל ע"כ פרט ופרט ועד אחרן שבשפלנו זכר לנו ולהיות העת נחוץ מרוב טירדת הציבור שהקיפו עלי יחד אין ארו'ך אליו כ"א בזאת אנא דאמרי דמאחר דכל עיקר תביעתו ושאלתו אינה אלא אם חייבים כו' עיה"ק צפת"ו יכב"ץ לשלם לו כל קצבת הג' שנים שנתחייבו לו או לא וכיון

שטענה זו היא העיקר א"כ א"צ עוד לשאת ולתת בשאר הפרטים הבאים בד"ק דמאי דהוה הוה זו בלבד אנו צריכים לדון על עיקר קצבתו ותול"מ:

הנה לזאת אשיב אל לבי שאם יוכל כת"ר לברר בירור גמור שע"י שהעתיקוהו מעירו ת"ו לעיה"ק צפת"ו והפסידוהו ממ"א ולא איתיה אותו הפסד בתקנתא לגמרי אזי היה מקום לו' שחיובא רמיא על כו' עיה"ק צפת"ו לשלם לו כל שכר קצבת ג' שנים שנתחייבו לו אכן מלבד דהרואה בד' הפוס' ז"ל הבאים בס"ה חוקי חיים ז"ל יראה דלא חשיב הפסידוהו ממ"א אם לא כשכבר היה רב או מו"ץ או שוחט במקום אחר או שהי"ל עסק בפרקמטיא ועי"ז הפסיד הפרקמטיא ההיא אזי חשיב הפסידוהו ממ"א מה שאין שייך כ"ז בנ"ד, ועוד רואה אנכי בד"ק וכו' דהגם (דבדף ח' ע"א) כתב כת"ר שיכול לברר שהפסידוהו ממקום אחר וכו' הנה שם ע"ב כ' כת"ר וז"ל אך ממ"א בד' הרב נר"ו נפל פיתא בבירא בנ"ד שאין לו ליקח שכר כלל וכו' השתא דאתית להכי אהניא לן מיהא מד' הרבנים הנז' דחייבים לתת לו מיהא הוצאות שגרמו לו וכו' כיון שהוא תפוס וכו' אין שום אדם יכול להוציאם מידו עכ"ל נר"ו, ואני אומר דאי מצד שהוא תפוס כדקאמר מר וכו' יצ"ו אי מהא לא איריא דלענ"ד נראה ברור דאין בתפיסתו כלום כדבעינן למימר קמן בס"ד, אך באמת לא היה צריך לטע"ז כדי לחייבם בהוצאות כיון שכבר הורה זקן הוא הרב מים שאל ז"ל בח"מ סי' א' על נדון דידיה דחייבים בהוצאות כולם וישבע ויטול עי"ש, ובדבר ברור גם להם הא ודאי נוטל בלי שבועה כלל וז"פ:

ומה שנתחזק כת"ר להחשיב עצמו מוחזק להיותו תפוס מנכסי חד מנייהו ומכח זה סבר לה מר דבידו להרים דגל הקי"ל וכל ס' שנפל בנ"ד בפלו' דרבוותא ז"ל ככל הכתוב בד"ק נר"ו, אנא דאמרי דלעד"ן דלא היא הט' דכיון שכת"ר נתחייב בשט"ח או במכר ושכי' וכיוצא בזה למלוה שלו וכתיב ביה נאמנות למלוה ולב"ך והשטר מקויים כדין הא ודאי דבכה"ג חיובא רמיא עליה דמר יצ"ו לפרוע פרעות חוב השטר קו"פ באין או' ואין דברים ולא מצי כת"ר לעכב הפרעון עבור תביעתו שיש לו על המלוה שלו ועל הכולל יכב"ץ דהלכה רווחת את כל ונוכחת דקי"ל אין נזקקין אלא לתובע תחילה כמ"ש מרן ז"ל ח"מ סי' כ"ד ס"א ופי' עלה מור"ם ז"ל בהגהה וז"ל פי' ראובן תובע משמעון בענין שאינו יכול לו' פרעתי ושמעון משיב יש לך משלי כו"כ וכו' אעפ"י שאנו יודעים שיש לו עדים שיודעים בדבר נזקקין לתובע תחי' וצריך לשלם לו מיד וכו' ע"כ וכ"כ הסמ"ע שם בסק"א שדעת מרן ז"ל שבכל ענין נזקקין לתו' תחי' אפי' להוציא ממון יע"ש וכן מבואר להדיא ד' מרן ז"ל ממ"ש בש"ע ח"מ סי' פ"ה תשו' הרשב"א הביאה ב"י שם וז"ל ראובן נתחייב לשמעון מאתים ושמעון לראובן מנה, ושמעון כבר עמד בדין עם ראובן

על המנה ונתחייב בדין ואמר שמעון לראובן כבר אתה חייב לי ק"ק תחסר מהם ק' כנגד ק' זו, השיבו ראובן אני לא עמדתי עמך בדין על הק"ק וכמדומה לי אני פטור מהם אם שטר של שמעון מקויים הדין עמו עכ"ל, הרי בהדיא שלא נפטר שמעון מהמנה אלא מכח שבידו שטר מקויים ובעבור זה הדין עמו אבל אם שטרו אינו מקויים אפי' צווח שחייב לי ראובן אין שומעין לו אלא יפרע המנה ואח"כ יעמוד עמו בדין על הק"ק א"כ מכאן אתה למד שדעת מרן ז"ל דנזקקין לתו' תחילה אפי' להוציא ממון וכד' הסמ"ע ז"ל בד' מרן ז"ל וברור, ובנ"ד כן הוא ממש שהמלוה שלו בידו שטר מקויים ותובע את חובו מהלוה ועל טענת הלוה שהוא טוען שחייב לו המלוה ממ"א או"ל המלוה כמדומה לי שאיני חייב לך כלום הא ודאי דינא יתיב דחייב הלוה לפרוע למלוה שלו השט"ח תחילה ואח"כ יעמדו בדין יחד על תביעתו ואינו יכול הלוה בדין לעכב בידו סך השט"ח שחייב למלוה שלו בעבור תביעתו כיון שהשטר מקויים ובנאמנות וכנז"ל וכ"כ הגאון מהרי"ו ז"ל סי' כ"א וז"ל אבל אומר אני הא דיכול לעכב ההלואה או פקדון בשביל שום תביעה הי"ד בטענת מגו וכו' ועוד סברא גדולה היא דאל"כ איתרעו כל שטרי דעלמא וכל מי שיש לו שטר על חבירו יטעון הלה יש לי עליך תביעות וכו' א"כ הלה יאכל וליחדי ולא שבקת חיי דכל מי שנתחייב לחבירו אפי' בשטר ידחה אותו ויצטרך לעשות פשרה וזה א"צ לפנים עכ"ל וע"ע לו ז"ל בסי' קמ"ט וז"ל ומה שהוא רוצה להיות נידון בב"ד אשר הוא שייך שמה נראה דכיון דדינו חרוץ ופשוט הוא שמחוייב לפרוע מט' שכתבתי א"צ למיחת בהדיה לב"ד אלא זה יפרע מיד ואם יש לו דין על הר"ד יתבענו לדין ודמיא וכו' ומהא הביא ראיה מהר"ב וכו' מי שנתחייב בדין ואמר יש לי ראיה להחזיר הדין דאין ממתינין לו אלא יפרע מיד וכו' עכ"ל יע"ש וגדולה מזו פסקו גדולי הפוס' ומרן ז"ל בח"מ סי' ק"ו דכשיש ביד המלוה שטר מקויים יורדים לנכסי לוה אפי' שלא בפניו וכו' יע"ש ול"ח פן ואולי יטעון הלוה איזה טענה כגון מזוייף או חייב לי המלוה ממ"א כנגד חובו יע"ש וא"כ בנד"ן דינא הכי דאינו יכול לעכב פרעון החוב בעבור תביעתו שיש לו על המלוה ועל הכולל כיון שהשט"ח שביד המלוה הוא מקויים ובנאמנות וכנז"ל וא"כ ממילא נפק"ל לדינא דלא חשיב תו מוחזק לזכות בט' קי"ל בכל ס' שיפול בנד"ז כלל וכמובן וליכא למימר דכיון דקי"ל דאי זיילי נכסי דנתבע נזקקין לנתבע תחי' כדאמרי' בב"ק דמ"ו וכ"פ כל הפוס' ומור"ם שם בהגהה וא"כ בנ"ד ודאי שימשך לנתבע נזק מבורר אם יפרע חובו תחי' שעי"ז יפסיד טענת קי"ל שהיה יכו"ל בהיותו מוחזק קודם פרעון חובו וחזר הדין דהכולל יטענו קי"ל ויזכו בדין ובכה"ג ל"א דנזקקין לתובע תחי' וכמו שכ"כ הרב מהרי"ח ז"ל בתשו' שני המאו' הגדו' דקל"ת ע"א והבי"ד המט"ש סי' כ"ד

אות ב' וז"ל היכא דאם אט מגרעין כח הנתבע כגון דאית ליה טענות רבות באופן דאינו חייב לפרוע אבל אם יפרע אין מוציאין מידו דאינו יכו"ל מיד התו' בכה"ג נזקקין לנתבע תחי' דהו"ל כזיילי נכסי דלוה וכו' עכ"ל יע"ש ולכאורה נר' דנד"ק דכוותה וכמדובר:

אמנם בקושטא הא ודאי ליתא דכבר מילתא אמורה דלא מיחייבי הכולל בקצבתו כי אם היכא דהפסידוהו ממ"א וכגון שכבר היה רב ודומ"ק בעירו והם העתיקוהו ממקומו והפסידוהו רבנותו הקודמת משא"כ בנ"ד דאינו כן וא"כ לית ליה בעיקר תביעתו עליהם שום זכות ושום טענת קי"ל בהאי דינא כלל ואין כאן שום נזק מגיע לו בפרעון חובו תחי' כלל וזה ברור ולהיותי אך עסוק בצורכי ציבור לא יכולתי להאריך יותר בפרט זה ודי בזה הנלע"ד כתבתי וצוי"מ וימ"ן כיר"א, כ"ד זעירא דמן חברייא

והוא הצעיר **יצחק משה אבואלעפיא** ס"ט

וזאת תשובתי שנית

ראיתי מ"ש ה"ה הי"ו עלי שאני הארכתי יותר מדאי לדידי צריך לי לברר קודם כל בדעת מרן להוציא הדין לאמיתו אם הרוב כופין למיעוט או לא דאל"ה ליכא תשלומין כלל ואח"כ צריך לברר אם חייבים לשלם לו כל שכרו או כפועל בטל, ובמקום שאמרו להאריך אינו רשאי לקצר. הבא נבא למ"ש ה"ה דאינם חייבים הק' לשלם לו כל שכרו כ"א מה שהפסידוהו ממ"א:

הנה מרן הב"י ח"מ סי' של"ג מחו' ג' הביא תשו' הרשב"א שנשאל על בני חבורה ששכרו חכם לדרוש להם בכל שבת ועכשיו חזרו בהם בני חבורה והשיב שאינם רשאים וחייבים ליתן לו כל שכרו מושלם ולא שייך הכא אינו דומה הבא טעון להבא ריקן וכו' דאדרבא לב הדורש שמח יותר בדורשו בקהל להשמיעם את מצות ופקודי ה' ישרים משמחי לב ועוד כי המתעסקים בלימוד התו' נוחים הם ואם אינם עושים מלאכתם ויגעו ויעפו והרי הם כאוכלוסי דמחוזא דאי לא עבדי חלשי, וכ"כ בתשו' הרמב"ן שנשאל על ב' תלמידים ששכרו רב אחד ביו"ד ליטרין והתנו ביניהם שכל מי שימרוד מללמוד יפרע כל השנה ונתנו משכון ביד שליש וכו' ונסתלק אחד מהתלמידים וכו', והשיב הדין עם הרב וכו' וא"כ מפסיד הוא בחזרתו וחייב לשלם וכו' כמו שיעו"ש, אשר מהם נקח לנ"ד דדעת מרן כהרשב"א ז"ל דצריך לשלם לו כל שכרו מושלם ול"א אינו דומה הבא טעון להבא ריקן לתת לו שכרו כפועל בטל ולא חילק בין אם הפסידו ממ"א או לא דנר' דס"ל דל"ש ליה דאפי' לא הפסידו ממ"א נותן לו שכרו מושלם ועי' למוהרש"ך ח"ב סי' פ' ומהרשד"ם חיו"ד סי' צ' ולהראד"ב בלח"ר סי' רכ"ז שנשאל מעין נ"ד והביא ג' חילוקים בדבר לנ"ד יעוש"ב ומינה דנו על מינוי הרבנות שחזרו בהם תוך הזמן שגובה כל שכר הזמן כיון

ששייך כל הג' טעמים ועי' לגאון עוזינו הרמ"ז ז"ל בתשו' ב"ח ח"א סי' ר"ך שאחר שפלפל בחכמה בדברי מוהרש"ך והראד"ב הנז"ל כתב וז"ל וברור הוא דלכולהו הני רבוואתא שזכרנו אא"צ שתהיה רגילות ליתן יותר בכדי לשלם לו שכרו אלא כשלא הפסידו ממ"א אבל הפסידו ממ"א אפי' אין רגילות ליתן יותר נותן לו שכרו שלם ובנ"ד רגילות ליתן יותר א"כ אפי' כשלא הפסידו ממ"א נותן לו שכרו מושלם וכו' ובשם מהרי"ח כתב והמרדכי בפ' הגוזל בתרא והגה"מ בפ"ט מה"ש יש חילוק אחר דכל שיש אונס או מצוה אינו נותן לו אלא שכרו וכל שאין שם אונס או מצוה נותן לו כל אשר התנה עמו ונר' מדבריו אפי' אינו מפסידו ממ"א וגם אין רגילות ליתן יותר וכו' נותן לו שכרו מושלם וכו' יעו"ש, ונ"ד כבר הוכחתי דלית להו אונס כלל וגם ליכא בביטולה שום מצוה אלא אדרבא כל בתר איפכא ועי' למהריב"ל ה"א סי' צ"ט שחייב בנדונו ליתן לו שכר מושלם מתרי טעמי חדא דרגילות וכו' וחדא שלא יש מקום מצוה יעו"ש, ודחה לס' מהר"ם דאין ספקו של מהר"ם מוציא מידי ודאי של כל הגאונים החולקים עליו וכו' עש"ב ועין רואה להרא"ש בתשו' כלל ק"ה ס"ד שנשאל מי ששכר מלמד לבנו ללמדו שנה אחת ובתוך השנה מצא טוב ממנו אם יש להוציא מן הראשון לתת לו דע כיון ששכרו לזמן קצוב והתחיל במלאכה אינו יכול להוציאו מתחי' תוך זמנו אם אינו פושע במלאכתו עכ"ל ונ"ד לא פושע במלאכתו, ולך לך להרא"ש שם כלל ו' סי' י"ז שנשאל בק' שהתנו עם ראובן וכו' מחוייבים הקהל לתת לראובן מה שהתנו וכ"ש כיון שהוא בחר שנים מהקהל שנתחייבו לו תנאו וכו' חייבים טו הב' ליתן לראובן כל מה שנדרו לו וכו' יעו"ש, ואף אנן נמי נימא הכי בנ"ד שיש לו כתב מיד גדולי ורשומי העיר שחייבים להשלים לו מכיס הכולל עד ששים לי"פ:

והנך רואה בדברי הרא"ש ז"ל הלז שלא נזכר בדבריו החילוק בין הפסידוהו ממקום אחר או לא אלא כתב כיון שהתחילו במלאכה וכו' שתלה הדבר בהתחלת מלאכה והגם שלא הפסידוהו ממ"א, ובפרט שכבר קבלנו דעת הרא"ש במקום דלא גילה דעתו הרמב"ם ז"ל וכמ"ש ה' תעלומות לב ח"ב דט"ז יעו"ש, ומכ"ש בנ"ד דהרא"ש והש"ע שוים בשיעורם וכמו שיראה המעיין בפוס' בענין זה ועי' לעט"ר הרמ"ז בתשו' ב"ח שם שהביא דהרא"ש ז"ל לשיטתיה שכתב בפ' מצות חליצה דהחי' הוא בין אם רגילות ליתן לאין רגילות יעוש"ב, וגם ע"ע להרב הנז' בסו' ע"ב בסוף התשו' שכתב וז"ל ברם צריך אתה לידע וכו' והביא כל הסברות הנז"ל והגם שבנדונו פטר להק' מליתן היינו מטעמים אחרים משא"כ בנ"ד כמשי"ר המעיין ובפרט שפטרם מכח שהם מוחזקים ויוכלו לו' קי"ל כמהר"מ משא"כ בנדונינו שלא יוכלו לו' קי"ל נגד הש"ע שקבלנו הוראותיו וכמו שביארנו לעיל:

ומזה הוק"ל על הראש"ל אג"ן הסהר ז"ל בס' חוקי חיים דמ"ט שנשאל כעין נדונינו וחייב להקהל מטעם שהיה ראובן מו"צ ועוסק בפרקמטיא בעירו ול"ל כולי האי הי"ל לחייבם מטעם שכתבנו ובפרט מדעת מרן שהיה המעשה בעה"ק צפת"ו שהוא אתריה דמרן הק' ולדידי נוכל לו' דבאמת היה יכול לחייבם מכמה טעמי שכתבנו אך לרווחא דמילתא כתב כן שבנדונו היה הדבר שהיו מפסידים אותו ממ"א ורצה לחייבם אליבא דכ"ע אף להפליגם ע"ד מרן וחייבים עצהי"ט ליבא דכ"ע דאלת"ה תק"ל מכת הפוס' המסתייע מהם שהם היפך ממנו א"ו כדאמרן וכגו"ד הק' עט"ר הרמ"ז בתשו' ב"ח שם על מוהרש"ך והראד"ב ותי' כמ"ש, גם החק"ל ביו"ד ח"ב הק' כן והניח בצ"ע ולא שבקינן פשיטותיה דעט"ר הרמ"ז מפני ספיקו של החק"ל שהניח בצ"ע, באופן שמכל האמור נפק"ל שחייבים הקהל לתת לו שכרו מושלם ע"ס הזמן שקצבו לו ואין להם מקום פטור מכל הטעמים הנאמרים ובפרט שבנ"ד כבר מילתי אמורה לעיל שהם מפסידים אותו שהיה עוסק בעירו ורואה עסקיו השייכים לו וגם עסקיו שהי"ל בכפר ועתה נתקלקלו ובאופן כזה כ"ע מודים דחייבים לשלם לו כל שכר הג"ש במושלם ועוד דברבים לא שייך השטאה ועי' להר' חק"ל יו"ד ח"ב סי' ב"ן דק"ג וק"ד דאפי' בלי זמן גובין כל השכר כל ימי חייהם כשחזרו בהם בני העיר שלא כדין וכמ"ש דק"ג יעו"ש ומכ"ש לנ"ד שיש להם זמן קבוע לג"ש. והגם כי מרן הק' לא העלה על שוה"ט סברת הרשב"א הנז"ל ובדבר השמיט"ה הארכתי במקום אחר, לך נא אקחך אל אחד מגדולי זמנינו הרב פ"י עצמו ז"ל בח"א סי' י"ז מדק"ח ואילך וממנו נקח לו' לנ"ד דכ"ה הלכתא אף שלא הוזכרה בש"ע יעוש"ב וכ"ש הכא שהביאו מור"ם ועי' להר' שדי חמד סי' י"ג אות ה' בכללי הפוס' שכתב דדרך מרן הק' להשמיט בש"ע מ"ש בב"י והוא לג' סיבות וחדא מינייהו היא דסמך עמ"ש במקו"א וגם פה נימא הכי דהשמיט הא דהרשב"א דסמך על ס' רבינו יואל שפסקה בסי' של"ד בדין המלמד שהיא ס' ר' יואל שדין אחד להם ואדרבא הרואה יראה הא דר' יואל עדיפא מהא דהרשב"א וכמ"ש עט"ר הרמ"ז בסי' של"ג בהגה"ט אות יו"ד וז"ל וה"ה למלמד שחוזר בו ונזכר במקו"א ויש לו דין פועל שחזר בו מחמת היוקר מורי הרב ז"ל חיו"ד סי' נ' ועי' במהר"י אדרבי ז"ל שער צ"ח עכ"ל, וא"כ הא דמלמד עדיפא מההיא דהרשב"א ולכן השמיטה דאתייא מכ"ש מדין המלמד שהוא לפי ראות עיני ב"ד כן פסק הרשב"א סי' תרמ"ג וסי' אלף קנ"ז ואלף מ"ב וכן הביא מור"ם שם ומכ"ש לס' הרשב"א הנז' וליכא למימר לנ"ד לתת לו שכרו כפועל בטל אלא כולו מושלם נקטינן מהכא לס' ר' יואל שפסקה מרן דצריך לשלם לו כל שכר הג"ש ומכ"ש לס' הרשב"א הנז', עוד כתב החק"ל יו"ד שם וז"ל ולשיטת ב"י כי תנן במתני' ואם בעה"ב חזר בו ידו

עה"ת שנר' דעכ"פ אינו נותן להם שכר שלם איירי בשמצאו הפועלים לשכור דבלא"ה חייב בכל שכרם וכ"כ הרב בפי' למתני' יעוש"ב וכתב עוד שם דעכ"פ כי חזר בעה"ב כשכיר דאנן קיימינן והתחילו במלאכה לכ"ע גובה שכר שלם כל שאינו מוצא להשתכר ואין חילוק בצד זה לדעתי ע"כ ונ"ד אינו מוצא להשתכר במ"א, ובדק"ד ע"א העלה דאף להחולקים וס"ל דהתחלה לא עביד קנין אם התחיל גובה שכרו מושלם ואין חולק בדבר זה בפי' וכו' ודוקא כשחזר הבעה"ב ע"י אונס ובנ"ד כבר העלינו דאין להו טענת אונס כמו שיעו"ש:

ובדברי עט"ר הרמ"ז בכנסייא שלו בח"מ מ"ב סי' של"ג הגב"י אות כ"ב שנשאל במלמד ששכרוהו הקהל לזמן קצוב בלי קנין וחזרו הקהל תוך הזמן ופטרם מט' הנז' שיוכלו לומר קי"ל כמהר"ם דבעי' שיפסידו ממ"א וקי"ל כהרי"ח דבמקום אונס או מצוה מצי אמר משטה הייתי בך וע"כ אינו נותן לו אלא מה שעשה ע"ש:

הנך רואה בנ"ד שלא יוכל לומר קי"ל כפי מה שהעלינו בדעת מרן דלא בעינן שיפסידוהו ממ"א ועל מ"ש קי"ל במקום אונס או מצוה וכו' בנ"ד לית אונס ואדרבא המצוה היא בהיפך שע"י ביטולו יש ביטול מצוה:

והנה החק"ל בח"ב יו"ד סי' ב"ן דק"ה ע"א הביא לנו שם את דברי עט"ר הנז' וכתב עליו וז"ל וגם לדבריו לא ידעתי מנ"ל פשיטות דמיון זה שהרי י"ל דכל ששכרו כמו ששוה וחזר הבעה"ב אח"כ בכה"ג גבי שכר שלם דמצי אמר ליה אנא קאימנא ובנ"ד ראובן הנז' הוא היה אומר אנא הא קאימנא, עוד כתב החק"ל שם ועו"ק שהרי נתבאר שדין זה ברייתא שלימה היא פסקוה כל הפוס' דשכיר שהתחיל במלאכה וחזר בעה"ב גבי שכר שלם בכה"ג כמבואר בכל ד' הפוס' ז"ל וכו' הלא מרביץ תורה ורב שכירי יום נינהו לדעת כל הפוס' ע"כ, אשר ממנו נקח לנ"ד ובפרט שסברא זו שהביא מרן הב"י והשמיטה בש"ע הלא היא ס' הרשב"א וכיון שכן הא ודאי דהכי ס"ל אף שהשמיטה בש"ע מטעם דהרשב"א רב מובהק הוא וכזאת מצאנו ראינו גדולה מזו בח"מ סי' קנ"ד שבב"י הביא תשו' הרשב"א סי' אלף פ"ה וכתב עליו וזה זר בעיניו ע"ש, ואפי"ה פסקה בש"ע שם סי' ל"א וה"ט כמ"ש מרן ב"י גופיה הן בה' ס"ת הן בה' שבת דהרשב"א רב מובהק הוא אפי' נגד הפוס' ולא ראיתיו עד הנה לדעת איה מקום כבודו להעריצו זולת זה ראיתי בס' שמש צדקה ח"מ סי' ט"ו דכ"ד ע"ד וז"ל מי הוא זה ואיזה הוא שידבר נגד מה שעשו ופסקו הב"ד של המקום אחרי יודעם נימוסי ומנהגי עירה בודאי הגמור בכ"מ וזמן, ב"ד בתר ב"ד ל"ד ובפרט בדין זה שכבר הורה הרשב"א כן וכבר העיד עליו הרב הגדול ב"י הן בה' ס"ת הן בה' שבת כי רב מובהק הוא אפי' נגד הפוס' עכ"ל וא"כ אנן נמי בנ"ד

נימא הכי דמאחר שהביא ס' הרשב"א ז"ל ברב הדורש דחייב לשלם לו שכר כל הג' שנים לא נוכל לו' דהשמיטה בש"ע מחמת שראה חולק הגם שלא זכרם דאפי' נאמר שיש חולקים צריך לפסוק כהרשב"א שהוא רב מובהק ומה שהשמיטה מלבד מש"ל שסמך על ס' ר' יואל דאתייא במכ"ש עוד זאת נאמר מחמת שהיא פשוטה שכן הוא הדין לס' הרשב"א לפי"ז דבר השמיטה הוא לאחד מג' סיבות השמיטה, וראיה לזה ממ"ש הראד"ב סי' י"ד ורכ"א דלא כתב הרשב"א שיתנו לו שכרו מושלם רק בחכם הדורש אבל במלמד הדבר תלוי בראיית הב"ד וכו', ומבואר שם דלא כתב כן אלא לדעת הרשב"א אבל לדעת ר' יואל ז"ל וסייעתו אין חילוק בין מלמד לדורש וכן דעת הרשב"ץ וכו', עי' בכנה"ג הגב"י אות י"ג יעו"ש וא"כ השתא ניחא דלא פסק ההיא דהרשב"א ופסק ההיא דר' יואל דאתייא במכ"ש כמדובר לעיל, ובההיא דר' יואל שפסקה מרן כמש"ל ראה ראיתי להר' מח"א הלכות שכירות ס"ח שלמד מדברי ר' יואל שכתב דאם מת התינוק דצריך לשלם לו כל שכרו ממ"ש הרשב"א שהביאה הב"י ח"מ סי' של"ג דאם מת הבעה"ב תוך זמנו נוטל המשכיר כל שכרו דס"ל דכל שהפועל יכול לו' אנא הא קאימנא אף אם אינו מוחזק נוטל כל שכרו כ"ש כשהוא מוחזק יעו"ש ובהא דהפועל יכול לו' אנא הא קאימנא יש לי להביא ראיה דנוטל כל שכרו מושלם ממ"ש מרן ח"מ סי' שי"א והש"ע ס"ו וז"ל השוכר את הספינה ופרקה בחצי הדרך ה"ז נותן לו שכר כל הדרך וכו' וכתב הש"ך סק"ד שכיון שספינה קיימת יכול לו' אנא הא קאימנא יעו"ש, ועי' להר' קצות החשן במה שהביא למה שהק' המש"ל לה"ה ומה שתי' הוא בכונת ה"ה יעוש"ב ונ"ד נמי הו"ל כאוכלוסי דמחווזא דאי לא עבדי חלשי ול"א אינו דומה הבא טעון להבא ריקן וכמש"ל וס' ה"ה הובאה בב"י שם אחר שהביא ד' הרא"ש שכתב וחולקין דקאמר הכא היינו היכא דשום אדם מהם לא קיים תנאו וכו' יעוש"ב, ועי' לעט"ר הרמ"ז בכנסייא שלו בח"מ מ"ב סי' של"ג בהגב"י או"ט מה שיצא לתרץ על הרשב"א דמאי שנא מאתא מטרא לספינה דבספינה בנדון הרשב"א איירי שכבר התחילו במלאכה וכיון שהתחי' במלאכה נותן להם שכרם מושלם וכו' יעו"ש, ועל כ"ז צריך לדקדק בב"י בסי' שי"ז שכתב ולענין הלכה הו"ל הרא"ש יחידאה וכו' הילכך כהרי"ף וכהרמב"ם נקטינן וכו' ובהא דאמינא הא קאימנא הנה כתב הרשב"א בתשו' הביאה ה"ה ב"י בסי' של"א בח"מ שהשיב על בעה"ב ששכר פועל שישמשנו ומת הבעה"ב בחצי הזמן דנוטל הפועל כל שכרו משום דיכול לו' אנא הא קאימנא יבא ואשמשנו דהרי שנינו שם בפ' מי שאחזו ה"ז גיטך ע"מ שתשמשי את אבא ב"ש ומת האב דיכולה לו' תן לי אביך ואשמשנו עכ"ל ועי' מח"א ה"ש ס"ד דע"ד ע"ד, ומה גם כי בנ"ד כבר התחיל במלאכה זה לו ו' חדשים והתחלה

עושה קנין וכתב שם מור"ם ז"ל ס"ב וז"ל מלמד שהשכיר עצמו לג"ש שנה א' מיקרי התחלה גם לש"ב וה"ה כל פועל עכ"ל, ואנן הנה נתבאר לעיל דהרב ומו"ץ הוי כשכיר יום ואפי' ההליכה הוי כהתחיל במלאכה וכמ"ש מרן בסי' של"ג ס"ב וז"ל ואם הלכו אעפ"י שלא היו מוצאין להשכיר עצמן אמש נותן להם שכרן כפועל בעל והוא שעכשיו אינם נשכרים כלל וכו' עכ"ל וכתב הסמ"ע שם סק"ו דבע"ה פושט הוא דההליכה הוי כהתחיל במלאכה וכו' ע"ש ועי' להש"ך סק"ז שהבי"ד הסמ"ע וכתב שדבריו נכונים לדינא ע"ש והסמ"ע כ"כ שם בסקי"ב יעו"ש, והגם כי מרן כתב ונותן להם שכרו כפועל בטל כבר כתבנו לעיל דבנ"ד לדעת מרן ז"ל נותן לו שכרו מושלם משום דאי לא עבדי חלשי כמש"ל וכמ"ש מור"ם סל"ד ס"ד וז"ל דכל לומדי התו' יותר נח להם ללמוד מלילך בטל וכו' יעו"ש וגם כבר ידוע דכל היכא דאינו כותב מור"ם וי"א או וי"ח לא בא אלא להשלים דברי מרן וכמ"ש, וגם מור"ם בחו"מ סי' של"ג כתב דבעה"ב דינו כקבלן ואם חזר ידו עה"ת וכתב הסמ"ע שם סקי"ד דכ"ד הרמב"ם ומרן דא"י לחזור הבע"ה כדין הקבלן והביאו מור"ם בלי שום חולק ונמצינו למדים לדעת מרן דאם הפועל התחיל במלאכה דהיינו הלך למקום פעולתו ופשע בע"ה נותן לו שכרו מושלם והגם שלא הפסידו ממ"א כמש"ל ואם הלכו אפי' שלא היו מוצאין להשכיר עצמם אמש, והרב"י הביא בשם הרמב"ן דבהתחלת מלאכה הוא קונה שכירותו והיינו דקתני בד"א שלא הלכו החמרים וכו' והליכת החמרים הוייא התחלת מלאכה ואפי' שלא היו מוצאים מתחי' להשכיר עצמם נותן להם שכרם מושלם עכ"ל יעו"ש וזוהי שפסק מרן ז"ל בעצמו ודיין המורה הוראות דינו כמלמד וכ"כ עט"ר הרמ"ז בכנה"ג ועי' בתשו' הרמב"ן ובתשו' למהר"ם מפדאווה ז"ל מהר"מ איסרלאש סי' מ' ן' ובתשו' לרב אחי ז"ל וכו' יעו"ש וכתב עוד שם מרן הב"י וז"ל הא דאמרינן דנותן לו שכרו מושלם ולא כפועל בטל הי"ד כדינו שנטל קנין או שהתחיל ללמד אעפ"י שלא נטל קנין או שנעשה הדבר בפני רבים ואעפ"י שלא נטל קנין ולא התחיל במלאכה וכו' יעו"ש:

והשתא הכא בנ"ד דאית ביה כל הני דהלך והתחיל במלאכה ונעשה ברבים כ"ע מודים ומרן בהדייהו דצריך לתת לו שכרו מושלם ועי' להר' חק"ל ח"מ ח"ב יו"ד סי' ב"ן מדק"ג ואילך והעלה דרוב הפוס' ס"ל דההתחלה עושה קנין ובשיש קנין אפי' הפועל א"י לחזור בו וכמ"ש הריטב"א הובא בב"י ח"מ סי' של"ג בשם רבותיו שלא אמרו שפועל יכול לחזור בו אלא בשוכר עצמו באמירה אבל כל שנשתעבד בקנין לטפויי מילתא אתא שלא יוכל לחזור בו עכ"ל, וא"כ אתייא במכ"ש לב"ה שלא יוכל לחזור בו ועי' לעט"ר הרמ"ז בכנסייא שלו ח"מ מ"ב סי' של"ג הגב"י אות כ"ב ובס' קצות החשן סי' של"ג סק"א בסו"ד

וז"ל הנה הכ"מ כתב דג' ששכרו מלמד דא"צ קנין דכל מילי דרביה א"צ קנין ומהתימא שלא הובא זה בכל פועלים דג' ששכרו פועל דא"צ קנין וא"י לחזור ואפי' דדי"ז אינו רק במלמד שהוא דבר מצוה דדמי קצת לנדר שנזכר ברבים וע"ד רבים, ועי' בחק"ל סי' ע"ט דקכ"ה ע"ג ובדקס"ו ע"ד וז"ל שכיר וקבלן שנשכרו למלאכה אצל בעה"ב במקום שלא היו מוצאין במקו"א וחזר בו הבעה"ב אחר שהתחילו אם גם כה"ג חייב בעה"ב לתת להם שכרם כפועל בטל או"ד הרי לא הפסידם כלום וכו' אבל כל השכר פטור מדינא ועליה פלפל בחכמה והעלה בסו"ד וז"ל באופן שנר' פשוט דשכיר שהתחיל במלאכה גבי שכר שלם אף שלא היה מוצא להשתכר בעת ששכרו וכו' יעו"ש:

ובענין תשו' הריטב"א הנז' דבקנין אפי' פועל א"י לחזור הגם שהריב"ש חולק כבר כתב המבי"ט ח"ב סי' קל"ב בסופו דאילו ראה תשו' הריטב"א בשם רבותיו לא היה חולק עליהם יעוש"ב וחתימי עלה רבנים ותרי מינייהו רבנן ועי' להר' מט"י ח"א ס"ט דצ"ז ע"ג וד' ודצ"ח ע"א וע"ב באורך ועי' להחק"ל ח"מ ח"ב סי' ע"ג ואפי' הריב"ש החולק בנ"ד מודה שכתב בסי' תע"ו וגם הש"ך בסי' של"ג ס"ק י"ד החו' וס"ל דמרן חזר בו ממ"ש הריטב"א ולכך לא חילק בש"ע בין אם נשתעבד בקנין או לא עכ"ל יודה בנד"ד שז"ל הריב"ש שם שבכל לה א"צ קנין אלא התחלת מלאכה היא הקנין אלא שהפועל יכול לחזור לעולם אפי' התחיל במלאכה ואפי' בקנין וכו' בנ"ד שהב"ה דינו כקבלן וכבר התחיל הפועל במלאכה דהוי כקנין וא"י לחזור ועי' להחק"ל ח"מ ח"ב סי' ע"ז דק"ך ע"א שכתב וז"ל וכבר כתבו הרא"ש והרמב"ן והרשב"א והטור ורי"ו והריטב"א דאם הלכו לעו' אינו מפסיד משכרו כפי מה שפסק וכ"כ הנ"י וא"כ כ"ש בהתחיל וא"כ חזרת בה"ב דהוי ידו עה"ת לא הוצרך תנא בסיפא לאשמעי' דכבר תני לה רישא וכו' יעו"ש ובע"ג כתב וז"ל באופן שנ"ל בדעת הגאונים או דבין פועל וקבלן אם הלכו כ"ש התחילו קנו שכרם שפסקו עם הבעה"ב ואף אם לא היו מוצאים להשתכר קודם אלא שמנכה להם כשלא מצאו להשתכר שכר בטילה וכו' ע"כ, ובנ"ד אין לנכות כלל דהו"ל כפועלי דמחווזא וכו' וכאמור ועי' לת"ה סי' שכ"ע דס"ל דבין שכיר וקבלן שחזר בע"ה נותן לו שכר שלם ע"ש ועי' בתשו' הרשב"א סי' תתקפ"ז ואלף קנ"ז ואוקי באתרין, מלבד מה שדחה המט"י שם לדברי הש"ך כמו שיעו"ש ובפרט שבנ"ד דהחוזר הוא בע"ה שדינו כקבלן כאשר העלינו למעלה שכן דעת מרן כיון שהתחי' במלאכה הוי כקנין וא"י לחזור הבע"ה אליבא דכ"ע, ועי' להחק"ל ח"מ ח"ב סי' ע"ב שכתב שמיום צאתו מביתו ללכת למלאכתו חשיב התחלה וחייב לשלם וא"י לחזור ושם הביא לנו תשו' הרי"ף סי' רכ"ח ע"ש קחנה משם מדקי"ח ע"ג:

ובפרט שא"ל הא קאימנא כל שעה שתביאו לי מאמר חכם באשי הנני מוכן ומזומן לעמוד לשרת דגלי אדעתיה דניח"ל לישב על מכונו והו"ל כפועלי דמחוזא דאי לא עבדי חלשי וצריך לשלם לו כל שכרו בעד הג"ש דה"ל כשכיר וכמ"ש בפנים דהמו"ק הו"ל כשכירי יום ובשכירי יום כתב הרב החק"ל הנז' בדקנ"ו ע"ב בפסקת ומיהו וכו' ע"ש משה"ק על הסו' דלא עביד קנין מההיא דהשוכר את הפועלים ולכן העלה וז"ל כי ע"כ היה נ"ל דלכ"ע התחלה עביד קנין וכו' ע"ש ועי' בב"י סי' של"ג וז"ל ובשיטת תלמידי הרשב"א כתוב בשם הרמב"ן וכו' וה"מ בשלא התחיל עדיין במלאכה אבל משהתחילו במלאכה חזר הבעה"ב נותן להם שכרם מושלם אם אינם מוצאים להשתכר במקו"א דבהתחלת מלאכה הוא קונה שכירו' והיינו דקתני בד"א שלא הלכו חמרים וכו' דהליכת חמרים היא התחלה במלאכה ואעפ"י שלא היו מוצאים מתחי' להשכיר עצמם נותן להם שכרם מושלם עכ"ל:

עוד כתב הב"י בסי' של"ד בשם הגהות ראשו' דמרדכי וז"ל ועדיפא מינה כתב עו"ש רבים שהשכירו מלמד א"י לחזור בהם אעפ"י שעדיין לא התחי' במלאכה אם אינו מוצא להשכיר עצמו במקו"א שכ"ד שנעשה בפני ג' א"י לחזור בהם ע"כ, וכתב הרב ב"ח סוס"י של"ב בשם הרשב"א בסי' תרמ"ג דמי ששכר מלמד לבנו ולן' חבירו ותוך הזמן עמד חבירו ושכר מלמד אחר לבנו והשיב דחייב לפרוע לראשון ע"כ:

עוד הביא לנו מרן הב"י בחו"מ סי' של"ג בשם הרא"ש במחודש יו"ד וז"ל מי ששכר מלמד לבנו שנה אחת ובתוך השנה מצא טוב ממנו ורוצה להוציאו מהראשון כתב בכלל ק"ד ס"ד כיון ששכרו לזמן קצוב והתחיל במלאכתו א"י להוציאו מתחי' תו"ז אם אינו פושע ע"כ, ועי' לעט"ר הרמ"ז שם בהגהב"י אות ח' מ"ש שדן ממנה הר' משפטי שמואל סי' ל"ח בקהל שנשתעבדו למרבי"ץ תו' או לחזן או לשמש לזמן קצוב ומת אחד מהקהל תוה"ז חייבים בניו או אפוטרופוס שלהם אם הם קטנים להשלים שכרו עד הזמן והוסיף טעם אחר לומר דאע"ג דמת האב הרי הבנים במקומו שיהנו מן החכם להוראה ולדין ולשמוע ד"ת ולפי טעם זה וכו' ולענין דינא לא נ"ל דבלא טע"ז חייב כמ"ש הרשב"א ומהטעמים אחרים שכתב הר' משפטי שמואל וכ"כ מהרש"ך בתשו' בח"א ס"ב ונר' משם שכן הסכימו מהר"מ מטמון והרשד"ם והר"ש ברוך עכ"ל:

עוד ראיתי להרב מ"ל ח"ב סי' ע"ז הוב"ד בעט"ר הרמ"ז בכנסייא שלו חו"מ סי' של"ג בהגהט"ו אות ה' וז"ל נ"ב ה"ה ש"צ ששכרוהו וחזרו בהם שאם אינו מוצא להשתכר אעפ"י שמקודם לא היה מוצא להשתכר אין הקהל יכולים לחזור בהם ואם חזר נותנים לו שכרו מושלם עכ"ל:

אתאן למ"ש ליותר יפוי כח שאני תופס שעמד הרב הפוס' הי"ו לדחות דברי תמהני על המראה כי מיניה וביה שכתב בס"ה פנ"י ח"ב יו"ד סי' ג' במ"ש להחשיב בדין מכר ושכי' שהיושב בקרקע הוא המוחזק וכן העלה בד' מרן והגם שרבים חולקים עליו וגם אני מכללם וליותר חיזוק הבאתי שם את דברי הר' ראש יוסף בתשו' דכ"ב ע"א שכתב דבעל השטר נק' מוחזק אף שכנגדו מחזיק בקרקע והוא מאריה קמא יעו"ש ועי' להרב שע"א בחו"מ סי' י"ד שעמד ע"ד ראש יוסף הנז' ופסיק ותני דבשטר מכר כ"ע מודו דבעה"ש נקרא מוחזק אף שכנגדו המוכר החזיק בקרקע ועומד בתוכה יעו"ש והגאון הנז' בסי' ט"ו חזר ודחה חי' זה מכמה פוס', מ"מ מסתיין לדינא לדון קי"ל בזה כהראש יוסף הנז' שהוא דעת הרשב"א וכמ"ש הר' ברכי יוסף חו"מ סי' י"ב אוי"ד יעוש"ב וגם הר' ראש"ל כמוהרמ"ם המלך זצוק"ל הוב"ד שם בס' שער אשר דהכי ס"ל למר כדעת הרב ראש יוסף בדברי הרשב"א ע"ש:

עוד יש להביא מתשו' הרשב"א סי' הת"פ שהביאה מרן הב"י בחו"מ סי' ק"מ ומהרש"ך בח"ב סי' מ"ט גם הביאה הר' מוהרי"כ בסו"ס עז"ן סו' סי' ב' שכתב שבמקום שטר א"צ חזקה וכ"כ הר' חק"ל ז"ל במ"ב סי' כ"ג דף רל"ח ע"ג דכתיבת השטר כגון דהיה ע"ש הרי הקרקע בחזקתו ושכ"נ מתשו' הרשב"א סי' תתקנ"ז ומתשו' הרא"ש כלל ל"ו וכו' יעוש"ב, והיותר תימא על כת"ר דאיהו גופיה ס"ל דיכול לומר קי"ל וע"ע בפנ"י ח"ה הנד"מ ביו"ד ס"ו במה שהאריך לקיים את דבריו וע"ע באהע"ז סי' ב' דנ"ז ע"ג וד', עוד אפ"ל בנ"ד שלא נדון עם ראשי הקהל מדין תפיסה כ"א מדין מ"ש מרן הש"ע ח"מ סי' ע"ז ס"א וז"ל ב' שלוו וכו' ע"ש ובנ"ד אין לו להכולל נכסים שכל קרקעותיהם משועבדים לב"ח והמט"ש שם בהגהב"י אות ט"ו כ' וז"ל אפי' שבדין ערב הוא מחלוקתם בדין ב' שליו כ"ע מודים דאם האחד אלם שיתפרע הכל מה"ב מהרא"ש ן' וילסיד הובא בכנה"ג אות י"ב ועי' נח"ב סי"ג דצ"ה ע"ד עכ"ל, ובנ"ד לא מצינא לאישתעויי דינא בהדי רבים וע"ע למ"ש המט"ש שם בהגהב"י אוי"ב וז"ל אנשים שכתבו כתב חיוב לתת פרס קצוב להרב שלהם לא דמי לב' שלוו דאיכא פלוגתא כ"א אליבא דכ"ע חייב כ"א מהם על אותה קצבה ומאיזה מהם שירצה גובה הכל, ע' תורת חסד סי' קס"ז ובס' נח"ב ח"מ סי"ג דצ"ב ע"ד ובנאמן שמואל סי"ז די"ב ע"א ועי' בתשו' הכנה"ג ח"מ סי' מ"ט עכ"ל וזו עדיפא מדלעיל א"כ מצינו כי נ"ד הוא לכ"ע ועי' להמט"ש שם בהגהט"ו וא"ב וז"ל ה"ה וכו' עד דכ"ד ע"ש:

ומה שהביא הר' הפוסק הי"ו לדחות דברי ממ"ש מרן בש"ע ח"מ סי' כ"ד דאין נזקקין אלא לתובע תחי' ומ"ש הסמ"ע שם וראיתו להסתייע ממ"ש מרן בשי' פ"ה ס"ז וז"ל

ראובן נתחייב לשמעון ר' ושמעון לראובן מנה ושמעון עמד כבר בדין עם ראובן על המנה ונתחייב בב"ד ואמר שמעון אתה חייב לי ק"ק תחסר מהם המנה כנגד מנה זה השיב ראובן אני לא עמדתי עמך בדין על הק"ק וכמדומה לי שיש לי ראיות שאני פטור מהם אם שטרו של שמעון מקויים הדין עמו עכ"ל, הנה למה שהביא מההיא דסי' כ"ד כבר נאמר בה כמה פי' וחדא מינייהו היא אם זה תובע וזה תובע מי שקדם לתבוע נזקקין לו בתחי' ולא לבא אחריו לתבוע ונ"ד ראובן הוא התובע בתחי' לא כן האחר כעת אינו תובע, ולכה נא אקחך אל מקום אחר הוא ש"ג אשר הובא במשה"א ח"מ סי' כ"ד סק"א וז"ל ועי' ש"ג פ' הפרה שכתב וז"ל הרי שתבעו בשטר מנה והנתבע תובע שיש לו בידו חפץ פ' או קרקע פ' אומרין ב"ד פרע שטרו תחי' אבל אם הנתבע תובעו דבר הראוי לפרעון שטרו ה"ל כמו טענו שהשטר פרוע והכל תביעה אחת ואם הוא טוענו שישבע לו לא יגבה שטרו עד שישבע לו עכ"ל וע"ש בנתיבות המשפט מ"ש בכונתו ובנ"ד הוי כאילו טוענו שטרך פרוע הוא בזמן שירצה לטעון על ראובן קנה לך את המקנה בעבור ההטבה שנתחייבת ודברי הש"ג הנז' מובאים ג"כ בקצה"ח שם ובעט"ר הרמ"ז בכנסייא שלו בהגב"י סק"א והביא לו סמוכין ע"ש, ואתה קח לך עוד מ"ש הש"ך שם סק"א אשר ממנו נקח לנ"ד דהו"ל כאילו טוענו שהשטר פרוע ובסמ"ע שם סקי"א מה שהביא משם התוס' והמרדכי בפי' הא דאין נזקקין נמצא לפי שאין נותנים זמן לחבלות אבל בשאר דברים נותנים לו זמן ואינו צריך לשלם מיד אלא נותנים לו זמן שיברר טענותיו ויעמוד עמו לדין ויגבה זמ"ז ומ"ש מור"ם וצריך לשלם לו מיד פי' הסמ"ע שם סק"ה פי' אם יש לו מעות וכו' עד ל' יום:

ומכ"ש בנ"ד דדמי לב' שערבו לאחד שכתב הרמב"ם בפכ"ו מה' מלוה וז"ל ב' שערבו לאחד כשיבוא המלוה ליפרע מהערב יפרע מאיזה מהם שירצה וכו' יעו"ש ופסקו מור"ם ח"מ סי' ט"ז, וה"ה כתב בשם הרמב"ן דגובה מזה מחצה ומזה מחצה כדין ב' שלוו אבל הרשב"א ז"ל הסכים לד' רבינו וחילק בין ב' ערבים לב' שלוו לפי שכיון שהמלוה אחד לב' הערבות אינו חל לחצאין או יתחייב כל אחד בכל או לא יתחייב כלל שהרי הן לא נתחייבו מחמת שו"ד שלקחו ממני שנא' לכל אחד נתן חציו אלא ללוה הלוה הכל והערבות לבטחון כעין משכון ואין השעבוד חל לחצאין עכ"ל וחי' זה כתבו מרן בב"י בשם מהרי"ק גם ה' הנמק"י במס' ב"ב בשם הרשב"א יעו"ש:

נמצאת למד לנ"ד דדמי לב' שערבו בעד הכולל שהרי לא לקחו ממנו כלום שאינו לא הלואה ולא פקדון אלא חיוב שנתחייבו כדין ב' ערבים ובזה יוכל לגבות מכל מי שירצה ועי' להמט"ש סי' ע"ז הגב"י אוט"ו וז"ל אפי' שבדין ערב הוא מחלוקת בין הפוס' בדין

ב' שלוו כ"ע מודו דאם הוא שם שיתפרע הכל מהב' מהר"ש ן' ווילייסיד הובא בכנה"ג אות י"ב ועי' נח"ב ח"מ סי' י"ג דצ"ה ע"ד ע"כ ועי' עוד להמט"ש שם בסי' ע"ז בהגהב"י או"ט מה שהביא משם קמ"ר וז"ל אפ' לצדד ולו' דע"כ ל"א אלא שלא יתבע לערב תחי' אבל אם מוחזק המלוה ממעות הערב אין מוציאין מידו עכ"ל ובנ"ד הכי הוי ולכן אין מוציאין מידו:

הנה מלבד מש"ל דהו"ל כטוענו שטרך פרוע זאת היתה בנ"ד דזיילי נכסי דנתבע ע"י אבל אם נזקק לנתבע תחי' אזי יתברר הדבר שהשער שתובעו הוא פרוע וגם דמייא נ"ד למ"ש המט"ש בהגהט"ו אות ב' משם מהר"י חנדאלי ז"ל ואף אנן לגבי דידן נימא הכי דאם נחייבו לפרוע ונזקקין לתובע אנו מגרעין כח הנתבע דאם פרע לו אח"כ אין אנחנו יכולים להוציא מיד הכולל דזיל הכא קא מדחי ליה וזיל הכא קא מדחי ליה והו"ל כזיילי נכסי:

והנה בנ"ד כיון דראובן המו"ץ הוא תובע תחלה למלוה שלו בענינים אחרים הגם שיש למלוה לתבוע הלואתו נקרא הוא תובע כמ"ש במשפט צדק ח"ב סי' נ"ז וז"ל ועל מה שנשאנו מדחיות שמה שאומר שהם נתבעים ואין להם לשים מורשה יראה מבואר שאחר שהם תבעו תחלה והיו תובעים יש להם לשים מורשה כדין התובע דאחר דהם תבעו תחלה יש לו לשמעון לדון עמהם ואם אח"כ יש לו דינים ותביעות אז ישיבוהו הם עצמם בלתי מורשה כדין הנתבעים וכמ"ש הריב"ה בח"מ סי' כ"ד וז"ל אין נזקקין וכו' עכ"ל, הראת לדעת כי גם בנ"ד כיון שהוא תבע תחלה נקרא הוא התובע, וע"ע להרב שבות יעקב סי' קמ"ד בח"מ שכתב או מי שבא תחילה, לעולם הולכים בזה אחר התובע דהקדימה היא לעולם טובת התובע ולא הנתבע אם לא היכא דזיילי נכסי וזה פי' נזקקין לתובע תחילה עכ"ל, וכן נראה להרב תמים דעים סי' דלא גרס בגמרא תחילה כי אם אין נזקקין אלא לתובע דוקא יעו"ש, אולם מרן בש"ע גריס לה וכדנקט בלישניה כמשי"ר הרואה ודאי לא לחנם גרס לה לא להשמיענו הא דהרב משפט צדק והא דהרב שבות יעקב ז"ל וז"פ וברור:

ועוד מלתא בפומאי דה"מ דאמרי' אין נזקקין אלא לתובע תחלה היינו אם הדין הוא באופן דזה גובה ואח"כ זה גובה ויש הפרש בגבייתם כההיא דכתב מרן הש"ע בסי' פ"ה אבל אם הדין הוא דזה יעמוד בשלו וזה יעמוד בשלו בהא אמרינן אפוכי מטרתא למ"ל וכמ"ש מרן הש"ע בסי' פ"ה וכההיא דהמרדכי דהמקבל הביאו הרב פ"מ ח"א סי' מ"ז בתשו' על דבריו הביא ד' המרדכי בזה וסיים וז"ל אמינא דשנא ושנא וב' תשובות בדבר דע"כ ל"ק המרדכי אלא לגבי תשלומי ממון שהנתבע בטענתו רוצה לפטור עצמו

מלשלם לתובע וכו' בהא שייך אפוכי מטרתא למ"ל כדאיתא בפ' המקבל וכו' אבל בנ"ד דמה שחייב הנתבע הוא שבו' לבד עפ"י טענת התובע שיש עסק הכחשה ביניהם בכה"ג ל"א אפוכי מטרתא דשבו' זו מי פטרו לנתבע דאף שיהיה לנתבע טענות אחרות על התובע אין מנכין שבו' כנגד שבו' דהנתבע זה לעולם הוא מחוייב לישבע לעולם על טענת התובע הלז וכו' ובכה"ג ל"ש אפוכי מטרתא וכו' ע"ש שהאריך בזה והוכיח דין הנז' בראיות וכתב שגם הר' הפו' מהר"ל טילייו ז"ל הנז' גופיה רמז די"ז בדבריו ומודה לזה ע"ש, וא"כ ממנו נקה לנ"ד דליכא מאן דפליג ועוד נפקא לן לנ"ד מדברי ה' הנז' שכתב שם דק"י ע"ד ועוד דההיא דהמרדכי מיירי כשהתובע התחיל לטעון וכו' ובנ"ד התחיל לטעון הנתבע תחי' שהוא הנתבע לכשיטענו עליו ובהא ודאי שנזקקין לו תחי' להשלים דינו אם חייבים לשלם לו או לאו ואח"כ נבוא לתביעתם:

ומ"ש הר' הפוסק הי"ו שהשטר יש בו נאמנות, אני אהרן לא יכולתי לירד לסוף דעתו דמאי אהני הנאמנות לבטל טענת הקי"ל דכיון שתפוס מנכסיו ואינו טוען עליו שום טענה להכחישו בגוף השטר והר"ז דומה למ"ש ה' פנים במשפט סי' ס"א אות ב"ך וז"ל אם יש אומדנא שהדין מרומה דאין לגבות באותו שטר נר' דגם אם כתוב נאמנות בשטר לשלא יהיה נאמן לו' פרעתי אפי"ה לא מהני ליה מידי כיון שיש אומדן דעת דרמאות וכן יש להוכיח ממ"ש מרן ז"ל לעיל סי' ט"ו ס"ג שאם נראה לו לדיין לפי דעתו שיש בו רמאות או שאין דעתו סומכת על דברי העדים אעפ"י שאינו יכול לפוסלם וכו' אעפ"י שהם כשרים ולפי תומם העידו וכו' אסור לו לחתוך אותו הדין אלא יסלק עצמו וכו', ועי' להרב הסמ"ע ז"ל שם סק"י כתב בשם מוהריק"ו ז"ל שו' ס"ז דגם לעדים החתומים על השטר ידרוש ויחקור אף העדים החתומים הוי כמי שנחקרה עדותן ע"ש, וא"כ דכוותא י"ל דאע"ג דאיכא נאמנות כדינו כיון שהוא רואה רמאות בדבר אין לסמוך על הנאמנות כמו שאין לסמוך על עדים כשרים המעידים ולא על עדים החתומים בשטר אע"ג דהוי כנחקרה עדותן, וכן יש להוכיח מת' הרב מהרי"א ז"ל בת' הנז' דבשטר דנדונו היה כתוב נאמנות ואפי"ה לא הכשיר השטר גם היותו ישן אלא מכח הטעמים שכתב בתשובה דליכא חשש רמאות ולא מטעם הנאמנות וכן יש ללמוד מת' ה' תורת חסד ז"ל סי' ק"ם וה' עדות ביהוסף ז"ל ח"ב סי' ז"ל דלענין שטר ישן אין הנאמנות מועיל אלא העיקר תלוי אי איכא חשש רמאות או לא, ואע"ג דכתב מרן ז"ל בש"ע לקמן סי' ע"א סט"ז וז"ל שטר שיש בו נאמנות וכתוב בו זמן קבוע לפרעון אעפ"י שעבר הזמן עדיין הנאמנות קיים ע"כ, וכתב ה' הסמ"ע ז"ל שם סק"ל וז"ל בפרישה כתבתי דר"ל אפי' יש זמן רב שעבר הזמן ומטעם דא"כ שטרך בידי מאי בעי דאל"כ פשיטא וכו', וכ"כ ה' ש"ך וז"ל שם סקנ"ז דמן

הסתם כל זמן שהשטר בידו משמע ועי' לה' עדות ביהוסף ז"ל ח"ב דל"ז הרי דאפי' אם עבר זמן רב הנאמנות מועיל וא"כ תיקשי למה לא יועיל נאמנות גבי שטר ישן ולא ראינו לשום א' מהפוס' ז"ל שכתבו חילוק זה כאן אלא דהאמת נר' כדכתבינן דע"כ לא כתבו הפו' דמועיל נאמנות גם אם עבר זמן רב אלא היכא דליכא חשש רמאות וזיוף וליכא אלא איחור הזמן וכל שיש סיבה ואמתלא על האיחור הדר דינא דהאי שטרא כשאר שטרות שאינם ישנים ולהכי הנאמנות מועיל שלא לטעון פרעתי אבל בדאיכא חשש זיוף ורמאות י"ל דכי היכי דלא מהני עדות העדים החתומים על השטר ה"נ לא מהני הנאמנות וכמאן דליתיה דמי והכל תלוי אי איכא אומדן דעת דרמאות או לא כנז' ע"כ:

ואקחך אל מקום אחר הוא ה' מוהרשד"ם ז"ל בח"מ סי' מ"ג כשתמה על הדיין שעיכב ממון הלוה אשר אינו שם והביא דברי מוהריק"ו דבשרש ק"ט הנז"ל כתב אח"כ וז"ל כמה נתעקש ב"ד זה שלא הודיע הדבר לבעל הממון ומי הגיד להם שלא היה לבעל הממון טענה או שובר על שטר זה עד גם שכתב ר"ח מעשים באים לפנינו בכל יום ולא הורדנו ב"ח לנכסי לוה בזמן שהוא במ"ה וצריכים אנו להודיעו שמא יש לו ראיה ואפי' יש בו נאמנות יש חששא שמא יש בידו שובר והתו' הביאו בפ' הכותב סברת ר"ח וכו' הרי דאפי' הני רבוותא דאזלי בתר סברת ר"ח אם הודיעוהו ללוה ולא בא או לא השיב תשובה הפוטרתו אליבא דכ"ע מגבין מנכסיו שלא בפניו ע"כ, אף אנו נאמר כן בנ"ד ואי אמרת שטרך בידי מאי בעי לזה יש לו' דע"י השטר יוכל לקבל ההכשר שהם הפירות ולית בו חשש רבית אשר לא כן לגבי בעל השטר אפי' יתחייב אינו חייב לשלם כ"א הקרן דוקא:

עוד כתב ה' הפוסק הי"ו וז"ל וליכא למימר וכו' וחזר הדין דהכולל יטענו קי"ל ויזכו בדין וכו' הנה לפי מה שהוכחתי מבית ומחוץ כי דעת מרן הק' דהרוב כופין את המיעוט וגם העלתי בד' מרן דחייבים לשלם לו כל שכרו אפי' שלא הפסידוהו ממ"א כנז"ל א"כ מי זה אמר ותהי שיכולים הכולל לו' קי"ל נגד מרן שקבלנו הוראותיו אפי' נגד כל הפוס', גם במ"ש ה"ה הי"ו בסו"ד וז"ל דלא מחייבי הכולל בקצבתו כ"א היכא דהפסידוהו ממ"א וכגון שכבר היה דומ"ץ בעירו הנה במ"ש וכגון וכו' מלבד מ"ש לעיל דדעת מרן הוא דאפי' לא הפסידוהו ממ"א חייבים, מ"מ מי גילה רז זה דדוקא שהיה רומו"ץ ולא הפסד אחר ומה לי זה שהיה רומו"ץ ומה לי שהיה מסתחר בעירו והיה משגיח על נכסיו שע"י עזיבתם נתקלקלו, ומ"ש עוד וא"כ לית ליה בעיקר תביעתו עליהם שום זכות ושום טענת קי"ל כהאי דינא כלל ואין כאן שום נזק מגיע לו בפרעון חובו תחי' כלל וזה ברור ולהיותי אך עסוק בצורכי ציבור לא יכולתי להאריך יותר בפרט זה ודי בזה ע"כ, ולא

אוכל להתעלם לדבר א לבי דאחר שכבר פסק את הדין בסכינא חריפא לטבו"ח ישרי דרך ולא הניח מקום פיטור אין לו עוד במה להאריך ובמקום שהיה לו להאריך לא העלה על דל שפתיו לא דבר ולא חצי דבר במה שהעלתי בדעת מרן דהרוב כופין את המיעוט שהוא דלא כוותיה והוכחתי הדבר בראיות ועוד מדברי מוהרמב"ח ז"ל כ"י שהאלד"ים אינה לידי ושם היה לו להאריך לקיים את דברו אשר דבר בק' והעלם על מכבש הדפוס או להודות ומר לא עשה כן אלא נעשה כרודף ולא מצא שום צד להפך בזכותיה דצו"מ, ואתם הרי ישראל שמוע בין אחיכם ושפטתם צדק בין איש ובין אחיו, כ"ד עמוס התלאות המצפה לתשובת היושבים על כסא ההוראה ועל פיהם יקום דבר אני ראשון:

ואני **אהרן אלחדיף** ס"ט

הסכמת הרב הגדול, הגאון המפורסם סבא דמשפטים ראב"ד מקודש בעיה"ק ירושלם חו"ב כקש"ת כמהר"ר **רפאל יצחק ישראל** נ"י

אנכי הבא עה"ח נדרשתי לחוות דעתי על האי פסקא דדינא דשדר לן מעלת הרב הפוסק עליון למעלה ה"ה מעלת הרה"ג מו"מ ר"מ ור"מ דעיה"ק טבת"ו כקש"ת ר' **אב"א** נר"ו על אודות רב ומו"ץ שהסכימו בני העיר למנותו, ואח"ז חזרו איזה יחידים מההתמנות הנז' והנה הוא תפוס מאחד מהם לגבות קצבתו אשר קצבו לו והפסדותיו וכו' ככל הכתוב בשאלה, ומע' הרהפ"ו יצ"ו צלל במים אדירים וחזר על כל צדדי הספיקות ופסקיה לדינא בסכינא חריפא כי חייבים לשלם לו כל שכרו בעד הג"ש, ומרוב ענותנותיה שאל את פי לבא בהסכמה, אנא דאמרי הלכתא כוותיה ומטעמיה מי כמוהו מורה כל רז לא אניס ליה כל מן דין ומן דין סמוכו לנא, והימנותא ליהוי כי צופה הייתי מיום ל יום להשתעשע בדב"ק לענין פלפולא כירחי קדם, אך מפני שיבה ויהי כי זקן יצחק הנה ידי יד כהה ולא אוכל להחזיק בעט סופר וגם אור עיני אינם איתי לישא וליתן בדבר הלכה ותשורה אין להביא, ובכן לענין דינא הנני מסכי"ם ומערי"ב ככל אשר הורה גבר הרה"פ יצ"ו אהרן בחיר ה' מלמד שהלכה כמותו, אשרי יולדתו, ויאריך ימים על ממלכתו, את זה כתבתי לעשות רצון צדיק והנני מוטל על ערש, ה' ירפאני רפואה שלימה הוא ברחמיו יעננו ביום קראנו, ונפלאות מתורתו יראנו הלכ"ד.

הצעיר **רפאל יצחק ישראל** ס"ט $$(ציור בספר)$$

סימן ב

שאלה ראובן היה לו קרקע בעיר אחרת ורחוקה מאדם העיר והיה כתוב בפנקס המטוויל"י בשם אשתו לסבת מה ובא זמן שראובן הנז' רצונו למכור הקרקע הנז', עשתה שליח אשת ראובן הנז' את בנה לוי וכתבה לו הרשאה בערכאותיהם, לסיבת שהקרקע

כתוב על שמה והלך לוי לשם אחר שגמר בדעתו למכרה ליאודה וקבע לו זמן עד בא תשו' מאביו שיתן לו רשות למכרה בסך אשר קצבו לו, ובתוך הזמן אשר קצב באותו זמן שקבע לקונה הא' שלקח ממנו ערבון עשרים לי"ט בא יששכר והוסיף לו על הסכום המכר הנז' ואמ"ל ליתן לו ערבון סך עשרים לי"ט ויהי כמשי"ב לוי איני יכול לעשות שום דבר כ"א ברשות מ"א הי"ו וקבע לו זמן ובראותו כי עבר הזמן ולא באה הידיעה ממ"א הי"ו הוכרח למכור לראשונים ואפי' בפחות מחמת שנתן להם דיבור שבבוא הזמן אשר קבע להם שימכור כי הוא היה מצפה שיבוא לו גזירה מאביו שלא ימכור בסך הראשון והיה מקום פטור מהקונה הא' בסך אשר קצב לו ולבעבור שלקח מהם ערבון, ועתה יששכר טוען שעפ"י דיבורו של לוי שאמ"ל שיכין המעות הלך לבאנקא וקבל מעותיו שהיו לו שם וכפי הנימוס שמי שרוצה מעותיו תוך זמן שקבעו לו הוא חייב למחול בכל הריבית שעבר, וכן עשה שהפסיד כל הריבית שעבר, ולוי משיב כי מעולם לא אמרתי לך שתכין מעות והא לך ראיה שרצית ליתן ערבון עשרים לי"ט ואתה מודה בדבר שלא רציתי לקבל ממך כ"א עד בא תשו' ממ"א הי"ו ואיך אומר איך שתכין כל המעות ואפי' לדידך שאתה אומר שאני גרמתי לך ורצונך לחייבני מדד"ג אני לא אמרתי לך שתלך ותפסיד ואתה גרמת לעצמך, וגם אנכי לא ידעתי שיש לך מעות בבאנקא, וגם כי הנימוס הוא כן ואדרבא כל בתר איפכא שמיע לי כי הבאנקא מחשבת הרבית דבר יום ביומו, וגם דבורי לא עביד מעשה אלא אתה הוא העושה נזק לעצמך, וגם טוען לוי כיון שהנימוס הוא שכל מי שיש לו מעות בבאנקא כשיתבע מעותיו ינכו לו הרבית שעבר ומחוייבים ליתן לו מעותיו א"כ מה זה מהרת למצוא המעות היה לך להמתין עד בא תשו' הרב מ"א הי"ו ואזי תוכל עשוהו א"ו שאין בפיהו נכונה ולא יער הוי ולא דובים הוו ויששכר השיב כי בקשתיך ולא מצאתיך ולוי השיבו וכי כל כמינך לעשות מה שלבך חפץ ואני אשלם לך לכן יורינו המורה לצדקה הדין עם מי ושכמ"ה:

תשובה ידעתי בינ"י ידעתי מיעוט ערכי ושפלות דעתי ומה אני לבוא בתוך הבאים לדון ולהורות, את החוקים ואת התו' ובאתר די זקוקין דנורא ובעורין דאשא מאן מעייל בר נפחא איש אשר כמוני ובפרט בדין זה שהוא מקצוע גדול בד"מ עד שראינו להרמב"ן ז"ל בשי' לבתרא עשה בה מאמר לדד"ג וא"כ צללו במים אדירים באדירים, נזחלתי ואירא מחות דעתי, ואולם זאת היתה כי לא אוכל להמלט מלהשיב שואלי דבר כי חביב עלי השואל עד למאד גם בן ואח הוא לי לכן אמרתי אקומה ואסובבה בספרי הפו' ראשונים ואחרונים ככל אשר תשיג ידי יד כהה ולקטה באומרי'ם ויהיה מקור נפתח בקטנים ויסתיים בגדולים היושבים על כסא ההוראה והם רשאים לרחק או לקרב ועפ"י יהיה כל

ריב וזה החלי, וה' אלד'ים יעזר לי, קודם בואי לעיקר הדין לראות אם חייב הוא מדד"ג אם לאו צריכים אנו לברר על מי חל החיוב אם על השליח או על המשלח, ואציגה נא לפניך תשו' הרשב"א במיוחסות סי"ך והביאה מרן הב"י ח"מ סי' קפ"ח ונפסקה על השולחן הטהור בסי' הנז' ס"ו וז"ל מי שהגיע לו היזק בממון מחמת שליחות שולחו או שהעלילו עליו מחמת השליחות והפסידוהו ממון אם על המשלח לשלם לו נזקו אם לאו וכו' יעו"ש, תשו' אין המשלח חייב בתשלומי נזק השליח שלא מצינו תשלומי נזק אלא בנזקי עצמו או בנזקי ממונו האי כדיניה והאי כדיניה ונזקי ממונו כעין נזקי עצמו הן, כלו' לפי שפשע בשמירת ממונו, אבל בנזק שהגיע לשליח מה הזיק המשלח ומה הגיע מחמת פשיעתו וכו' יע"ש בדבריו וכן פסק מהרי"ק בשורש קנ"ז מתשו' הרשב"א הנז', ועי' להרב דברי יוסף אירגאס ז"ל בסוף די"ז ע"ב יעוש"ב שהשוה דברי הגהות מרדכי להרשב"א ולמהרי"ק ואייתי בידיה להרב המבי"ט שגם הוא השוה דבריהם והק' עליו ואפ' לחלק דשאני הכא דבא לו ההפסד לשליח מכח השליחות עצמה לא כן ההיא דהרשב"א הנז' ואחהמ"ר ראה ראיתי להרב שמחת יו"ט סי' י"ח שהביא לס' המבי"ט שחי' כחי' הזה וכך העלה ובסי' י"ט ה' כמהר"ש לנייאדו ז"ל סתר דבריו ובסי' כ' חזר וקיים דבריו יעוש"ב:

נמצא לפי"ז כי המשלח הוא החייב ובנ"ד המשלח לאו איהו בעל הקרקע כ"א מה שנכתב הקרקע ע"ש בפנקס המטווילי' וכמ"ש הרב מטה שמעון סי' ע"ב בהגב"י ס"ק צ"ז וצ"ח וז"ל אם קרקע של שמעון וכתוב בשם ראובן בפנקס המטווי'לי ורוצה ראובן להחזיק עד שיפרעו לו דלא הוי מוחזק דאין זה חזקה מאחר דאין הקרקע אלא של בעליו יעו"ש, ועי' להרב רוב דגן בח"מ סי' נ"ה אות ג' ועכ"ז לא יש בידו הרשאה בדיננו שכתוב בתוכה מבלי שנוכל לומר לו לתקוני שדרתיך ולא לעוותי, ולחייב לבעל הקרקע א"א מפני ב' סיבות האחת כי הוא לא נתן שום הרשאה ושום שליחות לא בדיני ישראל ולא בעש"ג, עי' להרב נחפה בכסף ח"א סי' כ"ט בענין אם חייב המשלח בנזק השליח, גם את הב' דכדי לחייב המשלח צריך שיהיה שהמשלח הוא הגורם ההפסד שבסיבתו בא לא כן בנ"ד השליח הוא הגורם שאמ"ל תכין המעות, ועי' להרב מהר"ש לנייאדו ז"ל המובא בס' שמחת יו"ט בסי' י"ט דמ"ב יעו"ש בדבריו אשר ממנו נקח לנ"ד דליכא לחייבו למשלח כלל, יבוא הג' ויכריע שאין לחייבו למשלח והוא ממ"ש מרן מלכא הרמ"ז בכנסייא שלו בחו"מ סי' שפ"ו בהגהט"ו אוע"ד וז"ל אמר המאסף יראה פשוט דלא מחייבינן בדד"ג אלא לעושה הרעה ישלם כפי מה שגרם להפסיד אבל אם שמעון הרשה את ראובן לתבוע חוב מלוי שיש לו אצלו עפ"י דין התו' והלך ראובן וגרם נזק ללוי או

אפוטרופא של יתומים שגרם נזק לבעל דינם לא מחייבי לשלם לא שמעון המורשה ולא היתומים אעפ"י שאין ממון למרשה או לאפוטרופא לשלם לנמסר דזה גורם דגורם הוא ופטור ועוד דטוביה חטא וזיגוד מינגד עכ"ל, וכ"ש בנ"ד דליכא משלח כלל כנז' שלא נתן לו הרשאה ולא שום שליחות כלל, ולחייב לשליח ממון הנה הוא עשה בחנה ולכ"ע פטור וא"ת לחייבו משום פשיעה ובפשיעה חייב וכמ"ש בב"ק דצ"ט אמר שמואל טבח אומן שקלקל חייב לשלם מזיק הוא פושע הוא ופריך למה לי למימר מזיק הוא פושע הוא ומשני אם אמר מזיק הוא הוה אמינא הני מילי בשכר אבל בחינם לא, קא משמע לן פושע הוא, ופרש"י הני מילי דעביד בשכר דמזיק חייב באונסין דאדם מועד לעולם ומדקארי ליה מזיק לחייבו הו"א דבעושה בשכר קאמר קמ"ל פושע הוא ואפי' בחנם חייב דה"פ טמא דמדין אדם המזיק לא היה חייב כל שעושה בחנם ומש"ה אצטריך לו' פושע הוא דאל"כ אמאי לא אשמעינן טבח אומן שקלקל אפי' בחנם מ"ט מזיק הוא אלא נראה דכה"ג שעושה ברשות אין לחייב מדין מזיק אא"כ פשע דאז נקרא מזיק ומש"ה הוצרך לומר פושע הוא ע"ש וכפי"ז יש לחייבו מדין פושע אפי' שהוא בחינם וכידוע הנה הוא לא פשע כלל ואין לחייבו מדד"ג ולחייב לשליח שבועה כיון שהוא כופר ואומר שלא אמ"ל להכין מעות וכמ"ש הרשב"א ח"ג סי' ק"ג וז"ל שטת ראו' אמר לשמעון אתה הזקת אותי או אתה לקחת ממוני או גרמת לי שיקח אותו המלך פ' או כתבת בכתב ידך לפ' שיאמר לפ' שיקח אותו ואתה הפסדתני כו"ך ואין ביניהם עדים ולא ראיה, תשו' מתוך השאלה ניכר ששמעון כופר בכל ולפיכך אם טען ראו' ששמעון לקח משלו או הזיקו בידים הרי שמעון פטור מתשלומין וחייב בשבועת היסת בלבד עכ"ל, הנה מלבד דנ"ד הוא עדיף שלא לחייבו מנדון הרשב"א ז"ל יען כי גם פה טוען מי יאמר שאתה הפסדת בבאנקא ועליך להביא ראיה, וגם זאת היתה דאפי' דנימא דאמ"ל תכין מעות אפ"ה פטור מלשלם וכמו שנבאר לקמן:

ועיקרא דהאי דינא בתו' בתרא דכ"ב ע"ב ד"ה זאת אומרת וכו' וחי' ר"י לשון אחר דד"ג חייב היינו שעושה הוא עצמו היזק לממון חבירו, ועוד חי' דדד"ג דחייב היינו משעת מעשה בא ההיזק ועל הכל ק' טיהר את הטמא בע"ה עצמו עירבן עם פירותיו אמאי חייב דהוא עצמו אינו עושה היזק בממון חבירו גם באותה שעה שמטהר אינו בא ההיזק ונר' לריצב"א דדינא דגרמי הוי מטעם קנס כדמוכח בירוש' ולכך כל היזק המצוי ורגיל לבוא קנסו חכמים וטעם דקנסו שלא יהיה כ"א הולך ומזיק לחבירו בעין וה"ט למאן דמחייב בהיזק שאינו ניכר ואפשר בשוגג נמי קניס ר"מ כי היכי דקניס במטמא ובמדמע אחד שוגג ואחד מזיד עכ"ל ובנ"ד ליכא למקנסיה כיון שבעל המעות הוא המזיק את עצמו:

והרא"ש ביאר הדברים ביותר וז"ל אבל כל הני הוו גרמא בעלמא דההוא דשיסה בו כלב ונחש לא בריא היזק כולי האי כמו מסור דשמא לא ישוך הכלב והנחש וההיא דזרק את הכלי מראש הגג כשזרק לא עשה מעשה הראוי להיזק שהרי היו תחתיה כרים וכסתות וכשסלקו נמי לא עשה מעשה בגוף הממון אע"ג דבריא היזקא ולא דמי למסור וכו' ועוד יש לחלק דכל היכא דההיזק נעשה מיד בשעת מעשה נק' דד"ג כמו שורף שטר ומוחל וכן מראה דינר לשולחני כי מיד הוא פוטר אותן שנתנו לו ומסור בעידנא דאחוי כמאן דקלייה דמי וכן נתייאש וכו' אבל המסלק את הכרים בשעת סילוקו עדיין לא נשבר הכלי עד שיגיע לארץ וכן שיסה עד אחר שיסוי לא ישוך וכן וכו' וכו' והמבעית אחר שהבעיתו הוא מתפחד והולך וכו' עכ"ל:

והרמב"ן בשי' לבתרא בסופה בקו' ד"ד דחה דברי הריצב"א דינא דגרמי תנן ולא קנסא ע"ש שהאריך שכתב לענין מ"ד קנסא דבעי' מתכוין להזיק דלא קנסינן שוגג כמזיד והק' עליו מההיא דר"ל ותי' יעו"ש ואח"כ כתב ואעפ"י שזה דבר הגון אין אנו שומעין לו אלא בעלי סברא זו טעו בשיקול דעתם וצללו במים אדירים והעלו בידם חרס ואנן ד"ד קאמרינן ולא קנסא דגרמי וכו' יעוש"ב וכתב הרב חס"ל אלקלעי ח"ב סי' י"ד דק"ג ע"א הביא שם דד"ד אינו חייב כ"א על הודאי היזק וכו' יע"ש:

אתאן לנ"ד דאינו בודאי היזק עפ"י דיבורו שאמ"ל שיכין מעות וגם שם הביא לנו שצריך שיהיה במזיד וכו' עוד שם וז"ל גרמא בנזקין ל"ד אלא הוא לשון מושאל על ד"ד והכונה דאפי' בד"ד פטור משוגג והם דברי הרמב"ן ז"ל במאמר ד"ד וכו' יעוש"ב והביא ראיה בע"ג מדברי הרמב"ם ז"ל מה' חובל ומזיק פ"ז דין ג' דכל שאינו מתכוין להזיק מדעתו נק' שוגג והכי מוכח ממה שנרגש הרמב"ן ז"ל וכו' יעוש"ב, ונ"ד לא במזיד אלא בשוגג דלא ידע שהבאנקא וכו' וגם לא הוי ברי היזקא אפילו את"ל שאמ"ל לך הבא מעות כיון דלא ידע שהבאנקא לא תפרע למי שלוקח מעותיו בתוך השנה ובעל המעות איהו דאפסיד אנפשיה ועיין להרב פנ"י אבו' נר"ו ח"א סי' כ"ד דקצ"א ע"ב וג' כי כל מ"ש שם הוא שייך גם לנ"ד, ועוד כי בנ"ד ההיזק תלוי בדעת אחרים שהוא בעל המעות כמ"ש הרב הנז' שם ועיין עוד להרב פנ"י ח"ג ס"ח אחר החיתום שהביא מחלו' אפי' היכא דבריא היזקא יעוש"ב וכ"ש בנ"ד דלאו ברי היזקא, עוד בא שנ"ד לא כיון להזיק ואף אם המצא ימצא הדוחה לדחות איזה דחיות בכל הכתוב מ"מ אנא דאמרי דזה כלל גדול דגדול כח המוחזק ועל המערער נגדו עליו הראיה ועיין במ"מ בחו"מ מ"ב סי' שפ"ו בהגהות הטור אות כ"ח ואוצ"ג ואוצ"ד ועיין שם בהגב"י או"ג ועיין בסמ"ע סי' שפ"ו סק"א שהאריך הרחיב בדברי הרמב"ן הנז' ותי' לכל קו' והביא לכמה פוסקים דאית להו דהוי קנסא

וא"כ על המוחזק לומר קי"ל כמאן דאית ליה שהוא קנסא והביא ס' זו משם מהריב"ל ח"א סו"ס קכ"ג דקנ"ח ע"ג מצאתי שכתב דאע"ג דהרמב"ן כתב ד"ד אמרו ולא קנסא מ"מ יכול המוחזק לו' קי"ל כהני דס"ל דד"ד הוי קנסא וכתב שמדברי הרב נר' דהסוברים כן הם מיעוטא והביא הרבה מהפוסקים דסברי כן וכתב דדבריהם נ"ל עיקר יעוש"ב שדחה כל ראיות הרמב"ן והביא כמה ראיות דהוי קנסא מדרבנן:

והרשב"א בתשו' המיוחסות סי' ר"מ כתב וז"ל ותחלה יש לך לדעת למה פטרו גרמא בנזיקין ואמרו דד"ג חייב ומה הפרש יש בין זל"ז, דע כי הם ד' אבות נזיקין באומר ד' לשונות ומשפטיהן כפי דעתי אינם אלא ב' והם דד"ג וגרמא בנזיקין והב' האחרים דינם בכלל אלו הם דבר הגורם לממון ומזיק שעבודו של חבירו דד"ג כשעושה מעשה בגוף הדבר ומראה דינר לשולחני ואמ"ל מעליא הוא ואמ"ל אפסדתן דעלך קא סמיכנא א"נ שורף שטרותיו של חבירו ונאבד השעבוד וכן המוכר שט"ח וחזר ומחלו ע"ז אמרינן מאן דדאין דד"ג מגבה ביה ככשורא לצלמא, כן מחיצת הכרם שנפרצה שבגרמתו שהי"ל לגדור ולא גדר אוסר ממונו של חבי' וחייב משום דד"ג כדאמרי' מחיצת הכרם שנפרצה אומ"ל גדור וכו' עד ה"ז קידש וחייב באחריותו ואוקימנא כר"מ דדאין דד"ג, הב' גרמא בנזיקין שאמרו פ' לא יחפור פטור והוא שאינו עושה מעשה בגוף הדבר לא הוא ולא ממונו כגון זקף הסולם וקפצה הנחייה מאליה לשובכו של חבירו אבל לא בשעת הנחתה וא"נ בקורקור דרב יוסף כגון אלו פטור אבל אסור ובכלל זה מה שאמרו ר"פ הכונס אמר"י ד' דברים העושה אותם פטור מד"א וחייב בד"ש אלו הן פורץ גדר לפני בהמת חבירו, והכופף קומתו של חבי' לפני הדליקה, והשוכר עדי שקר, והיודע עדות לחבי' ואינו מעיד, ובכלל דב"ז דבר הגורם לממון דפטרי רבנן פ' מרובה ובפ' שבועת העדות וזהו הג' שהוא בכלל גרמא בנזיקין, והד' הוא מזיק שעבודו ש"ח ולדעת הרי"ף ז"ל פטור ולדעת בעלי התו' והראב"ד ז"ל פי' חייב ונראין דבריו מדתנן וכו' הכא הלכה היא כרשב"ג דפסקינן פ' הכותב ובפ' הגוזל כמאן דדאין דד"ג ומזיק שעבודו ש"ח עדיפא מינה וחייב כמו שהבאתי מההיא דמניח את הכד וכו' יעו"ש:

ובתשובת הרב הנז' ח"ג סי' ק"ז כתב וז"ל עוד אמרת שהוק' לך מהו ההפרש שיש בין גרמא בנזיקין לדד"ג ולדבר הגורם לממון, תשו' דד"ג הוא שעושה מעשה בגוף הדבר כגון מראה דינר לשולחני ואמ"ל מעליא הוא דאמ"ל אפסדתן דאמ"ל מעליא הוא ועלך סמיכי דהו"ל כעושה מעשה בו, וא"נ שורף שטר דמחמת ששרף את השטר שיש בו שעבוד נכסים ומחמת שרפתו נאבד השעבוד שבו הרי הוא עושה מעשה בדבר שבגרמתו נאבד וכן מחיצת הכרם שנפרצה שבגרמתו שלא סילק ההיזק שהי"ל לגדור ולא גדר ממונו

אוסר ממון חבי' ממש וחייב משום דד"ג אבל כשאינו עושה מעשה לא הוא ולא ממונו בגוף הדבר כגון זוקף את הסולם סמוך לשובכו של חבי' וא"נ באומני דיתבי תותי אילני כקורקור דרב יוסף וכיוצא בזה לא הוי טמא גרמא בנזיקין ואסור ופטור עכ"ל, והרב חוות יאיר סי' מ"ד דמ"ז ע"א כתב וז"ל והנה בעלי דעה זו דאית להו דהוא משום קנסא לא באו לכלל חי' בין גרמי לגרמא רק הדבר תלוי בקנס חכמים מפני תקון העו' ולפי"ז דוקא בעשה מעשה או דיבור שעפ"י דיבורו נעשה מעשה ופשע קצת בדיבורו ולפי דעה זו אין לראו' על שמעון אפילו תרעומת כי מה שעשה לא במזיד ולא במעל עשה רק להציל חובו וכו' יעש"ב:

וקח לך ממנו לנ"ד בכל פרט ופרט, עוד כתב החו"י שם ע"ב וז"ל כ"ש לשאר פו' המחלקין בין גרמי לגרמא וכו' דאין בנ"ד מכל תנאי החיוב של גרמי שלא עשה מעשה וגם דיבורו לא עשה מעשה הנזק רק העיקול והו"ל דיבורו גרמא דגרמא שזכר בעה"ת זכרו הש"ך סק"ג וזה שלהציל ממונו עשה ודאי אפי' בד"ש פטור וכו' יעו"ש ומכ"ש בנ"ד דהוא המוחזק:

ולך נא ראה להש"ך ח"מ סי' שפ"ו סק"א שהעלה לדעת הרי"ף והרמב"ן והרשב"א והמחבר דמחלקין בין גרמא לגרמי, והמחבר דייק לה הש"ך וכמ"ש בסי' הנז' ס"ה וז"ל וגם מלשון המחבר מה שרשם בתחי' הסי' ממה שמדבר הסי' וראה כן שכתב ורשם סי' שפ"ו חילוק בין גרמא בנזיקין לדינא דגרמי וכו' ע"ש, וגם הטור ואביו הרא"ש ורי"ו ושאר פוס' כולהו ס"ל לחלק יעוש"ב, ועיין עוד להש"ך שם סקכ"ד וז"ל דלסברת ריצב"א דאית ליה דד"ד הוא קנסא, הוא מדרבנן א"כ הבו דלא להוסיף עלה כי לא ילפינן מקנסא ואין לך אלא מ"ש חז"ל בש"ס בפי' ובמה שלא פי' בהדיא לא קנסו ואין לנו לדמות גזירות חז"ל זו לזו יעו"ש:

והרשד"ם סי' של"ב כתב וז"ל ואני אקצר יותר כי כלל הדברים היוצאים מדברי ר"י הם אלה כדי לחייב מדד"ג צריך ב' תנאים אחד שהוא בעצמו או ממונו יעשה ההיזק בממון חבי' ועוד שההיזק נעשה מיד בשעת מעשה ולזה הסכים הרא"ש בפסקיו בפ' הגוזל עצים כן בפ' כיצד הרגל כתב דמסתברא כר"י וכן יש שם הגהה מא"ז כדברי ר"י גם הרשב"א ז"ל בתשו' הסכים בזה שכתב וז"ל דד"ג הוא שעשה מעשה בגוף הדבר וכו' עד אבל כשאינו עושה מעשה לא הוא ולא ממונו בגוף הדבר לא הוי אלא גרמא בנזיקין, תשו' זו ראיתי בקובץ תשו' מהרשב"א עוד בתשו' הביאה ב"י ח"מ סי' שפ"ו שכתב הרשב"א וז"ל וכל שאינו נזוק מיד אינו קרוי דד"ג אלא גרמא בנזיקין משמע א"כ דס"ל להרשב"א כדברי ר"י אבל הרי"ף וכו' יעוש"ב:

ועיין במ"ש לעיל בשם הש"ך שכתב שגם הרי"ף סבר לחלק אבל הרמב"ם בפ"ז מה' חובל ה"ז הביא כמה דינים שחייבים עליהם דנר' מדבריו שהוא חולק על ר"י וס"ל דאין לחלק בין גרמא לגרמי אלא בכולם אית לן דהל' כר"מ וחייב וכמו שהאריכו הפו' בזה:
גם רש"י ס"ל הכי דאין לחלק בין גרמא לגרמי ולדברי הרמב"ם עיין לה' קצות החושן שם סק"ב שכתב והעלה דגם הרמב"ם מחלק בין גרמא לגרמי ואפי' לס' האומרים דהרמב"ם ודישרן סמיכין עלוהי ומרן סברי דאין לחלק בין גרמא לגרמי מ"מ בעי' בגרמא החי' הנאמרים דל"ה פטור א"כ בנ"ד אפי' המחייבים בגרמא פוטרים פה משום דליכא בהו חי' התו', ועיין בס' מטה אהרן בכללי הג' מער' גרמא בנזיקין מ"ש בזה, ולדברי רש"י ראה תראה להרמב"ן במאמר דד"ג שכ' ע"ד רש"י וז"ל וזה שכתב אפי' למאן דלא דאין דד"ג אינו נכון, דבין למאן דדאין ובין למאן דלא דאין גרמא בנזיקין פטו' כדאמר"י ר"א אמר וכו' אבל לענין נזיקין פטור וכו' אבל חי' גדול בין הלשון שאמרו בתלמוד בד"ד ללשון האמור בו בגרמא בנזיקין דד"ד הוא הגורם בעצמו שהוא עצמו מזיק כגון וכו' אבל גרמא בנזיקין הוא הגורם לאחר לעשות היזק שאינו אלא מזמין כגון וכו' ועיין בש"ך סק"כ בסי' שפ"ו במה שהק' על רש"ל והעלה בדעת רש"י דאינו מחלק בין גרמא לגרמי ודלא כהרמב"ן יעוש"ב:
והרשד"ם בסי' ת"ס פטר בנדונו מחמת חילוק ר"י והרשב"א וכתב שם בשה הרשב"א וז"ל וכל שאיני נזוק מיד אינו קרוי דד"ג אלא גרמא בנזקין והרשב"א הוא גדול הפוס' ומי יערב מ לבו להוציא ממון נגד סברתו וכו' יע"ש אשר משם תו' יוצאה בהינומא לנ"ד
וחזות קשה הוגד לי לפי מ"ש הרשב"א בתשו' המיוחסות הנז' דפטור לוי אנכי הרואה לפי קע"ד דדברי סתרי למ"ש הוא עצמו בה"ג סי' ק"ו וז"ל שטת מה אני מפ' בשמועת שורף שטרות של חבי' דבפ' הגוזל דאמר רבא שהיא פטור דהיאך העמידו רב דימי בפלוגתא כדבר הגורם לממון ובכל התלמוד ראינו שדין גרמי ודין גורם לממון דינין חלוקין זה פי' לחיוב וזה פי' לפיטור, תשו' אין בין גורם לממון בין דד"ג שניהם לחייב דטפי איכא לחייבי גורם לממון מדד"ג וכדמשמע פ' מרובה מדאמרי' התם ר"מ ס"ל כר"ש דאמר דבר הגורם לממון כממון דמי ולמה לן למי' דס"ל כר"ש לימא ר"מ לטעמיה דאית ליה דד"ג אלא משמע דטפי חמור דבר הגורם לממון מדד"ג דאולי משום דד"ג אפ' דלאו ממון גמור לשלם ד' וה' אבל למאן דאית ליה דבר הגורם לממון הוי ממון גמור אפ' לשלם ד' וה' עכ"ל וכעת צל"ע, ולקו' זו יש לת' כאשר יראה הרואה ואולם לתשו' שהביא עט"ר הרמ"ז בח"מ מ"ב סי' שפ"ו בהגהט"ו אות ב' וז"ל מאן דד"ד דאין נמי לחייב

דבר הגורם לממון הרשב"א ז"ל בתשו' כ"י דיני גרמא בנזיקין ס"ה יעו"ש ובעז"ה אשובה אשנה פ' זה:

ואקחך אל מקום אשר יצאת משם הוא הרמב"ן במאמר דד"ג כתב וז"ל כלל גדול יהיה בידך כל הגורם ומחמת גרמתי בא לחבי' היזק שא"א אלא באותו היזק ואיני תלוי בדעת אחרים אלא בשעה שגרם בה ההיזק או שהוא עתיד לביא כגון זה מחייב ר"מ ונק' בריא היזקא עכ"ל ובנ"ד ליכא כל הני מילי:

ואלכה לי אל אחד הגדולים היא עט"ר הרמ"ז בכנסיא שלו ח"מ מ"ב סי' שפ"ו בהגב"י אות י"ג ע"ש מ"ש ע"ד ריצב"א דד"ד הוי מטעם קנס כתב וז"ל נ"ב וכ"כ ריא"ז הוב"ד בשה"ג בפ' לא יחפור וראיתי בס' משאת בנימין סי' כ"ח כתב דר"י והרא"ש וכולהו רבוואתא מודו לריצב"א דבכל מיני דשכיח קנסוהו רבנן למזיק בכל ענין ואין חי' בין גרמא לגרמי, אבל במידי דלא שכיח לא מחייב אלא בדבר דאית ביה תרתי שהוא עושה ההיזק בעצמו וגם ההיזק בא מיד בשעת מעשה וברי היזקא אבל הרמב"ן במאמר דד"ג (שבסו' תשו' המיוחסות להרמב"ן) כתב וז"ל דד"ג קא אמרינן ולא קנסא דגרמי ואחריו נמשך רש"ל בפ' הגוזל סכ"ו אבל בס' משפטי שמואל סי' קי"א פלפל בדברי הריצב"א והעלה דטעמו יותר מסתבר והוא עיקר לפי המדוקדק בלשון התוספתא והמרדכי ותשו' דשייכי גם הרשד"ם חו"מ סי' ת"ס ומהרש"ך ח"א סי' כ"ד ומהר"ש הלוי ח"מ סי' כ"ג ומ"ץ ח"ב סי"כ מוכח דראוי לחוש לס' ריצב"א ובפי' מצאתי למ"ד בתשו' כ"י כתב דבמחלוקת ר"י וריצב"א יכול המוחזק לומר קי"ל עכ"ל:

תשוב תראה לתשו' הרב משאת בנימין סי' כ"ח דמ"ב ע"א שהביא לשון התו' וכתב וז"ל ומשמע דמסקנת התו' דטעמא דגרמי איני אלא קנס ומדרבנן בדבר הרגיל שכיח וכדי שלא יהיה כ"א ואחד הולך ומזיק את חבי' כדברי הריצב"א אבל במידי דלא שכיח אינו אלא גרמא בנזיקין ופטור דלא קנסו רבנן ואעפ"י שהוא בעצמו עושה ההיזק וגם הנזק בא מיד כשעושה ההיזק אפי"ה כיון דמידי דל"ש הוא לא קנסו רבנן ואינו אלא גרמא בנזיקין ופטור ודלא כר"י וכ"ד המרדכי בפ' הגו"ל קמא, אמנם האשר"י וכו' ונר' דס"ל להאשר"י והנך רבוואתא דודאי בכל מידי דשכיח ורגיל אין לחלק בין גרמא לגרמי דבכל ענין קנסו חכמים לשלם מטעם שלא יהיה כ"א ואחד הולך ומזיק לחבי' וה"ט דטיהר את הטמא וה"ט דהירו' וכו' ובסו"ד כתב וז"ל הרי הוכחנו לדעת האשר"י ושאר רבוואתא דכל מילי דשכיחי קנסוהו רבנן למזיק בכל ענין וכו' ובמילי דלא שכיחי הוא דחי' רבנן בין גרמא לגרמי דכל דבר שהוא בעצמו עושה ההיזק או שההיזק בה מיד בשעת מעשה זהו נק' גרמי וחייב לשלם מדאו' כאילו עשה ההיזק בידים ובמזיד וכל היכא שאינו

עושה ההיזק בעצמו אלא שע"י גרמתו בא ההיזק או שההיזק אינו בא מיד כ"ז הוא גרמא בנזיקין ופטור ונ"ד דאינו חייב לשלם מדד"ג במידי דלא שכיח אלא בדבר דאית ביה תרתי שהוא עושה ההיזק בעצמו וגם ההיזק בא מיד בשעת מעשה אבל משום חד מנייהו לא מחייבינן ליה משום דאנן לא פסיקא לן מילתא איזה תי' הוא אמת וכו' יעוד אפ"ל דגם חכמי התלמיד לא חייבו מדד"ג עד דאי' תרי טעמי דעושה ההיזק בעצמו וגם שההיזק בא מיד בשעת מעשה ומדמספקא לן איזה חי' מב' החי' הוא עיקר וגם שמא לא מקרי גרמי עד דאיכא תרי טעמי הילכך אין כח בידינו לחייב עד דאיכא תרתי, עוד כתב הרא"ש דאינו חייב מדד"ג עד שיהיה בריא היזקא ועד שיעשה מעשה בגוף דבר הניזוק, אבל אי לא בריא היזקא כגון שיסה בו את הכלב דלאו בריא היזקא שישוך הכלב וכן אי לא עשה מעשה בגוף דבר הניזוק כגון זרק כלי מראש הגג והיו תחתיו כרים וכסתות וכו' יעוש"ב. ולדידן טעם הריצב"א הוא משום קנם כדי שלא ילך כ"א ואחד ויזיק את חבירו, ובנ"ד ליכא למקנסיה כיון שבעל המעות היא המזיק את עצמו:

ואשרי תבחר ותקרב לנ"ד תשו' התה"ד ס' ש"ז ושט"ו ועיין לה' תומת ישרים סי' ק"ז וז"ל ראובן היה ש"ץ וכו' ושמעון הוציא עליו ש"ר וסלקוהי הק' ואח"כ נתברר שהוא שקר והקהל לא רצו להחזירו שכבר שכרו אחר וע"י כך הפסיד מחיתו וכו' תשו' יראה אע"ג דשמעון לא טוב עשה וכו' אבל מ"מ אין לחייב לשמעון וכו' עד ונראה דהאי גרמא בעלמא הוא וגרמא בנזיקין פטור וא"ת דד"ג הוא וחייב כדתנן בפ' האומנים השוכר את האומנים וכו' עד ונ"ד ע"י שמעון נתבטל ראובן וי"ל כיון דאינו חייב לא מטעם דד"ג מחלקינן טובא בין דד"ג שהוא חייב ובין גרמא בנזיקין שהוא פטור כמו שאבאר בקוצר א"כ בנ"ד נמי איכא לחלק לפי ב' חי' דר"י הא' משום דלא מחייב משום דד"ג אלא כשהוא בעצמו עושה ההזק בממון חבי' אבל בנ"ד ששמעון לא הזיק כלל בממון חבי' וגם הוא לא בטלו ממלאכתו לא ע"י גרמתו נסתלק ע"י אחרים וכה"ג הוי גרמא בנזקין ולא דמי להההיא דהאומנים דהוא עצמו הבטיחו ושכרו וכו' ולפי טעם תי' הב' דאינו חייב אלא א"כ נעשה ההיזק מיד וכאן נמי ההיזק לא נעשה מיד בשעת מעשה אלא אחר שסילקוהו הק' וכו' משא"כ באומנים דהתם מיד כששכרן סילקן מכל שכי' אחרות והבטיחו על שכרו לכך צריך לקיים לו וכו' יעוש"ב ועיין לה' נחפה בכסף ח"א דקמ"ז ע"ב וז"ל דלסברת הראב"ד הדבר מבואר דכללא כייל לן דכל איבוד ממון שבעל הממון עושה אותו אעפ"י שחבי' גרם לו בפשיעה פטור עכ"ל:

וממנו נקח לנ"ד דליכא פשיעה כלל והרי לא הזיקו כלל ממון חבי' אלא שע"י גרמתו הלך הוא והזיק עצמו וגם לפי חי' הב' דאינו חייב אא"כ נעשה ההיזק מיד כאן נמי בנ"ד לא נעשה ההזק מיד בשעה שאמ"ל אלא אחר שאמ"ל הלך הוא אל הבאנקא והזיק עצמו:

ראה תראה למ"ש עט"ר הרמ"ז בכנסיא שלו בחו"מ סי' שפ"ו בהגהט"ו אול"ב הביא המחלוקת שבין הרמב"ם והראב"ד במאבד ממון חבי' שהרמב"ם ס"ל שחייב והראב"ד כ' וז"ל כללו של דבר אבוד ממון שבעל הממון עושה אעפ"י שגרם לו זה פטור וכו' וכתוב בס' שארית יאודה ד"ס דהטור כתב שהראב"ד השיג על הרמב"ם נר' דכהראב"ד ס"ל גם ה"ה אעפ"י שהליץ בעד הרמב"ם כתב וצ"ע גם לכל החי' שנאמרו בד"ד אין כאן ד"ד אלא גרמא בנזיקין ופטור וכו' יעו"ש:

והיינו ממש כנ"ד וא"כ יכול המוחזק לומר קי"ל ופטור תשוב תראה לה' חוט המשולש ח"ד סי' י"ח דצ"א ע"ג וז"ל ואין להם התנצלות וכו' הטענה הזאת היתה מועלת להם אילו היה הנפקד ישראל דאם יאודה שא' ממנו ושמעון נתן לו רשות לא הי"ל לשמוע להם במה שמגיע לחלק ראובן שלא נתן לו רשות וכו' יעו"ש:

אציגה נא לפניך קורא נעים מ"ש הרב זל"א ח"ב בח"מ מע' ג' אות גרמא כלל לחלק ן' גרמא בנזיקין לפטור, לד"ד לחייב, משתמשים מן הפוס' ז"ל ד' חי' של התו' ושאר מן הפוס', א') כל היכא דהמזיק בעצמו עושה הנזק לממון חבי' וברה"ז בירור גמור לגמרי מכל וכל הוא ד"ד, ב') היכא דההיזק נעשה מיד בשעת מעשה הוי ד"ד לאפוקי אח"כ כגון שיסה הכלב שלאחר השיסוי הוא ההיזק, ג') כל דבר ההוה ורגיל קנסוהו רבנן ומקרי ד"ד, ד') שיעשה ההיזק בגוף ממון הניזק אז הוי ד"ד לאפוקי מההיא דסילק כרים דהוי גרמא וכו' וכאשר יהיה האופן והנדון מוכלל מכל אלו הוי לכ"ע ד"ד ומוציאין ובהעדר אחד מהם באנו למחלוקת ועי' בת"ה סי' שט"ו כ"מ מכ"י ה"ה מהרי"ך ז"ל ועי"ש וכנה"ג בסי' שפ"ו באורך יעו"ש עכ"ל. עיין לה' המבי"ט ח"ג סי' יו"ד יעוש"ב:

גם ראה תראה לה' שדה הארץ ח"ג סי' י"ט בסופה שכתב וז"ל ומיהו חבירי אמרו דאינו חייב אלא אי איכא ד' תנאים הצריכים כגון בריא היזקא וכיוצא וכתבם הרא"ש בקמא דאזי חייב מד"ד מיהו אם חסר אחד מד' תנאים הוי גרמא בנזיקין ופטור ע"כ:

ובאחד מאלו התנאים דבעי' דבא ההיזק מיד עיין במרן מלכא חו"מ במ"ב סי' שפ"ו בהגט"ו אוכ"ט ואול"א ובסי' שס"ג בהגב"י או"ח ובתשו' חו"מ סי' רכ"ד רכ"ה רכ"ו ובהגב"י אול"ג משם מהרש"ך ח"ב סי' צ' וצ"א ובאות מ"ו ובהגב"י אוי"ד ואוי"ז מ"ש ואוי"ח ואוכ"א, ובמשאת משה ח"ב סי' ס"ח דקע"ח ע"ב ודקע"ט והרב דברי יוסף אירגאס סי' ו' די"ח ע"ב הביא לנו תשובת הרשב"א והביאה מרן הב"י בסי' שפ"ו מחו'

א' וז"ל כתב הרשב"א בתשו' רואה אני לפטור את שמעון וכו' שאין ראובן זה מתחייב מיד בחזרת השטר לגוי וכל שאינו נזוק מיד אינו קרוי דד"ג אלא גרמא וכו' וכתב הרב שם והגם כי מהרש"ך בח"א סי' כ"ז הק' על תשו' זו דמ"ש משורף שטרות חבי' דחייב כבר תי' על נכון מהר"י הלוי בסימן פ"ז דשנא ושנא, גם מהר"מ אלשיך סי' קי"ב ומהר"ם מלובלין סי' ס"ח מביאין תשו' הרשב"א הנ"ל לפסק הלכה ומינה אתיא למכ"ש בנ"ד דהשתא ומה המחזיר שטר לגוי דכמעט בריא היזקא אפי"ה פטור מפני שלא נזוק מיד נ"ד מבעיא ע"כ עיין בחס"ל אלקלעי ז"ל בח"ב סי' י"ד דק"ג ע"ב יע"ש ומכ"ש וק"ו לנד"ד ועיין עוד להחס"ל סי' י"ט דקי"ד ע"א שחי' לנדונו דהוי גרמא וא"כ כ"ש בנ"ד:

ואתה תחזה מכל האמור ומדובר לפטור בנ"ד המשולל מכל התנאים הנז' ומצאתי עוד טעמא רבה לפטור בנ"ד הביאו הטור ח"מ סי' ס"ו סכ"ג וז"ל הואיל ואני יורש החזקתי למחול לעצמי ואין לי לשלם מדד"ג שאני לא כיונתי להזיק ללוקח אלא לפטור לעצמי מסברת בעל התרומות שער נ"א ח"ו או"ח בסופו וז"ל וזאת הסברא כתבה הראב"ד בתשו' כי יש לה פנים ודבריו באו בארוכה בס' תמים דעים דנ"ג ע"ג ועיין שם לה' גד"ת ח"ו או"ח שהק' לדברי הראב"ד מ"מ לגבי המוחזק אין מי שיוכל להוציא מידו כיון דבעל התרומות הביאה ולא דבר כלום כנראה דס"ל כוותיה, והטור פסק כהראב"ד ואתה תחזה לתשו' הרמב"ם לחכמי לוני"ל הובאה במגדל עוז פ"ד מה' נזקי ממון וז"ל תשו' על הנזיקין אמרתי ולא על הכותל וכן אמרוה להחכמים וכו' דאילו היו דברי ריב"ל על הכותל כמו שעלה ע"ד מי שראיתי פי' לא היה אומר פורץ גדר לפני וכו' אלא הפורץ גדר וכו' מה ענין בהמה הכא ועוד דהביא התלמוד דברים אלו על משנה דהכונס צאן לדיר ועוד זה שהעמיד דברי התלמוד דברי ר"י שאמר הפורץ גדר לפני וכו' פטור בד"א וחייב בד"ש בכותל רעוע אם על הכותל נאמר וכי פורץ גדר רעוע למה פטור מד"א וכי יעלה על לב אדם בעולם שהשובר כלי וכו' אלא כך הדין השובר וכו' משלם דמי וכו' והשובר וכו' משלם דמי וכו' וכן הסותר כותל חבי' ואם הכותל וכו' וא"ת כותל זה הרעוע עומד לסתירה הוא ומצוה קא עביד וכו' א"ו כל המפ' כך נשתבש ואין הדב' אמורים אלא לענין בהמה שיצאה מפרצה והזיקה אם היה הגדר חזק וכו' הפורץ חייב בנזקיה בד"א ואם הכותל רעוע שאינה משתמרת הפורץ פטור ע"ז הנזק וכו' וחייב בד"ש שהרי גרם לבעלים לשלם וכו' כמו שביארנו שאפי' חתרוה או פרצוה וכו' בעל הצאן חייב ואם לא פרץ אפ' היה שלא תצא ולא תזיק ומפני זה חייב בד"ש וזה שהק' על דב"ז מלסטים שפרצו מחיצת הדיר הבריאה שאין חייבין בנזקיה עד וכו' אבל אם יצתה מעצמה פטורים ודאי קו' היא זאת ושמא זאת הקו' שיבש המפ' עד שהעמיד דב"ז בכותל

עצמו וזהו פירוקה הפרש גדול יש בין לסטים שפרצו הדיר ובין חבי' שפרץ בהמתו שהלסטים כונתם לגנוב הבהמה לפיכך כ"ז שלא הוציאוה מרשות הבעלי' לא נתחייבו ולא נעשית ברשותם ובעת שהוציאוה נעשית ברשותם ונתחייב בנזקיה אבל אם הניחוה שם הרי לא עשו הנזק שנתכוונו לו שהוא הגנבה ולפיכך פטורים אבל הפורץ גדר חבי' אין כונתו לגנוב ולא נתכוון אלא שתצא הבהמה ותזיק ויתחייבו הבעלי' בנזקיה ולפי' הוא חייב באותו נזק כדין כל מזיק וזהו הפרש בין לסטים ובין פורץ בהמת חבי' והרי כל הדברים נכונים ויוצאים וכו' עכ"ל:

גם מהרמב"ם ח"ב בפ' י"ג מהמ"א הכ"ח וז"ל עכו"ם שנגע ביינו של ישראל לאונסו מותר למכור אותו יין לאותו הנכרי שאסרו לבדו שכיון שנתכוון זה העכו"ם להזיקו ולאסו' יינו הר"ז כמו ששברו או שרפו שחייב לשלם ונמצאו הדמים שלוקח ממנו דמי ההיזק ולא דמי המכירה וכתב הכ"מ שם עכו"ם שנגע וכו' בפ' רי"ש דנ"ט ע"ב אמר ר"א האי נכרי דנסכיה לחמריה דישראל אע"ג דלזבוני לנכרי אחרינא אסור שרי ליה למשקל דמי מההוא נכרי וכתב הר"ן דטעמא משום דלאו מכר הוא ואינו נהנה מדמי יי"ן אלא אומ"ל שפכת ייני ואבדתו ממני ודמי יין כשר קא שקיל ואע"ג נכרי לא יהיב דמי אא"כ יהיב ליה ישר' חמרא לא מתסר מש"ה דמ"מ הרי מחוייב לו דמי נזקו ומשום תשלומי נזק שקיל להו לדמים ולא מתורת מכר וכך הם דברי רבינו ומשמע עוד מדבריו דדוקא בנכרי שנתכוון להזיקו ולאסור יינו הוא דשרי למישקל דמי מיניה אבל אם לא נתכוון וכו' אסור למשקל דמי מיניה וכו' ונר' שטעמו משום דאם לא נתכוון להזיקו ולאוסרו עליו אינו חייב לשלם לו וכיון שאינו חייב לשלם לו כי שקיל דמי יי"ן קא שקיל וא"ת כי לא נתכוון נמי אמאי לא מחייב לשלומי הא תנן אדם מועד לעולם בין שוגג בין מזיד י"ל דה"מ בדברים שהם ידועים לכל העולם שהם נזיקין בהנהו אמרינן שאין טענת שוגג או אינו מתכוין פוטרתו אבל נגיעה בעלמא ביין כיון דלכ"ע לית ביה נזקא כלל אלא לישר' או ליודעים בטיבם כל שלא נתכוון להזיק אין לחייבו ולשלם עכ"ל, וגם בב"י חיו"ד סי' קל"ב אשר מזה מוכח דדוקא במכוין להזיק הוא דחייב ועיין בדרישה שם סק"א מה שהק' על הב"י והכ"מ בח"ד בה' חובל פ"ז ה"ד הכהנים שפגלו את הזבח במזיד חייבים לשלם בשוגג פטורים וכן העושה מלאכה וכו' במזיד חייב לשלם בשוגג פטור והשיג עליו הראב"ד וז"ל א"א במאי דאמר במזיד חייבים לשלם שיבוש הוא שאפילו עשה מעשה בגופן למ"ד היזק שאינו ניכר לא שמיה היזק פטור מד"א אפי' במזיד וקי"ל כוותיה וטעמא דמילתא משום דאין מתכוין להזיק אלא להנאתו הוא מתכוין ומשום הכי לא קנסו בו מזיד עכ"ל נר' להיפך דהרמב"ם ס"ל דאפי' שלא נתכוון חייב ואם נאמר

דהרמב"ם ס"ל דבעי' מתכוין להזיק ברם בקדשים אית ליה דאפי' נתכוון להנאתו חייב משום שחילל הקדשים וכעת לא מצאתי מי שנרגש מסתירת דבריו:

ונבואה למשכנותיו הוא אדוני הרא"ש מ"מ בכנסיא שלו בח"מ סי' שפ"ו בהגט"ו או"ג וז"ל כתב הרמב"ם ז"ל פ"ז מה"ח העושה מלאכה בפרת חטאת ובמי חטאת במזיד חייב לשלם בשוגג פטור והראב"ד ז"ל השיג עליו ואמר דפטור משום דאין מתכוין להזיק אלא להנאתו הוא מתכוין וכתב הרב ז"ל שדעת הרמב"ן כדעת הראב"ד ז"ל ויראה דנקטי כהראב"ד והרמב"ן דרבים נינהו ואע"ג דדין זה לא שייך בזה"ז מ"מ יש נפקותא לדידן אפי' בזה"ז דהיכא דאין מתכוין להזיק אלא להנאתו פטור מלשלם וכן מוכח מדברי רבינו בעה"ט בסי' ס"ו סכ"ד כ"ש לדעת התוס' שכתבו דאפי' עצמו יכול למחול ובגדולי תרומה דש"ח כתב שצריך להתישב בדבר ועי' בסי' שע"ח בהגהט"ו או"ז ועיין במ"ש בס"ד באוע"ח עכ"ל, אשר לפי"ד אלה נר' דאין לחלק ונפלאה דעת ממני מדוע לא זכר שר אשר כל רז לא אניס ליה עם הסתירה דאיכא מיניה וביה:

ולדידי חזי לי אם יראה בעיני מו"ר לחלק דלעולם אימא לך דלהרמב"ם ז"ל סבר דאין לחייבו כ"א כשנתכוון להזיק דוקא וכמ"ש בחיבורו בהמ"א הנז' ובתשו' לחכמי לוני"ל ואולי אם הוא במעשיו נעשה ההיזק בודאי הגם שהוא נתכוון להנאת עצמו כיון שהוא במזיד חייב וטעמא הוא משום קנס שלא ילך כ"א ואחד ויזיק את חבירו ויאמר פטור אני שנתכונתי לטובתי והוא נהנה וחבי' נזוק דלא מצינו זה נהנה וזה חסר ויהיה פעור ואפי' שיהיה במזיד ואמינא לה מדברי הרמב"ם שם בפ"ז דחובל ה"ג ועלה קאי גם ה"ד זהו הנר' לפקע"ד ומעתה הכל עולים בקנה אחד ואין נסתר מחמת'ו, ולפי"ז יוצא לנו דגם בהא דפי"ג מהמ"א אם כיוון להנאתו ג"כ כגון שרצה לשתות ממנו חייב לשלם ומותר למוכרו לגוי עצמו דכיון דעשה מעשה בגוף הדבר אפי' אם כיוון להנאתו חייב כיון שעשה מעשה, אבל אין לחייב כשלא נתכוון להזיק כלל כגון בשוגג אבל במזיד שהוא בכונה חייב בכל אופן זהו דעת הרמב"ם ובהא פליג עליה הראב"ד וס"ל דאם לא כיוון להזיק אלא שכיוון להנאתו דפטור אפי' במזיד ולקו' שהק' מרן הכ"מ וז"ל וא"ת כי לא נתכוון נמי אמאי לא מחייב לשלומי הא תנן אדם מועד לעולם בין שוגג בין מזיד ע"ש מה שתי' והרב מח"א בהגהותיו על הרמב"ם בה' מ"א פ' י"ג תי' וז"ל נ"ב ל"ק דהיזק שאינו ניכר לא שמיה היזק ובמזיד הוא דקנסוהו רבנן ועי' בפ' הנזיקין עד כאן ואם כן יכול המוחזק לומר קים לי כהראב"ד ודעימיה:

עוד וזאת אחרת אי"ל בנ"ד דגם הרמב"ם אזיל ומודה היות שהוא נתכוון לטובת בעל המעות ובאופן זה אין לחייבו ולקונסו אפילו במזיד היות שנתכוון לטובתו ונדון דידן

הוא ברור שנתכוון לטובתו במה שאמר לו הכן מעות וא"כ בזה אף הרמב"ם דילנא הוא דפטור, ואל תשיבני מדברי המבי"ט בח"א סי' קע"ט שכתב וז"ל וכן במ"ש שנר' לו יותר ריוח בסחורה האחרת שקנה לו אין לו זכות בטענה זאת שא"כ כל שליח יאמר כן וכו' יעו"ש בדבריו, גם מהרימ"ט בנו בשניות ח"מ סי קי"ב כתב על נדון ראובן שמסר לשמעון כו"כ סחורות שיוליכם למוכרם במצרים וכו' והוכרח למוכרם לשר רחוק ממצרים כתב בתשו' וז"ל איכא למימר דמאחר שהקיף ש ארץ אחרת פשע בה ונתחייב באחריותו ואם היה בזה שכר השכר לבעלים וכו' יע"ש ואפי' שלטובתו היה כמבואר באורך השאלה, דן את הדין דכיון דשינה נתחייב באחריות השליח יעו"ש וא"כ אף אנו נאמר כן בנ"ד שכל אחד יזיק לחבי' ויאמר לטובה נתכונתי אי מהא לא איריא דע"כ לא אמרה הרב שם אלא משום דשינה ממה שאמ"ל ולכן אינו יכול לומר שלטובה נתכוונתי וכמ"ש מהרש"ך ח"ב סי' ס"ה וז"ל אם נאמין לדבריו שלטובת ראו' נתכוון כמו שטען כ"ז כיון ששינה השליח מדעת המשלח, ועיין להרב החרי"ף נר"ו בס' שערי רחמים בח"מ סי' י"ד דכ"ט ע"א וא"כ אף אנו נאמר שא"כ הוא בדעת הרמב"ם דהיכא דנתכוון לטובה הוא פטור כ"א ואחד ילך ויזיק לחבי' ויאמר לטובה נתכונתי:

תשוב תראה לה' מהרימ"ט בח"מ סי' ק"י פטר לפ'אטור ששלח לו הסוחר סחורה וציוהו למוכרה ולא מכרה וגרם לו נזק דמצי למי' לטובה נתכונתי ותשו' זו היא היפך ממ"ש בתשו' הנז' וגם היפך ד' מר אביו ז"ל בתשו' סי' קע"ט ולקו' זו כבר תי' הרב ז"א ח"מ סי' נ"ד וה' נח"ב סי' י"ח תי' לקו' הר' ז"א ע"ש הנה בנ"ד לא עשה שום מעשה וגם לאו בריא היזקא ועוד זאת היתה יתירה נ"ד שאינו שליח בכדי לחייבו מדין שינוי ששינה ממה שא"ל המשלח וא"כ גם ה' חיים אלפאנדרי ז"ל שהובא בנח"ב שם סי' י"ח דק"ד ע"ד וז"ל שאין טענה זו שלתועלתו נתכוון שמה טענה דא"כ כל שליח יאמר כן אלא אפי' נתכוון לטובתו כיון דלבסוף יצא מהשינוי היזק עליה דשליח מהדר שהוא נתחייב באחריות מעת השינוי יע"ש, וגם הרב מהרש"ך וכו' אזיל ומודה בנ"ד דלא הוי שליח ואף החולקים וס"ל דגם בשואל"ת חייב הי"ד בשומר שחייב בשינוי כל דהו אבל בדבר שאין בו שליחות מודים דבעי' עביד מעשה בידים בכדי לחייבו מדד"ג עי' עליהם הלא בספרתם ועי' לעמיתנו בתו' לה' החרי"ף בשערי רחמים ח"מ סי' י"ג ד' כ"ד ע"ב וגם שם ע"א בפסקא המתחלת אשר מכ"ז וכו' חד משום דהוי גורם דגורם ע"ש ומכ"ש דכבר הוכחנו לעיל בנ"ד דהוי גורם דגורם וא"כ אליבא דכ"ע פטיר ועטיר, וגם דלאו בריא היזקא נ"ד וכמ"ש הר' הנז' שם ע"ב וע"ג ובדכ"ו ע"ב, ועלית על כולנה בנ"ד דלטובת בעל המעות נתכוון כדי שיהיו המעות מוכנים ולא יש שום צד לחייבו שהרי הדבר ברור

שהוא לא ידע שיש לו בבאנקא וגם שהנימוס הוא שיפסיד ולא יצא שום נזק ע"י אלא הוא המזיק א"ע ובדבר הגלוי שלטובה נתכוון תועיל טענתו היות כי דטבא ליה עביד ליה ולא נתכוון להזיק כלל ואנן בעי' נתכוון להזיק וכמ"ש הנח"ב סי' ך' דקי"ב ע"ב וג' יעש"ב, ועיין לה' פנ"י ח"ג ס"ח דל"ד ציין בזה להנח"ב ח"א סי' י"ב ולה' ז"א ח"מ סי' כ"ד ול"ה מכתם לדוד סי' י"ג ולה' נוב"י מ"ב סי' ל"ז יעש"ב ובשאר פוס' ז"ל מ"ש בזה יעש"ב וה' מגיד מראשית בסופו ס"ו דכ"ח ע"א וז"ל ואף שמהרימ"ט בסוף תשו' דשייכי לח"מ סי' ק"י הנז' התם מטעמא דגרמי אתי עלה וכיון דלא ברי היזקא פטור וכו' יעש"ב:

אתאן לתשו' ה' מכתם לדוד הנז' הביאה ה' חשק שלמה סי' ס"ו בסתם לפסק הלכה בלי חולק והנה ה' מכתם לדוד הביא לתי' הנח"ב וקלסיה והואיל ואתא לידן נימא ביה מילתא דתמיה במ"ש שם דקצ"ט ע"ב משם מ"מ בכנה"ג סי' שפ"ו בהגב"י כ' עוד וז"ל דאפי' בשוגג פטור ומייתי לה משמיה דהרמב"ן וטעמו ונימוקו עמו דכיון דד"ג אינו אלא קנסא מדרבנן לא קנסי' שוגג אטו מזיד ע"כ טרם כל לא ידענא לכווני אימרא במ"ש דאפי' בשוגג פטור דמאי אפי' דקאמר ואני ב"א בקשתי ולא מצאתי ד"ז בדברי הרמ"ז שם ולא בסי' שפ"ג ולא עוד אלא דמאי אפי' בשוגג פטור דקא' ועוד דאדרבא כל בתר איפכא מצאתי להרמ"ז בסי' שפ"ו הגב"י אות י"ג שע"ד הריצב"א דס"ל דדד"ג קנסא הוא כ' אבל הרמב"ן בדד"ג שלו כתב דדד"ג דינא קאמרי' לא קנסא דגרמי ואסיק דהוי דאו' ע"ש ומ"מ למשה"ק דמאי אפי' דקאמר המכת"ל יש להגיה אפי' במזיד פטור וכ"ה דעת הרמב"ן הובא בהה"מ פ"ו דחובל ה"ד דדעת הרמב"ן כהראב"ד והראב"ד הכי ס"ל דאף במזיד פטור וכמ"ש בהשגתו שם, ועיין להמשל"מ שכתב דס"ל כוותיה ולא מטעמיה עש"ב, ואולם במ"ש המכת"ל וטעמו ונימוקו וכו' כעת לא יכולתי להבין כיון דהרמב"ן ס"ל איפכא כאמור ואם נגרוס דהרמב"ם במם א"ש דהא איהו ס"ל דהוי קנס כמ"ש בה' חובל פ"ז ה"ג ואפי' בשוגג דקאמר לא מבעיא אנוס דפטור וכמש"ש בהל"ג וכן המזיק היזק שאינו ניכר בשגגה או באונס פטור ע"ש אלא אף בשוגג וכאמור שם ואם נפרש בדבריו במ"ש דכיון דדד"ג א"א קנסא הוא בהיזק שאי' ניכר הכל יבע"ן:

שוב ראיתי להמח"א בה' נזקי ממון ס"ח ד"ג ע"ב וז"ל וגוי דנסכיה לחמרא דיש' כתב הרמב"ם בפ' י"ג מהמ"א דמותר למכור היין לאותו גוי שכיון שנתכוון להזיקו ולאסור יינו הרי זה כמי ששכרו ונמצא הדמים שלקח ממנו דמי ההיזק ונר' מדבריו דאם הגוי לא כיוין לאוסרו אלא להנאתו וכגון ששתה ממנו אינו יכול ליקח הדמים ממנו דלאו דמי היזקא הם כיון שלא נתכוון לאוסרו לא להנאתו ולכאורה ק' עליו ממ"ש הוא עצמו פ"ז מה"ח דהעושה מלאכה בפרת חטאת ובמי חטאת במזיד חייב לשלם אלמא דאעפ"י דאין

זה מתכוין להזיק אלא להנאתו אפי"ה חייב במזיד לשלם והראב"ד ז"ל כתב עליו שם שהוא פטו' משום דלא להזיק קא מכוין אלא להנאתו וכתב ה"ה דטעמו של הרמב"ם ז"ל משום דס"ל דה"ה דמצי לומר ולטעמיך אמאי לא קנסו בהו רבנן כי היכי דקנסו מטמא וחביריו ולא ס"ל לחי' הראב"ד משום דהכא להנאתו קא מכוין ולע"ד היה נר' להביא ראיה לזה מההיא דפרק הגוזל דצ"ח דקאמר רבא שם הצורם אוזן פרתו של חבי' פטור מד"ו ופריך ליה רבה מהאי ברייתא דהעושה מלאכה בפרת חטאת וכו' מלאכה הוא דלא מינכר היזקא הא צורם דמינכר היזקא חייב ומשני ה"ה דצורם פטור וכו' והשתא מאי מדמי צורם לעושה מלאכה בפרת חטאת דפטור התם שאני משום דלאו לאזוקי קא מתכוין אלא להנאתו עכ"ל:

ואנא חירנא דיומא לא שמיה לא ידענא לכווני אימרא במה שכתב ולכאורה וכו' דהלא היא קו' עצומה וגם במ"ש ולע"ד היה נר' להביא ראיה וכו' ולמה כתב ביה נר' דשמעת מזה אבל אינה ראיה:

והרב ערוך השולחן שם ביו"ד סי' קל"ב דין א' הביא דברי המח"א והי' לקושיא מדברי הב"י יעו"ש ולא הק' עליו כל מה שנרגשנו אנן בעניותין מ"מ לגבי המוחזק אין מי שיוכל להוציא מידו כיון דבעה"ת הביאה ולא דיבר כלום כנראה דס"ל כוותיה והטור פסק כהראב"ד וגם מר"ן בש"ע פסקה גם הלבוש שם בסכ"ג ועי' להב"ח שם שכתב עוד אפ"ל דס"ל לר' דלשנויא קמא דתוס' יורש מצי מחיל לנפשיה וא"צ לשלם כלום ללוקח כיון דאין כונתו להזיק אלא לפטור עצמו והילכך אפי' למאן דדאין דד"ג פטור לגמרי וכו' והיינו דכתב רבינו בסתם אבל התוס' כתבו דאפי' לעצמו יכול למחול והיינו דא"צ לשלם כלום לפי שאין כונתו להזיק וזה נ"ל עיקר עכ"ל ופסקו מרן על שוה"ט שם ס' כ"ג וגם הלבוש שם ועי' שם בפרישה ודרישה ומה שיש להק' מסעיף ל"ב עי' להסמ"ע שם סקע"ז ועי' להש"ך שם סקפ"א ומה שיש להק' מההיא דא"ה סי' ק"ה ס"ו עי' להב"ח בסי' ס"ו ס' כ"ד מה שישב ועי' בא"ה בח"מ סקי"ח ובב"ש ס"ק אות ט"ו וט"ז ועי' להראב"ד בהשגות בפ"ז דה' חובל ה"ד הכהנים שפגלו וכו' א"א וכו' וטעמא דמלתא משום דאין מתכוין להזיק אלא להנאתו הוא מתכוין וכו' תשו' מהר"ם הובאה במרדכי פ' הפרה ועי' למרן מלכא בכנסיא שלו סי' שפ"ו בהגהט"ו או"ג והמט"ש סי' ס"ו אונ"ז וז"ל לסברא זאת דמצי מחיל לנפשיה אם חייב לשלם מדד"ג הנה לדעת רבינו הטור בסי' ס"ו סכ"ג פטור כיון שלא כיוין אלא להנאתו ולא להזיק ללוקח וכן פסק מרן בש"ע חו"מ סי' ס"ו סכ"ג ופסקו גם הלבוש שם ועי' מח"א הלכות נזקי ממון סוס"י ו' וכן כתב הב"ח לדעת התוס' דלא כמ"ש הדרישה ועי' בש"ך ס"ק ע"ט ופ' ובס' חיי עולם פ' בראשית מד"ז ואילך

האריך בזה ועי' בהרדב"ז סי' תקל"ו שכתב דלדעת התוס' פטור לגמרי וכו' יעו"ש גם המש"ל בפ"ז דחובל ה"ד כתב דהרמב"ן ס"ל כהראב"ד כוותיה ולאו מטעמיה יעו"ש, ולענין הלכה לדידן דתפסינן דגל הקי"ל נראה דהיורש מצי מחיל לנפשיה ולומר קי"ל כמ"ד הכי וקי"ל כמ"ד דאינו חייב לשלם כלום ע"כ א"כ ה"ה וה"ט לנ"ד דהמוחזק מצי למימר קי"ל ואין מידה מציל ועי' להרב תורת חיים בח"ג סי' ק"ז דקנ"ז ע"א מ"ש בזה ולפי דבריו נ"ד לא יקרא שמו עליו לדד"ג ועיין להרב פני משה ח"ב סי' מ"ט דפ"ו ע"ב שחייב את שמעון מדד"ג ושם צירף בשביל שהיה ראובן תפוס ויכול לומר קי"ל ושם הביא לנו סברת רי"ו שהביאה מרן וב"י ח"מ סי' שפ"ו ראובן שהלוה לגוי בריבית ואמ"ל שמעון החזר לו מעותיו ואני אתן לך בפחות דפטור שמעון דלאו בריא היזקא ודילמא משכח להלותם ממקום אחר, ופסקו מור"ם בהגה בחו"מ סי' שפ"ו ס"ג וז"ל ראובן וכו' והחזיר לראובן מעותיו פטור ועי' למ"מ בכנסיא שלו שם בהגהט"ו סקנ"ד שכתב מפסקי מהר"ם ריקנטי שנראה שהוא היפך לזה והוא ישבם יעו"ש דהריקנטי מדבר כשהזיקו בודאי וא"כ כ"ש לנ"ד דשם אמ"ל הילך בפחות ופרע לראובן ונתן לו מעותיו, וגם ליכא למימר שיקרא רשע כיון דהוא לא עשה שום מעשה אלא שבעל המעות הוא גרם לעצמו ועי' למהרש"ך ח"א סי' קל"ה דקנ"ג ע"א וב' שכתב לפטור את מי שגורם נזק לחבי' ואפי' בממון שכבר בא לידו דהוי גרמא בנזיקין ופטור, והמבי"ט ח"ג סי' יו"ד כתב וז"ל כי סיבה זו היא גרמא בעלמא ואין לה דד"ג ואפי' גרמא בעלמא הוא כשעשה הוא אותה גרמא דרך משל שסילק הכרים מתחת הכלי וכו' שבסיבת הסילוק שעשה הוא נשבר הכלי ואפי"ה כיון שהוא לא נגע בכלי פטור לדעת רבים כמ"ש בח"מ סי' שפ"ו שהיא גרמא בעלמא ואפי' גרמא אחרת שהיא גרמא בעלמא לכ"ע סוף סוף מן הגורם באה ואפי"ה פטור כיון דלא חשבינן ליה דד"ג לא גרמא ואפי' למאן דדאין דד"ג כשהוא עושה וגורם הנזק ההוא חייב וכו':

ובנ"ד הוא לא עשה כלום שום מעשה ואתייא במכ"ש דאפי' בסילק כרים שעשה מעשה כיון שלא נגע בגוף הכלי נק' גרמא בעלמא וכ"ש בנ"ד שלא עשה שום מעשה כלל ועי' למהר"ם אלשיך ז"ל בתשו' קי"ב וז"ל תשו' בענין אם וכו' הנה גם שיודה עתה שמעון שכך היה פטור כי גרמא בנזיקין הוא שהרי לא עשה מעשה בגוף הממון אלא שעשה דבר הגורם לממון וגם לא עשה ההפסד מיד וכו' וכו' עכ"ל, וע' להי' חס"ל הנז' בח"ב סי' י"ט בדקט"ו כתב וז"ל וכפי כל האמור ממילא יוצא גם ללוי שהוא פטור מכ"ש דהא עכ"פ לא עשה שום מעשה בידים כלל אלא דע"י שרץ נפחד סוסו של שמעון וכל כה"ג אפ' שאין לנו צורך לכל הכתוב דבזה יהיה פטור לכ"ע אף להרמב"ם ודעמיה דמחייבי

אף בגרמא מ"מ זה פטור והר"ז דומה לשיסה בו את הכלב ולצועק באזנו וכו' דפטור גם לדידהו ומטעם שכתב הבאה"ט סי' ת"ך סקי"א וכל שלא אחזו לעשות מעשה בגופו גרמא בעלמא הוא וכו' ע"כ:

והרב מהר"ם אלשיך סי' קל"ד דרל"ב ע"ב [דנ"ח ע"ג] כתב וז"ל אבל הא דנ"ד דמי להא דרבא דגרסי' בפ' כיצד אמר רבה זרק כלי מראש הגג והיו תחתיו כרים וכסתות ובא אחר וסילקן או קדם וסי' פטור מט' בעידנא דשדייה פסקי מפסקיה בידיה ע"כ וא"כ ה"ן דכוותה בשעה ששב הברזל בספינה לא נאבד ופסקיה גיריה וכו' יעו"ש:

היוצא לנד"ד במכ"ש דבשעה שאמ"ל להכין המעות לא נעשה המעשה ופסקוה לגיריה ובנדון הרב עשה מעשה דזריקה ואפי"ה פטרו א"כ ק"ו לנד"ד דלא עשה שום מעשה כ"א דאמירן בעלמ"א והלך בעל המעות ועשה המעשה בלקיחת המעות וע"י נגמר הדבר ואע"ג דהרב כתב שם אבל הריא"פ והר"מ כתב וכו' דסבר דחייב הזורק וכו' בנד"ד כ"ע מודים כיון דלא עביד האומר שום מעשה לא כן שם איכא מעשה בראשון שהוא הזורק ולכן אפי' שע"י מעשה שעשה האחר חייב הראשון אכן בנ"ד שהראשון לא עשה שום מעשה כלל ועי' שם בדרל"ד ע"א מ"ש לדברי הרי"ף דאפי' ל"פ דקאי על המסלק דהוי בריא היזקא אבל הזורק פטור ועיין מ"ש הרב הנז' גם בדברי הרמב"ם וז"ל ואפ' שאפי' לדעת הרמב"ם וכו' פטור מחדא מתרי טעמי או משום דהתם עביד מעשה בידים וכו' א"נ דשאני התם דהו"ל לאסוקיה אדעתיה וכו' יעו"ש לא כן בנ"ד לא הו"ל לאסוקיה אדעתיה שיש לו מעות בבאנקא וע"י לקיחתו יגרום הפסד למי שלוקח תוך זמנו דבר אשר לא נודע לו שכן הוא כי אדרבא כל בתר איפכא ידוע דהבאנקא לרגעים תבחננו לפרוע לו מספר הימים מידי יום ביומו ואפי' נימא מה שאינו דידע כ"ז מ"מ הוא לא אמ"ל להביא מהבאנקא אשר יפסיד בה כי אם שיכין מעות ויהיה באופן שלא יהיה לו הפסד ואיהו דאפסיד אנפשיה, ועיין לה' נח"ב דקמ"ו ע"ב דהיכא דלא ידע לא הוי אלא גרמא ופטור לכ"ע יעו"ש גם הרב מח"א שהובא שם דקמ"ז ע"ב פטר ועי' שם בנח"ב באורך אף אנן נימא בנ"ד הכי דלא ידע שיש לו מעות בבאנקא, גם שם הביא לנו דברי מהרי"ק שורש קל"ג וז"ל ואעפ"י שהוציא מעותיו מס' דברי ראובן מ"מ הוא דאפסיד אנפשיה יעוש"ב, ומה גם דהוא המוחזק ויכול לומר קי"ל כהרא"ש וכל האחרונים דפוסקים כרבה וכמ"ש הרב הנז' שם שכן ס"ל ובפרט כמ"ש הרב הנז' בדרל"ג ע"ב וז"ל והנה במ"ש מסולק הר"ם מן לתא דחיובא דד"ג שאינו רק משיא עצה בלבד והיא גרמא בלבד כדכתיבנא ע"כ, וגם דלא הו"ל לי אדעתיה שהוא ילך ויפסיד עצמו, וגם כי אין ההפסד עת"ל אם לא היה מביאו הוא ע"ע וכמ"ש הרב ז"ל וכל הטעמים שרצה לפטור בהם הרב בנדונו כולהו

איתנהו בנ"ד ונ"ד עדיף שהוא עפ"י הדיבור וכמו שנבאר לקמן וה' חס"ל הנז' סי' י"ט דקי"ד ע"ב פטר בנדונו משום שלא נתכוין להזיק במזיד יעוש"ב וממנו נקח לנ"ד, והרב אדמ"ק חו"מ סי' ד' כתב דאפי' להרמב"ם ודעמיה דמחייבי בגרמא אינו אלא במתכוין להזיק אבל היכא דלא נתכוון להזיק דאז לכ"ע פטור, ועי' מה שהק' עליו הרב חס"ל הנז' ובדקט"ו ע"א כתב דאי נימא דדר"ג דינא הוא ל"ש מתכוין ל"ש אינו מתכוין חייב אבל אי אמרינן קנסא בעי' מתכוין ויכול המוחזק לומר קי"ל דרד"ג קנסא הוא וכשאינו מתכוין לא קנסי ליה, עוד כתב ובפי' מתכוין להזיק מתבאר מדברי הרמב"ם בפ"ז דחובל דאפי' אינו מתכוין ממש להזיק ולהרע לו רק דמתכוין להנאתו וכו' עכ"ז חייב, ולדעת הראב"ד שם היכא דמתכוין להנאתו לא קנסו ואפ' דגם הראב"ד לא אמרה למלתיה אלא בהיזק שאינו ניכר וכמ"ש בתוך דבריו דאז הוו תרתי היזק שאינו ניכר וגם להנאתו אבל בהיזק ניכר דחייב אפי' במתכוין להנאתו יהיה חייב בין הכי ובין הכי עכ"ז בנ"ד לכ"ע פטור דנ"ד לאו מזיד הוא וכו' יע"ש:

אשר מזה נקח גם לנד"ד דלאו היזק ניכר הוא ולאו מזיד הוא וכמ"ש הרב הנז' יעוש"ב:

והרב חקרי לב בח"ב סי' ל"ג שם הביא לנו ד' חי' שיש בדד"ג לפוטרו וכולם ליתנהו בנ"ד ובסו"ד כ' וז"ל גם כאן וכו' כ"ש בנ"ד כי מעיקרא לא כיוין ולא עשה שום מעשה שמעון להרע בדבר כ"א הענין בא ממילא כששמע הספן שיש לו משרת לא רצה לוותר כי אמר וכו' וכל כה"ג לכ"ע פטור שמעון והוא פשוט וברור עכ"ל:

עוד כתב הרב הנז' בחלק הנז' סי' ל"ד דקמ"א ע"ב וז"ל דהיכא שנתכוון לטובתו הגם דאח"כ הו"ל פסידא פטור דלא הו"ל ד"ד אשר בזה בנ"ד שנתכוין לטו' אין לחייבו מדד"ג יע"ש. ועט"ר הרמ"ז בסי' שפ"ו הגהט"ו או"פ ואונ"ת יע"ש והר' מכת"ל בח"מ סי' י"ג דקצ"ט ע"ב וז"ל באופן שאם היה נידון משום דד"ג היה ראוי לפוטרו מכ"ש שאינו אלא גרמא בעלמא, ומה גם שכונתו היתה לטובה הילכך אפי' מד"ש פטור ומותר ע"כ ועיין לה' מטה אהרן ח"א בכלל הג' נק' גרמא בנזקין דס"ה ע"ג יעש"ב מה שהאריך:

עוד כתב החק"ל שם בסי' ט"ל דקע"ג ע"ב וז"ל ועוד נראה לפטור לשוכר הב' כיון שלא היה כוונתו להזיק לשוכר הא' כ"א כוונתו להשתדל בעדו דעי"ז יצא ממילא היזק לשוכר הא כל כה"ג פטור כמ"ש הכנה"ג שם בסי' שפ"ו הגהט"ו או"נ דהיכא דאינו מכוין להזיק אלא להנאתו פטור מלשלם דהכי נקטינן כדעת הראב"ד והרמב"ן ושכן יש להוכיח גם מדברי ריב"ה בח"מ סי' ס"ו ס"ד יעו"ש וראה תראה לה' פרי האדמה בה' חובל די"ח ע"ד שפטר בנ"ד משום דלא היה בידו כ"א ביד בעלים עצמם יעו"ש שרצה לפוטרו אפי' לקח לוי הדינרים עצמם בידו ונאנסו פטור והביא ראיה ממ"ש הש"ע סי' רכ"ב הטה את

החבית וכו' כיון דלא הגביה וכו' אבל המגביה את הכיס ליטול ממנו דינר וכו' הר"ז ספק אם נתחייב בכל הכיס וכו' ע"כ, וא"כ בנ"ד שלא באו לידו כלל כ"א בעל המעות הוא המזיק לו עצמו פשוט וברור דאין לחייבו כלל ובפרט למה שטען לוי באומרו אליו כיון שנימוס הבאנקא הוא אם תובע מעות בכל עת ובכל רגע חייבים ליתן לו זולתי שיפסיד הריבית שעבר א"כ הי"ל להמתין עד בא זמן הנועד ואזי יביא מעותיו וכמ"ש בשאלה:

אשרי תבחר ותקרב לנ"ד דמלבד דכל החי' ליתנהו ביה אף גם זאת היתה יתירה כי מעיקרא לא כיוין ולא עשה שום מעשה להרע בדבר כ"א הענין בא על ידי בעל המעות עצמו שהוא הזיק לעצמו וא"כ כ"ש הוא דאם הרב פטרו משום דבא ההיזק ממילא נפ"ל במכ"ש כשבא ע"י שהוא הזיק עצמו וגם דהוי להנאתו, וכ"ש לפי דברי שמעון שלא אמ"ל כלום, וע"י למ"מ בח"מ סי' ישס"ו בהגב"י אוכ"א ולהרב פרי האדמה בה' חובל פ"ו די"ט ע"א וז"ל או אפ' לישב דברי רי"ו וכו' אמנם כשהזיק אדם ממון חבי' שהיה אצלו ולא ידע ליה דלא אסיק אדעתיה אין לחייבו אלא במתכוין להזיק וכו' יעוש"ב והגם שסיים שם וז"ל והאופן הב' עיקר וגם אמרה בדרך אפשר היינו דוקא לנ"ד לישב דברי רי"ו אבל בנ"ד אזיל ומודה דהאופן הזה הוא פשוט וברור כמו שיראה הרואה וכמ"ש הרב הנז' שם וז"ל ובפרט כי בנ"ד ג"כ לטובת חבי' נתכוון דבהא אפי' איסורא ליכא, דאפי' גרמא בנזיקין פטור אבל אסור איכא, בהא אפי' איסור ליכא, וגם אפי' תרעומת ליכא ובפרט כמ"ש הריב"ש שם הביאו מהר"ם אלשיך ז"ל סי' ס"ו על וכו' וכתב הריב"ש ז"ל כי ראובן פטור שלא חשב אלא לעשות מצוה ולא להפסיד את לוי כיוין וכתב שאפילו תרעומת אין לו, א"כ דון מינה לנ"ד במכ"ש שהרי התם אפי' שלא נתכוון לטובתו של לוי עצמו אלא לטובתו של שמעון כי להציל נתכוון מש"ה לית ליה אפי' תרעומת כ"ש הכא שנתכוון לטובתו שלו ממש ובעצתו ורצונו שאין לו אפי' תרעומת, ואעפ"י שכתב הרמב"ן בתשו' סי' ר"מ הביאה מורם בהגה סי' שפ"ו דהמזיק לחבירו בעצתו הוי גרמא בנזיקין ופטור אבל אסור בהא אפילו הרמב"ם ומר"ן ז"ל שחולקים עם ר"י בעל התו' ורוב הפוס' בענין גרמא בנזיקין איזה דבר נק' גרמא בהא ודאי מודה שהיא גרמא במזיק עפ"י עצתו שהרי מורם בהגה שם בתחי' כתב וי"א דהוי זה גרמא וכו' וכן וכו' דנראה דחולקין על מרן אמנם במזיק עפ"י עצתו לא כתב וכן וכו' נר' דבהא אפי' מרן ז"ל יודה דהוי גרמא בנזיקין ואע"ג דפטור אבל אסור התם שאני דהכא נתכוון לטובתו כנז' גם מתשובת הרא"ש ז"ל שכתב וכו' עכ"ל יעש"ב וכ"ש בנ"ד שלטובה נתכוון שיהיו המעות מוכנים בכדי שיוכל למכור לו תו"מ וק"ו הדברים לפי מ"ש לוי שלא אמ"ל כלום:

גם מדברי מהרש"ך ח"ד סי' ל"ב שכתב דהיכא דפטור מד"א וחייב בד"ש אם נתכוון להטיב אין בו עון אשר חטא כוע"ו כ"א דוקא בדין שחייב בד"א אין לפטור בטענת שנתכוון להטיב וכו' יע"ש:

ובנ"ד כבר הוכחנו שפטור מד"א א"כ אין שום איסור כלל ועלית על כולנה למ"ש הר' פרי האדמה בפ"ו דחובל די"ט ע"ב על תשובת מהרש"ך הנז' וז"ל והיינו ודאי עפ"י טענתו אבל אם הוא מפורסם שנתכוון להטיב אפ' דאפי' שהיה חייב בד"א כשנתכוון להזיק היכא שנתכוון להטיב פטור, ונ"ד מלבד שלא נתכוון להזיק ונתכוון להטיב פשוט הדבר שפטור בלתי שום איסור וגם דלא הוי בריא היזקא ומה גם למה שטוען לוי שלא אמ"ל שיכין המעות:

ולעילא מן כל למ"ש הפ"מ ח"ב סי' טו"ב שכתב בנדונו כי אפי"ה אינם אלא גרמא ופטורים, גם בס"ס קי"ט כתב דאפי' אם הזיד להפסיד ממונו ש"ח בעצמו כל דליכא תנאי דד"ג פטור והביא תשובת מהרש"ך ח"א סי' נ"ד שכתב שאפי' בכונה מכוונת סיבב ההיזק לחבי' והתפאר על ככה דפטור אם לא שייכי כל חי' ר"י והסכים לפסק ההלכה הר' הנז' כס' מהרש"ך יעו"ש:

גם הפמ"א ח"א סי' ז"ך כתב דבעי' שיהיו התנאים כולם הביאם הרב פה"א הנז' בדכ"א ע"א ולא עוד אלא שכתב שם וז"ל ועוד כי לפי מ"ש שם ה' ז"ל ג"כ נר' דבנ"ד ג"כ כיון דהנזק בא בהיות הדינרים בידו והו"ל לסגור ידו כשראה הגוי מתקרב אצלו וכו' ואם הוא עצמו לא חש כ"ש חבי' והוה ליה שהנזק בא מצד עצמו ואפילו תימא שהנזק בא מחמת ב' בודאי הלא כתב הפמ"א שם דפטור והביא ראיה מדאמרי' פ"ק דקי' דכ"ד המבעית את חבירו וחלה מתוך הפחד פטור מד"א וחייב בד"ז כיצד תקע באזנו וחרשו פטור ופי' שם התם הטעם אדם כיון דבר דעת הוא איהו מבעית אנפשיה ופרש"י מדעתיה קא מבעית שנותן אל לבו אל פחד הקול הבא פתאום ע"כ וכתב הרב ז"ל הרי אעפ"י שהנזק בא ע"י ב' מ"מ משום דאיכא למתלי שהוא גרם לעצמו הנזק איהו דאפסיד אנפשיה וכו' א"כ ה"ה והה"ט בנ"ד לע"ד דהוא ג"כ גרם לעצמו וא"כ הו"ל כבא הנזק ע"י גרמת ב' דפטור ע"כ:

וממנו נקח לנ"ד ואין מהצורך להאריך בדבר ותן לחכם ויחכם ועי' עוד לה' שם ע"ב וז"ל י"ל דרש"י ז"ל סובר כיון דלטובה נתכוון וכו' כמ"ש אפי' ר"מ דד"ד יודה וכו' יעש"ב אם כן בנדון דידן נמי נימא הכי ועיין להרשד"ם חושן משפט סי' של"ב בסופו:

ואפי' לס' הש"ך בחו"מ סי' ס"ו סק"מ שכתב בפי' דאין לנו לומר דפטור אלא אפי' שכיוין להנאת עצמו ולא להזיק בכ"מ דמדרבינן מד"ד אפי' לא כיוין להזיק וכו' יעויין שם בנדון

דידן אזיל ומודה דפטור וכמ"ש הוא עצמו בסי' שפ"ו סק"ג וז"ל ולפי מה שהעליתי לעי' דד"ד אינו אלא קנסא מדרבנן יש לפטור גורם דגורם וכו' ונ"ד אפי' תימא דהוא גורם הוה ליה גורם דגורם שעל ידי בעל המעות נגמר הדבר והוה ליה גורם דגורם ואפי' בדבר הגורם לממון עצמו פלו' דרבנן ור"ש דרבנן סבירא להו דלא הוי כממון:

ולך נא ראה להרב ש"ך סי' שפ"ו סק"ד מ"ש בשם בעה"ת דגורם דגורם פטור וה' קצות החשן סק"ג העלה דלא מצינו גורם דגורם דחייב אפי' למ"ד דד"ג דאו' יע"ש ואפי' למ"ד דהוי כממון דוקא הגורם אבל גורם דגורם פטור יעוש"ב:

גם ראה תראה לעט"ר הרמ"ז בח"מ סי' שפ"ו בהגהט"ו וא"ב שהביא שם לכמה פוס' שפסקו הלכה כר"ש משום דמדמו לה לדד"ג ושם הביא לנו לג' עמודי ההוראה שהם הרי"ף והרמב"ם והרא"ש דפסקו כרבנן דאית להו דאינו כממון יעוש"ב והם פסקו כר"מ נראה דלא דמי לדר"ג ועי' עוד למ"מ בח"מ סי' שס"ג בהגהט"ו וא"ד ע"ש ויש להביא כמה ראיות מדברי הפוס' דקראו גורם דגורם אפי' לנדונות פחותות מזה וכ"ש נ"ד אלא דלא רציתי להאריך בזה:

ואתה תחזה לנ"ד דברי הרב משפטי שמואל סי' ק"ב דק"ז לנדונו שלא נתכוון להזיק עוד כתב הרב הנז' סי' קי"א דקכ"ז ע"ד וז"ל א"כ אחרי דברי היזקא ואין טענה למזיק לומר דחשבתי דלא יזיק ולכך לא כיונתי כההיא דאי"ל בההיא דמשסה דאולי לא ישוך וכן טעמים אחרים וכו' יעו"ש דמשמע מדבריו דאם יש לו לומר טעמים כאלה היה מועיל לפטור וא"כ בנ"ד דאי' למימר כל הטעמים פטיר ועטיר ותמצא הדבר מפו' בהר' הנז' בדקכ"ח ע"א וז"ל וגם אני יתוש וכו' היינו משום דבכל אחד ואחד יוכל להנצל הגורם בהתנצלות גמורה שלא נתכוון להרע או להזיק או שכיוין לטובה או חשבתי שלא יבא היזק וכו' ע"ש, עוד עי' למהר"ש הלוי ז"ל בסי' י"ח שצירף טעם אחר וז"ל ועוד מטעם אחר דבשעה שפרע לב"ח לא היה יודע חמיה שהיה מזיק לאלמנה כי אולי היה חושב שהיה בידה וברשותה שיעור ב' כתובות יעו"ש ע"ס התשו' ונ"ד אי' האי טעמא דלא היה יודע בודאי שמגיע נזק ונדון ממנו לנ"ד דכולהו איתנהו ביה והוי כנדון הרב תה"ד הנז' ופטור מד"ד וכמו שמצינו שנסתייע הר' משפטי שמואל סק"ב דק"ז ע"ד מתשו' התה"ד הנז' לחלוק על שכנגדו אף אנן נמי נדון ממנו להסתייע לנ"ד:

ה'ן עוד נביא מ"ש המבי"ט בח"ב סי' נ"ד שכתב וז"ל ואפי' גרמא דחייב בד"ש ליכא דלא נתכוון הוא לשום נזק וכו' כמו שיעו"ש אמור מעתה לנ"ד אפי' לפי"ד שא"ל כיון דהוא לא נתכוון לשום נזק א"כ אפי' חיוב בד"ש ליכא וכ"ש לפי מה שטוען כי מעולם

לא אמ"ל שיכין מעות והא לך ראיה שאף הוא אזיל ומודה שאמ"ל לתת לו עשרים לי"ט כפארו"ו ולא רצה:

ואתה קח לך את דברי הרב המאירי הוב"ד בשי' רב"א לקמא בהא דהפורץ גדר וכו' שכתב דיש חילוק עוד בד"ד אי כח אחר מעורב בו יעש"ב, ונדון דידן כח אחר שהוא בעל המעות מעורב בו ואדרבא נדון דידן עדיפא מינה שהוא לבדו עושה עיקר הנזק:

ולך נא ראה לה' פנים מאירות חלק א' סי' כ"ב, ועי' לה' שבות יעקב חלק ב' סי' קכ"ט מה שהשיג עליו דאינו חייב מדין מזיק כיון שאין כונתו להזיק יע"ש, ועיין לה' ששל"א בחושן משפט בסי' קע"ו דין י"ד מה שהקשה עליהם, וכעת לא יכולתי להבין דבריו במ"ש מיהו י"ל דה' פ"מ הנז' דש"ה דהזיקו בשאו"ת אבל בנדונו הזיקו בקו"ע וכשאפנה אשנה הדבר זה, ידוע הוא דדיני נזיקין דמו לה' שבת וכמ"ש ה' דברי יוסף אירגאס ז"ל בסו' די"ח ע"ב וז"ל והנה כבר ידוע מ"ש הפוס' ז"ל דד"ד הם כהלכות שבת יש מהם שחייב לשלם ויש מהם פטור אבל אסור ויש מהם פטור ומותר וכמ"ש הרמב"ן במאמר דד"ג שלו יעו"ש עד כאן:

ובה' שבת מצינו דה' דלא אסרה תו' אלא דבר המתכוין אבל כשאינו מתכוין פטור ומותר זולתי אם הוא פסיק רישיה ולא ימות דמודה ר"ש דה' כוותיה וכמו שפסק הטור בסי' של"ז ס"א וכתב מרן הב"י וזה לשונו כי לא מכוין שרי ר"ש לכתחילה וכן פסק הש"ע בא"ח סי' של"ז ס"א דבר שאינו מתכוין מותר והוא שלא יהיה פסיק רישיה ולכך גורר אדם מיטה וכסא וכו' ובלבד שלא יתכוין לעשות חריץ, ומותר לרבץ הבית כיון שאינו מתכוין להשוות גומות אלא שלא יעלה האבק עכ"ל, דמשמע דאפי' לכתחי' שרי כיון שאינו מתכוין והת"ה סי' ס"ד כ' וז"ל אבל כשאין מתכוין נוכל לו' אפילו אי פסיק רישיה הוא שרי דבאיסור דרבנן יש לחלק בין מתכוין גמור לפסיק רישיה כדאי' בתשובת מהר"ם במרדכי פ' הזורק ולפי"ד בנדון דידן דקים לן כריצב"א דד"ד קנסא הוא א"כ הוי מדרבנן ובאיסור דרבנן אפי' בפסיק רישיה מותר בדרבנן כשאין מתכוין ועי' להמ"א בסי' שי"ד סק"ה מה שהק' על התו' ועי' בט"ז שם אם כן בנדון דידן אפילו שעל ידו בא ההיזק אפי"ה פטור וכמו שמצינו בה' שבת לדעת התרומת הדשן וכ"ש בנדון דידן כיון דאפילו בה' שבת דחמירי מותר גמור ומה גם דלא הוי פסיק רישיה דהמעשה נעשה ע"י בעל המעות:

שמעו עמי ואדברה מה שראיתי למרן הב"י בא"ח סי' של"ד שכתב לדעת הטור וזה לשונו וטלית שאחז בו האור פושטה ומתכסה בה ואינו חושש אם תכבה כיון שאינו מתכוין לכך וכן יכול ליתן עליו משקין, דנתינת משקין על טלית שאחז בה האור שאני

דלא הוי אלא גרם כיבוי שהרי אינו עושה מעשה בגוף הדליקה אלא לכשיגיע האש למקום המים לא יוכל לשלוט שם ויכבה מאיליו משא"כ כשמתכסה בטלית ופותח ס"ת שמנענע האש עצמו ועי"כ היא נכבית אם היה מתכוין לכך היה אסור וכו' יע"ש ובסי' תקי"ד כתב נר של שעוה שרוצה להדליקו ביו"ט וחס עליו שלא ישרף כולו יכול ליתן סביביו דבר המונע מלישרף בענין שיכבה כשיגיע שם דגרם כיבוי מותר ע"כ:

אבל מדברי שאר פוס' אין נראה כן וכו' יעו"ש ועי' לעט"ר הרמ"ז בשיירי או"ח סי' של"ד בהגב"י אות ט' ועי' שם במ"ש הב"י ובשולחנו הטהור סי' תקי"ד ס"ג וז"ל נר של שעוה שרוצה להדליקו ביו"ט וחס עליו שלא ישרף כולו יכול ליתן סביביו קודם שידליקנו וכו' יע"ש ולפי דבריו אין להביא ממנו שום ראיה אלא כל בתר איפכא ואולם לדידי ק"ל דמ"ש מה' שבת שמותר לעשות אפי' ביום שבת עצמו ועי' להמ"א שם בסי' תקי"ד סק"ז שהק' כן וז"ל וצ"ע דמ"ש מטלית שאחז בו את האור שמותר ליתן עליו מים כמ"ש סי' של"ד סכ"ד וכו' יעש"ב ועיין מ"ש עליו הרב מחצית השקל שם באורך גם עיין להט"ז שם בא"ח סי' תקי"ד אות ו' באורך:

וכי תימא דדוקא בדליקה התירו אבל לא בשאר איסורי שבת כאשר כן סבר המה"ד הובא בד"מ סי' תקי"ד אות ג' כתב בשם מהרי"ל וז"ל כתב מהרי"ל דמותר לילך עם נר של שמן ביו"ט אעפ"י שמזיז השמן הואיל אינו מתכוין לכיבוי שרי, וכ' עוד דיכול להעמיד נר של שמן ביו"ט במקום שהרוח שולטת בו ואתי לידי כיבוי אבל לא יעמידנו שם במקום שהרוח מנשב עכ"ל, וכן הובא בט"ז סי' תקי"ד סק"ו וז"ל אבל רבי' יואל פי' דאפי' ביו"ט לא שרי גרם כיבוי אלא במקום היזק דוקא עכ"ל וגם השלטי גבורים בפ' כ"כ וז"ל ומיהו נ"ל דלא שרינן גרם מחק בפסיק רישיה אלא א"כ הוא לשום צורך כגון טבילה וכיוצא בזה דומיא דגרם כיבוי דלא שרינן ליה משום היזק כמ"ש המפ' שם ע"כ וחזות קשה הוגד לי במ"ש הד"מ סי' של"ד אות ה' שהביא משם המדרכי וז"ל וכתב המרדכי ע"ד בפ' כל כתבי דגרם כיבוי לא שרי אלא במקום היזק אבל בלא היזקא אפי' ביו"ט אסור עכ"ל:

והרואה יראה במרדכי בפ' כל כתבי דדברים אלו ק כתבם בשם רבי' יואל אבל הוא גופיה כתב דמותר שכך כתב אבל ר' יואל וכו' ואפשר להגיה בדבריו וכתב המרדכי ע"ד בשם ר' יואל וכן הביא הט"ז שם סק"ו דהמרדכי הביא דיש מתירין ביום טוב וכו' אבל ר' יואל וכו' או נאמר דהכונה הוא במ"ש אבל ר' יואל וכו' והכי קי"ל

ואולם כשתראה למה שכתב הטורי זהב שם בשם רש"ל בסי' פ"ב שדחה דברי ר' יואל יעויין שם ואם איתא לפי' הול"ל ואף המרדכי שהסכים לדברי ר' יואל וכו' לא נהירא

ומדלא ביאר כן ש"מ דהמרדכי לא ס"ל כוותיה וא"כ הדרן לתי' קמא להגיה בדברי הד"מ כנז' ורש"ל זו הלכה העלה דשרי לתחוב נר הדולק בבה"כ בחול כדי שלא ישרף יותר ממה שיצא לחוץ וכו' יעש"ב:

ודרך אגב ראיתי לה' מח"א בחי' על הרי"ף ומפ' הביא לן מה שנסתפק הרב שלטי הגבורים שם בפ' כל כתבי וז"ל כתב הבשה"ג וז"ל ומסופקני בכל מלאכת שבת הנעשית בלא מתכוין ע"י גורם וכו' נ"ב לא ידעתי במאי נסתפק דהא נר שאחורי הדלת הוי גורם ואינו מתכוין דאי במתכוין היכי סבור לומר דאתי כר"ש הא ר"ש לא אמר אלא כשאינו מתכוין ואפי"ה אסרו מטעמא דפסיק רישיה וגבי דליקה התירו והכי משני בגמ' ועי' סביבות פ' ד"מ בשלטי הגבורים עד כאן לשונו:

ואני בער ולא אדע לכוין את דבריו במ"ש דהא נר שאחורי הדלת הוי גורם ואינו מתכוין וכו' הנה סוגיא זו היא בפ' כל כתבי דק"ך ע"ב תנא נר שאחורי הדלת פותח ונועל כדרכו ואם כבתה כבתה לייט עלה רב וכו' אמ"ל בהא אפי' ר"ש מודה דהא אביי ורבא דאמרי תרווייהו מודה ר"ש בפסיק רישיה ולא ימות וכתב רש"י בד"ה פסיק רישיה והכא נמי הרוח מכבהו עד כאן לשונו דמשמע מדברי רש"י דלאו גורם כיבוי מיקרי לא במכבה בידים ממש חשיב כיון דמיד בההוא מעשה דעושה נכבה הנר ולמה קראו גורם אם לא שנאמר דהרב גריס ברש"י שמא יכבנו הרוח כגי' הרא"ש ברש"י ובר"ח כמו שכתבנו לקמן וכן גריס הטו' והש"ע בסי' רע"ז וגירסתינו היא גירסת הרמב"ם שם בה' שבת בפרק ה' הי"ז וזה לשונו נר שאחורי הדלת אסור לפתוח הדלת ולנעול כדרכו מפני שהוא מכבהו אלא יזהר בשעה שהוא פותח ובשעה שהוא נועל עד כאן וכתב ה"ה גם בפי' ר"ח וזה לשונו ופי' ר"ח שהנר קבוע אחורי הדלת ובפתיחתו יכבנו עד כאן, דמשמע דודאי יכבנו לא דשמא מחמת שאוקמא כר"ש ומודה ר"ש בפסיק רישיה שהוא בודאי:

ואני זבוב קצוץ כנפים לא ידעתי לכוין אימר"א בגי' שמא דאם נאמר שמא יכבנו הרוח אם כן לא הוי פסיק רישיה וגם ר"ש מודה דמותר כיון שאינו מתכוין ועי' בש"ע יו"ד בה' ע"ז סי' קמ"ב סט"ו כתב מורם וז"ל ומיהו דבר שאין מתכוין מותר יעויין שם בסביבות וכעת אין הפנאי מסכים איתי לשנות פרק זה בהרחבה ואתה חכם קורא נעים לך נא ראה מצוא דבר דיבור על אופניו והביננו בתורתך, ולך נא ראה לעט"ר הרמ"ז בשיירי א"ח סי' רע"ז בהגט"ו או"ב נהגינן וכו' כיון דאינו פסיק רישיה בודאי אלא דבר שאינו מתכוין הוא יע"ש, וכן כתב הב"י בסי' של"ד ונר' דטעמא משום דלאו פסיק רישיה שהרי אינו בודאי שיכבה ע"י כך, והתו' כתבו בדבור המתחיל פותח וכו' וזה לשון הרא"ש נר שאחורי הדלת אסור לפתוח ולנעול כדרכו דאביי ורבא דאמרי תרווייהו מודה ר"ש

בפסיק רישיה ולא ימות ורש"י פי' שהנר מונח אחורי הדלת וחיישינן שמא יכבהו הרוח ור"ח פי' שהנר קבוע בכותל שאחורי הדלת וכשפותח הדלת נוקש בכותל ואיכא למיחש שמא יכבה הנר ור"י פי' שהנר תקוע באחורי הדלת ובפתיחת הדלת ובנעילתו מרחק את השמן מן הפתילה או מקרבו אל הפתילה ע"כ, והנה שם בקרבן נתנאל ע"ד רש"י שהביא הרא"ש שמא יכבהו הרוח נסמן אות א' וכתב הרב ק"ן וז"ל וק' אם כן אמאי נקיט כדרכו אעפ"י שפותח בנחת מכל מקום הרוח מנשב ונר' דר' סובר דהא דפרש"י שמא יכבה הרוח היינו באותו הרוח שנעשה ע"י פתיחת ונעילת הדלת ובזה נסתלקו כל הג' קו' התו' בדבור המתחיל פותח עיין שם ועיין בסי' רע"ז סק"א במ"א עד כאן לשונו, ובפי' ר"ח במלת נוקש וכו' נסמן ב' והגהות ק"ן כתב וזה לשונו והא דלייט רב ס"ל לר"ח אינו כ"א על הפתיחה ובריייתא דקתני פותח ונועל בו רצונו כשם שנועל כך פותח ואגב פותח תני' נועל וכ"כ בב"ח וכ"ה ברשב"א, והט"ז בסימן ה רע"ז סק"א פי' בענין אחר עכ"ל:

אתאן לעיקר ספקו של השה"ג לפי מה שהביא עט"ר הרמ"ז בכנסיא שלו בא"ח סי' של"ד וזה לשונו שטה י"ב כתב רי"ו וכו' וכ' אפי' נשבר לו חבית מותר לו' לנכרי כל המציל אינו מפסיד שהגי' אשר סביב המרדכי דפ' כירה בשם מהר"ם ז"ל וזה הולך ע"ד האו' דלאו דוקא בדליקה התירו אלא הוא הדין בכל איסורי שבת ע"כ ואם כן אמאי לא פשט ספקו מדברי מהר"ם הנז' והניחו בספק בפ' כל כתבי:

מעתה ניחזי אנן בנדון דידן דהגם דלא עביד מעשה בידים מכל מקום לפי"ד שהם אמרו שאמ"ל הכן המעות אם כן על פי דיבורו נעשה המעשה והוה ליה כאילו עביד מעשה איהו גופיה וכמ"ש בב"מ ד"ץ ע"ב גם הובאה בפ' אחד ד"מ דנ"ה איתמר חסמה בקול והנהיגה בקול ר"י אמר חייב עקימת שפתיו הויא מעשה ר"ל אמר פטור כקלא לא הוי מעשה וקי"ל כר"י וכן פסק הרמב"ם בפ"ק דכלאים היא כל העושה מלאכה וכו' ואפי' בקול לוקה ובפ"ג מה"ר שכי' ה"ב ואפי' חסמה בקול לוקה והטור יו"ד סי' סיאזרציזוסי"ג וזה לשונו כתב הרמב"ם משכם כאחד או הנהיגם כאחד ואפילו בקול לוקה ובחושן משפט סי' של"ח ס"ג וזה לשונו ואחד החוסם וכו' ואפי' חסמה בקול שגער בהשומנעה מלאכול לוקה עד כאן גם מרן הש"ע פסקה בש"ע בחושן משפט סי' של"ח ס"ג וכתב הסמ"ע סק"ח וזה לשונו אפי' חסמה בקול לוקה דקי"ל עקימת שפתים הויא מעשה עד כאן ובש"ע יו"ד סי' רצ"ז סי"א וז"ל אחד החורש וכו' ואפי' בקול לוקה ע"כ:

משום הא ל"ק ול"מ וכמ"ש התו' שם בפ' השוכר את הפו' ד"ץ ע"ב ד"ה ר"י וי"ל דלא קאמר ר"י דעקימת שפתים הויא מעשה אלא הכא משום דבדיבוריה קעביד שהולכת ודשה בלא אכילה וכו' יעו"ש ועי' בהג"ה הכתובה בכ"מ פ"א דתמורה ה"א שכתב שכבר

הרגיש המ"מ בפי"ג מה' שכי' והביא תי' התו' בשם המפרשים ועוד תי' וז"ל ואפי' שהיה לי לו' שכל לאו שאין בו מעשה אלא דיבור אין הדיבור קרוי מעשה אבל חסימה כיון שישנה במעשה גמור אף החסימה בקול הויא מעשה ע"כ ולפי"ז התי' נפ"ל לנ"ד כיון דאיכא בו מעשה א"כ אפי' בקול הוי מעשה הנה מלבד מה שהק' עליו הלח"מ ודחה דבריו וז"ל ומ"מ ול"ן דטעמא דרבינא לא חש להא דר"י משום דכיון דר"י אמר משום ריה"ג כל ל"ת שבתורה עשה בו מעשה לוקה לא עשה בו מעשה פטור וכו' ס"ל לר"י דהדר ביה מסברתו כששמע מרבו דעקימת שפתים לא הוי מעשה ע"כ וה' לח"מ בה' סנהדרין פי"ח ה"ב אחר הקו' שהק' על המ"מ שבפי"ג מה' שכי' ויצא לחלק וז"ל והנר' אלי לתרץ בדעת רבי' שהוא סבור שחסימה ודאי כיון דמדיבור נמשך מעשה וכן בעדים זוממים כיון דבדבורייהו עבדי מעשה לאו שיש בו מעשה איקרי אבל מימר וכו' והטעם משום דבחסימה ועדים זוממים נמשך המעשה בקולם שהוא האיסור בעצמו שהוא החסימה ובעדים זוממין וכו' ובחסימה הוי לאו שיש בו מעשה מהטעם שכתבתי שנמשך מעשה האיסור וכן עדים זוממין נמשך וכו' יעוש"ב גם תראה להרשב"א במיוחסות סי' ר"מ וז"ל ועתה שב למה שאמרתי דעקימת שפתים הויא מעשה מדר"י זהו כשנעשה מעשה עפ"י דיבורו כההיא דפ' השוכר את הפו' דע"י הקול הפרה דשה אבל כל שלא באה לידי מעשה לא ותדע מדאמר בשבועות אמ"ר אידי בר אבין אר"י כל לאו שבתורה שאין בו מעשה לוקין עליו חוץ מנשבע וכו' אלמא מימר ומקלל חשיב לאו שאין בו מעשה אע"ג דאיכא עקימת שפתים וא"כ ק' דר"י אדר"י אלא כדקאמרן וכו' הכא במימר אתי לידמ"ע הא אמר ר"י בתמורה פ"ק א"ל ר"י לתנא לא תתני מימר דעביד מעשה וכו' ומשני שאני עדים זוממים הואיל וישנן בקול ופי' הרב ז"ל שעיקר חיובם דמשמעי קול בפני ב"ד ופריך וקול לר"י לא הוי מעשה וכו' אלא שאני עדים וכו' והק' ע"ז תו' וסו"ד העיקר שכן ישנו במה דאמר אם אמר אני כמוהו כשר בד"ן ובד"מ הילכך פעמים שמתחייב בלי עקימת שפתים, ואם העיד האחד ואח"כ אמר לב' ואתה אומר כמוהו ואמר אין חייב אע"ג דליכא עקימת שפתים לא חשיב מעשה הואיל ובלא מעשה יכול להתחייב וכו' יעו"ש ועי' להתו' בפ' הגוזל קמא ד"ק ע"א ד"ה טיהר את הטמא וכו' וז"ל למה לא יתחייב וכו' אע"ג דבדיבור בעלמא מיפסל ולא חשיב דד"ג ונר' לפרש דכל היכא דקם דינא אפי' בדיבור חשיב כמעשה ולא כגרמא ומחייב אפי' לרבנן עכ"ל, ולפי"ד נפ"ל לנ"ד דאמירתו להכין מעות לא נמשך המעשה עצמו אלא עד שהלך בעל המעות ועשה מעשה בגוף המעות א"כ ל"ד לחומה ומה גם כי הנתבע דנ"ד הוא מכחיש בדבר

ואו' שמעולם לא אמ"ל ומביא ראיה לקיים דבריו שאם איתא למה לא רצה לקבל ממנו העשרים לי"ט כפארו' אשר אמר לתת לו:

ממוצא דבר אתה למד דלאו בכל מקום דיבור הוי כמעשה ואני אהרן יש לי להביא ראיה מדברי הפוס' ג"כ דלאו בכל דיבור הוי כמעשה דדוקא בחסימה והנהגה משום דבדיבורו הוא עביד מעשה ואמינא לה מדברי הש"ע ביו"ד סי' רצ"ז ס"ב וז"ל אינו לוקה וכו' והטור כתב וז"ל אבל איסורא ליכא אם יעלה זע"ז או יעוררם בקול אבל אם העלם וכו' או שעוררם בקול מכין אותו מכת מרדות ע"כ ושם בסי"א כ' וז"ל אחד החורש וכו' או הנהיגם כאחד ואפי' בקול לוקה ע"כ:

ונחזי אנן דמ"ש מס"ב דעוררם בקול דאינו לוקה אם לא דיש לחלק וכאמור ומדובר לעיל, עוד מצאתי סעד אחר לסומכו ממ"ש בפ' השוכר את הפו' ד"ץ ע"ב איבעיא להו אמר לגוי חסום פרתי ודוש בה מי אמרי' כי אמרי' אמירה לגוי שבות ה"מ לענין שבת דאיסור סקילה אבל חסימה דאיסור לאו לא או דילמא ל"ש ע"כ וכתב הב"י ביו"ד סי' רצ"ז דלא איפשיטא ולחומרא וכ"פ הרמב"ם ע"כ ועי' בח"מ בב"י סי' של"ח מ"ש שם ואם איתא דדיבור הוי כמעשה בכ"מ מאי קא מבעיא ליה תלמודא מי אמרי' אמירה לגוי שבות וכו' תיפו"ל דדיבור הוי כמעשה וכאילו חסמה הוא בעצמו והו"ל כחסימה בקול א"ו כנז' דדוקא חסמה בקול דדיבורו הוא דעביד מעשה אבל בלא"ה לא, וכן נר' מהב"י דכתב דלא איפשיטא ולחומרא ול"ל משום חומרא הרי דינא הוא כר"י דעקימת שפתיו הוי מעשה וגם מ"ש בש"ע שם ס"ו אמר לגוי וכו' אסור ואינו לוקה ואמאי והלא הוא פסק דחסמה בקול לוקה אם לא שמוכרחים אנו לומר דשם דוקא דע"י דיבורו נעשה החסימה שמנעה מלאכול לא כן בשאר דברים וכנז"ל, וכן יש ראיה מהא דקי"ל צעק באזנו וחרשו וכן המבעית את חבירו אעפ"י שחלה מן הפחד פעור מד"א דאינו אלא גרמא אלא אם כן אחזו ותקע באזנו וכן שנגע בו בעת שהבעיתו דעשה מעשה בגופו ועי' בסי' ת"ך סכ"א ול"ב ובאה"ט סקי"ח, עוד יש לי להביא ראיה מדין ערב שאם הוא אחר מתן מעות אפי' אמ"ל אני ערב ואפי' אמ"ל בפני ב"ד אינו חייב כ"א בקנו מידו אבל אם הוא בשעת מ"מ משתעבד באמירה בעלמא אפי' בלא קנין, וכמ"ש הש"ע חו"מ סי' קכ"ט וה"ט משום דבשעת מ"מ בדיבורו עביד מעשה לא כן אחר מתן מעות בדיבורו לא עביד מעשה ועי' בבאה"ט שם סק"ב ועי' בהגה ס"ב ובבאה"ט שם סק"ה ומכ"ש למ"ש ה' מהר"א ששון ז"ל בסי' קע"ו שאם לא אמ"ל תן מנה לפ' ואני אתחייב לך בדין ערב הוא מחלוקת בין הפוס' וכו' הביאו עט"ר הרמ"ז בכנסיא שלו בח"מ שם בהגהט"ו או"ד יעו"ש, ועי' לעט"ר הרמ"ז בכנסיא שלו בח"מ ב מ"ב סי' שפ"ו בהגהט"ו אצ"ו וז"ל כללא

דמלתא היזק שאינו ניכר עשה מעשה בידים חייב והיכא דלא עביד מעשה בידים פטור וכל הגורם היזק לממונו ש"ח ועשה מעשה כגון שורף שטרותיו או בדיבור כגון המוכר שט"ח לחבי' וחזר ומחלו או בשוא"ת כגון שנפרצה מחיצת הכרם דכל אלו וכיוצא בהם שהנזק ברור ומצוי חייב לשלם מה שהזיק וכל שאין הנזק ברור כ"כ או שהוא ברור ואינו מצוי פטור הרדב"ז ח"ב סי' מ"ט עכ"ל, מכלל דבריו נשמע דבעי' מעשה בידים או בדיבור שהוא עושה מעשה אכן בדיבור שאינו עושה מעשה אלא שע"י אחרים נעשה המעשה כנ"ד בזה אין הדיבור כמעשה, ועי' במשפטי שמואל בסי' קי"א דקכ"ח ע"ב שכתב דבדיבור דעביד מעשה בודאי הוי כמעשה, ומהר"ש הלוי בסי' ל"ב דס"ה ע"ב כ' וז"ל ואל החלק הב' וכו' יעוש"ב, ולך נא ראה לתשו' הרשב"א הובאה בתשו' הרב בנימין זאב סי' ת"א כי האדם שהלשין בפה לו' לשר גבה ממון מפ' עשיר אינו חייב בכך שכל הגורם בנזיקין פטור דלא מצינו מוסר דחייב אלא באחוי אחויי אבל בדיבורא בעלמא לא עכ"ל ולפי"ד הרשב"א הנז' נר' דאפי' במוסר בדיבורא לא מחייב אי לא אחוי אחויי וא"כ כ"ש נ"ד והגם כי הרב הנז' דחה תשו' זו מהלכה היינו דוקא במוסר ועי' למהרשד"ם ח"מ סי' של"ב וז"ל ואחר כ"ז אני אומר דאע"ג דבמוסר מחייבינן ליה אפי' וכו' אלא שהראה ממון חבירו לבד אפי"ה חייב היינו ודאי לפי שעשה הוא בעצמו מעשה גם הנזק הנ"ל שנעשה מיד דתכף כשהראה מקלא קלי מש"ה חייב אבל איך נחייב לאשת ש' שלא עשתה בעצמה שום מעשה עכ"ל:

ולך נא אקחך אל מקום אשר ממנו נקח תוצאות חיים לנ"ד והוא הרב מים החיים במי מריבה סי' כ"ט דצ"ו ע"ב וז"ל וכשאני לעצמי תמהני מאוד איך ולמה תפש כת"ר הי"ו במושלם כ"כ בפשיטות ובפרט להוציא מיד המוחזק שזו היא שק' בד"מ ולא זכר שר שעיקר דין זה דמסור אינו אלא גרמא דהלכתא כר"מ דדאין דד"ג ולא נעלם ג"כ דהלכה פסוקה דגרמא בנזיקין פטור וכו' יעו"ש עוד כתב ואען ואומר וכו' שהרי בטעם זה לבד די הנד' לעין כל ההיזק לא נעשה מיד בשעת המסירה וכו' אלא שאח"כ ע"י שבשביל הכאת הסכין נתגלגל הדבר ובא לו ההיזק וכו' ויעוין להמ"ץ ח"ב ס"כ דמ"ה ע"א דבטעם זה לבד פטר והביא תשו' הרשב"א שהביא מרן סי' שפ"ו ס"א וז"ל כתב הרשב"א בתשו' רואה אני לפטור את שמעון וכו' לפי שאין דד"ג שאין ראו' זה מתחייב מיד וכו' עכ"ד והרואה יראה שנדון המ"ץ הוא כ"ש וק"ו לנ"ד וכו' זאת ועוד דנ"ד נר' ברור שהוא מוסכם לכל התי' והחי' שנאמרו בענין זה וכו' יעוש"ב:

וכי תראה דאפי' במוסר קראו הרב גרמא בנזיקין אתייא במכ"ש לנ"ד דבמוסר החמירו ואפי"ה פטרו משום דאיכא ביה כל הנהו תי' וכל החי' ובנ"ד כל התי' וכל החי' לפטור

וגם דלא הוי מוסר שהחקירו בו וכמ"ש הרב מגיד מראשית אשר בסוף הס' סדה"ק קחנו משם, עוד כ' הר' מים החיים שם ע"ד וז"ל ועוד אני אומר דאפי' לתי' ריצב"א וכו' ועוד כל הישר הולך יראה בשיקול הדעת דכל הני גרמא בנזיקין המוזכרים בתלמוד הם מצויים ורגילים יותר מנ"ד א"ו דלדעת ריצב"א כדי שיתחייב ד"ד צריך שיהיה מצוי ורגיל יותר מדאי ביתר שאת איך שיהיה וכו' ולכן אף אנן נימא הכי בנ"ד, ועוד תראה משם כמה פרטים ופרטי פרטים לפטור גם בנ"ד וגם החולק עליו שם בסו"ל הוא דוקא במוסר שהחמירו בו אבל כעין נ"ד אזיל ומודה כאשר יראה הרואה שם וכ"ע מודים דבדיבורא בעלמא לא יתחייב, ועיין לעט"ר הרמ"ז בכנסיא שלו בח"מ מ"ב סי' שפ"ח בהגב"י אוס"ו מה שתי' לקו' הבנימין זאב הנז' והאריך בפרט זה ולפי חי' נפ"ל שיש לחלק בין דיבור לדיבור אפי' במוסר ועיין שם סקס"ח מה שחי' בב' תשובות הרשב"א אהדדי בין מסירת גופו למסירת ממונו ולבסוף זו הלכה העלה דאף במוסר יכול המוחזק לו' קי"ל יעו"ש וא"כ כ"ש וק"ו לנ"ד דבדיבורא בעלמא לא יתחייב ובפרט למאן דס"ל בזרק כלי מראש הגג וכו' דפטור הביאו מורם בהג"ה סי' שפ"ו ס"ג ועיין בבאה"ט סק"ה דטעמייהו הוי וכמ"ש הרא"ש בפ' לא יחפור משום דצריך לעשות מעשה בגוף הדבר ואע"ג דעשה מעשה בסילוק הכרים ולפי"ד כ"ש כשהוא בדיבור דלא עשה שום מעשה ויכו"ל המוחזק קי"ל כוותייהו, ועי' להמ"מ ח"ב סי' ס"ח דקע"ח ע"ב וזה לשונו כ"ש בכי הא דנ"ד דלא עשה מעשה אלא דיבורא בעלמא שאמר לגוי כי בא האיש לתוך העיר דהשתא לכשתמצא לו' דדיבור ומעשה דא ודא אחת היא וכמו שהוכחנו מדברי הרא"ש בתשו' תכ"ו יעויין שם דאת"ל הוא דוקא במוסר הדיבור הוא דהוי כמעשה וכמו שיראה הרואה בדברי הרא"ש שם אבל בכעין נ"ד דלא הוי מוסר לי' למימר דדיבור ומעשה לא אמרי' את"ל אלא דדיבור לא הוי כמעשה ופטור ועטור הוא:

ותשוב תראה לה' חס"ל אלקלעי ז"ל ח"ב בסי' י"ט דקט"ו ע"א וז"ל ולפום ריהטא בנקל היינו יכולים לו' דשאני הני דליכא שום מעשה רק קול בעלמא דבזה גם הרמב"ם יודה אלא דאין זה מספיק וכו' אם לא שנאמר דדוקא בעושה מ' אינו מחלק בין גרמא לגרמי אבל בדבר שאינו עושה מ' רק בדיבור בעלמא בזה יחלק דדוקא בגרמי חייב לא בגרמא אלא דאין כ"ז שוה לי דהנה עינינו הרואות בכמה דברים של מעשה דעכ"ז פוטר הרמב"ם וכו' יע"ש הרי דמאי דפטר התם לאו משום דהוא קול בעלמא דאם היה קולו הוא המזיק מכחו לבד אה"ן דהוה מחייבינן ליה אף בלתי מעשה אלא דהתם ה"ט משום דהניזק גם כן גרם בנזק וכו' ובכל הני שהבאנו לעיל דכולהו ע"י מעשה ועכ"ז פטור ומטעם דאין הנזק בא מכח המזיק עצמו דהמעשה שעשה לא עשה בדבר הנזוק ע"כ:

נפק"ל לנדון דידן מדברי הרב הנז' במכ"ש לנ"ד דליכא שום מעשה, וגם הדיבור עצמו לא נעשה בדבר הניזוק אליבא דכ"ע אפילו להסוברים דהרמב"ם לא מחלק בין גרמא לגרמי ובכולהו חייב דילמא הוא לפטור בנ"ד וכאמור לעיל וק"ו הדברים בנדון דידן דאיכא למימר קי"ל דהוא מוחזק:

ואקחך שדה צופים ה"ה עט"ר הרמ"ז בכנסיא שלו בח"מ מ"ב סי' שפ"ח בהגב"י אוס"ו וז"ל גרסי' בפ"ק דב"ק ד"ה ע"א אלא מסור מ"ט לא תני שאני מסור דדיבורא ובדיבורא לא קמיירי וכתב המרדכי דפ' הגוזל בתרא מסור גם בדיבור דלא אחוי חייב והביא ראיה ריב"א מהמוכר שט"ח לחבי' וחזר וכו' דהוא דיבור וכו' וה' אליעזר מטולא הביא ראיה וכו' דאמרי' בדיבורא לא קא מיירי משמע דמסור חייב וכו' וכן הסכים רש"ל וכו' ויש לתמוה על ריב"א אדמייתי ראיה מהמוכר שט"ח וכו' לייתי ראיה ממכלתין כדמייתי ר"א מטולא ואתרוייהו קשה אמאי לא מייתו ראיה מעובדא דרב הונא בפ' הגוזל וכו' וכו' ועל הרשב"ם בתשו' שכתב רש"ל בשמו בסי' הנז' דדוקא אחוי אחויי הוא דמחייבינן וכו' קשה מעובדא דרב כהנא וממוכר שטר וכו' מצאתי לבנימין זאב סי' ת"א כתב בשם הרשב"א עי' בנאספות ח"ג סי' קל"ב אפס אדם הלשין את חבירו בפה לומר לשר גבה ממון ס' העשיר אינו חייב בכך שכל גורם לנזיקין פטור וכו' ובעל הספר הקשה עליו מעובדא דרב כהנא וכו' וגם מריש מכילתין וכו' ונלע"ד שלא נעלם מהרשב"א הך עובדא דרב כהנא שהוא מקור דין המסור וכו' וכו' ולכן נראה ברור שכונת הרשב"א ז"ל שלא מצינו מוסר שיתחייב אפי' בדיבור אלא במגזים לעשות מעשה וכו' אבל במוסר שאין בגיזומו מעשה אלא כל מסירתו הוא בדיבור כגון אומר לשר גבה מפלוני אינו חייב משום מוסר ומה"ט לא הביאו ריב"א ור"א מטולא ראיה מהך עובדא דרב כהנא דאפשר לומר וכו' ור"א מעולא הביא מריש מכילתין דקאמר שאני מסור דדיבורא ומשמע אפילו בדיבור שאינו מגזים לעשות מעשה מדקא מקשינן והרי מסור דדיבורא וכו' ומתרצינן דיבורא דאית ביה מעשה הוא משמע דמסור אפי' דיבורא דאית ביה מעשה וריב"א לא ניח"ל בראיה זו דהתם הפי' הוא כדכתב רש"י מוציא ש"ר וכו' ולפי"ז אפשר עדיין דמוסר אע"ג דמגזים לעשות מעשה כיון דבדיבור אין כאן מעשה דיבור דלית ביה מעשה מיקרי וכו' והרשד"ם ז"ל שכתב הרשב"א ז"ל ס"ל דאין ראיה ממוחל שט"ח לחבירו דשאני מוחל וכו' אבל מוסר עדיין לא בא וכו' אבל אי קשיא על רבי' בנימין וכו' וכו' יעו"ש באורך:

ואתה קח לך את דברי מרן החבי"פ ז"ל בחקק"ל ח"ב סי' ל"ד דקמ"א ע"ב בסופו וז"ל ובר מן דין נר' וכו' וכיון דעפ"י דיבורו עשה מעשה ולקחו ונמצא רע ומסיבתו מפסיד חייב לפי חי' הנאמרים באמת בש"ס ובפוסקים עכ"ל:

נמצא לפי"ד דבעי' עפ"י דיבורו נעשה מעשה וכו' אכן בדיבור כעין נ"ד דבשלמא במראה דינר לשולחני עפ"י דיבורו בע"כ יש לו לקחתו מן הבע"ח וכמ"ש הרב הנז' שם בע"ג יעו"ש שהביא מדברי ר' אפרים שהביא הג"א פ' הגוזל עצים ובמרדכי והשה"ג שם שכתב דהא דמחייב ר"מ במראה דינר דוקא בכה"ג ודאי אפשר לו לאשתמוטי ובע"כ י"ל ליקח מב"ח זה הדינר עפ"י השולחני וכל מראה מקח לחבי' התגר או משכון וכיוצא שאין לו ליקח בע"כ עפ"י מה שאמ"ל התגר בהא לא מחייב ר"מ משום ד"ד ע"כ, עוד כתב בסי' מ' וז"ל תשו' נר' דחייב שמעון ואמינא לה ממ"ש המשפטי שמואל בסי' קי"ב שנשאל על כעין נ"ד שהוסיף בשכי' לגוי וכו' כתב שהרי הוא חייב מד"ד דכל כה"ג מזיק בידים הוי דדיבור חשיב מעשה כל דאתעביד מעשה בדיבורו וכו' יע"ש וכ"ש הכא בנ"ד וכו' יע"ש וא"כ בנ"ד דיבורו לא עביד מעשה כ"א איהו ניהו דעביד המעשה וא"כ איהו דאפסיד אנפשיה ועי' להחק"ל ח"ג יו"ד סי' ע' מה שהאריך הרחיב בפרט זה דדיבור הוי כמעשה ובד"ח ע"ג כתב וז"ל כי ע"כ נ"ל דמזיק בדיבור דעביד מעשה ע"י דליהוי מזיק בידים להוציא מיד המוחזק אנו אין לנו דמידי ספק לא נפיק אע"ג שיותר נר' דהוי מזיק בידים ולענין מעשה צ"ע ועי' בבעה"ת שער ס"ב ח"א ובתשו' הרש"ך ח"ג סי' פ"ד ובתשו' סם חיי סי' ל"ב ובס' מח"א ה' נזקי ממון ס"ו ובתשו' פרי הארץ ח"מ ח"א סי' י"ג ובכנה"ג ח"מ סי' שפ"ח הגב"י אוע"ו ע"ש ע"כ:

נמצא לפי"ד הרב הנז' דאפי' בדיבור דאתעביד ביה מעשה אין כח בידינו להוציא מיד המוחזק ומכ"ש בנ"ד דבדיבורו לא איתעביד מעשה שבעל המעות הוא שעשה מעשה ואין להביא ראיה דדיבור הוי כמעשה ממ"ש בשבת דקי"ט אמר"א מניין שדיבור הוי כמעשה שנא' בדבר ה' שמים נעשו הרי דדיבור כמעשה וכמ"ש החק"ל חי"ד ח"ג סי' ע' בסופו ד"ח ע"ג אזי בדיבורו הוי עביד מעשה לא כן בנ"ד מי הכריחו ללכת ליקח מעות מהבאנקא א"כ דיבורו לא עביד מעשה ואיהו דאפסיד אנפשיה, ובחקק"י סל"ה דקמ"א ע"ד אחר שהביא דברי מהר"א ששון ז"ל בסי' קע"ו שהביא מחלוקת בדין הערב שלא אמר תן לו ואני אתחייב לך מדין ערב כתב וז"ל ומ"מ נלע"ד דבנ"ד לכ"ע חייב לוי לשלם וכו' דע"כ לא פליגי הני רבוואתא כ"א כשדיבר סתם תן מנה לפ' דמסתמא י"ל כי בא לחלות פניו כי בעבור כבודו ודיבורו שיתן לו מנה דהגם כי עפ"י דיבורו הוא שנתן י"ל כי חשב כי יעשה דיבורו ורצונו לקיים דיבורו בלתי שום חיוב משא"כ בנ"ד וכו' ע"ש:

אנן נמי תנינא משא"כ בנ"ד דכ"ש הוא דלא נעשה הנתינה עפ"י דיבורו ועוד הביא ה' הנז' ס' המבי"ט ח"א סי' קי"ח דבאומר לחבי' הלוהו עלי אינו משתעבד מדין ערב יע"ש וכתב הרב די"ל דדוקא כשאמר לחבירו הלוהו או תן לו ועלי סתם יש במשמעות דעלי יהיה עלי להביאו או שאר דברים וכמ"ש המבי"ט וכו' יע"ש:

ובנ"ד מכ"ש הוא דלא אמ"ל כ"א תכין מעות ועיין לה' חוקי חיים סי' כ"ג שכתב דאינו חייב בד"ש כ"א דוקא על המעשה אבל לא על הדיבור יעש"ב וע"ע למ"מ בכנסיא שלו בח"מ מ"ב סי' שפ"ו בהגט"ו אוס"ב וס"ג ועי' לה' מ"מ ח"ב ח"מ סי' ס"ח דקע"ח וקע"ס ע"ש ולדעתי המעט הוא מכל נ"ל דלזה כיון מרן הש"ע בחו"מ סי' שצ"ה ס"א וז"ל המשסה כלבו של חבי' בחבי' פעור מד"א וחייב בד"ש וכתב הסמ"ע סק"א וז"ל פטור מד"ו הטעם דלא הוי אלא גרמא בנזיקין ע"כ והא ודאי כי טעמו של דבר דהוי גרמא הוא משום דאפ' שלא ישכנו ולאו בריא היזקא וכמ"ש הרא"ש שהבאנו לעיל:

או נאמר דהטעם דפטר המשסה הוא משום דלא נעשה היזק מיד בשעת המעשה דלאחר השיסוי הוא ההיזק וכמ"ש בזל"א ח"ב אות ג' הנז"ל סק"ב וז"ל היכא דההיזק נעשה מיד וכו' לאפוקי אח"כ כגון שיסה הכלב דלאחר השיסוי הוא ההיזק ע"כ:

אנן נמי נימא דטעם פטור במשסה הוא משום שהוא בדיבור ובדיבורו לא עביד מעשה שאפ' שלא ישוך:

אתאן לאחרוני זמנינו הלא המה הרה"ג ר"מ ור"מ חד מן קמייא, רב משרשיא, משיירי כנה"ג כמהר"י אבולעפיא יצ"ו בספר פנ"י ח"א סי' כ"ד ומעלת הרב המופלא, וכבוד ה' מלא, הרב החרי"ף יצ"ו בסי' י"ג וי"ד והנה מלאכי אלד'ים מדיינים זה בזה והיה את רצוני להתעלס באהבים ולחוות דעתי הקצרה לפלפולא בעלמא הגם כי לא בי היא ואפי' כי איני מאנשיה להכניס עצמי בתחום שאינו שלי כי חוששני פן ירצצו את מוחי ואולם אין הפנאי מסכים איתי מ"מ הדין יוצא מבין ב' לנ"ד תו' יוצאה בהינומא דכולם פטורים כאשר יראה הרואה בדבריהם ובפרט דנ"ד לאו בריא היזקא ועי' להמ"מ א"ב סי' ס"ח בדקע"ח ע"א וע"ד:

ואם באת לחייבו בנ"ד מדין מזיק שעבודו שהוא עדיף מדד"ג כמ"ש התוס' בגיטין דמ"א ע"א בד"ה במזיק וכו' והגם כי התוס' בלשון אפשר אמרוה הנה הרשב"א בח"ג סי' ק"ח ס"ל הכי בפשיטות שכ' וז"ל ומכאן נראה ג"כ דקי"ל דמזיק שיעבוד חייב וכו' ולא עוד אלא דלפום האי שמעתא עדיף מזיק שעבוד משורף שטרות ש"ח וכו' ועשה לה סמוכין גם במיוחסות סי' ר"מ ע"ש שכתב וז"ל ואע"ג דפלו' היא בפ' השולח גבי עשה עבדו אפותיקי ושחררו רשב"ג מחייב וחכמים פוטרים והיינו מזיק שש"ק הכא הלכה היא

כרשב"ג דפסקינן בפ' הכותב ובפ' הגוזל כמאן דדאין דד"ג ומזיק שש"ח עדיפא מיניה וחייב כמו שהבאתי וכו':

ואולם הרא"ש כלל ע"ג ס"א הביאו הטור חו"מ סי' ק"ז וז"ל ומיהו א"א הרא"ש ז"ל כ' בתשו' שאף אם מכרו קרקע אין חייבים לשלם שאפי' מזיק שש"ח ליכא כי לא קלקלו גוף הקרקע כלום ע"כ אעפ"י שנראה לחלק כמו שכתבתי איני משיב ע"ד עכ"ל וכ"כ ריי"ו נכ"ו ח"ג בשם רמב"ן והרשב"א הביאו הטור סי' ק"ז ועי' בעי חיי בתשו' ח"מ ח"א סי' קצ"ה דר"מ ע"ב וע"ג ע"ש, וא"כ נ"ד הוי מזיק שש"ח שהי"ל אצל הבאנקא והו"ל כשורף שטרותיו ש"ח:

אתה קח לך לנ"ד מ"ש מהר"ש הלוי ח"מ סי' י"ח וז"ל ואם כונת האלמנה לתבוע מחמיה לפי שהזיק שש"ח שעבוד כתובה וכו' יעש"ב שכל הפיטורים אשר דרך בהם הר' שם בנדונו שייכי בנ"ד וכמו שהארכתי לעיל, ובכלל יצא לחלק שם כמ"ש הסמ"ע וש"ך סי' ק"ז כתבו בשם הרא"ש בתשו' דדוקא אי עביד מעשה בגוף הקרקע שהפסידה מחייבינן לזה מדין מזיק שש"ק אבל בלא עשה מעשה בגוף הקרקע כגון שמכרה ללוי וכו' יעש"ב דנראה מדבריו דגם במזיק שש"ת בעי' דעביד מעשה בגוף הקרקע ונ"ד לא עביד מעשה כלל בגוף הדבר ועי' להרמ"ז בסי' ק"ז הגהט"ו אוכ"ב שכתב ולענין הלכה וכו' ע"ש וע"ע שם בסי' קי"ז הגב"י אות ה"א, וכ"ה דעת הרשב"א במיוחסות סי' נ"ו וז"ל שאלה ראובן ואשתו לוו וכו' מהו שיחזור על לוי מפני שהזיק שע' תשו' דמשום מזיק ליכא דלא אמרינן מזיק אלא מזיק מעשה ממש כגון וכו' אבל ב"ח שמכר לאחד מטלטלי ששעבד לב"ח והלוקח והמקבל מתנה אכלום אין אלו חייבים שהם לא הזיקו כלום אלא המוכרים להם וכו' ע"ש וה' ב"ד ח"מ סי' ל"ב ד' ל"ח ע"א כתב על ס' הרמב"ן וז"ל הרי שכתב בהדיא כסברת הרא"ש דבמוכר דבר המשועבד לב"ח ואין ב"ח יכול לטרוף ממנו לא שייך דין מזיק שש"ח וזה בקרקע ומטלטל שהרי כתב תחילה א"כ במזיק שעבודו בחפירת וכו' ובסוף כתב אבל ב"ח וכו' יע"ש ועוד כתב שם דיכול המוחזק לומר קי"ל כהרא"ש ודעימיה הנז':

ומילתא דתמיה חזינא הכא דהביא התשו' הנז' בשם הרמב"ן והלא נודע הדבר שהם להרשב"א אף שמיוחסות המה להרמב"ן והגם שכתב ה' שם דט"ל וד"מ ע"ד וז"ל ואעפ"י שהרבה תשו' הרשב"א יש בתוך תשו' הרמב"ן כמ"ש שם בהקדמה מ"מ זו בהכרח אינה מהרשב"א וכו' יעוש"ב אי מהא לא אירייא כי ההכרח זה תדע מן הקו' הוא ולך נא ראה למרן הב"י בהקדמתו דכלם להרשב"א הם זולת במקום שנתבאר בפירוש ככתוב אצלי במ"א ולקו' שיש מסתירת ד' הרשב"א ז"ל יש לתרץ דמ"ש הרשב"א דמשש"ח חייב הוא

להורות נתן דה' כרשב"ג אבל אינו חייב כ"א בדעביד מעשה בגופו ש"ד כדר"ג ול תשי' ממ"ש הרשב"א ח"ג תשו' ק"ח שמזיק שש"ח עדיף משורף שטרותיו ש"ח די"ל דכוונתו דהוי עושה מעשה בידים זה השורף שטש"ח וא"י לדחותו דיכול לו' לו ניירא בעלמא קלאי מינך אבל במשש"ח הוא עדיף שהוא מזיק ממש ליכא למי' הכי ואנה"ן במזיק שש"ח באופן שא"ע מעשה בגופו ש"ד פטור כדין ד"ג וכן מוכח מהמיוחסות הנז' או יאמר דכונת הרשב"א במ"ש דמזיק שש"ח עדיף משורף שערותיו ש"ח הוא משום דד"ג הוא מטעם קנס אבל מזיק ש"ש חבי' הוא מדינא ונ"מ לכמה ענינים אבל לענין זה הכל אחד דאין לחייב אלא בעושה מעשה בגופו ש"ד, וכמ"ש המש"ל בה' חובל פ"ז ה"ד משם הרמב"ן בדד"ג וז"ל אבל במזיק שש"ח דלאו קנסא אלא מדינא אפי' נתכוון להנאתו חייב ע"כ הביאו ה' ערך השלחן ח"מ ח"ג סי ק"ז אוכ"ד בסופו וכתב שכן ראה בא"ז לכתובות פ' הכותב וכו' יעש"ב:

ואחר כל אלה הדברים אין מקום להק' להרמב"ן מדידיה אדידיה כמ"ש ה' ב"ד שם דל"ח ע"ב עש"ב שהוצרך לפרש בדברי בעה"ת שמ"ג ח"ד סי' י"ו במ"ש אבל אני נתחדש לי די"ז וכו' שהם דברי בעה"ת דליתא אלא הם ד' הרמב"ן עצמו וכמו שסיים בדבריו ואין על המעות אלו שום שעבוד אלא השדה או המטלטלים הם המשועבדים לו ילך ויגבה מהם דהיינו ממש כמ"ש בתחי' ומה שדייק מלשון אבל אני נתחדש לי די"ז דהול"ל ונתחדש לי די"ז וכמ"ש שם ע"ג אחהמ"ר מכבוד רבנותו אין זה הכרח דמ"ש אבל אני הוא משום שבתחי' כתב והשיב לי נראה וכו' שהוא לפי הסברא כתב אבל אני נתחדש לי די"ז שאם מכרה למי שאין אדם יכול להוציא ממנו שבא לחדש דבר שלא נזכר תחי' ולעולם שהם דברי הרמב"ן ומ"ש במיוחסות הוא להרשב"א כדכתיבנא:

ודע שבתשו' חוט המשולש שבס' התשב"ץ סי' י"ח ס"ל דאפי' לא עשה מעשה בגוף הקרקע של חבי' חייב ועי' בכנה"ג ח"מ סי' שפ"ו הגהב"י או"ח ט' יו"ד י"א י"ב ע"ש ועי' למרן הב"י בח"מ סי' קי"ז ס"ו דקי"ל כרשב"ג דמחייב במזיק שש"ח כדאיפסיקא הל' בהדיא דדייניו דד"ג ע"ע ועי' להרמב"ם בה' חובל פ"ז הי"א דמחייב בדד"ג וכמ"ש כן מרן הב"י:

אמנם הנה כתב הראב"ד שם בה"ז וז"ל גרם לו שישבר וכו' א"א הרב פסק כן דדייניו ד"ג ואין הכל מודים לו לפי שלא עשה בכלי מעשה עכ"ל, וכתב המגדל עז וז"ל ואף רבו החולקים רש"י ותוס' כלם הסכימו שאין זה דד"ג אלא גרמא בנזיקין וזה הדרך דרך הראב"ד וגם מורי הרשב"א כתב כן והכריע שכל שאינו עושה מלאכה בגופו כשורף שטרותיו ש"ח וכו' יעו"ש, וא"כ בנ"ד כיון שהוא מחלוקת ורוב הפוס' כהראב"ד כמ"ש

המג"ע הנז' יכול המוחזק לו' קי"ל, ועי' גם בהשגה שאחריה ובכנה"ג שם אות ל' ובמ"ב בהגהב"י או"ך בענין משש"ח מ"ש בשם מהר"ם וכו' ע"ש וע"ע לה' תורת חסד סי' קמ"ט דצ"ח ע"ג בשם תשו' הרא"ש כלל פ' סי' ט"ו וז"ל ויתומים שמכרו נכסי אביהן ויצאו על אביהם ב"ח ואינן יכולין לגבות הנכסים מיד הלקוחות אין ב"ח יכולים להוציא המעות מיד היתומים כי נכסיהם מכרו הרי שכת' שאפי' מכרו הנכסים לגוי כמ"ש הטו' סי' ק"ז שאין יכול להוציא מידו וגרם להפסיד שעבוד הבע"ח בידים עכ"ז כתב הרא"ש שאין חייבין לשלם מהמעות שבידם כ"ש בנ"ד שלא עשה הוא שום מעשה להיות גרמא בנזיקין כלל שהוא פטור ומותר ואע"ג דנראה מתוך תשו' הרמב"ן שהביאה בה"ת שער מ"ג ח"ד סי' י"ו דפליג עם הרא"ש ומחייבו מדין מזיק שש"ח וכ"כ הרשב"א ז"ל בתשו' הביאה הרב ב"י סוף סי' ק"ד אפי' לפ"ד יש לחלק בין מכוין להזיק שעשה מעשה ביד ומסר אותו ביד גוי להיכא שלא מסר הוא בעצמו אלא שבא ההפסד מאליו מחמת השרפה ובכי האי גוונא כולי עלמא מודו שאין לחייבו מדין מזיק שכ"כ הטו' בסי' ק"ז שהוא מזיק שש"ח היכא דמכרן לגוי כמ"ש הרמב"ן והרשב"א ז"ל ואמר טעמא דאין לך מזיק גדול מזה שהכניסו במקום שאינו יכול לגבותו וכו' עכ"ל, יצא לנו מדבריו לנ"ד דאין לו דין משש"ח ופטור ומותר הוא ע"ש, ועיין לה' ערך השלחן ח"מ ח"ג סי' ק"ז אוכ"ד ושם הביא לנו ד' הרדב"ז בתשו' ח"ב סי' קל"ד על ראובן שמכר בית לשמעון והלך שמעון ומכר הבית לגוי שהביא דברי הראב"ד בהשגות פ"ז מה' חובל ומזיק בשחרר עבדו שעשאו אפותיקי שפסק כרבנן דפטור ושכן דעת הרי"ף ואם כן יכול המוחזק לומר קים לי כהרי"ף לפי עדות הראב"ד ע"ש בדבריו והרבה להשיב עליו ע"ש שלבסוף כתב ומ"מ יכול המוחזק לו' קי"ל כהראב"ד והרי"ף לפי"ד הרשב"א והראב"ד בדעת הרי"ף דפוסק כחכמים וה"ן בנ"ד ועדיפא מינה בנ"ד שיכול לומר ג"כ קי"ל כהרא"ש והרשב"א כמש"ל, עוד זאת היתה יתירה בנ"ד שלא הזיק אלא בעל המעות עצמו הזיק שעבודו דעצמו ובזה אינו נקרא מזיק שש"ח וכמ"ש הר' ב"ד ח"מ סי' ל"ב דל"ח ע"ד וז"ל לכך צ"ל הטעם משום דהוא לא הזיק כלום אלא המוכרם והנותנם כי אין על הקונה דין מזיק כי בדין וברשות הוציאם ואכלם ומ"ש אלא המוכרם והנותנם לאו דוקא אלא דמשום דבמוכרם והנותנם הוה שייך דין מזיק אילו הוה מזיק ממש אלא דגם המוכרם פטור מטעם דאינו מזיק ממש:

ונפקא לן לנ"ד דאינו מזיק ממש ופטור אפי' להפוס' כרשב"ג והוי לכ"ע וכ"ש דאפי' לת"ה אית לן למי' קי"ל, כללא דמילתא דבנ"ד כולם פטורים ואפילו השליח מכל וכל וככל האמור ומדובר ובפרט מן הפרט שהשליח הוא המוחזק ומי הוא זה ואיזה הוא

אשר ימלאהו לבו להוציא ממנו ממון כי הוא תפוס בדגל הקי"ל ומי יאמר לו מה תעשה ואפי' תרעומת אין עליו וכמש"ל ויהיו דברי אלה לסניף בעלמא כיאודה ועוד לקרא ובעלי הוראה המה בחכמתם יורו יורו וידינו לרחק או לקרב ואני הנלע"ד כתבתי להל' ולא למעשה זולתי אם יסכימו עמי בעלי הוראה אשר קטנם עבה ממתני אזי ישמח לבי גם אני להיות נמנה עמהם וצור ישראל יצילנו משגיאות ויראנו מתורתו נפלאות כ"ד המתאבק בעפר רגליהם היושבים ראשונה על כסא הדין וההוראה והוא סרח העודף,

איש צעיר **אהרן בכור אלחדיף** הי"ו אב"א ס"ט

הסכמת עט"ר מוה"ר המאוה"ג הגאון המפורסם מ"מ ראש"ר כקש"ת **יש"א** ברכה נר"ו

אנא נפשאי ראשון לציון הבא עהח"מ ראה ראיתי כל מה שהאריך למעניתו הרב הפוסק עליון ה"ה מע' הרה"ג אהרן בחיר ה' יצ"ו והאמת עד לעצמו כי אם היה בא הפסק הלז לפני בזמן שהייתי רואה ומביט בכל סהפ"ו ראשונים ואחרונים הייתי חפץ להשתעשע בכל דב"ק ולתרץ כמה קושיות שהקשה מע' הרהפ"ו הי"ו, אך היום הזה שאיני כדאי לא לעיין בספרן ש"ץ ולא לחפש באמתחות הפוס' ז"ל אמינא בפה מלא דינא קא משתעי והדין עמו שהלכה כמותו ולוי זה פטור מכל תביעותיו של יששכר כמו שהעלה רו"מ נר"ו יפה דן יפה הורה והנני מסכי"ם ומערי"ב בפרט הנוגע לדין ככל אשר הורה גבר מע' הרה"פ הי"ו, כ"ד החותם פעה"ק ירושת"ו ביום ר"ח אב הנחמות יה"ל מש' אחסה בסת"ר כנפיך סלה לפ"ק:

הצעיר **יעקב שאול אלישר** ס"ט בא סי' יש"א ברכה הי"ו (מקום חותם ראש"ל) $$(ציור בספר)$$

סימן ג

את זה שלח אלי מע' תרא"נ כמהר"י אבואלעפיא יצ"ו ע"צ זה וז"ל

הן כל יקר ראתה עיני השאלה ואשר נגזר עליה מאת רב רחומאי מע' הר' המובהק אהרן קדוש ה' בכור קריה רחמנא מר דיינא ותנא תונא יצ"ו על אודות השליח שמו לוי בן ראובן שמינתה אותו אמו שליח בהרשאה למכור לה הקרקע שיש לה בעיר אחרת הכתוב בטאבו על שמה והלך השליח לאותה העיר ואחר שמצא קונה ליאודה שרצה לקנותו בסך קצוב אדביני ביני בא יששכר והוסיף לו סך מה יותר מהסך שקצב לו הקונה הראשון שהוא יאודה הנז' והשיב לוי ליששכר וכו' ושוב עמד לוי ומכר ליאודה בסך הא' הקצוב כבר ביניהם וטען עליו יששכר שלוי הבטיחו למכור לו ואמ"ל שיכין המעות ועפ"י דיבורו והבטחתו הלך יששכר להבאנקא שהיה לו מעות אצלם ותבע מהם מעותיו וכפי נימוסי הבאנקא שכל התובע מהם מעותיו תו"ז הפרעון אינם פורעים לו הריבית

שעבר והוכרח יששכר לגבות מהם הקרן שלו ע"מ שיפסיד הריבית כדי לקנות הקרקע דניחא ליה טפי בקנית הקרקע ולוי הכחישו שמעולם לא אמ"ל שיכין המעות ואפי' את"ל שבאמת הכריחו ואמ"ל שיכין המעות מ"מ לא אמרתי לך שתפסיד הריבית ואתה גרמת לעצמך וגם אני לא ידעתי שיש לך מעות בבאנקא ושנימוסם כן הוא ודיבורי ג"כ לא עביד מעשה וגם מה זה מיהרת למצא המעות היה לך להמתין וכו' את"ד השאלה, ומע' הרב הנז' הי"ו האריך הרחיב למעניתו ואסף איש טהור רוב ככל להקת הפוס' ראשו' ואח' ז"ל הם המדברים בפרט זה וסו"ד זו הלכה העלה דלוי השליח אין עליו שום חיוב מדד"ג דאינו אלא גרמא בעלמא ואפי' גרמא לא הוי, והוא לוי פטיר ועטיר מחיוב תשלומי נזקי יששכר בהפסד שגרם לו לוי הריבית להיותו מוחזק בשלו ולא מפקינן מיניה מידי כמבואר כ"ז בתשובתו הרמתה ומשם באר"ה ואותי שאל בכתידה"ק לחוות דעתי גם אני ולעשות ר"ץ חפצתי ואולם עם שאהבת עולם אהבתיו מ"מ האמת אהובה יותר ולא אכחד שעם כל אסיפתו לא ראיתי בכל דב"ק שום טעם מספיק וחזי לפו"ד לפטור ללוי מחיוב דד"ג עם היותו מוחזק וכמו שאבאר בקצר אמיץ לאפס הפנאי בס"ד: תחילה וראש כתב מר יצ"ו וז"ל הנה הוא לא פשע כלל ואין לחייבו מדד"ג ולחייב לשליח שבועה וכו' מי יימר וכו' ע"כ, ולענד"ן דאכתי חייב לישבע השליח אם הלה טוענו בריא וכנדון הרשב"א ממש וכ"כ להדיא הרדב"ז ז"ל בחדשות ח"א סי' קע"ב יעו"ש ואם בנ"ד טוענו שמא חייב לוי לקבל ח"ס ואם ידוע הדבר לכ"ע שכן הוא נימוסי הבאנקא אין בטענת לוי כלום וחייב בתש' מדר"ג וברור, עוד כתב דאפי' דנימא דאמ"ל תכין המעות אפי"ה פטור מלשלם ועיקרא דהאי מילתא וכו' ובנ"ד ליכא למקנסיה כיון שבעל המעות הוא המזיק את עצמו וכו' ע"כ, הנה מאי דנקיט מר בלישניה לשון קנס אחהמ"ר לדידן דקי"ל כהרמב"ם ומרן ז"ל דס"ל דדד"ג דינא הוא ולא קנסא דלא כריצב"א ז"ל א"כ לדידהו לא שייך לשון קנס וגם הטעם דיהיב מר משום דבעל המעות הוא המזיק את עצמו, אחהמ"ר להרמב"ם ומרן ז"ל דבפ"ו דזו"מ ובש"ע אה"ע סי' ן' דאנן קי"ל כוותיהו הרי הם מחייבים מדד"ג להכלה החוזרת בה בכל הוצאות הבעל הגם שהוא הוציא והוא הזיק את עצמו והראב"ד הוא דס"ל הכי כמ"ש מר יצ"ו ולא קי"ל כוותיה וברור, עו"כ מר וז"ל והרא"ש וכו' וכתב הרב חס"ל וכו' אתאן לנ"ד דאינו בודאי היזק עפ"י דיבורו וכו' ע"כ, ואנכי לא ידעתי איך קאמר מר דאינו ודאי היזק דהא באמת בודאי הזיקו ליששכר היזק גמור ועפ"י דיבורו נתרצה יששכר להפסיד הריבית וכיון שחזר בו ומכר לזולתו א"כ אין לך היזק ברור גדול מזה ופשוט, גם מ"ש עוד וז"ל ונ"ד לא במזיד אלא בשוגג דלא ידע שהבאנקא וכו' ע"כ, לדידי נ"ל דהגם דיהיבנא ליה כל דיליה דלא ידע ופטור מתש'

וכדס"ל לכמה וכמה פוס' ועד אחרן ליעיין מר בס' מנחת זכרון באות ד' יעוש"ב מ"מ שבועה מיהא בעי דלא ידע כשטוען שכנגדו בריא דידע א"נ בטוען שמא חייב ח"ס ואם כ"ע ידעי דכן הוא נימוסי הבאנקא אין פוטר אותו מתשלומי הפסד הריבית וכמש"ל, ומ"ש עוד וז"ל וגם לא הוי בריא היזקא כיון דלא ידע וכו' ע"כ, הרואה יראה דזוהי טענה קמייתא ועליה אנו דנין דעכ"פ שבועה מיהא או ח"ס בעי שלא ידע כנז"ל:

ומ"ש עוד וז"ל ועוד כי בנ"ד תלוי בדעת אחרים שהוא בעל המעות וכו' ע"כ, לא הבינותי דכיון דהוא הבטיחו למכור לו ואמ"ל תכין המעות א"כ מוכרח בעל המעות לקבל מעותיו ולהפסיד הריבית כדי לקנות הקרקע ולא סגי בלא"ה ולא דמי למ"ש הרמב"ן ז"ל במאמרו שכל שתלוי בדעת אחרים לא חשיב גרמי דכוונתו כמ"ש בעניותין בח"א סי' כ"ד וכמ"ש הרב מטה אהרן ז"ל ויבא לקמן בס"ד וגם ל"ד הא דנ"ד למ"ש אני עני בח"ג סי' ח' אחר החיתום דשאני הכא דעפ"י דיבורו של לוי עבד יששכר מעשה לגבות מעותיו בהפסד הריבית כדי לקנות הקרקע בסומכי נפשו שלא יחזור בו לוי מדיבורו דשא"י לא יעשו עולה וכו' וזה פשוט:

ומ"ש עוד דיכו"ל המוחזק קי"ל דהוי קנסא וכו' ע"כ, אנכי לא ידעתי מה הרווחנו בזה דהא אע"ג דנימא דהוא קנסא אכתי יש לחייבו מדין קנסא אפי' שהוא מוחזק אם לא ישבע דלא ידע ושוגג ומוטעה הוא בנימוסי הבאנקא או דלא ידע אם יש לישששכר מעות בבאנקא ומהם רוצה לקנות הקרקע, ותו דאנן קי"ל כהרמב"ן ומרן ז"ל דס"ל דדד"ג דינא דאורייתא הוא ולא קנסא כמ"ש הר' מהרח"ש ז"ל הביא דבריו הרב מנחת זכרון שם וכ"כ הר' בית יצחק דצ"ו ע"א דרובא דרבוואתא ומרן ז"ל ס"ל דדינא הוא ולא קנסא ואיך יכו"ל קי"ל כמ"ד דהוי קנסא:

ובהכי אזדא לה נמי מ"ש מר לעיל מזה דבנ"ד לא כיוין להזיק, דהא נמי ליתא דכיון דקי"ל דדד"ג דינא הוא ולא קנסא א"כ ליכא לחלק בין נתכוון ללא נתכוון בדהק' כן הר' חס"ל ז"ל ע"ד הרב אדמ"ק ז"ל בחס"ל ח"ב דקי"ד ע"ד יע"ש, ותו דלא סגי לן לפוטרו בטענה זו דלא נתכוון להזיק לחוד אלא בעינן נמי לומר דלא נתכוון להזיק אלא להנאתו מכוין וכאן בנ"ד מה שייך לומר דלהנאתו כיוין דהא מכר הקרקע בפחות ממה שנתן לו יששכר וא"כ אדרבא נהפוך הוא שמכר הקרקע ליאודה בלתי שום הנאה והא ודאי שכוונתו להזיק לישששכר דוקא וברור:

ומאי דקא יליף מר משתי תשו' הרשב"א ומתשו' הר' חוו"י ז"ל וסיים עלה מר וז"ל וקח לך ממנו לנ"ד בכל פרט ופרט ע"כ, לדידי ל"מ דמתשו' הרשב"א אין ראיה לנ"ד כלל דהוא ז"ל אזיל בשיטת ר"י והתוס' והרא"ש ז"ל דמחלקי מגרמי לגרמא ומצרכי ד' תנאים

לחייב בדד"ג לא כן אנן בדידן דקי"ל כהרמב"ם ומרן ז"ל דס"ל דאין חי' מגרמי לגרמא דבכולהו מחייבי ולא בעו כל הד' תנאים שכתב ר"י והרא"ש וכמ"ש הסמ"ע ברס"י שפ"ו ומור"ם בתשו' סי' ע"ח הביאה הכנה"ג בסי' שפ"ו וכ"כ כמה וכמה פוס' ועד אחרן הר' מנחת זכרון שם והרב חיי עולם בדרוש ב' לפ' בראשית יעש"ב א"כ הגם דנימא דנ"ד אינו אלא גרמא יש לחייבו ללוי בתשלומי נזקו דישששכר כיון דבריא היזקא הוא כשעבר על דיבורו ומכר לזולתו:

גם מ"ש עוד וז"ל עו"כ החוו"י וז"ל וכו' ומכ"ש בנ"ד דהוא מוחזק ע"כ, גם זה אינו לע"ד דשאני הכא דעשה מעשה חשיב דדיבורו של לוי חשיב מעשה כמ"ש החוו"י ז"ל עצמו לעיל מזה והביאו רו"מ בשמו ולקמן אבאר דכ"כ הרדב"ז ז"ל והביא ראי' ממוכר שט"ח וחזר ומחלו כמש"ל בס"ד:

ומאי דאייתי בידיה דברי הש"ך דבסי' שפ"ו לקמן אבאר אי מצי המוחזק לטעון קי"ל כהש"ך במ"ש בדעת מרן ז"ל:

ומ"ש ממ"ש הש"ך לס' ריצב"א ז"ל כבר מילתא אמורה דקי"ל כהרמב"ם ומרן ז"ל דס"ל דרד"ג דינא הוא ולא קנסא כנז"ל:

גם מאי דיליף מר מתשו' מהרשד"ם דבסי' של"ב וסי' ת"ס וסיים עלה מר וז"ל אשר משם תורה יוצאה בהינומא לנ"ד וכו' ע"כ, לדידי לא שמה מתייא כלל אחר דקי"ל כהרמב"ם ומרן ז"ל ואין חי' מגרמי לגרמא כל שההיזק בריא כגוונא דנ"ד כמש"ל וס' הבהיר קצות החושן ח"ב אינו נמצא אצלינו למען דעת היעמדו דבריו ז"ל בד' הרמב"ם ומרן ז"ל דלכאורה איכא למיקם טובא מכמה דינים שפסקום הרמב"ם ומרן ז"ל בסי' שפ"ו לחיובא הגם דאינם אלא גרמא לשיטת ר"י והרא"ש ודעימיה ז"ל דמחלקי מגרמי לגרמא ולקמן בס"ד אעמוד בזה ומשם באר"ה:

ומאי דרמי ומק' מר יצ"ו מתשובת הרשב"א דבח"ג סי' ק"ז ולמ"ש הכנה"ג בסי' שפ"ו אות י"ג, איני רואה ריח קו' כלל אם לא שנאמר שכיוין מר לקו' הרב מנחת זכרון שם דכ"ב ע"א יע"ש וע"ע להרב בני בנימין ח"ב סי' י"ב מ"ש בזה יעו"ש:

גם מ"ש ע"ד רש"י ז"ל ע"ע בס' מנחת זכרון שם מ"ש בזה ובפוס' שציין שם:

עו"כ וז"ל ואקחך אל מקום אחר וכו' ובנ"ד ליכא כל הני מילי ע"כ, אנכי הרואה דנ"ד דמי ממש למ"ש הרמב"ן ז"ל דכל הגורם ומחמת גרמתו בא לחבירו היזק שאי אפ' אלא באותו היזק ואינו תלוי בדעת אחרים אלא בשעה שגרם בא ההיזק או עתיד לבוא כגון זה מחייב ר"מ ונקרא בריא היזקא ע"כ, ונ"ד דכוותה ממש שמחמת הבטחתו שאמ"ל תכין המעות ובא לחבירו היזק כשמכר לזולתו ואי אפ' לגבות מעותיו אלא באותו נזק

וגם אינו תלוי בד' אחרים אלא בדעת עצמו של המוכר שמכר לזולתו א"כ הו"ל בריא היזקא גמור כאמור וכמדובר:

עו"כ וז"ל ואלכה לי וכו' תשוב תראה וכו' ולדידן טע' ריצב"א הוא משום קנס וכו' בנ"ד ליכא למיקנסיה כיון שבעל המעות הוא מזיק את עצמו עכ"ל, הנה כבר כתבתי דזוהי ס' הראב"ד ז"ל דפליג ע"ד הרמב"ם בפ"י דזו"מ מטע"ז גופיה ואנן קי"ל כהרמב"ם ומרן באה"ע סי' ן' דפליגי וא"כ גם לדעת ריצב"א ראוי למיקנסיה בנ"ד ומה גם דאנן קי"ל כהרמב"ם ומרן ז"ל דס"ל דדינא הוא ולא קנסא וכמדובר:

גם מתשו' התה"ד ז"ל לא שמה מתייא דגם הוא ז"ל אזיל בשיטת ר"י והתוס' והרא"ש דמחלקי בין גרמי לגרמא ואנו אין לנו אלא דעת הרמב"ם ומרן ז"ל כנז"ל:

עו"כ וז"ל ראה תראה וכו' והיינו ממש כנ"ד וא"כ יכול המוחזק לומר קי"ל ופטור ע"כ, וליתא דאנן קי"ל כהרמב"ם ומרן ז"ל ולא מצ"ל קי"ל דלא כוותיהו, עו"כ וז"ל תשוב תראה וכו' ע"כ, לא ידעתי כוונתו בזה כלל, עו"כ וז"ל אציגה נא וכו' ואתה תחזה מכל האמור לפטור בנ"ד המשולל וכו' ע"כ, ולפי האמור ליתא דקי"ל כהרמב"ם ומרן ז"ל דמחייבי אפי' בגרמא כל שהוא בה"ז כנ"ד וכמדובר. עו"כ וז"ל ומצאתי עוד טעמא רבה לפטור בנ"ד וכו' ומ"מ לגבי המוחזק אין מי שיוכל להוציא מידו כיון שבעה"ת וכו' כנראה דס"ל שוויה והטור פ' כהראב"ד וגם מרן בש"ע סכ"ג פסקה וכו' עכ"ל יצ"ו, ולא ראה דכמה דיות נשתפכו בזה בפוס' ז"ל מלבד הר' חיי עולם שהזכירו כת"ר דאסיק דלא כמ"ש מר כיעו"ש:

עוד ליעיין מר בתשו' הר' נכח השלחן אה"ע סי' י"ג ובתשו' הר' בני בנימין ח"מ סי' י"ב ובהר' מנחת זכרון שם ע"ע הלא בספרתם ומהם יראה דאין מקום לפטור המוחזק בנ"ד כלל וכמשי"ר המעיין. גם מ"ש לתשו' הרמב"ם לחכמי לוניל עי' להר' מנחת זכרון שם מ"ש בזה, גם מ"ש עוד וז"ל גם מהרמב"ם ח"ב בפי"ג מה' מ"א וכו' אשר מזה מוכח דדוקא במכוין להזיק הוא דחייב ושו"ר שכבר קדמו בזה הר' מחנ"א ז"ל וכו' ע"כ, ליעיין מר מ"ש על דבריו ז"ל הרב מ"ז והר' נוכח השולחן והר' בני בנימין שם:

גם משה"ק מר ממ"ש הרמב"ם בהל' חובל ושלא מצא מי שנרגש מסתירת ד"ק עכ"ל יצ"ו, לדידי איני רואה שום דבר סתר לו דבהל' חובל פליג הרמב"ם והראב"ד היכא דאינו מתכוין להזיק רק להנאת עצמו דלהרמב"ם במזיד חייב ולהראב"ד פטור ובה' מ"א מיירי היכא דאינו מתכוין להזיקו לאסור יינו וגם לא כיוין להנאת עצמו רק כגון שהוא שוגג או מוטעה דבנגיעתו ביין לא מיחייב בתש' אבל בשאר נזיקין חייב דקי"ל אדם מועד לעולם וכו' כמ"ש מרן ז"ל שם בה' מ"א בכ"מ יע"ש וע"ע להר' שער יאודה ז"ל דס"ג ע"ג מ"ש

ע"ד המחנ"א ז"ל ודחה דבריו ועי' בה"ר בני בנימין ז"ל שם ובזה סרה מהר תלונתו ע"ד הכנה"ג או הגד"ת דמדוע לא נרגש מהסתירה דמיניה וביה וכמובן, ומאי דחי' מר יצ"ו מסברתו ומר הוא דאמר דלעולם אימא לך וכו' ולפי"ז יוצא לנו דגם בדין דמאכ"א אם כיוין להנאתו ג"כ שרצה לשתות וכו' דחייב לשלם תמהני טובא דא"כ אמאי הרמב"ם שם לא נקט רק עכו"ם שנגע ביינו של ישראל דרבותא הול"ל אפי' שתה ממנו ג"כ חייב לשלם כיון דנאסר היין על ידו, ותו גם בכיוין להנאתו לשתות חייב א"כ אמאי לא השיגו הראב"ד שם כדהשיגו בהל' חובל, וזה ג"כ ק' על דברי הר' שער יאודה ז"ל הנ"ל כמובן הילכך מחוורתא כדכתי' בעניותין דבה' מ"א לא איירי כלל בהיכא דמתכוין להנאתו ואנה"נ דהיכא דמתכוין להנאתו גם כן לשתות ויודע דעי"ז נאסר היין דחייב אלא דבהא לא איירי התם רק דין זה נלמד ממ"ש בה' חובל ולכן לא השיגו הראב"ד שם בה' מאכ"א אנא איירי בשוגג ומוטעה כנז"ל וכ"כ הר' בני בנימין ז"ל שם דכ"ט ע"ד יעו"ש וברור. ומ"ש עוד דיכול המוחזק לו' קי"ל כהראב"ד וכו' ע"כ, ליתא לדידן דקי"ל כהרמב"ם ומרן ז"ל דמחייבי היכא דחזרה בה הכלה דחייבת לשלם לבעלה כל ההוצאות שלו הגם שלא נתכוונה להזיק רק להנאת עצמה דאין סברא לומר דלא נתכוונה רק להזיק לבעלה וכמ"ש הר' נוכח השולחן באה"ע סי' י"ג לקרב הדעות כיעו"ש דכל כי הא לא משכחת לה בעולם שתהיה הכלה הופכת את פניה מבעלה להזיקו מבלי שום הנאה לעצמה דלאו בשוטים עסקינן וזה פשוט, ותו דכבר הוכחנו לעיל דבנ"ד לא הוי להנאת עצמו דאדרבה הזיק את עצמו ג"כ כשמכר ליאודה בפחות ממה שקצב לו ישכר ובזה גרם ג"כ נזק והפסד ממון לישש שכר שהפסידו הריבית כנז"ל, ומה גם דהר' חיי עולם בד"ט ע"ב העלה דליכא מי שסבר כן כ"א הטור לבד יעש"ב, וע"ע להר' מנחת זכרון ז"ל שם ד"ל ע"ב מ"ש בזה ולענד"ן דמסייע להו ההוא דינא דחייבו הרי"ף והרמב"ם ומרן ז"ל להכלה החוזרת בה לשלם לבעל כל הוצאותיו מדד"ג הגם דחזרתה אינה אלא להנאת עצמה ולא נתכוונה להזיק כנז"ל ועכ"ז חייבת בתש' מדד"ג, ומ"ש מרן בח"מ סי' ס"ו בסתם כס' הטור ז"ל לא תידוק מינה דהכי ס"ל למרן ז"ל דכל דמכוין להנאתו פטור דהא ודאי ליתא כיון דבש"ע אה"ע סי' ן' מבואר דס"ל דאף דמכוין להנאתו חייב כדס"ל להרי"ף והרמב"ם שהם תרי עמודי ההוראה א"כ מוכרח דהתם בח"מ סי' ס"ו ס"ל למרן כי"א בתרא דאייתי התם דס"ל דאף לעצמו מוחל הגם דקי"ל בעלמא בד' מרן בסתם וי"א דהל' כסתם הכא שאני דבתר הכי גילה דעתו מרן ז"ל באה"ע סי' ן' הנז' ובסי' ק"ה פסק בפשי' דגם היורש יכול למחול לעצמו יעו"ש וזהו כס' י"א שכתב בסי' ס"ו בח"מ הפך הסתם וכן הוכיח במישור הר' בני בנימין סי' י"ב מסי' ק"ה הנז' וידוע דש"ע אה"ע חיברו מרן

ז"ל בתר ש"ע ח"מ כמ"ש הר' צדק ומשפט ז"ל כיעו"ש, ולא תידוק מינה דס"ל למרן דכל היכא דמכוין להנאתו פטור די"ל כמ"ש הסמ"ע שם דגם לדיעה אחרונה חייב לשלם מה שנתן לוקח אעפ"י שאין כוונתו להזיק וכן כתב הש"ך ז"ל שם סקכ"ב דלדינא כ"ע חייב לשלם ללוקח כל החוב מדד"ג יע"ש, אלא דבדעת מרן פליג הש"ך ע"ד הסמ"ע כיעו"ש, ולא ירדתי לסו"ד הש"ך ז"ל דמאחר דס"ל למר דלכ"ע חייב מדד"ג אפי' שאין מתכוין להזיק רק להנאתו כמ"ש בס"ק כ"ב אם כן אמאי נייד ממ"ש הסמ"ע דגם מרן הכי ס"ל לחייב ומה גם דהכי מבואר דעת מרן באה"ע סי' ן' כנז"ל, ואני תמיה ע"ד הר' בני בנימין ז"ל שם סי' י"ב דלא זכר שר מ"ש מרן אה"ע בסי' ן' ואסיק הוא ז"ל בד' מרן דכל היכא דמכוין להנאתו פטור ומכח זה דחה לדברי הר' פרה"א ז"ל והוא פלא וגם לא ראה הר' ב"ב ז"ל דגם הח"מ והב"ש ז"ל בסי' ק"ה ס"ל בפשי' כהסמ"ע דאף דהיורש יכול למחול לעצמו מ"מ חייב לשלם ללוקח מדד"ג יע"ש, ועם דהר' נוכח השלחן ז"ל סי' י"ג הנ"ל ס"ל בד' מרן דפטור היורש כיון שמתכוין להנאתו ודחה דברי הח"מ והב"ש דבסי' ק"ה ואסיק דלא כהסמ"ע והח"מ והב"ש ז"ל וכל חיליה דמר משום דמלשון מרן מסי' ס"ו מורה דלדיעה ב' פטור מכולם ומכח זה הסכים דהיותר נראה כד' הש"ך דפטור מכולם עיש"ב, ולענד"ן דאין מלשון מרן שום הכרח דשפיר י"ל כמ"ש הסמ"ע דלדיעה קמייתא דאינו יכול למחול חייב לשלם כל החוב ולדיעה ב' אינו חייב לשלם אלא מה שקבל דוקא דהשאר הוא מניעת הריוח ואינו מתחייב מדד"ג במניעת הריוח כמש"ל בס"ד וגם מה שקבל דחייב לדיעה ב' אינו אלא מדד"ג ולא דסבר מרן דלדיעה ב' פטור בלא כלום ופשוט. עו"כ מר וז"ל עוד זאת אחרת דגם הרמב"ם אזיל ומודה היות שהוא נתכוון לטובת בעל המעות וכו' ע"כ. והם דברים תמוהים דאם היה לוי דנ"ד מקיים דיבורו והיה מוכר לו הקרקע והלה טוען עליו שהפסידו רבית מעותיו הא ודאי דטענינן ללוי שלטובתו נתכוון ברם השתא הכא דעבר על דיבורו ומכר ליאודה בזול היכי מצי למטען דלטובתו נתכוון דשקליה לטיבותיה לגמרי אחר שמכר לזולתו וזה ברור:

ומ"ש דנ"ד לא בריא היזקא, לא כן אנכי עמדי דודאי כשחזר בו מדיבורו ומכר לזולתו אין לך בריא היזקא ג"מ, ומ"ש שהדבר ברור שלא ידע וכו', הנה עכ"פ שבועה או ח"ס מיהא בעי כמדובר, ומ"ש דאנן בעי' נתכוון להזיק וכו' ע"כ, לענ"ד נראה ברור כהרמב"ם ומרן ז"ל בההוא דינא דבאה"ע סי' ן' בדין חזרה בה הכלה מוכח דס"ל דאפי' לא נתכוונה להזיק חייבת מדד"ג וכנז"ל וכן מבואר יוצא מדברי מרן בכ"מ בפי"ג מה' מ"א כמש"ל וע"ע לקמן מ"ש עוד בזה:

עו"כ וז"ל אתאן לתשו' המכת"ל וכו' עסה"ל, ואני עני בקשתי ומצאתי שכ"כ הר' כנה"ג סי' שפ"ו הגהט"ו אות צ"ד יע"ש ובודאי דעל לשון זה כיוין המכת"ל ובכן אין צורך עוד לידחק ולהגיה בדב"ק כלל ובפרט מה שהגיה רו"מ אפי' במזיד פטור זה א"א לאומרו כיון דהרמב"ן ס"ל דדר"ג דינא הוא ולא קנסא ואיך יכו"ל דאפי' במזיד פטור ומאי דסיים עלה המכת"ל ואמר וטעמו ונימוקו עמו וכו' אינו אלא למ"ד דד"ג קנסא הוא ולא דינא דבזה בשוגג פטור דלא קנסינן שוגג אטו מזיד אמנם לס' הרמב"ן דדינא הוא ולא קנסא אין חי' משוגג למזיד דחייב בזה ובזה וכמ"ש הרמב"ן שם דק"ב ע"ב ופירוש אפי' בשוגג דקאמר היינו ר"ל דאפי' בדד"ג בשוגג פטור כיון דקנסא הוא ולא דינא וכ"ן שכן הבין החס"ל דקכ"א ע"ב יע"ש, א"ן כדכתב מר בדברי הרמב"ם דלא מיבעייא דבאונס פטור אלא אפי' בשוגג ולא ידעתי אמאי נייד מר מלומר כן גם בד' הכנה"ג והמכת"ל ומה גם דלהרמב"ם א"א לומר כן כלל דהא הרמב"ם ומרן ז"ל ס"ל דדד"ג דינא הוא ולא קנסא כדכ' מהרח"ש והר' בית יצחק והר' מנחת זכרון וכנז"ל ומ"ש הרמב"ם בה' חובל אינו אלא בהיזק שא"נ דהתם הוא דס"ל דפטור באונס ובשוגג וכדס"ל להרמב"ן שם בדקי"ב וקי"ג ואילו הר' כנה"ג והמכת"ל איירי בהיזק ניכר וברור. עו"כ וז"ל ושו"ר להר' מחנ"א וכו' ע"כ, ולא ראה שהר' שער יאודה והר' נוכח השולחן דחו ראיותיו והניחו ד"ק בצ"ע יעו"ש, ומ"ש עוד וז"ל ומ"מ לגבי המוחזק וכו' עסה"ל, כבר כתיבנא דבנ"ד לא שייך לומר דלהנאת עצמו כיוין דאדרבא הפסיד ההוא טופיינא דאוסיף ליה ישששכר ותו דמה הנאה י"ל אם ימכור ליאודה או ליששכר וא"כ כל מ"ש מר בזה לא ניתן ליאמר בנ"ד וכמדובר, ומה שאסף וקבץ מר יצ"ו סברות הפוס' ז"ל וסיים עלייהו מר וז"ל ובנ"ד הוא לא עשה כלום וכו' עסה"ל, אנא דאמרי דכ"ז אינו אלא לאתרייהו דתפסי דגל הקי"ל משא"כ אנן דקבלנו הוראות הרמב"ם ומרן ז"ל דאף דהוא לא עשה מעשה ההיזק אלא הניזק הוא דעבד מעשה וכגון ההוא דינא דחזרה בה הכלה והבעל הוציא הוצאות ועכ"ז חייבת לשלם מדד"ג וגם ס"ל להרמב"ם ומרן דאין חי' מגרמי לגרמא וגם ס"ל דדד"ג דינא הוא ולא קנסא וגם הדין מבואר דהדיבור הוא כמעשה בדד"ג כמ"ש הר' כנה"ג בסי' שפ"ו אות משם הרדב"ז ז"ל וכ"כ הר' חוו"י ז"ל והביא דבריו מר יצ"ו וראייתם מדין המוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו כמ"ש הרדב"ז ז"ל, וגם מ"ש מר דבנ"ד מכ"ש דבשעה שאמ"ל להכין המעות לא עשה מעשה ופסקיה לגיריה ע"כ, לא הבנתי מאי שייכות לומר בנ"ד פסקיה לגיריה דלא אמרינן הכי בש"ס אלא בזורק כלי וכו' וגם מעשה המכר שמכר לזולתו ועבר על דיבורו בה שעתא נעשה ההיזק וז"ש הפוס' דגם היזק העתיד לבא הוי היזק גמור כידוע, ומ"ש עוד דבנ"ד לא הו"ל לאסוקיה אדעתיה וכו' ע"כ, כבר הקדמנו

דעכ"פ שבועה או ח"ס מיהא בעי, ומ"ש עוד וז"ל גם שם הבי"ד מהריק"ו שו' קל"ג וכו' ע"כ, לא ראה תשו' הר' בירך משה גלאנטי ז"ל סי' ה' ותשו' הר' בני בנימין והר' קרב אי"ש ח"א סי' כ"ט דעפ"י דבריהם אין מקום למילף מתשו' מהריק"ו ז"ל הנז' ובפרט לפימ"ש הר' משל"מ ז"ל בד' מוהריק"ו ז"ל ואכמ"ל בזה, ומ"ש עוד וז"ל ומה גם דהוא המוחזק ויכו"ל קי"ל כהרא"ש וכל האח' הפוס' כרבה וכו' ע"כ, אתמהא טובא דאיך יאמר קי"ל נגד הרי"ף והרמב"ם ומרן ז"ל דפסקו דלא כהרא"ש ודלא כרבה והוא פלא, ומ"ש עוד וז"ל והחס"ל סי' י"ט פטר בנדונו משום שלא נתכוון להזיק במזיד וממנו נקח לנ"ד וכו' ע"כ, הנה מלבד דבאתריה דמר החס"ל נמי תפסי דגל הקי"ל ומשו"ה פטריה הר' ז"ל עוד זאת דבנ"ד ודאי כשחזר בו מדיבורו המוכר ומכר ליאודה בפחות אין לך נתכוון להזיק במזיד גדול מזה, ומ"ש עוד דנ"ד עדיף שהוא עפ"י הדיבור כבר הוכחתי דבדד"ג הדיבור הוא כמעשה כנז"ל, ומ"ש עוד משם הר' אדמ"ק ז"ל ח"ב סי' ד' דאפי' להרמב"ם דמחייב גם בגרמא אינו אלא במתכוין להזיק וכו' ע"כ, הנה מלבד מה שהק' עליו החס"ל והר' מנחת זכרון ז"ל שם עוד זאת פסק הרי"ף והרמב"ם ומרן ז"ל דבאה"ע סי' ן' ומ"ש מרן בכ"מ בפי"ג מה' מאכ"א הנז"ל הוו תיובתיה דהר' אדמ"ק ז"ל וכמובן:

גם מאי דיליף מר מד' החס"ל וכתב וז"ל אשר מזה ניקח גם לנ"ד דלאו היזק ניכר הוא ולאו מזיד הוא וכו' עכ"ל, תמהני איך הפה יכו"ל דלאו היזק ניכר הוא דהא אין לך היזק ניכר גדול מזה שהפסיד הריבית וחסריה ממונא וגם אין לך מזיד גדול מזה שמכר הקרקע לזולתו ולא קיים דיבורו לישמכר בלי שכר וקנאה ובשאט בנפש ובפחות כנז"ל, גם מאי דיליף מר מתלת תשו' דמרן מהרח"ף ז"ל בחקק"ל ח"מ ח"ב, לענד"ן דאין מהם שום ראיה לפטור בנ"ד דמ"ש בסי' ל"ג דהדבר בא ממילא וכו' לא דמי לנ"ד דלוי עשה מעשה המכר לזולת במזיד ובפחות ובודאי שאין כוונתו רק להרע לישמכר דוקא, גם ממ"ש בסי' ל"ד ליכא שום ראיה לנ"ד דשאני התם דמצי טעין שהוא לטובת בעל המטבע לא כן הכא בנ"ד כשמכר לאחרים שקליה לטיבותיה לגמרי והזיקו בדיבורו הקודם וכמדובר, גם ממ"ש בסי' ט"ל יש לדחות דשאני התם לא כיוין להזיק לשוכר הא' וכל כה"ג הדין נותן דפטור כיון דכל כוונתו רק להשתדל בעד עצמו שלא ינזק וכ"כ הר' נוכח השולחן באה"ע סי' י"ג דט"ו ע"ג דכל שהוא חושש מלינזק אין לו לחוש מהנזק המגיע לחבירו ופטור מדד"ג והביא ראיות ע"ז יעש"ב וכולהו שייכי גם בנדון מהרח"פ ז"ל דסי' ל"ט הנז' ולא שייכי בנ"ד כלל וכמדובר, גם מאי דיליף מר יצ"ו ממ"ש הפרה"א ז"ל וסיים עלה מר וז"ל וא"כ בנ"ד שלא באו לידו כלל כי אם בעל המעות הוא המזיק את עצמו פשוט וברור דאין לחייבו כלל ע"כ, וכבר הוכחתי דזוהי ס' הראב"ד בפ"ו מהל' זו"מ ואנן קי"ל

כהרי"ף והרמב"ם ומרן ז"ל באה"ע סי' ן' כמש"ל ואין זה ענין למ"ש הפרה"א ז"ל וברור, ומ"ש עוד וז"ל ובפרט למ"ש לוי דהי"ל להמתין עד בא ז"פ וכו' ע"כ, לדידי אינה טענה כלל דנתיירא ישששכר שאם ימתין מלגבות מעותיו עד ז"פ לא ימתין לו לוי מלמכור לו הקרקע ולכך ניח"ל לישששכר להפסיד הריבית בההיא הנאה שיקנה הקרקע מלוי והא קמן דאפי' גבה מעותיו והפסיד הריבית ולא המתין עד ז"פ עכ"ז עמד לוי ומכר לזולת וכ"ש אם היה ממתין יותר דלא היה ממתין לו לוי שלא למכור הקרקע ומן הפעולות יוודעו הכחות ופשוט, עו"כ וז"ל אשרי וכו' עד כ"ש כשבא ע"י שהוא הזיק את עצמו וגם דהוי להנאתו וכו' ע"כ, וכבר נתבאר דלוי עשה מעשה רב להרע לישששכר שמכר לזולתו ועבר על דיבורו הגם דישששכר הזיק עצמו מ"מ הרי לוי הוא הגורם לו והוא מתחייב מדד"ג כמ"ש מרן באה"ע סי' ן' וכנז"ל, ומ"ש דגם הוי להנאתו, כבר נדחו דבריו אלו לעיל דכיון דמכר לזולתו במזיד בלי שום הנאה ואדרבא בפחות הרי נאבדה הנאתו והוברר הזיקו לישששכר במה שגרם להפסיד הריבית אדעתא לקנות הקרקע כמדובר ומ"ש עוד וז"ל וכ"ש לפי"ד לוי שלא אמ"ל כלום ע"כ, הא ודאי דכל האמור אינו אלא במונח שאמ"ל תכין המעות אך אם טוען שלא אמ"ל כלום אין עליו חיוב תש' מדד"ג רק שבועה או ח"ס וכמדובר, ומאי דיליף תו מר ממ"ש הפרה"א ז"ל ח"ב די"ט ע"א וסיים עלה מר וז"ל וכ"ש בנ"ד שלטובה נתכוון שיהיו המעות מוכנים בידו בכדי למכור לו תו"מ וכו' ע"כ, הנה זה סותר הקודם שטען לוי שהיה לו להמתין וכו' כנז"ל ועוד הניחא אם היה מקיים לו דיבורו ומוכר לו ברם השתא הכא דעבר על דיבורו ומכר לזולתו אפי' שהכין המעות תו"מ הא שקליה לטיבותיה לגמרי ופשוט, ובזה נדחה נמי מאי דקא יליף תו מתשו' מהרש"ך ז"ל וכמדובר:

ומ"ש עוד וז"ל ולעילא מן כל וכו' ע"כ, כבר כתיבנא דשאני אתרי דתפסי דגל הקי"ל מאתרי דידן דאתכא דהרמב"ם ומרן ז"ל סמכינן וא"כ אין ראיה לנ"ד מתשו' הרפ"מ ומהרש"ך ופרמ"א ז"ל דאינהו תפסי דגל הקי"ל כידוע, וגם ראיתו מד' הפרמ"א היכא דהנזק בא ע"י שניהם וכו', לענד"ן דנ"ד שאני דכיון דלוי הבטיחו א"כ מוכרח ישששכר לגבות מעותיו ע"מ להפסיד הריבית בסומכי נפשו ע"ד לוי וכשעבר לוי על דיבורו ומכר לזולתו נמצא למפרע דהוא הסובב והגורם בנזק ישששכר ואין אחר עמו כלל וברור, גם מאי דיליף תו מד' הש"ך ז"ל דיש לפטור מט' גד"ג לדבר הזה יסלח דבודאי נ"ד לא הוי אלא גורם דוקא ולא גורם דגורם וא"ק להאריך בזה שכבר נתבאר ביטול גורם דגורם ממש"ל, גם מאי דאייתי תשו' הר' מש"ש ומהר"ש הלוי ז"ל ל"ד לנ"ד וכמדובר גם מאי דיליף מד' המאירי ז"ל היכא דגם כח אחר מעורב וכו' גם זה ליתא לענ"ד דלא חשיב

בעל המעות דנ"ד כח אחר כיון דהוא מסתמיך ואזיל עפ"י דיבורו כנז"ל ומ"ש המאירי כח אחר מעורב היינו כמ"ש הר' בני בנימין ז"ל שם דכ"ט ע"ג לתרץ בעד הראב"ד ז"ל יעו"ש וברור, ומאי דאייתי מתשו' הר' פנים מאירות והשבו"י ז"ל דפליגי היכא שאין כונתו להזיק, ל"ד לנ"ד כלל דהתם עכ"פ להנאת עצמו מכוין ברם הכא מלבד דלית ללוי שום הנאה כשמכר לזולתו עוד זאת אדרבא הפסיד עצמו במוכרו לזולתו, ותו דכבר כ' מ"ש מרן בכ"מ בפי"ג ממאכ"א דכתב להדיא דלמאי דקי"ל אדם מועד לעולם אין חי' ממתכוין להזיק לאינו מתכוין להזיק דבכל גוונא חייב מדד"ג וע"ע בפ"ת סי' רצ"ב וגם בנ"ד לוי הזיקו לישׁשכר בקו"ע שמכר לאחרים ולא לו וברור, תו חזיתיה למר שהאריך הרחיב להביא ראיות מדיני שבת דהדיבור לא חשיב מעשה בכל ענין ולדידי נ"ד חשיב מעשה גמור שמכר לזולתו בקו"ע ונמצא הזיק לישׁשכר למפרע בהפסד הריבית ודיבור כה"ג חשיב מעשה כדמוכח להדיא מתשו' מהר"מ מינץ ז"ל סי' ט"ל הבי"ד הכנה"ג בסי' שפ"ו אות נ"ג בראובן שאמר לשמעון שאם יתן לו הבית שהוא דר בו יעשה בן עירו לשאת בעול העיר ואמ"ל שמעון שיתנהו לו ועפ"י דיבורו הלך ראובן ונתפשר עם אנשי העיר ונעשה בן עיר ואח"ך חזר בו שמעון ולא רצה לתת לו הבית דאעפ"י דראובן מוצא לשכור בית אחר באותה העיר אם אינו רוצה לבוא אם לא יתן לו שמעון הבית חייב לשלם לראובן כל הנזק שגרם לו וכו' עכ"ל, הרי להדיא שאפי' בדיבור לבד של שמעון ומעשה הפשר לא היה על ידו רק ע"י ראובן עצמו עכ"ז אם חזר בו שמעון מדיבורו חייב לשלם לראובן כל היזק שגרם לו בדיבורו מדד"ג ונד"ן דכוותיה ממש וכבר הקדמנו דכ"כ הרדב"ז הבי"ד הכנה"ג והר' חו"י ז"ל דגם בדיבור חייב מדד"ג וכ"כ עוד הרדב"ז בח"ג סי' תשנ"ט יעו"ש:

גם מ"ש משם הרב מים החיים ז"ל שכ' דלא נעלם ג"כ דהל' פסוקה דגרמא בנזיקין פטור וכו' ע"כ, ליתא לדידן דקי"ל כהרמב"ם ומרן דלא מחלקי מגרמי לגרמא ובכולהו ס"ל דחייב כנז"ל, ומ"ש עוד וז"ל וא"כ כ"ש וק"ו לנ"ד דבדיבורא בעלמא לא יתחייב ע"כ, כבר נתבאר דאפי' בדיבורא בעלמא מתחייב מדד"ג, ומ"ש וז"ל ובפרט למאן דס"ל בזרק כלי וכו' ע"כ, תמיהני היכי מייתי ראיה לפטור בנ"ד ממ"ש מור"ם ז"ל כיון דדעת הרמב"ם ומרן אינו כן והוא פלא, גם מאי דיליף במכ"ש לנ"ד ממ"ש הר' חס"ל דקט"ו ע"ב, הרואה יראה דלא כתב הרב כן אלא כדי לחלק מגרמא לגרמא דאית מנייהו דמחייב בהו הרמב"ם ואית מנייהו דפטור בהם אך בגרמי ממש אין מקום לחלק ביניהם, ולדידי נראה ברור דנ"ד חשיב גרמי כנדון מהר"מ מינץ ז"ל ולא גרמא כיון דמכר לזולת ישׁשכר

במזיד ועבר אדיבורו והוי בריא היזקא גמור דתכף שמכר לאחרים מיד נעשה ההיזק למפרע ולא גרם הניזק לעצמו שום נזק כלל וברור:

עוד העתיק רו"מ מ"ש הכנה"ג סי' שפ"ח בדין מוסר, ולדידי ברור דאין זה מענינינו דאנן עסקינן בדד"ג כיון דהוי בריא היזקא גמור ואפי' נימא דנ"ד אינו אלא גרמא הא קי"ל כהרמב"ם ומרן דס"ל דאין חי' מגרמי לגרמא דגם בגרמא חייב כיון דבריא היזקא הוי ואין זה ענין למסור וברור, ומאי דיליף מר ממ"ש מרן החבי"ף ז"ל בחקק"ל דקמ"א ע"ב, אנכי הרואה דאדרבא משם ראיה לחייב בנ"ד כמשי"ר המעיין וגם מתשו' הר' הנז' סי' מ' משם ראיה לחייב בנ"ד דחשיב לוי מזיק בידים והגם דהגאון החק"ל ס"ל דלא חשיב מזיק בידים להוציא מהמוחזק מ"מ עכ"פ לא נפיק מדד"ג לחייבו לדידן דלא תפסינן דגל הקי"ל ולפחות מידי גרמא לא נפיק וחייב בתש' לדידן דקי"ל כהרמב"ם ומרן ז"ל כנלע"ד ברור, ומ"ש עוד דעפ"י מ"ש אני עני בח"א סי' כ"ד והר' החרי"ף נר"ו שם תורה יו"ב דכולם פטורים ובפרט דנ"ד לאו בריא היזקא, כל לגבי דידי אין לך ברה"ז גדול מזה ולא דמי למ"ש בעניותין שם לכל ישר הולך, תו חזיתיה למר שעמד בנ"ד אם יהיה לוי חייב בתש' מדין מזיק שש"ח, ולדידי האריכות בזה אך למותר שכבר הוכחתי במישור אנא עניא בסה"ק פנ"י ח"ב מדקי"א ואילך דמרן ס"ל לפטור המזיק שש"ת יעוש"ב, באופן דלענד"ן ברור לדידן דקי"ל כהרמב"ם ומרן דלא מחלקי בין גרמי לגרמא כמ"ש הסמ"ע ומור"ם ושאר כל רבני האחרונים ז"ל א"כ הגם דנימא דנ"ד אינו אלא גרמא הוא מתחייב לוי דנ"ד בתשלומין ומה גם דלדידי נר' חשיב שפיר גרמי כיון דבריא היזקא הוי וכמדובר, והגם דהר' מטה אהרן ז"ל בח"א דס"ג ע"ד אוקי דעת הרמב"ם ומרן ז"ל כד' הרמב"ן ז"ל אשר במאמרו דס"ל דזה הכלל דכל הגורם ומחמת גרמתו בא ההיזק שא"א אלא באותו נזק ואינו תלוי בדעת אחרים אלא בשעה שגרם בא ההיזק או שהוא עתיד לבוא כגון זה מחייב ר"מ ונקרא בש"ס בריא היזקא ובכל גרמא דחסר אחד מתנאים הללו פטרי גם הרמב"ם ומרן ז"ל, ועפי"ז דן ידין לנ"ד שהפ' אטור של שמעון עיכב ולא פרע וגרם היזק לראובן ששללו שוללים את השיירא דודאי דמי להנך גרמא בנזקין דפטירי גם להרמב"ם ומרן שהרי הכא בגרמתו זאת שעיכב ולא פרע בזמנו אינו הכרח שיגיע לו היזק בודאי שהיה תחת האפשר שלא יבואו שוללים אל השיירא ואנן בעינן שיהיה בודאי מחמת גרמתו יבא ההיזק שא"א אלא באותו נזק ועוד דהכא ההיזק תלוי בדעת אחרים השוללים שהיה אפשר שלא יעשו נזק ובודאי דכל כהאי פטיר גם לדעת הרמב"ם ומרן אתד"ק יעש"ב, מ"מ אין ללמוד מזה לנ"ד לפטור ללוי ונאמר דגם בנ"ד היה תחת האפשר שלא ינכו מישששכר הבאנקא ריבית מעותיו ואינו בודאי שמחמת גרמתו של לוי יבא הנזק

לישׁשכר וגם דבר זה תלוי בד' אחרים בעלי הבאנקא שהיה אפשר שלא יעשו הנזק לישׁשכר וככל מ"ש הר' הנז' ז"ל על נ"ד, דהא ודאי ליתא בנ"ד מאחר שכן הוא משפט ונימוס בעלי הבאנקא שכל הבא לתבוע מעותיו תוך זמן אינם פורעים לו הריבית שעבר כלל ואינם מרחמין בדינם זה על שום אדם כלל א"כ הו"ל נ"ד א"א בלא אותו היזק וגם אין זה נקרא תלוי בד' אחרים כלל לומר דאפשר שיפרעו לישׁשכר זה ריבית מעותיו דגזרתם זו גזרה שוה לכל המלוה מעותיו להם וא"כ ודאי גורם היזק ובריא היזקא גדול מזה וחייב לוי זה דנ"ד בתשלומי נזקו של ישׁשכר מדד"ג הגם דנימא דגרמא בעלמא הוא עכ"ז חייב בתשלומין להרמב"ם ומרן ז"ל דקי"ל כוותייהו והדברים ברורים:

אך ורק זו בלבד איכא למיקם טובא דכ"ז שכתבנו ניחא לדעת מור"ם והסמ"ע וכל רבני האח' ז"ל דס"ל דהרמב"ם ומרן ז"ל תרווייהו שוו בהאי דינא דאין לחלק מגרמי לגרמא דבכולהו מחייב ר"מ דדאין דד"ג וקי"ל כוותיה, ברם חזינא להר' ש"ך ז"ל בסי' שפ"ו ס"ק ד' דהודה להסמ"ע במ"ש בדעת הרמב"ם ופליג עליה במ"ש בד' מרן ז"ל ומר הוא דאמר דמרן ז"ל פליג על הרמב"ם בהא ואזיל בשיטת הראשונים ז"ל דמחייבי בגרמי ופטרי בכל מין גרמא יעו"ש, וא"כ לדעת עליון הש"ך ז"ל נמצא דפליגי הרמב"ם ומרן ז"ל אהדדי בהאי דינא ולדידן שקבלנו הוראות שניהם היכי לידיינו דייני בהך דינא אם כהרמב"ם או כמרן ז"ל ואי מצי המוחזק לו' קי"ל כהש"ך ז"ל בד' מרן נגד רוב הפוס' ז"ל דס"ל דהרמב"ם ומרן ז"ל בחדא שיטה קיימי והו"ל הש"ך יחיד לגבייהו ועם דחזינא בתשו' הר' מט"א ז"ל הנ"ל דס"ל בפשי' דמצי המוחזק לו' קי"ל כהש"ך ז"ל מ"מ לדידי מספק"ל טובא כיון דאנן קבלנו הוראות שניהם יחד וכיון דבדעת מרן חלוקים הסמ"ע והש"ך ז"ל א"כ הו"ל דעת הרמב"ם ודאי ודעת מרן בספק פלוגתא דרבוותא קאי ואין ס' מוציא מירי ודאי ואיך יוכל המוחזק לטעון קי"ל כהרש"ך ז"ל דהיכי ניקום אנן לפסוק כסברת מרן המסופקת דבמח' שנויה ונניח סברת הרמב"ם הודאית לכ"ע כיון דאנן קבלנו הוראות הרמב"ם ומרן ז"ל כנז"ל, והגם דחזינא פלוגתא דרבוותא דפליגי היכא דהרמב"ם עם מרן פליגי בחד דינא דהר' משאת משה ז"ל ס"ל דמאן דעבד כמר לא משתבש וכו' והר' גו"ר ז"ל ס"ל דבכה"ג אזלינן בתר מרן דהוא בתרא טפי וכמ"ש בשמם הר' חש"ש ז"ל בכללי הקי"ל אות ט' והר' אורח משפט שם אות י"ג והגאון החק"ל אה"ע ד"ק ע"ד יע"ש, וכבר הארכתי קצת אני עני בדבריהם ז"ל הללו בתשו' כי באה בס' ישמ"ל ח"מ סי' ה' ובסה"ק לב נשבר סי' ה' ע"ש ואכמ"ל עוד בזה, זו בלבד דעתה ראיתי בתשו' הגאון חק"ל ז"ל במ"ב ח"מ סי' כ"ד דאייתי האי פלוג' דהר' מ"מ עם הר' גו"ר ז"ל ומני"ר הכריע דבכה"ג אין לנו לדון אלא כסברא שהיא כרוב הפוס' ז"ל יע"ש, ולכאורה יש להסתפק בכונת ד"ק

ז"ל אם ר"ל דאזלינן בתר הסברא שהיא כרוב הפוס' בעיקר הדין או"ד כונתו ז"ל דאזלינן בתר רוב הפוס' דס"ל בדעת מרן ז"ל היכי ס"ל למרן ז"ל ונפ"מ טובא דאי נימא דר"ל בעיקר הדין הא ודאי דבכה"ג דנ"ד דבעיקר הדין רוב הפוס' ס"ל דלא כהרמב"ם ז"ל ודעת מרן איכא מ"ד דאזיל כרוב הפוס' וכמ"ש הש"ך ז"ל א"כ ודאי דיש לנו לדון כרוב הפוס' ז"ל דלא כהרמב"ם ז"ל ובזה יצא לוי דנ"ד זכאי בדינו לפוטרו מחיוב ממון מצד שנאמר דנ"ד אינו אלא גרמא ולא גרמי, ברם אם נאמר דכונת הגאון חק"ל ז"ל דגם היכא דרוב הפוס' ס"ל בדעת מרן דס"ל כהרמב"ם כגוונא דנ"ד הגם דאיכא מאן דפליג עלייהו בדעת מרן ז"ל עכ"ז יש לנו לדון כסברת רוב הפוס' במ"ש בד' מרן ז"ל א"כ בכה"ג יש לנו לדון כהרמב"ם כיון דרוב הפוס' ס"ל בד' מרן דאזיל בשיטת הרמב"ם ז"ל, ולפי"ז נמצא דלוי זה דנ"ד מתחייב בתש' מדד"ג וכמובן, ועוד דבכה"ג דנ"ד שדעת מרן ז"ל במח' שנויה יותר ראוי לנו לדון כהרמב"ם ז"ל וכנז"ל ומדברי הר' אורח משפט ז"ל שם אות י"ג נראה ברור שהבין בדברי הגאון ר' אבהו ז"ל דר"ל דראוי לנו לדון כסברא שהיא כרוב הפוס' בעיקר הדין וזה כהצד הראשון שכתבתי בעניותי בכונתו ז"ל וכן עיקר לענ"ד, ותו י"ל דדמיא הא מילתא למ"ש הפוס' ז"ל בפוסק שסובלים דבריו ב' פי' דמצי המוחזק לו' קי"ל כחד פירושא דמסייע ליה והר' שמן המר ז"ל בדק"ד כתב דבנפל ס' בכונת מרן ז"ל יכו"ל המוחזק קי"ל כהאי פי' יע"ש וה"ה נמי בנ"ד דכוותה וכמובן:

שוב האיר ה' את עיני וראיתי ב' תשובות למרן ז"ל בס' אבק"ר דמסייעי ליה להרב ש"ך ז"ל במ"ש בדעת מרן דפליג ע"ד הרמב"ם ואזיל בשיטת הראשונים ז"ל דמחלקי מגרמי לגרמא, חדא מ"ש מהר"י בי רב ז"ל בתשו' שם סי' קמ"ו והסכים עלה מרן ז"ל שם ושם מבואר דס"ל למר דגרמא בנזקין פטור ואי איתא דס"ל למרן כהרמב"ם ז"ל הי"ל לחייב באותו נדון הגם דאינו אלא גרמא וכמדובר. ועוד מצאתי יותר הדבר מבואר בתשו' למרן גופיה שם באבק"ר סי' פ"ז דנ"ח ע"ב שכתב וז"ל ועוד דאפי' היה מתברר שהוא לימדה למאן לא היה חייב דאין זה דד"ג אלא גרמא בנזקין דפטור וכו' עכ"ל, ושם בסי' פ"ח דנ"ט ע"ג השיבו למרן ז"ל הר' מהר"ש ן' וירגא ז"ל בזה וז"ל עוד כתב כי אף אם לימדה למאן הוא גרמא בעלמא ולא דד"ג וכו' במחי' ממנו מכ"ת אנו אין לנו אלא דברי הרמב"ם מארי דאתרין שהוא מכחיש אותם חי' כי הנה הטור כתב בשם הרמב"ם בסי' שפ"ו כי המסלק כרים וכסתות חייב המסלק ולכל אותם החי' המסלק פטור שהרי וכו' הרי הוכחה גמורה שאינו סובר כאותם החי' עוד הביא הטור בסי' הנז' פרטים אחרים דלד' הרמב"ם חייבים ולד' הרא"ש דסובר כאותם החילוקים פטורים וכו' הוכחנו שהרמב"ם אינו סובר כאותם חילוקים וכו' איך שיהיה אנו אין לנו אלא דברי הרמב"ם שכמותו

נהגנו וכו' עכ"ל יעש"ב, ושם בסי' פ"ט ד"ס ע"ד השיבו מרן ז"ל וז"ל הן לו יהי כדבריו שהרמב"ם חולק וכו' מאחר שהתוס' והרא"ש וכו' סוברים כחי' שכתבתי וגם התה"ד דבתרא טובא וגם הר"מ וכו' ודאי דכוותייהו נקטינן ואף אם הרמב"ם מארי דאתרין במקום אפוקי ממונא ובמקום כל הני רבוותא אין בנו כח וכו' עכ"ל יעש"ב:

הרי לפנינו מבואר יוצא מפ"ק מרן ז"ל דאזיל בשיטת הראשונים ז"ל דמחלקי מגרמי לגרמא דלא כהרמב"ם ויפה דן יפה כיוון הש"ך ז"ל בדעת מרן ז"ל ורוח ה' דיבר בו ודבר ה' בפיהו אמת והסמ"ע ומור"ם וכל האח' ז"ל שנמשכו אחרי מור"ם והסמ"ע דכיילי למרן בהדי הרמב"ם ז"ל הט' משום שלא נדפסו בימיהם תשו' מרן דבאבק"ר ואילו הוו חזו ליה ודאי דהוו הדרי בהו ומודו להש"ך ז"ל ובכן אין מקום עוד לספקא דילן אחר שנתברר לנו דעת מרן בתשו' דפליג להדיא על הרמב"ם בהאי דינא והו"ל נ"ד כמ"ש ה' מ"מ וה' גו"ר ז"ל ויפה כיוון ה' מט"א ז"ל לדון שיכו"ל המוחזק קי"ל כס' הש"ך במ"ש בדעת מרן ז"ל וכמובן, ותמיהני טובא על ה' מנחת זכרון ז"ל שם דזכר עשה לתשו' מרן דבסי' קמ"ו הנז' ולא נרגש דמשם הוכחה דמרן פוטר בגרמא בנזקין דלא כהרמב"ם ז"ל ואיך כלל למרן בהדי הרמב"ם ז"ל ואיך לא ראה לתשו' מרן הב"י דבסי' פ"ט הנז' והוא פלא, ועוד כתב מרן ז"ל בסי' פ"ט הנז' בתר הכי וז"ל ועוד שלד' הרמב"ם נמי פטור שהרי הרמב"ם סובר דכל שלא נתכוון להזיק לא דיינינן ליה דד"ג והיא דעת הרי"ף ובנ"ד אף אם הר"י לימדה למאן לא נתכון להזיק להר"א אלא להועיל ליתומה וכו' עכ"ל, וכ"כ עוד מרן בסוד"ק שם יעש"ב, ודברי מרן ז"ל אלו הם סייעתא רבתי לסברת הר' אדמ"ק ז"ל בח"ב סי' ד' דס"ל בד' הרמב"ם ז"ל וכ"כ הר' חס"ל בח"מ סי' י"ד ובסי' י"ט ודלא כדס"ל לשאר רבני האחרונים ז"ל ועד אחרן הר' מנחת זכרון שם שכתב ע"ד הר' אדמ"ק הנז' דזה אינו יע"ש דליתא וכ"ז גרם לו שלא ראה תשו' זו דמרן ז"ל וכמדובר ולפי"ז חזר הדין לפטור ללוי דנ"ד מתש' נזקי ישששכר לצד שנאמר דנ"ד אינו אלא גרמא בעלמא וכמובן:

אך ורק דא עקא דזוהי שקשה טובא ע"ד מרן שבתשו' הנז' דא"כ אמאי פסק מרן גופיה בש"ע סי' שפ"ו בדוחף מטבע חבירו לים ולהפוחת מט' חבירו דחייב אעפ"י שלא חיסרו וגם שם בס"ג פסק להדייא דהמסלק חייב כהרמב"ם דכיון דכל דינים אלו לד' ר"י והרא"ש ודעימי' ז"ל אינם אלא גרמא בעלמא כמו שהוכיח במישור הר' מהר"ש ן' וירגא ז"ל ומרן ז"ל גילה דעתו בתשו' זו דלא קי"ל כהרמב"ם ז"ל בהא וא"כ היכי פסק בש"ע לחיובא כהרמב"ם ז"ל ולכאורה הדבר תמוה טובא ולא ידעתי מה לומר לישב דעת מרן ז"ל אהדדי והוא פלא עצום:

ועוד אני תמוה טובא ע"ד מרן שבתשו' הנז' שכתב דגם להרמב"ם כל שלא נתכוון להזיק פטור כנז"ל דמלבד דזהו היפך מ"ש מרן עצמו בכ"מ בפי"ג מה' מא"א הכ"ח דכיון דקי"ל אדם מועד לעולם הוא מתחייב בין בשוגג בין במזיד בין מתכוין להזיק בין אינו מתכוין להזיק כנז"ל, ועוד זאת יגדל התימה דכיון דהרמב"ם ס"ל דרד"ג דינא הוא ולא קנסא וכמש"ל א"כ אין לחלק בין נתכוון להזיק ללא נתכוון להזיק דבכל גוונא חייב כדהקשה כן ה' חש"ל שם דקי"ד ע"ד ע"ד ה' אדמ"ק ז"ל כנז"ל ולא עוד אלא דגם מרן גופיה הכי ס"ל נמי דדד"ג דינא הוא ולא קנסא כנז"ל, ועוד דאי הכי אמאי בחזרה בה הכלה אחר אירוסין חייבוה הרי"ף והרמב"ם ומרן ז"ל לשלם כיון דהיא לא נתכוונה להזיק לבעלה רק להנאתה ולתועלתה קא מיכוונא דלא ניחא לה בהאי חתנא דידה כמש"ל, והא נמי אתמהא טובא אם לא שנאמר דמרן ז"ל בש"ע חזר בו ממ"ש בב' תשו' הנ"ל כיון דהש"ע חיברו מרן ז"ל בסוף ימיו כמ"ש הר' י"מ ז"ל בכללי הש"ע משם מוהריק"ש ז"ל והגם דסיים עלה מוהריק"ש שם דמפני חולשת מרן נמצאו בו דברים רבים שלא דקדק בהם יע"ש מ"מ ליכא למימר הכי בנ"ד כיון דדבריו ז"ל בש"ע אה"ע וח"מ הם בנויים עפ"י הקדמתו בב"י שדרכו לפסוק כתלת ותרי עמודי ההוראה וא"כ בדין חזרה בה הכלה הרי הרי"ף והרמב"ם קיימי כחדא לחייבה בהוצאות בעלה מדד"ג ולהכי פסק מרן כוותייהו בש"ע אה"ע סי' ן' וגם בדד"ג הרי"ף והרמב"ם ז"ל קיימי בשיטה חדא לחייב מדד"ג גם היכא דליכא כל החי' שכתבו ר"י והרא"ש ז"ל ולהכי פסק מרן כוותייהו בסי' שפ"ו ונמצא דמרן ז"ל בדקדוק עצום פסק לחייב מדד"ג וברור, וא"כ אין לנו לומר לא שחזר בו מרן בש"ע ממ"ש בתשו' ונקטינן כמ"ש בש"ע דהוא בתרא טפי ועי"ל דכיון דמרן ז"ל סותר עצמו ממ"ש בתשו' למ"ש בש"ע הא ודאי דנקטינן להל' כמ"ש בש"ע כמ"ש מרן גופיה בב"י ח"מ סי' קט"ו על הרא"ש ז"ל כשסותר עצמו מפסקו לתשו' דפסקו הם עיקר וכ"כ בעלי הכללים בד' הרא"ש ז"ל כידוע וגם על מור"ם ז"ל כשסותר עצמו מתשו' למ"ש בס' המפה כתבו ה' נחלת שבעה והגאון מהריט"א ז"ל בשמיו"ט סי' ך' והר' י"מ ז"ל בכללי מור"ם דהעיקר כמ"ש בס' המפה יע"ש, וא"כ גם בד' מרן ז"ל ה"ה דאמרינן הכי, ושו"ר שכ"כ ה' מר ואהלות ז"ל וה' ויקרא אברהם בכלליו גם על מרן עצמו וא"כ חזר הדין לחייב בנ"ד ללוי הגורם הנזק לישכר לד' הרמב"ם ומרן ז"ל דקיל"ן כוותייהו דלא כמ"ש מרן בתשו' ואכתי הדבר צאת"ג:

אמנם מטעם אחר רואה אני לפטור ללוי דנ"ד מתש' נזקי ישכר שגרם להפסיד הריבית כיון דהוא מניעת הריוח ולא חשיב הפסד ורבו הפוס' דס"ל דמניעת הריוח אין לחייב עליו מדד"ג וכתוב אצלי במ"א וע"ע בכנה"ג סי' שפ"ו ובבני חיי שם ובס' קול ב"ל ובס'

חיי עולם שם ובס' שמחת יאודה ובהרב חוקי חיים סי' ז"ך ובש"פ ז"ל ע"ע הו"ד בס' מנחת זכרון שם ומצי המוחזק לטעון קי"ל כרוב הפוס' דפטרי יתי מדד"ג אפי' באתריה דמרן ז"ל כיון דאין בירור בד' מרן ז"ל אי סבר איפכא דאי מההיא דסי' של"ג כבר נדחה קרו לה הר' חוקי חיים בסי' ז"ך והר' נוכח השלחן סי' מ' והר' משכה"ר מע' השי"ן אות פ' וע"ע במשכה"ר מע' המ"ם באות אי מניעת הריוח חשיב הפסד ובס' י"מ בכללי הדינים סי' תמ"ח מ"ש בזה, ואין לחלק ממניעת הריוח דנ"ד שהיה מגיע לו מממון שלו לשאר מניעת הריוח שהיה עתיד להרויח אם לא היה גורם לו הנזק דאין טעם וסברא לחלק מן דא לדא ואכמ"ל בזה לאפס הפנאי, ובכן זאת תורת העול"ה דבנ"ד פטור לוי מחיוב תשלומין בידי אדם כיון דאינו אלא מניעת הריוח דלא מיקרי הפסד לרוב הפוס' ז"ל הנלע"ד כתבתי וצו"י י"מ וימ"ן כיר"א:

כ"ד הצעיר **יצחק משה אבואלעפ'יא** ס"ט

אמר הכותב יא"ה ס"ט הנה אנכי קודם כותבי כל תשובתי הנ"ל שלחתי פתקא קטנה למע' הרב הפוסק אהרן קדוש ה' יצ"ו והודעתיו דאנן קי"ל כהרמב"ם ומרן ז"ל דמחייבי בין בגרמי בין בגרמא לד' הסמ"ע ודעי' ושם נסתפקתי אי מצי המוחזק לו' קי"ל כהש"ך דפליג ע"ד הסמ"ע בד' מרן ז"ל או לא ויהי הקצ'ר אמיץ בו בפרק, ושוב אחר ששלחתי לו הפתקא עם הפוש' הנחוצה נתיישבתי עוד בדבר ואיידי דחביבין עלי דברי דודים חזרתי על למודי והיתה תשובתי על כל מ"ש הרב הפו' יצ"ו מראש וע"ס ככל הכתוב אחת למעלה כפי ענ"ד ואשר השיגה ידי יד כהה ואחרי כמה ימים הגיעני תשו' מהרב הנז' יצ"ו על הפתקא שלי השלוחה לו מאיתי אנא זעירא וטרם כל שם עלי דהלא גם דעת הרמב"ם מסופקת וכו' ע"כ, ואני אומר דכבר ביארתי בפנים דאין ס' קצות החושן ח"ב בנמצא בכל העיר הזאת ועוד אני אומר דכיון דהר' מהר"ש ן' וירגא ז"ל הו"ד באבק"ר סי' פ"ח הכריח בד' הרמב"ם כדכ' הסמ"ע והודה לו מרן ז"ל שם בסי' פ"ט כיעו"ש א"כ אין דבריו של הקצה"ח ז"ל עומדין נגד מרן ז"ל במ"ש בד' הרמב"ם ולא דמי למ"ש הש"ך בדברי מרן ז"ל ופשוט:

תו חזיתיה למר יצ"ו שיצא לידון בד"ח דדין עסק נדון השאלה הוא באתרא דתפסי דגל הקי"ל וכו' מה שלא נזכר בשאלה ששלח לי כלל דאין שום רמז מזה, ועוד כיון דכל חיליה דמר יצ"ו אינו אלא משום דהנתבע מוחזק והוא מא"י ת"ו לענד"ן דלא מצי"ל קי"ל נגד הרמב"ם ומרן ז"ל ככתוב אצלי במ"א ואכמ"ל, גם מ"ש עוד רו"מ יצ"ו דלזאת יחרד לבו וכו' דכל לגבי דידיה דמר היא הנותנת וכו', כבר כתבתי בפנים מה שנלע"ד בזה ואכמ"ל, ומ"ש וז"ל ולעילא מן כל בנ"ד הוא בדיבור בעלמא וכו', גם ע"ז תשו' מוצאת

בפנים האר"ש יע"ש, ומ"ש עוד דאם באנו לפוטרו מט' דהוא מניעת הריוח אין אנו צריכים לפוטרו מכח טענת קי"ל דכבר מרן ז"ל בא"ח סי' תקל"ח פסק דמניעת הריוח לא חשיב הפסד וכו', אנא דאמרי ליעיין מר בתשו' הר' דברי יוסף דח"ן ע"ג ובארעא דישראל מע' המ"ם אות ל"ה ובמשכה"ר מע' המ"ם אות קל"ג ומשם באר"ה דמלאכת דבר האבד בחוה"מ לחוד וענין דד"ג לחוד ואכמ"ל, ופוק חזי להר' חוקי חיים סי' ז"ך מ"ש לחלק בד' מרן ממ"ש בסי' של"ג ולא נרגש כלל ממ"ש בא"ח סי' תקל"ח ועכצ"ל כמדובר, ומ"ש דנ"ד לא בא לכלל מניעת הריוח כי לא נתבאר בשאלה כי טענת שמעון אשר טען הוא על הריוח שמגיע לו עד יום קבלת המעות שכבר זכה בו ונעשה קרן לא כן על הריוח שלהבא וכו' עכ"ל יצ"ו, והנה מלבד שגם ע"ז פתחתי עיני בפנים האר"ש שאין טעם לחלק בין ריוח לריוח, עוד זאת ליעיין מר בכנה"ג סי' שפ"ו בהגב"י אות ס"ט מ"ש ע"ד רי"ו ז"ל דמיירי שזקף על הגוי במלוה קרן וריבית דבזה לאו קיפוח ריוח מיקרי אלא הפסד קרן מיקרי וגם בזה יש מי שסובר וכו' יע"ש והנה ידוע דבעלי הבאנקא אין מנהגם לזקוף עליהם במלוה קרן וריבית אלא קרן לחוד דוקא ובהגיע הזמן של הפרעון עושים חש' הריבית ופורעים למלוה כידוע:

איך שיהיה סלח נא אנכי מבקש במטו מיניה דמר יצ"ו על כי נטו אשורי מדרכו דרך הקודש כי תורה היא וכו' ומחזיקנא ליה טיבותא כי נתלכתי באהבים ואהיה שעשועים יום יום ובתורתו אהגה ועכ"פ תכסה אהבה יה"ר המות אל יפריד בינינו זה והיה זה שלום ביום ר"ח טוב מבורך תמוז יה"ל שנת שמ"ה ישב"ו כסאות למשפט לפ"ג פי המדבר:

שיח **יצחק** ס"ט

סימן ד

וזאת תשובתי עד"ק

ראיתי מ"ש מני"ר הרה"ג פחד יצחק נר"ו וז"ל תחילה וראש וכו' עד ולענד"ן דאכתי חייב לישבע השליח אם הלה טוענו בריא וכנדון הרשב"א ממש וכ"כ להדיא הרדב"ז ז"ל בחדשות ח"א סי' קמ"ב יעו"ש ואם בנ"ד טוענו שמא חייב לקבל ח"ס, ואם ידוע לכ"ע שכ"ה נימוסי הבאנקא אין בטענת לוי כלום וחייב בתש' מדד"ג וברור עכ"ל מר נר"ו, ואני אומר על ראשון ראשון וכו' כי מ"ש מר לחייבו שבועה ודימה נ"ד לנדון הרשב"א ממש אחהמ"ר מכת"ר דשנא ושנא נ"ד מנדון הרשב"א ז"ל דהכא טוען לוי שמלבד שאני כופר בכל ואומר לא אמרתי לך להכין המעות זאת ועוד היתה יתירה דאפי' אם תמ"ל שאמרתי לך להכין מעות סו"ס לא ידעתי שמעותיך שתרצה להביאם המה בבאנקא, וגם לא ידעתי שכ"ה נימוסי הבאנקא להפסיד ריבית שעבר ובחושבי שאדרבא הם מחשבים

דבר יום ביומו ובפרט לפי מה שאני שומע שהבאנקא שסביבות עירי מנהגם להיפך כי הם מחשבים דבר יום ביומו וכ"ש הכא בנ"ד שלוי יהיב אמתלא לדבריו באומרו שישכר היה רוצה לתת לו ערבון סך עשרים לי"ט ולוי לא רצה לקבל וא"כ אחר כל אלה הטענות של לוי הנך רואה דהפרש גדול יש בין נד"ד לנדון הרשב"א ז"ל, ויש לי להביא ראיה דא"ץ שבועת היסת בנ"ד כלל מדכתב מרן בש"ע ח"מ סי' פ"ז סכ"ה דאין מחייבין שבועת היסת לאדם שכפר כ"א באופן שיהיה שאם היה מודה היה חייב ממון בהודאתו הא לא"ה אפי' ח"ס א"ץ כשכפר ע"ש והסמ"ע כתב שם דאפי' במקום שאם היה מודה הוה מחוייב שבועה אפי"ה כשכפר פטור מכולם, וכ"כ להדייא מרן הש"ע ח"מ סי' צ"ג ס"ט כדעת הסמ"ט ז"ל יעו"ש, ה"ן בנ"ד כיון שהוכחתי כבר דבנ"ד דלוי השליח שאינו עושה בשכר כלל אלא בחנם ופטור הוא וכ"ש הכא דלא פשע כלל ולא דמי לטבח שקלקל וכו' כאמור ובלא"ה לפי מה שהעליתי לפטור לוי מתש' כלל ומר נמי מסיק כוותי לדינא דאף אם הודה לוי שאמ"ל לישכר להכין מעות דאפי"ה פטור מתש' א"כ עכשיו שכפר וטוען בריא שלא אמ"ל להכין מעות כלל אינו חייב בשום שבועה ואפי' ח"ס א"ץ כאמור, ופלא על מני"ר נר"ו דאשתמיט ליה פסק מרן הנז' שלפי"ד אין מקום לתמיהת מני"ר נר"ו כו"ע, שו"ר שדי"ז שכתב הרשב"א בתשו' הנז' דהיכא שטוען לחבירו גרמת לי נזק או כתבת בי למלכות וכו' דבעי שבועת היסת הביאו מרן בב"י ח"מ סי' שפ"ח בשם הגהת אשירי וז"ל הטוען לחבירו מסרתני או וכו' והלה כפר ה"ז נשבע היסת ע"כ ופסקו מור"ם שם בהגהה והביא שכ"כ גם המרדכי בכ"מ ע"ש, והר' כנה"ג בתשובותיו ח"א מח"מ סי' רכ"ז נשאל כיוצא בזה שטענו על ראובן שהלשין עליהם והפסידם וכו' וראובן הודה ולא בוש אלא שאמר וכו' והשיב הר' ז"ל לבאר אם כפר ואמר שלא הלשינם כלל והביא דברי הגהת אשירי הנז' שכתב שחייב לישבע היסת והוא ז"ל כתב בנדונו שכיון שאפי' כשהודה הוא פטור וכו' ה"ז דומה למ"ש מרן סי' פ"ז וכו' ע"ש שהעלה דאינו צריך לישבע היסת כלל מהאי טעמא, הנך רואה דבנ"ד נמי הוא פטור משבועת היסת כלל:

ומ"ש מר שכ"כ הרדב"ז ח"א סי' קמ"ב להדייא דצריך שבועה וכו' הנה הרדב"ז שם קאי על ראובן שמסר לשמעון למלכות להציל חובו מידו ושוב נתברר שהדין עם שמעון וטוען שמעון שהוציא והפסיד הוצאות חוץ ממה שידעו העדים והשיב שפטור ראובן דלא מיבעייא אם טוען ראובן בריא לי שלא הפסיד אלא אפי' טוען איני יודע פטור וכו' ובסו"ד מסיק דאם טען שמעון שישבע ראובן שאינו יודע ישבע ופטור וכו' ע"ש, וא"כ מה ענין נ"ד לנדון הרדב"ז ז"ל, ומ"ש מר נר"ו דאם כ"ע ידעי שכ"ה נימוסי הבאנקא אין

בטענת לוי כלום וחייב בתשלומין, כבר כתבתי דמלבד דהכא טוען לוי שלא ידע הוא בנימוסי הבאנקא זאת ועוד שטוען דהבאנקא שסביבות מקום דירתו כל בתר איפכא הוא וא"כ אף דכ"ע ידעי בנימוסי שאר הבאנקא מה יועיל לנ"ד מאחר דלוי אומר דנימוסי הבאנקא שסביבותיו נהפוך הוא וכמ"ש לעיל:

ומ"ש מר להשיג בתוך דברי האי לישנא, וליכא למיקנסיה, דלדידן דקי"ל כהרמב"ם ומרן ז"ל דס"ל דדד"ג דינא הוא ולא קנסא הוה לי למימר לישנא דלמחייביה, אי מהא לק"מ דריהטא דלישנא הוא והוא ט"ס וצ"ל וליכא למיחייביה מדין דד"ג ופשוט:

גם מ"ש מני"ר נר"ו ע"מ שכתבתי דבנ"ד בעל המעות הוא המזיק את עצמו והק' מר ע"ז מדברי הרמב"ם ומרן בש"ע אה"ע סי' ן' דאנן קי"ל כוותיהו הרי הם מחייבים מדד"ג לכלה בכל הוצאות הבעל כשחזרה בה וכו' לענד"ן דלק"מ דשאני התם דע"י האמירה הוא מוכרח לעשות והן הן הדברים הנקנין באמירה וכמ"ש מרן בש"ע אה"ע סי' נ"א ס"א וז"ל איש ואשה שהיו ביניהם שידוכין ואמר לה כמה את מכנסת לי כו"ך אמ"ל כמה אתה נותן לי כו"ך וכו' עמדו וקדשו קנו אותם הדברים וכו' ע"ש והאמירה דהכא היא עושה אחר הקידושין קנין וכו' ולא דמי לאמירה דעלמא דאין לה שום עדיפות ומה גם כי ע"י אמירתה דהכא נתחייב לעשות ואין פוטר א"כ ע"י חזרתה הויא מפסידתו בידים וכו' אבל הכא מי הכריחו ליששכר לשמוע עצת לוי ולהכין לו מעות להזיק את עצמו והי"ל להמתין עד עת בוא ההרשאה ממר אביו של לוי כאשר אמ"ל, ובהכי אזדא ליה מה שהק' עוד טלי במ"ש לומר דבנ"ד אינו בודאי הזיקו עפ"י דיבורו וכו' וכתב מר ע"ז דאין לך היזק ברור גדול מזה כיון דעפ"י דיבורו נתרצה יששכר להפסיד הריבית כדי להכין לו המעות וכו' ולפימ"ש לק"מ דיששכר פשע באמת במה שהכין מעותיו קודם בוא הרשאה ללוי מה שלא ציוה לו לוי כן דאדרבא לוי מיאן לקבל ערבון ממנו מטעם זה שעדיין לא באה לו ההרשאה מאביו, ולפי"ז ל"ק נמי מה שהק' מר עלי לקמן במ"ש לפטור לוי בטענת קי"ל כהראב"ד דס"ל דכל מכוין להנאתו פטור ומה שהק' עלי ממה שהרמב"ם ומרן ז"ל חייבו להכלה שביטלה והפסידה לבעל הוצאותיו ע"ש דלפי"ז לק"מ דשאני התם וכו' משא"כ הכא וכמ"ש וסעד לזה ראיתי להר' חוקות החיים סי' פ"ה דק"ז ע"ב לענין ראובן שהבטיח ליאודה לפרוע לו הפוליסא בלי שיצטרך לעשות על שמעון שותפו פורטיסטו ויאודה סמך ע"ד ושוב נשבר שמעון ואין בידו לפרוע וחזר יאודה על ראובן וראובן טוען לו כי בדינא דסוחרים כל שלא חתם לו על כך כל מה שיאמר דברים בעלמא נינהו והשיב דאין לחייבו משום דד"ג שלא הניחו לעשות פורטיסטו די"ל שלא חייבוהו בדד"ג כ"א כשהוא אנוס בדבר וזה מזיקו בע"כ אבל כשהוא בחירי ברצון מה לו

לשמוע אליו וכו' ע"ש וא"כ ה"ן אף שאמ"ל לוי להכין מעות למה ישמע אליו ומכ"ש שלוי אמ"ל שלא יוכל למכור כ"א בבוא ההרשאה מאביו כמ"ש וכ"ר להר' נתיבות המשפט אמ"ש בסי' ר"ץ דכייל מר בתוך דבריו דכל היכא שמזיק לחבירו ועדיין יש בו ספק ממון ל"ה בריא היזקא ע"ש וה"ן כיון שאפשר שיבוא הרשאה מאביו של לוי למכור לישששכר א"כ הו"ל ספק ממון ובזה נדחו כמה וכמה יסודות שהניח מר לקמן בקונטריסו אחת לאחת כמו שיראה המעיין:

ועוד דזה פשוט בנ"ד דלא חשיב ודאי היזק עפ"י דיבורו שהרי מהיכן תיסק אדעתיה דלוי דמעות יששכר שירצה להביא הם בבאנקא וכי אדם יודע ממון חבירו היכן מונח ואפי' אם היה יודע לוי שיש לישששכר מעות בבאנקא מ"מ יטעון לוי דמי יימר שהמעות שירצה להכין לו המה שאצל הב אלקא כי אולי יביא לו זולתם, גם מ"ש מר נר"ו אמ"ש לפעור לוי בנ"ד מטעם דלא היה מזיד אלא שוגג דלא ידע מהבאנקא וכו' ובאה ע"ז תשובתו הרמת'ה דסו"ס בדין הוא להתחייב שבועה דלא ידע בפשר טוען בריא דידע א"ן בטוען שמא עליו החיוב לקבל ח"ס וכו', לזה י"ל דהכא בנ"ד שאני כיון דרגילים לדבר שהוא שוגג ואנוס ג"כ כיון שבעירו אין שום באנקא כי היכי דתיסק אדעתין למי' דילמא ידע ושקורי קמשקר ומכ"ש דאדרבא הוא שומע שמנהג הבאנקאס שסביבות עירו הם להיפך מ"ש יששכר וא"כ בנ"ד אפי' שוגג לא חשיב ויותר מאנוס הוא ואפי' ח"ס לא מיחייב וזהו מה שכיוונתי באומרי וגם ל"ה בריא היזקא וכו' כיון שלא ידע שהבאנקא לא תפרע הריבית למי שלוקח מעותיו תוך הזמן וכו' ובזה מיושב ג"כ מה שהק' מר לקמן עמ"ש דיכול המוחזק לומר קי"ל כמ"ד דהוי קנסא וכתב מר ע"ז דסו"ס מה הרווחנו בזה דעכ"ז צריך לישבע שלא ידע ושוגג ומוטעה הוא בנימוסי הבאנקא או דלא ידע אם יש לישששכר מעות בבאנקא ומהם רוצה לקנות ע"כ, דלפימ"ש הרואה יראה דא"ץ אפי' שבו' כיון דכמה ספיקות ושמא טובא איכא, חדא דלא ידע לוי נימוסי הבאנקא ועוד דמייתי אמתלא גדולה דלא ידע שהבאנקאס שסביבות מקומו מנהגם הוא להיפך ואפי' את"ל דידע נימוסיהם של הבאנקאס הללו מי יימר דידע דמעות יששכר המה בבאנקא ואפי' אתמ"ל דידע כ"ז עכ"פ יכול להיות שיש לישששכר מעות אחרים שיקנה מהם זולת מעות הבאנקא וכמ"ש כ"ז בסמוך וא"כ יששכר שטוענו שמא אף שעל אחת מהם יכול לטוענו שמא להצריכו שבועה מ"מ השתא דאיכא הני כולהו לא חשיבא טענת שמא דיששכר להצריכו ללוי שבועה על כ"ז וזה פשוט וברור, וכיוצא בחילוק זה כתב מרן כ"מ בפי"ג מה' מא"א הכ"ח בדין עכו"ם שנתכוון להזיק בנגיעתו ליינו של ישראל דשרי לישראל למכור אותו יין לאותו עכו"ם כיון שהעכו"ם בלא"ה חייב לו דמי נזקו וכתב ע"ז הכ"מ

דאע"ג דקי"ל אדם מועד לעולם אפי' שוגג מ"מ הכא בעי שהעכו"ם מתכוין להזיק משום דלא אמרי' אדם מועד לעולם אפי' שוגג אלא בדברים הידועים לכל העולם שהם נזקים אז אמרינן אד"מ לעולם אפי' שוגג שלא נתכוון וכדומה אבל בדבר שאנו ידוע לכה"ע שיקרא נזק בנגיעת עכו"ם כיון דלכ"ע לא חשיב נזק אלא לישראל או ליודעים בטיבם דבזה אם היה שוגג פטור ע"ש ומובא בפסק הקודם ע"ש וא"כ ה"ן כיון שנימוסי הבאנקא אינו ידוע לכל עירו הא ודאי דלא חשיב שוגג ג"כ וכמו שחילקנו:

עוד מ"ש מני"ר נר"ו עמ"ש לפטור בנ"ד שהוא תלוי בדעת אחרים שהוא בעל המעות וכו' וכתב ע"ז מר ולא הבינותי דכיון דהוא הבטיחו למכור לו ואמ"ל תכין המעות א"כ מוכרח בעל המעות לקבל מעותיו ולהפסיד הריבית כדי לקנות הקרקע וכו' וגם לד' הוא למ"ש אני אחר החתום וכו' דש"ה דעפ"י דיבורו של לוי עבד יששכר מעשה לגבות מעותיו בהפסד הריבית לקנות הקרקע בסומכי נפשו שלא יחזור לוי מדיבורו דשארית ישראל לא יעשו עולה וכו' עכ"ל, ולא ידעתי למה עפ"י דיבורו של לוי יוכרח יששכר לעשות מעשה לגבות חובו וכו' מטעם דשארית ישראל לא יעשו עולה וכו' כיון שלוי לא החליט לו למכור ולא אמ"ל להכין המעות כ"א על סמך שיבוא הרשאה מאביו ע"ז ולא אמ"ל להכין מעות אלא כדי לזרזו שיכינם אולי יבוא לו הרשאה שיכול למכור לו שאו ימצא מעותיו מוכנים וא"כ לא חשיב לוי חוזר בדיבורו כשלא מכר לו לבסוף כיון שעל תנאי שירצה אביו הוא שאמ"ל להכין מעות וישששכר הוא שפשע שלא להמתין לראות אם יבוא ללוי הרשאה ע"ז מאביו שהרי הוא רצה ליתן ללוי ערבון ולוי לא רצה וכן מוכיחים דברי הר' חוקות החיים הנז' בסמוך שכתב דכיון שהוא בחירי ברצון מ"ל לשמוע אליו וכו' וה"ן בנ"ד מי הכריחו לישששכר לשמוע בקולו של לוי ובפרט דהכא בנ"ד עדיף טפי כאמור ומה"ט נמי שפיר י"ל דל"ה בריא היזקא בנ"ד כיון דבעת שאמ"ל לוי להכין מעות היה במחשבת שניהם ובטחונם אולי תבוא הרשאה ללוי מאביו שאם יבוא הרשאה ליכא שום היזק לישששכר כיון שבבוא ההרשאה יוכל לוי למכור לישששכר וכמו שאכתוב בס"ד טעם זה לנ"ד, וכאשר תמה עוד על מ"ש שבנ"ד לא כיוין להזיק ופטור ומר השיב דכל דלא נתכוון להנאתו לא יועיל מה שלא נתכוון להזיק לבעל דינו וכו' אני אומר דגם בנ"ד כיוין להנאת עצמו שאם יבוא לו הרשאה מאביו לו הוא מרויח התוספת שהוסיף יששכר במקח הקרקע על הקונים הראשונים ואעפ"י שלא יצאת מחשבתו לפועל שלא מכר לישששכר מ"מ כונתו בשעה שאמ"ל לישששכר להכין המעות היתה לטובת עצמו דהגע עצמך אם יששכר לא נתן במקח הקרקע מתחילה כי אם כסך שנתנו הקונים הראשונים היעלה על הדעת שירצה לוי למוכרה לו ולחזור מדיבורו שנתן

להקונים הראשונים זה אי אפשר וא"כ הא ודאי שלא אבה לוי מתחילה למכור ליששכר אם תבוא לו הרשאה מאביו כ"א מפני התוספת שהוסיף ישששכר במקח הקרקע ואין לך הנאה גדולה מזו דמה לי אם הוא נהנה או מהנה לאביו דהכל אחד ובזה מתורץ משה"ק מר עוד לקמן בקונטריסו ד"ה ותו' כבר הוכחנו לעיל וכו' דבנ"ד ל"ה להנאת עצמו דאדרבה מכר ליאודה בפחות ממה שקצב לו ישששכר וכו' ע"ש וגם מ"ש עוד בקונטריסו ד"ה עו"כ וכו' דבנ"ד שחזר לוי מדיבורו ומכר ליאודה בזול הכי מ"ל דלטובתו נתכוון דשקליה לטיבותיה אח"כ וכו' ע"כ ולפי מ"ש אין מכ"ז טענה דהעיקר אזלי' בתר שעת הדיבור שהזיק בו שאמ"ל להכין המעות ואז כונתו לטובה היתה להנאתו ולטובת בעל המעות ג"כ וראיה לזה דבתר דיבורו הראשון שתגלגל ע"י ההיזק אח"כ אזלינן ממ"ש הר' חקק"ל ח"ב ח"מ סי' ל"ד דקמ"ה ע"ב שכתב וז"ל דהיכא שנתכוון לטובתו הגם דאח"כ הו"ל פסידא פעור דלא הו"ל דד"ג בתחי' וכו' ע"ש וכה"ג כתב הר' מכתם לדוד בח"מ סי' י"ג דקצ"ט ע"ב וז"ל באופן שאם היה נדון משום דד"ג היה פטור וכו' ומה גם שכוונתו היתה לטובה ולכך אפי' מד"ש פטור ע"כ:

גם מ"ש מר עמ"ש על הר' קצות החושן ח"ב וכו' שכתב שהס' הנז' אינו בנמצא אצלינו למען דעת היעמדו דבריו ז"ל בד' הרמב"ם דלכאורה איכא למיקם טובא מכמה דינים עד ומשם באר"ה, ולי אנא עבדא לא אסקתי אדעתי שס' קצה"ח ח"ב אינו בנמצא איתו יען כי אנוכי הרואה בספרו הבהיר פ"י ח"א חח"מ סי' כ"ד דר"ב ע"ג שהביא לדברי הר' קצה"ח בסי' ר"ץ שהיא בח"ב ולהכי קצרתי בדברי הר' הנז' ולא הבאתי דבריו אות באות תיבה בתיבה וכו' ועי' לקמן:

ועל דבר תשו' הר' חוט המשולש סי' ח"י שהבאתיה תוך דברי וכתב מר ע"ז שלא ידע כוונתי אחהמ"ר כונתי היא מבוארת שרצוני להביא ראיה דע"י אמירה בעלמא לא הי"ל לשמוע לו והו"ל יששכר כפושע והוא ממ"ש שם בתשו' חוט המשולש הנז' שכתב על נדונו שראובן ושמעון הפקידו משכונם אצל עכו"ם אחד ובא יאודה לשומו מאת העכו"ם ושאל העכו"ם את פי שמעון ונתן לו רשות ושוב נאנס המשכון אצל יאודה וראובן תבע את יאודה בדין והשיב הר' ז"ל לחייבם וכתב דאין להם התנצלות במה שיאמרו שהעכו"ם הוא שפשע בנתינתו הכלי ליאודה אבל אמירת עכו"ם לבדה לא היתה מפקעת שעבוד ראובן אם לא נתרצה העכו"ם לתת וכו' דהטענה זו היתה מועלת להם אילו היה הנפקד ישראל דאם יאודה שאל ממנו ושמעון הרשהו לא הי"ל לשמוע להם במה שמגיע לחלק ראובן שלא הרשהו וכו' ע"ש דמינה נידון נמי לנ"ד דנימא הכי דמה לו ליששכר לשמוע

למה שאמ"ל לוי להכין מעות ובפרט שלא אמ"ל לוי אלא על תנאי שתבוא הרשאה מאביו והראיה שמהש"ע אה"ע סי' ן' בהכלה החוזרת וכו' לא שמה מתיא וכמ"ש לעיל:
גם מ"ש מני"ר נר"ו עמ"ש מרן ח"מ סי' ס"ו דכל דמכוין להנאתו פטור לא תידוק מינה דהכי ס"ל למרן דהא ודאי ליתא כיון דבש"ע אה"ע סי' ן' מבואר דס"ל דאף דמכוין להנאתו חייב כדס"ל להרי"ף והרמב"ם ז"ל שהם תרי עמודי הוראה א"כ מוכרח דהתם בח"מ סי' ס"ו ס"ל כי"א בתרא דאייתי התם דס"ל דאף לעצמו מוחל הגם דקי"ל בעלמא בד' מרן בסתם וי"א דהל' כסתם הכא שאני דבתר הכי גילה דעתו מרן באה"ע סי' ן' וכו' וידוע דש"ע אה"ע חיברו מרן ז"ל בתר ש"ע ח"מ כמ"ש הר' צדק ומשפט ז"ל כיעו"ש עכ"ל:
הנה מלבד מ"ש לעיל דלא דמי לחזרה בה הכלה וכו' אפי' תימא דדמי וכו' אפי"ה כבר כתבתי מ"ש מרן הש"ע ח"מ סי' ס"ו וכו' וכמה ראיות שהבאתי בפסק תרי או תלת וא"כ סמי חדא לגבי כולהו הנך דכתיבנא וכמ"ש הר' שער אשר ח"ב סי' כ"ח דע"ג ע"ג וז"ל וגם למה שראיתי בתשו' החק"ל ח"מ ח"ב סי' מ"ד דמרן בש"ע פסק בב' מקומות כדעת הרא"ש ודעימיה דנוטל את ב' באה"ע סי' ק"ט ובח"מ סי' רמ"ה נגד מה שסתם בח"מ סי' רנ"ג כדעת רשב"ם וסמי חדא מקמי תרי לאפוקי מ"ש הר' זרע אברהם ח"מ ס"י דק"ו ע"א דחזר בו הש"ע ממה שפסק באה"ע כדעת הרא"ש ופסק שם בח"מ כדעת רשב"ם לזה מר הוא דאמר דהשתא דחזינא דבב' מקומות פסק כדעת הרא"ש שפיר אמרינן סמי חדא מקמי תרי ועפי"ז אסיק ותני לבסוף דנ"מ למקומות שפוסקים כהוראת מרן בש"ע אין המוחזק יכו"ל קי"ל כדעת רשב"ם ודעימיה ושפיר אמרינן שנוטל את ב' כדעת הרא"ש וסיעתיה וא"כ וכו' ע"ש:
ועוד מה שציין מנ"ר נר"ו על הר' צדק ומשפט דכתב דש"ע אה"ע הוא אחר ש"ע ח"מ וכו' אנכי הרואה דאדרבא כל בתר איפכא ואדרבא הסכים הוא ז"ל עם הר' זרע אברהם והכנה"ג שכתבו דש"ע ח"מ חיברו מרן אחר ש"ע אה"ע וכו' וכמ"ש הר' הנז"ל בסי' א' ד"כ ע"ב ובסי' רנ"ו תוך ס"ח דקנ"ב ע"ב ע"ש:
גם מ"ש מני"ר וכו' דאף לדברי הר' מטה אהרן אליבא דהרמב"ם ומרן ז"ל דס"ל לחלק בין גרמא לגרמי דהרמב"ן וכו' הכא מודו דחייב אין לך בריא היזקא גדול מזה אחר שמשפט בעלי הבאנקא לנכות הריבית וגם א"ז תלוי בדעת אחרים לומר דאפי' שיפרעו לו לישכר הריבית דכיון שגזרתם שוה לכל המלוה מעותיו להם וכו' מ"ש אחהמ"ר גם בנ"ד ל"ה בריא היזקא וגם חשיב תלוי בדעת אחרים אך לא כמו שחשב מר אלא ה"ט דל"ה בריא היזקא משום דהגע עצמך אם תבוא הרשאה ללוי מאביו למכור דאז

ודאי ימכור לישכר כמו שהבטיחו ונמצא דההיזק תלוי בד' אחרים שהוא אביו ג"כ אם יאבה לשלוח לו הרשאה וא"כ תרוייהו איתנהו וחזר הדין דנ"ד דמי ממש לנדו' הר' מט"א הנז' ונדחו בזה כמה מדברי מר במה שהשיג עלי בכמה מקומות לומר דבנ"ד ל"ה בריא היזיקא וגם אינו תלוי בדעת אחרים דלפימ"ש אין מקום לכ"ז:

ועל עיקר העמדת כל היסוד שמקשה עלי מר ממה שהרמב"ם ומרן ז"ל אזלי שלא לחלק בין דד"ג לגרמא דכולהו לדידהו מחייבי וכו' הנה מלבד מה שכבר כתבתי שדעת הש"ך ז"ל אליבא דמרן אינו כן וגם הר' קצה"ח מפרש כן בדעת הרמב"ם והלבוש בח"מ סי' שפ"ו יע"ש הנה בעתה מצאתי ראיתי עוד שכ"כ גם הגאון מהר"י איסקאפה ז"ל בס' ראש יוסף ח"מ סי' א' סק"ל עמ"ש הטור שם דדיני גרמות דנים בזה"ז וכתב מרן בב"י כלומר דינא דגרמי וכו' ועז"כ הר' ראש יוסף ז"ל דטעמא הוא משום דס"ל גרמא בנזיקין פטור וכו' ע"ש הרי דס"ל בדעת מרן דמחלק בין דד"ג לגרמא וכמ"ש הש"ך ז"ל ובפרט לפי מ"ש הש"ך בסי' שפ"ו ס"ק ה' שכתב וז"ל וגם על המחבר מה שרשם בתחי' הסי' ממה שמדבר הסי' נראה כן שכתב ורשם שפ"ו חילוק בין גרמא בנזיקין דד"ג וכו' ע"ש הרי לך שהש"ך מעיד בגודלו שהסימנים אשר במרן הש"ע שבתחי' הסי' הם ממרן עצמו ובזה יכול המוחזק לו' קי"ל כמרן נגד הרמב"ם מאחר דמרן עצמו מחלק בין דד"ג לגרמא בנזיקין וכו' ובהכי אזדא ליה תמיהתו על הש"ך שבסקפ"ב דלמה נייד בדעת המחבר ממ"ש הסמ"ע ז"ל וכו' ולפי מ"ש הש"ך הנז' וכו' אין מקום לתמיהתו עוד ומטעם זה נייד בדעת המחבר ז"ל וכו':

ומעתה מ"ש בתשו' הוא בא לפרש דבריו שבש"ע וכמ"ש הר' חוקות החיים ז"ל בסי' נ"ה דס"ט ע"א בסופו וע"ב וז"ל דיכול המוחזק לומר קי"ל כמ"ד שלא קבלנו הוראותיו בתשו' יע"ש ע"כ מש' דאפי"ה אם מרן בתשו' בא לבאר דבריו שבש"ע דלא אמרינן קי"ל דלא קבלנו הוראותיו למ"ש בתשו' ושאני הא שמ"ש בתשו' הוא פי' לדבריו שבש"ע יעש"ב:

עוד מאי דתמיה ליה למר מדברי מרן שבתשו' למה שפסק מרן בש"ע סי' שפ"ו ס"א בדוחק מטבע חבירו לים ולהפוחת מטבע חבירו דחייב אעפ"י שלא חיסרו וגם שם בס"ג פוסק להדיא דהמסלק חייב כהרמב"ם דכיון דכל דינים אלו לד' ר"י והרא"ש ודעי' ז"ל אינם אלא גרמא בעלמא כמו שהוכיח במישור הר' מהר"ש ן' וירגא ז"ל ומרן ז"ל גילה דעתו בתשו' זו דלא קי"ל כהרמב"ם בהא וא"כ היכי פסקינהו בש"ע לחיובא כהרמב"ם ולכאורה הדבר תמוה טובא ולא ידעתי מה לומר לישב דעת מרן ז"ל אהדדי והוא פלא עצום וכו', אחהמ"ר לענד"ן דאין כאן תמיה כלל מטעם דקי"ל דמרן בש"ע דרכו לפסוק כס' הרמב"ם דמאריה דארץ המערב הוא וכו' וכמו שכ"כ הר' י"מ בכללי הש"ע סי' י"ג

דקצ"ב ע"ב יעו"ש ובע"ג כתב וז"ל ובכנה"ג אה"ע סי' קי"ט הגהט"ו אות מ"ח מצאתי עוד חי' אחר דאף בב' פסקי דינים דסתרי זל"ז בש"ע אמרינן דבמקום אחד סתם כדעת הרמב"ם לבני א"י ומערב דגרירי אבתריה ומה שפסק במ"א כדעת החולקים על הרמב"ם הוא לשאר המקומות שלא קבלו עליהם לדון כדברי הרמב"ם ז"ל ע"ש ועי' לה' הנז' בכללי מוהריק"א דקצ"ג ע"א יעוש"ב וכ"כ הר' נר מצוה ח"ב סי' א"ך כללי הש"ע אות שי"ן סי' רמ"ז דפ"ו ע"א שכתב וז"ל וכ"כ בשכנה"ג סי' קנ"א הגהב"י אות ז"ך דדרך הרב בספרו הקצר לתפוס דברי הרמב"ם ככתבו וכלשונו וכן כתב עוד בסימן תס"א הגב"י אות ו' ואפי' אי הוקשה לו על דבריו בב"י אפי"ה מעתיק לשונו בש"ע ואינו שולח בו יד להגיהו גם דרכו לפסוק בש"ע כס' הרמב"ם דמאריה דאתרא דארץ המערב הוא כמ"ש מהר"ש הלוי ז"ל א"ח סי' ט' עכ"ל וכ"כ בשכנה"ג א"ח סי' תצ"ה הגהב"י אות ה' וז"ל ידוע הוא שס' הקצר מיוסד כולו עפ"י סברת הרמב"ם דמאריה דארץ המערב היה ובה' זה סתם הכל עפ"י סברת הרמב"ם דנהיגי בארץ המערב כוותיה וכו' והביאו השו"ג בכלליו אות י"א וכתב ותן לחכם ויחכם עוד כלל אחר מכלל זה והוא דהיכא דפסק בב"י כהרי"ף והרא"ש ובש"ע כהרמב"ם שחולק עליהם אין לתפוס דפליג דידיה אדידיה מב"י לש"ע דבב"י פסק כהרי"ף והרא"ש לכל המקומות ובש"ע פסק כהרמב"ם לארץ המערב בלבד ע"ש ועוד עי' לה' הנז' בכללי הש"ע אות י"ב יעו"ש ומה שתמה עליו הר' משק ביתי מע' הטי"ת וכו' עי' לה' שדי חמד בכללי הפוסקים סי' י"ג אות ד' יעוש"ב עוד עי' לה' שדי חמד בכללי הש"ע סי' י"ג אות ג' וד' מ"ש בהאי כללא יעוש"ב:

גם מ"ש מני"ר נר"ו דפסקינן כהש"ע נגד דבריו שבתשו' וכו' הנה מלבד מ"ש לעי' אפי' יהיבנא ליה כל דיליה אפי"ה מאי דפשיט"ל למר הכי אינו מבורר כאשר אבאר בס"ד, הנה הר' חיים שאל בסי' ע"ד אות י"א כתב דהתשו' שהם הלכה למעשה עדיפי מהש"ע ע"ש שהביא מרבו הר' נח"ב והר' משאת משה ונראה מדבריו דכשהם סותרים התשו' עדיפי ונקטינן כהתשו' היפך הש"ע ועי' לה' כל החיים מע' יו"ד אות ז"ן וז"ל מרן הק' ז"ל היכא דדבריו סותרין ממ"ש בב"י למ"ש בתשובותיו יש לנו למינקט כמ"ש בתשו' כן הוכרחתי בתשו' ששלחתי לבבל יע"א מדברי הר' חיים שאל ח"א סי' ע"ד סי"א שכתב ודבריו בתשו' הם הלכה למעשה בפרטות ועדיף מש"ע יע"ש הרי דהתשו' עדיף מהש"ע ומאחר דקי"ל דהיכא דסותר מב"י לש"ע הש"ע עיקר כמו שכתב הר' שו"ג בכללי הש"ע אות י"ג יע"ש כ"ש כשסותר מב"י לתשו' שהתשו' עיקר דעדיף מהש"ע ועוד הבאתי ראיה מדברי מהרמ"ז בתשו' בס' חק"ל מ"ב דקע"ד ע"ב שכתב וז"ל דלהוציא מיד המוחזק אין בנו כח להוציא מפסקי מרן בתשו' ומכ"ש עפ"י מ"ש בב"י דרך שקלא וטרייא אי הך

דחיה הריב"ן יע"ש דשמעת מינה דעדיף כח התשו' ממ"ש בב"י כמו שהארכתי בפסקי הראשון והשני יעו"ש בסו"ד והנה בעתה רואה אנכי כי עמדו הפוסקים ז"ל בכיוצא בזה בדעת הרא"ש כשסותר דבריו מתשו' לפסקיו כמאן עבדינן כי לפי דברי מרן בב"י חיו"ד סי' קס"ט כתב בדעת הטור דסובר כי מ"ש בתשו' עיקר וכ"כ בסי' ר"א יעו"ש ובתשו' פ"מ ח"א סי' י"ב דז"ך ע"ב וכן נראה מתשו' מהרי"ל סי' ע"ב דהתשו' עיקר שהם הלכה למעשה והר' כנה"ג ח"מ סי' ע"ב בהגהט"ו אות ס"ח ובתשובת בעי חיי חח"מ ח"א סי' ס"א הביא מחלוקת בזה וסו"ד כתב שם בתשובות בעי חיי דכ"ו ע"א הכלל העולה דלא נמצא מי שיאמר דהתשובות עיקר זולת מהרי"ל וכו' ועי' שם בהגה ובס' מטה שמעון ובס' נר מצוה מט' א' ומה גם כי מצינו למרן בב"י בתשובה לחלק אה"ע סי' ב' שכתב שהפסקים עיקר וכמ"ש הכנה"ג שם ונראה לומר כי יש לחלק דוקא בהרא"ש שיש לו פסקים ותשובות הוא דאיכא מרבוותא דסברי כשסותר מתשו' לפסקים דהפסקים עיקר יען ספר הפסקים הם כולי אורייתא דיליה שחברו בכונה מכוונת לברר הדינים לפי מה שהוא הלכה פסוקה אז עדיף כחו יותר מתשובות שהיו לפרקים משא"כ בחיבור ב"י שהוא בא להביא כל הסברות ובדרך שקו"ט והוא חיבור אז התשו' עדיף ועל דרך שכתב הר' מהרי"ל וביאר דבריו הר' כנה"ג בס' ב"ח דעם שכתב מהרי"ל דמחבר שעשה חיבור ויש לו תשובות דהתשובות שהם להלכה הם עיקר עכ"ז אפשר שיודה בהרא"ש דאם סותר מפסקיו לתשובותיו שהפסקים עיקר ועדיין צ"י ועי' למרן זקני הר' חק"ל ז"ל ח"מ ח"א סי' צ' יעו"ש וכ"כ הר' חוקות החיים ז"ל חח"מ סי' נ"א בדס"א ע"ב וג' וד' והגם שהרב הפוס' הביא מ"ש הח"ש בהשמטות כבר דחה דבריו הר' הנז' בדע"ה ע"ב וע"ג שהביא דברי הר' פנים מאירות שכ"כ להדיא וישב הסתירה הסותרת למה שפסקו הפוסקים כפסקי הרא"ש היכא דסתרי לתשו' ע"ש ומ"ש הר' מר ואהלות שהביאו הרב ויקר"א בכלליו אות פ"ג ואית פ"ד דכשסותר מרן דבריו מתשו' לב"י כב"י נקטינן שמהם למד ה' הפוסק הי"ו לומר דכ"ש לגבי הש"ע באמת הוא תימה שהרי להדיא כתב בכנה"ג ח"מ ח"ב סי' ע"ג דהתשו' עיקר מתרי טעמי חדא מפני שהם הלכה למעשה ועוד דכיון דכמה פעמים מזכיר חיבורו בתשובותיו חזרו התשו' להיות כפסקים וראוי לפסיק כתשו' ע"ש ועי' שם באות פ"ג וכבר תמה עליהם הר' שדי חמד יצ"ו בכללי הפוס' סי' י"ג אות ל"א דכ"ב ע"א תמיהה זו ובחוקות החיים שם הביא מחלוקת גדולה בזה ע"ש ישוב הסכים דל"מ לגבי הב"י דודאי התשו' עיקר אלא דגם לגבי הש"ע התשו' עיקר כאמור כיוצא בזה הביא הר' שערי רחמים חח"מ דמ"ז ט"ב מד' הר' משאת משה בשניות חח"מ סי' י"ג דהתשו' עדיפי מהש"ע שהם הלכה למעשה ואי"ל קי"ל נגדו והביא כן עוד מדברי הר'

חי"ש הנז' ושכ"כ הר' חוקי חיים סי' ט"ל הר' מהר"מ סוזין שבתשו' מים קדושים דכ"א ע"ד עכ"ד, ועי' בס' הבהיר פ"י ח"א סי' י"ז דק"ג ע"ד ודק"ד שהביא מחלוקת אי קבלנו היראות מרן גם בתשו' או לא וא"כ יכול המוחזק לומר קי"ל יעוש"ב ועמ"ש בהשמטות כבר נתבאר לעי' ועי' עוד להר' הנז' נר"ו שם דק"ט ע"ב שהביא משם החק"ל וז"ל ועוד שכבר הסכימו עד וזה ברור גם ע"ש בדקי"ז ע"א מ"ש משם הר' הפו' כמהר"א חזן נר"ו שהתשו' הם עדיפי מהש"ע והביא גם מ"ש בהשמטות יעוש"ב והגם כי הר' הנז' שם ע"ב חלק עליו הוא דוקא לאפוקי ממונא שאין בנו כח אבל לאחזוקי ממונא כנ"ד הא ודאי דאמרי' דהלכתא כתשו' דמי יאמר לו שלא לו' קי"ל אחר פסק המבי"ט אמר יוסף וכו' ובשמיטה זו שהיא שנת השל"ד ושם כתב עוד וכו' הרי לך תשו' שהיתה בסוף ימיו שבשנת השל"ד עלה לשמים כמ"ש גאון עוזינו החיד"א ז"ל בשה"ג ח"א מע' יו"ד אית נ"ה א"כ איפה מאן פלג לן לומר שהתשו' זה שמחלקת בין דד"ג לגרמא וכו' היתה קודם הש"ע והלא המ"ע הראיה לברר שהיתה קודם חיבור הש"ע בכדי שנאמר שחזר בו ומכ"ש דהתשו' היא הלכה למעשה ועדיפא וכמש"ל הן אמת שמה שכתב בשם הר' משאת משה ז"ל דעדיפי התשו' מהש"ע שהם וכו' הרואה יראה שהר' משאת משה ז"ל לא כתב אלא דקבלנו הוראותיו גם בתשו' אבל שיהיו עדיפי מהש"ע לא כ"כ אלא הר' חי"ש ז"ל ואפשר דאיהו הר' שע"ר בקי במילי דאבות וידע לה מר דהכי ס"ל להר' משאת משה כהר' חי"ש ז"ל וא"כ נפק"ל מינה דלפי"ז גם הר' משאת משה אזיל ומודה דכשסותרים התשו' להש"ע תשו' עדיפי ובפרט למ"ש הר' שה"ג מע' טי"ת ד"ה טור וב"י דהדפסת הש"ע כולם נשלמו בשנת שכ"ג לטף הששי ומצינו בתשו' מרן שבאבקת רוכל בפסק השמיטה סי' כ"ה שהיתה בש' השכ"ז שהוא שנת שכ"ו ומן התימה ע"ד הר' ישמח"ל בח"מ דע"ב ע"א שכתב וז"ל וא"כ מה לנו לתשו' מרן הנז' נגד פסק הש"ע אשר הוא עיקר קבלתינו דאף להסוברים שקבלנו הוראותיו גם בתשו' מודים הם שדבריו שבש"ע המה עיקר ללכת אחריו כ"ש וכו' ע"ש וזה פלא שמן המבואר יוצא דהר' חוקות החיים והר' פנים מאירות והר' משאת משה וה' חי"ש ז"ל ס"ל איפכא והיותר פלא דהתם בדף הנז' תוך ע"ב הביא דברי ה' חוקות החיים במקום דאיירי בהאי עניינא ע"ש ואיך לא זכר שר לשארית דב"ק הנז' ובדבר שמועת ה' שער המים ז"ל שהובאו בס' חוקי חיים סי' ט"ל וקיימה ה' ראש"ל כמוהר"מ סוזין ז"ל שלא קבלנו ס' מרן ז"ל כ"א בב"י ובש"ע אבל לא בתשו' ועי' לה' ויוסף אברהם דיין הנ"מ בסי' כ"ו דקע"ה ע"ב שהביא ראיות מוכיחות לסותרה יעוש"ב ובסי' כ"ז דקפ"א ע"א כתב וז"ל כתב עליו ולכאורה דבריו דברי תימה וכו' עד נלך אחריהם, עוד כתב שם לחלק בין דברי הרא"ש ז"ל שיש לפסוק כפסקיו

לבין דברי מרן בתשו' וז"ל ועוד שהרי כתב מרן בהקדמתו וכו' עד הן מצד שהם אחרונים והן צד שהם הלכה למעשה יעו"ש ע"כ, עוד כתב בדקפ"ב וז"ל ולולי דמיסתפנא וכו' כי ידוע לנו הדבר שהתשו' חיברם מרן אחר חיבור ב"י ע"כ ולפי"ד אלה נמצא התשו' הם עיקר כיון שנתחברו אחר הב"י לכן לענין פסק הלכה התשו' הם עיקר וכמ"ש ה' הנז' עצמו שם ע"ב וז"ל ואם אנחנו קבלנו את דבריו בחיבור ב"י ובש"ע כ"ש מ"ש בתשו' ע"כ וע"ש במה שהאריך הרחיב בדבר ועי' עוד לה' הנז' שם בדקפ"ג ע"א וב' יעוש"ב ועי' לה' שער אשר ח"ב סי' כ"ג דל"ד ע"ד שכתב להיפך מ"מ לגבי קי"ל ל"מ מידי וגם כבר ידוע דאנו קבלנו הוראות הרמב"ם והיכא דפליגי יכול המוחזק לו' קי"ל דעבד כמר עבד וכמ"ש ה' בית אברהם על הש"ע בסי' ס' יעוש"ב ועי' עוד לה' שער אשר ז"ל ח"ב סי' כ"ג דל"ד ע"ג וד' יעו"ש, ומ"ש להביא הרב הפוס' מדברי הרא"ש ז"ל מפסקיו לתשו' הנה גם בזה במחלוקת שנויה ועי' לה' נר מצוה ח"ב בכללי הפוס' אות י"א יעוש"ב, וגם מרן הב"י בטור יו"ד סי' קס"ט ור"א דהטור אזיל בתר דברי אביו שבתשו' כתב שם מרן שזה סותר למ"ש הוא עצמו בח"מ סי' ע"ב והי' דאע"ג דלאו כללא כייל לן דבכ"מ שדבריו סתראי נינהו דאזלינן בתר הפסקים אלא בההיא תשו' דוקא קאמר שהיה ידוע לו שדבריו בפסקים היו אחרונים לה ע"כ ועי' לעט"ר הרמ"ז בכנסייא שלו ח"מ סי' ע"ב בהגהט"ו אות ס"ט יעו"ש:

ואתה קח לך מ"ש הר' ויוסף אברהם דיין בסי' כ"ז דקפ"ב ע"ב יעו"ש ועי' להר' שדי חמד בכללי הפוס' סי' י"א אות ח' וגם שם הביא לנו בתשו' משיב דבר שכתב בודאי מה שכותב הפוס' איזה דין שהשיב הלכה למעשה הוא עיקר נגד מ"ש בפסקיו דרך לימודו וגם סייעתא דשמייא עדיף בשעת מעשה ומה שהסכימו הפוס' ז"ל שסומכין על דברי הרא"ש בפסקיו יותר מעל התשו' אין זה מסברא אלא מפי בנו ר' יאודה ומסתמא ידע דהפסקים היו אחרונים לתשו' וחזר בו וכו' ואני הדל וכו' באומרה אלי הסכמת רבני האחרונים ז"ל הוא לאידך גיסא שהתשו' הם עיקר נגד הפסקים וכו' יעוש"ב ועי' למ"מ בתשו' ב"ח ח"א סי' ע"ג שכתב על תשו' מרן שברור לנו שהיו אחרונים רובן שפעמים מזכיר חיבורו בתשו' חזרו התשו' להיות כפסקים וראוי לפסוק כתשו' ע"כ עוד עי' לעט"ר הרמ"ז בכנה"ג ח"מ סי' ע"ב בהגהט"ו אות ס"ט שהביא לתשו' מהרי"ל בסי' ע"ו שכתב שיש לילך אחר התשו' יותר מהפסקים שלא היו בשעת מעשה וכתב הר' ויוסף אברהם הנז' סי' כ"ז דקפ"ב ע"א וז"ל מדבריו אלה נראה עד ואם אנחנו קבלנו את דבריו בחיבור ב"י ובש"ע כ"ש מ"ש בתשו' ע"כ ובפרט בנ"ד דמרן בש"ע במחלוקת שנויה בין הסמ"ע ובין הש"ך ז"ל בדברי מרן אם הוא מחלק בין דד"ג לגרמא ובתשו' מפו' פשוט דנקטינן

כמ"ש בתשו' מפו' יוצא דמחלק בין דד"ג לגרמא וכמ"ש הר' חוקות החיים בסי' נ"א דס"ט ע"א בסופו שהבאתי לעיל וכו' ובע"ב כתב וז"ל ועמ"ש רו"מ נר"ו איזה מהם חיבר תחי' הב"י או התשו' לזה אנכי אומר כי אין סדר למשנה כי ב' כאחד היה מחבר שהיה עוסק בחיבורו ב"י ומאי דביני ביני וקודם ואחריו היו באים לו שאלות והיה משיב אלא שאם היה באיזה תשו' לכתוב זמן בפי' אזי יש לנו בירור אם היה קודם זמן ב"י או אח"כ ולא מצינו כ"א בחי' הכ"מ והב"י והש"ע ובה' שיש בירור שחילוק דעות איזה מהם חיבר תחי' וכמ"ש בס' שו"ג שם אות י"ג ובס' נר מצוה ח"ב מע' השי"ן אות רמ"ז ובתשו' שיירי מנחה במע' הקי"ל אות כ"ג וז"ל חי' הכ"מ עשאו מרן אחר חי' הב"י אדמ"ק חיו"ד ח"ב סוס"י ט' פני אהרן א"ח סי' י"ג די"ט ע"ד אשר ממנו נקח לנ"ד דלא ידעינן הי מנייהו קדים אם התשו' או הש"ע ולא יש בירור המע"ה ויכול המוחזק לו' קי"ל ע"ש וכיון דלא מכרעא התשובה הזאת אם היתה אחר הש"ע אי קודם יכול המוחזק לומר קי"ל דהתשו' היתה אחר הש"ע, ועדיפא מינה מצינו להרשב"א ז"ל הובאה בב"י סוס"י ס"א שנשאל באיזה ענין רא"י להשתמש במימרא דכל מילתא דלא צריך לטפויי מילתא אתא והשיב דאין כח בידינו לדון בדמיונות אלא מקום שאמרו אמרו במקום שלא אמרו לא ידענו מה ואין כח בידינו לדון בו והביאו הר' תוח"ס סי' רכ"ו ורכ"ז וכתב שם וז"ל שעם היות אמת שיש להתישב בדברי הרב אלו דבמקומות אחרים מצינו לו שאומר להיפך ומשמע דס"ל דדרשינן לישנא יתירה בכל דוכתא מ"מ מידי גמגום לא נפקא ושמא זאת התשובה היא אחרונה ומי יבא אחריו ע"כ וא"כ כ"ש הוא בנ"ד:

ולך לך אל הרב ויוסף אברהם סי' כ"ז דקפ"ב ע"ב בפסקת א"ן וז"ל דבמקום שדבריו סתראי עד ואזלינן בתר הפסקים ע"כ. יצא יצא לנ"ד דהתשו' הם אחר הב"י וכמ"ש הרב הנזכר בד' הנז', וכי תימא דבנ"ד הנתבע הוא מא"י ולא מצי למימר קי"ל נגד מרן הב"י וכמ"ש הר' גו"ר כלל ה' סי' י"ז בסופה וז"ל ויש מקום לדחות דהא דאמרינן דלא אמרינן קי"ל כמאריה דאתרא הוא דוקא כשהיה הנתבע מאתריה אמנם הכא בנ"ד דהנתבע לאו מאתריה דמרן הוא ויכו"ל קי"ל דחולקין עליו אע"ג שהוא עתה לפנינו ובא להתדיין עם בעל דינו והטעם הוא משום דסוגיין דעלמא התובע הולך אחר הנתבע וכיון שכן ראוי לדון את הנתבע כמנהג מקומו ואין לנו לומר שלום לכם כמנהג מקומנו ולא מפני שבא לו אצל התובע שלא מן הדין יפסיד את זכותו ע"כ:

אשיבך במילין שכתבו רבני שאלוניקי יע"א אשר הובאו דבריהם בראש"ל בס' נד"ל ח"ב ח"מ סי' מ"ו דפ"ט ע"ד וז"ל ואע"ג דהתובע דנ"ד עיקר דירתו מדמשק ונתיישב באזמיר יע"א דהוי אתרא דדייני בדגל הקי"ל וא"כ היה מקום לומר דכיון דהתובע דר במקום

דדייני בדין הקי"ל ומצי לומר קי"ל גם הנתבע הדר בדמשק יע"א יכו"ל קי"ל ומצי פטר נפשיה כס' ר' אפרים ז"ל וכמו שכן למד החק"ל בח"מ ח"א סי' ק"ן מדברי הר' שמחת יו"ט ז"ל דכיון דאחד מב' הוא דר בחו"ל ומצ"ל קי"ל גם שכנגדו הדר בא"י יכו"ל קי"ל וא"כ ה"ן בנ"ד מצי"ל הנתבע קי"ל כיון דבע"ד דר בחו"ל ויכול לומר קי"ל וכו' יעו"ש:

והנם כי הרבנים שם דחו לה בנדונם הוא משום דהעסק נעשה בדמשק אתרא דלא דייני בדגל הקי"ל לא כן בנ"ד דהכל נעשה באתרא דדייני בדין הקי"ל ויכו"ל קי"ל אף ן' א"י שהוא הנתבע יכו"ל קי"ל כיון שהתובע יכו"ל קי"ל וכו' דכיון דהעסק נעשה באתרא דנשאי דגל הקי"ל וכמו שיעו"ש בדברי הרבנים ז"ל שם יעו"ש במ"ש לחלק בין מ"ש הר' ב"ח והר' בעי חיי יעוש"ב ועי' להר' גנזי חיים במע' הקי"ל אות כ"ט בתו"ד היכא שהעסק נעשה הולכים אחריו יעו"ש וכן מצאתי ראיתי להר' חקק"ל ח"ב ח"מ סי' ג"ן דקע"ד ע"א וב' וכמו שחייבו רבני טבת"ו את הנתבע ללכת לדמשק יע"א ולדון שם עפ"י פסק מרן כיון דהעסק נעשה שם וכאשר מוכח כן ג"כ מתשו' ראש"ל כמהר"מ סוזין ז"ל וכמ"ש הר' הנז' סי' ג"ן יעו"ש ועי' לעט"ר הרמ"ז בס' בעי חיי ח"מ סי' קנ"ח דקפ"ח ע"ב בפסקת כ"ש בנ"ד וכו' וכמה כרכורים כרכרו הריב"ש ומהרש"ך ז"ל לו' דכיון דנעשה העסק במקום ההוא יתדיינו כפי המנהג שנוהגים במקום העסק מינה נדון בנ"ד שנעשה פה העסק בעי"ת אזמיר יע"א שראוי להתדיין כמנהג אזמיר ואף אם היה העסק נעשה בעיר ליוורנו יע"א לא אמרו הריב"ש ומוהרש"ך ז"ל דהולכין אחר מקום שנעשה העסק אלא דוקא כשהתובע והנתבע היו במקום שנעשה העסק וכו' יעו"ש ונ"ד כולהו איתנהו ביה גם י"ל דאזלי' בתר מקום שחל החיוב וכמ"ש החק"ל מ"ב ח"מ סי' ד' דקע"ה ע"ד בסי' וז"ל גם מ"ש דכיון דהתובע דהיינו היורשים אינם מבני א"י אי מצו אמרי קי"ל כבר ביארתי לעיל דכל שהחיוב חל בחיי המוריש הדר בא"י קם דינא ולא מצו למימר קי"ל עכ"ל ובדק"ף ע"א כ' וז"ל וכבר ביארתי לעיל שכל שחל החיוב בחיי המוריש הדר בא"י ת"ו ל"מ יורשיו לו' קי"ל, גם הרב אות היא לעולם במע' הקי"ל דקמ"ג ע"ד כתב וז"ל וכולם כאחד בהסכמה עלו דגם בדברים התלוים במנהג המקומות כל שמעיקרא בשעת הלואה שם נמצאו ושם היו ב' גם יחד המלוה והלוה במקום אחד הגם שאח"כ עקר דירתו הלוה למ"א דמשתנה המנהג וכו' עכ"ז בתר מקום השעבוד אזלי' דמקום השעבוד בשעת ההלואה הוא עיקר וכו' ע"ש ועי' למ"מ בס' בעי חיי ח"מ סי' קנ"ח דקפ"ז ע"ד מ"ש בדעת מהרש"ך ז"ל וז"ל ע"ז כתב הר' שאף אם הלכו למ"א חייבים להתנהג עפ"י מנהג שנהגו במקום שנעשה העסק ע"כ וכ"כ מוהריק"ש ז"ל בס' ערך לחם סי' כ"ו ס"ב יעו"ש ובתשו' אהלי יעקב סי' ס"א יעו"ש והובאו דבריהם בחקק"ל ח"ב ח"מ סי' ג"ן דקע"ה ע"ב

ע"ש, ומינה לנ"ד דכיון שהחיוב חל בחו"ל גם הנתבע יכו"ל קי"ל והיינו ממש במקום שנעשה העסק שהוא מקום שחיוב חל וכו' ועוד יש לי להביא ראיה עצמית לנ"ד אם התובע הוא נושא דגל הקי"ל גם הנתבע יכו"ל קי"ל ממ"ש הר' אות היא לעולם ח"ב במע' קוף אות צ"ד בקי"ל דקמ"ג ע"ד שכתב וז"ל דאייתי שם לסיועי מנייהו לדברי הר' גו"ר וכו' עמ"ש מהרא"י ז"ל במה שרצה לו' דאין התובע יכו"ל קי"ל כיון דמאתריה דמרן הוא וע"ז חלק עליו הר' גו"ר שם סי' י"ז וכתב דכיון דהנתבע לאו מאתריה דמרן ויכו"ל קי"ל ה"ה גם התובע יכו"ל קי"ל וכו' ע"ש גם הר' כמהר"מ אהרן הלוי ז"ל הוב"ד בס' חקק"ל ח"ב סי' ג"ן דקע"ד ע"ג כ' וז"ל שגם הוא לא דבר כ"א דוקא כשגם התובע מא"י יכו"ל קי"ל ולך נא ראה לדברי הר' אות היא לעולם שם דקמ"ה ע"ב וז"ל זאת מאיתו דכל לגבי דידי לא שמיה מתיא לנ"ד ורב המרחק ביניהם דשא"ה דכל עיקר הליכתו אל המקום ההוא לא היה על היותו מן המקום ההוא מתחי' אלא התובע היה מחו"ל מעיקרא דתפסי דגל הקי"ל וכשנשא ונתן עמו איתן מושבו היה בחו"ל ומן הסתם אדעתא דהכי התחיל לשאת ולתת עמו דאם יצטרכו לעמוד בדין על איזה הפרשיות שיפול ביניהם יתדיין עמו עפ"י מנהג מקומו דוקא ע"ש:

נפקא מינה לנ"ד כיון דהנתבע אי תפס יכו"ל קי"ל כיון דלאו מאתריה דמרן הוא גם התובע הגם דהוא מאתריה דמרן יכו"ל קי"ל כיון שהוא מוחזק בממונו ואנן בעינן שיהיו ב' במקום שלא נהגו בדין הקי"ל אבל בנ"ד ב' עומדים במקום דדייני בדין הקי"ל ובפרט למה שהוכחנו במ"א כי יען המעשה כולו נעשה באתרא דנושאים דגל הקי"ל:

ואולם אנכי הרואה בדברי הר' הנז' שלא זכיתי להבין כן בדברי הרב גינת ורדים כאשר אמר מר דלא מתבאר כן מדבריו כ"א לצד אחד ולא לב' הצדדים כאשר כתב הר' הנז' ואולם כבר הורה זקן ואין משיבין את הארי וכן אמר מר הר' חקק"ל ח"ב ח"מ סי' ג"ן דקע"ד ע"ג משם החק"ל שכן הבין בדברי הר' כמהריט"א ז"ל בס' שמיו"ט יעו"ש וז"ל שם כי מה שעשה עיקר מדברי הר' ז"ל לתובע כנתבע אפי' שהוא מא"י הוא כדי לו' קי"ל להחזיק במה שבידו עכ"ל ועי' בחק"ל מ"ב חיו"ד סי' כ"ז ד"ע ע"ג ס"ט שכתב וז"ל ותחי' אפרש דבריו שבאו קצת סתומים והוא מבואר בדבריו דבא לדחות דברי הר' שמיו"ט דאין מקום להקל לתובע הדר בא"י לו' קי"ל נגד דעת מרן מאחר דבני א"י תו' קבלו עליהם ס' מרן ז"ל ואין להם שום היתר לטעון נגד דעתו והכריח הדבר דלפי דברי הר' דתלה הדבר משום דבעל דינו עומד בחו"ל ומצי"ל קי"ל גם התובע העומד בא"י אומר קי"ל לפי טעם זה יתחייב דגם אם העומד בא"י הוא נתבע מצי"ל קי"ל כיון דאי מתרמי דתפס התובע שבחו"ל אומר קי"ל גם הנתבע אומר וכו' יעוש"ב:

ואע"ג דהר' נד"ל הנ"ל שם בסי' מ"ז דחה דבריהם מ"מ לנ"ד גם הר' נד"ל אזיל ומודה האחת כי בנ"ד הוא להוציא ממון מיד המוחזק לא כן נדון הר' הנז' וכו' גם את הב' דאין הדבר תלוי בדעת הדיין כ"א בדגל הקי"ל כידוע וכיון שכן ס"ד בעת העסק לדון בדגל הקי"ל כיין ששניהם הם במקום דדייני בדין הקי"ל והו"ל כנימוסי דת הסוחרים לדעת הר' מהרש"ך בסי' רכ"ט ואדעתא דהכי נחתו כשעשו העסק. גם את הג' כיון דרבני שאלוניקי יע"א והר' מהר"מ סוזין ז"ל פסק כן מי הוא זה ואיזה הוא אשר ימלאנו לבו להוציא מיד המוחזק ומנא תימרא שגם הר' נד"ל אזיל ומודה הוא ממה שיראה הרואה שם בדב"ק שהביא ראיה לדבריו שם דפ"ט ע"ד מדברי תשו' מהר"ם שהובאו במרדכי וכו' וכתב שם וז"ל מבואר שפיר דאפי' במקום שמחויב להחזיר אותו דבר שהוא תפוס מכח חיוב התורה דחייבתו שלא לחבול דבר שעושה בהן אוכל נפש או עפ"י החרם דאי מפקינן מידו הרי איבד חזקתו אפי"ה דיינינן ליה כמוחזק לזכות מכח מגו או לו' קי"ל לזכות בטענתו כ"ש היכא דממונו בידו ואין מי שיחייב אותו להוציא מידו יעוש"ב, אף אנו נאמר כן בנ"ד הגם דנימא שהוא חייב לפרוע כפי פסק מרן מ"מ כמוחזק דיינינן ליה ויכו"ל קי"ל דאפי' בחרם החמור אמרה הר' וכ"ש אנן נימא הכי בקבלת מרן דאי' למימר דאדעתא דהכי לא קבל עליו ס' מרן וכנ"ז וכן יש להשיב ע"ד הראש"ל כמהרד"ח ז"ל הובא בחק"ל מ"ב חיו"ד סי' כ"ז אות ט' ד"ע ע"ג וד' יעו"ש דבנ"ד אזיל ומודה כיון דהעסק נעשה שם ואדעתא דמקום העסק נחתי דיכו"ל קי"ל וכמ"ש הר' גנזי חיים האמור לעיל ע"ש והגם כי הר' נד"ל וגם הרב גנזי חיים ז"ל הביאו כי ס' הרב חוקי חיים דחה לה מ"מ לענין קי"ל ליכא מאן דמרמי לה ועי' להרב החביו"ף ז"ל בס' גנזי חיים במע' הקי"ל אות ג' דקכ"ז ע"ב שכתב וז"ל מבואר שפיר דאפי' מדברי הרב שמיו"ט בסי' ל' דקי"ג ע"א דהיכא דאומר הנתבע קי"ל גם התובע אפי' הוא מא"י ת"ו יכו"ל קי"ל וכ"כ בתשו' מהר"מ סוזין בתחי' ס' שם חדש כמו שיעו"ש וע"ד הר' כמוהר"מ סוזין ז"ל כבר השיב הראש"ל ח"ק אג"ן הסהר בס' חוקי חיים ז"ל סוס"י כ"ב דמ"ב ע"ד יעוש"ב עכ"ל:

ותמיהני על המראה דמה בכך אם דחאה פו' אחד והרי הרב עצמו שם אות ח"ל דקל"ב ט"ג כתב וז"ל סברא דחייה בסברא שדחאוה הפוס' ז"ל אי מצי למימר קי"ל הנה ראינו בס' ר' אפרים והסמ"ג וגאון אחר ז"ל דדחו סברתם מוהריק"ו שו' קפ"ג וכתב דאין לו' קי"ל כוותייהו גם הרב"ח ח"מ סי' ע"ז דחה סברא זאת שמביא כן בשם סמ"ג עכ"ז יש למוחזק לו' קי"ל כיון דלפי האמת הרי איכא ב' המסייעים למוחזק וכמ"ש בתשו' הר' פני אהרן ח"מ סי' ב' דפ"א ע"ב ובס' צרור הכסף בחח"מ סי' כ"ח וכן הסכים הרב מהרש"ף שם וכן דעת מהר"ש גאון לפי מ"ש בפי' דבריו שם עי"ש, וכ"כ הרב ד"מ ח"מ ח"ב סי'

ק"ו דקכ"א סע"ד וז"ל ואף כי הרב פ"מ הביא דבריו שם ודחאם מהלכה מה בכך הרי אעפ"י כן יכולות הנשואות לו' קי"ל כהר' מהריב"ל וכפי' הר' נ"מ ז"ל דס"ל דמהרשד"ם ז"ל קאי כוותיה ולא נעלם מעיניה דמני"ר הי"ו דיכול המוחזק לו' קי"ל כסברת הפוס' אף שבא אח"כ פוסק אחר ודחה דבריו כמו מעין זה כתב האדון שיחיה וכו' ע"ש וסיים עליו בסיפא דמילתא וז"ל גם בזה אפי' אם יהיה שמביא איזה מחבר ס' פוס' אפי' שהיא ס' חדשה שאינה כתובה בשום ספר והוא בעצמו דחאה עכ"ז מצי המוחזק לו' קי"ל ועמ"ש בסה"ק נשמת כל חי ח"ב ח"מ סי' טו"ב דמ"ג ע"א יעו"ש ועמ"ש בסה"ק חקק"ל ח"ב ח"מ סי' ל"א דקל"ה ע"א יעו"ש, ועי' עוד שם אות כ"ה יעו"ש שכתב שיכו"ל קי"ל ועי' בס' חוקות החיים סי' נ"א דס"ה ע"א וז"ל מרן בב"י מק' על הרמב"ם והטור ואפי"ה פוסק בש"ע כוותייהו דלא בשביל שיש לו תמיהה פליג עליה בדין יעוש"ב ולך נא ראה להרב אית היא לעולם ח"ב במע' הקוף אות צ"ד בדין מקי"ל דקמ"ב ע"א וב' וז"ל גם אנו נאמר שהאיש הזה כשנשא ונתן וכו' לא היה אלא אדעתא וכו' ואומדנא דמוכח הוא זה ג"כ וכ"ש אי נרצה לצרף טעם ב' דבכ"מ יפה כת המלוה וכו' יעוש"ב:

אשר ממנו נקח לנ"ד דתרי טעמי איתנהו ביה אי מטעם האומדנא גם פה אמדינן דעתיה כשנשא ונתן עמו באתרא דדייני בדגל הקי"ל הי"ל לדון עמו שם וס' גדולה היא זאת שהא ודאי דבאופן זה לא קבל שהתובע יכו"ל קי"ל והנתבע לא יכו"ל קי"ל ואמינא לה מדברי הרב חקק"ל ח"ב ח"מ סי' ג"ן דק"ה ע"א וז"ל דמה יושיענו מה שהוא צריך לקבל וכו' דאם יש לו דו"ד עם אחד וכו' ה"ה כאנשי אותה העיר ואם בא יבוא להתדיין עם אחד מבני העיר עד לקרוא וכמ"ש ח"מ הרמ"ז בכנה"ג ח"מ סי' י"ד בהגהט"ו אות כ"א יעו"ש ואי מטעם הב' דבכ"מ יפה כח המלוה אף כאן יפה כח הנתבע ואם התובע ידון בדגל הקי"ל והנתבע לא יוכל לשאת דגל הקי"ל נמצא נגרע כחו של נתבע וכן לא יעשה וע"ש בע"ג וד' ובפרט דכל עיקר דגל הקי"ל הוא להקל על הנתבע שהוא מוחזק בממונו וא"ת שהנתבע אינו יכו"ל קי"ל נמצא שהוא חומרא לנתבע וכ"ת משום קבלתו לס' מרן יכולים אנו למימר שלא קבל עליו ס' מרן אלא דוקא כשהנתבע הוא כמוהו לא כן באופן שהתובע אם תפס יכו"ל קי"ל ועליה נחמיר ואמינא לה מדברי הרב מ"מ ח"ב סי' ח' דל"ג ע"ג וז"ל ובאמת דינא קא מישתעי בהא ובלא"ה טעמא נמי נלע"ד דשפיר מצי טעין קי"ל דהרי עיקר טעמא דנהוג דאתרוותא דנהוג וכו' דהרי סברו וקבלו למידן כוותיה באתריה ע"כ ואף אנו נימא הכי בנ"ד דלא קבלו למידן כמרן ז"ל כ"א באתריה אבל לא בהיותו בחו"ל והוא דן עם אנשי חו"ל וגם העסק נעשה בחו"ל וגם יש לי ראיה עוד

מדברי החקק"ל ח"ב סי' ג"ן דקע"ה ע"א שכתב שם דבעינן שהקבלה לא איתיליד בה שום ריעותא יעו"ש:

ולכן בנ"ד דאיתיליד בה ריעותא שהעסק הוא בחו"ל וגם כי התובע יכו"ל קי"ל וכו' וגם הרב ראש"ל כמהר"מ סיזין ז"ל הוב"ד בס' חקק"ל ח"ב סי' ג"ן דקע"ה ע"ב דחייב להנתבע ללכת עמו לדון במקום שנעשה העסק שם או משום שהנכסים שם וא"כ בנ"ד שהעסק בחו"ל אתרא דדייני' בדין הקי"ל יכו"ל אף ן' א"י שהוא הנתבע קי"ל דמאי שנא וכו' ויש לי להביא ראיה עוד דגם בא"י קבלו אם המצא ימצא איזה חששא לא מהני הקבלה אפי' בקבלה פרטית וכ"ש בקבלה כללית כנ"ד וכמו שתמצא לה' חקק"ל ח"ב סי' ג"ן דקע"ו ע"ד שכתב דכיון דאי' חששת יראת הדיין לא מהני הקבלה ועי' עוד שם בדקע"ה ע"א מ"ש וז"ל ברם כשקבל עליו בפי' בשטר שאני כי אותה הקבלה לא איתיליד בה שום ריעותא ודחיה אחרי כן ולא אזדא לה בשום אופן וע"ש בדקע"ז ע"א שכתב בדבר דלא שכיח לא קבלו עלייהו ונ"ד כולהו שייכי בהו שהיא קבלה כללית וגם העסק נעשה בחו"ל וגם ליכא חששא וגם אי' אומדנא רבה דאדעתא דהכי שהתובע אם תפס יכו"ל קי"ל והוא לא יאמר אדעתא דהכי לא קבל גם שם בע"ב הביא ראיה מתשו' המבי"ט יעו"ש ובסו"ד כתב וז"ל הרי נראה מדברי המבי"ט שדין זה של התשב"ץ והרא' שלא יוכלו הדיינים שבעיר לדון למי שהוא גדול במעלה הוא אפי' שהב"ד של שם הוא ב"ד קבוע ומסתמא ב"ד קבוע הוא שקבלוהו עליהם בני העיר יעוש"ב ובע"ג הביא לנו דברי מרן ב"י בח"מ סי' נ"ב תשו' מימוניות דשייכי לה' סנהדרין דכל מה שאדם מקבל בפני ראשי הקהל שאין יכול לחזור בו וכ"כ ר"ח יעו"ש הא קמן שהרב ש"י לא אתי עלה מכח קבלת הרבנות בסתמות שקבלוהו לדון כ"א מכח תקנה והסכמה בפני ראשי העיר שתקנו כן בפי' וא"כ אין לדמות תקנת והסכמת ציבור בפי' לסתם קבלה במינוי הרבנות כי רב המרחק ביניהם כאשר הוא ברור לעיני הכל וכו' יעו"ש:

ולך נא ראה להר' איתי היא לעולם דקמ"ד ע"ד ודקמ"ה ע"א מה שדחה דבריו הנה בנ"ד כ"ע מודים כיון שהעסק נעשה בחו"ל וכמ"ש רבני סאלוניקי יע"א הוב"ד בס' נד"ל ח"ב סי' מ"ו דפ"ח ע"א וז"ל מ"מ בנדו' הר' שמחת יו"ט דכולם היו בחו"ל בשעת עשיית השטרות כו"ע מודו לו' קי"ל מאחר דמקום השעבוד היה בחו"ל ובתר מקום השעבוד אזלינן ע"כ וכיון שהיא לטובתו להקל עליו יכו"ל כשמוצא שהיא רעתו אי אפשי בתקנה זו וכמו שמצאתי ראיתי למ"מ עט"ר הרמ"ז בכנסייא שלו ח"מ סי' י"ד בהגהט"ו אות ד' שהביא משם מהריב"ל ח"ג סי' צ"ח לטעם שהולכים אחר הנתבע הוא שהיחיד ההוא נכנע לפני ב"ד של קהלו מה שלא יכנע אם יגזרו עליו זולתם ע"כ שיכול התובע לו'

אעפ"י שתקנה זו לתועלתי אי אפשי בתקנה זו שתקנתי קלקלתי עכ"ל, אנן נמי נימא הכי לטעם זה דמשום להקל על הנתבע נתקנה:

אהנייא לנ"ד תשו' מהרש"ך ח"ב סי' מ"א שכתב בפשיטות דבתר מקום השעבוד אזלינן יעו"ש הביאם עט"ר הרמ"ז בכנסייא שלו בח"מ מ"ב סי' ר"ח הגהב"י אות מ"ב בלי שום חולק וא"כ הויא כהלכה עוד יש להביא ראיה מהתשב"ץ בח"ב סי' רכ"ו שכתב שאפי' הלכו השו' וכו' צריכים לדון כמנהג המקום שבו היה התחלת השיתוף וכו' יע"ש

וגדולה מזו מצאתי לגאון עוזינו החיד"א ז"ל בס' חיים שאל ח"ב סי' ל"ח אות י"ד כתב ע"ד מרן הק' בש"ע ח"מ סי' ס"ט הוציא עליו כתב ידו וכו' נראה דאזלינן בתר מקום שנתחייב הרי לך דהר' כתב כן בדעת מרן דאזלינן בתר מקום העסק וכן מצינו ראינו להרב זקק"ל ח"ב סי' ג"ן שהביא משם רבני טבת"ו וכו' שהבאתי לעיל וכו' יעו"ש:

ואחר כל אלה הדברים לא ידעתי דברי מני"ר נר"ו שכתב בזה"ל דכיון דהנתבע מא"י ת"ו לא מצי למימר קי"ל נגד הרמב"ם ומרן ז"ל ככתוב אצלי במקום אחר עכ"ל, מי יתן ידעתי ואמצאהו איה מקום כבודו להעריצו, פי המדבר בח' סיון אתן שנת על מי מנחו"ת ינהלנ"י לפ"ק:

הצעיר **אהרן אלחדיף** הי"ו

סימן ה

ע"ע הנז"ל מאת מע' הרב כמהר"ש אלפאנדארי הי"ו. לשם טוב ולתהלה, יסוד המעלה, כבוד מע' רב רחומאי אהרן בחיר א' כמהר"ר **בכור אהרן אלחדיף** בהלו גרו ישב עולם שש ושמח שקט ובוטח אגס"ו:

בעוברי בעיה"ק טבריא תובב"א מסר בידי מני"ר פתקא אחת מה שנו"נ באמונה על השאלה אשר נשאל בראובן דהי"ל קרקע בעיר אחרת והיה כתוב בפנקס המוטווילי בשם אשתו לסיבת מה וראובן הנז' רצונו למכור הקרקע הנז' עשתה שליח את בנה לוי והלך לשם וגמר בדעתו למכור ליאודה וקבע לו זמן עד בוא תשובה מאביו שיתן לו רשות למכור בסך אשר קצב לו ובתוך הזמן אשר קצב לקונה הראשון שלקח ממנו עשרים לירא בא ישששכר והוסיף לו סך מה ואמ"ל ליתן לו ערבון ויהי כמשיב לוי איני יכול לעשות שום דבר כ"א ברשות מ"א וקבע לו זמן וכראותו כי עבר ולא בא לו ידיעה ממ"א הוכרח למכור אפי' בפחות מחמת מה שנתן לו דיבור כי הוא היה מצפה שיבא לו תשובה מאביו שלא ימכור בסך הראשון והיה פטור מהקונה הא' ועתה יששכר טוען שעפי"ד של לוי שאמ"ל שיכין המעות הלך לבאנקא וקיבל מעותיו שהי"ל שם וכפי הנימוס שמי שרוצה מעותיו תו"ז שקבעו לו חייב למחול בכל הרבית שעבר, וכן היה שהפסיד הרבית

שעבר ולוי טוען מעולם לא אמרתי לך שתכין המעות והא לך ראיה שרצית ליתן ערבון ואתה מודה בדבר שלא רציתי לקבל כ"א עד בוא תשו' ממ"א ואיך אומר אליך שתכין כל המעות ואפי' לפי"ד אני לא אמרתי לך שתפסיד ואתה גרמת לעצמך וגם אנכי לא ידעתי שיש לך מעות בבאנקא ושהנימוס הוא כן זת"ד השאלה:

ועל זה שרטט וכתב והאריך למעניתו ברוחב מבינתו כיד ה' הטובה עליו להוכיח מדברי הפוס' ז"ל לפטור את לוי ואין עליו שום חיוב אפי' אם אמת הדבר שאמ"ל שיכין המעות משום דליתנהו בנ"ד החילוקים הנאמרים לחייב מדד"ג, לעומת זה שכנגדו חלוק עליו מר ניהו מע' הרב המופ' מהרי"א נר"ו לחייב את לוי ודחה דבריו של רו"ם כת"ר נר"ו דלא שמיה מתייא מכל מה שהביא משום דאותם הפוס' אזלי בשי' תוס' והרא"ש ז"ל דמחלקי מגרמי לגרמא אבל אנן בדידן קי"ל כהרמב"ם ומרן בא"ה סי' ן' דמחייבים להכלה החוזרת בכל ההוצאות הבעל הגם שהוא רצה להוציא והזיק את עצמו זת"ד הויכוח שעבר בין שני האריות עם כי הם האריכו למעניתם, ומני"ר ביקש ממני לחוות דעתי ויען כי רבו תלאותי מרוב טרדותי לא יכולתי להפיק רצונו ומה גם להיותי אך עסו"ק בכמה ענייני או"ה ועסקי ניטין וקדושין שהם הלכה למעשה, אמנם יען עוד חזר במכתב פעמיים שלש עכ"פ כדי שלא להשיב את פניו ריקם פניתי את עצמי לבא בשורותיים אלו בע"ט נחוצה לעשות רצון צדיק כחותה על הגחלים ויהיו דברי בקצר אמיץ במה שנוגע לענין דינא דוקא וה' אלקים יעזור לי וזה אחלי בס"ד:

אען ואומר דכמעט שעברתי בד"ק לעד"ן דהדין עמו דודאי לוי זה פטור ואין לישכר לתבוע ממנו כלום ולדידי הדבר פשוט ולא היה צריך לכל האריכות עד שמפני זה מצא מקום מט' רב אחאי גאון לחלוק ולדחות דבריו דלדעת הרמב"ם ומרן ז"ל דכוותיהו נקטינן חייב בנ"ד לוי דאפי' נימא כסברת הסמ"ע דס"ל בדעת הרמב"ם שאינו מחלק בין גרמי לגרמא דאף בגרמא מחייב הוא ז"ל מדפסק בפ"ז מה' חובל לחיובי בהנהו מימרי דפטר רבה בפ' הגוזל עצים משום דאתו דלא כהלכתא וכתב דלדעת הרב מו"ש בגמ' דגרמא בנזקין דפטור היינו לדעת רבנן והוא פוסק כר"מ עשד"ב:

מ"מ נר' ברור דאף לפי"ז פטור לוי בנ"ד משום דהתם ליכא שום ספק דודאי הוא גרם נזק בממון חבירו משא"כ בנ"ד אף אם אמ"ל שיכין המעות לא מפני זה גרם בדבור זה שום נזק עד שהכריח אותו שילך ויקח מעותיו מהבאנקא והי"ל להמתין עד שידע בבירור שגמר בדעתו למכור ואיהו דאפסיד אנפשיה למהר ליקח מעותיו קודם גמר הקנין, ומה גם שלפי הנר' מהשאלה אפי' הבטחה שגמר בדעתו למכור לו לא היה והו"ל לאסוקי אדעתיה שלא ימכור לו ולא יפסיד, ומה שרצה מע' הרב מהרי"א נר"ו לדמות נ"ד למ"ש

הרמב"ם ז"ל בפ"ו דזכיה ובש"ע א"ה סי' ו' אחרי המחי"ר מלבד דליכא ראיה דשנא ושנא ואדרבה לכי דייקת שפיר יש להוכיח מדבריו דבנ"ד הוא פטור, שהרי ה' ז"ל כדי שתהא חייבת בהוצאות הטיל תנאי שאלו ההוצאות שהוציא הוא דוקא מה שהוא מנהג קבוע בעיר להוציא דהוא מוכרח מחמתה להוציא וחייב לעשות כן ולא סגי בלא"ה והיא המכרחת אותו וכ"כ התשב"ץ בח"ב סי' קס"ו דנ"ד היה המנהג שהמשודכת היתה מוציאה כתב וז"ל שהם לא דברו לא עפ"י מנהגם שהיו נוהגים וכו' אחר שכן מנהגם לעשות המשודכת סעודה דקי"ל מנהגא מילתא היא וכל המשודכת עד"ז היא משודכת עש"ד וכ"כ הרדב"ז בחדשות סי' שכ"ט דאין חילוק אם הוציא היא או הוציאה היא דהכל תלוי היכא שצריך להוציא מצד המנהג וע"ע בח"א סי' רל"ד ולכן כתב ז"ל שאם הוציא יותר מהראוי כפי המנהג איהו דאפסיד אנפשיה וכ"כ בפי' הר' מהרשד"ם בא"ה סי' ל"ב:

ולפי מאי דכתי' אין להק' ע"ד הרמב"ם במ"ש משם רבותיו דחייב בהוצאות ממ"ש הג' מהרי"ן מיגאש בתשו' סי' ח"ץ וז"ל הצ"ל ולענין מה שהוציא שמעון בחופה הראשונה אין לו לתובעו מר' להיות שלא הוציא אלא לעצמו ומ"ש הדרא בה איהי לא במה שהוציאו על הבאים לחופה אעפ"י שהוא היה הסיבה בזה וכך הדין ע"כ, הרי שכתב הג' דאינו מתחייב בהוצאות שהוציא על הבאים לחופה אעפ"י שהוא היה הסיבה בזה וא"כ תיקשי דאיך כתב הר' בשם רבותיו שכל שגרם נזק שחייב בהוצאות וכבר כתבו הפוס' שכשכותב הר' משם רבותיו דמסתמא הוא על הג' מהרי"ן מיגאש וכ"כ הכא בדין זה בפי', דה ודאי לק"מ דע"כ לא כתב הרמב"ם ז"ל אלא בדבר שהוא מנהג שהוא מוכרח להוציא מחמתה דוקא משא"כ מ"ש הג' מהרי"ן מיגאש שהיא אינה מכרחת ומה שהוציא הוא לתועלתו ואעפ"י שהוא היה הגורם להפסיד דאי לא היה נשואין לא היה מוציא ובחזרתה הוא סיבה להפסיד אינה חייבת ואפשר שלזה כיוין מב"י בא"ה סי' ן' שהצ"ע מ"ש מהריק"ו בשו' יו"ד ע"ש ויש עוד להרחיב הדיבור בכונת דברי מרן אלא שלאפס פנאי איני יכול:

וכן מתבאר ממ"ש הרה"ג שם בה' זו"מ לישב דברי הר' במה שהשיג ע"ד וז"ל ששם הוציא הוצאות כדי להרויח משא"כ בכאן לא היתה כונתו להשתכר אלא להתנהג כמנהג העיר והוא נסמך עליה ע"כ ע"ש וה"ד מב"י בא"ה סי' ן', הרי מפו' בדבריו שכל שאינו מכריח לעשות והוא עושה לתועלתו אעפ"י שהוא גרם להפסיד אינו חייב הגורם משום דאדעתא דנפשיה עביד ואיהו דאפסיד אנפשיה ואעפ"י שהיה חייב מן הדין ליתן לו דבר שהוא ראוי לזריעה וסמך עליו והוציא הוצאות כיון שמה שעשה הוא לתועלתו וכ"ש

בנ"ד שאפי' אם אמ"ל שיכין מעות לעת הצורך לא היה מכריח אותו ולא הי"ל ידיעה שיקח מעותיו מהבאנקא דכל מה שעשה הוא לתועלתו מבלי ידיעה דאיהו דאפסיד אנפשיה ולא לוי, ועיין עוד למהרש"ח בס' משי' סי' מ"ד. דרצה לישב מה שהשיג הראב"ד מההיא דזרעוני גינה דהתם לא הי"ל לסמוך עליו והי"ל להראות לבקי משא"כ גבי חתן שלא יוכל וכו' ומסיק הרב שם דאפי' להרמב"ם שם גבי חתן הרי הטיל תנאים הרבה שיהיה מנהג קבוע ושיביא עדים ושדוקא אם עשה סעודה למיודעיו וכו' ע"ש דאי לא"ה אינו חייב אעפ"י שהיה הוא הגורם:

גם ראיתי להרב מהרש"ג שם במש"י סי' ג' דכתב משם מהרח"ש שכ' דכיון דהוי מנהג קבוע לכל בעיר דייניו ליה כדד"ג וגם הרב מהרש"ג כ"כ דהרמב"ם מחייב משום דס"ל דהוי דד"ג והראב"ד סובר דדומה לגרמא בנזקין דפטור, גם אשו"ר לה' מ"ב של ה' מגן גבורים בסוף הספר סי' ד' ד"ז דנ"ד היה במי שנשא אשה והוציא הוצאות ונמצאת בע"מ אם צריכים אפוט' לשלם לו ההוצאות שגרמו לו להפסיד ונו"נ בענין דד"ג והביא כל החילוקים שכתבו הפוס' ומסיק דמדברי הרא"ש נר' דלא בעינן כל החי' אלא דבחדא מנייהו סגי וכתב דנ"ד דומה למראה דינר לשולחני שהוא פטור עי"ז למי שנותנו לו דלהרי"ף והרמב"ם אי איכא אומדנא דמוכח דסמך עליו חייב ולר"י והרא"ש אף בסתמא חייב וכתב דבנ"ד איכא אומדנא דמוכח דעלייהו קא סמך ועוד הביא מ"ש הרמב"ם בה' זו"מ ומה שהק' ע"ד הרב מהרש"ט בתשו' שה"ד בשארית יאודה שלפי מ"ש הרא"ש החילוקים דבחדא מנייהו לא מקרי אלא גרמא ופטור ושהה"מ נמי ס"ל כהראב"ד שהצ"ע דברי הרמב"ם וכתב הר' דל"ב כל החי' ובחדא מנייהו מקרי דד"ג ומה שהניח בצ"ע הה"מ לא בעיקר הדין הוא אלא לענין הלשון במ"ש וכל הגורם לאבד ממון חבירו חייב דזה אינו, דאין הגורם חייב אלא בדד"ג אבל בגרמא פטור וכמו שהדברים ארוכים בגמרא את"ד עש"ב:

ולע"ד יש לעמוד ע"ד ולאפס פנאי איני יכול ועכ"פ גם ה' ס"ל דגם הרמב"ם ס"ל לחלק מגרמא דפטור לגרמי דחייב ומה שמחייב בה' זכיה בהוצאות הוא משום דהוי דד"ג, גם הרב נתיבות משפט בדק"ט ע"ד הביא דברי הרמב"ם אלו ומ"ש הה"מ וכתב דדברי הרמב"ם נכונים דגם בזרעוני גינה אם היה יודע שאינם צומחים חייב וכמ"ש הטור סי' רל"ג משם הרמ"ה והט' דכיון דאפסדיה בידים חייב מדד"ג וה"נ כיון שעשה סעודה ע"פ ושוב חזרה בה חייבת לשלם מטעם מזיק בידים יעוש"ד, הא קמן דגם הרב ס"ל דבההיא מה שמחייב הרמב"ם הוא משום דהוי כמזיק בידים והוי דד"ג ולא גרמא ועע"ש מה שפלפל ע"ד מהריק"ו בשו' יו"ד שכ' מב"י ואכמ"ל:

ועוד נראה שיש לחלק בנ"ד ממ"ש הרמב"ם ומרן ז"ל דהתם שאני דהיו אירוסין וכן נמי מ"ש הרשב"ץ והרדב"ז בשידוכין דמן הדין נגמר הדבר ולא הו"ל לאסוקי אדעתיה שיחזור בו אבל הכא אף אם אמר לו שימכור לו הו"ל לאסוקי אדעתיה שיחזור בו כיון דלא היה שום הקנאה רק דיבור ומן הדין יוכל לחזור ואיהו דאפסיד אנפשיה שלקח מעותיו והפסיד הריוח, וכיוצא לזה כתב מוהריק"ו בשו' קל"ג וז"ל ואע"ג שהוציא מעותיו על סמך דברי ראובן. ש' הוא דאפסיד אנפשיה דהו"ל לאסוקי אדעתיה דילמא הדר ביה ראובן עכ"ל, ואיברא שה' מ"ל בה"ז פ"ו כתב ע"ד מהריק"ו דהא מלתא תליא בפלוגתא דהרמב"ם והראב"ד ולדעת הרמב"ם ה"נ חייב בנדון מהריק"ו ע"ש, אמנם נר' דיש לחלק כדאמרן דשנא ושנא דברי הרמב"ם אי משום דהרב ז"ל מיירי שנגמרו האירוסין ומן הדין לא יוכל לחזור ולכן לא הו"ל לאסוקי אדעתיה ואי משום דאותן ההוצאות מוכרח לעשותם מן הדין מכת המנהג ולא סגי בלא"ה והחוזר באירוסין הוא שהכריח אותו להוציא ההוצאות ולכן חייב בגרמתו משא"כ בנדון הרב מהריק"ו דלא היה מוכרח להוציא הוצאות ואעפ"י שהוא סיבה פטור וכמ"ש הג' מהרי"ן מיגאש, וגם כיון דלא היה רק דיבור ויוכל לחזור הו"ל לאסוקי אדעתיה דילמא הדר ביה וכן מבואר בתשו' הרדב"ז ישנות סי' רל"ד דמתחלה רצה לומר כדעת הריטב"א ז"ל דאם אין שם קדושין אם הוציאו הוצאות אפי' כמנהג המדינה וכו' כיון שאין שם קדושין ומצו למיהדר אינהו דאפסידו אנפשייהו ושו"כ דאפי' בשדוכין חייב דאי משום דכיון דמצו הדרי בהו לא סמכא דעתייהו וכו' אבל קושטא דמלתא דכיון דשידכו וכתבו שטר שדו' ואיכא קנין וכ"ש אי איכא שבועה וכו' הנה שדוכין דידן להא מילתא כאירוסין דידהו ואומר אני כי הריטב"א מודה בנ"ד יעש"ד. הא קמן שי"ל בין כשהוא בדיבור בעלמא לכשהוא בקנין המועיל שאינו יכול לחזור. ועמ"ש בס' תורת משה לבן מהרח"ש בא"ה ס"ס א' דלפי הנראה אשתמיט מניה תשו' הרדב"ז:

ואחר החיפוש מצאתי לה' מגילת ספר בלאוין קנ"ג דפ"ח שכתב על תשו' זו דמהריק"ו דאין דינו של הרמב"ם דומה לזה דאי משום דשמעון טוען שלא הוציא כל ההוצאות הללו אלא על סמך שהבטיחו לטרוח בחנם הרי ראובן טוען דפטומי מילי בעלמא אמ"ל ושמעון איהו דאפסיד אנפשיה שלא קנה בק"ס והלך מיד והוציא הוצאות בכדי ע"ש. אלא שיש לעמוד ע"ד במ"ש דאין ראיה לדברי הרמב"ם מהא דאיתא בבכורות טיהר את הטמא חייב דקס"ד שבעל הפירות עירבן עם פירותיו וחייב מדד"ג דהתם כשאמ"ל הדין שהם טהורות נמצא בודאי שהוא מזיק וכו' אבל הכא האשה לא אמ"ל כשקדשה שיפזר ממון אלא החתן מעצמו לכבודו רצה לפזר כמנהג המדינה עש"ד. ואחרי המחי'

נר' לפי מ"ש הרשב"ץ ז"ל הוא דמה שחייב הרמב"ם הוא דוקא משום דההוצאות חייב לעשות מחמת האירוסין והיא המכרחת אותו אעפ"י שלא תאמר בפי' דלא סגי בלא"ה ולא כמ"ש הר' דאלו ההוצאות תלוי ברצונו ולכבודו:

הגם הלום ראיתי לה' נב"כ ח"מ סי' כ"ט שהשיב ע"ד הרמ"ל דלא דמי לדינו של הרמב"ם נדון מהריק"ו דע"כ ל"ק הרמב"ם שהיא חייבת לשלם אלא דוקא התם באירוסין דדמי לפועל בשכר וכו' ולא הו"ל לאסוקי אדעתיה שיחזור ה"נ שכיון שכבר נגמרו השידוכין אינו מן הדין שתחזור בה היא או הוא אבל בנדון מהריק"ו שמן הדין יכול לחזור ש' הוא דאפסיד אנפשיה דהו"ל לאסוקי אדעתיה דילמא הדר ביה עש"ד. וה"ד ה' נוכח השולחן בחא"ה סי' י"ג ללמוד מזה לנ"ד דלא אמר הרמב"ם כ"א דוקא כשאינו מן הדין שתחזור בה יעש"ד. גם הרב משנת ר"א ח"א סי' ק"ל השיב ע"ד הרמ"ל דאינו דומה נדון מהריק"ו למ"ש הרמב"ם דבנדון מהריק"ו הו"ל לאסוקי אדעתיה שמא תחזור ואיהו דאפסיד אנפשיה לא כן גבי קדושין יעש"ד. אלא דגם ע"ד דרבנן אלו יש להרגיש דהי"ל לחלק ג"כ עוד דלא דמי נדון מהריק"ו למ"ש הרמב"ם דבההי' דהרמב"ם דהיו אירוסין ומנהג המדינה לעשות הוצאות חייב מן הדין לעשות הוצאות מכח המנהג ולא סגי בלא"ה לפטור עצמו והיא המכרחת אותו מחמת אירוסין וכמ"ש התשב"ץ הנ"ל משא"כ בנדון מהריק"ו דאינו מוכרח כ"א להנאת עצמו עשה ולכן איהו דאפסיד אנפשיה אע"ג דהיה סיבה ראובן וכמתבאר ממ"ש מהרי"ן מיגאש ונמצא דכל הרבנים הנ"ל חלוקים ע"ד הרמ"ל דשנא ושנא מ"ש הרמב"ם מנדון מהריק"ו דמ"ש הרמב"ם לחייב הוא משום דהוא הוכרח באותם ההוצאות להוציא מחמתו וגם דלא הו"ל לאסוקי אדעתיה שתחזור בה משא"כ בנדון מהריק"ו. ומלבד שהדברים ברורים והכי מתבאר ג"כ מדברי הראשונים הנ"ל והרמ"ל כ"כ לפום ריהטא ולא שלטו עיניו בדברי הראשונים הנ"ל:

ועכ"פ נר' ברור דאף למה שעלה ע"ד המ"ל לדמות נדון מהריק"ו למ"ש הרמב"ם ז"ל מ"מ בנ"ד גם הוא אזיל ומודה דאין לו דמיון כלל משום דבנדון מהריק"ו הדבר ברור וגם המשתדל מודה שידע שהוציא ההוצאות ושעפי"ד הוא שהוציא שסמך על הבטחתו שיוציא והוא ישתדל מה שא"כ בנ"ד שלוי לא ידע שילך ישכור שיקח מעותיו ויפסיד הריוח מפני מה שאמ"ל שימכור דלכל הדברות הי"ל להודיע ללוי שיעשה כן מפני הבטחתו וכיון שכן אפי' לדעת הרמב"ם פטור. וגדולה מזאת הרואה יראה בדין המראה דינר לשולחני דחייב מדד"ג ולדעת מהראשונים ז"ל אינו צריך שיאמר לו חזי דעליה דידיה קא סמיך לדעת הרי"ף בפ' הגוזל עצים והרמב"ם פיו"ד מה"ש אינו חייב עד שיאמר לו בפירוש או דאיכא אומדנא דמוכח דעליה דידיה דוקא קא סמיך יע"ש. דכשיש

אומדנא דמוכח הוי כאומר לו בפי'. וע"ע בתשו' הרשב"ש ס"ס שפ"ז הא לאו"ה מצי"ל לא ידענא דעלי קא סמכת ואיהו דאפסיד אנפשיה.

וראיתי להרה"ג ר"ל בס' בני בנימין ח"א סי' כ"ט דאחר שהביא דברי הרמ"ל והנ"ב כתב דהרב מהריק"ו גופיה לא אמרה למלתיה בפשיטות אלא בדרך אפשר ולע"א דאח"כ כתב ואפי' את"ל דחייב ראובן מפני שהוציא הלה מעותיו מ"מ כיון שנתרצה שמעון ופייסו בממון איכא למימר אגב אונסיה גמר ומקנה ע"כ. וגם הרה"ג מהר"א שכנזי ז"ל הסכים לזה דמהריק"ו ספוקי מספק"ל ע"כ. ולע"ד זוהי שקשה דאם איתא להא איך כל הרבנים עליונים למעלה לא הרגישו בזה. לכן נלע"ד דאפי' אם נימא דמהריק"ו לא פסיקא ליה היינו לענין דאפשר שלא יוכל לתבוע שכר פעולה שעשה דמאחר שנדר לעשות בחינם והוציא מעותיו דאפשר צריך לעשותו בחינם אבל אם בא לחייבו במה שגרם להוציא הוצאות דפטור משום דאיהו דאפסיד אנפשיה דהו"ל לאסוקי אדעתיה דילמא הדר ביה לענין זה הדבר ברור אצלו ואין להסתפק בו כלל והייתי רוצה לעמוד עוד בזה ולהרחיב הדיבור ולאפס פנאי איני יכול:

וכל מאי דכתי' הוא אף לפי"ד הסמ"ע והנמשכים אחריו וע"ע להר' פמ"א ח"ב סי' מ"ב דכתב דלדעת הרמב"ם והרי"ף אין חי' בין גרמי לגרמא וכ"כ הכנה"ג סי' שפ"ו בשם תשו' מור"ם סי' פ"ח. דלדעת הרמב"ם אינו מחלק בין גרמי לגרמא דבכל גרמא נמי מחייב. אבל לע"ד אחרי שמת המחי"ר דכ"ז ק' לשמוע וגם נר' דכו"כ מגדולי הפוס' לא סל"ה וכמו שאבאר דלפי"ד ק' שהרמב"ם בעצמו בכמה דינים דהוי גרמא פ' דפטור מדי"א וכמ"ש פ"ב מה' נז"מ הי"ט המשסה כלבו ב"ח בחבירו דפטור מדי"א וחייב בדי"ש והיינו משום דגרמא וכדפרש"י פ' כיצד הרגל וכ"פ שם בפ"ז ה"ה והיינו משום דגרמא בנזקין כדפרש"י במס' קמא דמ"ח והרמב"ן בקונ' דד"ג ושאר הראשונים, וכ"פ בפ"ד ה"ב דהפורץ גדר דאם היה כותל רעוע וכן הנותן סם המות לפני בהמת חבירו דפטור בדי"א, וכ"פ ברפי"ו מה' מכירה דהמוכר זרעוני גינה דאינו משלם דמי ההוצאה ע"ש ואעפ"י שגרם להפסיד משום דלא הוי רק גרמא וכדפרש"י שם בגמ', וע' להריב"ש סי' שע"ו דכתב בראו' שמכר חבית לשמעון ושאל אם יש בה שום שבר והשיב שהיא שלימה ותמימה ונתן בה יין ונשברה מפני שהיה שבר ישן ונשפך היין ופסק דאפי' שידוע שלא קנה אלא ליתן יין דפטור משום דקי"ל גרמא בנזקין פטור וזה לא הוי כ"א גרמא והביא ראיה מדין זה עש"ד, ואם אפי' בגרמא כזאת דהיה אפ"ל דהוי כמו דד"ג עכ"ז ס"ל דפטור איך יתכן לומר דכל גרמא מחייב ואיהו גופיה כתב בסי' רל"ב בדרישה דלהרמב"ם חולק ע"ד הרמ"ה דאפי' בדידע המוכר במום דאינו נותן דמי ההוצאה, ועמ"ש המט"ש שם

בהגה"ט הרי דס"ל בדעת הרמב"ם דאפי' בגרמא כזאת דלדעת הרמ"ה הוי דד"ג ומשו"ה מחייב כדכת' הר' בחי' לדצ"ח ע"ש. דעכ"ז פוטר הרמב"ם ז"ל וא"כ איך נאמר דבכל גרמא מחייב הר', וכן יש להוכיח ג"כ מדבריו עוד ממקומות אחרים דאינו מחייב בכל גרמא:

וכן מצאתי הדבר מפו' בדברי הר' המאירי ה"ד הרב"א בא"ז ר"פ הכונס דס"ל בדעת הרמב"ם דיש לחלק ובגרמא פוטר שכת' ע"ד הרמב"ם דפ"ד מה' נז"מ אחר שהביא דברי הרה"מ וכת' וז"ל ויש לחזק דבריהם שדבר זה הוא בכלל דד"ג ולא בכלל גרמא בנזקין והוא שכבר ידוע שהרבה מפרשים טרחו לישב מה הפרש יש בין דד"ג לגרמא בנזקין עד שפי' שכל שכונתו להזיק ושע"י לבד נעשה הנזק הוא דד"ג כמו שורף שטרותיו ש"ח ומוחל ש"ח וכל שאין כונתו להזיק או שכונתו להזיק אלא שיש מסייע לאותו הנזק כגון מ"ש בפ' לא יחפור מרחיקין את הסולם מן השובך ד"א כדי שלא תקפוץ הנמיה ואם לא הרחיק אין כונתו להזיק וכן משסה כלבו ש"ח בחבירו אעפ"י שכונתו להזיק כח אחר מעורב בו וכן ע"פ דרך זו ואף בזו אנו אומרים לדעת גדולי המחברים שגרמא זו הואיל וכונתו להזיק ושע"י לבד נעשה הנזק הרי הוא בכלל דד"ג וחייב על הנזק אבל רעוע הרי פשע חבירו וגרמא עם פשיעת חבירו פטור עכ"ל, הא קמן מפו' דגם הרמב"ם מחלק בין גרמא דפטור לגרמי דחייב וכדי שיהא דד"ג לדעת הר' בעינן דוקא שיהא כונתו להזיק והנזק יהיה על ידו דוקא:

אלא די"ל ע"ד וא"כ איך פסק בפ"ז מה' חובל בזורק כלי מראש הגג ע"ג כרים וכסתות ובא אחר וסילקן דב' חייבים וכבר ראיתי לה' המאירי שהובא שם בא"ז פ' כיצד הרגל דהוא ס"ל דב' פטורים ואפי' קדם וסילק הוא עצמו אבל עדיין ק' דאיך יתכן לפרש כן בדעת הרמב"ם ואפ"ל דס"ל דהזורק ל"ד להנהו, דבזורק כל אחד ואחד עשה מעשה בגוף הדבר ממש שישתבר דגם המסלק הוי כאלו עשה מעשה להזיק בגוף הדבר כיון דבלי ספק ישתבר ול"ד להנהו דלא הוי כ"א כחו של אחד בפריצת הגדר, ויתכן דס"ל דהזורק יודע דכשיזרוק האחר יסלק הכו"כ:

ועכ"פ מפורש דס"ל דאף להרמב"ם אינו מחייב כ"א בגרמי ולא בגרמא והכי מתבאר ממ"ש הרמב"ן והרשב"א דלא כמ"ש הסמ"ע שהרי מה שהוכיח הרב דאינו מחלק הוא ממה שמחייב הרב בכל אותן הדברים שס"ל להתוס' והרא"ש דפטור משום דהוי גרמא והרי הרמב"ן ס"ל בקו' דד"ג דבגרמא פטור וכן דעת הרשב"א בכמה דוכתי ע' בח"ג סי' ע"ו וה"ד מב"י סי' שפ"ו ועמ"ש בסי' ק"ז ובח"ה סי' קצ"ד ועכ"ז כתב הרמב"ן שם וז"ל ברם נראו דברי ר"ח ור"י אלפאסי שהסכימו דליתא לדרבה כלל כיון דקי"ל כר"מ ואיהו

לא ס"ל כוותיה כדמפו' בגמרא בשורף שטרותיו ש"ח ומדליתא בהא ליתא בהנך וכיון דמפו' בגמ' דלית ליה לרבא דר"מ לית לן למיזל בתר שנויי דחיקי ולמתלי בשמעתא בוקי סריקי וכ"כ הרשב"א בחי' וה"ד הרב"א בא"ז שם בפ' הגוזל קמא ע"ד הראב"ד וז"ל ונר' שאין כן דעת הרי"ף ולא דעת כל המפר' אלא כולן משום דד"ג פטרי וכן ודאי משמע בגמ' מדמייתי להו כולהו בהדי הדדי משמע דכולהו מחד טעמא אמרינהו ע"כ, הרי דס"ל כדאיתא בגמ' דגרמא בנזקין פטור וא"כ נר' ברור דאין הוכחה בדברי הרמב"ם ממה שפסק בהנהו מילי לחייב דס"ל דבכל גרמא בנזקין דחייב דאדרבה מוכרח מדבריו דס"ל דבגרמא דפטור רק דבהנהו דברים הוא דחלוק ע"ד הסוברים באותם דברים דלא הוי רק גרמא ודן בדעתו דגם באלו לא הוי גרמא כ"א דד"ג ורבים מהגדו' קיימי בשי' זו וכמ"ש הרמב"ן והרשב"א והה"מ. ועכ"פ אינו מחייב בכל גרמא כדס"ל לסמ"ע וכן מתבאר ממ"ש התשב"ץ ח"ב סי' קי"ד שכ' לשואלו דאילו ידע דין דד"ג לא עלתה ע"ד לו' כן, וכ' שם דד"ג הוא כשהוא עצמו עושה ההיזק בממון חבירו ובריא היזקא יע"ש, ואם איתא דלהרמב"ם מחייב בכל גרמא לא היה כותב דנר' ודאי דס"ל דמ"ש בש"ס דגרמא בנזקין שהוא פטור הוא מוסכם ואין בזה שום חולק:

רק ראיתי שיש להרגיש במ"ש דכבר נסתפק לקצת מהראשונים ההיא דהזורק מטבע לים והשף מטבע ש"ח דאמ"ר דפטור אי משום דלא דייני דד"ג או משום דס"ל דאפי' למאן דדאין דד"ג וכו' ע"ש דלא הזכיר דזו מחלוקת ישנה וכדכתי'. וע"ע במ"ש הרב עוד בח"ג סי' קפ"ו וע"ע במהרשד"ם ח"מ סי' ת"כ דכת' דטעם הרמב"ם דמחייב במסלק כרים דכיון דבריא היזקא נכנס בדד"ג ע"ש:

ועוד נר' דאין הוכחה ממה שפ' הר' בהנהו דהוא משום דס"ל דגרמא בנזקין דחייב שהרי גם הרי"ף פ' כן והוא הביא בה' פ' לא יחפור מ"ש בגמ' דגרמא בנזקין דפטור אבל אסור. וכ"כ עוד שם גבי מתני' דמרחיקין את האילן מן הבור דגרמא בנזקין אסור אבל לענין תשלומין פטור וכ"פ הרמב"ם בפי"א מה' שכנים ה"ב. אלא שק' ע"ז ממ"ש פי"ד מה' חובל דפ' דלא כר"א וכבר עמדו ע"ז הה"מ ומרן בכ"מ ובב"י סי' תי"ח וכל המפרשי' ליישב דבריו וגם הסמ"ע גופיה שם בס"ק יו"ד כתב וז"ל והרמב"ם סבר דחייב כיון דהוא עצמו ליבה ויש לו חלק בנזק זה ואינו דומה לגרמא בנזקין דפטור עכ"ל. דמכולהו מפו' יוצא דהבינו בדעת הרמב"ם דס"ל דגרמא דפטור והכי מתבאר ממ"ש בהגמ"י שם ע"ד הרמב"ם דכ"פ הרי"ף משום דלית הילכתא כרבה משום דקי"ל כמאן דדאין דד"ג ונר' דהוא מפרש בכונת דברי הרי"ף כמ"ש הה"מ:

אלא שראיתי להרש"ך שם שכ' ליישב דנהי דאוקמתא דברייי' הכי היא מ"מ לא קי"ל כוותה משום דאתי' כמ"ד דלא דיינינן דד"ג. וכבר נתבאר בסי' שפ"ו. והרמב"ם אינו מחלק וס"ל דגרמי וגרמא הכל א' יעו"ש. ולפי מ"ש דב"ז הוא נגד כל הראשונים המפרשים בדברי הרמב"ם, גם דיש לעמוד ע"ז מכמה מקומות בדברי הר' עצמו ועיין ג"כ להר' שה"ג פ' הכונס דעמד ע"ד הרמב"ם דפי"ד מהנ"מ וז"ל ועוד י"ל איך פסק דכל הגורם להזיק דחייב והא גרמא בנזקין פטור וכ"כ איהו גופיה בפ"ד מהנ"מ וכתב דשלמים וכן רבים הניחו דבריו בצ"ע. והוא כתב לישב דפשיטא דלא מחייב הרמב"ם בגרמא בנזקין רק דס"ל דר"א אפי' בדד"ג ס"ל דפטור ומשו"ה פטר גם בליבה אעפ"י שהוא דד"ג אבל הרמב"ם דפוסק דדיינינן דד"ג פ' שם בפי"ד דלא כוותיה דומיא דהמסלק שהוא הגורם הראשון אבל בה"ש דהוא גרמא ס"ל דפטור יעוש"ד. וזה מסכים לסברת כל הראשונים וכן הוא סברת כמה וכמה מהאחרונים ומהם יבואו בתו"ד להלן ולא נקטינן בזה כס' הש"ך דאפי' הסמ"ע ה"ן נסתר מחמתו. ואעיקרא לייחס כן בס' הרמב"ם דסל"ה לפסוק כן הוא מלתא דתמיהא טובא דעל מי סמך לפסוק נגד סתמא דתלמודא דגרמא בנזקין דפטור שאמרו כן בכמה מקומות והרמב"ן שהבין כן בדעת רש"י דחה דבריו וכת' בחי' בפ' לא יחפור דאינו נכון דאפי' למאן דדאין דד"ג גרמא בנזקין פטור מש"ד גם בקונ' דד"ג שם כתב וז"ל הצ"ל ומשמע נמי דרשב"ג דמחייב לאו משום דד"ג שא"כ נימא בפרקין דרשב"ג דאין דד"ג כר"מ ואי גרמא בנזקין חשיב ליה כת"ק ואפי"ה מחייב הא אנן אפי' דד"ג לא אשכחן דמחייב בה אלא ר"מ כ"ש גרמא בנזקין אלא טעמא דרשב"ג וכו' ושוב מצאתי בס' המקח לרבי' ה"ג שכת' ותדע דמה שחי' בין דמי זרע ובין דמי ההוצאה אותו שמחייב דמי הוצאה קנסא בעלמא הוא דקא קניס וכ"כ ר' חננאל ז"ל עכ"ל. גם הרשב"א ה"ד הרב"א בא"ז לבתרא דחה דברי הי"מ דרשב"ג דמחייב דהוא משום דד"ג דאם איתא למה לא פסקה כוותיה כיון דקי"ל כמאן דדאין דד"ג הרי שהגאונים ז"ל וגם רבו הרי"ף ומהרי"ן מיגאש שהבאתי לעיל ג"כ סברי דגרמא בנזקין פטור ולפי"ד ליכא מ"ד דחייב. וכן מצאתי דכ"כ בפי' הג' מהרי"ן מיגאש ה"ד הרב"א בא"ז פ' לא יחפור ע"ש דכתב דקי"ל דגרמא בנזקין פטור אשר לפי"ז יש לפרש דבריו שבתשו' בפשי' משום דהוא גרמא דפטו' כ"כ, ואיך אפ' דהרמב"ם יחלו' ע"ד ובלא"ה כיון דהרמב"ם גופיה כבר פסק לדין זה א"כ לא נשאר עוד שום ספק וכמ"ש הרמב"ן דרשב"ג דמחייב לאו משום דד"ג דא"כ נימא י"ל דלא הוצרך הש"ס משום דזה ידוע דרשב"ג סל"ה בפ' השולח בעשה עבדו אפותיקי והוא עצמו כ"כ קודם לזה. והיותר קשה אצלי ע"ד לפי נוסחאות שבהרי"ף דפוסק כרבנן דפטור כדכתב הראב"ד בהשגות פ"ז מה' חובל ופי"א ממכירה

והרשב"א בתשו' ח"ג סי' ק"ח ומדברי הרמב"ן אלו והג' שהביא נראה דבזרעוני גינה דפטור בהוצאות הוא אף בדידע המוכר במום שלא כדברי הרמ"ה הנ"ל. וכן נר' עוד דכן הוא דעת הרמב"ם מדפסק ס"פ יו"ד מה' שכירות דסופר שטעה בשטרות וכל כיוצא באלו האומנים שא"א שיחזרו ההפסד שהפסידו שמסלקין אותו ע"ש. והיינו ודאי מה שא"א שיחזרו ההפסד דהוא משום דהוי גרמא בנזקין כדכת' הראשונים ז"ל ה"ד מב"י בסי' שפ"ו וכ"כ הרשב"א בשם רבו ה"ד הרב"א בא"ז פ' לא יחפור. גם הרדב"ז בחדשות סי' צ"ה כ"כ משם הראשו':

אשר לפי"ז אין להקשות ע"ד הרמ"ז בס' מגיד מראשית סי' ו' ופ"ה סי' טו"ב וכמה אחרו' דכתבו בפשיטות דבגרמא בנזקין פטור לכ"ע דאפי' בס' רש"י יש לצדד:

אלא דעדיין י"ל דאף להרמב"ם ס"ל דבגרמא פטור ואינו חייב רק כשהוא שייך דד"ג מ"מ נר' דא"צ לדידיה שיהיו החי' שכתבו הרי"ף והרא"ש וכמו שנראה מדברי העור סי' שפ"ו וכ"כ ה' מהר"ם מלובלין בתשו' סי' ס"א וכ"כ מהר"ש בן וירגא בתשו' מרן באבק"ר סי' פ"ח שהשיב ע"ד מרן שכתב דלא הוי דד"ג בנ"ד מפני דליתנהו החי' שכת' התוס' דלדעת הרמב"ם דכת' דהמסלק כרים וכסתות דחייב לא ס"ל כל אותם החי' דלכל אותם החי' המסלק פטור ושכ"ן ממ"ש הרמב"ם בדין דוחה מטבע חבירו לים או שפיחת צורתו דחייב ולדעת הרא"ש פטור משום דליתנהו הנהו חי' ומרן ז"ל חזר והשיב דהן לו יהי כדבריו שהרמב"ם חולק על החי' שחי' ר"י מאחר שהתוס' והרא"ש והמרדכי והרמב"ן והרשב"א סוברים כחי' שכת' וגם התה"ד דבתרא טובא וכו' דכוותייהו נקיטינן ואף גם הרמב"ם מאריה דאתרין במקום אפוקי ממונא ובמקום כל הני רבוואתא אין בנו כח עכ"ל. נר' לכאורה דגם מרן הודה לו דהרמב"ם לא ס"ל כל אותם החי' שכת' הרא"ש. ונר' דאין כונתם דס"ל כס' הש"ך דהרמב"ם אינו מחלק בין גרמי לגרמא דזה א"א דהרי בכמה דברים פטר הרמב"ם משום דלא הוי רק גרמא וכ"כ כמה מהגדולים כדעתו וכדכתי' לעיל ויבא עוד להלן כמה מגדולי הפוס' דמתבאר מדבריהם דס"ל כן אלא דר"ל דאף שיש לחלק בין גרמי דחייב לגרמא דפטור באיזה חי' מ"מ אותם החי' לא ס"ל ואפ' דהיינו שיהא בריא היזקא וגם שכונתו להזיק ואין כח אחר מעורב כדכת' המאירי ז"ל על ס' הרמב"ם אלא דאם איתא ק"ט על דברי מרן דא"כ מלבד מה שהק' מע' הר' מהר"א נר"ו דמרן בש"ע פסק לכל הנהו פסקי דהרמב"ם וה"ן נסתר מחמתו, ומ"ש מני"ר ליישב דבש"ע פ' לערי מערב אינו נכון כיון דמרן בתשו' מיירי באתריה דמר הרמב"ם ואדרבא איפכא מסתברא וכדאשכחן בכ"מ דפוסק בש"ע דלא כהרמב"ם וע' בכנה"ג בדיני עגונא אות קנ"ה וי"א באות רל"ב שכת' דמ"ש מרן בתשו' סי' י"א לחוש לס' הרמב"ם היפך

מ"ש בש"ע משום דאתריה דמר וא"כ כאן אם באתריה דמר לא חשש קשה, וע"ע במ"ש מרן בש"ע י"ד סי' קע"ז ס"ה ובתשו' אבק"ר סי' ק"מ ולאפס פנאי איני יכו"ל. וגם ק"ט דאם איתא להא דמפסקיו של הרמב"ם דפסקם בש"ע לחייב מוכרח דאין לחלק החי' הללו א"כ למה הביאם לכל אותם הסברות של הראשו' דס"ל לחלק כן בב"י ולא הזכיר כלל להרמב"ם דחולק עכ"ד. דמזה נראה דגם בב"י דעתו לפסוק עפ"י אותם החי' וע' לה' מהרי"ע בב"י ח"ב סי' ז"ך דאחר שהביא מ"ש התוס' והרא"ש כת' החי' הנז' העתיקם מב"י סי' שפ"ו וכת' עוד ע"ד הרש"ך דסקכ"ד דכת' דאין לנו אלא מה שחייבו חכמים בגמ' דזה אינו דאי לת"ה מב"י שהעתיק דברי ריצב"א בספרו שקבעו להלכה וכי תיסק אדעתין שכתבו כדי ליישב השמועות בלבד אתמהא עש"ד הא קמן דאפי' ע"ד ריצב"א די"ל דהר' אגב שהביא לכל דברי הראשוני' והרא"ש מ"ש לחלק עכ"ז כת' כן ואיך יתכן שנאמר שכל מה שהביא שם דהוא דלא כהלכה והכי מתבאר ממ"ש ה' משפט צדק ח"ג סי' א' ומשאת משה ח"מ דקע"ח ולא עוד דמב"י ה"ד הראשונים שם בתר הכי שכתב דזבין לגוי אע"ג דאתא ליה אונסא דלא מחייב דגרמא בנזקין הוא וסיים ע"ז שאעפ"י שמדברי הרא"ש משמע דמוכר לגוי מדינא חייב לשלם כיון דכל הנהו רבוואתא פליגי עליה נקיטינן כוותייהו ע"כ. הרי דאפי' בזה דלהרא"ש חייב דהוי דד"ג אף דלדידיה הוי כאיתנהו החי' עכ"ז דעת מרן דפטור דחשיב גרמא וא"כ נמצא דגם בב"י דעתו כס' הראשונים דצריך החי' וא"כ גם בב"י סותר למ"ש בש"ע ולפי ס' הרמב"ם שחולק ע"ז לא העלה על דל שפתיו בב"י. ואפי' למ"ש הר' ברכות המים בח"מ דקפ"ז מלבד מה שי"ל ע"ד הכא מודה. ועו"ק ע"ד מרן דאיך כתב דס' הרמב"ם יחידאה ואין דבריו עומדי' בפני כל הני רבוואת' והרי גם הרי"ף ס"ל דחייב המסלק וט' מ"ש הה"מ ובכ"מ וב"י והגמ"י דגם הזורק הרי"ף מחייב. ותו ק' ע"ד מהר"ש ן' וירגא במה שהוכיח ג"כ דהרמב"ם לא ס"ל להנהו חי' מדפסק דוחף מטבע לים או שפחת צורתו דהרא"ש מפני דסובר החי' פוטר דהרי הרמב"ן והרשב"א ס"ל החי' וס"ל דחייב כס' הרמב"ם בדוחף ופוחת וכדכתי' לעיל. ועוד דהרמב"ן בקו' דד"ג דג"ן ע"ג ס"ל כס' הרי"ף דחייב המסלק וכ"ן מהרשב"א בחי' לקמן שם. ולפי"ד תקשה דדברי הרמב"ן והרשב"א סתראי נינהו. ויש להקשות ג"כ ע"ד מרן דלמה לא השיב דמפני זה אינו מוכרח דמדפסק הרמב"ם כן שהוא חולק על החי' כדמשמע מדברי הטור דתלוי בזה המחלוקת ואם הדבר מוכרח דמדפסק כן דלא ס"ל החי' א"כ סמי מכאן הרמב"ן והרשב"א דדבריהם סתרי אהדדי וא"כ איך צירף להרמב"ן והרשב"א שהם נגד ס' הרמב"ם. וגם ק' ע"ד מהר"ש דכתב דהרא"ש דפוטר

בזורק ופוחת מטבע דהוא מפני אלו החי' דלא חזינן כי האי סימנא בדברי הרא"ש שם שהוא מפני אלו החי' כ"א שהביא דברי הראב"ד ושהתוס' עצמם נסתפקו באלו:

ולכן נלע"ד דאע"ג דהרמב"ם פסק בהנהו לחיובא משום דס"ל דרבא דס"ל דפטור דהוא משום דאינו מחייב בדד"ג מ"מ אינו מוכרח דחולק על אותם החי' כשיהיה באיזה דברים שלא הוזכרו בש"ס דאפשר דבעלמא גם הוא יודה דאם לא יש אלו החי' דפטור ובהנהו דוקא היא ידע ברוח מבינתו דלא שייכי לו החי' מכיון דב' כיונו להזיק ועשו מעשה שזרק הכלים לשברם ונגמר ע"י שניהם או אפשר דחולק ולא יש מופת חותך בפי' שהוא חולק וכ"ן מדברי הר' המאירי ה"ד הרב"א בפ' כיצד הרגל גדולי הפוסקים חייבו בזה את המסלק מכח דד"ג שהרי השורף שטרותיו ש"ח חייב אעפ"י שאין בו אלא וכו' ולא יראה לי שאין זה דומה לשורף שטר שהוא עושה מעשה ומפסיד וכו' ע"ש דנר' דהרי"ף דמה שמחייב הוא משום דס"ל דזה דומה ממש לשורף שטרותיו ש"ח ואינו משים דכל גרמא דמחייב ונר' דלזה כיון מרן בתשו' למדקדק בדבריו שכת' דהן לו יהי כדבריו שהרמב"ם חולק וכו' ואף אי הרמב"ם וכו' אין בנו כח עכ"ל דנר' מזה שהוא אינו מחליט המאמר כמו שרצה לומר מהר"ש ן' וירגא דמדפסק הרמב"ם באותם הדברים לחיוב דמוכרח דלית ליה אותן החי' דאף דהרא"ש ודעמיה פטרי בהו מה"ט הרמב"ם ז"ל מחייב ואף אפשר דבעלמא במה שלא הוזכר בש"ס יש לחלק בכך דהוי גרמא אבל בהנהו שהוזכר בש"ס לא שייך לחלק והוא ידע טעמו:

ובהכי יש ליישב מה שיש להק' ע"ד מרן שכת' שכיון דד שכל הנהו רבוואתא ס"ל כן דאין בנו כח אף אי הרמב"ם מ"ד דנראה דגם הרי"ף ושאר פוס' סל"ה ותמיד תופס כן כשהרי"ף והרמב"ם קיימי בשיטה אחת אף שהוא להוציא ואף שרבים חולקים עליהם וע' למרן גופיה בתשו' אבקת רוכל סי' ק"מ דכת' וז"ל אנו אין לנו אלא ד' הרמב"ם וכו' ואפי' שיהיו החולקים עליו רבים וכו' ע"ש וחתמו עליו הרדב"ז ומרן ומ"ש הכא. אבל עפי"ה ניחא דה"ד כשכתב הדבר בפי' אבל אם אינו מפו' אף אם יש איזה משמעות יש לפסוק כשי' רוב הראשונים החולקים, וע' להכנה"ג בכללי הקי"ל אות ל' שנסתפק היכא שהרמב"ם יחיד ונטה דעתו דמהני וע' ד"ן ח"מ סי' כ"ו ונ"ב ח"ב ח"מ סי' ט"ו:

ועפ"י מאי דכתיבנא יש ליישב דברי כמה מגדולי הפוס' דתמיד נמשכים לפסוק כהוראת הרמב"ם והכא בדין זה כתבו לפסוק כשי' הפוס' הללו לדון דד"ג דוקא עפ"י אלו החי' ולא העלו אפי' על דל שפתותיהם דהרמב"ם חולק ומלבד הרבנים הנ"ל עי' בתשו' הרשב"ש סי' תע"ט דכתב דכל מזיק אינו חייב לשלם אא"כ כונתו להזיק כדאי' בפ"ק דב"ק ע"ש. גם בסי' תק"ט כתב ההפרש שבין גרמא לגרמי הביא מקודם מ"ש הרשב"א דגרמא לא

עשה המעשה בעצמו אלא עשה מעשה ולא היה בו נזק אלא שמאותו מ' בא מ' אחר והוזק. דד"ג שהוא בעצמו עשה ההיזק ועוד כ' משם ר"י הזקן דגרמא הוא שאין כונתו להזיק או שכונתו להזיק ובסיוע אחר. ודד"ג הוא בהתחבר ב' שעשה הוא המעשה בידים בלא מסייע וכונתו להזיק וכתב ושים זה בין עיניך שלא תטעה בו פעם אחרת עש"ד. דנר' ברור שהוא לכ"ע גם לס' הרמב"ם וכמ"ש הר' המאירי וכדכתי' לעיל וע"ע בתשו' מהר"מ אלשיך סי' קי"ב (והרדב"ז בחדשות סי' צ"ה ובכמה תשו' אחרות) שכתב שם בנ"ד לפטור עפ"י החי' שכתבו התוספות והרמב"ן והרשב"א וסיים שם דאפי' במוכר לגוי שהסכימו רוב הפוס' שאם לא קבל שפטור ולא נרגש כלל ממ"ש הרמב"ם. ושו"ר לו שם בסי' קל"ד שכתב בנ"ד דלא הוי דד"ג עפ"י החי' של הראשונים ונרגש ממ"ש הרמב"ם דחייב הזורק אפי' דקדם אחר וסילקן אפי' דל"ב היזקא וכתב בסו"ד דהתם עביד מעשה בידים וגם דהו"ל לאסוקי דכרים וכסתות לאסתלוקי קיימי דלאו דוכתייהו בארעא ומה שבא אחר וסילקן ל"ח כמלתא דל"ש את"ד. ונר' דע"ז סמך מ"ש בסי' קי"ב. ועפי"ד אלו אפשר ליישב מ"ש הר' המאירי בדעת הרמב"ם דאם כח אחר מעורב דלא הוי דד"ג דבזורק לא חשיב כן משום דודאי לאסתלוקי קיימי והוי כאילו זרק על הארץ וכונתו להזיק ובריא היזקא מקרי שלפי"ז הרמב"ם ס"ל כמ"ש הרמב"ן שם בקונ' דד"ג וז"ל כלל גדול יהיה בידך כל הגורם ומחמת גרמתו בא ההיזק שא"א אלא באותו היזק ואינו תלוי בד"א אלא בשעה שגרם בא ההיזק או שהוא עתיד לבא כגון זה מחייב ר"מ ונק' בגמ' בריא היזקא עכ"ל:

ואף שהרמב"ן ס"ל לפי האי כללא דהזורק פטור כדכת' שם בקונ' ההוא לפי"ד מהרמ"א י"ל דהרמב"ם חלוק בזה דגם זה הוא נכלל בהאי כללא כיון דלאו דוכתייהו דכלים הללו בארעא הוי כבריא היזקא וכאילו זרק על הארץ דלמה השליך אותם רק דכונתו להזיק וא"כ לפי מאי דמפרש ה' מהרמ"א אפי' הרמב"ם אינו מוכרח דחולק ע"ד התוס' והרא"ש וכ"ש בדעת הרמב"ן דאינו חולק על דבריהם. ובזה א"ש מ"ש מרן בתשו' דהרמב"ן והרשב"א ס"ל כשי' הראשונים דמחלקי בהכי וכן מבואר בתשו' הרשב"א בכמה מקומות וכדכתי' וכ"כ ה' מהר"מ מלובלין בתשו' סי' ס"א דהרמב"ן והרשב"א סל"ה ולפ"ז מה שהק' הר' סם חיי בסי' ח"ן דקכ"א ע"ד הרמב"ן דבקונ' דד"ג הסכים לסברת הרי"ף דהמסלק חייב דנר' מזה דלא ס"ל לחי' התוס' ואילו בפ' לא יחפור כתב לחלק דדד"ג הוא הגורם בעצמו שהוא עצמו מזיק כגון מוחל שט"ח וכו' אבל גרמא בנזקין הוא הגורם לאחר לעשות נזק שאינו אלא מזמין כגון הך דשמעתין בזורה ורוח מסייעתו וכו' עכ"ל.

וא"כ כפי"ד אלו גם הכא במסלק כו"כ הוא גרם לאחר לעשות נזק שאינו אלא מזמין להזיק ואפי"ה כת' דהמסלק חייב עכ"ל:

ולפי מ"ש הר' מהרמ"א מלבד דאינו מוכרח ממ"ש הרמב"ן והרשב"א כס' הריף דמסלק כו"כ דחייב דהם חולקים עמ"ש התוס' והרא"ש לחלק באותן החי' וא"כ לק"מ ממה שהם חי' כך דלא פליגי אלא על הפרט דלא שייך שם לחלק כן ולא על הכלל, ואף גם זאת דאף הרמב"ם אינו מוכרח שהוא חולק בעלמא רק דעל אותם פרטים ס"ל דל"ש לחלק ואדרבה י"ל דמדחזינן דהרמב"ן והרשב"א כתבו לחלק כדברי התוס' והרא"ש ועכ"ז ס"ל לחייב מסלק כו"כ כמו כן י"ל בדברי הרמב"ם ואף שהוא מחייב גם בזורק ברוחב מבינתו הוא ידע דל"ש לחלק. וע' למהרשד"ם בסי' הנ"ל דכת' בדברי הרמב"ם דטעמו הוא משום דבריא היזקא ואף שהר' כ"כ לדין המסלק בהכרח צ"ל דמפרש כן גם בדין הזורק שמחייב הרמב"ם ונראה דס"ל כמ"ש הר' מהרמ"א. ולע"ד אפ"ל דהרמב"ם מאי דמחייב הזורק מיירי דהיה יודע הזורק דהאחר יסלק הכרים ושניהם היו דעתם לשבור אותם ומשו"ה זרק אותם וכ"ן לפי מ"ש כמה מהפוס' שלדעת הרמב"ם אינו חייב בדד"ג אלא במתכוין להזיק וכ"כ המח"א ה' נ"מ סי' ו'. גם הרדב"ז בח' סי' הנ"ל ובתשו' אחרות כ"כ החי' של התוס' והרא"ש ולא הזכיר כלל דהרמב"ם חולק דנר' דס"ל דכן הוא גם בעד הרמב"ם והרי"ף דמלבד דהוא תמיד נמשך אחר סברתם, ותו דשם הרגיש ע"ד הראשונים שכת' דטעם משום דספר מתא דהוי פסידא דל"ה דמ"ש מכל דד"ג דחייב ותי' עפ"י החי' הללו, ומוכרח דהרמב"ם ס"ל נמי הכי מדפ' להא בחבירו גם הר' המבי"ט ח"ב סי' נ"ד עם שדרכי לילך בעקבות הרי"ף והרמב"ם פ' שם באותו נדון שהוא נדון של מהרמ"א לפטור עפ"י החי' הנ"ל, וי"ל קצת ע"ד מהריט"ץ בסי' קנ"ו שה"ד התוס' והרמב"ם ולא ביאר דנר' דהם חלוקים אלא שכ"כ הר' שהיה נחוץ השואל וממ"ש הכנה"ג בסי' שפ"ו משם מהרמא"י בתשו' סי' פ"ח דמו' מדברי הרמב"ם דמחייב בגרמא דעכ"פ נר' מדבריו דאין כן דעת הפוס'. וע' לה' מ"ץ בח"ג סי' הנ"ל דכת' דאף לדעת הרמב"ם דצריך שיהא בקום עשה ובריא היזקא וע"ע לה' פמ"א ח"ב סי' ט"ז ולהר' גו"ר ח"מ כ' ג' סי' מ"ב דהגם דהיה מוחזק הניזוק ודנ"ד הוי באתרי דהרמב"ם ומרן עכ"ז כתב לפטור מפני דלא היו החי' דהתוס' והרא"ש וכן מפו' יוצא מתשו' מהרי"ק בס' רב יוסף סי' כ"א. כנר' דכולהו רבוואתא הנ"ל ס"ל דאף שאין בדברי הרי"ף והרמב"ם בירור דמודו לחי' התוס' והרא"ש ואפשר דיש סימנים לומר דאינם מודים מ"מ כיון דלא בא בדבריהם בפי' דחולקין והמחלקים החי' בא בדבריהם בפי' דצריך שיהיו החי' כדי לחייב י"ל אין לדמות ההיזקות זל"ז. וכן ראיתי לה' מגן גבורים סי' פ"ז דכתב וז"ל והבא לחייבם צריך

ראיה ואם יהיה לוי מוחזק כיון שאין דברי הרי"ף והרמב"ם מבוררין אמרי' דלא תועיל חזקתו עכ"ל. וזה נר' דעת מרן דבב"י הביא לכל דברי הראשונים דפוטרין כדי ללמוד מהם בעלמא וכן בתשו' פסק הדין בנ"ד עפ"י החי' וקאמר מר דהן לו יהי וכו' כלומר כיון דלא נמצא בפי' כן בדברי הרמב"ם אלא שנר' כן מדחו' על הפרטים כיון דלא פסק כן בפי' ויש להסתפק דאינו מוכרח י"ל דהן לו יהא וכו' אבל בפרטים שפסקו כן בפי' הרי"ף והרמב"ם פ' בש"ע כדבריהם ואין שום סתירה בדבריו כלל. ועפי"ז יש ליישב דברי מרן ממה שהשיגו ע"ד דמרן קיצר בלשונו יש לעמוד בדברי רבני האחרונים בס' בירך משה סי' ה' ומט"א באות גרמא ומנחת זכרון באות דד"ג מתוך מש"ל אלא שלאפס פנאי איני יכול וגם דא"צ לנ"ד דנר' ודאי דלכל הדברות ולכל האמירות שלא אמ"ל שיקח מעותיו מהבאנקא ולא יש שום הכחשה בזה ואפי' ידיעה לא היה ליכא למ"ד דחייב ואפי' גרמא לא הוי וזה ברור. ואין לדמות לדין חתן דהוציא הוצאות דרב המרחק ביניהם כדכתי'. וכל מ"ש מע' ה' המופלא מהרי"א נר"ו לדחות דברי רו"מ כת"ר נר"ו אחרי המחי"ר לא צדק ומתוך מ"ש תשובה מוצאת לד"ק ולעת הפנאי אבא להשתעשע בדבריהם הנעימים בל"ן. ולענין דינא לענ"ד מני"ר נר"ו צדיק בדינו דלוי פטור לפי מאי דכתי'. ומלבד זה בהך דנ"ד אין לנו צורך לכל מאי דכתי' מאחר דכבר בא הדבר מפורש בגדולה מזאת דהוא פעור בס' הפוס' ומפני זה כשמסר בידי האי פסקא דדינא לעיין בו תו"מ בהשקפה ראשונה אמרתי לו לרו"מ כת"ר נר"ו דמה צורך לכל האריכות ליעיין מר בתשו' הרב"ד שכבר בא שם הדבר מפו' שהוא פטור במכ"ש:

והוא דהרב ב"ד בחח"מ סי' ק"ז נ"ד היה שמכר לו בק"ס וכתב השטר ולא מסרו ללוקח עד שיגמור למכור חפציו עד תשלום קצבת המעות ואחר שמכר הלוקח כל חפצי ביתו חזר בו המוכר בטענה דאין כאן כסף ושטר והלוקח טוען דעל פיך מכרתי כל חפצי שנתרצית למכור לי הבית ומכרתי אותם בזול וכו' ואת"ל שיכול אתה לחזור בך פרע לי כל מה שהפסדתי במכירת החפצים ופסק הרב דפטור מלשלם ההפסד כמ"ש הרמ"ה שה"ד בטח"מ סי' קע"א סל"א דאי טעין נתבע לא בעינא דיפרח בתר זוזי עד דמוגידנא ניהלי' מעכשיו וכו' הדין עמו דילמא אזיל ומזבין בזול והדר תובע מדינא דגיא"ג ע"כ. וכתב הרב הטעם משום דהלוקח איהו ניהו דאפסיד אנפשיה שהי"ל לחוש לכך שמא יחזור המוכר אחר שימכור בזול והי"ל להתנות מתחי' שלא יחזור כגון ע"י שבועה או שיפרש בתנאי מפורש שיקנה ע"י ק"ס וכו' ע"ש וכיוצא לזה היה נדון הרב ידש"מ ודן הרב עפ"י תשו' הר' ב"ד לפטור וכתב הרב שאעפ"י שהיה אפשר לחלק ממ"ש הרמ"ה דלא היה רוצה ומשו"ה היה לו לחוש משא"כ בכה"ג דהמוכר היה רוצה למכור ומשו"ה

לא חשש כבר הורה זקן עש"ד ומה שיש להרגיש בדברי הידש"מ במה שרצה לפקפק על ראית הרב"ד דאין לחלק כן דאף בכל מכר כן לפי מ"ש הר' המגיד שם משמיה דגברא רבא ה"ה מהר"א פאלומבו ז"ל ראיה למ"ש הרב"ד מסוגייא דפ' השוכר את האומנים דע"ז ע"ב כבר עמד בזה הר' משנת ר"א בח"א סי' ק"ל שה"ד הר' מהר"א פאלומבו אלו וגם מ"ש התוס' שם ד"ה והו"ל מזיק ושגם הרמ"ה בחי' בפ"ק דבתרא דמ"ו מהס' כשכתב דין זה הזכיר לש"ס דפ' האומנים הנ"ל אע"ג דלאו סמיכתו לעיקר דינא דפטור לא לעיקר החששא ועכ"פ דינו של הרב"ד דין אמת ושכ"כ הריטב"א ה"ד הרב"א בא"ז שם בסוגייא זו ועפי"ז הק' ע"ד הידש"מ דלפום סוגייא דפ' האומנים לא ניתן ליאמר מה שרצה לחלק עש"ד. וקושטא קאי דהר' ידש"מ לא שלמו מאורות עיניו באותו פרק בסוגייא דפ' האומנים רק דעל הר' המגיה שם דהזכירה בקורא להגיה הי"ל להגיה דלפי האמת לא ניתן ליאמר האי חי':

ואיך שיהיה נקטי' מדברי הרמ"ה והראב"ד וה' ידש"מ דאפי' דעפ"י הבטחתו דימכור לו הגיע לו הפסד דמכר נכסיו בזול דאינו חייב במה שהפסיד וכדמוכח מסוגייא דפ' האומנים הנ"ל וכמ"ש התו' והריטב"א שם דאי לאת"ה אמאי לא מחייבי ליה ולא מגבי' מיניה דמוכר אלא כשיעור מה שלקח דוקא ולא ההפסד וכדכת' הראשו' הנ"ל וכ"כ ה' משנת ר"א שם ולא מצינו חולק ע"ז דמה שכת' הראב"ד וה"ד הרב"א בא"ז שם בפ' האומנים דהאי מזיק דקאמר דד"ג ע"ש אין הכינה דחייב ליתן ההפסד דזה לא ניתן ליאמר משום דהוא היפך דברי הש"ס שאמר דאינו נותן אלא כשיעור מה שלקח וגם דהוא היפך מאי דס"ל הוא גופיה בפ"ו מה' זכיה. וכתב שם דה' שביתת יו"ט בגי' הר"ב בא"ז שם כ' ע"ד הראב"ד דמאי דלא קאמר הראב"ד דגרמא היי משום דאזיל לשי' דבכה"ג דד"ג פטור היכא דמכוין להנאתו והסכים עמו המשר"א שם. ולע"ד לא נתקררה דעתי בזה דמלבד די"ל לפי"ז לשי' הראב"ד דמבואר בדבריו בכמה מקומות דכל כה"ג גרמא היו ופטור והמשר"א כת' שם אלא דיש לדקדק קצת ולע"ד ק"ט. ותו דאם איתא דמאי דפטור הוא משום דמכוין להנאתו ובכה"ג אף בדד"ג פטור א"כ אמאי גובה מעדית כדין מזיק כיון דהוי להנאתו כמו שאינו חייב משום ה"ט גופיה לא הי"ל לדונו כדין מזיק:

ולעד"ז דכונת הראב"ד אינו לומר דאותו ההפסד הוא מחמת הזול דהוי דד"ג אלולי דמכוין להנאתו אלא מ"ש דד"ג הוא על שיעור המעות שנתן דחייב לשלם דדנו אותם כדין דד"ג דגם כשחייב לשלה מדד"ג צריך לשלם מן העידית שבהמעות עצמן שהוכרח למכור החפצים בזול וקבלם המוכר אותם המעות הו"ל כאלו אותם המעות הוזקו וחייב מדד"ג ואין שום נפקותא בין ב' הפי' לענין דינא רק הפי' בלישנא דש"ס והכל אחד ועי'

בחי' הריטב"א מציעא המודפסים דפי' כפי' הראב"ד. ואפשר דבמהדורא אחרת כ"כ כמו שמצינו כן בכמה מקומות וליכא שום נפקותא כלל ואם היה שייך דד"ג שגרם לו להפסיד היה צריך לחייב אם המוכר חזר אף קודם שנתן המעות ואפי' זה שאמרו בגמ' דגובה מעדית דהוי כמזיק הרמב"ם בפ"ח מה' מכירה וש"ע וכמה פוסקים לא פ' כן וגם הראב"ד לא השיגו דס"ל דלא הוי כמזיק

גם ראיתי לה' ערך השולחן בח"ג הנ"מ בסי' קצ"א אות ג' שה"ד הרב"ד הנ"ל וכת' דכן משמע מתשו' הג' ושכן מוכח בהדיא מפ' האומנים גבי מי שמכר וכו' וסיים דבריו לעיין בס' פנים מאירות ח"א סי' פ"ב ע"ש. וכבר הרמ"ה גופיה רמזה להאי סוגיא. וראיתי בדברי הפ"מ שציין הרב ונ"ד באחד שהביא ברזל מרחוק למכור ביומא דשוקא והי"ל לאדם אחר תביעה עליו ורימה אותו וקנה ממנו ומשך הברזל לרשותו ואח"כ אמ"ל משטה אני בך והלה צועק שעבר היריד והגיע לו הפסד וכת' הר' דזה מזיק גמור כמ"ש בסוגיא דאומנין דהו"ל כניזק כנ"ל ושכ"פ הרא"ש ונרגש הר' ממ"ש התוס' שם וכת וז"ל דוקא התם דלא בריא היזקא כ"כ ולכך אוקמוהו רבנן דינו כמזיק לגבות מן העדית שבנכסיו דאף את"ל שהוזל ומכר מנכסיו מ"מ כיון דיש לו הנאה דקונה קרקע מעדית שבנכסי מוכר סגי בהכי אבל בנ"ד הוי האי לוקח מזיק גמור ומחוייב לשלם כל היזקא ע"ש. וי"ל ע"ד דכיון שאפי' שמכר בזול שאם אח"כ חזר המוכר והגיע לו הפסד בודאי בחזרתו דמתבאר בגמ' דאינו משלם ההפסד איך לא יהיה בריא היזקא. וגם מ"ש כיון דיש לו הנאה גובה מעדית שבנכסיו מלבד דהרמב"ם ומרן וכמה פוס' לא פסקו כן. ועוד אפי' לפי דברי הרא"ש מה יועיל לו למה שהפסיד דזה לא הועילו חכמים ששיעור המעות שנתן שיגבה בטוב. גם מה שהביא ראיה משכירות פועלים דשוכר עליהם גם זה יש לדחות דהתם דהוי מדד"ג שכירות פועלים כדיהבו טעמא הראשונים וע' להרה"ג מהרא"ק בש"ה שער אשר בחי' לחו"מ סי' רצ"ד אות ל"ו דתמה ע"ד למה לא הביא ראיה ברורה מעול דינר והעבירני דהיכא דהפסדו ניכר לא מצי"ל משטה אני וכו' ע"ש. ולכאו' גם זה יש לדחות דהתם הוא דלא מצי"ל כן משום דעשה עמו פעולה משא"כ הכא רק דתפסו משום התביעה אבל נראה דדינו אמת משום דההיזק בא לו מפני שעשה מעשה בגוף הדבר והפסידו וכדכת' הרדב"ז בח"א סי' קע"ח וע"ע למהרש"ך ח"א סי' י"א ומורם בח"מ סי' רצ"ב ופ"ת שם סק"ה ולא דמי למ"ש בגמ' דאינו חייב דהמוכר לא עשה שום דבר רק הקונה והו"ל לאסוקי אדעתיה כבר הארכתי במ"א לא עת האסף פה:

ונחזור אל המכוון דנר' ברור מכל האמור דאפילו במוכר חפציו בזול ע"פ הבטחת המוכר שפטור המוכר ואפי' הר' פנים מאירות ודעי' מודו ולפי הרשום בזכרוני דכן מבואר

יוצא מתשו' הגאוניה ישנות ס"ס ז"ך ואמצ"א כעת. וגדולה מזאת כתב הר' המבי"ט ח"א סי' ר"ך דאפי' אם הערב הפסיד שהוכרח למכור חפציו בזול כדי לשלם את ב"ח אין הלוה חייב לשלם כ"א מה שהוא חייב ע"ש וה"ד הכנה"ג סי' קכ"ט הגה"ט ובני יעקב בתשו' דרכ"ג. וא"ת א"כ תיקשי לפי"ז מ"ש הר' הלבוש סי' ט"ל דאם הבטיח להלוות לו והלך לסופר וכתב לו שער ואח"כ חזר המלוה דחייב לשלם שכר הסופר שנתן הלוה ע"ש והסכים עמו הסמ"ע שם וה"ד הכנה"ג בסי' שפ"ו ע"ש דמ"ש מדין זה דמכר חפציו בזול עפי"ד המוכר שימכור דהא ודאי ל"ק דהכא מ"ש לסופר הוא עפ"י מאמרו של המלוה דהוא אמ"ל שילך ויכתוב שטר דבלי שטר לא ילוה לו וכ"כ הג' רעק"א הו"ד בפ"ת שה. אלא יש לעמוד דלפי מ"ש הראשו' דהיכא דמכר חפציו בזול עפ"י הבטחת המוכר דעכ"פ גרמא בנזקין מיהא הוי וכפשטא דשמעתא א"כ לפי דברי הש"ך ומורם בתשו' ופמ"א בתשו' הנ"ל והנמשכים אחריהם צ"ל דגם בדין זה דחייב לשלם ההפסד ומה יענו שפתי צדיקים דאפי' תאמר דהרמב"ם חלוק ע"ד הרמ"ה ושאר פוס' וסי' י"ל לזה מדהשמיט מרן בש"ע בסי' קע"א ע' בסמ"ע שה שתמה על מרן ע"ד השמיטה אבל א"א לומר כן דאם איתא להא איך פסק הרמב"ם דאינו גובה כ"א דוקא מה שנתן כמ"ש בש"ס ואפי' למ"ד דגובה מעידית שבנכסיו לא פסק כ"א שגובה מן היפה שבה ותו לא. ולא אשתמיט שום פוסק או מפרש דלדעתו ז"ל דאם הפסיד הקונה דמשלם גם ההפסד. והיה נר' דגם מזה יש להק' ע"ד הסו' לייחס כן בעד הר' וכמו שהק' לעיל מכמה מקומות אלא די"ל דס"ל דגרמא כזאת קילא טובא ואינה בכלל ועי' לה' חו"י סי' מ"ד דכת' וז"ל דאפי' הרמב"ם דמחייב גם בגרמא ולא ס"ל חי' דגרמי וגרמא כמ"ש הסמ"ע וכו' מ"מ גם הרמב"ם ע"כ לא ס"ל חיוב גרמא עיר פרוצה אין חומה רק בדעביד מעשה בממון חבי' ומוחל שט"ח דהו"ל כשורפו והוא לשון הרמב"ם פ"ז מחובל הלכה יו"ד דהוצרך לומר כן דליהוי דומה להנך דכולהו עביד מעשה וכו' מ"מ לא נכלל לחיוב אלו דבר"פ הכונס וכו' יעש"ד ומריהטת לשונו נר' דמאי דכתב כן הוא גם בדעת הסמ"ע ודעי', ולע"ד אין נר' כן מדברי הסמ"ע ואין להק' ע"ד הח"י ממ"ש הרמב"ם בה' זכיה דמחייב את הכלה בהוצאות דשניא ההיא וכונת כו"כ מהמפרשים כנ"ל ומתוך מ"ש הרואה יראה מה שיש להק' ע"ד ה' שואל ומשיב מ"ב ח"א סי' ע"ב ולאפס פנאי איני יכול להאריך:

ולכל הדברות בדין זה הוא מוסכם מכל הפוס' דפטו' דאיהו דאפסיד אנפשיה דהוה ליה לאסוקי אדעתיה דבידו לחזור. וגדולה מזאת אמרו במס' קדושין ופ' הרמב"ם ומרן בש"ע סי' תי"ח דהמבעית את חבירו וחלה דפטור בדיני אדם דהוה ליה ליתובי אדעתיה וכל שכן בזה דלא היה לו לסמוך ט"ד עד שיעשה בקנין המועיל או בשבועה ואם כך הוא

אעפ"י שעשה קנין אלא שאינו מועיל כל שכן בנ"ד שאפי' דבור גמור בהחלט לא היה שאמ"ל שהוא מצפה תשובת אביו:

ועפ"י כל האמור לעיל א"צ בנדון דידן לישא וליתן כשמרן ז"ל פליג על דברי הרמב"ם כמאן נקיטי' במקומות האלו וגם כשמרן בעצמו נסתר מחמתו איך ראוי לדון אלא דמפני שמע' הר' מהרי"א נר"ו רצונו שאחוה דעתי הקצרה ובודאי דגם מני"ר רצונו בכך אמרתי אגלה טפח אף שאין שייך בכאן לפי מאי דכתיבנא:

והנה ראיתי לה' מהרי"א נר"ו דכתב דכיון דסברת מרן בפלוגתא מתנייא הש"ך והסמ"ע אם חולק על דברי הרמב"ם או"ל ולדידן דקבלנו הוראות ב' יש להסתפק אי מצי המוחזק לומר קי"ל כהש"ך דהיכי נפסוק כסברת מרן המסופקת ונניח סברת הרמב"ם הודאית. וסיים ע"ז וז"ל והגם דחזינן פלוגתא דרבוואתא דפליגי היכא דהרמב"ם ומרן פליגי בחד דינא דהר' מ"מ ס"ל דמאן דעבד כמר לא משתבש והגו"ר ס"ל דבכהאי גוונא אזלי' בתר מרן דהוא בתרא טפי כמ"ש בשמם החש"ש בכ' הקי"ל אות ט' והאור"מ אות י"ג והחק"ל במ"ב ח"מ סי' כ"ה הכריע דבכה"ג אין לדון אלא כס' שהיא כרוהפ"ו ולכאו' יש להסתפק בכונת ד"ק אם ר"ל דאזלי' בתר הסברא שהיא כרוהפ"ו בעיקר הדין או"ד כונתו דאזלי' בתר רוהפ"ו דסבירא להו בדעת מרן ונ"מ טובא דאי נימא דר"ל בעיקר הדין הא ודאי דבכה"ג דנ"ד בעיקר הדין רוהפ"ו ס"ל דלא כהרמב"ם ודעת מ' איכא מ"ד דאזיל כרוהפ"ו א"כ ודאי דיש לדון כרוהפ"ו דלא כהרמב"ם ובזה יצא לוי דנ"ד זכאי בדינו וכו' ברם אם נאמר דכונת הג' החק"ל דגם היכא דרוהפ"ו ס"ל בדעת מ' דס"ל כהרמב"ם כגוונא דנ"ד וכו' א"כ בכה"ג יש לנו לדון כהרמב"ם כיון דרוהפ"ו ס"ל דמרן אזיל בשיטת הרמב"ם ולפי"ז לוי דנ"ד מתחייב וכו' ומדברי האור"מ נר' ברור דס"ל דר"ל כסברא שהיא כרוהפ"ו בעיקר הדין כהצד הא' שכתבתי בעניותין וכו' את"ד:

ולענ"ד אחרי המחי' מלבד שבדבריו יש בהם מן הגמגום ואין לשונו מכוון ועוד בה דבריו תמוהים כמו שאבאר דהנה מה שנסתפק מקודם אי נקטי' כהרמב"ם משום דסברת מרן היא מסופקת הוא אף לפי סברת הגו"ר דס"ל דכשחולק מרן ע"ד הרמב"ם דנקטי' כמרן דאפש"ל דהיינו דוקא כשמרן ז"ל חולק בפי' אבל כשיש מחלו' דנמצא ס' מרן מסופקת אי חולק על דברי הרמב"ם דלא שבקינן פשיטותיה דהרמב"ם לפי"ז לא נפקא מידי במה שהביא מה' משאת משה דסבירא ליה דבכה"ג דפליגי הרמב"ם ומרן דעבד כמר ל"מ ועוד כשהוא כמו בנ"ד דהמוחזק הוא בא לומר קי"ל כמרן גם דעת מרן ברור לא נפקא מידי מהך פלוגתא של המ"מ עם הגו"ר דודאי גם המ"מ מודה דיכול המוחזק לומר קי"ל כמרן אף שהוא נגד ס' הרמב"ם ומה שי"ל שחולק המ"מ עם הגו"ר הוא דוקא היכא

דהמוח' ר"ל קי"ל כהרמב"ם נגד ס' מרן דיכו"ל ולהגו"ר אינו יכו"ל קי"ל אף שהוא מוחזק נגד ס' מרן. וגם מה שעלה ונסתפק בכונת דברי הג' חק"ל וצדד צדדים עד שמצא הדבר מפו' בדברי הר' מ"ב אור"מ שהוא בעיקר הדין כמו הצד הא'. תמהני טובא דמה צורך דכיון דהחק"ל ס"ל דמה שנחלקו המ"מ עם הגו"ר הוא כשהם חולקים בפי' הרמב"ם ומרן א"כ ודאי שהוא בעיקר הדין קאמר וכ"כ בפי' הר' שם בדרמ"ג ע"א וז"ל וא"כ נקטי' כדעת הש"ע שהוא דעת רוהפ"ו ע"כ ולא מצאתי שום צד מקום להסתפק בדברי החק"ל עד דנצטרך להוכיח ממה שהבין בכונתו הר' מ"ב אור"מ:

ואגב אורחין נלע"ד דמ"ש החק"ל דאפי' לס' המ"מ דכתב דמאן דסמיך ע"ד אחד מהם ל"מ דגם לפי"ד אין לנו לדון אלא אחר הסברא שהיא כרוהפ"ו דה"ד בנ"ד דל"ש תפיסה ומשום דכיון דיש סברות המנגדות אפי' שנהגו לדון ככל אחד מהם הוה ליה כאילו לא גילו דעתם בזה אבל אם אחד מהם תפוס יכו"ל קי"ל כמאן דמסייעא לי אפילו דליכא כ"א מעוט עם הסברא ההיא ועדיין ספקו של הר' מהרי"א דנסתפק כשהרמב"ם מחייב אותו ובדעת מרן פליגי הפוס' אי חולק ע"ד או מודה לו דאפשר לומר דלא שבקינן ודאו של הרמב"ם מפני מה שיש להסתפק בד' מרן וממ"ש החק"ל שם והאור"מ שם אין להוכיח מדבריהם מידי ע"ז כשיש מחלוקת בסברתו. ומ"ש מה"ר שמן המור דק"ד דכת' דכשיש ס' בכונת מרן דיכול המוחזק לומר קי"ל אין ספר שה"מ מצ"א כעת ונוכ"ל דלא מיירי הר' כשהרמב"ם מחייבו ואדרבא ממ"ש בחק"ל שם אח"כ וז"ל הצ"ל ואם באנו לומר כיון דאין ברור בדעת הש"ע כמאן ס"ל ובריר לן בדעת הרמב"ם דס"ל דלא זכה לא שבקי' ודאי הרמב"ם מפני הס' שיש לנו בדעת הש"ע עש"ד. ומ"ג כשרוהפ"ו סבירא להו דמרן מסכים עם הרמב"ם:

אמנם נלע"ד דגם בזה יכול המוח' לומר קי"ל כהסוברים דמרן חולק בפי' ע"ד הרמב"ם ול"מ לס' הגי"ר דסבירא ליה דכל שגילה דעתו מרן דחולק הוא על דברי הרמב"ם דאזלינן בתריה משום דאחר זמן מרן לא נשאר עוד קבלת הרמב"ם ואם כן כשיש מח' בסברתו מצי למימר קי"ל ובשי' זו של הגו"ר קיימי רוב ככל רבני האח' וכב"ר לגדול הדור האח' הר' מהרא"ק ז"ל בס"ה שער אשר ח"מ סי' כ"ג דאסף איש טהור בזה אמבוהא דספרי דכ"כ, וכתב שם הרב להכרית דגם הרמ"ע גופיה מפשט פשיט"ל כן ומה שכתב בסי' ל"ד מאן דסמיך אאחד מהם ל"מ לא נאמרו דבריו אלא דוקא היכא דלא בא הדבר מפורש בדברי מרן רק דמספקא ליה ובדברי הר"מ בא מפו' בהא הוא דאמר דאי אתיא ליה הזכיה להמוחזק בדעת הרמב"ם מצי זכי ואי אתיא ליה הזכיה באומרו הקים לי דדעת מרן נגד דעתו של הרמב"ם וכגוונא דנדון דידן שפיר מצי זכי אך כד מפו' דעת מרן פשיטא דקא

אזלי' אבתריה הגם שהוא נגד דעת הר"מ ע"ש. אלא שי"ל עליו דאם הוא דוקא כשדעת מרן אינו מפו' מה צורך להחזיק ביד המוח' מפני סברת הר"מ דממרן גופיה יכול הוא להחזיק וגם ק' דאיך כתב כן בפשי' ולא זכר להחש"ש והחק"ל הנ"ל ומ"מ הרי כמה פוס' דהסכימו בפי' כמ"ש הגו"ר וכן זכורני שראיתי בפסק כת"י לה' מהר"י ענתיבי שפסק כן כמו שכתב ה' בירך משה דדין ש"ש יש לו דקי"ל במקומותינו כפסק מרן ואף שהוא היפך דברי הרמב"ם וכן כתב ה' מהרי"ז הו"ד בזרע אברהם אה"ע סי' ד' דל"ב קברתיו דלא כס' הרמב"ם מאחר דפ' כן מרן בש"ע והי"א בדיני עגונה אות רל"ב שהק' על דבריו דמרן גופיה דלא סבירא ליה כהר"מ בין בש"ע בין בתשו' ואפי"ה חייש הר' לס' הר"מ בתשו' סי' י"א משום דאתריה דמר הוא ואיך הוא לא חש לזה ע"ש אפשר לומר שמה שהוא לא חש הוא דוקא באותו דין משום דמרן ז"ל גופיה חש דאתריה דמר ולפי מה שכתב ה' שער אשר שם י"ל דלא קשה מידי על דברי מהרי"ז דאף דמרן חש לדברי הר"מ היינו בזמנו דקבלו עליהם להתנהג עפי"ד הר"מ אך אחר כך נתחדשה ההלכה לקבל דוקא מה שהוא דעתו של מרן ואף שהוא נגד הר"מ ונמצא לפי ס' כל הנהו רבוואתא כשמרן חולק עם הר"מ תו לא מצינן למימר קים לי כהר"מ. ואם כן לדידהו ודאי כיון דאין לנו אלא דברי מרן ויש סוברין דמרן גילה דעתו לזכות למוחזק דמצי למימר קים לי אלא דגם לס' הרמ"מ דכת' דמאן דסמיך אאחד מהם ל"מ כיון דהוא להחזיק ביד המוח' מצי לומר קים לי ככת הסו' דמרן גילה דעתו בפי' ואף שהר"מ מחייבו דעד כאן לא אמרינן דאין להניח הודאי מפני הספק אלא כשהפו' בעצמו מספק"ל או שאנחנו מסופקים בסברתו אבל כשיש סו' דהפוס' גילה דעתו בפי' מצי למימר קים לי, וכן ראיתי בס"ה שער אשר בח"מ סי' כ"ו דכתב על דברי רבני עיר הקודש ת"ו דודאי היו יכולים לומר קים לי כמאן דאמר דשפיר הכריע מרן כיש אומרים בתרא וכבר קבלו עליהם דעת מרן גם שהוא נגד דברי הר"מ עד כאן, ודבריו ברורים ומה שנר' מדבריו שרבני עיר הקודש חלוקים בזה לא נודע טעמם ואולי דס"ל דהתם שאני דכיון דתמיד מרן הולך בעקבות הר"מ והסברא שמביא באחרו' בההיא הוא דלא כהר"מ דוקא התם י"ל שלא הביאה באחרו' להכריע וגם שסבירא ליה דממה שכתב בתשו' נר' דסבירא ליה כס' הר"מ ולאפס פנאי איני יכול להאריך. דע"כ פנים נר' דכשמצאנו להפוס' שכתבו דמרן גילה דעתו בפי' דלא כהר"מ אף די"ח מצי המוח' לומר קים לי וכל מה שכתב הוא אף בהנחה סוברת כמו שכתבו הש"ך ודעי' דהר"מ מחייב בכל גוונא אבל לפי מ"ש לעיל מלבד דאינו מוכרח ואדרבא נראה דלא סל"ה ואף אם היה מוכרח בדבריו לא נקטי' בהא כוותיה לפי מ"ש לעיל דכל הפוס' דתמיד פוס' כוותיה משוה דמ"ד הוא בזה כתב להיפך וכיוצא לזה כתב החק"ל

במ"ב ח"מ סי' ט' וזה לשונו ומה גם שהרדב"ז ומהר"מ אלאשקאר ומהרמ"א והרשב"ץ נקטו בפשי' דלא כהר"מ והלא כולהו רבוואתא שהזכרנו הם מאותם שקבלו לדון על פי הוראת הר"מ ולא חשו בזה לדעת הרמב"ם שראו שהם דברי יחיד אנן נמי לית לן למיחש עד כאן, גם מ"ש מע' רא"ג מהרי"א נר"ו דרוב הפו' סבירא להו בדעת מרן דאזיל בשי' הר"מ דמחייב בכל גרמא לפי מה שכ' לעיל גם זה אינו דרבים וגדולים מתבאר מדבריהם דלא סבירא להו הכי וכדכתי':

עוד ראיתי בדברי מע' ה' מהרי"א נר"ו שכתב לפי דעתו דמרן סותר עצמו ממה שכתב בתשו' למה שכתב בש"ע דנקטי' כמו שכתב בש"ע לפי מה שכתב מרן ב"י ח"מ סי' קט"ו על הרא"ש וכ"כ הר' נחלת ז' והג' מהריט"א בשיו"ט סי' כ' והי"מ בכללי מורם וכן כתב הרב מר ואהלות וה' ויקרא אברהם גם על מרן עצמו ואם כן נקטי' בנ"ד לחייב את לוי דלא כמ"ש מרן בתשו' את"ד.

וראיתי לרו"מ כת"ר נר"ו דעמד מנגד ומר אייתי בידיה מה שכתב הרב הגדול מהרח"ף ז"ל בס' כל החיים מע' היו"ד אות ז"ן דהביא שם מ"ש איהו גופיה בס' חוקות החיים סי' נ"א דנקטי' כמו שכתב בתשו' ולא כבית יוסף ושוב כתב שראה מה שכתבו הפוס' כיוצא בזה בדעת הרא"ש דמב"י ביורה דעה סי' קס"ט ור' כתב בדעת הרא"ש כי מה שכתב בתשו' הוא עיקר ואחר כך הביא מה שכתב הכנה"ג בתשו' ב"ח ח"מ סי' ס"א מחלו' בזה ושסו"ד כתב שם בדכ"ו ע"א דלא נמצא מי שיאמר דהתשו' עיקר זולת מהרי"ל וכ' הר' מהרח"ף כי יש לחלק דוקא בהרא"ש שיש לו פ' ותשו' הוא דאיכא מרבוואתא דסברי כשסותר מתשו' לפ' דהפסקים עיקר יען ס' הפסקי' הם כולו אורייתא דיליה שחיברו בכונה מכוונת לברר הדינים לפי מה שהוא הל' פסוקה אז עדיף כחו יותר מתשו' שהיה לפרקים משא"כ בחיבור בית יוסף שבא להביא כל הס' ובדרך שו"ט והוא חיבור אז התשו' עדיף וע"ד שכתב הבע"ח שם דעם שכתב מהרי"ל דמחבר שעשה חבור וכו' עם כל זה אפשר שיודה בהרא"ש דאם סותר מפסקיו וכו' דהפסקים עיקר עכ"ל:

ולענ"ד אין זה מספיק דמלבד שי"ל ע"ד מהרח"ף ז"ל כמו שאבאר. ועוד למאי דאנן קיימין כשהוא נגד מה שפסק בשולחן ערוך ומ"ג בדין זה דסתם בכ"מ. אלא די"ל ע"ד ראשונה מ"ש להוכיח מהר' ח"ש דכתב בתשו' נקיטי' כוותיה גם כן דעדיף מש"ע ומאחר דכשסותר מב"י לשולחן ערוך נקיטי' כשולחן ערוך כמו שכתב השו"ג בכ' השולחן ערוך אות י"ג כל שכן כשסותר מבית יוסף לתשו' שהתשו' עיקר עד כאן. לעניות דעתי אחר המחילה רבה הא לא מכרעא משום דכשסותר דבריו ממקום למקום דהדבר ברור דחזר בו מסברתו הראשונה והעיקר הוא לידע איזה מהם היא סברתו אחרונה דהדר ביה ממאי

דהוה סבירא ליה מקודם ומשום הכי כתב דכשחזר בו ממה שכתב בבית יוסף בשולחן ערוך דנקיטי' כשולחן ערוך ובודאי דאי ידעי' דחזר בו ממה שכתב בתשובה בבית יוסף דסברתו האחרו' הוא מה שכתב בבית יוסף דנקיטי' כבית יוסף גם אם התשובה עדיף ואי ליכא בירור הדבר הוא בספק אצלינו ומה יועיל לענין זה העדיפות ומלבד דהא ל"מ אדרבה יש לומר במאי דפשיט ליה כן בכ' דכייל השו"ג דאיך לא זכר מה שכתב מ"ז הג' חקרי לב באורח חיים סי' ד"ן דל"ח וע' בזה בברכי יוסף יורה דעה סי' רמ"ה ושיו"ב אורח חיים סי' רס"ח ויוסף אומץ. ובהכי גם מה שהביא ממה שכתב ה' מהרמ"ס שהו"ד בחקרי לב מ"ב דקע"ד הא נמי ל"מ ושוב אחרי כותבי ראיתי למהרחז"ף שם באות שציין לדברי מ"ז וסיים ועיין מה שכתבתי לעיל ומהנראה שנרגש הוא עצמו:

גם מה שרצה לחלק מפסקי הרא"ש לחיבור מרן בית יוסף לעניות דעתי הם דברי תימא דכיון דגם חיבור מרן בית יוסף עשאו להורות הלכה למעשה והביא הסברות מה שהסכימה דעתו עליהם מה הפרש יש בין אם הוא אורייתא דיליה או מן אחרים שקדמוהו. ועוד דגם בפסקי הרא"ש מביא שם כמה וכמה פעמים דמדהביא סברות הראשונים שקדמוהו דנראה שהסכים דעתו עליהם הגם שאינו אוריית' דיליה ופוק חזי לה' כנסת הגדולה בחושן משפט סי' קע"ה אות ה' כתב וזה לשונו אף על פי שהרא"ש הביא דברי רש"י ור"ת ולא הכריע ובתשו' כ' צ"ט שהביא רבינו הכריע כרש"י ז"ל ס"ל לרבעה"ט ז"ל דמדהרא"ש הביא בפסקיו דעת ר"ת באחרונה כוותיה סבירא ליה ואף על גב דבתשו' פסק כרש"י הפסקים עיקר כמו שכתב בסי' ע"ב עד כאן וכן כתב בדרישה, וכיוצא לזה הרואה יראה לה' תורת חסד בסי' רצ"ד ודכוותייהו הרואה יראה בכמה דוכתי ועם כל זה סבירא ליה דהפסקים עיקר ואם כן למה יגרע מה שגילה דעתו מרן בב"י שלא לעשות עיקר ממנו מפני מה שסותר עצמו בתשובה ועוד דלפי מאי דקא יהבי טעמא דהפסקים הוא העיקר דהוא מפני שהפסקים הם באחרונה ומשום דאיהו גופיה הדר ביה מה טעם לחלק בכך כיון דעכ"פ חזר בו מסברתו:

ומ"ש מהרח"ף ז"ל בחילוקו שהוא ע"ד שביאר הר' בע"ח לענ"ד אחרי המחי' איני רואה שום גילוי בדברי הר' לחילוק זה דלעד"ן דמ"ש הבע"ח ע"ד מהרי"ל דדבריו לא באו ע"ד הרא"ש וכו' אלא אבעלמא קאי וכו' אבל לענין סתירת דברי הרא"ש אפי' שיודה דהפסקים עיקר כדברי הרי"ן מיגאש עש"ד, עם שהר' קיצר בדבריו כונתו נר' דר"ל דבעלמא יש לומר מסתמא דקדק יותר מכיון שהם הלכה למעשה והתשו' היא באחרונה והדר ביה ממ"ש בחיבור שלא דקדק כ"כ משא"כ בפסקי הרא"ש כיון דהוא ידוע דהפ' היו באחרונה כדכ' הרי"ן הרא"ש ואחיו ועוד אפ"ל דבעלמא אפ' דמי שעשה חיבור לא

ידקדק כל הצורך בעת שכותב מפני שאין בדעתו לפרסם הוראותיו בפרק הכותב ובדעתו לחזור עוד על למודו ושאח"כ יתפרסם ומשו"ה י"ל דכשסותר עצמו מסתמא התשו' באחרונה דדקדק ביותר משום דהוא הל' למעשה אבל בפסקי הרא"ש קי"ל להרבנים בניו דהיה מדקדק ביותר בדקדוק עצום ובודאי דפסקיו היו באחרו' דדקדק הרבה וחזר בו ממ"ש בתשו' ונראה ודאי דבחיבור ב"י שחיבר מרן דעתו היה שיתפשטו הוראותיו בכל ישר' והדפיסו בחייו ועמדו ע"ד כל רבני דורו וקיימו וקבלו דבריו הא ודאי ליכא למימר דלא דקדק בו כל הצורך ושבתשו' דקדק טפי חלילה לומר כן ועוד תמהני ע"ד הרב דאפי' אם כונת הר' בע"ח היה כן זהו דוקא לס' הר' מהרי"ל אבל כל הפוס' חלוקים עליו ולדידהו בכל בעלי המחברים כשסות' דבריהם בתשו' החבור עיקר משום דמסתמא הוא באחרונה וכדכת' הר' בע"ח אח"כ וז"ל הכלל העולה דלא נמצא מי שאומר דהתשו' עיקר זולת מהרי"ל אבל שאר הפוס' ס"ל דהפסקים עיקר ואף מה שצדדתי לעיל לפרש בדברי הרי"ן הרא"ש והרבה"ט ז"ל לא יחוייב משם דהתשו' עיקר אלא כל שהוא אחרון בין יהיה התשו' עיקר בין יהיה הפסקים עיקר וא"כ איפה פה בדברי ר' האי ג' מי מילל שדבריו בתשו' הם אחרו' כדי שנתפוס אותם עיקר ע"כ. הרי שפתיו ברור מללו דלכל שאר הפוס' הפסקים עיקר לכל המח' וא"כ עכ"פ לדידהו ודאי דכ"ש על חיבור מב"י דיש לומר כן:

וכ"ת דאכתי תקשי להכנה"ג דאיך פשיט"ל להר' ב"ח דמדכת' כהפו' ע"ד הרא"ש דהפסקים הוא העיקר דה"ה בכל החיבורים דילמא דוקא בפסקי הרא"ש הוא דכ' כן משום דקי"ל למ"ב הר"י והעד העיד בנו דהפסקים היו באחרו' אבל בשאר מחברים מהיכן נוכל לידע ומי מעיד על כולם דהחיבור צריך שיהיה באחרו' אטו לא יוכל להיות לשום מחבר שיכתוב ס' התשו' קודם הפסקים, אבל י"ל דהבע"ח כבר תמה ע"ד הר"י ז"ל דאיך נתברר להם שכל הפסקים היו אחר התשו' ולא אשתמיט אחת מן התשו' להיות אחר הפסקים וכת' הר' ושמא דעת הר"י ן' הרא"ש והרבה"ט דיש לנו לילך אחר הפסקים מפני שכשהפו' עוסק בתשו' אינו נמנע מלבקש אחר פסקיו והל' איך פ' ואם פ' בהיפך ממ"ש בתשו' אז מוחק מ"ש בהל' או חוזר בו בתשו' אבל כשאדם עוסק בחיבור אינו חוזר אחר התשו' מפני שטורח הוא לבקש אחר תשו' שאינם סדורות כמו בחיבור וכו' יעש"ד:

גם הר' מהרימ"ט אחר שגמגם על האי כללא דאטו כל אותם שנים שהיה עסוק בפסקי ההל' העמיד שומר על פתח ביהמ"ד שלא ישאלו ממנו דבר הל' וגם ממ"ש הטור בי"ד סי' קס"ט שמשמע שהוא תופס דבריו שבתשו' וגם שבכמה תשו' כת' הרא"ש שכת'

בפסקיו כמ"ש בכ' ס"ח סי' ט"ז ובכ' פ"ו סי' ח'. אלא מיהא מיסתברא דבכל רב או פו' שעשה חיבור כולל בין שעשאו בתחי' ימיו בין בסוף יש לתפוס דברי החיבור עיקר מדברי התשו' דא"א דהדר ביה הי"ל לתקן הדברים במקומן בחיבורו בשעה שהוא מעיין בתשו' דמסתמא אינו משיב אא"כ עמד על שרשן ש"ד מתוך חיבורו אפי' אם נזדקנו דברי תו' בפיו חוזר ומסתכל בהם בשעת מעשה וכן בהרמב"ם כשאנו מוצאים לו תשו' היפך ממ"ש בחיבור אנו אומרים שחזר בו מאותה תשו' וכמ"ש הרשב"א על דין ס"ת פסול שחסר בו אותיות שמצינו תשו' להרמב"ם שאין בו משום ברכה לבטלה היפך ממ"ש בחיבורו ואמר הרשב"א דמסתמא הדר ביה מההיא לכך נ"ל שאין לדברים אלא מקומן ושעתן ע"כ. וע"ע בתשו' הרדב"ז ח"א סי' יו"ד ובח"ב סי' ס"ז גם הר' עב"י בסי' מ"ה ה"ד הר' מהרימ"ט אלו וסיים וכן עלתה הסכמת רוב האחרו' כמ"ש הכנה"ג בח"מ סס"י ע"ב ונר' דמב"י דכתב ביו"ד סי' קס"ט ור"א כמ"ש הטור בח"מ סי' ע"ב לאו כללא כייל בכ"מ וכו' אינו שמחליט הדבר דהוא מוכרח בסברת הרבה"ט וכמ"ש שם בסי' ר"א בל' אפשר ועע"ש ביו"ד סי' שמ"א וכיון דעכ"פ נר' מדברי הר"י ן' הרא"ש דכללא הוא וכדכ' ג"כ הכנה"ג משו"ה נקט מרן בב"י יו"ד סי' שמ"א ובתשו' סי' ב' לכללא לכ"מ וע"ע לה' מהרא"י ז"ל בס' זר"א חא"ה סי' י"א דגם הוא סל"ה דנקטי' תמיד כהפסקי' בכ"מ ושכ"כ כמה מהפו' שהביא שם ואפ' דטעמם כדכת' הרב מהרימ"ט כנ"ל וכבר הר' שם זכר עשה לתשו' זו של מהרימ"ט ע"ש. ועפי"ד מהרימ"ט וסיעתו יש ליישב מ"ש הר' נחלת ז' סי' ב' ה"ד ה' י"מ בכללי ש"ע ורמ"א סי' כ' והי"מ כתב ע"ד וז"ל ולי ההדיוט הדבר ק' לקבוע הל' בדרך אפשר היכא דההוכחה הוי להיפך ע"כ. ולפי"ד הרב הנ"ל אין זו הוכחה ואדרבא י"ל אם איתא דהתשובה היא באחרו' הי"ל לתקן בחיבור משא"כ בתשובה. והנה דברי מהרימ"ט ודעימיה לפי הנראה לא ראה הרב מהרמ"ף בס' צדק ומשפט סי' ל"ד דרצה להוכיח דהתשובה אחר לחיבור ת"ה מדהזכיר בתשו' לת"ה וע"ש שנרגש ע"ד הרי"ן הרא"ש ממה שראה בתשו' הרא"ש דכ' ס"ח סי' ט"ז עש"ד. אלא דבמאי דקא עסיק שהוא על חה"ר ע' להשיו"ב ביו"ד אות ח' דכתב בחה"ר אפ' דכ"ע מודו דאינו דומה לפסקי הרא"ש וכן ראיתי לה' ב"ד ח"מ סי' קל"ג דכתב מהריק"ו ע"ש הרשב"א הוא בחי' וההיא שכתב הה"מ בשמו היה מסתמא באיזה פסק שהוא הל' למעשה:

ונמצא לפי"ד כל הרבנים דבכל פוס' שיש לו חיבור פסקים ותשו'. הפסקים הוא העיקר דודאי הם היו באחרו' וכמו שנתנו טעם בדבר כנ"ל. ועוד תמהני ע"ד הרב מהרח"ף דנראה דאשתמיטתיה בו בפרק דברי החק"ל ח"מ ח"א סי' ע"ד דה"ד מרן בתשו' ה' כתובות סי' ה' דתפיסה ל"מ אלא כשהיו הנכסים מונחים ברה"ר או בסימטא אבל ברשות

בעלים ל"מ כמ"ש המרדכי כפ' אלמנה נזונית וכ"כ בב"י סי' צ"ג ושוב ה"ד הרב כ"מ פי"א מה' אישות ע"ד הר"מ וז"ל היינו לדינא דש"ס שאין כתובה נגבית מן המטלטלים אבל לדידן גובה מהם אפי' לא תפסה ובסו"ד כתב ובתשו' מגן גבורים סי' ע"ה סמך ע"ד הב"י בסי' צ"ג דגם עכשיו אינו מועיל תפיסה מרשות המת ולא זכר מ"ש הכ"מ והוא העיקר דע"כ בכ"מ מהני תפיסה ע"כ. הא קמן דאפילו בכ"מ דהוא לפלפל ולפרש דברי הרמב"ם ואינו בדרך פסקים אפי"ה עשה עיקר ממנו ואפי' שסותר עצמו בתשובה. וע"ע להרב ויקרא אברהם בח"מ סי' כ"ט שכ"כ והביא ג"כ למ"ש החק"ל וסיים שם וז"ל ודע דכשמרן סותר ממ"ש בתשובה למ"א לא קי"ל כדברי התשובה וכמ"ש כן לגבי הרא"ש שכתב מרן פעם ופעמים וכמ"ש בס' סר ואהלות דל"ו ע"כ. גם הרואה יראה להרב אדמת קדש ח"ב סי' ע' דשו"ט בדעת מרן אי שביעית בזה"ז דאורייתא או לא כתב בסו"ד דמ"ש בתשובה וב"י עיקר משום דחי' הב"י היה אחר חי' הכ"מ ובתרא הוא ע"ש. דמפו' יוצא דאם היה בב"י היפך התשובה דתפסי' כב"י. ובמ"א כבר עמדתי ע"ד בעיקר היסוד. וע"ע בס' חוקי חיים להר' אג"ן בסי' ד'. ומ"ג דאעיקרא דמילתא אם קבלנו סברת מרן גם בתשו' אין הדבר ברור כ"כ דהא יש סוברים דבתשו' לא קבלנו די"ל דאפי' להסוברים דאין הפרש היכא שסותר עצמו כל כי האי ודאי לכ"ע אין כאן קבלות וכ"כ הרב שער אשר שם בסי' כ"ג דהיכא שסותר מרן דבריו מתשו' לש"ע ליכא מאן דפליג דעבדינן עיקר מה שפ' בש"ע כנודע ואף שהוא נגד ס' הרמב"ם:

ועוד נר' דאפי' לס' הר' מהרח"ף היכא שסותר מתשו' למ"ש בש"ע מודה. ואפ"ל בדוחק דל"ק להר' מהרח"ף ממ"ש החק"ל הנ"ל משום דהתם גם מסתמי' הש"ע נר' כן. וכ"ן ממ"ש הר' ויקרא אברהם בקונ' הכ' אות פ"ד ע"ד הר' מר ואהלות דאם סותר מ"ש בתשובה למ"ש בכ"מ לחודיה הר' בתשו' דקדק יותר מהכ"מ ששם אינו אלא לפרש דברי הרמב"ם עש"ד. אלא דלע"ד אין נראה כן וכמו שנראה ג"כ מהחק"ל דגם משום מ"ש בכ"מ לחוד הוא דעשה עיקר מדבריו ומ"ש הויקר"א שם מהד"ן כעת אין לי פנאי לחפש אחריו ויתכן שהד"ן על חי' הרשב"א קאמר כדכתב הב"ד ושיו"ב כנ"ל וא"כ גם הכא אם היה דמרן בש"ע סותר למ"ש בתשובה דהי"ל לתפוס כמ"ש בש"ע:

אמנם נראה דעדיין י"ל דלענין להוציא מיד המוחזק כשמסייע ליה מרן בתשובה לא יש כח אפילו שהוא נגד מ"ש בש"ע כיון דסוף סוף הוא סותר עצמו י"ל דלא קבלנו לא דבר ברור בדעתו ולא במה שיש שום ספק בדעתו כל שלא גילה דעתו בפירוש שחזר בו מדעתו הראשונה דכל שלא גילה דעתו שחזר בו מסברתו הראשונה אין כח להוציא מיד המוחזק דאפילו אם נתפוס עיקר כמ"ש מרן בתשובה בדעת הרא"ש דהפסקים הם

עיקר אינו מוכרח דהטעם הוא כמ"ש מהרימ"ט ודעימיה די"ל דהטעם הוא כפשט דברי הר"י בן הרא"ש משום דקי"ל דמה שסותר בפסקיו הם היו באחרונה משא"כ בשאר פוס' דלא ברירא לן וכמו שכ"ן ג"כ מפוס' אחרים וגם הרב מהרימ"ט גופיה דסיים דאין לך אלא מקומו ושעתו וע' להראב"ד שם דכתב דיכולים לומר קי"ל כמ"ש הרא"ש בתשו' ולא בפסקים דאעפ"י שהסכמת להקת נביאים שאמרו דהפסקים עיקר כמ"ש הטור וכו' וכ"כ הרב ב"י סימן ק"י בשם הר"י וכ"כ הב"י ביו"ד סי' שמ"א וכו' הנה הרב מהרימ"ט ז"ל האריך להוכיח שלא נאמר לא באותו מקום דוקא וכו' ויראה שידעו הטור ואחיו הר"י ז"ל שרוב התשו' היו קודם הפ' לכן על הסתם אינו אלא אחר הפ' דמטילין אותו על הרוב וא"כ במידי דממון וכו' יכולים לומר קי"ל שהוא מן המיעוט יעוש"ד

הא קמן דס"ל דאפילו במה שהחליטו לומר דהעיקר כמ"ש בפסקים משום דידעו שהיו באחרונה עכ"ז קאמר מר דל"מ זה לאפוקי ממונא כ"ש בסתירת דברי מרן דאנחנו לא נדע אלא די"ל ע"ד הב"ד דמאי דנקט בפשיטות בדעת הטור דסל"ה וכו' לא זכר מ"ש כמה מהפו' דהטור לא סל"ה גם מ"ש הרב דמהרימ"ט האריך להוכיח שלא נאמר אלא באותו מקום קשה דהרי הרב גופיה חזר ונ"ט לדבר דלפי הטעם ההוא יכול להיות דכל התשו' הסותרים הם היו קודם הפסקים ועכ"פ הראב"ד ס"ל כן וכב"ר ג"כ מהפוס' שהם מפרשים דברי ר"י כפשטן משום דהפסקים היו באחרונה וע"ע להרב פנים מאירות ח"ב סי' קמ"ד שכתב בדעת מורם דכשסותר דברי עצמו דיש לילך אחר התשובה כמ"ש הרב משאת בנימין ז"ל סי' י"ד בשם מהרי"ל אבל בפסקי הרא"ש כתב הרב"י בי"ד סי' שמ"ב דיש לילך אחר הפס' לפי שהם היו אחרונים עי"ש:

והנה לפי"ד הרב ב"ד הנז"ל אנחנו למדים שאפילו במקום שביארו הפוס' על חיבורי מרן ז"ל איזה מהם היה מאוחר אל הקודם ממנו דיש לנו לעשות עיקר מהאחרון משום די"ל דחזר בו מסברתו הראשונה מ"מ כשהוא לאפוקי ממונא מצי"ל דדבר זה הוא מן המיעוט דכתבו לבסוף:

ואפי' למ"ש מהרימ"ט ודעימיה ז"ל דהט' הוא דודאי חזר בו בחבור ואינו יכו"ל אחר התשובה אבל אם חזר בו בתשובה יכו"ל בחיבור לענין אפוקי ממונא מצי"ל דילמא היה טרוד או שר השכחה שלט באותו פעם דעל הרוב קאמר מהרימ"ט ופוק חזי להרב כ"מ בפ"א מה' מע' שנדחק למצוא מוצא דברי הרב ובב"י יו"ד סי' של"ב כתב דהיינו מ"ש בחולין פ' הזרוע והרי כתבו כמה מגדולי הפוס' דחיבור הכ"מ היה אחר חיבור הב"י כמתבאר ממ"ש הרב לח"מ פ"א מהל' שילוחין ופ"ה מה' אבל וכמה מקומות דחזר הרב כ"מ ממ"ש בב"י. גם בתשו' מהריק"ש והרב בע"ח ביו"ד סי' רל"ו כתב דשמא חיבר הש"ע

קודם הכ"מ וכשחיבר הש"ע עדיין לא נתקשה בדברי הרמב"ם כמו שנתקשה בכ"מ והעד שבס' ב"י הביא ס' הרמב"ם ולא ערער עליו כלום וכ"כ כמה מהאחרונים וכמו שהארכתי בזה במ"א וכ"ן ממ"ש בב"י א"ה סי' פ"א ולפי' לא נתברר לי דברי הר"מ ובכ"מ בה' עירובין כתב ליישב דברי הר"מ וא"כ הי"ל לתקן דבריו בב"י עפ"י מה שתיקן בכ"מ וגם אם ירצה הדוחה לדחות דשמא אותן המקו' שבכ"מ היו אחר שנדפס הב"י כמו כן י"ל גם כשהוא סותר בתשובה דאותה תשו' כתבה אחר שנדפס הש"ע. ולכן נראה דלהוציא צריך שנדע מה שהוא באחרונה שחזר בו מסברתו הל"ה מי שהוא מוחזק מאן דסמיך אהא לא משתבש ומאן דסמיך אהא ל"מ דלעולם המוחזק מציל"ל קי"ל וכ"כ החק"ל ז"ל בח"מ סי' ל"ח דמ"ט וז"ל דאף אי נימא שדברי הריטב"א סתראי נינהו מצ"ל קי"ל כד' הריטב"א בחי' דמהני. וכן כתב החס"ל אלקלעי ז"ל בח"מ סי' ל"ה דקס"ד ועיין ג"כ בס' גנזי חיים בדגלי הקי"ל דקל"ב. ויש לעמוד ט"ד ואכמ"ל שכבר הארכתי בזה במ"א:

וא"כ נראה דלמאי דאנן קיימין דהוא להוציא אפי' אם היו ראיותיו מוכרחות מדברי הר' הללו דסל"ה אפי' להוציא מ"מ אין בזה כח להוציא לפי מש"ל אלא שגם מדבריהם ליכא ראיה דמ"ש מהרב נחלת ז' מלבד דהרב פנים מאירות כ' להיפך כנ"ל ע"ד מור"ם גופיה ועוד נראה אף שאין ס' נחלת ז' מצוי כעת דלא כת' הר' כן אף להוציא גם מהג' שיו"ט לא החליט המאמר ואדרבה נראה שם דרפייא בידיה אם דבריו מוכרחים ומ"ש מהרב מר ואהלות ז"ל מלבד כל מש"ל אם הוא לא אמר כי אם להחזיק דוקא עש"ד:

והנה אחר שהעלה הר' מהרי"א נר"ו לחלוק ע"ד שלפי"ד יש לחייב ללוי מדד"ג יצא לידון לפטור אותו מפני שהוא מניעת הריוח ומני"ר נר"ו חזר והשיב ע"ד דבנ"ד לא הוי מניעת הריוח משום דמה ששואל ש' הוא על הריוח שהגיע לו עד אותו היום ששאל המעות וכבר זכה בהם והר' מהרי"א חזר להשיב ע"ד והב"ר ממ"ש הכנה"ג בח"מ סי' שפ"ו הגהב"י אות ס"ט ע"ד ריו"ו דמיירי שזקף על הגוי במלוה קרן וריבית דבזה לא קיפוח ריוח מקרי וגם בזה יש מי שסובר וכו' ע"כ. ולדידי גם בזה לא צדק הר' מהרי"א נר"ו והדין עמו דמאחר שכבר חל חיוב פירעון עד היום הזה הוי כאילו כבר זכה ולא הוי מניעת הריוח וליכא שום ראיה ממ"ש הכנה"ג דאפי' על הזמן שעבר דהוי מניעת הריוח דמ"ש הר' דבעי' שיזקוף במלוה הוא על הריוח דלעתיד ושאפי' בזה יש צד לומר דיש מי שמחייב אבל על מה שעבר הוי כמי שכבר הגיע לידו רק שיש קצת לצדד ופ"פ לו' דלפי התנאי שבינהם שלא יוכל לשאול ולא יתחייב כ"א בגמר הזמן דוקא ואם ישאל קודם הזמן שלא יתחייבו לתת שום פרוטה ולהיות שא"צ בנ"ד וגם שאין הפנאי מסכים לא הרחבתי הדבור בפרט זה. ומהודענא דאחר בואי פה העירה מחנ"ק טבריא תובב"א,

בהיותי עם מע' הר' מהרי"א נר"ו בעל ריבו הגדתי לו שמסר מני"ר בידי האי פס"ד לחוות דעתי ושאמרתי לו דלא היה צריך לכל האריכות מאחר דכבר בא הדבר מפורש בדברי הרב"ד לפעור בנ"ד במכ"ש ושתמהני ע"ד שטרח לחייב את לוי דנ"ד ולחלוק עכ"ד מני"ר נר"ו ושתק ולא דיבר שום דבר ואח"ז כמו חדש ימים מו"מ שלח אלי במכתב כדכתב לרו"מ נר"ו ושוב בסו"ד כתב דיש לפטור ללוי עפי"ד הרב"ד הנ"ל ונמצא דגם הרב מהרי"א נר"ו הודה על האמת אלא דיש לתמוה עליו דלפי"ז הי"ל לתת לב ולתקן הדבר בכל מה שהאריך מקודם לסתור דבריו של כתר"ן ולהכריח דבנ"ד חייב לוי עפי"ד הר"מ בה' זו"מ ובש"ע א"ה סי' ן' דאין האמת כן ושלא מוכח מדבריהם כלום וכמ"ש בעניותין ברישׁ אמיר דאם מ"ש מקודם הוא מוכרח א"כ ע"כ צ"ל דהר"מ ומרן לא ס"ל כן וזה אי אפשר כדכתיבנא. ולע"ד לפי מש"ל מעיקרא קו' ליתא ולא מוכח מידי מדבריהם ואדרבא ממ"ש שם כד דייקי' שפיר בדבריהם תורה יוצאת לפטור את לוי דנ"ד כמ"ש מני"ר נר"ו ועכ"פ גם הרב הנז' הודה על האמת ותל"מ וד"ב כעת הנלע"ד כתבתי בע"ט נחוצה הכ"ד העבד העברי. הצעיר **שלמה אליעזר אלפאנדרי** ס"ט.

התנצלות המגיה

(**אמר** המגיה אענ"ה ס"ט בהיותי טרוד בהדפסת הספר הזה וסה"ב מקוה מים לעט"ר מרן זקני הרה"ג בע"ה כפי אהרן וא"א. והדפסת ספרים אחרים, לא השגחתי בדבר אשר מן הראוי היה להשגיח ושגגה יצאה מלפני כי לא תארתי את כבוד הרב הגדול מעוז ומגדול המפורסם ומופלג בתורה ויראה המלך שלמה אלפאנדארי יצ"ו ר"מ ור"מ בעוב"י דמשק יע"א כראוי והגון לפי כבודו הרם ונישא ותארתיו בדכ"ו ע"ב ברישׁ הסי' בתואר "הרב" לבד ובאמת כי מלבד שלא ידעתי מי הוא בעל דברים ודמיתי כי הוא אחד מהחכמים הצעירים לימים אשר לא נודע שמם ואינם מפורסמים, ועתה נתודע לי כי באמת הוא רב וגדול בישראל וראוי הוא לכל כבוד שבעולם, עוד זאת כי כזאת וכזאת תפלוט הקולמוס בלי השגחה, אבל אחרי שובי נחמתי, כי חלילה לנגוע בכבודו אפי' כקוצה של יו"ד, אם במרד ומעל ח"ו והנני מציע דברי אלה בסוף הפסק שלו לתקן את המעוות הזה, ועמו הס"ר כגודל חסדו:)

סימן ו

אודות החצר והבתים אשר מכר היתום כה"ר מאיר אועקנין הי"ו לטובים השנים סי' מאיר אזראד הי"ו וסי' דוד אקובי הי"ו ועמד הר' עיוש סוסן הי"ו ותבע מהקונים הנז' הי"ו דין מצרנות ולפי מה שהוגד לי מאחד מהב"ד אשר ראה המקום ההוא כי אי אפשר להר' עיוש הנז' לחבר ביתו עם החצר והבתים הנז'. ואני לא ראיתי המקוה ההוא ולפי דבריו

הא פשיטא שאין כאן מצרנות ובלא זה אנא דאמרי כי נדון דידן זה אין בו מצרנות כלל יען כי המוכר הנז' הוא פחות מבן עשרים שנה שמכר הקרקע שירש מאבותיו. וזה פשוט דכשיגדל יכול לחזור בו ומחזירים לו הפירות וכמ"ש בש"ע חו"מ סי' רל"ה ולתיקון דבר זה נתחייב המוכר הנז' והטיב חסדי עם הקונים הנז' שאם יחזור בו כשיגדל יפרע להם סך חמשים לי"ף וגם שיתן להם כל הוצאת חידוש ובנין אשר יחדשו בקרקע הנז' והאמינם על זה בתורת נאמנות גו"ש ע"כ אשר יאמרו שכך וכך היתה ההוצאה ונתן להם רשות לסתור ולבנות ולחדש כרצונם. והמכר הנז' והחיובים הנז' היו בהסכמת האפוטרופוס של היתום הנז' המשגיח על עניניו ובהסכמת אחיו הגדול הי"ו. וגם בהסכמת ב"ד של שלשה על המכר הנז' וכיון שכן הענין אין בנדון זה שום מצרנות מכמה טעמים. חדא דכיון דיכיל לחזור בו אם ישלם החוב הנז' וההוצאה כמפורש בשטר הוי גרע ממשכונה שפסק הש"ע בסי' קע"ו דאין בה מצרנות דהמשכונה סוף סוף היא קבועה על זמן מה ואילו הכא כל שעתא ושעתא יכול לחזור בו וגובה הפירות על שעבר וכמ"ש מרן בש"ע ובודאי דהוי כדין משכונא. ואי נימא דאיני יכיל לחזור בו מפני שהיה הדבר בהסכמת ב"ד והאפוטרופוס ולדעת המבי"ט בכה"ג מכירתו מכירה עיין להרב משה שמעון סי' רל"ו. א"כ הרי עיקר מכר זה וקיומי הוא ע"י מכירת האפוטרופוס והב"ד ודנין בו דין יתום, וכבר מפו' בש"ע סי' קע"ו דאפוטרופוס וב"ד שמכרו בנכסי יתום אין בו דין מצרנות. ויותר מהמה בנ"ד שנתן להם רשות לסתור ולבנות ולחדש ולהוציא הוצאות והאמינה ע"ז שאם יחזור מן המכר שישלם להם מאן ספין ומאן רקיע לחייב ליתום הנז' לעשות כל החיובים והנאמנות הנז' למצרן הנז' כי בפה מלא יכול לומר וכבר אמר כי לא יאמין בדבר ההוצאה זולת לקונים הנז'. וגם יכול לומר בפה מלא כי הקונים הנז' בוטח בהם שיצמצמו בהוצאה וגם כי יחדשו דבר מתוקן וקיים לא כן המצרן הנז' ואף אם לא טען אנן טענינן כל מידי דקפדי אינשי בה וכמ"ש הרשב"א בתשובה הן ל"ו הובאה בס' ערך השולחן חו"מ סי' קע"ו. ועוד זאת היתה יתירה כי החיוב אשר נתחייב בקנס אם יחזור הוא מטוב רצונו בלי קבלת שום הנאה ודינו הוי כמתנה שרוצה ליתן ומצי אמר לקונים הללו אני מתחייב בתו' מתנה ולא למצרן הנז'. והגם שנתחייב לקונים הנז' ולב"ך היינו אותם שבאים מכחם כרצונם לא לב"ך הבאים בכח הדיין שמכריחם. ועלית על כולנה כי היתום הנז' סוף סוף יש לו שיור של זכות בקרקע הנז' שאם ישלם ההוצאות והקנס הנז' יחזור בו מהמכר ויקח קרקעו ולבו בטוח על הקינים הנז' שיעשו לו מה שהדין נותן לא כן המצרן הנז' הוא מפורסם בשני ב"ד ק"ק ספרדים וק"ק אשכנזים כי הוא בעל דין קשה וכו' ובכי הא מצי אמר לזה נוח לי למכור ולזה אין נוח לי ועיין בשו"ת

משפטים ישרים ח"מ ח"א שכתב כן בנדונו והביא ראיה מהש"ע וכיון שכן מכל הני טעמי תריצי הא פשיטא דאין למצרן הנז' שום זכות במצרנות ובפרט כי אחד מן הקונים הנז' והוא סי' מאיר אזראד הי"ו הוא טוען כי יש לו חלונות על מעבר החצר והבתים הנז' תחתונים ועוד יש לו עליונים משקיפים על גגי הבתים והחצר הנז' ואין ביניהם ד' אמות ונמצא שהם משועבדים לו שלא להגביה בנינם עד שירחיקו ד' אמות וזה דומה למי שיש לו שותפות בקרקע הנמכר והוא הקונה שיש לו עדיפות מן המצרן אלו דבריו. ובנ"ד אין צריכים לכל זה כלל שכבר כתבנו כמה ראיות שאין במכר הנז' דין מצרנות כלל. ולראיה בעה"ח בש"א לח' אב התרס"א והשו"ב וקיים:

ע"ה חביב חיים דוד סיתהון ס"ט:

להרה"ג החבי"ב המפורסם וכו' מהר"ר דוד הוא הבכור הי"ו.

הן הר' מאיר אזראד הי"ו הביא לפני גליון אשר כתוב שם סתירה לפסק כת"ר הי"ו אשר גם אני הסכמתי כפסקו של כת"ר. והנה כבר ניסיתי איזה פעמים להתוכח עם הב"ד של הספרדים הי"ו בחליפות דברים הכתובים בכתב וראיתי כי הוא רק אבוד זמן ודיו ונייר רק זאת איני מבין איך כתבו כי אינהו הם דבקיאים שיכול לחברם בפשיטות הלא כל הרואים שבעולם יראי בפשיטות להיפך שאין צד ואופן לחברה ואם כי הרי כמאה. מ"מ כבר כתבו התוס' ביבמות דפ"ח סי' ע"א ד"ה אתא גברא וקאי דבדבר הנראה וידוע אין אומרים כן אם לא דכונת הב"ד שכתבו שיכול לחברם היינו על דרך יכול אבל אינך רשאי ומה מועיל יכולת כזה. גם נעלם ממני כונת הב"ד במ"ש סמוך לסוף דבריהם וז"ל וחיובא רמיא על עיוש שלא להזיקו ומה בצע במה דחיובא רמיא עליו הלא עיניהם הרואות דחיובא רמיא עליו לסתום החלונות שפתח וכמ"ש הם בעצמם פסק דין על זה ואינו רוצה לשמוע. ועל גוף המצרנות של עיוש הי"ו פליאה דעת ממני לפי מה שהם כותבים שרצונם רק להוציא הדין לאמיתו והדין פשוט כשלא הביא כל המעות בשלימות אבד זכות המצרנות. ואני שמעתי מפי הרב רבי יעקב הכהן סקילי הי"ו שחסרים המעות לתשלום המקח חמשה לי"ף. ואם אעפ"י כן רוצים להוציא הדין לאמיתו דברים אלו שגבו מאיש כמוני כי לכל מי שאוהב האמת הם שני הפכים בנושא אחד לזכות את עיוש במצרנות. וגם להוציא הדין לאמיתו ועל יתר הדברים שכ' ע"ד כת"ר הי"ו רואה אנכי שבאים להיפך מתוק למר ע"כ איני נכנס לדבר על אזן בלתי שומעת. דברי ידידו ומכבדו ומוקירו כרום ערכו הק' יחיאל מיכל היילפערין נ"י (דומ"ן דק"ק אשכנזים בעה"ק טבריא ת"ו)

ראה ראינו מ"ש הרב הפישקי הי"ו לחייב את הר' עיוש סוסאן הי"ו שאין לו דין מצרנות כי שמע מאחד מהב"ד שאין עיוש הי"ו יכול לחבר ביתו עה הבתים הנז'. לזה תשו' מוצאת כי שמועה זאת אינה נאה ומה בין תא חזי לת"ש כי אנן דבקיאינן שיכול לחברם בפשיטות. ומה שהאריך להטעים הדברים וכתב א"כ הרי עיקר מכר זה וקיומו ע"י מכירת הב"ד והאפוטרופוס ודנין בו דין יתום עכ"ל דבריו תמוהים הם דגדול יעשנו קטן דהוא מן הנמנעות כיום אתמול כי יעבור. ועוד בה דמה סברא היא זו דכיון דהאפוטרופוס והב"ד קיימו המכר נעשה כיתום קטן דשנא ושנא דהרי היתום קטן אין ממכרו ממכר לא כן גדול מבן עשרים תקנתא דרבנן היא דדעתיה אזוזי (וגלויי מילתא בעלמא) וכיון שנעשה בגדול ע"י הב"ד והאפוטרופוס ליכא טעמא דדעתיה אזוזי וגלויי מילתא בעלמא היא וממכרו ממכר. ועוד זאת דהרי איהו גופיה הרב הפוסק הי"ו כתבו וחתמו כי לא ליתום בקרקע הנז' שום תועלת וריוח ולטובתו מכרו. וא"כ אפי' אם לא היתה הסכמת ב"ד והאפוטרופוס היה ממכרו ממכר אפי' אם היה מכרו לבדו כיון דדבר ידוע הוא לפי דעתם שהיה לו הפסד ממנו

ואף גם זאת כנר' שלא ראה דברי המבי"ט ז"ל שכ' דכיון שפחות מבן עשרים מכר בהסכמת ב"ד אין צריך הכרזה עי"ש בדב"ק א"כ לא חשיב ליה כדין יתום קטן כמו שעלה ע"ד הרב הפוס' שהסכמת ב"ד גורמת להחזירו לאחור דגדול יעשנו קטן, וא"כ אין מן הצורך ע"כ מש"כ כיון שנתן להם רשות לבנות והאמינה ולא כן לעיום הי"ו דגם הקנס שנתחייב דינו כמתנה ולזה רצה ליתן ולעיוש לא רצה ליתן וגם יש לו שיור שיכול לחזור אם יתן הקנס וההוצאות וכו' והד' עיוש הי"ו בעל דין קשה וכו' עכ"ל. דברים אלו קשים להולמם דכיון דהב"ד והאפוטרו' קיימו המכר ושהוא לטובתו א"כ המכר הרי הוא קיים וכמ"ש המבי"ט ז"ל וא"כ אינו יכול לחזור עוד ואין צריך לא מתנה ולא קנס ולא נאמנות וזה פשוט ואין צורך להאריך בסתירתם. גם מ"ש שלהר' מאיר אזראד הי"ו יש לו חלונות על המעבר וזה דומה למי שיש לו שותפות בקרקע ועדיף מן המצרן עכ"ל. גם סברא זאת מימינו לא שמענוה ועדיין לא ראינוה בשום ספר והיה לו להביא ראיה מן הש"ס והפו' כי אין הבעלי דינים חייבים לשמוע סברות אשר יעלו על לב איש כי אם דברי אלד'ים חיים הכתובים בש"ע ובפוס' אשר מימיהם אנו שותים. ועוד זאת היתה יתירה כי דבר זה בפירושא איתמר לרבינו מהראנ"ח ז"ל ח"א תשו' צ"ה וז"ל שכ' ר' ירוחם בדין בן המצר כשהביא דברי ר"ח שסובר בבתים לית ביה דינא דבר מצרא וסיים עלה ומיהו אם יש לו היזק ראיה מהבית שעל המצר שלו נראה דיש לו דינא דב"מ איברא דודאי אין לנו לומר שהוא בדינא דב"מ לגמרי דא"כ בכל מקום שיש נזק לאדם נאמר שהוא

מסלק את הלוקח ואפי' אינו בן המצר אלא רחוק ממנו ומ"מ מגיע לו נזק ממנו שזה לא שמענו כלל אלא כשהוא על המצר דוקא הוא דאמרינן כן עכ"ל:

הראית לדעת דאפי' אם יהיה מוזק ממש אעפ"י כן לא חשיב ליה בן המצר מחמת היזק ראיה וכ"ש בנדון זה של הר"מ אזראד הי"ו שהחלונות התחתונים הם פתוחים למעבר ואין להם תיקון שיסלק ההיזק אם קנה או לא קנה והחלונות העליונים כשיבנה בן המצר צריך להרחיק ד' אמות כנגדם וחיובא רמיא על הר' עיוש הנז' שלא להזיקו וא"כ לא ידענו מה זו טענה ויען כי אין הפנאי מסכים לא יכילנו להאריך עוד וזהו דעתינו. וכבר זיכינו להר' עיוש הנז' לזכות במצר הנז' מדינא דב"מ ונפסק הדין פעם ושתים ושלש בתנאי וע"מ ששטר המכר בישר' ובעש"ג יהיו בשם עיוש דוקא ואם יהיה בשם אחר אזי הקונים הנז' הה שזכו ונפלאה דעת ממנו על הרב הפוס' הי"ו אשר הטה אוזן לקול מלחשים ולכתוב ולתת בידיהם בענינים קלים כאלה לעורר מדנים בין איש ובין אחיו ולרב שכמותו אם יהיה לו איזה פקפוק בדין היה לו לכתוב ולשלוח לב"ד ולנו להשיבו תוכן הענינים כי זהו רצונינו להוציא דין אמת לאמיתו וצור ישר' יצילנו משגיאות ויראנו מתורתו נפלאות אמן:

הצעיר יאודה רבוח ס"ט הצעיר שמואל ן' קיקי ס"ט

מע' הרבנים כמהר"י רבוה וכמהר"ש ן' קיקי הי"ו

אחדשו"ט באה"ר. ראיתי כל מה שכתבו עלי איך פסקתי הדין ומסרתי ביד הבע"ד ולעורר מדנים הא ודאי כי אין זה דרכי לעשות זאת וגם שאין זה מעורר מדנים כי אני כתבתי זה להראות להראב"ד של ק"ק אשכנזים הי"ו ומה יראה אם יסכים יען שכבר ניסיתי לשעבר בדין אחר שהכריחוני כת"ר לכתוב דעתי ועשו ההיפך וסוף דבר הם רוצים לבקש תואנה ובפרט כי הבע"ד אמ"ל שהוא יקבל הוראתי ולכן כתבתי דעתי וגם באמת לא ידעתי שכת"ר החליטו הדין ע"כ כתבתי דעתי:

מעתה נבוא לעיקר דבריהם מה שהאריכו נועם שיח בטענת הר"מ אזראד הי"ו לא דקדקו בדברי שכתבתי אלו דבריו מורה שאני לא החלטתי טענתו. ומה שדחו דברי במ"ש שהמכר חוזר דאין מעשה פחות בן עשרים כלל לא דקדקו יפה דהקונה אין לו זכות בקרקע כלל ואפי' שנתחייב בקנס דמים הוא חייב לו ולא קרקע ואפי' שעבוד קרקע אין לו לקונה וכמ"ש הרשב"א בתשובה כי דמי המכר נגבים מנכסים בני חורין. וא"כ הרי היתום לא מצי לזכות להם הקרקע הגם שיהיה הדבר בהסכמת האפוטרופוס והב"ד. הלא סברת המבי"ט במחלו' שנויה ובעל הקרקע מארי קמא הוא תופס דגל הקי"ל. ואף לדעת המבי"ט סו"ס הרי נעשה הדבר ע"י ב"ד וכל שנעשה ע"י ב"ד אין בו מצרנות

וכת"ר נתלוצצו עלי שעשיתי לגדול קטן מוכח דכונתם הוא לקנטר. סו"ד לא ראיתי שום דבר של טעם בדב"ק ובמקומי אני עומד והלוקחים מוחזקים ולית מאן דימחי בידייהו והמוציאם מחזקתם וזכותם הוא נקרא מוציא ועליו הראיה. כ"ד ע"ה חביב חיים דוד סיתהון ס"ט

וזאת תשובתי על דברי קדשם.

ראה ראיתי מלכים מתדיינים בענין המצרנות של הר' עיוש סוסאן הי"ו בקרקע שקנה הר' מאיר אזראד הי"ו והר' דוד אלקובי הי"ו זה אומר בכה לבטל המצרנות וזה אומר בכה לקיים המצרנות ונמצאו תרי לגבי תרי ואוקי ממונא בחזקת מאריה שהוא הלוקח שהוא מדאורייתא שהוא המוחזק נגד המצרן שהוא משום הישר והטוב. ושולי"ם הלכו בי להכריע ביניהם לכן מצאתי חובה לעצמי ודחקתי ונכנסתי מפני דרכי שלום כי כל דרכיה דרכי נועם וכל נתיבותיה שלום תחילת כל דבר נראה לפני מ"ש הדומ"ץ דק"ק אשכנזים כמהר"ר יחיאל מיכל אשכנזי הי"ו שהוא מעיד בגודלו שכן אמ"ל הראב"ד כמהר"ר יעקב הכהן סקילי הי"ו שבשעה שהביא המצרן המעות היו חסרים ולפי זה הגם שהיה לו דין מצרנות פר"ח תפר"ח.

עוד זאת היתה לי שבפני היה צועק הר"ד אלקובי הי"ו הנז' לפני אחד מהדיינים שהוא מע' הרב כמהר"י רבוח הי"ו שפסקו שהר' עיוש הנז' יש לו דינא דב"מ באמור אליו א"כ יתנו לי מעותי ויקח המקנה שלו או יפקיד המעות ביד מע' כמהר"מ ניניו הי"ו ואם יעלה לו מצרנות בד"ת יקח את הכל ואדעתא דהכי מסר בידו הפס"ד של שני צנתרות הזהב מע' הרב הדומ"ץ כמהר"ר חביב חיים דוד סיתהון הי"ו ומע' הרב הדומ"ץ של ק"ק אשכנזים כמהר"ר יחיאל מיכל אשכנזי הי"ו וגם מסר בידו השער עצמו ואין עונה אותו דבר מי זה אמר ותהי שאחר כל אלה הדברים יהיה לו דינא דב"מ. זאת ועוד אחרת היתה לי כי בא אלי מעב"ד מאת בדה"ץ כי האיש עיוש הנז' גברא דלא ציית לדינא הוא וקיימתי את מעב"ד הנז' בחתימת ידי ואיך עתה אהפוך את מעשה ידי לתת לו דין בן המצר וגם שיהיה הדין עמו משום דדין בן המצר הוא משום הישר והטוב ולאיש כזה הישר והטוב הוא לבטל לו מצרנותו הגם שיהיה לו לפו"ד. ומה גם כי הרואה יראה לפו"ד אין לו דין בן המצר וכמו שיראה למרן הש"ע אשר כל בית ישראל נכון עליהם בח"מ סי' קע"ה ס' מ"ה וז"ל אפי' היה בדבר ספק אין הלוקח מסתלק אלא בראיה ברורה שמביא בעל המצר עי"ש ופירשו בה דאפי' טוען הלוקח טענת שמא. שמא מכרו לפרוע המס וכ"ש בנ"ד שהדבר ספק להיכן הדין נוטה לפי דברי הפוס' הנז' וכמ"ש מורם בהג"ה ז"ל וכן במקום שהפוס' חולקין מוציאין מיד הלוקח הואיל ומוחזק ומהם תצא תורה בהינומא

דכל שיש ספק בדבר בטל דין בן המצר וא"כ כיון שהפוס' הנז' חלוקים בדבר לזאת אין לו דין בן המצר. עוד זאת היתה יתירה פה בנ"ד שלא היה המצרן בעיר בשעת המכר וכמ"ש מרן הק' בש"ע בח"מ סי' קע"ה ס' ל"ד וז"ל היה בן המצר במדינה אחרת וכו' ובא ההולך אינו יכול לסלקו שאם אתה אומר כן אין אדם יכול למכור קרקעותיו שיאמר הלוקח לאחר כמה שנים תצא מידי. והגם כי מורם בהגה כתב ויש אומרים דמכל מקום לכתחילה ירד המוכר לפני ב"ד שיודיעו לקרובי או לאוהבי המצרן אם רוצה לקנות ע"כ. לזאת אשיב שאפי' שהיו דברים אלו דברי מרן עצמו הרי קי"ל דסתם ואח"כ י"א הלכה כסתם מרן שלא חילק ואפי' מורם עצמו לא אמרה אלא דלכתחילה יעשה כן המוכר אבל בדיעבד אם לא עשה כן המוכר לא בעבור זאת יפסיד הקונה זכותו במה שקנה. זהו הנראה לפענ"ד ויען כי אני עסוק בצורכי ציבור לא יכולתי להרחיב הדברים ואסתפק במעט הזה אשר לפני לפו"ד.

ע"ה **אהרן אלחדיף** ה"ט

סימן ז

אודות מה שזכיתי להר' דוד יעקב אלקובי הי"ו להרחיב חלונותיו הפתוחים לרה"ר ולהגביהם הגם שהם נגד חלונות שכנו מן הצד הוא מה' טעמים:

א) מרן בש"ע חו"מ סי' קנ"ד ס"ד כתב וז"ל אבל מי שהיה לו פתח קטן לרה"ר ורצה להרחיבו או היה רחב ורצה לעשותו שנים אין חבירו שנגדו יכול לעכב עליו והם דברי הרמב"ם פיו"ד מה' שכנים והובאו בב"י וע"כ לומר דדין זה מיירי אפי' אם החלון למעלה מד' אמות ואין בני רה"ר רואים אותו דאי למטה תיפוק ליה דיכול לפתוח פתח כנ"פ וחכנ"ת כמ"ש בש"ע שם אלא ע"כ דאפי' בגבוה מד"א סבר מרן דיכול להרחיבו כיון דרה"ר הוא ולא דמי לחצר השותפים וכ"ן שהבין הסמ"ע בהך דינא דמיירי למעלה מד"א ממ"ש בסקט"ז ע"ד רמ"א שחילק ברצה לעשותו קטן וכו' וכתב הוא דאם היה פתוח כולו אינו יכול לעשותו קטן ואם הוא למטה מד"א הא פשיטא דיכול לפתוח גם מחדש וכנז' אלא ע"כ שהבין הסמ"ע בדברי הש"ע ורמ"א דמיירי בפתוח חלון חבירו הניזוק ממנו למעלה מד"א. ומן התימא על הכנה"ג שם הגב"י אוכ"ב דכתב דמדלא הביא הש"ע דברי הרמב"ם הנז' כ"א בב"י משמע דס"ל דהוי דוקא תוך ד"א וכיון שכבר כתב הך דינא דיכול לפתוח וכו' ע"כ לא הוצרך לכתוב הך דהרמב"ם ועפ"י שיטה זו דן את הדין שם אוכ"ג דאם הוא למעלה מד"א אף ברה"ר קטן לא יעשנו גדול וכו' עש"ב והוא פלא דהרואה יראה דהש"ע הביא לשון הרמב"ם ממש בס"ד גבי א' לא יעשנו שנים וכיון שהש"ע הביאו אזדא לה מעיקרא סברת הכנה"ג הנז' ואדרבה מדברי הכנה"ג אנו למדין דאם הש"ע היה

מביא דברי הרמב"ם היה מוכח דקאי אלמעלה מד"א וכיון דחזינן דהביאו דינא הוא דאף למעלה מד"א כל שהוא לרה"ר יכול להרחיבו ולהגביהו לדעת מרן בש"ע והרמב"ם:

ב) אף לדברי הכנה"ג הא מיהא אם חלון שכנגדו הוא בתוך ד"א דבעי לאצטנועי מבני רה"ר גם חבירו שכנגדו יכול להרחיב ולפתוח כרצונו מפני דבעי לאצטניעי מבני רה"ר והכא בנד"ד דכל בני בהכנ"ס רואים אותו מהחלונות הנז' וגם חצר העזרה פתוח לרחבו רואים כל חדרי הבית וכן כל השכנים אשר שם כאשר יראה הרואה המקום ההוא הא ודאי דחשיב כבני רה"ר רואים אותו וכחלון שהוא למטה מד"א ועיין להרב לח"ש בקו' חזקת הבתים סי' ב' ס"א שהביא משם כמה פוס' דסוברים דבהכנ"ס ועזרת בהכנ"ס הוי כמבוי מפולש וע' להכנה"ג הגה"ט בסי' קנ"ד או"ה שכ"כ כ"ש דבנד"ד לא בא לפתוח מחדש כ"א להרחיב ולהגביה חלונותיו:

ג) כיון שהחלונות הנז' הגם שרוצה להרחיבם אינם פתוחים נגד חלונות שכנגדו ממש אלא הם מן הצד ופסק הש"ע שם ס"ג דבחצר השותפין די בהרחקה משהו מן הצד וכתב הרמב"ן הוב"ד בסמ"ע שם הטעם משום דאם מתכוין לראותו היה יכול לראותו מהחצר לכן די בהרחקה משהו וטעם זה מהני אפי' לפתוח חלון חדש בהרחקה כל שהוא א"כ בנד"ד דאי בעי לראותו יכול לראותו מחצר בהכנ"ס שהוא מכוון ממש כנגד חלונו לכן די לו בהרחקה כ"ש מן הצד אפי' לפתוח מחדש וכ"ש להגביהו או להרחיבו:

ד) כיון שהחלונות הנז' שרוצה להגביהם ולהרחיבם הם למעלה מגמל ורוכבו שיכול להוציא זיזין לרה"ר במקום ההוא ונמצא כי פותח לתוך שלו הוא ואין רה"ר שכנגד חלונו הפקר שיזכה בו חבירו שכנגדו בכולו וכבר נודע מחלוקת הפוס' עיין בש"ע שם סי"ד וט"ו ובבד"ה שם וכבר פשעה הוראה בספרי הפוס' שלא לעכב בזה אפי' בפותח מחדש כ"ש בפתוח ורוצה להרחיבו או להגביהו וכבר ספרי הפוס' ראשונים ואחרונים מלאים מזה:

ה) כבר העד העיד בנו הרב החק"ל ז"ל בס' ישרי לב שפשטה הוראה לפתוח ברה"ר פתח כנ"פ וחלון כנגד חלון בין למעלה בין למטה מכח דינא דמלכותא דהוי דינא שנתן המלך רשיון לכל מי שירצה לפתוח לרה"ר שהרשות בידו. והגם כי בעי"ק ת"ו לא רצו להנהיג כהוראת הרב הנז' היינו לפתוח מחדש אבל להרחיב ולהגביה זו לא שמענו. וכדאי הרב הגאון הנז' לסמוך עליו בהא כ"ש בצירוף הנך טעמי דאמרן בקמייתא. ע"כ משלי והדבר מסור לדייני ישראל. היום א' ס' במדבר.

הקטן **חביב חיים דוד סיתהון** ס"ט

ראינו מה שכתב מעכ"ת שרצה לפרש דמה שכתב מרן בסי' קנ"ד ס' ד' דמי שהיה לו פתח קטן לרה"ר אין חבירו יכול לעכב עליו מלעשותו גדול או שנים וכו' ומזה רצה ללמוד דאף אם היה גבוה וכו' ואחהמ"ר נפלאת היא בעינינו איך יצאו דברים אלו מתחת קולמוסו שהרי דין זה מוצאו ממ"ש הטור בס' ו' מותר לפתוח פתח כנגד פתח וחלון כנגד חלון ברה"ר דאך מרן הק' העתיק דין זה מלשון הרמב"ם ז"ל כדרכו בק' אשר בו תוספת ביאור שאם רצה להרחיבו ולעשותו שנים עושה. והנה הטור ז"ל סיים בסעיף ו' וכתב לפיכך בעליה גם ברשות הרבים אסור לפתוח כנגד חלוני חבירו שבעליתו וכתב הרמב"ן דאפי' בחלוני הבתים אם הם גבוהים קצת ואין בני ר"ה הולכים שם יכולים להסתכל שאין זה תדיר ואין מותר אלא בנמוכים במקום שהולכים יכולים לראות וכתב מרן הבית יוסף ז"ל שכן כתב הרא"ש ז"ל ופשוט הוא והסכים ג"כ לדעת הרמב"ן שכן כתב הרשב"א ז"ל וא"כ כיצד מעכ"ת רצה ללמוד מדין זה דאפי' בעליה ובגבוה מארבע אמות ודברים אלו אינם אלא מן המתמיהים. ומה שרצה ללמוד מדברי הסמ"ע סקט"ז שכתב דאם היה פתוח כולו אינו יכול לעשותו קטן ודייק כת"ר דאם הוא למטה מד"א הא פשיטא דיכול לפתוח גם מחדש וכו' אלא דהבין הסמ"ע דמיירי למעלה מד"א וכו'. גם בזה לא ירדנו לסו"ד שכנראה שהבין דברי מורם ז"ל שכתב היה לו פתח גדול יכול לעשותו שם פתח קטן אבל לא במקום אחר קאי אפותח לרה"ר דלעיל מיניה דעליו קאי דברי הסמ"ע ז"ל. אך האמת אינו כן שהרי ציין שם עור ס' ד' בשם הרמב"ם ז"ל והמעיין בדברי הטור שמשם העתיק מורם ז"ל יראה החוש"ה אל העין שהוא מדבר בפותח לחצר וא"כ דברי מורם ז"ל קאי אלפני פניו לתחילת דברי מרן ז"ל ס' ד' בפותח לחצר שגם אם רוצה לעשותו קטן דוקא במקום שהיה אבל לא במקום אחר ועליו קאי הסמ"ע ז"ל וזה פשוט לכל מעיין ישר הולך וא"כ אזדא ליה מה שדייק כת"ר מדברי הסמ"ע:

שניה לה שכתב דאף לדברי הכנה"ג ז"ל שאני הכא דכל בני בית הכנסת רואים אותו הא ודאי יחשב כבני רשות הרבים וכו' ע"ש דברי קדשו. לא ידענו מה יפרנס דברי הגמרא קטן לא יעשנו גדול אחד לא יעשנו שנים אחר שבלאו הכי הוא מוזק. אך העיקר הוא דאין לו רשות להוסיף בהזיקו כמבואר בטור ובפוסקים ז"ל ומ"ש ראיה מדברי הכנה"ג הגהת הטור אות ז' דבית הכנסת ועזרה דין רשות הרבים יש לה לא דמי כלל דהתם היחיד רוצה לפתוח על בהכנ"ס ועזרה אך לא להיפך שהרבים הזיקו ליחיד וזה ברור:

ואל השלשה ל"ו בא שכתב בסעי' ג' ורצה ללמוד פותח בעליתו לרשות הרבים נגד עלית חבירו מדין פותח לחצר השותפין דדי לו בהרחקת מ"ש מן הצד דגם הפותח נגד עלית חבירו די לו בהרחקה מה שהוא ובנדון זה נמי דאי בעי לראותו יכול לראותו מחצר

בית הכנסת שהוא מכוון ממש לכן די לו בהרחקה כל שהוא מן הצד ע"ש דברי קדשו. הני כל לגבי דידן אין ראיה זו מכרעת דלא אמרה מרן ז"ל אלא בחצר השותפין דאינו יכול לאצטנועי אבל במקום אחר יכול הוא לומר בזה לא יכילנא לאצטנועי ומחצר בית הכנסת יכילנא לאצטנועי וכבר שלחנו שני תלמידי חכמים ובאו והעידו שההיזק החדש הוא הרבה על הבתים והחצר שלא היה מקודם. ועוד אפי' לסברתו הרי דברי הסמ"ע בסקט"ז שכתבם כת"ר בס' א' עדיין הם לחים תחת קולמוסו שכתב וז"ל אבל כשהיה פתוח שם והוא רואה משם לחצר חבירו אינו יכול לסתום שם ולעשות פתח קטן הא קמן דאפי' מתחילה היה מזיקו היזק גדול שהיה פרוץ במלואו עכ"ז אינו יכול לעשות אפילו חלון קטן וא"כ מה הראיה שהביא ממקום פרוץ מחצר בית הכנסת וחזקת חלון ועיין הכנה"ג הגהת הטור אות י"ח וי"ט:

ואת רבע מ"ש בס' ג' שכיון שיכול לפתוח זיזין נמצא כפותח לתוך שלו עם מעכ"ת הסליחה רבה דא"כ בחצר השותפין נמי שהוא פותח לתוך שלו. למה יעכב עליו חבירו מלפתוח חלונות. אך דברי מרן ז"ל בס' ט"ו מיירי להוצאת הזיזין שאם הוציא הזיז ברשות הרבים ופתח בו חלונות כיון שחבירו נמי יש לו רשות לעשות זיז ולפתוח בו חלונות לא אמרינן שזכה מן ההפקר אבל מי שיש לו פתח או חלון לרשות הרבים וכבר זכה בו בעליתו ושום אדם לא מיחה בו מהיכן הרגלים לומר שיפתח כנגדו ויזיקם והא ראיה שאפי' דהרב יונה ז"ל שכ' אינו יכול לפתוח אלא עד חצי עליתו כתב הסמ"ע ז"ל לאו דוקא חצי דהא צריך להרחיק עוד כדי שלא יראהו שכנגדו ע"ש. וע"ש בסמ"ע ז"ל ס"ק ל"ד שהמעיין בדבריו יבין לאשורו כמ"ש ועיין עוד בסמ"ע ס"ק ל"ח שהעתיק תשובת הרשב"א ז"ל וז"ל מעתה מי שקדם ופתח חלון על רשות הרבים הרי זה זריז ונשכר ואין חבירו שבצד השני רשאי למנוע מפני שאינו פותח על רשותו וכו' לפיכך אם בא השני לפתוח כנגד אותו חלון אינו רשאי וכו' אבל אם בא להגביה כותלו מגביהו ואינו נמנע אעפ"י שאין ביניהם ד"א וכו' ע"ש ובודאי דברי הרשב"א ז"ל מיירי אפי' דיש מנהג להוציא זיזין דאי לאו הכי כיון שזכה מההפקר כיצד יכול להגביה כותלו אפי' בפחות מד"א וזה מורה באצבע לפירושינו:

ומ"ש מעכ"ת שפשטה הוראה בספרי הפוסקים ז"ל שלא לעכב בזה וכבר ספרי הפוסקים ז"ל ראשונים ואחרונים מלאים מזה לזאת נשיב כי זכרון מעכ"ת במקומו עומד אך לא בפתיחת חלון בהיזק ראיה דרק הוא לענין הזיזין דאם הוא למעלה מגמל ורוכבו מותר עיין בכנה"ג הגהת הטור אות ל"ד. והנה כל בתי דינים שקדמונו זלה"ה כך היו דנים לעכב בהיזק ראיה וכבר נעשה מעשה על חד עשר בבית דין האשכנזים והספרדים אין

פוצה פה ומצפצף ואם ח"ו נסתור דברי הרבנים הקודמים בלא ראיה ברורה ובפרט שכת"ר עצמו כתב סברת הכנה"ג ז"ל ומאן ספין ומאן רקיע לחלוק על דבריו אנן יתמי דיתמי מסברא דנפשין ואף גם זאת דאם יפתח אחד מהם יתרבו מחלוקות בישראל בין האשכנזים והספרדים ולא תהיה כזאת בישראל לעשות תורתנו הקדושה פלסתר ח"ו:

וחמ"ש את אר"ש מ"ש בס' ה' סברת הרב ישרי לב ז"ל מי לנו גדול ממעכ"ת אשר העיד בגודלו כי בעיר קדשנו לא רצו להנהיג הוראת הרב ז"ל ואחרי הודיע ה' אותנו את כל זאת כיון דדייני מתא הקודמים בחתימותיהם יוכיחו שכן דנו על חד עשר כאשר כתבנו לעיל. הנה נקבע מנהג עי"ק כזה וכבר כתב מרן ז"ל דאם היה מנהג הולכים אחר המנהג ומה גם שדינא הכי שאין לו לפתוח חלון חדש ולא לעשותו גדול להישן ולא להרחיבו ולא להגביהו ורק קנה מקומו בלי שום תוספת זה הוא דעתנו קלה כמות שהיא והשומע ישמע והחדל יחדל וכס"ת יגדל כנה"ר ושלום על דייני ישראל:

הצעיר יעקב הכהן הצעיר שמואל הצעיר אליהו חיים מקילי ס"ט ן' קיקי ס"ט אבואלעפיא ס"ט

הנה הפס"ד הנז' הוצע לפני להכריע ביניהם הגם שאיני מאנשיה ולא בי היא להכניס עצמי בתחום שאינו שלי. ואולם לרוב ההפצרה ולראות חיבתן לפני לא יכולתי להשיב פניהם ריקם כי לעשות רצונם חפצתי אשר בחרו בי הבוחר באהרן ואדברה נא וירוח לי לפי קט שכלי אם טוב. ואם רע אשובה לי ויהיו דברי לה ליקוטי בתר ליקוטי ואלקטה באומרי"ה מפי סופרים ומפי ספרים שמוני נוטרה צנה וסוחרה וזה החלי בע"ה בעזרת צורי וגואלי:

ראשית כל ביכורי תביא בית אהרן מ"ש הר' הפו' ראב"ד מקודש מימיו מן המקדש ז"ל אודות מה שזיכיתי להר' דוד יעקב אלקובי הי"ו וכו'. א' מרן בש"ע ח"מ סי' קנ"ד ס"ד כתב וכו' קחנו משם:

טרם כל דמ"ש אדברי מרן ז"ל וע"כ לומר דדין זה מירי אפי' אם החלון גבוה מד"א וכו'. הנה מלבד מאי דק"ל בדבריו כמ"ש אצלי במ"א באורך ועוד אחרת היתה שם מ"ש הי"מ בכללי הר"מ אות כ"ו וז"ל אין לנו לדחות דברי הר"ם ז"ל בשום מקום אעפ"י שיקשה לנו על דבריו ז"ל מתוך שיטת הגמרא המפורסם אצלינו אך ראוי והגון לנו לתלות החסרון במיעוט השגתינו שו"ת רלנ"ח סי' י"ב והרש"ך ח"ב סי' קצ"ז ובני חיי חי"ד סי' רפ"א דס"ה ע"א וב' וגם למ"ש הרשב"א הובא בב"י סי' צ"ו בסופו וז"ל והשיב בזה אין כח בידינו לדון בדמיונות אלא מקום שאמרו אמרו במקום שלא אמרו לא ידענו מה ואין כח בידינו לדון בו והביא ראיה לדבר ע"כ ועי' להמט"ש בהגהב"י אות ז"ך שהביא תשו'

אבק"ר סי' קצ"ז שהביא תשו' הרשב"א שכתב הכי אין כח בידינו לדון בו בממונות וכו' ודייק דמדכתב בממונות מכלל דבאיסורא דיינינן וכו' ואחר נשיקות רגליו וכו' שדברי הרשב"א לדון בו בדמיונות וכו' ולפי הנר' ט"ס הוי בגי' שלפני מרן והיה כתוב בממונות וכו' ואני תמה למה לא הביא ראיה מהב"י שכתוב בו בדמיונות והיה לו להקשות ממנה ועי' להר' הגו"ר שם או"ך. זאת ועוד אחרת היתה עמדי להק' דהלא מרן הש"ע לא זכר כ"א פתח אבל לא חלון ומהיכא מפיק לה דגם בחלון אמרה דאפ' דדוקא פתח משום דעשוי להסגר והזיקו מועט דאין בו היזק אלא ביום אבל לא בלילה והחלון שאינו עשוי להסגר הוא בין ביום ובין בלילה ובני רשות הרבים הזיקם דוקא ביום ולעולם אימא לך שהוא למטה מד"א למ"ש להקשות על מרן דהשמיט חלון הנה מלבד מש"ל עוד י"ל עפ"י מ"ש שם הי"מ בכללי הש"ע אות י"א וז"ל דרך מרן לעו' להעתיק בש"ע לשון הפו' אות באות ואף שיש קו' או אפי' בדברי הפו' ההוא דנ"מ לענין דינא והוא מעתיק דבריו לבד ואח"כ כ"א יפרש כפי עיונו הלכה למעשה ובפרט בס"ה שידוע מ"ש בעלי הכללים שעשאו לארצות המערב ולכן הוא תופס לשון הר"מ אות באות וא"כ גם פה יכולים אנו לומר דמאי דהשמיט מרן חלון הוא דנקט לשון הרמב"ם דלא אמר כ"א פתח והרמב"ם עצמו או נאמר כמ"ש. או דכתב פתח וה"ה חלון ולפי"ז אין דיוקו עולה יפה למה שדייק מדברי מרן להוציא הדין שיכול לעשות מקטן גדול ומגדול קע אפי' למעלה מד"א דאלת"ה מאי אתא לאשמעינן וכמו שיעויין שם בדבריו:

ועוד דאיכא למימר דבא לו' דיכול לעשותו גדול אפי' למעלה מד"א ולמטה מגו"ר וע' להלח"ש בקו' חזקת הבתים סימן ז' סעיף ז' דהביא דבמחלוקת הוא שנוי נאמר דכאן סל"ה דלא תימא כיון דאין בני רה"ר רואים אותו אינו יכול לעשות קמ"ל דלא אמרינן הכי אלא כיון דרוכבים העוברים בר"ה רואים אותו הרשות נתונה בידו אבל למעלה מגו"ר אין כח בידו לשנות דבר משום דאין להם בני רה"ר איזה צד שיוכלו לראותו ומנא אמינא מדברי רש"י בג' דבתרא ד"ס ע"א בד"ה סוף סוף וכו' וז"ל שרואין בביתך דרך פתח הבית ורוכבי סוסים וגמלים רואים בתוך חלונותיו ע"כ ומשום נ"ד דיש ב' מיני ראיות מבני ר"ה ואף אנו נאמר כן בדברי מרן ולזאת הפריד אותן מרן הגם שבמשנה כלולים הם ויבואו ב' וע' בלשון הרשב"א שהובא בח"ה שם. ובה' שכנים פ"י וז"ל אבל פותח אדם לר"ה וכו' במשנה שם ובגמרא דא"ל סוף סוף הא בעית לאצטנועי מבני ר"ה ופרש"י ז"ל דסוף סוף רוכבי סוסים וגמלים רואין אותו בחלונות דעתו ז"ל שאפי' בחלון שהוא גבוה ואין אנשים הולכים על רגליהם יכולים לראות דרך החלון פותחין כנגדו והקשה עליו מאותו דף הנז' כג' מדין ב' בתים בב' צדדי ר"ה שאמרו זה עושה מעקה

לחצי גגו וכו' כנזכר למעלה בפ"ג אלא הכא בחלונות נמוכים בדק"ו הוא מתני' וכל פתח שאין יכול אדם ליכנס ולצאת נקרא חלון וכן עיקר ע"כ לשון הרשב"א ז"ל ופסקה מרן בסי' קע"ט ס"א יעו"ש וע' להט"ז שם ס"ק כמ"ש וע' להרב באר מים חיים מוצירי ח"ב ס"ח דכ"ח ע"ד ואפ' דברי הר' הנ"ל דברי מרן סתרי אהדדי במ"ש בסו"ד שם וז"ל הבא לפתוח ראשון וכו' דהנר' מדבריו דבין לר"י ובין להרא"ש ולהרשב"א אינו יכול לפתוח פכ"פ וחכ"ח היכא שהוא למעלה מגו"ר וע' למשה"א באורים שם ס"ק י"ד יעו"ש. וא"כ ה"ה דקטן לא יעשנו גדול וכו' וכמ"ש שם בביאורים ס"ק ז' עמ"ש הש"ך על הסמ"ע דאין דבריו נכונים יעו"ש וכתב שם ודמי למי שיש לו פתח א' דלא יעשנו שנים וכו' יעו"ש. ומפורש יוצא עוד מדברי מרן בתשו' אבק"ר סי' ק"ז וז"ל בתו' התשו' הכלל העולה שהדין עם ראובן שקדם וכופין את שמעון שפתח אח"כ לסתום חלונותיו כדי שלא יהיה היזק ראיה לראובן ע"כ וע' במה שהארכתי שיח במ"א בפרט הזה באורך בסתירת דברי מרן מפסקיו לתשו':

ואולם עפ"ה הנה נכון ומעתה לא הוי משנה שאינה צריכה כמ"ש שם במשה"א באורים ס"ק ח' וז"ל פתח קטן לרה"ר ורצה להרחיבו משנה שאינה צריכה היא דהא אפי' אם לא היה לו פתח כלל מקודם יכול לפתוח פתח חדש לרה"ר ואפי' אם הוא נגד פתח של חבירו כמבואר בסעי' ג' ע"כ:

או נאמר דכונת מרן היא לרמוז דעת הסמ"ע הנז' וכמ"ש הש"ך דאין דבריו נכונים וכמו שפי' המשה"א באורים שאני הכא כיון דשלטי ביה עינא דבני רה"ר מתחילה יכול לעשותו ב' או להרחיבו אשר לא כן כשאין לבני רה"ר שום שליטת עינא אזי אי' הדר דא' לא יעשנו ב' וכו'. גם מ"ש ה"ה וכ"ן שהבין הסמ"ע וכו' לא יכולתי לכוין את דבריו דמה זו ראיה מדברי הסמ"ע דקאי אדברי מורה דמחלק בין קטן לא יעשנו גדול אבל גדול יכול לעשותו קטן ולכן בכדי שלא תאמר שגם הו"ל בכלל גדול ויכול לעשותו חלין לכן בא להודיע דלא דמי אבל לדעת מרן דלא מחלק הכל אחד וגם במה יכול לעשותו חלון ודיוקו מדברי מרן כבר לעיל השבתי עליו ומ"ש עוד ה"ה ומן התימא על הכנה"ג וכו' גם בעיני יפלא. עוד זאת תמיה לי על עט"ר הרמ"ז במ"ש בסו"ד ומ"מ תימא וכו' למה לא הביאוהו כמו שהביאוהו כל בעלי הלכות ע"כ דמאי תמיהא ליה כיון דקאמר טעם למה השמיטו א"כ למה יביאנו יען היותו משנה שאינה צריכה ויען כי אנא מזרעיה דרב קא אתינא מחוייבנא למיהפך בזכותיה ולתקן את דבריו ונימא הכי דמ"ש הרמ"ז נכתב בצדו ורבינו ב' הטורים והרב המחבר בס"ה השמיטוהו וכו' הכונה שהשמיטו דין החלון וכתבו דין הפתח וצריך להגיה במ"ש דה"ה אם היה שם חלון אפי' קטן עושהו

גדול וכדמשמע כן מדבריו שכ' אבל גבי ר"ה העוברים סמוך לחלון וכו' דפתח בפתח וסיים בחלון לא כן אם נגיה במקום פתח חלון אזי הוי במאי דסליק פתח ועפי"ה יונח לנו במה שתמה בסוף דלמה לא הביאוהו כמו שהביאוהו ר"ל כולו כמו שהביאוהו כל בעלי ההלכות שהביאו הפתח והחלון והם השמיטו דין החלון ומצאתי סעד לזה מדברי הלח"ש בקו' חזקת הבתים ס"ז ס"ז שהביא לשון עט"ר הרמ"ז אות כ"ב ואות כ"ג אחר שהשוה דין הפתח והחלון ולא נרגש עליו כלום א"כ מוכרחים אנו לומר דפי' ההשמטה דקאמר היא השמטת חלון וע' להרב ארח משפט בסי' קנ"ד בהגהט"ו אות ה' שהשוה דין הפתח והחלון ובזה ניצול אותו צדיק הוא אדוני זקן מתלונות הראב"ד הי"ו הנז' ומה שכתב וכיון שהש"ע הביאו אזדא לה אני אומר דלא אזדא לפרשה כפי' שם אלא כדאמרן דאדרבא משמע דאם היה מביאה היה משמע דלא קאי אלא במקום שהרוכבים רואין דוקא אבל לא כל בני ר"ה אבל במקום שאין רואין אין יכול לשנות וע' בב"י ס"ז ובב"ה שם ס"ח ולבעבור זאת פסק מרן בס' י"ד דהבא לפתוח וכו' גם בתשו' דאינו יכול לפתוח חכנ"ח וה"ה אחד לא יעשנו ב' וכו' וכמ"ש עט"ר הרמ"ז שם בסי' קנ"ד הגב"י אות כ"ג וז"ל פשיטא לי דאפי' לר"ה כל שהחלון או הפתח הוא למעלה שאין בני ר"ה יכולים להסתכל שאין יכול לפתוח פתח כנגד פתח וחלון כנגד חלון דה"ה דקטן לא יעשנו גדול ואחד לא יעשנו ב' ע"כ. ומצאתי הדבר מפורש בהרא"ש שם בפ' חזקת ד"ס ע"א וז"ל אבל פותח הוא לרשות הרבים פתח וכו' דאמר ליה סוף סוף קבעית לאצטנועי מבני ר"ה רוכבי בהמות ורואין דרך חלונות אבל בעליות לא חזו בני ר"ה ואסור לפתוח חלון כנגד חלון ע"כ והרי"ף הביא המשנה כצורתה אבל פותח הוא לר"ה וכו' היה קטן יעשנו גדול וכתב הנמק"י בד"ה אבל פותח הוא וכו' הכא מיירי בחלון נמוך כנגד פתח דאפילו דחזו ליה בני ר"ה להדיא וכו' יעו"ש ולפי"ד גם בקען יעשנו גדול הוא מיירי בנמוך דדין אחד הוא. גם הדיוק שדייק ה"ה מדברי מ"מ הכנה"ג בא"ו דאם היה מביאו הש"ע היה משמע דקאי למעלה מד"א זהו עפ"י שיטתו ואנכי לא יכולתי להבין דב"ק דהרי הוא בהדיא כתב באות כ"ג והביאו הרב וז"ל ועפ"י שיטה זו דן את הדין ואם הוא למעלה מד"א אף בר"ה קטן לא יעשנו גדול ומנא ליה הא שאנו יכולים לומר דהא דלא הביאו הוא להיותו משום שאינה צריכה וכמש"ל משם משה"א באורים ואם היה מביאו הו"ל כשאר הפו' שהביאוהו ואדרבא עט"ר הכנה"ג הוק"ל דלמה לא הביאו כשאר כל בעלי ההלכות ואם איתא לדברי ה"ה הא איכא נפקותא דאם היה מביאו היה נפ"ל לענין דינא דאפילו למעלה מד"א יכול לפתוח כיון דאיכא ר"ה ביניהם:

ואדרבא מדהק' על מרן והטור למה לא הביאוהו כאשר הביאוהו כל בעלי ההלכות ואח"כ כתב באות כ"ג פשיטא לי ואם איתא לדברי ה"ה דאם היה מביאו היה משמע דיכול לפתוח אפילו למעלה מד"א א"כ הרי כל בעלי ההלכות הביאוהו והיאך פשיטא ליה שלא יכול לפתוח וא"כ גם עתה שהביאו דינא יתיב דאינו יכול לפתוח וכמ"ש בעלי ההלכות ומה שהביאו או נאמר שהיא משנה שאינה צריכה או כמו שפירשנו:

גם את השניה במ"ש ה"ה נר"ו וז"ל אף לדברי הכנה"ג וכו' לזאת אשיב כיון שחלונות הפתח למעלה מד"א יכול לומר לו למחר בעליות כשאבא לפתוח גם אני אפתח בעליה שכנגדך שצריך אני לפתוח ולהרחיק מה שהוא מן החלון כיון דר"ה הו"ל כחצר השותפין דאם נתנו לו רשות לפתוח והו"ל כנתנו לו רשות דיכול לפתוח מן הצד בהרחקת מה שהוא וכמ"ש מרן שם ס"ג וז"ל והוא שלא יפתח פכ"פ או חכ"א וכו' וא"כ כשתרחיב חלונך צריך אני להרחיק מכנגד ההרחבה ושם אין בני ר"ה רואים אותי כ"א נשאר ההיזק ביני ובינך וכפי"ד אזדא לה גם הטעם שכתב ה"ה הנז' נר"ו:

אתאן לטעם הד' שכ' כיון שהחלונות הנז' וכו' ולפי"ד אלה מ"ל עוד לט' הא' לדייק מדברי מרן דהלא כיון שמנהג המקום להוציא זיזין פשטה ההוראה כס' הפו' שלא לעכב בזה אפילו בפותח מחדש כיון שהוא למעלה מגו"ר שיכול להוציא זיזין וכמ"ש הראב"ד בדבריו ע"ש:

ונתתם חמישית במ"ש כבר העד העיד בנו החק"ל בס' ישרי לב וכו' לישרי לן מר כי הס' הנז' הוא למר בריה הנד"ל ושם כתב שכבר הסכימו עמו חמשה רבנים וחד מינייהו הרב כמהר"מ פאדרו ז"ל פה אל פה דיבר אלי שהוא היה א' מהם וספרו היה על מכבש הדפוס ועתה יצא לאור צדקו. ופי המדבר במ"א הבאתי דבריו והארכתי שיח בחי"ז. ומ"ש והגם כי בעיה"ק וכו' והנה עפ"י עדותו מ"ל לפתוח מ"ל להוסיף הנזק דכולהו בחדא מחתא קיימי דלמעלה מד"א דינו כדין חצר השותפין ושם קי"ל דקטן לא יעשנו גדול וכו':

הו"ד בא לך נא ראה במה שדחו הב"ד את דבריו אך בזאת לא ירד בני עמהם במה שהקשו עליו בשניה וז"ל לא ידענו מה יפרנס דברי הגמ' קטן לא יעשנו גדול דשם איירי בחצר השותפים אשר לא כן בנ"ד שהוא כדין רה"ר. ואולם עדותי זאת שאמת הדבר שמקודם צאת לאור ספרא נהר כן היה המנהג שלנו שלא לפתוח פכ"פ וחכ"ח למעלה מד"א ושלא יעשנו גדול לקטן אבל ביום הראות הס' הנז' שכתב שכן צריך להורות משום דד"ד וחתמו עמו ה' רבנים שכן ראוי להורות ענו כולה ואמרו כי טובה דבר לעשות כן. ומנהו והלאה גם ק"ק אשכנזים הודו ב"ד בכ"מ שיש רשות ביניהם לפתוח חכ"ח מאחר דאנו נוהגים

להוציא זיזין לר"ה וכמ"ש מרן בש"ע ח"מ סי' קנ"ד ס' ט"ו ומעתה אזדא לה הוראת ב"ד במ"ש ומה גם שדינא הכי וכו' וקיימא לן הוראת ה"ה כוותיה ולאו מטעמיה כמש"ל. ועתה יצא לאור ס' תעלומות לב המוציא לאור תעלומות חכמה בח"מ ס"ה וס"ו ושם גילה לנו בסוף דף ע"ב ע"ג וז"ל ובר מן דין אני אומר דמאחר שזה מקרוב יצא דבר מלכות שכל אדם יכול לפתוח פתח כנגד פתח וחלון כנגד חלון לרה"ר ואין מוחה בידו וכו' והביא לשון הרשב"א וכו' שכתב וז"ל זוהי שוה"ד אבל אם יש שם חוקי המלך הולכים אחר המלכות יעו"ש וכתב דהכי איפסיקא הילכתא מב"ד הגדול שבירושלים ת"ו ומלכם בראשם בספר ישרי לב באות נו"ן ס"ע וגם הרב המפ"ה ז"ל בס' שמו משה סי' כ"ג דף קפ"א ע"ב האריך הרחיב בדבר ולבסוף העלה להלכה ולמעשה דיכול לפתוח אפי' חלון כנגד חלון והביא שם בדף ק"ף ע"ב דברי הסמ"ע ומה שהקשה לו הפ"מ ח"ב סי' ל"ו בדף קפ"א ע"ב וז"ל והנה שם הארכתי לבאר דעת הסמ"ע ולהצילו מהשגת הפ"מ וכו' יעו"ש באורך. הנלע"ד כתבתי להלכה ולמעשה כיון דאית לן סמוכין דרבנן אנשי שם מגדולי דורינו ובם אנחנו נשענים וסמוך לבי לא ירא שלא אכשל בדברי הלכה ומצודתי פרוסה להורות כוותייהו והם אמת ודבריהם אמת ותכון לעד. מפי **אהרן אלחדיף** ס"ט

סימן ח

שאלה כה"ר אהרן מרגליות ז"ל היו לו בתים וחצרות סמוכים זה לזה בנויים ומשוכללים והיה לו חלון א' פתוח מבית אחד להחצר השניה שלי ויש לחלון הנז' דלת של זכוכית ואח"ך מכר כהר"א הנז' חצר אחת מהנז' אשר החלון הנז' פתוח לה להר' משה מרדכי ז"ל ואחר המכר הנז' נשאר לו הבית השניה שיש בה החלון הנז' והחלון הנז' נשאר פתוח כמו שהיה קודם המכר יותר משלשה שנים ואח"כ מכרה אלמנת כה"ר משה הנז' הבית והחצר שקנה בעלה הנז' להר' מרדכי זאב נר"ו ואח"ך מכר כהר"א מרגליות ז"ל הנז' הבית והחצר השניה שיש בה החלון הנז' לכה"ר בכור אבחבוט נר"ו ולעת עתה עמד כהר"מ זאב נר"ו ורוצה לסתום החלון הנז' או להזיקו לבעל החלון הנז' בעשן באומרו כי אין לזה חזקת חלון וכה"ר בכור הנז' משיב על זה שיש לו חזקת חלון מכמה טעמי תריצי חדא שהר"א הנז' כבר החזיק בחלון הנז' אחר המכר הר"א הנז' יותר משני חזקה ועוד שהחלון הנז' צריך לבית ואדעתא דהכי לא מכר כדי לסתום החלון הצריך לו ואת"ל דע"מ כן מכר דילמא חזר ולקחו ממנו והראיה שעדיין הוא פתוח בלי שום המחאה ע"כ: **ועל** זה השיב הרב המופלא אב"ד דק"ק אשכנזים נר"ו תשובה שלימה וז"ל לראיה ביד כהר' מרדכי זאב נר"ו אשר קנה הדירה מהאלמנה מ' רחל חנה ת"מ אשר קנה בעלה המנוח כה"ר משה מרדכי ז"ל מאת הר"א מרגליות ז"ל בדבר החלון הקטן שבכותל

דמפסיק בין הבית של הר"א מרגליות ז"ל הנז' ובין בית הרמ"ז נר"ו הנז' שהחלון הקטן הזה סתום הוא במחיצה של זכוכית מיום שקנה הרמ"מ הנז' מהר"א מרגליות ז"ל הנז' והרמ"ז נר"ו הנז' יש בידו מכתב ראיה שחצי עובי הכותל שלו א"כ לפי דין תורה יכול לבנות על חצי עובי הכותל שלו ולסתום החלון הנז' כי ידוע שהר"א הנז' לא קנה זכות החלון בחזרה ואם קנה לא היה מניח הכתב תחת יד הרמ"ז הנז' מלבד זה המוכר הנז' הוא הר"א מרגליות ז"ל הנז' והוא עצמו מכר החצר הנז' לבעלה של האלמנה הנז' ושייר הבית לעצמו ומוכר בעין יפה היא מוכר כמ"ש מרן הב"י ז"ל סי' קנ"ד בכהאי גוונא יכול הקונה חצר לבנות בפני חלונו של בית המוכר ואף הי"א דשם מודים בנדו"ד למרן הב"י כאמור עיין ט"ז שם, באופן שאין ספק בנדו"ד וחלון הקטן הנז' אין לו חזקת חלון כלל ועיקר על פי דין תורה ויכול לעשות עשן בחצרו תחת החלון הנז' וכל שכן שאין צריך הרחקה ארבע אמות כשירצה לבנות בחצרו כי החלון הנז' צריך שיהיה סתום אך חלל החלון הנז' שייך לפנים להבית של הר"א המ' עכ"ל וחתום על הנז' כה"ר אברהם צבי הלוי נר"ו ועתה יורינו המורה לצדקה איזה הדרך ישכון אור ויבוא שכמ"ה:

תשובה יציבא מילתא שלא היה בדעתי ליטפל בענין הנ"ל יען שכבר דברתי פה אל פה עם הרב המורה נר"ו הנז' לעשות שלום ביניהם ברם כשראה הר' בכור הנז' שיש פסק דין ביד הרמ"ז הנז' כנז' והרמ"ז הנז' צועק במרה שהר' בכור הנז' לא ציית לדינא ע"כ הכריחוני לשנות פרק זה ולחוות דעתי הקלה כמות שהיא ובהורמנותייהו דרבנן קדישי אלה ראשי קא נחיתנא לערוך שולחן לפני מלכים יושבים ראשונה לראש פינה והמה יגידו את דבר המשפט באמת ואמונה וזה החילי בעזרת צורי וגואלי:

הנה עיקרא דהאי מילתא איתא בגמרא דב"ב דף ז' וזה הוא לשון הגמרא הנז' מעשה בהנהו תרי אחי דפלגי בהדי הדדי חד מטייה אספלידא (פירוש טרקלין) וחד מטייה תרביצא (פירוש גינה) אזל דמטייה תרביצא וקא בני אשיתא אפומא דאספלידא אמ"ל אידך קא מאפלת עלי אמ"ל בדידי קא בנינא עכ"ל. ופרש"י ז"ל בד"ה בדידי וכו' בשלי אני בונה ואתה אין לך עלי חזקת אורה של ג"ש דהשתא הוא דפלגינהו:

והרב הנמק"י ז"ל הביא דברי רש"י ז"ל הנז' בההיא דאחין שחלקו בסוף ד"ה ולא אמת המים וז"ל ומיהו כי אמרינן אין להם חלונות זע"ז פירש"י ז"ל דדוקא בשלא החזיק בחלונות ג"ש אחר החליקה אבל אם החזיק מעכב עליו שלא לבנות כנגדו וטעמא דמילתא משום שמחל דאם לא כן הו"ל למחות ולומר איני מיחל לך חלונותיך שתחזיק עלי בהם ולפי זה שכתבנו הסכימו הרמב"ן ז"ל והרשב"א ז"ל עכ"ל. וכ"כ בעל העיטור בהלכות חלוקת קרקעות וז"ל ובפרק קמא דב"ב אמר רב נחמן אמר שמואל האחין

שחלקו אין להם חלונות זה על זה וכו' והזהרו בהם שהם הלכות קבועות והלכך בונה כנגדו ודוקא בדלא אחזיק בתר חלוקה אבל אחזיק ג"ש הויא חזקה בטענה ודוקא שחלקו ירושה אחת אבל חלקו שני ירושות זו בפני עצמה וזו בפני עצמה והאחת יש לה שעבוד על חברתה יש להם חלונות זה על זה כמו שהיו בתחילה עכ"ל:

ומה שכתב הרב בעל העיטור ז"ל הנז' הויא חזקה בטענה היינו טענת מחילה דכיון ששתק מחל וכמ"ש הרב הנמק"י ז"ל כנז' דטעמא הוי משום שמחל. ומדכתב הרב הנמק"י ז"ל שכן דעת הרשב"א ז"ל כנז' ובתשובות הרשב"א ז"ל שהביא מרן סי' קע"ג הוזכרו דברי בעהע"ט והסכים הרשב"א ז"ל לדעתו אלמא דטעמא דבעהע"ט ז"ל הוי משום מחילה וכמ"ש הרב הנמק"י ז"ל:

וכן פסק הגאון שהביא דבריו רבינו הטור סי' קנ"ד סעיף ט"ל וז"ל שני אחים שירשו קרקע ולא' נפל החצר החיצון ובו אמת המים וכו' וטען הפנימי שכבר החזיק בהעברת המים על החיצון כיון ששתק ולא מחה מחל לו והויא חזקה מיד. ומה שטוען שלא הניחו לעבור אלא דרך שאלה אינה טענה אלא מסתמא כיון ששתק מחל ומה שטוען שלא ידע שהיה לו למחות לא מהימן. ועוד אפילו לא ידע מחילה בטעות כי האי דלא מוכח דבטעות הואי הויא מחילה עכ"ל. והגם שמרן ז"ל בס' ב"ה גמגם בתשובת הגאון וכתבי הפוסקים שמרן ז"ל חולק ומשו"ה השמיט תשו' הגאון בספר הקצר. עיין כנה"ג מהדורא קמא סי' קנ"ד הגהות העור אות צ"א צ"ב ומ"ב סי' קע"ג הגה ב"י אות ו' שכתב דלא חלק מרן ז"ל על הגאון ז"ל אלא במה שכ' הגאון דמחילה בטעות כי האי לא מוכח מילתא דטעות הוא אדרבא מוכחא מילתא דטעות הוא כיון שהוא דין זר וכמ"ש בס' ב"ה אבל הב"ח ישב דברי הגאון וכתב דהכי נקיטינן וכן נראה מדברי מורי הרב ז"ל ח"א והק' מתשובת כמהר"י בן הרא"ש ז"ל דסי' קע"ג ותריץ דשאני תשובת הגאון דמיירי שהחזיק אחר מיתת אביהם וחלקו דאע"ג דאחין שחלקי אין להם חזקה זה על זה לא דרך ולא וכו' כשהחזיק אחר מיתת אביהם וחלקו חזקתו חזקה וכמ"ש הרשב"א ז"ל בתשובה שהביא ב"י ז"ל מחדישין א' ע"ש באורך. והרב לחם שלמה הלכות חזה"ב סי' ח' ס"ז הסכים דברי הבית חדש הנז' וכתב דהכי נקיטינן כתשובת הגאון אפי' במה שכתב דמחילה בטעות וכו' כנז' והביא ראיה ממהריק"ש ז"ל שכתב בשם מהריב"ל ז"ל ח"ב סי' ע"ג דהיכא דמספקא לן אי מחל משום דלא גמר מוקמינן ליה אחזקתיה למחילה ולא אמרינן דבטעות הויא עש"ב:

ולעניות דעתי נראה דלא פליג מרן ז"ל אלא בכה"ג שכ' הגאון דחזקתו חזקה מיד וטעותו לא מוכח אבל בחזקת שלשה שנים אחר שחלקו אפילו טען שלא היה יודע שהיה לו

למחות אינו נאמן ואפילו מרן הקדוש אזיל ומודה בזה דאם לא כן בטלי להו כל דיני חזקות שכל א' יאמר לא היה יודע שהיה לו למחות וק"ל:

וכן מוכח מדברי הרא"ש ז"ל שכתב ע"ד הראב"ד ז"ל וז"ל כתב הראב"ד ז"ל נהי דאין יכול לערער על סתימת החלון אם רוצה לבנות בפניהם מיהו כל זמן שלא בנה בפניהם אינו יכול לומר סתום חלונותיך אעפ"י שיש בהם היזק ראיה. ואין דבריו נראין כלל דכיון שאין לו חזקה באורה היכי מצי עביד ליה היזק בראיתו. ועוד דאיכא למיחש דלבתר תלת שנין טען בחזקה. וכן כתב הרמב"ם ז"ל שצריך לסתום החלון עכ"ל הרא"ש ז"ל שהביאו מרן הכסף משנה פ"ב מה"ש ובב"י סי' קע"ג עש"ב:

נקיטינן מדברי רבותינו הנז' דאפי' באחין שחלקו שאין להם זה על זה כלום עם כל זה אם אחר שחלקו החזיק בחלון הפתוח ג"ש חזקתו חזקה ואין יכול הניזק לבנות כנגדה בתוך ארבע אמות ולא להזיקו בשום נזק שלא כדין וכל שכן בנדו"ד דמהתם גמרינן כמ"ש הרמב"ם פרק שני מהלכות שכנים ורבינו הטור ומרן ז"ל סי' קנ"ד דאם אחר שמכר החזיק בחלונו ג"ש זכה בחזקתו ואין הלוקח יכול לבנות בתוך ארבע אמות ולא להזיקו לא בעשן ולא בשוה נזק של כל דבר:

וכי תימא מאי חזקה היא זו כיון שאין יכול לכופו לסתום חלונו כמ"ש מרן הש"ע ז"ל סי' קנ"ד סעיף כ"ז וז"ל מיהו כל שלא בנה בפניהם אינו יכול לומר לו סתום חלונותיך אעפ"י שיש בהם היזק ראיה א"כ הניזק מאי הוה ליה למיעבד:

הנה חקירה זו כבר חקרו"ה שרי"ה כמ"ש מרן הב"י ז"ל סי' קע"ג משם הרמב"ן ז"ל ומשם הרשב"א ז"ל והרב פרח מטה אהרן ז"ל ח"א סי' כ"ו הביא דבריהם לפסק הלכה וז"ל וי"ל דכיוצא בזה הקשה הרמב"ן ז"ל על רש"י ז"ל גבי ההיא דאחין שחלקו אין להם חלונות וכו' ובפרק השותפין דף ז' פרש"י ז"ל דאין לו חזקה לענין שיכול לבנות ולהאפיל אבל אינו כופהו לסתום וכתב שאם מחזיקו דמהני והקשה הרמב"ן ז"ל אמאי מהני כיון שאין כאן המחאה ותירץ דהוה ליה למחות ולומר אני מוחה על חלונותיך שלא תחזיק עלי ועיין שם וכיוצא בזה כ' הרשב"א ז"ל בח"ב סי' קצ"ח ודכוותה אמרו בגמרא פרק ח"ה דף ל"ח ואי כורכמא דרישקא זבן ליה מאי הוה ליה למעבד אבעי ליה למחויי ופרש"י ז"ל בתוך ג' שלא מכר לו אלא כי כורכמא דרישקא ובנדו"ד נמי כיון שהחזיק בעל החלון ואין כאן עידי המחאה זכה עכ"ל. וכ"ז הוא להני רבוותא דסברי מרנן דאינו יכול לכופו לסתום אבל לדעת הרא"ש ז"ל וסיעתו וכפי מה שהבין בדברי הרמב"ם ז"ל דסברי דיכול לכופו לסתום מיד הא ודאי כיון דלא מחה החזיק:

ועוד טעם אחר יש בנדו"ד שהבית של כה"ר בכור הנז' וש"י צריכה לאור החלון הנז' ולרוח המנשבת ממנו שהוא רוח מערבי כידוע לבני העיר. ובכהאי גוונא לא אמרינן דמוכר בעון יפה הוא מוכר דלא עדיף הא דמכר מאחין שחלקו דמינה גמרינן. ושם מפורש יוצא בדברי רבינו הטור ז"ל וז"ל במה דברים אמורים בתוספת אורה כגון אכסדרה שאורה רב אבל אם הוא בית שאין לו אירה יותר מהצריך לו אין לסותמו והביאו מור"ם סי' קנ"ד ס' כ"ז וכתב דבחלונות הצריכים לבית אינו יכול לבנות כנגדם עכ"ל. והרב חוט המשולש טור ראשון סי' ז' כתב דלאורה לאו דוקא שאין לו אורה זולתו אלא כל המוסיף אורה בבית לאורה נקרא ולמד כן מדברי הרמב"ם ז"ל יעו"ש. אם כן בנדו"ד דכולי עלמא יעידון יגידון שהחלון הנז' צריך לבית כנז' פשיטא דלא אמרינן דמוכר בעין יפה הוא מוכר:

וכי תימא דשאני נדו"ד שהחלון הנז' היה סתום בזכוכית וסתימתו סתימה ואינו יכול לפתוח וכמ"ש הרב הפוסק הנז' נר"ו לא ידעתי כונתו בזה דאם בא לרמוז מ"ש מרן בספר אבקת רוכל דסתימת זכוכית הויא סתימה לגבי היזק ראיה והלא כתבו הפוסקים הובאו דבריהם ק"ט בפ"ת סי' קנ"ד דההיא דמרן ז"ל אינו כמו זכוכית שלנו שיכולין להביט דרך זכוכית להלן כעין עששית המוזכר בגמרא ברכות דף כ"ה רק הזכוכית שבזמנו היה חוצץ בפני העין רק מבוא אורה אבל בזכוכית שלנו ודאי דיש בו היזק ראיה ואם כונתו על מ"ש שם בפ"ק ששמע משם רב א' לא מלבד דנדו"ד לא היו לו לא מסמרים וכו' אלא הוא עצמו הצריכה עיון:

ועוד דלגבי היזק ראיה איירי ולא לבנות תוך ארבע אמות. ועוד תמיהא לי טובא דאם נאמר דגרע זה ממ"ש מרן סי' קנ"ד סעיף ו' במי שהיו לו חלונות על חצר חבירו סתומות מכמה שנים אלא שלא נפרצו הפצימין אם רצה לחזור ולפותחם הרשות בידו מאחר שלא נפרצו הפצימין ע"כ:

אחר כך מצאתי כעין נדו"ד ממש מפורש יוצא בדברי מהרשד"ם ז"ל ח"מ בסוף סי' רע"ט וז"ל מכל מקום נראה לעניות דעתי שעם כל זה הדין עם בעל החלון הטעם שהרי דין זה דהמוכר יצא מן המקור מאחין שחלקו וכו' כנ"ל ואם כן אין להעדיף לנדו"ד מהיא דאחין שחלקו דאמרינן דדוקא בתוספת אורה הוא דאמרינן שאין להם חלונות זה על זה וכמ"ש הטור ז"ל בסי' הנז' וז"ל במה דברים אמורים בתוספת אורה כגון אכסדרה שאורה רב אבל אם הוא בית שאין לו אורה יותר מהצריך לו אין צריך לסותמו וכן הסכמת הפוס' דכשאין לבית אורה יותר מהצריך לו שאין לסותמו אם כן בנדו"ד שאין לבית שיעור אורה הצריך לו אם היו סותמים החלון אליבא דכ"ע אין הראשון שקנה החנות

יכול לסתום החלון וצריך להרחיק ממנו ארבע אמות כדי שלא יאפיל וכל שכן בהצטרף סברת רבינו יונה ז"ל שכתב בההיא דאחין שחלקו דדוקא שפי' שלא היה העלוי אלא בשביל הבנין אבל בסתם היה דעתם גם על החלונות ואם כן לדעתו היינו יכולים לומר דאפי' באכסדרה לא יוכל לסתום הלוקח הראשון דהא לא עדיף מאחין שחלקו כנ"ל:

ועוד טעם ב' נראה שיש דין לבעל החלון שכיון שהחלון היה באופן הנ"ל שעדיין יש לו פצימין ומשקוף הוה ליה כאילו היתה פתוחה לעולם ונמצא כבר החזיק ראובן המוכר על הלוקח הראשון בחלון וגילה דעתו שלא מכר בעין יפה כשמכר לסתום החלון וכיון שמכר עתה לשמעון י"ל מה מכר ראשון לשני כל זכות שתבוא לידו וכשם שהמוכר הראשון היה יכול לומר שלא מכר לסתום. וראיה לדבר שהחלון היה פתוח אחר שמכרתי לך יותר משלשה שנים כן זכיתי אני במקומו ואף על פי שלא היה פתות לגמרי פתוח מיקרי כמ"ש הרשב"א ז"ל דכל שלא פרץ פצימיו הרי הוא כפתוח עכ"ל.

הראת לדעת דאפילו התם שהיה סתום באבנים ועפר עם כל זה כיון שלא פרץ הפצימין יכול לפותחו וכ"ש בנדו"ד שהוא פתוח ועומד העוד היום שאינו יכול לבנות בתוך ארבע אמות ולא להזיקו לא בעשן ולא בשום נזק והרי החלון הנז' בחזקתו באין אומר ואין דברים כלל ועיקר:

ועל מה שסמך הרב הפוסק הנז' נר"ו על הכתיבת יד שתחת יד הרמ"ז הנז' שיש לו חצי עובי הכותל וגם כתב שאם איתא שקנה בחזרה לא היה מניח הכתב תח"י הרמ"ז הנז':

תחילה וראש צריך אני להעתיק נוסח הכתב הנז' וזה נוסחו בדבר התביעות שהיה בין הר' מרדכי זאב נר"ו ובין מ' חנה אשת חיים הענציס בענין הכותלי' שעל בית התבשיל של הרמ"ז הנז' הדין עם הרמ"ז הנ"ל שהגג שייך לו כי קנה מתהומא דארעא ועד רום רקיעא והרשות ביד הרמ"ז הנז' נר"ו לסתום לצד מערב של הגג הנ"ל במחיצה וכו' כדי להפסיק בין רשות גגו ובין הסוכה של האלמנה הנז' גם הרמ"ז הנז' יש לו חצי אבן מכותלי ביתו מהג' רוחות מזרח דרום ומערב והכותל הצפוני שייך לו לבדו ולהיות לראיה ע"כ הנ"ל ביד מרדכי זאב נר"ו באתי על החתום בכ"ג תמוז התרמ"א ע"כ וחתום עליה הרב הפוסק הנז' נר"ו:

והשתא ניחזי אנן מאיזה טעם זיכה הרב המורה הנז' נר"ו להרמ"ז הנז' נר"ו בחצי עובי הכותלים הנז' אם מטעם דסתם כותל שבין שני השותפים הרי הוא בחזקת שניהם וכמ"ש מרן ז"ל סי' קנ"ז והלא בסי' הנז' סעיף ז' כתב אם אין בו דין חלוקה ולא נתרצה האחד לחלוק לא ע"מ שיעשה חבירו כל הכותל אין לו תקנה אלא בשטר וכו' או שיש בו חלונות מצדו וכו' עכ"ל. וכתב הסמ"ע ז"ל סעיף קטן י"ח אין בו דין חלוקה אורחא דמילתא נקט

דאילו יש בו דין חלוקה מסתמא בונין אותו שניהם יחד עכ"ל. וא"כ בנדו"ד דהר' בכור הנז' יש לו שעבודים בכותל הנז' דהיינו החלון הנז' וצינור ומזחילה והרמ"ז הנז' אין לו בכותל הנז' שום שעבוד פשיטא ופשוט דלא אמרינן דהרי הוא בחזקת שניהם אלא כולו לבעל השעבודים וגם הרב המורה הנז' לא כתב בכתב הנז' כ"א כותל ביתו ולא כתב כותל החצר והיאך כעת חזר ודן על כותל שכנגד החצר שלא הוזכר בכתב הנז':

ואם זיכה להרמ"ז הנז' מטעם שכן הודה הר"א מרגליות ז"ל בפני הרב המורה הנז' נר"ו שהרמ"ז הנז' יש לו חצי הכותל הנז' לא מלבד מ"ש לעיל שאינו כתוב בכתב הנז' כ"א כותל הבית ולא כותל החצר אלא דהכתב הנז' זמנו כ"ג תמוז התרמ"א והר"א מרגליות ז"ל קודם לזמן הנז' כבר מכר החצר השניה להר' בכור הנז' נר"ו כמ"ש בשטר המכר שבידו וא"כ למה מועלת הודאתו לאחר המכר. ועוד קשה מאי האי דקאמר הרב המורה נר"ו דאם איתא דקנה בחזרה לא היה מניח הכתב הנז' תח"י הרמ"ז הנז' והלא בזמן הכתב הנז' כבר מכר הר"א מרגליות ז"ל החצר השניה שיש בה החלון הנז' ובזמן המכר לא היה שום כתב ביד הרמ"ז ובזמן שכתב לא נשאר להר"א הנז' ז"ל שום זכות בהחצר השניה ומה לו לשאול ממנו כתב:

ועדיפא מזו מוכח מדברי הפוסקים ז"ל דאפי' שיהיה ביד הרמ"ז נר"ו שטר מקוים כראוי שצריך הר"א ז"ל לסתום החלון הנז' עכ"ז טענינן ליתמי וללקוחות שחזר ולקח הימנו כיון שהיה החלון הנז' פתוח ברשות המוכר יותר משני חזקה ואח"כ מכר להר' בכור הנז' נר"ו וכן מפורש יוצא בדברי מהריב"ל ז"ל כלל ח' במי שמכר בית ואח"ך דר בה המוכר שני חזקה וטען המוכר שחזר ולקחה ממנו נאמן וכן טענינן ליורשיו עכ"ל עש"ב:

וכן מבואר מדברי הרשב"א ז"ל סי' תת"ף במי שנתן לחתנו חצר וכתוב בשטר המתנה מתהומא דארעא ועד רורק"י ורוצה החתן לזכות גם בהחצר החתונה והנותן היה דר בחצר החתונה הנז' אחר המתנה ג"ש והיה טוען שמ"ש בשטר מתהומא וכו' ט"ס הוא והשיב הרב ע"ז דאע"ג דאית ליה מגו דאי בעי אמר חזרתי ולקחתיה הימנו נאמן וכו' ע"ש ופסקה מרן ז"ל בש"ע סי' ק"ס סעיף ו' בלי שום חולק הרי לך מבואר מדברי הרשב"א ז"ל דאי טען הכי נאמן וכן מוכח ג"כ מתשובתו הרמתה שהביא מרן ז"ל סי' קע"ג ע"ש:

וכן פסק הרא"ש ז"ל בתשובות כלל צ"ח סי' ח' וז"ל ילמדנו רבינו ראובן היו לו בתים רבים בעיר הזאת שהיו מקבלים מהם הפקידין שלו בכל שנה בשבילו ואחר מותו בא הנה בנו של שמעון ואמר שהבתים האלו הנקראים בשם ראובן שהם של שמעון אביו שנתנם לו במתנה ראובן היום יש כ"ה שנים ושיש לו בהם שטר מתנה מקוים וכו' תשובה כיון שהיו הבתים בחזקת ראובן אחר המתנה ג"ש טוענין ליורשים כל דהוה

מצי איהו למטען ואם היה קיים היה טוען אחר שנתתים לך חזרתי ולקחתים ממך והא מילתא טענינן ליורשיו והבא מחמת ירושה אין צריך טענה עכ"ל עש"ב:

נקיטינן מדברי רבותינו הנז' ז"ל דיכולין אנו לטעון אחר שמכרה חזר ולקחה הימנו היכא שהחזיק אחר המכר כנ"ל ואין לחוש במה שנשאר שטר המכר ביד הלוקח שהרי בכל הנדונות הנז' המפורשים מדברי רבותינו הנז' כולם שערי מכר עדיין הם ביד הלוקחים ועכ"ז המוכר שהחזיק וטען שחזר ולקח או אנן טענינן חזקתם חזקה וא"כ בנדו"ד נמי שהחזיק כהר"א ז"ל המוכר הנז' אחר המכר ג"ש טענינן ללוקח שני שחזר הר"א הנז' ולקח החלון הנז' בחזרה וכמש"ל:

תו חזיתיה להרב מהר"א ששון ז"ל בתשובותיו סי' קנ"ה שעמד בזה וז"ל הטענה הב' שטוען האב שחזר הבן ונתנם לו במתנה גמורה ושהוא נאמן שהרי החזיק בה כמה שנים והבן טוען שהרי יש בידו שטר המכר שמכר לו אביו ואם איתא שחזר ונתנם לו למה לא חזר ולקח הימנו שטר המכר וכו' וע"ז השיב הרב הנז' ז"ל גדולה תשובה דבמה שנשאר שטר המכירה ביד הבן לא מעלה ולא מוריד ומייתי ראיה ע"ז ממ"ש בגמרא פרק ח"ה ד' ל' ומה שפירש בה הרמב"ן ז"ל עש"ב:

ואנכי איש צעיר תמיהא לי טובא מדוע לא מייתי מר ראיה מהנהו אשלי רברבי כמש"ל ואין לדחיה ולומר דשאני הנהו עובדי לא הוו טעני הכי בהדיא שטרך בידי מאי בעי ולכך מייתי ראיה מהגמרא הנז' דקא צווח בהדיא והא נקיטנא שטרא דהוי דומיא דנדו"ד דגם בעובדא דהרא"ש ז"ל הנז' מכח שטרא קא אתי בנו של שמעון לתבוע הבתים וכן בעובדא דהרשב"א ז"ל כנז"ל. ועוד קשה במה שהקשה הרב הנז' ז"ל מדברי הרא"ש ז"ל בפסקים. ותירץ דאם המוכר מוחזק פשיטא דלא מהני אותה טענה ע"ש. אמאי לא מייתי ראיה לדבריו מדברי הרא"ש ז"ל בעצמו בכללים כמש"ל דאפילו הלוקח נקיט שטרא כיון שהמוכר מוחזק ג"ש מאי דנקיט שטרא לא מעלה ולא מוריד. ועוד קשה במה שהקשה הרב הנז' ז"ל דברי הרמ"ה ז"ל אהדדי וכמו שהבין בו הרב כנה"ג ז"ל סי' קע"ג אות ח' וז"ל והרמ"ה ז"ל כתב שאין לו חזקה וכו'. אמר המאסף קשה דמתשובות הרשב"א ז"ל מוכח דמחלוקת זה תלוי בההיא דנחלקו רבוואתא בירד ברשות אם יש לו חזקה או לא ותימא שהרי הרמ"ה ז"ל כתב דיש לו חזקה וכמ"ש רבינו הטור בסי' ק"ן בשמו והיאך כתב כאן השואל בשם הרמ"ה שאין לו חזקה ונראה שלזה נתכוון מהר"א ששון ז"ל סי' קנ"ה וכו' עכ"ל. וקשיא לי דאמאי לא קשיא להו לרבנן הנז' גם דברי הרא"ש אהדדי דהא באחין שחלקו ס"ל למר שאם החזיקו אחר החלוקה ג"ש הויא חזקה וכמו שמפורש בדבריו שהבאנו לעיל ואילו בסי' ק"ן כתב רב"ה ז"ל ומדברי א"א הרא"ש ז"ל

יראה כדברי הרמב"ן ז"ל ושם מפורש דברי הרמב"ן ז"ל דהיורד ברשות אין לו חזקה לעולם. וכן קשה ג"כ דברי הרמב"ן ז"ל אהדדי מההיא דסי' ק"ן למ"ש מרן הב"י ז"ל בסי' קע"ג בשמו גבי אחין שחלקו וכפי מה שתלה הרשב"א ז"ל האחין שחלקו בההיא דירד ברשות וכמש"ל. ואי"ל דהרא"ש ז"ל והרמב"ן ז"ל סברי מרנן דהא דאתין שחלקו עדיפא מההיא דירד בתורת משכנתא וכמ"ש הרב תורת חסד ז"ל סי' קפ"ה משם מהרי"ט ז"ל דאפי' הוי סברתם הפוכה ממש מסברת הרמ"ה ז"ל דבירד ברשות שכתב הרמ"ה ז"ל דהויא חזקא הם ז"ל כתבו דלא הויא חזקה ובאחין שכתב דלא הויא חזקה כתבו דהויא חזקה וצ"ע:

באופן מה שפסק הרב הפוסק הנז' נר"ו נפלאה דעת ממני נשגבה לא אוכל לה וצוויי"מ וימ"ן אמן. בסדר את והב בסופה בשנת התרמ"ד בא סימן טוב לא ימנע טוב לדרכים בתמים לפ"ק פה עיה"ק טבת"ו. ע"ה דור וואועקנין ס"ט

וזאת תשובתי עד"ק.

ראה ראיתי את השאלה ואת אשר נגזר עליה מאת מע' הרב אב"ד דק"ק אשכנזים הי"ו דעיה"ק טבת"ו אחד היה אברהם נר"ו מקצר ועולה כאלו היה אחד הגאונים:

והנה אד מינן דיינא הוא ונחית לעומקא דדינא כמוהר"ר דוד וועקנין נ"י הן הראה את ידו החזקה להרוס את היסוד אשר קנה אברהם באומרו ערו ערו נשאול נשאל דוד מעמדי לחוות דעתי הקלושה לענין הלכה למעשה וענותו תרבני והגם כי ידענא בנפשאי שאיני מאנשיה לעמוד במקום שבעלי תשו' עומדים ומה גם כי לא צילה דעתי עלי מכמה הרפתקי בישי דעדו עלן ותחת היותי אך עסו"ק ורצוץ כל הימים מ"מ להפצרת השואל ולאהבת דוד פניתי מכל עסקי ולעשות רצונו חפצתי ולכן אמרתי אשנה פרק זה כפי אשר תשיג ידי ולפי קט שכלי ואנכי הרואה דעדין לא יצא ידי חובתו הרב המשיב על חלומותיו ועל דבריו בכמה דברים אשר לא העלם על דל שפתיו:

וזה החלי בע"ה צורי וגואלי תחלת דברי פיו בדבר החלון הקטן ובהא סליק ובהא נחית פעמים שלש לקרותו קטן ואנכי לא ידעתי לכוין דבריו היאך זה החלון יקרא קטן דהרי הוא מוציא ראשו ורובו ולא נקרא קטן אלא אם אין ראשו של אדם יוצא ממנו וכמ"ש מרן ז"ל סי' קנ"ד סעי' יו"ד ז"ל כיצד דינו של חלון זה שהניח לפותחה אם ראשו של אדם יכול להכנס ממנה או שהיתה למטה מד"א אעפ"י שאין ראשו נכנסת ממנה אין בעל החצר יכול לבנות כנגדה או מצדה אלא א"כ הרחיק ד"א כמו שיתבאר ע"כ. נמצא לפי"ז דלא מקרי קטן כיון שראשו של אדם נכנס ממנה מה שאין כן האמת מ"מ אם היא פתוחה לאורה אפי' שהיא קטנה ביותר והיא גבוה למעלה מד"א אין בעל החצר

יכול לבנות כנגדה וכמ"ש מרן ז"ל באותו סעיף עצמו וז"ל היתה חלון קטנה שאין ראשו של אדם נכנס ממנה והיתה למעלה מד"א בעל החצר יכול לבנות כנגדה (כמ"ש מרן ז"ל באותו סעיף עצמו) שהרי טוען ואומר לא הנחתיך לפתוח אלא מפני שהיא קטנה וגבוה וכו' בד"א כשפתחה לתשמיש או כדי שיכנס בה הרוח אבל אם פתחה לאורה אפי' היתה קטנה וגבוה ביותר הואיל ולא ערער החזיק ואין בעל החצר יכול לבנות כנגדה וכו' שהרי מחל על האורה ע"כ. והחלון דנ"ד הוא עשוי לאורה דלתשמיש ליכא למימר דהנה היא גבוה וקצרה. ואי תימא שהיא עשויה להכנס בה הרוח הרי הזכוכית שהוא קבוע בה עומד לנגדה. ואי נימא דהרב המורה טעה בדמיונו בתשו' הרשב"א ז"ל שהביאה מורם ז"ל שם בהגה וז"ל ובענין איזה חלון עשוי לאורה תלוי בעיני הדיין ולפי ענין החלון ע"כ וחשב בדעתו כי הוא הדיין ולמראה עיניו ישפוט:

הנה מלבד מה שדחה לו ה' הדוחה נ"י והכריע שהחלון הזה עשוי לאורה עוד לאלוה מילין מ"ש מרן באבקת רוכל סי' קכ"א בסוף התשו' וז"ל כתב הרשב"א ולענין מה נקרא חלון עשוי לאורה לענין מעשה וכו' כיון שהרמב"ם סתם דבריו דאע"פ דהמפרשי' פירשו דלא הוי חלון עשוי לאורה אלא בתנאים ידועים כבר כתב הרשב"א בתשו' שנהגו שכל חלון שנכנס בו אור הוי עשוי לאורה אעפ"י שיש לו אור ממקום אחר ועוד שדברי הרמב"ם אינם סתומים אלא מפורשים דכל שאינו עשוי לאור אלא לשמו עשוי לאורה הוא אעפ"י שיש לו אור ממקום אחר וכך הבנתי מלשונו ואח"כ מצאתי לי רב שהסכים לדברי הוא הריב"ש שפי' דברי הרמב"ם כן עכ"ל, הרי לך מפורש יוצא מדברי הרשב"א ז"ל שהביאו מרן ז"ל שם ככל אשר דחה הרב המשיב הי"ו דאפילו שיש לו אור ממקום אחר נקרא עשוי לאורה. וכ"ז הוא דוקא לפי סברת המורה אברהם בראש הי"ו דהחלון הוא קטן. אכן לפי האמת החלון הזה נעשה גדול והגם דנימא שאינו עשוי לאורה אלא להכנס בו הרוח דינא יתיב בסי' הנז' דאין בעל החצר יכול לבנות כנגדה וכ"ש שיש לו צורת הפתח וכמ"ש שם בסעי' י"א, וכתב מרן ב"י ז"ל שם וז"ל דכתב הנמק"י דכן הסכימו האחרונים דכי אמרינן דיש להם חזקה דוקא כשיש להם צוה"פ או מלבן ואם אין להם אפי' לאורה אין להם חזקה וכתב הוא ז"ל ואפשר שהרמב"ם ז"ל והרי"ף ז"ל והרא"ש ז"ל לא כתבו כן משום דסתם חלון הוא במלבן או צוה"פ ע"כ, וכתב ה' לחם שלמה בקונטריס חזקת הבתים ס"ה ס"א לפרש דבריו והוא זה דכיון שכתבו חלון שם רמז דהיינו דוקא שיש להם צוה"פ או מלבן דאל"כ לא מקרי חלון ע"כ, ומה גם לסברת הרב פ"מ ז"ל סי' קכ"ד שכתב שאם שם בחלונות טבלא של זכוכית הנקראים וידריאיר"ש שאין המנהג לשום צוה"פ או מלבן יש להם דין חלונות וכ"ש בנ"ד דהיה בו צוה"פ גמור וגם הזכוכית

ודאי הגמור דדין חלונות יש לו ואם בא לבנות צריך להרחיק ד"א ולא לעשות שום דבר בחצירו המזיק לחלון. וכ"ש וק"ו לסברת הרב המבי"ט ז"ל ח"א סי' צ"ו על חור שבכותל שבין שני בתים שכתב דיש חזקה לחור זה וגם היש חולקים שהביא בהג"ה שם סעי' י"א וז"ל דהכל לפי ענין בני המדינה דאנן סהדי דכל בני המדינה נהגו כשיש לו לחלון פצימין הגם דהיה סתום זמן רב דיכול לחזור ולפותחו וכמ"ש מרן ז"ל בשולחנו הטהור סי' קנ"ד סעי' ל':

גם במ"ש הר' המורה שהחלון הקטן הלזה סתום הוא במחיצה של זכוכית וכו' הנה הר' המשיב על דבריו אחר שכתב לא ידעתי כונתו רצה ללמד עליו זכות באומרו דבא לרמוז לתשו' מרן ז"ל באבק"ר סי' קכ"א ודחה אותה ממ"ש בס' פ"ת שיצא לחלק בין זכוכית של זמן מרן לזכוכית דזמנינו וסו"ד הצריך עיון אם יוכל לחלק בין זכוכית דזמן מרן ז"ל לזכוכית שלנו עכ"ד. ואני תמה מאי מספקא ליה להר' פ"ת ז"ל בזה והלא דברי מרן ז"ל ברור מללו בתשו' הרמת"ה דהיינו טעמא דלא מצי לעכב עליו משום היזק ראיה מפני שחוצצת בפני העין היא ומינה להזכוכית שלנו שאינה חוצצת דמצי מעכב ולא זו בלבד אלא דמפורש יוצא בלשון שאלה דמרן ז"ל שכ' ומניח לפניה שמשית של זכוכית הנקרא קמרי"א. הרי דנדון דידיה הוא כמין קמרי"א דידוע הוא בא בע"כ ועכור נמי ולהכי לא מצי לעכב לא כן בשאר מינין וא"כ אין הדבר תלוי אלא במין קמדי'א לשאר מינין ולא בין זמנם לזמנינו כאשר חלק הוא ז"ל:

זאת ועוד אחרת ק"ל על הר' פ"ת ז"ל שיצא לחלק בין זכוכית של זמן מרן ז"ל לזכוכית של זמנינו והלא זכוכית של זמנינו זה דאינה חוצצת מפני העין היא מזמן חכמי התלמוד וכמ"ש במס' ברכות דכ"ה ע"ב אמר רבא צואה בעששית מותר לקרות ק"ש כנגדה ערוה בעששית אסור לקרות ק"ש כנגדה. צואה בעששית מותר לקרות ק"ש כנגדה דצואה בכיסוי תליא מילתא והא מכסייא ערוה בעששית אסור לקרות ק"ש כנגדה ולא יראה בך ערות דבר אמר רחמנא והא קא מחזיא וכ' רש"י שם וז"ל ד"ה בעששית כלומר מחיצת זכוכית מפסיק בנתיים והיא נראית ע"כ. הרי לך בהדיא דהזכוכית שלנו היא היתה בזמן חכמי התלמוד ומרן ז"ל פסקו בשולחנו הטהור בסי' ע"ה וע"ו א"כ עדיין עולם כמנהגו נוהג ולא נשתנה הזמן ושאני ההיא דתשו' מרן אבק"ר ז"ל בסי' קכ"א שהיא קמרי"א וכאמור. וכן פשיטא ליה להר' ב"ד ז"ל בחלק ח"מ בה' נזקי שכנים סי' קנ"ה. סי' צ"ג מהס' דצ"ו ע"ג שכ' בתוך התשו' וז"ל אבל מוהריק"א ומוהרש"ך מודו בזכוכית עב שאין נראה מתוכו וכו' עי"ש הרי כלאחר יד כריך ותני בדעת מרן ז"ל דלא מצי לעכב משום שהוא זכוכית עב וטעמא שאין נראה מתוכו וכדכתיבנא:

גם מה שדחה הרב המשיב הי"ו וז"ל ועוד דלגבי היזק ראיה אירי ולא לבנות תוך ד"א ע"כ מפורש יוצא הדבר בתשו' מרן אבק"ר הנז' וז"ל שם בשאלה ועוד טען שמעון שהיום או מחר ירצה לבנות בגינתו וראובן יעכב מפני שמאפיל על חלונו ואף אם יכתוב שטר אולי יאבד והשיב נראה דטענת היזק ראיה אינה טענה וכו' אבל מה שטען לעכב עליו מפני שכשיבוא לבנות יעכב עליו ראובן טענה היא והדין עמו וכו' יעו"ש ועוד דחה דבריו בטוב טעם ודעת יעו"ש:

באופן כי לא מצא לו עוזר וסומך לד' הפוס' הי"ו מדברי מרן אבק"ר ז"ל הנז' וחלילה לחשוד להר' המורה הי"ו הנז' כי בא לרמוז לתשו' אבק"ר ז"ל כאשר כתב הר' המשיב הי"ו הנז' כי בהא ודאי ליכא למטעי ח"ו אך אפשר שכיוין להך סברא שהביאה הר' המבי"ט ז"ל ח"א סי' צ"ו ע"ד החור שבכותל וכו' והיה כמה זמן סתום בשקי צמר שהניחו לפני החור ולפעמים היה סתום במטלניות והודה שמעון בזה וכו' וכתבו ע"ז מקצת חכמי האשכנזים הי"ו שבמדינה וחייבוהו לסתום מכמה טעמי וכו' וכתב שם הר' הנז' ז"ל עוד כתבו ובר מן דין ואחר שהודה שתמיד היה סתום בסתימת שקי צמר ושא"ד א"כ למה היה צריך מחאה כ"ז שלא היה שם היזק ע"כ. הנה לקצת מחכמי האשכנזים הנז' רצו לדון איתו כסתום וחייבוהו לסתום מאחר שהיה כמה שנים סתום בשקי צמר ובמטלניות א"כ גם הר' המורה נאחז בסבך בסברא זו וכתב ז"ל וחלון הקטן הנז' אין לו חזקת חלון כלל ע"פ ד"ת ויכול לעשות עשן וכו' וכ"ש וכו' כי החלון הנז' צריך להיות סתום:

הנה הרואה יראה להר' המבי"ט הנז' כמה מחי להו נמצא לסברתם הנז' וכתב ז"ל וסירכא דהודה הודה נקטינהו בכולהו טעמי סמכי אהודאה דידיה והודאה לאו כלום היא דאע"ג דאמר ר"נ ולסתום לאלתר הוי חזקה לפי שאין אדם עשוי שסותמים אורו בפניו ושותק היינו סתימא מעליא כדמשמע לישנא דסותמים אורו בפניו וכו' אבל כהאי סתימא לא חשיבא כלל ויותר מזה כתב הרשב"א ז"ל עלה דסתימה בנסרים בעלמא לא הויא סתימה וכ"ש במטלניות וכל שב"ד צוו לסותמו יש לו לסותמו סתימה גמורה בריכסא וטינא כמו שהביא בנמק"י פ' חזקת וכתבו עוד דיש טעמים אחרים ואין צריך להאריך:

ואני אומר שיש צורך להאריך בטעמים אחרים כיון דטעמים אלו אין להם עיקר וכו' ע"ש. ולדידי חזי לי דגם מקצת חכמי האשכנזים הנז' שרצו לדון שם לחייבו לסתום היינו דוקא בסתימת שקי צמר ומטלניות דלא היה שם הז"ר כלל א"כ לא היה צריך מחאה כמ"ש המבי"ט שם טעם לדבריהם:

ברם לנ"ד דלא היה לו להחלון הזה שעת הכושר דזכוכית אינה חוצצת בפני העין יחד כולם אזלו ומודו דהחלון הנז' יש לו חזקת חלון ואינו יכול לעשות עשן ולבנות תוך ד"א.

ומידי עברי בדברי הר' ב"ד ז"ל ראה ראיתי שם סמוך ונראה שהקשה עצמו לדעת מרן ז"ל שפסק דיכול לעכב עליו מפני שמאפילו וז"ל קשה כיון דאינו יכול למחות על בעל החלון אין לו חזקה לבעל החלון וא"כ אין יכול לטעון קמאפילת עלי ושמא וכו':

ובאמת אחר המחי"ר לא ידענא מאי קשיתיה למר מאחר כי הך סברא דמי שאין לו חזקה על חבירו אין שכנגדו יכול למחות בו בטענת קמאפילת עלי היא ס' הרא"ש ז"ל וכבר מרן בשולחנו הטהור סי' קנ"ד סט"ז האריך הרחיב בדעת הרא"ש הנז' ואח"כ כתב אבל הרשב"א ז"ל כתב שראובן הבא לפתוח על חצר שמעון במקום שאינו מזיקו עכשיו בהיזק ראיה ושמעון טוען שהוא יבנה בשלו היום או למחר ויזיקנו בראיה שהדין עם שמעון לעכב ע"י דלא בעי למיקם בהדיה בדינא ודייניי כשיבוא לבנות ואפי' אם רצה לכתוב לו הודאה אין שומעין לו דנמצא זה צריך לשמור שוברו מן העכברים וכדעת הראב"ד והריב"ש ז"ל וכתב שכן דעת הרבה אחרונים והר"י והרמב"ן ז"ל והכי נקטינן ע"כ. וא"כ איפה אחרי כי מרן ז"ל פסק דלא כהרא"ש מאי קשיא ליה להרב ב"ד ז"ל עילויה דיכול לטעון קא מאפילת עלי ואפי' יתן לו שטר הודאה וכדעת הרשב"א דפסק לן כוותיה ודבריו בתשו' מוכיחין כן דנקט טעמא דהרשב"א ז"ל וז"ל אמנם יכול לעכב בטענה שכשיבוא לבנות שמעון יעכב בעל החלון וכו' ואפי' ראו' יעשה לו שער הודאה וכו' אין שמעון צריך לשמור שוברו מן העכברים ע"כ. הרי פה קדוש מדבר מתוך האש כדברי הרשב"א ז"ל ממש וטעמא משום דסתם כוותיה בשה"ט. ומעתה סרה מהר תמיהת הר' ב"ד ז"ל. גם מ"ש הרב"ד ז"ל כ"ז היה נר' לכאורה דמרן לא אזיל בתר קי"ל ופסק כהרא"ש וסיעתיה דרבים נינהו וחיליה ממאי דמייתי הרב ראיה מהרמב"ם ז"ל דאפי' מחיצת קנים הויא מחיצה וכו' עי"ש לפי האמור דמרן ז"ל פסק כהרשב"א ז"ל ודעימיה דרבים נינהו אי אפשר לומר דבר זה. ואשית לנגד עיני בדברי הר' ב"ד ז"ל הנז' שם באותה תשו' עמד מרעיד עמ"ש הר' הכנה"ג סי' קנ"ד אות ס"ד וז"ל חלון על גג של רעפים והם סתומים ברשת של ברזל וטבלא של זכוכית והם גבוהים יותר מד"א מתחתית הבית נשאל הרשד"ם ז"ל חח"מ סי' ת"י ולא זכינו לתשו' והעיד מהר"א ששון ז"ל סי' קצ"ב שבחלונות כלו דעת הרשד"ם ז"ל שאם יכולים לראות מאותם חלונות שבחצר יש להם דין חזקה ואם אין יכולים לראות אין להם דין חזקה והעיד שכן עשה מעשה ויראה כונת הרשד"ם ז"ל דאם הזכוכית עב ועכור שאינו יכול להביט אינה חזקה ואם הזכוכית דק וצלול שיכול להביט יש לו חזקה ועולה מדין הרשד"ם ז"ל וכו' אבל מהרש"ך בח"ב סי' קל"ב נשאל על מי שבא לפתוח חלונות כאלו על חצר חבירו וחבירו מונעו מלפותחם והשיב שהדין עם חבירו ואינו יכול מטעם דאע"ג דאינו מזיקו עכשיו שמא

לאח"ז ישבר הזכוכית ויזיקנו בראיה ושם כתב שיש מי שדן שיכול לפותחם ואפשר שהדיין הנז' הוא הרשד"ם ז"ל עכ"ל הכנה"ג ז"ל. ושדייא ביה נרגא הר' ז"ל וז"ל דברי כ"ה ז"ל שגבו ממני דהיכן מצא דכונת מהרשד"ם ז"ל שאם הזכוכית עב שאינו נראה אינה חזקה וכו' הלא אין מזה שמץ רמז בדברי הר' מהר"א ששון ז"ל בשם מהרשד"ם ז"ל שמהר"א ששון ז"ל הביאה לנדון דידיה למנהג שאלוניקי יע"א שאין חזקה לחלון שעל גג רעפים וחילק דהיכא דנר' ממנו החצר מאותו חלון יש לו חזקה דהי"ל למחות ולא מיחה אמר כופין אותו על מדת סדום כהך דחלון על גג רעפים דהכא שאני דיש לו היזק ראיה במה שנראה מהחצר וע"ז העיד שנעשה מעשה בו שהיה חלון של זכוכית והיה פתוח על גג של רעפים ועלה מהרשד"ם ז"ל לראות והעיד כי לא ראה וכו' וא"כ נראה דעלית מהרשד"ם ז"ל היתה לראות אם נראה מה מהחצר או לא ולעולם דזכוכית של החלונות היו זכות וצלולות ומהיכא מצי מפיק לה בדעת הרשד"ם ז"ל דעלה לראות את הזכוכית אם זכה או עבה ועכורה עכ"ת דב"ק ויען כי אנא מזרעא דרב הכנה"ג מנוקבייא חובה עלי להפך בזכותייהו ואצוק רוחי על זרעו ככל הבא מידי ולכן בהא נמי נובין ונדון בדברי הכנה"ג ז"ל והן קדם נדעה נרדפה מ"ש הכנה"ג בתחי' דבריו מעשה הרשד"ם ז"ל כך היה בחלון פתוח על גג של רעפים והם סתומים ברשת וכו' וזוהי שקשה דהרואה יראה כי אין זכר למו לגג של רעפים בדברי מהרשד"ם דסי' ת"י ואדרבא כל דמוכח בתר איפכא מהתם דהא הכי קתני התם דחלון היה פתוח על גג ברשת ברזל וזכוכית ושמעון רצה לבנות על גגו וגג של רעפים לאו לבנין קיימא. וא"כ אתמהא איך כתב הכ"ה גג של רעפים ומוכרחים אנו לומר כי הואי כשגגה היוצאה אשר נח משענת הקנה וט"ס היא. וא"כ מעתה נדון שאלת מהרשד"ם ז"ל בסי' ת"י הוא פתיחת חלון לגג שאינו של רעפים בודאי ושם לא זכינו לתשובתו. וכבר הביא לנו הר' ב"ד ז"ל גופיה שה בתשו' וז"ל ואעפ"י שלא זכינו לתשלום תשובתו מכותל מחציתה הראשון ניכר ומובן שרוצה לפסוק שאין להחלונות ההם חזקה מפני שהרב ז"ל אוסף ומקבץ ואזיל כמה מחלוקיות דסותרים חזקת חלונות וכו' ע"כ. צא ולמד מדברי הרב ז"ל דעדותו של הר' מהר"א ששון ז"ל היא תשלים תשובת מהרשד"ם ז"ל בספרו דמהדר לאסוקי שמעתתא לבטל חזקת החלונות וטעמא הוא משום שיש לו טבלא של זכוכית עבה ועכורה כאשר הבין בדעתו עמקי תהומות הרב הכנה"ג ז"ל דאל"כ מאי טעמא אי משום שהיה פתוח לגג של רעפים כאשר הבין הר' ב"ד ז"ל הרי הדבר מוכרח מאליו דנדון מהרשד"ם ז"ל לאו פתוח לגג של רעפים הוה וכמש"ל אלא ודאי עמד טעמו בו משום שהיה הזכוכית עבה ועכורה ויפה דן בסוף דעתו הר' הכנה"ג ז"ל ומה שנסתייע מאותו מעשה הר' מהר"א ששון ז"ל לנד"ד

הוא דוקא לדמויי מילתא למילתא דמה מצינו באותו נדון דהרשד"ם ז"ל איך סתר חזקת החלונות ההם משום דלא נראה הגג מההיא זכוכית דהיה עב ועכור ולהכי אף דהחזיק מזה ימים מקדם לא הועיל כלום דמצי למימר ליה האי דלא מחיתי כי אני בעצמי ראיתי שאינך רואה בעיניך תשמישי על הגג והכא נמי בנדון הר' מהר"א ששון ז"ל אף כי פתח חלונות לא הויא חזקה משום כי אינו נראה כלל כאשר העיד הר' מהרשד"ם ז"ל ולכן לא מיחה כי זה נהנה וזה אינו חסר:

ונראה להוכיח נמי דנדון מהרשד"ם ז"ל היה על הזכוכית ולא משום שהיה על גג של רעפים. מעדותו של הר' מהר"א ששון ז"ל שכתב וז"ל בביתי ובחומותי היה הלכה למעשה זה זמן רב שהיו חלונות של זכוכית בגובה הכותל של בית שכני יצ"ו וחלונות הנז' היו על גג של רעפים של ביתי ואני הייתי רוצה לבנות כנגדם וראיתי להרה"ג מהרשד"ם ז"ל שעלה על סולם גבוה ונסתכל והביט אם היה יכול לראות קצת מחצירי ואזי העיד שלא ראה כלל וכו' באופן שמנהג זה נתפשט הרבה והוא ברור ומבורר ע"כ:

נראה דעיקר המבוכה היה משום שהיה של זכוכית ולא משום שהיה פתוח על גג של רעפים דבה פתח ברישא ואנכי אקדמה. ומ"ש והחלונות הנז' היו על גג של רעפים של ביתי בא להביא ראיה מדברי הרב מהרשד"ם ז"ל אפי' שהיו על גג של רעפים של ביתי הוכרח לעלות בסולם ולראות אם יוכל להביט קצת מהחצר. ואם איתא לדברי הר' הפוסק שהביאו הר' מהר"א ששון ז"ל שם שיצא לחלק בין גג של רעפים שתחת הגג הוא חצר שם הוא דאין לו חזקה. ברם אם הוא תחת הגג בית אזי יש לו חזקה והרב עצמו דחאו עי"ש. ורצה להסתייע מדברי מהרשד"ם ז"ל מדהוכרח לעלות ואמאי לא פסק דיש לו חזקה אם לא שתאמר דהר' הנז' אית ליה דאין לחלק בין חצר לבית והרב הפוסק הנז' הוא הרב מוהרש"ך ז"ל ח"א סי' צ"ה. גם יש לנו להוכיח מעדותו של הר' מהר"א ששון ז"ל שכתב על הר' מהרשד"ם ז"ל ואזי העיד שלא ראה כלל תיבת כלל אך למותר היא. ולדברי הרב הכנה"ג ניחא דקאי לעיקר הדין של זכוכית שהיא עבה ואינו נראה ממנה כלל. ומה שהיטב חרה לו להר' ב"ד ז"ל איך יראה הכנה"ג ז"ל דאותו הדין שזכר מיהרש"ך ז"ל הוא הרשד"ם ז"ל וז"ל וחלילה למהרש"ך יאמר על מהרשד"ם יש דיינים דרוצים לסייע למי שלבם חפץ וכו' יש לי לדון על הר' גופיה שכתב שם ד"צ ע"ג וז"ל וא"כ הוו דברי מרן נגד מיהרש"ך ומהרש"ג ז"ל עי"ש:

א"כ יצא לנו מזה דההדיין שרצה לפסוק שיכול לפותחם הלא הוא מרן ז"ל ואיך יאמר עליו המהרש"ך יש דיינים שרוצים לסייע למי שלבם חפץ וכו' ומה שתירץ הוא על מרן ז"ל לפי סברתו יתרץ הר' הכנה"ג על הרב מהרשד"ם ז"ל. עוד במה שכתב הרב המורה

כי יש בידו ראיה שחצי עובי הכותל שלו א"כ לפי ד"ת יכול לבנות על חצי עובי הכותל שלו ולסתום החלון הנז':

הנה הר' המשיב כבר השיב על דבריו תשו' ניצחת יע"ש. גם אנכי לא אוכל לדעת איך ובמה יתחייב לסתום לו החלון אפי' שחצי הכותל שלו ואם חצי הכותל שלו הוא במקום שאין חלון אבל לא במקום דאי' חלון שאינו יכול לסותמו וכי מי עדיפא ממי שפתח חלון לחצר חבירו שאינו יכול לאפיל עליו ולא להזיקו בראיה אפילו שחצי הכותל שלו גם במ"ש הרב המורה וז"ל כי ידוע שהר"א הנז' לא קנה זכות החלון בחזרה ע"כ והלא לפי דברי השאלה כבר זכה בחלון זה למעלה מג"ש ואין לך חזקה גדולה מזו ומה לו לקנות ולא מפיו אנו חיים והוא העד והוא הדיין ואם במ"ש ואם קנה לא היה מניח הכתב וכו' אנכי לא ידעתי מי תלה זה בזה דגן לחוד ועדן לחוד ועי' להרב ב"ד ח"ב סי' מ"ז שכ' כיון דנשתמש שני חזקה אף דהיה לשכנגדו גזירה מב"ד והיה לו רשות למחות בו החזיק ול"א דמדלא לקח הגזירה כשקבלו ממנו שקורי קא משקר ע"ש:

עוד כתב שם דהבא מחמת ירושה א"ק שיאמר מורישי אמ"ל שקנאו אלא אנן טענינן ליה אף אנן נימא הכי בנ"ד דהוא לוקח דחד דינא אית להו דאנן טענינן ליורש וללוקח ואי משום דלא לקח הכתב כמ"ש הרב המורה הנה הרב ב"ד הנז"ל מכחישו:

עוד במ"ש הר' המורה זה המוכר וכו' והמוכר בעין יפה הוא מוכר כבר הר' המשיב השיבו תשובה נכונה ובנ"ד איכא למימר איפכא דהמוכר שהוא הר"א שמכר להר"ב בוחבוט הי"ו בעין יפה מכר כל זכות שהיה לו גם זכות החלון שזכה בו בחזקת ג"ש:

עוד כתב הר' המורה וז"ל באופן שאין ספק בנ"ד וכו' תמיה אני תימה טובא איך הוא סומך על דעתו ופסיק לה בסכינא חריפא ולא יהיה אלא ספק הלכה היאך יכול לסתום ולעלות עשן וע' להר' לח"ש קונטריס חזק"ה ס"ה ס"א מ"ש ולענין הלכה וכו'. גם במ"ש הר' המורה באופן שאין ספק בנ"ד החלון הקטן הנז' אין לו חזקת חלון כלל ועיקר עפ"י ד"ת ויכול לעלות עשן בחצירו תחת החלון הנז'. לא יכולתי להתאפק בהבנת דבריו במאי דקאמר דאין לו חזקת חלון כלל א"כ מ"ש יכיל לעשות עשן הוא עשן קבוע ותדירי דאל"כ כבר פסק מורם שם סו' קנ"ז ס' ל"ז וז"ל וי"א דבעשן שאינו תדיר אפילו לכתחילה לא יכול למחות וכן נ"ל להורות ע"כ. וליכא למימר דלזה כיוין הרב המורה להתיר לעשות תחת החלון עשן הוא שאינו תדיר וכדעת מורם ז"ל. דא"כ לפי"ד אפילו בחלון גמיר שיש לו חזקה יכול לעשן ואפי' לכתחילה וכ"ש בזה לפי"ד אלא ודאי דבא לומר דאפילו עשן קבוע יען דצריך לסותמו וכמ"ש בסו"ד כי החלון הנז' צריך שיהיה סתום וזה הוא דלא

כמרן ז"ל בסי' קנ"ד שנסתייע מינה דמרן ס"ל שאינו יכול לומר לו סתום חלונך ועשן קבוע הו"ל כסתום:

ובפרט דבנ"ד לא פרץ את פצימי החלון הזה הרי דגילה דעתו שלא מכר בעין יפה וע' לה' ד"מ ח"ב סי' ל"א דל"ו ע"א ועיין להלח"ש ס"ו ס' י"ב יעו"ש באורך. והיה את רצוני להתעלס בדברי הר' המשיב לפלפולא בעלמא ואולם להיותי עמוס התלאות מעול הציבור והיחיד אשר השתרגו עלו על צואר הכשיל כחי ולא אוכל עוד להתהלך ברחבה ובפרט בפילפולא חריפא לכן קצרתי באומרי"ם הלכה וה"ן מורין פי המדבר. הוא **אהרן אלחדיף** ס"ט

סימן ט

שאלה הרב כמוהרי"ט הי"ו יש לו חצר שבה כיפות פתוח פתחיהם לחצר סמוכה לה. ובאחת הכיפות יש גם חלון קטן פתוח אל החצר הנז'. ובחצר ההיא הסמוכה להכיפות יש בחלק ממנה שני בתים גדולה וקטנה של הר' ואיידי אשכנזי. והבית הקטנה הנז' בנויה היא תוך אמצעה של חצר. מכוונת כנגד החלון של הכיפה הנז' השייכה לכמהרי"ט יצ"ו בתוך ד"א שלפני החלון. ויהי היום רצה הר"ז הנז' לסתור את הבית הלזו הקטנה הסמוך לה גם לול של תרנגולים. ולחדש בנינה לעשות במקומה בית גדול ארוך ורחב יותר. ועי"ז יאפיל את פתח הכיפה של כמהרי"ט יצ"ו וגם רוצה לסמוך ממש כותל הבית שיבנה סמוך אל פתח הכיפה הנז' והחלון שבה. וטענתו היא כי החצר התחתונה שבה הב' בתים אלה. היא כולה שלו ואין לכמהרי"ט בה רק דריסת הרגל ליכנס משם אל פתח הכיפה. והר' כמהרי"ט טו"מ כי החצר משותפת חלק כחלק לשניהם ואין להר"ז בה לעצמו ולחלקו לבדו רק הב' בתים שבה. אבל כל אמצעה של החצר הפנוי משותפת היא. ולא עוד אלא שטוען שהארבע אמות שלפני פתח הכיפה ברוחב. לאורך כל החצר הם שלו לבדו ואין להר"ז בהם אף שותפות כלל. ומה שבנוי מכותל הבית של הר"ז תוך ד"א של חלון הכיפה. הוא מפני שהיו מתחי' ב' החצרות לאחד ואז נבנו כרצון בעליהם כי עשה בשלו. משא"כ עתה שנתחלקו החצירות לב' בעלים. זכה הקונה את הכיפות אחי' בד"א שלפניהם בחצר הסמוכה. ומכחו זכה כמהרי"ט הנז'. ועל פי שטרי המכר והמקנה שביד שני הצדדים רבו הטענות ביניהם. ונמשך הדבר גם בין מורי ההוראה פעהקת"ו. כי רבני ודייני הצדק דק"ק ספרדים הי"ו זיכו לכמהרי"ט בטענותיו. ושכנגדם הדומ"ץ לק"ק האשכנזי' נ"י זיכה להר"ז לבנות כרצונו ולסמוך בנינו אל פתח החלון והכיפה של כמהרי"ט יצ"ו וכתב פס"ד בזה לאמת דבריו, על זה השיב החכם הפו' ע"ד הרב הדומ"ץ הנה הנם לפניך זה אומר בכה וזה אומר בכה ולבעבור זאת קבלו אותי ב'

הצדדים להכריע ביניהם כפי מה שיראו לי מה"ש אם לשבט ואם לחסד ולכן ערכתי את דברי ב' ואו' לפניכם את אשר נ"ל להכריע.

פס"ד מהרב הדומ"ץ דק"ק אשכנזים נ"י

באתי להציע לפני כת"ר את אשר נ"ל להלכה בנדון הדו"ד שבין החכם הרב כמהרי"ט נ"י ובין הר' זאיידי נ"י ראיתי להר' הפוסק הי"ו שכתב דהחצר ההיא הוי חצר השותפין וע"כ אין רשות ביד הר"ז הנז' לבנות אפי' רחוק מהפתח יותר מד"א ובקוראי הדבר הזה נבהלתי וכשתוממתי כי איך יעלה ע"ד שום בר אוריין אשר יודע רק צורתא דשמעתתא שחצר שיש לאדם בכולה חזקה שיש עמה טענה וגם שטר תוסב מחציתה לאדם אחר שאין לו עליה טענה כי הלא הר"ז הוא מוחזק בהחצר הרבה יותר משיעור שני חזקה וגם טוען שקנאו מהסיניור ז"ל ויש בידו השטר מקנה שנתן המוכר להסיניור ז"ל וגם יש להר"ז חוג"א מהממשלה על החצר והר"י הנז' אין לו על החצר לא טענה ולא חזקה כי אין טוען שקנה את החצי חצר וגם אפי' היה טוען כן צריך חזקת ג"ש וחזקה הוא שיעידו עדים שהיה משתמש בחצר והרי אין לו עדים ע"ז ואף אם היו עדים שנשתמש בחצר כיון שהחצר הוא ידוע ומוחזק להר"ז והוא דר עמו ביחד ובזה שדי ביה בנתיבות המשפט נרגא בסי' ק"מ בביאורים ס"ק י"ט ובחידושים ס"ק כ"ב ע"ש. ואין להר"י רק שטר על הכיפות ופשוט דע"י קנין הכיפות אין קונה חלק בחצר דקי"ל המוכר בית בסתם לא מכר חצר כדאי' בתוספתא פ"ג דב"ב סוף ה"א וכ"כ בפשיטות במס' ב"ב דס"ג סוף ע"א בשם ר"ת ובפרט שהממשלה עצמה אשר מכירות הכיפות ההם שנשתלשלו זה מזה עד שבאה ליד הר"י נתנה חוג'א להר"ז על כל החצר והפקודה שבאה אח"כ מהממשלה היא רק על הכיפות ובמה איפה יצא חלק חצר מתחת יד הר"ז לרשות הר"י ובפרט שהחוג"א שיש להר"י מהשופט מבואר שיש להר"ז רשות ללכת דרך פתח החצר להמדרגות זה מורה לנו בבירור שאין להר"י בחצר רק דריסת הרגל וגם מבואר שם שיש להר"י חלק בבית הכסא וגם מזה יש ראיה שאינו שותף בחצר דאל"כ לא הוצרך לפרש דבר זה. על כן לא ידעתי מה הי"ל להרב הפוס' לומר שאין רשות לר"ז לבנות כלל לחצר. אך מאשר ידעתי את הרב הפוס' הי"ו דלאו קטיל קני הוא וידיו רב לו בש"ס ובפוס' ובפרט שגם בי דינא רבה דהספרדים הי"ו אשר כח להם לברר הלכה למעשה אליבא דהילכתא בלי עיקוש ופתלתול גם הם הסכימו עמו וחלילה לו' שעשו זאת רק אגב ריהטא וחפשתי בחפש מחופש לעמוד על דעתם הרחבה ואחרי העיון מצאתי להם מקום אשר לפי דעתי תמכו עצמם עליו אם דינם זה אחר הס"ר לדעתי הוא טעות כאשר אבאר לקמן מ"מ

דבר זה אפשר עכ"פ להעלות על הדעת רק בשעה שכתבו הסכמתם אישתמיט להו דברי הרשב"א שהביא הב"י סי' קע"א ס"ס ל"ו לענין איצטבאות שבבתי כנסיות:

והוא כי הרשב"א אחר שכתב שרשות ביד ראובן לעשות מחיצה בינו ובין שמעון כשיכניס המחיצה לחלקו וגם הרב רמ"א בסי' קע"א ס"א הביא די"ז כתב הרשב"א וז"ל ואל תתמה ותטעה במה שאמרו בריש ב"ב בונין את הכותל באמצע פשיטא וכו' מהו דתימא מצי אמר ליה וכו' למעוטי בתשמישתא לא איתרצאי קמ"ל דאלמא משמע דאפי' מכניס בתוך שלו נמי בעי ריצוי כל שבא למעט אפי' באויר וסיים הרשב"א דלא היא דהתם טעמא משום שהחצר כולה משותפת אבל בשעושה מחיצה בחלקו המבורר לו אינו יכול לטעון טענת מיעוט אויר. ודנתי שטעם הבי דינא רבא הוא משום שסוברים שיש להר"י ד"א לפתחו בתוך החצר ואף שהד"א הם מבוררים ומסויימים עכ"ז כיון דאישתמיט להו דברי הרשב"א סברו לדון עפי"ד הגמ' שהביא שם הרשב"א דגם על מיעוט האויר בעי ריצוי:

והנה אחרי שהרשב"א פסק שאין מיעוט האויר טענה היכא שחלק כ"א מבורר הרב רמ"א פסק כוותיה מי יבא אחריהם לדון בהיפך ע"כ בנ"ד אפי' אם יש להר"י ד"א לפתחו מ"מ כשירחיק הר"ז הנז' ד"א אין הר"י יכול למונעו מלבנות:

אולם כד דייקינן שפיר יתברר לנו שאין להר"י כלל ד"א לפתחו מטעם שאבאר בע"ה דודאי פשוט שאז היה ידוע וברור לנו שהממשלה לא באה רק על עסק הכיפות לחודייהו ולא על הד"א של פתח לא היה להר"י שום טענה על הד"א של הפתח אחרי שכל החצר היה ידוע להרב הסיניור ז"ל והסיניור מכר להר"ז ובנד"ד יש להר"ז ראיות מכריחות שלא היתה הפקודה מהממשלה על הד"א כי הר"ז טוען שהיה אז מוחזק בבנין קבוע כנגד הפתח בתוך הד"א וגם היום אנו רואים שיש שם בנין של אבנים נמוך של הר"ז ועל הבנין מונחים מטלטלים שיש להר"ז ואפי' כשהיה הבנין הזה שכנגד הפתח בעת שהוציאו את הר"ז מהכיפות היה להם לפקודי הממשלה להרוס גם את בנין הזה ולהסירו כי הלא באו לעשות ולקיים דבר מלך שלטון והסירו את הפותחות שהיו קבועים אז בדלתות וקבעו פותחות אחרות תחתיהן והיה להם להסיר גם את הבנין הזה ומדהניחוהו ולא הסירוהו זה ראיה ברורה שלא על עסקי הד"א באו ובפרט שבין קונה הכיפות היה גוי ג"כ ובודאי אם היה הפקודה גם על הד"א לא היה הגוי שותק מלהשתדל שיסיר הר"ז את תשמישו מעל הד"א שנמכר לו מהממשלה ואפילו לא יברר הר"ז שבעת שהוציאוהו מהכיפות הי"ל אז בנין הקבוע הנז' מ"מ כיון שעכשיו הר"ז תו"ח מוחזק בהבנין הזה לפני הפתח יותר משני חזקה וגם ידוע שהוא לקח מהסיניור טוענין ללוקח כיון שידוע לנו שהיה

החצר בחזקת המוכרו וא"כ הרי יש לו להר"ז חזקה וטענה על הד"א של הפתח ועומדים הד"א בחזקתו אף אם נסתפק שמא היה הפקודה גם על הד"א אוקי ארעא בחזקת מרא קמא שהוא הר"ז ואם יאמר האומר דזה שייך רק אם היה ידוע לנו שהפקודה שבאה מהממשלה הוא חוק שנתחדש אחרי שכבר קנה הר"ז את החצר והחזיק בו אולם שמא החוק ההוא הוא חוק ישן נושן שבנינים ישנים ועתיקים שייכים להממשלה א"כ אם החוק הזה כולל גם הד"א של פתח לא זכה הר"ז כלל בהד"א וחזקתו היתה בטעות וא"כ לא היה הר"ז מ"ק כלל:

הנה אם נאמר כן יש לו להר"ז יותר זכות בהד"א כיון שהחוק היה מקודם א"כ היה בד"א ת"י הממשלה בעת שקנה הר"ז את החצר א"כ אחרי שנתנה הממשלה חוג"א על החצר וגם הד"א הם בכלל החצר נקנו הד"א מהממשלה להר"ז עפ"י החוג"א שנתנו לו והרי הם שלו:

ויש עוד טעם לזה משום דמלכותא לא משוית נפשה הדרנא כדאמרי' במס' ב"ב ד"ג מלכותא שאני דלא הדרא בה וכיון שכתבה וחתמה ונתנה להר"ז חוג"א על החצר בסתם קנה הר"ז כל החצר וגם הד"א בכלל. ואין להקשות סו"ס הא חזינא דהדרא בה דהא הוציאה את הר"ז מהכיפות. לק"מ דבזה לא משוית נפשה הדרנא דהא בהחוג"א אין מבואר כיפה על כן הד"א בחזקת הר"ז ומי ימחה לו שלא לבנות בשלו ומ"ש הרב הפוסק שמאפיל על הפתח בבנינו והן אמת דבמאפיל א"י לבנות אפי' בשלו אולם בפתח ליכא טענת האפלה כי אם כשאין להבית אורה מצד אחר כי אם מהפתח כמ"ש הריב"ש הביאו הב"י סי' קנ"ד סי"ד מח"ו ובסל"ג מחכ"א ובנדו"ד יש להבית חלון ואף דיש כותל נגד החלון תוך הד"א מ"מ מלשו' הריב"ש משמע דכשאין אור כלל כ"א מהפתח ההוא. ועוד יש מקום לומר שאין להר"י חזקת אורה כלל אפילו אם לא היה שום חלון רק הפתח הזה כשנניח שהממשלה לא באה על עסקי הד"א והד"א שייכים להר"ז הרי דומה ענין זה לאחין שחלקו או למוכר בב"א לשני בני אדם החצר לאחד והבית לשני המבואר סי' קנ"ד סכ"ז וכ"ח דמה שהיה זכותו של הר"ז קודם אין בזה גריעותא לגבי הר"ז וא"כ דינא הוא שאין להם זע"ז חלונות כמבואר שם ובזה יש אומרים שאין מועיל מה שהחזיק הר"י אח"כ שני חזקה רק הרשב"א הכריע שיש לו חזקה מיהו טענה בעי כמבואר שם בהרשב"א שהביא הב"י כיון שלא הוא פתח את החלון ובזה ודאי דבעי' טענה והר"י הנז' אין טוען שום טענה על כן יש רשות להר"ז לבנות גם בתוך הד"א של הפתח להאריך הכותל הצפוני לצד מערב בקו שוה עם הכותל הישן לעשות בבנינו חלונות ופתחים ובלבד שלא יהיו נגד חלון ופתח של הר"י וצריך להרחיק רק משהו מכנגד חלון או

פתח של הר"י ואף דמבואר בש"ע סי' קנ"ד ס"ג דבנתנו לו רשות לפתוח פתח או חלון לחצר אחרת אסור לפתוח אפילו שלא כנגד חלון או פתח מ"מ הכא שאני כיון שבירנו שהחצר כולו הוא של הר"ז א"כ יש להר"ז רשות להשתמש גם במקום הפנוי שבין ביתו ובין בית של הר"י ע"כ שייך בכאן הטעם שהביא הסמ"ע סקי"א בשם הרמב"ן דיאמר אי בעינן לאסתכולי בך לדעת יכול אני ליכנס לחצר ולהסתכל בך:

אולם להגביה כותלו אם אין בכותל של הר"י ד"א מכנגד גג של הר"ז עד החלון של הר"י שלמעלה אין יכול הר"ז להגביה כותל של הבית יותר מכפי שהיה כ"ז נראה לפענ"ד להל' למעשה עפ"י ד"ת הק' וה' יצילנו משגיאות ויאיר עינינו בתורתו דברי המכבדם ומוקירם הק' יחיאל מיכל היילפערין נ"י דומ"ץ דק"ק האשכנזים פעה"ק טבריא ת"ו.

ראיתי לבא עפ"י סדר פס"ד של הרב הדומ"ץ נ"י על ראשון ראשון ועל וכו' ואף כי היה לי מקום עוד להאריך בשאר פרטים עכ"ז לאהבת הקיצור בחרתי לבוא בדרך קצרה בפרטי הטענות שכתב הרב נ"י אשר מהם יצא לידון לזכות את הר' זאיידי נ"י באשר לפענ"ד אינם כדאי לזכותו לעשות מעשה ולהאפיל על פתח הכיפה של הרב כמהרי"ט הי"ו מכמה אנפי. ואף כי אנכי עפר ואפר תולעת יעקב ובמה נחשב מול גדולי ורבני עיה"ק ת"ו יושבי כסאות למשפט יצ"ו אך לשואלי דבר נדרשתי ותורה היא וללמוד אני צריך:

תחילה וראש כתוב למר נ"י שבראותו דברי הדיינים יצ"ו נתפלא מאד דאיך חצר שיש לאדם בה חזקה וטענה וגם שטר. תוסב לאחר שאין לו עליה כל זה כי הלא וכו' עד שדי בה נרגא בנתה"מ סי' ק"מ וכו' ככתוב בד"ק. והנה מ"ש שאין לו עליה כמוהריט"ו לא חזקה ולא עדים כבר הודיעוהו הדיינים יצ"ו שכמה עדים יש לו שנשתמש בכל החצר כשבעה שנים ויותר בכל תשמישים המועילים לענין חזקה ובפרט מלאכת הכביסה שלעולם מכבסים בחצר הוא וכל הדרים אצלו ושופכים מים בעת הצורך במעבורת שבחצר וכמה תשמישים זולתם. וגם טענה מצורפת לחזקה יש לו שהרי הוא טוען שהוא קנה מהגוי חלק בחצר כנודע שהגוי היה משתמש בחצר כל צורכו ובודאי שהי"ל חלק בה דטוענין ללוקח וכמ"ש מהרשד"ם ח"מ סי' ער"ב כה"ג ממש וז"ל ומ"ש שאין לו טענה עם החזקה הרי טוענין אנו ללוקח שבודאי כיון שפתח בית זה פתוח לחצר, ועוברים ושבים דרך שם בודאי שהבעלים הראשונים קנאוה לחצר בשותפות ונסתייע מתשו' הרשב"א ג"כ ע"ש וכ"ש הכא בנד"ד דהלוקח גופיה שהוא כמהריט"ו הי"ו טוען טענת מכר שלקח מהגוי גם החצר. ועם דמהרשד"ם שם איירי באין ידוע שטר הקנייה כיצד היה אם הבית לבדו או עם החצר מ"מ לפי מה שנוכיח להלן דבין מהחוג"י של זאיידי ובין מהחוג"י של כמהרי"ט נ"י אין ראיה כלל להוציא החצר מתח"י כמהרי"ט. א"כ חזר

הדבר להיות בספק למי החצר וא"כ ה"ז דומה נד"ד לדמהרשד"ם דשפיר הוי חזקה שיש עמה טענה. ובפרט למה שנבאר דאדרבא כל החצר היא למהריט"ו דאא"צ לכ"ז. ומ"ש מר עוד דאף אם יש עדים שנשתמש הר"י בחצר ג"ש כיון שהחצר הוא ידוע ומוחזק להר"ז והוא דר עמו ביחד ובזה שדי נרגא בנתה"מ וכו'. הנה לע"ד אין ראיה כלל משם וכמו שנבאר. דהנה הנתה"מ איירי שם ע"ד הקצה"ח שם סק"ג ד"ה ומקומות בהכנ"ס שהביא מתשו' הב"ח סי' ז' שכל שהמחזיק משתמש עם בעל החצר הנודע לנו אין חזקת המחזיק כלום וראייתו מפ' חזקת הבתים ההוא דאמר ליה לחבריה מאי בעית בהאי ביתא א"ל מינך זבינתא א"ל בשכוני גוואי יתיבנא א"ל ר"נ זיל ברור אכילתך ופירשב"ם שאני דר בבית שלפנים מהבית שהחזקת בו ומאחר שיש לי עליך דרך דריסת הרגל אינה חזקה ע"ש שמזה דן הב"ח כנז' והקצה"ח הביא עוד ממוהרח"ש סי' ל"א ומ"א ורשד"ם סי' שנ"ג ומהרימ"ט ח"ב דקיימי כולהו בשי' הב"ח וס"ל דאף הראשונים החולקים על פי' רשב"ם בפירושא דהך סוגיא מודו דאף דדריסת הרגל שיש לו על המחזיק לא מבטלת חזקתו מ"מ כשמשתמש עמו תשמיש גמור לכ"ע לא מהני חזקתו והוסיף עוד הקצה"ח בשם מהרח"ש שכתב משם רשד"ם שם דאפי' להחזיקו בשותף ל"מ כשבעל החצר משתמש עמו ושוב האריך לסתור דבריהם והעלה דלהחזיקו כשותף מהני וע"ז תמה הנתה"מ דאיך מלאו לבו לחלוק ע"ד הראשונים הנז' וסו"ד העלה כדבריהם ונרגש אח"כ מתשו' הרשב"א שהביא הב"י סו"ס קנ"ג שכתב דמי שהיה לו דריסת הרגל על דרך חצר חבירו ה"ז חזקה שיוכל למונעו מלסתום דרך ביאתו דמשמע דאף דבעל החצר משתמש בחצר ולעולם הוא עובר ושב שם מהני ליה חזקתו ותי' דאולי לא ס"ל להרשב"א כרשב"ם או דאיירי בעושה גשר וכו' ע"ש דעפי"ז דן את הדין הרב הנז' ג"כ בביאורים שם שהזכיר מר דראובן ושמ' הדרים בבית שהיא ידועה לאחד מהם אין יכול השני לטעון שלו מכח חזקה מאחר שגם בעל הבית הנודע מקודם היה משתמש עמו שם. וקודם שאבא לבאר דגם ה' נתה"מ יודה בנד"ד מטעמים ברורים שאכתבם לקמן ראיתי להעיר ע"ד הנתה"מ דאישתמטיתיה תשו' מהרשד"ם סי' ער"ב דמינה נובין ונדון בנ"ד לזכות כמהריט"ו דהנה המהרשד"ם שם אחר שדן בנדונו כדברי תשו' הרשב"א הנז' נרגש מדברי רשב"ם וכתב בסתם דאין הנדון דומה לראיה וכו' ע"ש וכונתו היא כמ"ש בס' פרי הארץ ח"ב דק"ע סע"ד דלא כ' הרשב"ם דל"מ חזקת המחזיק כשבעל החצר משתמש עמו כי אם כההיא עובדא דשכוני גוואי שעל מקום המחזיק עצמו עובר עליו בעל החצר ויד שניהם שוה בו אבל אם המחזיק משתמש במקום מסויים מהחצר ואין בעל החצר משתמש עמו שם כההיא דתשו' הרשב"א דבעה"ב יש לו דרך כניסה ויציאה לבא אל ביתו הפתוח

לחצר ואילו בעל החצר אין נכנס לשם רק לשאר החצר הוי חזקה. וכ"כ הכנה"ג סי' קנ"ז אות י"ד בדעת הרשד"ם. (ומה שפי' מהרח"ש סי' כ"ב בכונתו הנה מלבד מ"ש איהו גופיה שאינו נכון זאת ועוד אני תמה דאיך אסיק אדעתיה ז"ל לפ' כן דא"כ הוי סותר המהרשד"ם א"ע משם לסי' שנ"ג שהביא הקצה"ח וזה פלא ג"כ דה' מהרח"ש ז"ל גופיה הזכיר דברי מהרשד"ם הנז' בסו"ס ל"א כמ"ש בשמו הקצה"ח.) וגם הב"ח סי' ז' שהביאו הקצה"ח והנתה"מ חילק כיוצא בזה ע"ש היטב. וא"כ מעתה נ"ד לא דמי כלל דאנן איירינן באופן שהמחזיק יש לו מקום מסויים בחצר שמשתמש בו דבכה"ג הוי חזקה וכאמור. ואמנם לא הוצרכתי לזה כי אם לרווחא דמילתא אכן הרואה יראה בתשו' הב"ח שם (שממנו מוצא דינו של הנתה"מ שהזכיר מר) שחי' בין בית לחצר דדוקא בית הוא דאם נשתמש בעל החצר עם המחזיק ל"ה חזקה משום דבית עבדי אינשי דמושלי לאחרים אבל חצר שבו פתוחין בתים לו ואחד מבני הבתים החזיק להשתמש בחצר הוי חזקה שפיר דלחצר קפדי אינשי וכו' ע"ש. ולהכי הנתה"מ נקט דינו בדו"ש הדרים בבית אחד שהיזק מוחזקת לאחד מהם ולא נקט שדרים בחצר אחד וכל אחד בביתו והיינו דבכה"ג מודה הוא דהויא חזקה וחילוק הנז' שכתב הב"ח בתשו' חזר ושנאו על הטור ס"ס ק"מ וה' ערך השולחן ס"ס קנ"ד כתב שכ"ה דעת מהרשד"ם ז"ל ע"ש. ועוי"ל דל"ד נ"ד לנדון הנתה"מ הנז' דהתם איירי בבית שהיה מבורר לנו מתחי' שהיא של אחד מהם אבל אם מתחי' לא נתברר בבירור גמור שהיא שלו אז יש לו למחזיק דין חזקה גמורה להיותו כשותף לכה"פ וכדמשמע מדברי הנתה"מ שם להדיא וכ"כ מהרימ"ט הביאו הכנה"ג סי' ק"מ ע"ש. וא"כ ה"נ בנ"ד שלא נתברר בבירור גמור שהחצר היא להר"ז כי מהחוג"י והשטר מקנה שבידו אין ראיה כמ"ש להלן א"כ מהניא שפיר חזקת הריט"ו לחזקה גמורה. ולקמן בס"ד יבואר עוד טעמים אחרים דשייכי בנ"ד דממילא אין ראיה כלל מדברי הנתה"מ ז"ל:

ועתה נבא לבאר איך אין לו זכות להר"ז בחצר כלל כ"א תשמישי החצר לבד תחי' וראש נעורר כי גם אם היה ספק לנו בזה לא נוכל לחשוב את הר"ז למוחזק מכח מה שכתוב על שמו בטאבו וכמו שהוכיח והביא לנו ה' שער אשר ח"ב ס"ס כ"ז דאף היכא שנפל מחלוקת בגופו של קרקע אין כתיבת פנקס הטאבו חשובה לחשוב הנכתב ע"ש מוחזק ע"ש. וגם החוג'י שכתוב בה החצר ע"ש הר"ז כמ"ש מר שהפקודה שבאה אח"כ היא רק על הכיפות וכו' אין זה כלום כי אף את"ל שכן הוא לא אלימא המכר אשר קנה הר"ז כ"כ לדחות החצר ממהרי"ט כי הר"ז בא מכח הסי' ז"ל שמכר לו עפ"י מושל הטאבו שהיה אז ונודע לכל כי מושל הטאבו ההוא היה דרכו למכו' קרקעות המלך

בדב' מועט עפ"י (הטעם הכמוס עמו) והעד ע"ז כי כמה מכי' שמכ' שלא נתקיימו עת בא הערכאות החדשים וכמו שהעידו ע"ז הדיינים יצ"ו וכיון שכן אפילו הבתים שיושב בהם הר"ז עצמם אף שקיימו בידו הערכאות אח"כ המלא החזיק בהם מהרי"ט הי"ו לקנותם מהממשלה היה זוכה בהם ומכ"ש חצר זו דקיימינן עלה וחילי היא ממה שכ' מורם ז"ל בד"מ סי' ס"ח בשם הא"ז בפ"ה דגיטין וז"ל שטר של מכי' בית הנעשה בידי עכו"ם ולא לפני ערכאות ואח"כ דנו הערכאות עליו והעמידו הקונה בבית אינו כלום מאחר שהשטר לא נעשה בידי ערכאות חספא בעלמא הוא אעפ"י שדנו אח"כ על פיו עכ"ל, וטעמו הוא משום דכיון שכל המכי' הנעשים עפ"י העכו"ם לא מהני כי אם מכח דינא דמלכותא דינא הלא"ה לא הוה מהני כי הרבה מדרכי הקנאות שחסר אצלם והם צריכים עפ"י דתה"ק ולכן כשהמכר נעשה בערכאות שפיר הוי דינא דמלכותא משא"כ ע"י עכו"ם הדיוטות וא"כ בנ"ד נמי כיון שהשופט ההוא שהיה מוכר בזול אינו בכלל ערכאות ובפרט שהרבה מעידים שנענש מהמלך על מעשיו ההם דבכה"ג לית ביה דינא דמלכותא וכמ"ש מרן בתשו' אה"ע סי' יו"ד דאם סופרי הממשלה שנתמנו עפ"י השופטים ידענו דמרעי נפשייהו והיו נענשים בדיני המלכות אין להם דין ערכאות עש"ב. ומובא בכנה"ג סי' ס"ח הגה"ט ס"ק י"ח וא"כ כל מה שמכר השופט ההוא אין לו דין ערכאות ואין מעשיו מועילין כלום ובפרט לפי מ"ש מרן הב"י סי' ס"ח דלדידן היושבים בתוגרמה הדבר נודע דדינא דמלכותא הוא שלא יהיו השטרות נעשים אלא בערכאות וכ"כ הריב"ש וכו' ע"ש וא"כ גם שנאמר דהפקודה שבאה אח"כ להוציא את הר"ז היא רק על הכיפות ולא על החצר עכ"ז גם הקיום שקיימו החצר ביד הר"ז לא מהני מידי כיוון שעיקר המכר נעשה עפ"י החוג'א שהיה לו מהשופט ובכה"ג לא מהני כמ"ש הד"מ הנז' שפסקה גם כן במפה שם סק"א ע"ש. ולפי"ז גם מ"ש דמלכותא לא משוית נפשה הדרנא וכו' ליתא דהשופט ההוא אינו בכלל ערכאות להיות נחשב מכלל מלכותא והראיה ע"ז שכמה מן המכירות אשר מכר הוא שלא נתקיימו ואין לך הדרנא וחזרה יותר מזו. ובזה נסתר גם כח החזקה שהחזיק הר"ז זה כמה שנים בחצר שמלבד מה שדחו הדיינים יצ"ו דהו"ל כנכסי דבי ר"ג וכו' דאין מחזיקין בהן וכה"ג האריכו השואל והמשיב בשו"ת חקרי לב ח"א מח"מ סי' ק"ד וק"ה והוכיחו מכמה מהראשונים ז"ל דאין מחזיקין בכל נכסי מלכות מה"ט דידעי המחזיקים שלא תכון חזקתם בידם וכו' עש"ב. עוד זאת יש לסתור החזקה הנז' ממה דקי"ל כל חזקה שאין עמה טענה אינה כלום והכא טענת הר"ז היא שהחצר היא קנויה בידו מכח החוג'א והשטר וכבר הוכחנו שאין החוג'א ההיא חשובה לכלום ומכ"ש השטר מקנה שנתן הסי' ז"ל להר"ז דלא חשיב כלום כי מה שיש לו זכות

להסי' גופיה מכר ואיהו גופיה לא היתה חזקתו והנייתו מהמוכר כלום כנז"ל, ומעתה מה שהאריך מר לדקדק מלשון החוג"א של הר"ז שכתוב בה החצר ובחוג"א של ריט"ו לא כתוב רק דריסת הרגל והכיפות והמוכר בית לא מכר חצר כדאי' בתוס' וכו' הנה אף דיהיבנא ליה כל דיליה מאחר שכל עיקר הקנין שיש להר"ו בחצירו ובבתים שלו שלא כדין הוא ועד עתה מי שירצה לקנותה מערכאות קנינו קנין וכאמור א"כ עתה שקנה מהריט"ו את הכיפות והקנין שלו קנין גמור הוא אלים לדחות קנינו של הר"ז לקחת את החצר מידו כי אף שכתוב בתוג"ית מהרי"ט רק הכיפות מאחר שקנה מהערכאות הו"ל כאלו קנה מחדש את החצר דהו"ל החצר בלי בעלים כיון דהמכר של הר"ז אינו כלום נמצאת עודנה של הממשלה יר"ה וכיון שהקנו לו הכיפות מסתמא הקנו לו גם את החצר ואין ראיה מהתוס' פ"ג דב"ב דהמוכר בית ל"מ חצר דהתם שאני שהבית והחצר היא של אדם דעלמא ונוכל לומר דמכר בית ושייר חצר לעצמו אבל הכא שהערכאות של הממשלה מכרו את הכיפות איך נאמר דשיירו חצר לעצמם להממשלה שהרי מלבד שאינם משתמשים בה לצורכם עוד זאת דאין דרך הממשלה שיש לה ארצות וקרקעות רבים להקפיד למכור בית ולשייר החצר ובפרט חצר כזו אשר לא תועיל כ"כ לתשמיש בפ"ע כ"א לצורך הבתים וא"כ בודאי שהממשלה מכרה גם את החצר למהרי"ט הי"ו וזה מלבד שדחו הדיינים יצ"ו ראיתו מהתוספתא הנז' דהמנהג בממשלה למכור החצר עם הבית ולא כדין תוה"ק שצריך לפרש הכל וא"כ הוא עמוד חזק לסמוך עליו אליבא דכ"ע ועיין בתשו' מבי"ט ח"ב סי' ס"ו וע"ב ותשו' משפט צדק ח"א סי' יו"ד דשו"ט בנידון כיוצא בזה גופיה וכתבו דכשהמנהג למכור חצר אגב בית אין דין התוס' אמור עש"ב. ויש להביא ראיה סמך לדברי הדיינים יצ"ו ומינה תברא לדברי מר נ"י דאם כדבריו שבא לדייק בהחוג"א מכח שכתוב רק כיפות והמוכר בית לא מכר חצר א"כ תידוק מינה במ"ש בחוג"א של הר"ז חצר סתם דגם הכיפות בכלל שהרי משנה ערוכה בפ' המוכר את הבית ופסקוה הטוש"ע סי' רט"ו דהמוכר חצר סתם מכר כל הבתים הפתוחים לתוכה והכיפות הן פתוחין לחצר אלא ודאי דבלשון שטרי ערכאות לא דייקינן כלל וחשבינן להו כאינם בדברים המסופקים לנו. וכ"ר להכנה"ג בתשו' בעי חיי ח"א מח"מ סי' י"ו שכ' להדיא דלא דייקי' אלא בשט"ד לא בשטרי ערכאותיהן ע"ש. ובזה אין מקום ג"כ למה שדקדק מר מהחוג"א הן מבהכ"ס הן מהמדרגות מלבד מה שדחו הדיינים יצ"ו שטוען מהרי"ט הי"ו כי מחמת שהיה חושש פן המלכות תקח מידו הבהכ"ס והמדרגות אשר לו לחצר העליונה והוצרך לכתוב כנז' בחוג"א למען לא יטעון הר"ז למונעו מלהרבות

עליו דיורין דלכאורה הויא טענא אלימתא ולכן הוצרך לבארם בחוג"א שלו למען תהיה לו לראית אמו"ק:

ובלא"ה אני תמה ע"ד מר שהסכים דשרי ליה להר"ז לבנות דהויא חצירו מכח תוספתא הנז' דהרי התוס' שם מסיימת בזה הלשון אבל אוירה של חצר מכר לו וכו' ע"ש. והא ודאי דאין כונתה על דריסת הרגל לעבור ולשוב דרך חצירו דהא לא איצטריך לאשמעינן מאחר דאפי' מכר בית פנימי שפתחו פתוח לבית חיצון קי"ל דהמוכר בעין יפה הוא מוכר ויש ללוקח דרך עליו מבית החיצון שנשאר למוכר ומכ"ש בחצר אלא ודאי דכונת התוס' לומר דשיעבד לו ללוקח אוירה של חצר גם למילי אחריני כגון שלא יוכל לסתום בפניו דמ"מ מדברי הרשב"א שהביא הב"י רס"י קנ"ד דפתח הפתוח לחצר אף שאין החצר של בעל הפתח או החלון חשיבי הד"א שלפני הפתח משועבדים לו ע"ש. ור"ל האויר שבד"א שלפני הפתח משועבדים לו שיוכל למנוע את בעל החצר מלסתום כנגדו עד שמפני זה הוצרכו בשאלוניקי לנהוג שאם ירצה בעל החלון להניח את בעל החצר לעשות מחיצה תוך ד"א בחלונו צריך שימכור לו האויר כמ"ש בשבט בנימין סי' קצ"ז בשם הגאון בתי כהונה וע"ש. וא"כ ה"נ דקאמר התוס' שמכר לו אוירה של כל החצר ה"ז יכול למנוע את בעל החצר מלסתום כנגדו אפי' בריחוק ד"א כיון שכל אוירה של חצר מכר לו ועי' בכנה"ג סי' רי"ד הגה"ט סק"ב בשם מהר"ש הלוי ז"ל שחילק חילוקים רבים בדי"ו דהמוכר בית ל"מ חצר דמכולהו נפק"ל בנ"ד שאין רשות להר"ז לבנות כו"ע וביותר לפמ"ש מהר"ש הלוי הנז' סי' נ"ד דהמוכר בית ל"מ חצר וכו' מ"מ אם חפר שוחה בחצר קנה והחזיק בחצר אעפ"י שגם חבירו נשתמש ג"כ בה וחפר שיחין ומערות דידוע מנהג העולם שאינו חופר שוחה אלא מי שיש לו זכות בכל החצר וכו' עש"ב וא"כ ה"נ בנ"ד טוען מהרי"ט נ"י שזה זמ"ר שחפר לאורך כל החצר וברוחב עד המעבורת וחזר ורצפם באבנים וזה מורה שיש לו חלק בכל החצר מטעם הנז' דאין אדם בונה וסותר במה שאינו שלו דדוקא בשאר תשמישים דלית בהו היכרא כהנחת חפצים וכדומה הוא דכשמשתמש חבירו עמו לא חשיבא חזקה משא"כ בתשמישי קבע כזה וא"כ אין לך הוכחה גדולה מזו לזכות לכמהריט"ו בחצר אף להנתה"מ שהזכיר מר שכתב דכששניהם משתמשים ל"ה חזקה דבכה"ג יודה דחזקה גמורה היא כמ"ש מהר"ש הלוי ז"ל הנז'. ומכח זה ג"כ יש ראיה אחרת שבאמת העדים ההם יעידו ג"כ שהרבה טרח ויגע מהריט"ו לכפות את הר"ז בעת ההיא שיניח עמו בהוצאת ריצוף אבנים הנז' ולא רצה הר"ז באומרו כי מה לו להפסיד במקום שאין לו בו תשמיש ושוב הניח כמהריט"ו כל ההוצאה וזו ראיה להיות המקום ההוא שלו לכל הפחות דבכה"ג כתב בתשו' משפט

צדק ס"ס י"ד שהיא ראיה גדולה שיש לו חלק בכל החצר ע"ש גם בתשו' פני יצחק לכמהרי"ץ אבואלעפייא הי"ו בח"ב בתשו' א' לח"מ הביא ראיה מההוצאה בכה"ג ע"ש וז"ב ופשיט. וכ"ז לא הוצרכתי כ"א למטוניה דמר. אבל לפי מ"ש שבאמת כל החצר היא למהרי"ט הי"ו מטעם שקניית הר"ז בה אינה כלום אא"צ לכ"ז דודאי לא יוכל הר"ז כ"א להשתמש שם ומ"ש מר לצדד בדעת הרבנים הדיינים יצ"ו שעלה על דעתם למחות ביד הר"ז מלבנות דחילייהו מרפ"ק דב"ב וטעו באופן הס"ד דהרשב"א בתשו' שהביא מרן הב"י סי' קע"א בענין איצטבאות וכו' מעולם לא עלה על דעתם טעות זה וכ"ז אינו אלא דברים בעלמא ואף לשיטתיה דמר שחשב כן ודחה ממה שהשיב הרשב"א לחלק בין נדונו להך דריש ב"ב בונין את הכותל באמצע דבעי ריצוי וכו' אין הנדון דומה לראיה והתם שאני דמי שרוצה לעשות המחיצה הכל שלו דבמקומו הוא עושה אבל בנ"ד גם לדעת מר דשייך בנ"ד המוכר בית ל"מ חצר עכ"פ אוירה של חצר מכר משא"כ בההיא דהרשב"א אף באויר אין לו זכות לשני רק משום דוחקא וז"ב ופשוט:

ומ"ש עוד דהר"ז טוען שהחזיק מאז בבנין קבוע כנגד הפתח ועוד היום יש בנין קטן של אבנים קבוע וכו' הנה מהרי"ט טוען שמעולם לא היה רק הבנין שעודנו היום וא"כ אין לדיין אלא מה שעיניו רואות היום וכמ"ש הטוש"ע סי' ק"מ דאם המערער מכחיש בחזקה על המחזיק להביא ראיה וא"כ מהבנין של היום אין ראיה כלל דאף שהיום כעת הוא בנין קבוע מ"מ זה לא כביר כשנה וחצי שלא היה רק אבנים סדורות זה ע"ג זה ולא חשי' חזקה כי אם בדבר קבוע. ואף שכתבו הטוש"ע סו' סי' ק"מ דריחיים ולול של תרנגולים וכו' הוו חזקה כבר מפורש שם בפוס' דכולהו קביעי בבנין בקרקע כמו שיעו"ש. ואף את"ל דהוי חזקה לא מהני ליה כ"א לענין שיכול להשתמש בחצר וגם שלא יוכל המערער לערער עליו באותה חזקה שהחזיק אבל לא שיוסיף עליו דהא אפילו בחצר שותפין נשאל מהרשד"מ חח"מ סי' רנ"ד בשותף שהחזיק בבית אחד קטן בחצר אם יוכל להוסיף עליו להרחיבו או לבנות עליו והשיב דאין לו אלא מה שהחזיק ע"ש ומכ"ש נ"ד דכל החצר היא למהרי"ט הי"ו וכדהוכחנו:

ומעתה כפי כל האמור אא"ל עוד להאריך בסיום דברי הרב הפוסק הדומ"ץ נ"י מאחר שיסודי הפס"ד שלו אין להם סמך ויסוד כו"ע ועכ"ז לא ראיתי להעיר בקצת סו"ד אשר המה תמוהים לענ"ד. מ"ש לדמות כפי שיטתו נ"ד לאחין שחלקו דאין להם חלות זע"ז וכו' ואף אם החזיק אחד מהן יש אומרים דל"מ רק הרשב"א וכו' ואיהו מצריך עמה טענה וכו'. האמת שדבריו תמוהים שהרי רוב עמודי ההוראה קיימי בשי' הרשב"א הנז' הלא המה רש"י שהביאו הרמב"ן בשם רבינו שלמה המובא בב"י סי' קע"ג והרשב"א

הביא כן בשם בעל העיטור ג"כ וכ"ד הנמק"י כמ"ש בשמו הד"מ סי' קנ"ד סכ"ב ושם בנמק"י כתב שכ"ה דעת הרמב"ם ע"ש וגם הרא"ש הכי ס"ל כנראה מתיך דבריו שהביאו הב"י סי' קנ"ד ע"ש היטב וא"כ מאחר דהרמב"ם והרא"ש ורש"י ורשב"א ובעה"ע ונמק"י כולהו ס"ל הכי איך כתב דרק הרשב"א הוא דסל"ה שהרי עינינו רואות דרבו מאן דס"ל כהרשב"א יותר ממאן דס"ל איפכא כאשר יראה המעיין. ומ"ש דסו"ס בעי טענה כבר כתבתי דאיכא טענה וכמש"ל. גם מ"ש עוד מדברי הריב"ש שהביא הב"י סס"י קנ"ד דבפתח אין בו טענת האפלה אא"כ אין לו אורה ממקום אחר. הן אמת דמלשון הריב"ש שהביא מרן הב"י בזה"ל ופתח זה של שמעון דין חלון יש לו כיון שהוא עשוי גם לאורה שאין לו אורה לביתו מצד אחר ע"כ. משמע לכאורה כדדייק מר דבפתח אין בו טענת מאפיל כשיש לו אורה צד אחר ואין לו דין חלון העשוי לאורה והייתי רוצה לדחות הוכחה זו ולומר דהריב"ש ס"ל כהסוברים דאף בחלון בעינן שלא יהא לו אורה מצד אחר כמו שהביא מרן הב"י שם בשם הר"ש [ועי' בשיטה מקובצת לב"ב דנ"ח ע"ב ד"ה גמ' א"ר זירא וכו' שכתב שכ"ה דעתו של הרמב"ם ז"ל כהר"ש וצ"ע בריב"ש שהביא מרן באבקת רוכל שאזכירהו להלן בסמוך דס"ל בדעת רמב"ם איפכא] ולכן הוצרך הריב"ש ז"ל להזכיר טעמא דאין לו אורה מצד אחר ולעולם דלא שנא ליה בין חלון לפתח וממילא נ"מ לדידן דס"ל דגם כשיש לו אורה לחלון ממקו"א הוא בכלל חלון עשוי לאורה אין חילוק בינו לפתח דגם בפתח דינא הכי. אלא שזה דוחק שהרי הריב"ש גופיה נדחק להסכים דעת הרמב"ם דס"ל דחלון העשוי לאורה מיקרי גם כשיש לו אורה מצד אחר וכמ"ש בשמו מרן בתשו' אבק"ר סי' קכ"א ע"ש ומסתמא דאיהו נמי סל"ה אכן סו"ס לא פלטינן מדוחקא כי מה שפי' מר בדעת הריב"ש שרצונו לחלק בין חלון לפתח הוא דוחק עצום ובפרט שלא מצינו לשום פוסק שהזכיר חידוש זה. והרב המו' מר דיינא כמהר"ר שמואל ן' קוקי נ"י העיר ליישב דברי הריב"ש ע"נ שלא הוצרך הריב"ש לומר הטעם דאין לו אורה מצד אחר אלא משום דאיירי באופן שכבר היה בנוי כנגד הפתח כותל אחד בתוך הד"א של הפתח ורק שהשואל דרש מהריב"ש להודיעו אם יוכל בעל הכותל להוסיף עוד להגביה הכותל ממה שהוא ולזה אם היה להבית אורה מצד אחר מלבד הפתח ההוא היה מותר לבעל הכותל להגביה כותלו כיון שבלא"ה אין להפתח ההוא דין הרחקת ד"א שנתנו חכמים ז"ל ולכן הוצרך הריב"ש לומר דאיירי בשאין לו אורה ממקו"א דאז הוא דאסור לבעל הכותל להוסיף באפלה אפילו כל שהוא. ועם שאין ראיה ברורה לפי' זה עכ"ז האמת יורה דרכו דכ"ה העיקר בדעת הריב"ש ודפח"ח וש"י. ובחפשי באמתחות הספרים ראה ראיתי בס' משחא דרבותא ח"ב סי' קנ"ד שהק' מדברי

הריב"ש הנז' על תשו' הרא"ש גבי חלונות שבמרתף שהביא הטור ס"ם קנ"ד דכל דליכא ד"א פנויים מכנגד הפתח שרי לבעל הכותל להוסיף כפי רצונו. ותי' דשאני התם דאיירי הרא"ש באופן שיש לו אורה ממקו"א משא"כ בנדון דהריב"ש ודלא כהכנה"ג שעשאם חולקים עש"ב. הרי להדיא סמך חזק לפי' הרב כמהרש"ק הי"ו הנז' בד' הריב"ש:

ואיך שיהיה נמצינו למדין מכל האמור שלא יוכל הר"ז לבנות כנגד הפתח כו"ע מכמה טעמי ובפרט למה שהוכחתי דכל עיקר גוף החצר היא לכמהריט"ו הי"ו ואין לו זכות להר"ז בה כי אם להשתמש תשמיש בעלמא לא בנין וסתירה וכמדובר ותו ל"מ. כנלע"ד אם יסכימו עמי הרבנים המו' בדה"ץ הי"ו ועל צבאם עט"ר מורינו הרב הגדול ר"מ ור"מ מלכא לעלמין חיי הוא אהרן בחיר ה' ונשיא העדה. ואם לאו והיו דברי כלא היו עבד לקונו.

יעקב משה טולידאנו

ס"ט הסכמת הרבנים הדיינים יצ"ו ע"ד הר' הפוסק הי"ו הנז'

עינא דשפיר חזי מ"ש כת"ר חפ"ש מחופ"ש בספרי הפוס' יורה יורה לאוקומי ארעא בחזקת מרה. הדרא ארעא והדרא. ועם כי לעיקר דינא הלכה כמותו. שה' אתו. מ"מ ראינו להרגיש עליו בקצת דבריו כאשר נבאר. ראשונה מה שהק' ע"ד הנתה"מ מדברי הרשד"ם עפ"י מה שפי' ה' פרי הארץ ככתוב בד"ק. וכי גברא אגברא קרמית דאפשר דהנתה"מ יפרש דברי רשד"ם באו"א. ומ"ש עוד לסייע לכמהרי"ט נ"י מתשו' הב"ח סי' ז' וממ"ש ג"כ בס"ס ק"מ לא שמיה מתיא דהתם מיירי דהיה המחזיק משתמש במקום מסויים כמבואר בדבריו לא כן בנ"ד נר' דלא חשיב מקום שמשתמש בו מהרי"ט למקום מסויים כ"כ אך באמת ה' הדיין נ"י לא קלע אל המטרה כיון דהוכחנו דהמלכו' יר"ה מכרה כל הזכיות שהיה להם לכיפות וא"כ גם החצר מכרה עמהם א"כ הר"ז אין לו שום קנייה בחצר מהמלכו' ומה שלא מיחתה בו על שהיה משתמש בחצר הוא מפני שכן דרכה כי הנך דבי ר"ג וגם מה שהניחו מהרי"ט להר"ז היא חזקה בטעות וכ"ש שאין עמה טענה דגם לדברי הר' קצה"ח דמהני להיות שותף כשמשתמש המחזיק בעל החצר זהו דוקא כשטוען ג"כ שקניתי ממך התשמיש בחצר שאהיה שותף עמך או שטוען שקנה מהמלכות משא"כ עתה שנתברר שקנייתו מהמלכות אינה קניה וגם לא קנה ממהרי"ע שום קניה וא"כ אין שום זכות לזייאדיה נ"י בחצר:

ומ"ש עוד דל"ד נד"ד לנדון הנתה"מ מטעם דהתם איירי ברית שהיה מבורר לנו מתחי' שהיא לאחד מהם וכו' קי' זה הוא ברור ומפו' יוצא ג"כ מדברי הרי"ף ז"ל ע"ש:

גם מ"ש להביא ראיה מהג' שער אשר שכ' שאף אם היה לנו ספק בזה לא נוכל לחשוב להר"ז נ"י למוחזק וכו' מכח דאין כתיבת פנקס הטאבו חשובה לחשוב הנכתב על שמו מוחזק וכו' ע"ש. נר' דאין ראייתו ראיה דהרב מיירי וגם כל הפוס' דאייתי בידיה באופן שהמחזיק הכ' על שמו בטאבו אינו זוכה בדין רק שטוען שהוא מוחזק מצד מה שכתוב על שמו בטאבו ולא כן שכנגדו הוא זוכה בקרקע מד"ת ולזה כתב הרב הנז' שחזקת המחזיק מצד הטאבו אעפ"י דנפל במחלו' הפוס' אם המחזיק דינא קמשתעי אם יכול להחזיק בקרקע במה שכתוב ע"ש בטאבו ליקח הקרקע דומיא דהבת שרוצה לזכות בקרקע ובזה הוא שכתב הרב הנז' דאין לה שום זכות מכח הטאבו כלל לא כן בנ"ד שהרב מהרי"ט אינו כתו' ע"ש החצר בטאבו וגם את"ל שהחצר אינה כתובה לא ע"ז ולא ע"ז א"כ היא הפקר וכל הקודם בה זכה וכבר זכה בה הר"ז זה רבות בשנים אי לאו טעמא דאין מחזיקין בנכסי מלכות וכמ"ש בפסקינו הקודם:

וגם למה לא נסייעו ליה להר"ז מתשו' הר' תומת ישרים סי' מ"ב שהביאה בתשו' ה' שער אשר שם שכתב דאם נתן לבנו החנות והעבירה ע"ש בטאבו לבד בלי הקנאת שום שטר ואח"כ חזר האב ומכרה לאחר בכסף דאינה מכירה מאחר שכתבה ע"ש בנו בטאבו והכא נמי אם נודה להרב הדיין נ"י שהחצר קנויה היא לר"ז בטאבו קודם למהרי"ט נ"י א"כ אין לו שום זכות למהרי"ט נ"י בחצר. אך האמת יורה דרכו דשניא נ"ד מנדון הרבנים הנז' דכולם מיירי בדבר המבורר שנכתב ע"ש המחזיק בטאבו אך בנדו"ז הר"ז אין כתוב ע"ש בטאבו החצר בפי' רק הבית וא"כ נאמר מוכר בית ל"מ חצר ומ"ש לו המצר דרך רשות הרבים. מצרים הרחיב לו כמו שהוא האמת שהרי בתוך החצר יש ג"כ הקבוואת ובודאי לא מכרום לו ומדהא ליתא הא נמי ליתא וכמ"ש בפסקינו הראשון:

גם מה שהאריך להוכיח דאין ממונה על הטאבו חשוב ערכאות למכור וכו' וא"כ גם מה שקיימו בידו הערכאות אף הבית אינו כלום וכמ"ש הא"ז וכו' הנה עמו הסליחה בזה דודאי החוג'א של הבית שקנאה מהסיניור ז"ל אינה של המלכות רק זכה בה מכח המוכר הראשון שבנאה בעצמו עפ"י רשיון המלכות יר"ה שהרשית לכל הבאים לבנות בקרקעה ולזכות בבנינו אך על החצר שהיא גוף הקרקע עודנה להממשלה כמ"ש כת"ר ואי לאו דאין מחזיקין בנכסי מלכות היתה בהפקר והיה הר"ז זוכה בה לדעת הרב הדיין נ"י שכמוהרי"ט לא קנאה מהממשלה:

ומ"ש כת"ר לפרש ד' התוספתא המוכר בית ל"מ אלא אוירה של חצר שפירושה היא על הד"א הגם שפי' זה אינו רחוק אך אינו מדוקדק כ"כ דמלבד דכל כי האי הו"ל לתנא לפרש כיון דל"מ את החצר הראשון פירושו להשתמש בחצר ומה שסיים אלא אוירה של חצר

קאי על הד"א שלא לסותמם ולא קאי על השימוש וא"כ הו"ל לפרושי, ועוד דא"כ תיקשי למהר"ש הלוי ז"ל שהביא הכנה"ג סי' רי"ד הגה"ט או"ב דס"ל דמכר את הבית ל"מ אפי' ד"א בחצר הגם שלזה י"ל דלא כתב מהר"ש הלוי כן כ"א דוקא להשתמש באותם הד"א אבל לענין שלא לסתום את החלון המוכר את הבית מכר את הד"א בחצר שלא יוכל לסתום ולבנות בהם, והנה ספר מהר"ש הלוי ז"ל אינו מצוי בידינו לדעת מחלוקתם:

אך עינא דשפיר חזי בטור סי' קנ"ד שהביא מחלוקת הר"י ברצלוני ור' יונה ז"ל בזה. דהר"י ברצלוני ז"ל ס"ל המוכר את הבית אינו יכול לסתום את החלונות עד שירחיק ד"א. והר"י ס"ל דיכול לסתום ע"ש. וא"כ תיקשי להר"ר יונה ז"ל מהתוס' ע"פ מה שפירש כת"ר [ובדרך אגב יש להעיר על הרב מהרר"ב ז"ל סי' קמ"ו שכ' וכן ראיתי למורי ה' נ"י שכתב בפסקיו סי' ש"ג גבי מי שהיה לו בית ויש בה חלון על החורבה ומכר הבית לאחר ושייר לעצמו ואח"כ מכרה לאחר דאע"ג דמי שמחזיק בחלון על החורבה אין לו חזקה לדעת קצת פוסקי' ז"ל מ"מ כיון דמוכר בעין יפה הוא מוכר הרי כאילו מכר לו הבית עם החלון שלא יוכל לסותמו וכו' ע"ש ולא ידעתי מאי ראיה מייתי מחלון על החורבה לחלון על החצר, דאף הר"י ז"ל דפליג על הריב"ר ז"ל בחלון על החצר דאם מכר את הבית יכול לסתום החלון מודה הוא דאם פתוח על החורבה גם הר"ר יונה ז"ל מודה דאם מכר את הבית אינו יכול לסתו' הד"א של חלון כיון שהם על החורבה וכן מבואר בנמק"י ז"ל סו"פ לא יחפור ובסמ"ע ז"ל סי' קנ"ד ס"ק ס"א ע"ש.] ומע' הרב כמהרב"ץ אלקלעי הי"ו פי' דהתוס' מיירי במוכר בסתם הבית לזה מכר אוירה של חצר ד' אמות. ולא כן הר"י ברצולני והר"י ז"ל פלוגתם היכא דמכר הבית ופי' בפי' דשייר החצר לעצמו. והנה הגם שפי' זה כפתור ופרח. לא נתחוור בעינינו דא"כ קשה למהר"י ברצולני ז"ל דהא התוספתא מיירי דוקא בסתם לזה מכר אוירה של חצר שלא לסתום את חלון עד שירחיק ד"א משמע הא אם פירש ששייר לעצמו החצר לא מכר את האויר. וגם דהברייתא לא פירשה ד"א. ושמעתי באומרי' משם ה' חסדי דוד ז"ל שפי' הברייתא דמה שמכר אוירה של חצר הוא לענין דריסת הרגל לצאת ולבוא:

ומה שטרח כת"ר בדברי הריב"ש ז"ל סי' רכ"ה שהביא ה' הדיין נ"י שלפי דעתו שהפתח אין לו דין אורה ויכול לסתום פתח הבית כיון שיש לו אורה ממקום אחר. הנה אנחנו בפסקינו הראשון לא נטפלנו להשיבו ע"כ קוץ וקוץ מדבריו כי עקרנו לו הנדר מעיקרו במאי דס"ל שהחצר היא לזאיידיה נ"י. אך גם לפי סברת ה' הדיין נ"י ל"ד נדון זה לנדון הריב"ש ז"ל כעוכלא לדנא. דנדון הריב"ש ז"ל מיירי שאם יהיה להבית חלון של אורה שדינו לתת לו ד"א אזי אין לפתח דין אורה לדעת הדיין נ"י בדעת הריב"ש ז"ל. אכן נדון

זה דחלון שיש למהרי"ט הי"ו בנוי כנגדו בריחוק אמה וחצי או ב' אמות וא"כ אין לו חזקת חלון לאורה כס' הרא"ש ז"ל וע' בכנה"ג סי' קנ"ד הגה"ט אות ס"א ולה' ירך אברהם ז"ל ח"מ סי' מ"ע ולה' לחם שלמה ז"ל דקי"ג ע"א ולה' משחא דרבותא ז"ל סי' קנ"ד דגם הריב"ש מודה לדינו של הרא"ש ז"ל. וא"כ כיון שהחלון אין לו דין חלון שאין לו אורה כ"א מאמה וחצי הו"ל הפתח אין לו אורה ממקום אחר. ונפלאת היא בעינינו על הרב הדיין נ"י אשר לא נחית לחלק בכך גם לפי סברתו בדעת הריב"ש ז"ל. ובעיקר סברתו בדעת הריב"ש שהפתח אין לו דין אורה אין העת מסכים עמנו להאריך יותר לבר ההלכה מפי סופרים ומפי ספרים ויה"ר שהאי"ת יניח לנו מסביב ויאיר עינינו ובתורתו נהגה אכי"ר. כללא דמי' לענין דינא כל מן דין סמוכו לנא אב בחכמה ורך בשנים ושפתים ישק משיב דברים נכוחים נופת צופים יעלו על שפתי מאן דתלד אמיה כוותיה תלד אשרי יולדתו. יורה יורה ידין ידין אמת לאמתו.

הצעיר יעקב הכהן הצעיר שמואל הצעיר יאודה סקלי ס"ט ן' קיקי ס"ט דבוה ס"ט

וזאת תשובתי על דברי הפסקי דינים הנזכרים.

טרם כל ראה ראיתי את כל הכתוב בדברי הרב הפו' נ"י רבא דעמיה מדברנא דאומתיה דיינא הוא ונחית לעומקא דדינא וז"ל ובקוראי הדבר הזה נבהלתי וכו' כי איך יעלה ע"ד שום בר אוריין אשר יודע רק צורתא דשמעתתא שחצר שיש לאדם בכולה חזקה שיש עמה טענה וגם שטר וכו' ככתוב בד"ק. ותמהתי על המראה דהיאך שבקיה רבי לחסידותיה לדבר תועה על הב"ד אין זה כ"א אורייתא הוא דקמרתחא ליה וכן אמר התנא ואל תאמר קבלו דעתי וגם אני שמעתי את כל הדברים הנאמרים בתו' שבע"פ לכן אמרתי שאין רצוני להטפל בדי"ז כ"א עד שירצו הבע"ד לקבל את הכרעתי כפי מה שיורוני מן השמים ובראותי שקבלו לעשות ככל אשר אומר אליהם אזי מצאתי חובה לעצמי לשאת ולתת בדבר הלכה זו להשקיע ריב ומדון וזה החלי וה' אלד'ים יעזור לי. ואומר הגם שהרב הפוסק חביב עלי עד למאד אולם האמת אהובה יותר אצלי כי לפי ראות עיני הנני להשיב על דבריו אחת לאחת. ראשו' על מ"ש שאדם שיש לו חזקה וכו' בכולה וכו' לזאת אשיב דמי החזיקו בכולה אחר שהוא משתמש עמו בחצר במלאכת הכביסה דהוי תשמיש גמור להיות בו חזקה גמורה שהרי מור"ם ז"ל בהגה סי' קס"א כתב דאף דבשותפין אין יכולים למחות זע"ז בכביסה הייני שכל אחד יכבס בחלקו אבל בחלק חבירו שבחצר מוחין ואף מרן ז"ל שלא הזכיר חי' זה וכ' עט"ר הכנה"ג שטעמו הוא מדלא הזכירוהו הראשונים דמשמע דלא קיל"ן הכי ע"ש מ"מ הא ודאי דכ"ז הוא בחצר השותפין אבל אחר שאין לו חלק בחצר כלל ויבוא לכבס בחצר חבירו ודאי שבעל

החצר מוחה וסמוכין לזה מדברי מהר"מ אלשיך ז"ל סי' צ"ד דאיירי בשוטח בגדיו על גג חבירו ואפי"ה כתב דכשמשתמש ע"ג קרקע ממש (כמו מלאכת הכביסה) הויא חזקה ודוחק לומר דפליג על מרן ז"ל ועוד דדברי הנמק"י בשם הירוש' שפסקה מור"ם איירי בשותפין שהרי קאי על מ"ש בגמ' פ' ח"ה בכל השותפין מעכבין וכו' חוץ מן הכביסה ע"ש. משמע דבאינם שותפים אף שהם שכנים מעכבין וע"ע למהרשד"ם ז"ל סי' רס"ז שהביא דברי הנמק"י לדינא ע"ש. וא"כ בנ"ד לדעת הר"ז שאין לכמהריט"ו הי"ו חלק בחצר כלל היה לו לעכבו מלכבס וא"כ מזה מוכח דהחזיק מהריט"ו להיות שיתף בחצר וראיה מדלא מיחה בו ואף דקיל"ן דחזקת ג"ש צריכה להיות ביום ובלילה בתדירות מ"מ כבר כתב הרב סם חיי ז"ל ס"ס ע"ל דכל דבר אזלי' בתר תשמישו דאם הוא דרכו שלא להיות תשמישו ביום ובלילה ואם דרכו להיות אחת לי' שנים ה"ז חזקה בפעם אחת כמו שיעו"ש. וא"כ מכ"ש בנ"ד דכל זמן שיצטרכו לכבס המה מכבסים שם הרי זו חזקה. ומ"ש עוד ה"ה וגם שטר וכו' אדרבא שטר שבידו הוא תברתיה שהרי כתוב שם דהחצר השייך לכל הבתים שסביביו היו להסי' ז"ל וכשמכר להר"ז מכר כל זכותו וא"כ גם כשלקחה הממשלה את הכיפות בודאי שלקחה גם החצר השייך להם וכמש"ל וגם למה העלים השטר שקנה בו מן הסיניור ז"ל אשר כתוב בו מפו' יוצא כי לא מכר לו כ"א החצי כאשר שמעתי מפי עט"ר הסי' ז"ל שמכר לו בסך אלף ות"ק גרוש בלי אחריות בעבור שחשש שחציה היא של המלכות יר"ה. ובפרט שמהרי"ט הי"ו טוען עליו להוציא שטרו שקנה בו מהסי' ז"ל באומרו שיש לו בו זכות ממנו א"כ לפו"ד צריך לזה חרם סתם שנחרים על זאיידי נ"י אם יש לו איזה שטר שבו זכות למהריט"ו ולא נאבד ממנו ואולי גם שבועה היסת הוא חייב דה"ז דומה למ"ש מרן בח"מ ס"ס י"ו דאם הטוען אמר שבודאי יודע הוא שיש לו זכות בשטר שביד המערער משביעים אותו היסת ע"ש. וכאן הוא טוען ודאי שיש לי זכות וכ"ת דנ"ד כבר עבר זמ"ר וקיל"ן דעד ג"ש מיזדהר איניש בשטריה טפי לא וא"כ היאך יתחייב שבי' או ח"ס. לזה אמי' לך אנא דכיון דאי' אומדנא דמוכח שעדיין מיזדהר בשטר שבידו ואף הוא היה עמהם ומדוע היה לבז אם לא שהחביאו בעבור הזכות שיש לשכנגדו בו וא"כ לפחות יתחייב ע"ז ח"ס דבאומדנא דמוכח כבר פסק מרן ז"ל דדנין על פיה ככתוב אצלי במקו"א ובפרט דנ"ד עדיף מאומדד"מ שהרי יגיד עליו ריעו השטר של הר"א ן' טובא שכתוב בו בפירוש. ומ"ש עוד כי הלא הר"ז הוא מוחזק בחצר הרבה יותר משני חזקה וכו' והלא גם כמהריט"ו הנה גם הוא מוחזק בה הרבה שנים במלאכת הכביסה וכמש"ל:

ומ"ש עוד וגם יש להר"ז חוג'יה מהממשלה על החצר וכו' לא כן הדבר כ"א כך כתוב בחוג"א בי'ר בא"ב כאני"ה שר"ל אחד בית מקום. ומהמצרים אין ראיה די"ל מצרים הרחיב לו וכמ"ש מרן הש"ע סי' רי"ד ס"ז ע"ש:

ומ"ש ה"ה עוד והר"י הנז' אין לו חזקה ולא טענה וכו' כי אינו טוען שקנה את החצי חצר וכו' הנה בפני ב"ד טען שקנה חצי החצר מהגוי עפ"י דינא דמלכותא דאז אין בזה שייכו' לומר דין בא מכח גוי וכו' מאחר שקנה מהמלכות ג"כ שהיה לה חלק בחצי החצר השייך לכיפו' כמו שכתוב בחוג"יט השופט שבידו שקנה הכיפות הם וכל תשמישיהן שר"ל כל תשמישי החצר וכמבואר בהרא"ש פ"ק דב"ב סי' ן' בדין גוא"א וז"ל זולתי החצר לפי שאינו דבר העומד לעצמו אלא משתמש הוא לבית ואין בית בלא חצר וכו' ע"ש. הרי דחצר תשמישי בית הוא וגם שבחוג"ית זאיידי לא נזכר חצר רק בי"ר בא"ב כאני"ה וכבר ביארתי דלא קאי על החצר כלל וכמש"ל ואפי' את"ל שלא טען תחי' כלל רק שתק מ"מ הרי כתב מורם סי' פ"א סס"א דאם יש לו טעם על שתיקתו לכ"ע יכול לחזור ולטעון וה"נ יש לו טעם דמה ששתק הוא מפני שלא ראה מ"ש בחוג"א תשמישים כאמור. ומ"ש ה"ה נ"י עוד להסתייע מדברי הנתה"מ דאפי' יביא עדים שנשתמש בחצר לא יועיל לדבר הזה יסלח האדון דכיון דהוכחנו מדברי מורם דס"ל דכביסה הויא חזקה ושגה מרן ז"ל אזיל ומודה בנ"ד וכמש"ל א"כ מי הוא אשר יבוא אחרי המלכים האדירים האלה אשר בית ישראל נשען עליהם. ובפרט שדין זה דהנתה"מ במחלוקת הוא שנוי מערכה מול מערכה אספם וקבצם ה' פני יצחק הי"ו בח"ב ח"מ שטה א' וע"ש שכתב בשם עט"ר הרמ"ז הרב כנה"ג סי' ק"מ הגב"י או"ח דבפלוגתא זו המחזיק הוא המוחזק ולא מארי ביתא יעו"ש. גם ראו הביא לנו ה' הנז' הי"ו בשם מהר"ש הלוי ז"ל המובא בכנה"ג ח"מ סי' ק"מ הגב"י בסתם בלי חולק כלל וכמ"ש הרב דבר משה בסי' ק"א והוא דאין דין הנתה"מ ורשב"ם אמור אלא כשבא לערער על החזקה הוא בעה"ב גופיה אבל לוקח הבא מכחו לא דמאי חזית לומר דטוענין ללוקח בדידיה ולא נטעון בעד הלוקח השני המחזיק עש"ב והיינו ממש כנ"ד

ומ"ש עוד ה"ה ופשוט דע"י קנין הכיפות אין קונה חלק בחצר דקיל"ן דמוכר בית ל"מ חצר כדאי' בתוס' פ"ג דב"ב דהמוכר בית ל"מ חצר וכו' הן אמת שבתוס' שם הכי איתא ואף דמרן ז"ל לא העלה על שולחנו הטהור די"ז מ"מ עט"ר הרמ"ז בכנה"ג סי' רי"ד ס"ק ב' מייתי בשם מוהר"ש הלוי ז"ל דאתיא במכ"ש דמוכר את הבית ל"מ את היציע שפסקה מרן שם, ואמנם כ"ז לא שייך לנד"ז חדא דהרי עט"ר הסי' ז"ל מכר את הכיפות עם חלק החצר השייך להם לזאיידי נ"י וכשלקחה המלכות להכיפות בודאי שלקחה את חצר

השייך להם וכשמכרה הכיפות להקונה הי"ו בודאי שמכרה גם את החצר השייך להם כי מאי דקי"ל מכר את הבית ל"מ חצר הוא מט' דאמרי' דשייר חצר לעצמו אבל הכא אם נאמר דשייר חצר לעצמו א"כ מאי חזית לומר שזכה בה ר"ז אימא דאדרבא מאחר שחלק החצר ההוא נגרר אחר הכיפות זכה בו קונה הכיפות מההפקר. ועוד הרואה יראה למור"ם ז"ל בס' המפה סי' רי"ד וז"ל וכ"ז לא מיירי אלא בשעת המכר או מתנה אבל מי שהודה שמכר ביתו או נתנו הכל בכלל דא"צ להודות רק על הכלל לא על הפרטים עכ"ל, והוא מתשו' הרשב"א שהביא מרן הב"י שם וה"נ הראיה ממה שכתוב בחוג"י רק בית לבד אין ממנה הוכחה כלל כי אין זה שעת המכר ממש רק עיקר קנייתם בכסף ואחר שגומרין משא ומתן לגמור המכר אז כותבין החוג"י לראיה ובזה אף הסמ"ע שכ' שם בדעת רמ"א דכשמכוין לקנות באותה הודאה מדקדקין לכתוב הפרטים יודה בנד"ז מאחר שאין קונים בערכאותיהם ומקנים רק בכסף לבד והחוג"י היא הודאה וראיה לבד וכמ"ש בתשו' ה' זרע אברהם ז"ל בח"מ סי' ח' דצ"ג ע"ב וא"כ גם דקי"ל בש"ע סי' קצ"ד דגוי אינו קונה ומקנה ליש' אלא בכסף מ"מ הרי כ' שם מרן דכשמשפט המלך לקנות באופן אחר אזלינן בתרייהו דדר"ד ע"ש. וא"כ לפי"ד ה' ז"א הנז' דהעיד שעיקר קנין ערכאותיהן בתוגרמה להקנות בכסף לבד ונמצא דהחוג"י היא שטר הודאה וראיה בעלמא ואינם מתכוונים להקנות בה אין מדקדקים לכתוב בה הפרטים כמ"ש מורם ז"ל ובפרט לדעת הט"ז שם שחלק על הסמ"ע וס"ל דשטרי הודאה אף שמכוין להקנות בהם אין מדקדקין בהם בפרטים ע"ש דודאי בנ"ד אין שום ראיה מהחוג יטיס כלל:

ובלא"ה הדבר ידוע מנהגם של ערכאות בכל החוג"ים שדרכם שלא לכתוב כל המצרים והפרטים רק הבתים וסתמם כפירושם ובמקום מנהג אין כל הדברים הנז' אמורים וכמ"ש מרן ז"ל בס"ס רט"ו וז"ל אף במוכ' ולוקח אין כל אלו הדברים אמורים אלא במקום שאין מנהג וכו' אבל במקום שנהגו שהמוכר כך מכר כך ה"ז מכור וסומכין על המנהג בין בקרקעות בין במטלטלין וזה עיקר גדול בכל מו"מ הולכין אחר לשון ב"א באותו מקום ואחר המנהג עכ"ל. וגם מה שהצריך הרב המבי"ט ח"ב סי' מ"ו להיות המנהג ידוע ומובא בכנה"ג ס"ס רט"ו בהגה"ט שייך גם בנ"ד וכמ"ש הרב המשיב הי"ו כי זה נודע לכל שהערכאות דפה אינם כותבים בחוג"י המצרים ושכן מנהגם לקרות לחצר וכל תשמישי' בכלל בית סתם וע"ע לה' משפט צדק ח"א ס"ס י"ד שנשאל בנדו"ז גופיה דמכר בית ל"מ חצר ואסיק דכשהמנהג למכור בית עם החצר וקרו לה בית סתם ה"ז גם החצר מכור עמה ואנן בדידן בקיאינן במנהגם של ערכאות אלו יותר ממה שבקי בהם ה"ה נ"י כידוע. וא"כ לפי כל האמור נפק"ל דכמהריט"ו יש לו חלק בכל החצר

והם שותפין לחצאין וגם למטוניה דה"ה נ"י דכתב דנ"ד הוא בכלל המוכר בית ל"מ חצר דאנא אמינא לך דליטעמיך נמי הניחא שבעבור זאת לא נחשוב לכמהריט"ו שותף ממש בחצר לחצאין אבל הד"א שלפני פתחו לא תיסק אדעתין שלא יהיו בכלל בית שהרי כתב הרשב"א בתשו' המובאת בב"י סי' קע"ב מחו' ז' גבי דין גוד או איגוד דכל בית שאין לו ד"א לפירוק משא לפני פתחו לא מיקרי בית וא"כ מינה נלמוד דמ"ש בחוג"י בית הוא עם ד"א שלפני הפתח לכל הפחות. ונר' שזהו כונת התוס' שהביא ה"ה נ"י דמסיימת אבל אוירה של חצר מכר לו דהיינו פירוק משא הנעשה באויר ומה שפי' ה' חסדי דוד דקאי על דריסת הרגל הוא דוחק דלא שייך ביה כ"כ לשון אוירה של חצר. ושוב מצאתי כדברי במהר"ש הלוי ז"ל סי' ג"ן שהביא הרב עט"ר הרמ"ז בכנה"ג ר"ס רי"ד סק"ב שהביא ממהר"ש שאלודיש ז"ל דהמוכר בית אף דל"מ חצר מ"מ ד"א הפירוק משא הוא בכלל בית והוסיף לומר דיש לו גם ד"א אחרים במילואה של חצר לתשמיש ולא אמרי' דל"מ את החצר אלא לענין שלא יוכל בעה"ב שקנה הבית לעכב עליו מלהשתמש בה ואף דמהר"ש הלוי ז"ל בסי' ד"ן דחה דבריו והעלה דדוקא דריסת הרגל ליכנס ולבוא הוא דאית ליה ואפי' ד"א של פירוק משא אין לו ומשמע שם ג"כ דאף אם אין בחצר ד"א אינו בכלל בית וגרע מחד ויציע דקי"ל דאם אין בהם ד"א נמכרים בכלל בית אלא הוי כבור ודות מטעם דבית תשמישיה לחוד וחצר תשמישיה לחוד וכו' עש"ב. מ"מ נלע"ד דאילו ראה הרב הנז' דברי הרא"ש שהבאתי לעיל דפ"ק דב"ב שכתב דחצר מתשמישי הבית וא"א זולתו וגם תשו' הרשב"א שהזכרתי בסמוך דאין בית בלי ד"א דפירוק משא לא היה אומר כן. ואמנם עכ"ז גם לדבריו אין סתירה לנ"ד דכאן כ"ע מודו דאית ליה שותפות לחצאין והוא ממ"ש מהר"ש הלוי שם דכ"ז הוא כשבא המוכר לעורר קודם שישתמש הלוקח בחצר אבל אם הלוקח כבר נשתמש ושתק המוכר לא יוכל שוב לעורר עליו דאז מדשתק גלי דחצר נמי בכלל המכר. ועוד כתב שם דאם החזיק ג"ש ובא בטענה אף במה דקי"ל המוכר בית ל"מ את היציע אם החזיק ג"ש ובא בטענה הוי חזקה ע"ש דיליף נמי בזה למוכר את הבית סתם דאם החזיק בחצר ג"ש קנה גם החצר. וע"ש לעט"ר הכנה"ג שהביא כן גם ממהר"ש יונה ז"ל שהסכים לזה ע"ש. וא"כ בנ"ד נמי דאיכא כל הני מילי שנשתמש בחצר וגם החזיק יותר מג"ש ודאי דזה מוכיח שיש לו קנין בגוף החצר למחציתה:

ומ"ש עוד ה"ה להביא ראיה דכמהרי"ט הי"ו אין לו חלק בחצר מדכתוב בחיג'ית השופט שיש למהריט"ו חלק בבהכ"ס וגם מזה יש ראיה וכו' עד דבר זה ע"כ. אי מהא לא איריא דבא לטפויי מלתא דגם העליות יש להם חלק בבהכ"ס כי היכי דלא לימא ליה הר"ז

דאין לו חלק כ"א לכיפות שלמטה וכן נאמר גם לענין המדרגות כיון שיש לו מדרגות גם ב"ה שם במדרגות וחשש פן המלכות תסלק לו המדרגות והבהכ"ס שהם בר"ה וכמ"ש בפסק הרב המשיב הי"ו:

ועמ"ש ה"ה נ"י להוכיח שהממשלה לא באה רק על עסק הכיפות לחודייהו ולא על הד"א של פתח מכח שטוען ר"ז שהיה אז מוחזק בבנין קבוע נגד הפתח בתוך הד"א וגם היום אנו רואין שיש בנין של אבנים נמוך וכו' ועל הבנין מונחים מטלטלי הר"ז וכו'. הנה מאודות הבנין הקבוע שהיה כבר זה לאו מילתא היא שמלבד מה שדחו ע"ז הרבנים יצ"ו עוי"ל דאף חזקת הלול גופה ל"מ דהא בעי' חזקה שיש עמה טענה ומה שטוען ר"ז שקנה החצר מעט"ר הסי' ז"ל אינה טענה דהרי גם הכיפות עצמם לקחם מעט"ר הסי' ז"ל וא"כ כשלקחה הממשלה אותם בודאי שלקחה גם חלק החצר השייך להם וגם מה שטוען שבחוג"י כלו כתוב חצר לזה כבר ביארנו לעיל שאין בחוג"י הוכחה כלל דכונת בי"ר בא"ב כאני"ה לא קאי על החצר. ומ"ש עוד דגם אם לא יברר ר"ז וכו' טוענין ללוקח כיון שידוע לנו וכו' באמת הדבר תמוה דהרי גם הר"י הוא לוקח וטוענין לו שקנה החצר השייך לכיפות ובפרט שהר"י הוא לוקח אחר ר"ז והוא הנקרא לוקח וז"ב. גם מ"ש ה"ה נ"י וז"ל ואף אם נסתפק שמא היה הפקודה גם על הד"א אוקי ארעא בחזקת מרא קמא גם לזאת יחרד לבי דאם נאמר כן מרא קמא הוא המלכות מאחר דאותם ד"א דשייכי לכיפות הם בכלל הכיפות וכשמכרו הכיפות בודאי שמכרו הד"א להרי"ט והרי לו חזקה שיש עמה טענה גמורה. ואף שיהיה ספק אם מכרו לו גם הד"א מאחר שיש עדים לחזקת הרי"ע בהם אז לא מוקמי' להו בחזקת הר"ז וכדמשמע בתשו' אבקת רוכל למרן ז"ל סי' קע"ט דבמילתא דעבידא לגלויי ובאו עדים עליה לא אמרי' אוקי ארעא בחמ"ק ע"ש:

גם מ"ש ה"ה נ"י עוד דא"כ הוא הד"א ת"י הממשלה בעת שקנה הר"ז את החצר א"כ אחרי שנתנה הממשלה חוג"א עה"ח גם הד"א הם בכלל וכו' ואי מהא לא איריא דאדרבא הד"א הם בכלל הבית כמש"ל משם הרשב"א א"כ המלכות כשלקחה הכיפות לקחה גם הד"א השייכים לה אפי' למטוניה דמר ולדידן כבר הוכחנו שגם חלק החצר שאחר הד"א של פריקת משא הוא קנוי לכמהריט"ו הי"ו. ומ"ש עוד דמלכותא ל"מ עצמה הדרנא וכו' וכוין שכתבה חוג"א להר"ז עה"ח הרי גם הד"א בכלל וכו' כבר כתבנו סתירת זה דבחוג"ית הר"ז לא כתוב חצר בפי' ומצרים הרחיב לו וגם אין הד"א בכלל חצר רק בכלל הכיפות וכמש"ל:

ומ"ש עוד ה"ה נ"י דבפתח ליכא טענת האפלה כי אם כשאין להבית אורה מצד אחר כ"א מהפתח כמ"ש הריב"ש הביאו הב"י סי' קנ"ד וכו'. הנה הרואה יראה בהריב"ש שם

דלא הוצרך לומר שאין לו אורה מצד אחר כ"א מטעם דאיירי באופן שבלא"ה לא היה מקום ד"א פנוי מהפתח והלאה דאיירי בשיש מכבר כותל גבוה בתוך ד"א של הפתח ולכן הוצרך הריב"ש לומר דפתח זה שאין לו אורה מצד אחר דין חלון יש לו אבל אם היה המקום פנוי ואין שום בנין בתוך הד"א של הפתח הא ודאי דאין חילוק בזה בינו לחלון דאף כשיש לו אורה מצד אחר לא יוכל לבנות כנגדו תוך ד"א של הפתח וכדס"ל להריב"ש גופיה שהביאו מרן בתשו' אבקת רוכל ס"ס קכ"א דפי' דעת הרמב"ם דאף כשיש לו אורה ממקום אחר לא יוכל לבנות כנגדו כ"א בריחוק הד"א ובפרט דנ"ד נמי אין לו אורה ממקו"א מיקרי שהרי החלון שבכיפה הרי הוא כסתום מאחר שבתוך הד"א שלו בנוי בית של ר"ז הי"ו וא"כ גם אם יהיה האופן שכנגד פתח הכיפה יש בנין גבוה ד"א או יותר לא יוכל להוסיף ולהגביה כיון שאין לכיפה אורה מצד אחר וכנדון הריב"ש וכו' ומכ"ש דבנ"ד ליכא בנין גבוה ד"א נגד הפתח דודאי לא יוכל לבנות כותל נגד ועוד הרואה יראה לה' לחם שלמה דקי"ג ע"א שהביא דברי הריב"ש הנז' והק' עליו מתשו' הרא"ש דס"ל דכל שהוא בנוי כותל מכבר בתוך ד"א יכול להוסיף עליו ותי' דהריב"ש איירי באופן שהכותל נמוך מן הפתח שכנגד הפתח הוא אויר פנוי וכו' ולכן אסר הריב"ש להאפיל עליו בהוספתו לכותל בהגבהתו ע"ש וא"כ ממילא נובין ונדון לנ"ד במכ"ש דאפי' בנדון הריב"ש ז"ל דאיירי שהפתח גבוה מהארץ הרבה עד שהוא כחלון דאז אין בו פריקת משא סמוך לפתח רק דין מאפיל אורה לבד ואפי"ה אסר הריב"ש להוסיף להגביה על הכותל משום דמאפיל וא"כ כ"ש בנ"ד דאיירי' בפתח הסמוך לארץ ופנוי כנגדו דיש בו דין פריקת משא דצריך לו ד"א לפירוק משא וגם דין האפלת אורה דודאי א"י לבנות כנגדו כלל. ושו"ר שדיברו מזה הרבנים המשיבים הי"ו ככתוב בדב"ק:

וע"ש עוד בלח"ש דקי"ד ע"ג שהביא ד' מהרש"ך ח"ב סי' קע"א וז"ל ובאמת כי מתחי' פקפקתי שלא היה בנ"ד מקום לפסוק להרחיק ד"א מצדדי הפתח יען כי אפשר שהיה לבית אורה מצד אחר והאמת אצלי כי עיקר הכנסת אורה לבית ז"א כ"א מהפתח הפתוח לצד מזרח כי הן אמת שיש לבית זה חלון מצד אחר לצפון וכו' ומלבד כי האורה הנכנסת לשם היא מועטת עתה מקרוב דעתו לסותמה וכו' ע"כ והק' עליו הלח"ש שם ב' קושיות דהרי מהריב"ש הנז' משמע דאם יש לה אורה אפי' כל דהו מיקרי יש לה אורה ושם תי' לזה דצ"ל בדוחק דכיון שהאור הנכנס משם הוא מועט כמי שאין לו אורה ממ"א דמי, ועוד הק' עליו דמה הועיל במה שדעתו אח"כ לסותמה הרי הוא פתוח ע"ש, ולי נראה דקו' חדא מתרצת חבירתה דודאי מהרש"ך ז"ל הוה סגי ליה הטעם האחד לבד דכל שהאור הנכנס מהחלון יש כנגדו כותל תוך ד"א שלו הרי הוא כסתום וכמי שאין

לו אורה כלל דמי וכמו שיר' המעיין שם בהרש"ך דאיירי שהחלון ההוא יש כנגדו כותל גג אחד סמוך לו וכנד"ד ולהכי קאמר כיון שהוא סמוך לו חשוב כסתום ול"כ הטעם השני דדעתו לסותמה אלא להוסי' נופך שאז אין אוא"ד להיות בו אור כלל ונמצא דגם מהרש"ך עיקר סמוכין דיליה על הטעם הא' וכמ"ש ג"כ הלח"ש גופיה שם ומזה יצא לנו ג"כ לנ"ד הוכחה גמורה דהאור הנכנס מחלון שסמוך לו כותל הבית הוא כסתום ונמצאת כיפה זו אין לו אור ממ"א כלל:

ומה שדימה עוד ה"ה נ"י נד"ז לפי שיטתו לדין אחים שחלקו והמוכר לשנים בב"א דאין להם חלונות זע"ז וכו' ובזה י"א דל"מ חזקה אח"כ רק הרשב"א וכו' מיהו טענה בעי וכו' והר"י הנז' אינו טוען שום טענה וכו' ע"ש ולזה כבר כתבנו שהרי טען בפני ב"ד שיש לו שותפות בחצר מחמת קניית הכיפות מכח מה שהחזיק במלאכת הכביסה וכו' ומכ"ש לד"א שלפני הפתח שטוען שהם בכלל מקנת הכיפות ואעיקרא דדינא שכתב דרק הרשב"א הוא דס"ל דמהני חזקה אח"כ הוא פלא שהרי רוב הפוס' אזדו כשיטתיה:

מעתה ניהדר אנפין להשיב על מ"ש כת"ר עוד בפסקו האחרון, שבו האריך להשיג על פס"ד של הרב המשיב הז"ו אשר יכנהו כת"ר בשם ההוא מדרבנן, וע"ד דייני הצדק הספרדים הי"ו (תשובתו זאת נאבדה ומתוך תשובתי על הדבר, יובנו טענותיו) הנה מה שהשיג בראשונה עמ"ש בפס"ד דההוא מדרבנן יצ"ו דיש לו לכמוהרי"ט נ"י חזקה מצורפת לטענת שלקחה מן הגוי וכו' וע"ז כתב רו"מ נ"י דמה הי"ל לכתוב ד"ז שמבואר להדיא בגמ' ב"ב ל"ה דיש' הבא מחמת גוי הרי הוא כגוי דאין לו חזקה אלא בשטר וכו', ואחהמ"ר מי לא ידע בכל אלה דודאי אם באנו לדון אחר חצי החצר מכח חזקת הגוי לבד אנה"ן שייך בזה לומר דין הבא מכח גוי וכו' אמנם מאחר שהגוי עצמו קנה מישראל הר' יצחק אשכנזי נ"ע כנודע וראינוהו שהיה משתמש בחלק החצר השייך להכיפות מזה יש הוכחה דקנה את החלק ההוא מישר' ולא נחזיקהו בתורת אלם לומר שלקח החלק ההוא באלמותו וה"ז דומה למ"ש הרשד"ם סי' ער"ב המובא בפס"ד הנז' שהוכיח מכח פתח הפתוח לחצר דטוענין ללוקח שבודאי יש לבעל הפתח חלק בחצר בשותפות מכח המוכר הראשון וזכו בה האחרונים ע"י השתלשלותה זמ"ז דמה מכר א' לשני כ"ז שתבוא לידו. ועוד אעיקרא דמילתא לא כתב בפס"ד הנז' דטענת מהרי"ט הי"ו היא מכח גוי רק לרווחא דמילתא שהכל יודעים זה שהגוי היה משתמש אמנם גם בלא"ה גם הישראל הראשון שמכר לגוי היה משתמש בחצר כנודע עפ"י עדים, ועוד הדבר מובן מאליו לפי מה שנודע שהיה מסתתר לאצור חטים בכיפות אלו ומתחלה לא היה פתח לכיפות מצד רה"ר רק פתח החצר לבד ולעולם היה מניח שקי החטים בחצר לפני פתח הכיפות ואין

מוחה בידו ואולם לא הוצרכתי לכ"ז רק להודיע שאין די"ז דבא מכח גוי שייך בנ"ד גם לשיטת רו"מ נ"י אכן לפי"מ שנבאר להלן שאין ראיה ברורה ביד זאיידי נ"י שחלק החצר של הכיפות שייך לו וא"כ לפי"ז ל"ש בזה הדין הנז' וכמבוא' בהרמ"ה פ' חזקת הבתים סי' ס"ח וז"ל אבל אם אין ראיה לתובע שהיא שלו אעפ"י שטוען ברי שהיא שלו לא אמרי' בזה בו"ש בריא עדיף ואין מוציאין אותה מיד הנתבע דומיא דמנה לך בידי והלא אומ' א"י ע"ש, וכתבו ה' ערך השולחן סי' קמ"ט סק"ט, וכ"מ בפשיטות מלשון הפוס' והש"ע שכתבו בזה"ל קרקע הידוע של ישראל וכו' עי' בדבריהם ז"ל.

ומ"ש עוד ובנ"ד יש עוד טעם נוסף דחזקת הר"י בחצר ל"ה חזקה וכו' ובזה הביא רמ"א בסי' ק"מ סי"ג דגם דריסת הרגל דבעלים מבטלת החזקה וכו' ומ"ש ההוא מדרבנן לחלק בשם הב"ח על הטור לחלק בין בית לחצר אמת וכו' אולם בתשו' כתב וכו' ובאמת הט"ז סי' ק"מ סי"ג תי' באו"א ושוב אין הכרח לחילוק הב"ח וכו' אחהמ"ר המעיין היטב בט"ז סי' ש"מ בעיניו יראה דשייך נמי חילוק הט"ז בנ"ד דעיקר תירוצו שם הוא לחלק דאם המחזיק כונתו להחזיק בכל החצר או הבית אז דריסת הרגל דהמערער או שימושו במקום מסויים בחצר שהיתה ידועה לו בבירור מבטלת חזקת המחזיק אחר שכונת המחזיק להחזיק בכל החצר או הבית מכח מה שלא מיחה בו בעל החצר ולזה כשטוען המערער שהיה לו עליו דריסת הרגל ולכן לא מיחה בו א"כ נתבטלה חזקתו גם במקום שלא דרס רגל המערער בו, אבל בההיא דהמעמיד בהמה במקום מסויים ורוצה להחזיק רק במקום ההוא דוקא לא אתי דריסת הרגל דמערער שיש לו במקו"א ומבטלת חזקתו במקום ההוא דלא קרב זה אל זה כלל זהו תוכן כונת הט"ז שם, וא"כ בנ"ד נמי שאין כמהריט"ו הי"ו טוען להחזיק מכח חזקתו רק על חצי החצר שמשתמש בו הוא לבד ואין לזאיידי עליו שם אפילו דריסת הרגל שאין לו פתח בית ליכנס דרך שם א"כ שפיר הוי חזקתו חזקה ומשה"ק רו"מ נ"י עוד ע"ד ההוא וכו' שכתב דהנתה"מ ס"ל נמי כחי' הב"ח בין בית לחצר ממשה"ק הנתה"מ גופיה לדברי הרשב"א כו' הדין עמו בזה:

ואמנם מ"ש דהב"ח ז"ל תבר לגזיזיה בתשו' דשם לא ס"ל כחילוקו שכתב בפי' על הטור וכו' אהח"מ לא עיין יפה בזה והא ודאי דרו"מ הטעהו לשון השטה הנז' בתשו' הב"ח סי' ז' דאיירי ברו"ש הדרים בשני בתים בחצר אחד ועכ"ז אסיק מטעם זה דהנתה"מ וש"פ ז"ל דאין חזקת המחזיק חזקה ומזה דן רו"מ שחזר בו הב"ח מסברתו הכתובה בפי' הטור לחלק בין בית לחצר. אכן לכשתידוק מהא לא איריא ופלא על רו"מ דאישתמיט ליה דברי הב"ח בתשו' הנז' דשו"ט בזה וסו"ד מייתי להחילוק הנז' וכ"ע שהוא העיקר כמו שיעוש"ב, וא"כ ע"כ לומר דנדון הב"ח בשאלה לא איירי בבתים פתוחים לחצר רק איירי

באופן שהבית של המחזיק אין לה פתח לחצר שהחזיק בה המחזיק רק כותל אחורי הבית פונה לחצר אבל פתחה פתות לחצר אחרת או לרה"ר והמעיין היטב בתשו' הב"ח שם בעיניו יראה ולבבו יבין דקושטא הכי הוא דנדון שאלתו בהכי איירי מכמה דיוקים ברורים אין צורך לבארם. ונמצא דגם הב"ח בתשו' אדרבא מאשר ומקיים לחילוק הנז' והוא העיקר לדעתו כמבואר שם. ובלא"ה לפי מה שיתבאר להלן דאף שלא יהיה ברור שחזקת מהרי"ט הי"ו חזקה גמורה עכ"ז גם כן אינו מבורר שהחלק ההוא השייך לכיפות הוא להר' זאיידי הי"ו ועליה אנו דנים כמ"ש להלן. א"כ אין דברי רו"מ בזה צודקים כלל דאף הפוס' דמרעי חזקת המחזיק מכח מה שגם המערער משתמש עמו זה אינו רק כשברור לנו שהחצר הנידונית או הבית ברורה וידועה להמערער וזה בא להוציא מידו משא"כ אם מסופקת לנו אם היא של המערער בבירור בכל אופן חזקת המחזיק חזקה גמורה היא, וכבר רמז לזה ההוא מדרבנן הי"ו בפסקו בשם מהרימ"ט וש"פ ז"ל וכ"מ מדברי הט"ז הנז' ע"ש, וכ"כ מהרשד"מ סוס"י ער"ב להדיא וזה מוסכם מכל הפוס' ז"ל בפשיטות. וכבר ידעתי דרו"מ לא השגיח ע"ז מטעם דמסיק להוכיח דידוע לנו שהחצר היתה ידועה להר"ז הי"ו וזה לא ניתן ליאמר כמו שיתבאר. ואדרבא לפי"מ שנוכיח גם שלא יהא למהרי"ט חזקה כלל מאחר שמסופק לנו למי שייך חלק החצר השייך לכיפות מוקמינן לה בחזקת מרייהו קמא דהיינו הכיפות שהחלק שייך להם הרי הוא בחזקתם והזוכה בהם זוכה בחלקם:

ומ"ש עוד דאין יכולת ביד שרי המלוכה למכור מהחצר כלל לא כולו ולא מקצתו כיון שזכה בו הר"ז וכו' הרי מכרו דבר שאינו שלהם וכו'. הא לאו מילתא היא דמהרי"ט טוען ששטר מכר הניתן להר"ז מהסי' ז"ל כתוב בו בפי' שלא מכר לו באחריות של אינם ב"ב וכ"ש של הממשלה יר"ה כאשר יגיד עליו ריעו השטר של ר"א ן' טובא הי"ו שהיה שותף דהר"ז הי"ו חלק כחלק. וגם יש שני עדים ע"ז ששמעו מפי הסי' ז"ל שאמר להם דטעמו שמכר להר"ז הכיפות בזול הרבה הוא מחמת שיודע שעתידה המלכות יר"ה עפ"י הרוב שתקח אותם ואומדנא דמוכח ג"כ יש לזה שלעולם שטרי המכירה נכרכים יחד ומיזדהר בהו ומאחר שהראה הר"ז השער שניתן להסיניור ז"ל מהמוכר הראשון הא ודאי שגם השטר השני הוא אתו עמו וממה שלא רצה להראותו איכא אומדנא מזה שיש לו בו חובה ממה שכתוב בו בפי' העדר האחריות מהמלכות יר"ה וא"כ על הר"ז להביא שטרו או עדים שקנה באחריות המלכות יר"ה וא"כ לפי"ד מהריט"ו הי"ו יכולים שרי המלוכה יר"ה למכור חלק חצי החצר כרצונם דאם אין להם רשות היאך מכרו אף את הכיפות. ומ"ש עוד דאף שיהיה ספק על הפקודה אם באה גם על החצר וכו' לא פקע

זכותו של הר"ז מספק דהמוציא מחבי' ע"ה וכו' הא נמי ליתא דמאחר שאין אנו דנים רק על חלק חצי החצר ולא גם על הכיפות א"כ כיון שהחלק ההוא שייך לכיפות אדרבא נימא דלא פקע זכות הכיפות מחלק החצר השייך להם ואוקי ליה בחזקתייהו דאינהו מרא קמא טפי מהר"ז וכמ"ש לעיל. ומה שתמה עוד על הבד"ץ יצ"ו שכתבו דהממשלה לא הסכימה רק על הבתים של הר"ז ולא על שטח החצר דאיזה סברא מצאו לזה וכו'. טעמם הוא מכיון דהכיפות היו בנוים מקדם קדמתה מהבנינים העתיקים ומתחלה זכו בקרקע שלפניהם אבל הבתים דהר"ז אינם עתיקים כ"כ אלא נבנו עפ"י פקודת הממשלה שגזרה אומר לכל החוסים בצלה שיבנו בתים להוצאתם בקרקע המלכות להיות להם לדורות עולם ולכן זכה הר"ז בבתים שלו יען זכה בהם הבונה אותם הראשון ואין כח בשרי המלוכה למוכרם משא"כ הכיפות שהם של הממשלה יר"ה וגם החצר שהיא קרקע עולם ולא נבנה בה בית א"כ יכולים למוכרם כרצונם. ומשה"ק עוד על הבד"ץ יצ"ו שפירשו תיבת כאנ'ה על הבית לבד ולא על החצר דהרי יש בחצר ב' בתים וכו'. כ"ז ליתא שרו"מ כתב זה מחמת שלא ידע הדברים על בוריין כי באמת בתחי' לא היו שני בתים רק בית הגדול לבד אבל הקטן בנה אותו הר"ז להוצאתו ויש עדות גמורה ע"ז ג"כ ואתי שפיר תיבת כאנ"ה בלשון יחיד דקאי רק על הבית הגדול דהר"ז הי"ו. ומ"ש עוד דאין לומר ג"כ שמכרו רק חצי החצר לבד להר"ז דהו"ל לפרש דודאי המוכר דבר לא נאמר שמכר רק חצי דבר וכו'. אין מזה שום ראיה דבשלמא אם אין הכיפות כלל רק בתי הר"ז לבד ובא מערער לערער ליקח חצי החצר אנה"ן שנאמר דאין חצי דבר יתפרש על דבר שלם אבל בנ"ד שהחצי חצר שייך לכיפות וחציו שייך לבתי הר"ז הי"ו. על כל חצי השייך לכל אחד מהם יקרא חצר סתם דהו"ל כשני חצירות חלוקים ועוד מאחר דלא כתיב חצר בפי' רק כאנ"ה יתפרש שפיר הבית עם חלק החצר השייך לה וזה פשוט וברור, ומ"ש דעכ"פ הוי כספיקא דפלוגתא (אי כהב"ח דיש חילוק בין בית לחצר אי כהט"ז והנתה"מ דאין חילוק ביניהם) בחזקה והוי מחזיק מוציא מחבירו ועליו הראיה וכמ"ש הכנה"ג וכו' הנה לפי"מ שנבאר דאין להר"ז בירור שהחצר כולה שלו א"כ אין בזה דין מוציא ואדרבא הוי הר"ז מוציא חלק החצר השייך לכיפות מחזקת מרא קמא דהיינו המלכות שמכרו הכיפות למהרי"ט הי"ו ומה מכר ראשון לשני וכו' והוי מהרי"ט מרא קמא טפי מר"ז וזה ברור ואף אם יהיה ספק לנו מי הוא מרא קמא המחזיק שהוא מהרי"ט הוי מוחזק ואידך מוציא מיקרי ובפרט שהר"ז בא להזיק להרי"ט הי"ו ובכה"ג לכ"ע המחזיק שניזק הוי מוחזק דעד כאן ל"פ הפוס' ז"ל בדיני נזקי שכנים אם המזיק הוא מוחזק או הניזק כי אם בעושה בשלו ולהכי ס"ל לאיזה פוס' דמזיק מיקרי מוחזק

וכמבואר במט"ש סי' קנ"ד הגה"ט סקמ"ה שאסף וקבץ סברות הפוס' בזה ע"ש משא"כ כשמסופקים בגוף הקרקע למי הוא כ"ע מודו דהניזק הוא מוחזק כמ"ש במט"ש שם סקמ"ו בשם הרב בני אברהם והפמ"א ז"ל וכ"כ מהרח"ש ח"א ס"י וה' לחם שלמה דקל"ו ע"א והסכים כן בד"ה אמנם ע"ש:

ואעיקרא שהביא רו"מ הי"ו להסתייע מהכנה"ג לא ידעתי איה מקום כבודו דאדרבא בכנה"ג שם הגה"ט ס"ק י"ד בשם מהרש"י הביא דבפלוגתא דרבוואתא אמרי' ארעא היכא דקאי תיקום וכ"כ רשב"ם בב"ב דל"ב ע"א ע"ש בתוס' והסכימו לדבריו רוב הראשו' ואחרונים ז"ל ועיין בתשו' למהר"י כולי ז"ל בסו"ס עזרת נשים סי' ב' כתב דסוגיין דעלמא אזלא הכי וכ"כ המע"ש סי' ק"מ הגה"ט אוי"ז ובנדיב לב ח"ב סי' ז"ך כתב דבאזמיר הסכימו הרב בתי כהונה ודעימיה וקבלו עליהם לדון כן ובחקקי לב ח"מ סי' פ"ד פ"ה האריך בזה וכן בחיים ושלום סי' כ"ט ל' והביא מכמה פוס' ז"ל שהסכימו לזה ושכן דעת מרן ומורם ז"ל כ"כ מרן בתשו' אבק"ר סי' קכ"ו להדיא ומעתה אני תמה על רו"מ שכתב בזה"ל, ובספק חזקה הוי המחזיק מוציא וע"ה כמ"ש הכנה"ג וכו' וסברא זו כתב ג"כ הט"ז בסי' קנ"ד וכו' והש"ך וכו' ואף דשם הוי ספק דמציאות ובנ"ד הוי ספיקא דפלוגתא מ"מ לא מיסתבר לחלק בהכי וכו'. וזה פלא שכותב בפשיטות מלבו דברים העומדים במחלוקת בין הראשונים ה"ה התוס' ורשב"ם בב"ב דל"ב ד"ה והלכתא וזולתם ובין האחרונים כולם ובפרט שהסכימו היפך דעת מר וכמ"ש בסמוך ואף הריטב"א גופיה שהביא הש"ך סי' קנ"ד ס"ק י"ד שהזכיר מר דס"ל דבספק מציאות מוקמי' ארעא בחמ"ק ס"ל דבפלוגתא דרבוואתא היכא דקאי תיקום וכרשב"ם ז"ל שם וכמו שהביא ה' מורה צדק ס"ס קמ"ו ורס"י ק"ן המובא בחפץ חיים רס"י ן' שכ"כ בשם הריטב"א להדיא ע"ש:

ומ"ש להוכיח דזכה הר"ז בחצר מתחילה מכח מה שבודאי שכתוב בשטר שנתן הסי' ז"ל להר"ז של יצטרך לשום זכיה וקניה בעולם כנהוג בשטרי פעה"ק טבת"ו ולכן גם בלי החוג'יט זכה הר"ז בחצר וכו' וכמ"ש בתשו' חשק שלמה וכו'. הנה לפמ"ש בסמוך דהריט"ו הי"ו טוען שיש לו זכות בשטר ההוא באומרו שכתוב בו בפי' שהסי' לא קיבל עליו אחריות שאינם ב"ב וכו' כמש"ל א"כ כשבאו שרי המלוכה ולקחו הכיפות עם החצר נתבטל המכר למפרע וזכה בהם הקונה מהם דאל"כ גם על הכיפות נאמר שלא כדין זכה בהם מהרי"ט הי"ו, ועוד נלע"ד דמה שכותבים הלשון הנז' בשט"ד שלא יצטרך וכו' אינו אלא לשופרא דשטרי דאם כונתם להתנות כנז' א"כ למה לוקחים אח"כ החוג'יט ומצריכים הלוקחים להמוכר ליתנה להם אחר שלא יצטרכו עוד לה ואדרבא אנו רואים שאף שכותבים כן בשטר לא סמכא דעתייהו עד שיקחו החוג'יט ובפרט לפמ"ש

מהרלנ"ח ז"ל ומובא במהריק"ש ח"מ סי' ס"א דכל תנאי שהוא היפך הדין צריך להיות מפורש היטב בלשון השטר באופן שיובן שכך קבלו עליהם המתנים שאם וכו' ע"ש, וכ"כ הג' באר שבע בשו"ת סי' ט"ל עש"ב, וא"כ ה"נ תנאי זה שלא יצטרך לחוג'יט איננו לפו"ד דקי"ל דינא דמלכותא דינא וכמ"ש מרן בשה"ט סי' קצ"ד דאם משפט המלך שיקנו כי אם בשטר או וכו' צריך לדון כמותם בזה ע"ש וכ"כ בשו"ת חשק שלמה הנז' עש"ב, וא"כ תנאי זה שהוא היפך הדין צ"ל מבורר ומעו' היטב בשטר שלא נאמר דלשופרא דשטרא נכתב לשון הנז' שלא יצטרך לשום קניה וכו' ועוד הרואה יראה להפוס' ובפרט לכנה"ג וחשק שלמה ומט"ש סי' ס"א שהאריכו בכמה חילוקים לתרץ תשו' הרשב"א דסתרי אהדדי בלישנא יתירה בשטר אי אתי לטפויי במילי דלא אידכר בש"ס וסו"ד מסקנת הפוס' ז"ל דלהוציא מיד המוחזק לא דרשי' לישני יתירי מדעתינו ולהחזיק דרשי' כדעת הרדב"ז המובא שם ובפתחי תשובה שם וסי' י"ג ס"א בשם הנוב"י ז"ל ג"כ וא"כ ה"ן נימא דמאחר שחלק החצר שייך לכיפות דאינהו מרא קמא כשהוציאו שרי המלכות את הכיפות מהר"ז מסתמא נמי דחלק החצר גריר אבתרייהו וע"י לישנא יתירה של השטר בא להוציא החלק ההוא מיד בעלי הכיפות בהא לא דרשי' לישנא יתירה כנז' ובפרט לפמ"ש בסמוך דטוען מהרי"ט שבשטר הניתן להר"ז מהסי' ז"ל כתוב בפי' שלא באחריו' ב"ב ואומדנא דמוכח נמי איכא ממה שלקחו הכיפות ואין מוחה בהם א"כ ה"נ חלק החצר דידהו נגרר בתרייהו ובזה אין מקום ג"כ למה שסיים רו"מ דאפי' שלא יהא ברור לנו שהכשירו הערכאות חוג'יט דהר"ז הי"ו כל שא"י בבירור שפסלוהו אין ס' זה מוציא מידי ודאי וכו' כיון שנשלח המושל לכך שיהיו כל מעשיו קיימין ואז היו שטריו בחזקת כשרות וכו'. דלפי האמור ל"ד כלל דאין זה ספק אם פסלוהו כ"א קרוב לודאי דמאחר שפסלו מקנת הכיפות והוציאום מידו הא ודאי דגם חלק החצר הוציאוהו כיון דשייך לכיפות ואפילו יהא ספק שקול אוקי ארעא חלק החצר ההוא בחזקת מארא קמא דהיינו המלכות בעלי הכיפות לא ביד הר"ז שהוא אחרון להם וכמש"ל:

ומה שחזר עוד לדייק מכתיבת המדרגות בחוג'יט ולא איישר בעיני ד' הבד"ץ יצ"ו דנכתבו לטפויי שלא יגעו בו לרעה, מכח דיותר טוב הי"ל לכתוב שיש לו חלק בחצר וכו'. באמת פלא ע"ד רו"מ דמאי קאמר הלא גם בחצר השותפין קי"ל דלא יוכל להוסיף בית וכיוצא מטענת שלא להרבות בדיורין וא"כ גם שיכתוב שיש לו חלק בחצר ויהיה שותף בה עם הר"ז הי"ו אם יקומו שרי המלוכה להסיר להרי"ט הי"ו את מדרגותיו שבחצר העליונה הקבועים ברה"ר דאז יוכרח מהרי"ט ליכנס ולצאת דרך המדרגות שבחצר זו שאנו דנים עליה יוכל הר"ז לטעון דאין לו רשות מכח שמרבה בדיורין דהו"ל כשותף

שיש לו בית בחצר השותפי' שפתחה פתוח לרה"ר דקי"ל שיכולים השותפים לעכב עליו מלעשות פתחה לחצר השותפין מטעם מרבה בדיורין. ובזה אזדא לה נמי מ"ש רו"מ נ"י להוכיח מההיא דאין בכלל אלא מה שבפרט כאומר נכסי סתם וכו' דלפמ"ש ל"ד כלל דהכא איצטריך לכתוב מדרגות כנז'. ובפרט לפמ"ש ההוא מדרבנן יצ"ו בשם הרב בעי חיי ז"ל דלא דייקינן בשטרי ערכאות כשט"ד א"כ אין מכל דקדוקי רו"מ בחיג'יט שום ראיה:

ומה שהביא עוד ד' הבד"ץ הי"ו שתמהו דאיך אפ' שבתים של המלכות הפתוח פתחים לחצר שלא יהיה להם חלק בחצר ותמה רו"מ דאדרבא איפכא מסתברא וכו' והאריך בזה בדברים עמוסים ותוכן דבריו דמאחר שהכיפות הם בנויים מזמ"ר ושייכי להמלכות מכח שהם בנינים עתיקים משא"כ החצר ובתי הר"ז נבנו עפ"י הוצאות המייסדם בגזירת המלכות בטוב חסדה שכל מי שמייסד ובונה זוכה בקרקעיתה וא"כ בעין יפה נותנת ואף שהיה חלק בחצר משועבד לכיפות עכ"ז נתנתו בעין יפה להבונה וכו' ככתוב בד"ק באורך בזה. ובאמת כל דברי רו"מ בזה אינן אלא דברי נביאות ולא ניתנו ליאמר וכ"ש ליכתב ועם שבלי אריכות כל אשר עיני בשר לו יכיר האמת כי יש לדחותם בקש ובנילי דחטיתא מ"מ לא אכחד מלהודיע דאישתמיט לרו"מ דין ערוך בש"ס ופוס' ובש"ע סי' קנ"ה סי"ג י"ד דשנים שלקחו קרקע מהשר כשבא לבנות הא' כותל נגד כותל חבירו צריך להרחיק ד' אמות ממנו משום דוושא דכותל וכו' ומשמע ודאי דאיירי אף בלקחו שניהם בבת אחת וכ"ש אם בעל הכותל הראשון לקח מקודם וכמבואר שם בב"י. ואפי"ה לא אמרי' דיוכל הבונה לבנות סמוך לכותל הראשון מטעם דהמוכר בעין יפה מוכר וכ"א יעשה מה שלבו חפץ וכמו בקונים מלקוחות והא לך לשון הה"מ המובא בב"י שם ויש מקשים במה נשתעבד ראובן לשמעון בהרחקה זו ופי' שהמשנה איירי דוקא בלוקח מן המלך דבסתמא נשתעבדו לו ד' אמות חוץ לכותלו לדוושא וחבירו הלוקח מן המלך צריך להרחיק ד"א שכבר נשתעבדו לו וכ"כ נ"י בהסכמת האחרונים וכו' ע"ש, הרי דבלוקח מהמלך שייך יותר לומר דהבונה הא' שיעבד לעצמו ד"א הצריכים לכותלו לדוושא וא"כ מכ"ש לדין חלונות ופתחים דאף בלקוחות דעלמא יכול לעכב על שכנגדו מלהאפיל תוך ד"א דחלונו א"כ ק"ו ב"ב של ק"ו בלוקח הראשון מהמלך דשייך לעכב על שכנגדו יותר:

ומאחר שזכינו לדין יצאתי לידון בדבר חדש בנד"ד שלענד"ן דמלבד מאי דבעי הר"ז להרחיק ד"א מנגד פתחו של כמהרי"ט הי"ו גם שלא נדונם כשותפין וכדעת רו"מ נ"י וכמו שהוכחנו. זאת ועוד גם אם לא היה פתח ההוא למהרי"ט הי"ו יתחייב הר"ז הי"ו להרחיק הד"א משום כותלו של הכיפה והוא מדין דוושא דכותל הנז' שם שהרי ברמ"א

שם כתב דבית דירה דינו ככותל ואפי' בעיר ישנה צריך להרחיק והיא דעת ר"ת שם באין חולק וא"כ בנ"ד דבא הר"ז לבנות נגד כותל בית דירה ושניהם לקחו מן המלך יר"ה ומה גם כי מהרי"ט הי"ו לקח מקודם מכח השתלשלותם זא"ז וקודם שזכה הבונה בתי הר"ז הי"ו היה מקום החצר של עכשיו אדמת עפר חלקה ומאז ומקודם זכו הכיפות בד"א לדוושא דכותל דידהו ואין מי שיוכל לערער על זה ואעפ"י שהחזיק הר"ז בבנותו הבית הקטן תוך ד"א של כותל הכיפה מצד אחד מ"מ למה שהחזיק החזיק ומאחר שעדיין מסוף נגד כותל בית הר"ז הנז' יש עוד ד"א ברוחב הכותל עד מקום המעבר הנה הוא נחשב לכותל בפ"ע ואף הרמב"ם דס"ל דאין בכותל פחות מד"א דין דוושא כמובא בטור שם והסכים הראב"ד לדבריו ע"ש מ"מ בזה יודו דהא איכא מלבד מקום חזקת הר"ז עוד ד"א לרוחב כותל הכיפות ואף שכתבו הטוש"ע בסי' קנ"ה ס"ט דיש מי שאומר דכל ההרחקות הם רק לכותל של לבנים ולא של אבנים מ"מ מהא לא איריא דמלבד שדעת הרמב"ם והר' יונה דגם בכותל אבנים דינא הכי והביאם הש"ע בויש מי שאומר בתרא דהלכתא כוותייהו, עוד זאת דהרי כתב הסמ"ע שם שלא נחלקו אלא בהרחקות שמרחיקין משום פסידא דכותל וכו' לאפוקי ההרחקות שהם משום דמתמוטט יסוד הקרקע על ידם כ"ע מודו דגם בשל אבנים צריך להרחיק ע"ש, וא"כ ה"נ הרחקת דוושא דכותל לאו משום כותל רק משום יסוד הקרקע כמבואר בלשון הפוס' שם והש"ע בפרט שכתב בזה"ל כדי שידושו בו רבים ותתחזק הארן ע"ש:

ומה שדימה נד"ד למ"ש בש"ע סי' קנ"ד סכ"ז במכר או נתן החצר ושייר הבית לעצמו דרשאי הזוכה בחצר להאפיל נגד חלונות הבית מטעם דבעין יפה וכו' אינו דומה כלל דהתם ביאר המוכר או הנותן שהקנה החצר כולה בפירוש וגם שאמר לו חצר סתם כונתו על כל החצר דאין חצי חצר סובל מלת חצר ולכן הו"ל כאילו מחל לו בפירוש אויר חלונות הבית שלו שיוכל להאפילם אבל הכא כשהטיב חסדו המלך יר"ה לתת קרקעותיו לבונה אותם הנאמר שמפני זה הפסיד הקרקעות שמכר לאחרים ג"כ א"כ אם יבוא איש לבנות קרקע חלקה המכורה מכבר לאחר הנוכל לומר שיזכה הבונה בה זה לא ניתן ליאמר כלל, וה"נ בנ"ד איך נאמר שמסתמא בהטבת חסד דהמלך יר"ה שנתן קרקע שבנה הר"ז בה את ביתו הפקיע חלק החצר המכור מכבר לבעלי הכיפות ולטעמיך למה לא נאמר בדין ההוא דדוושא דכותל הנז"ל שכשמכר או נתן המלך יר"ה להשני הקרקע לבנותה מכר ונתן לו גם הד"א שלפני כותל הראשון המשועבדים לו מקודם וכן בהך דינא המבואר בש"ע סי' קנ"ד בבעל החלון הבא מחמת גוי שיוכל בעל החצר שכנגדו להאפיל עליו נתבאר שם דאם בעל החלון קדם לבעל החצר או אף אם יש ספק מי

קדם לא יוכל בעה"ח להאפיל כ"א בריחוק ד"א והא ודאי דאיירי שם גם אם בעל החצר לקח מהמלך ואפי"ה אם החלון קדם לא יוכל להאפילו כ"א בריחוק ד"א. ומעתה אא"צ להטפל בכל מה שהאריך עוד רו"מ נ"י בדין אחין שחלקו ומוכר חצר ושייר בית לעצמו וכו' כמובא בפס"ד שלו באריכות דבמחכ"ת לא קרב זה אל זה כלל דאף לשיטת רו"מ נ"י דאין למהרי"ט הי"ו חלק שותפות בחצר עכ"ז חס ליה מלהעלים האמו"ץ שבין מדין פתח ובין מדין דוושא דכותל צריך הר"ז להרחיק ד"א ודמיא הא למ"ש בסי' קנ"ד סי"ט בחלונות ראובן הבא מכת גוי הפתוחות לחצר שמעון וכן להיפך המבואר ברמ"א שם דדינא הוא דאם ידוע שהחלונות קדמו בכל גוונא צריך בעל החצר להרחיק ד"א מכנגדם וכ"ז גם למטוניה דמר נ"י שאין למהרי"ט הי"ו חלק שותפות בחצר:

ומה שהק' רו"מ עוד ע"ד ההוא מדרבנן יצ"ו שהתפלא ע"ד מר בפסקו הראשון דמאי מייתי ראיה מהתוספתא דמוכר בית ל"מ חצר מכיון דמסיימת שם להדיא דאוירה של חצר מכור לו והיינו ודאי דקאי על אויר חלונות ושימוש חצר ודומיהם וכו' והק' עליו רו"מ דקושיא זו תיקשי על התוס' בב"ב דס"ג סע"א וכו' ככתוב בד"ק באורך שמכח זה רצה רו"מ להגיה בתוספתא כמו שיעו"ש. ואחה"מ קו' ההוא מדרבנן יצ"ו אין לה חלות ע"ד התוס' שם דאיירי בענין שהמוכר הבית רצה להוציא זיזין על החצר ובזה הק' התוס' שפיר דהא בלי תנאי שהתנה ע"מ שהדיוטא שלי וכו' יוכל להוציא זיזין על החצר דהמוכר בית לא מכר חצר דאף שאויר החצר מכור ג"כ ללוקח הבית מ"מ זהו לענין שיוכל הלוקח את הבית ג"כ להשתמש בחצר בתשמיש אוירי להניח מטלטלין וכיוצא ומכ"ש שגם המוכר אשר לו הארץ וגוף קרקע החצר שיכול להשתמש בה וכמבואר ג"כ מדברי מהר"ש שאלודיש בשו"ת מהר"ש הלוי ז"ל סי' ג"ן ע"ש משא"כ בנד"ד דאם ירצה המוכר לסתום שעבוד אויר שיש ללוקח הבית בחצר הא ודאי שיוכל הלוקח לעכב עליו שנמצא בבנינו מפסיד תשמישיה וסותם אויר פתחו וכדומה וא"כ הנה נתבאר יפה איך לרו"מ נ"י תיקשי שפיר סיום התוספתא הנז' לא כן לרשב"ם והתוס' שם וז"פ וברור:

ואמנם כבר נתבאר בפס"ד הבד"ץ וההוא מדרבנן נ"י שמהרי"ט יש לו שותפות בחצי החצר מכמה ראיות שנזכרו קצתם ג"כ פה דרך אגב והראיות שהביא רו"מ נגד זה אין כדאים להוציא החלק ההוא מתח"י מהרי"ט הי"ו באין או"ד כו"ע כאשר יחזה בנועם כל מודה על האמת וברור. הנלע"ד שכן הוא האמת כתבתי להלכה ולמעשה מאחר שקבלו עליהם דעתי כפי מה שיורוני מן השמים וצו"י יצילנו משגיאות ויראנו מתורתו נפלאות הלכ"ד.

אהרן אלחדיף ס"ט

סימן י

קבלת ס' הפו' אפי' נגד מרן ז"ל

ראיתי ונתון אל לבי לשנות פרק זה משום מעשה שהיה שאחד המיוחד מיחידי סגולה אשר בעי"ק טבת"ו אשר הוא בוטח כי שאול שאל האיש ממני לעשות לו נוסח שטר והגם כי אני איני מטפל בעיה"ק הנז' בשום דבר כי העיר עז לנו היא עיר מלאה של חכמים ושל סופרים ואינם צריכים לי ולמטלעתי מ"מ לאהבת השואל דחקתי ונכנסתי בתחום שאינו שלי וכתבתי בנוסח בפירוש קבלתי עלי ס' הפוסק אפי' נגד מרן הק' ועמד אחד מרבני עירנו והשיג עלי ממ"ש הר' חק"ל במ"ב סי' י"ב בח"מ ד' כ"א ע"ב וז"ל ומלבד כל זה תמיהני במה שנהגו סופרי ירושלים לכתוב שיזכה בעה"ש אפי' עפ"י ס' יחיד ואפי' שיהיה נגד מרן הק' דמלבד דלמה שביארנו אין בו מועיל להוציא מיד המוחזק בר מן דין נראה שאין בו מועיל שהרי בא"י קבלו דעת מרן להלכה נגד שאר הפו' ואף המוחזק לא מצי אמר קי"ל נגד דעת מרן ונחלקו ה' גו"ר עם מוהרא"י בח"מ כלל וי"ו סי' י"ז דלמוהרא"י אף אם הנתבע אינו מאתריה דמרן אלא התובע לבד לא מצי אמר קי"ל נגד מרן ולהגו"ר דוקא כשהנתבע באתריה דמרן הוא דל"מ אמר קי"ל אך כששני הבע"ד הם מאתריה דמרן כ"ע מודו דחייבים לפסוק כדעת מרן והט' לזה כתב ה' משאת משה ח"מ סי' ח' דעשאוהו כרבים ע"ד שכתב הרשב"א דסברו וקבילו למפסק כוותיה באתריה ע"ש ולדבריו הסכים ה' נחפה בכסף ח"מ סי' כ"ז ובתשו' ה"ה פאת נגב חיו"ד סי' כ"ב וכן נראה מדברי ה"ה ברכ"י ח"מ סי' ז' אות ג' וא"כ איך יתכן שישוו שני הבע"ד לפסוק הדין היפך דעת רבם מרן כיון דאתריה דרב ולכתוב כן בשטר שאין זה כבוד מרן ז"ל וגם ראיתי בתשב"ץ ח"ג סי' ר"י שכתב וזה ששאלת אם יש תקנה בזה כשקיבל עליו שלא יהא ניתר כדעת הפוסקים בזה להחמיר ואומר שאפי' בדיעבד לא הוי היתר שאין לו לעבור ע"ד דהרי קבלו עליו כרבו ואם עבר ע"ד והתירוהו לעבור ע"ד שאין אותו היתר והחרם חל עליו דדמי לבני העיר שקבלו עליהם דברי רב אחד שהמתיר כנגד אותו רב חייב נדוי כמ"ש בסו' פ"ק דשבת וכו' ודין היחיד בזה כדין בני העיר שלא לעבור ע"ד עי"ש. מדבריו יש לדון לנ"ד דאף אם כתבו כן בשטר אינו מועיל וחייבים לקבל את הדין כדעת מרן ז"ל ואם דעתו להתחייב לחבי' אעפ"י שאינו חייב יכול להתחייב מבלי שיתלה שיהיה נגד מרן שאין זה כבוד הרב ולדידי חזי דחשיב זה כזלזול כבוד מרן ואם יבוא שטר כזה לידי אקרענו ע"כ:

אמרתי ואומר כי לא נעלם ממני כל דבר ואוסיפה לך מ"ש ה' חוקי חיים בסי' כ"ז ד' מ"ט ע"א וז"ל וכן ראיתי בס' זל"א בח"ב וח"ג בכללי הקי"ל הביא מכ"י מוהר"ח מודעי

ז"ל דמה שהורגלו ליכתוב שקיבל דעת הפוס' אפי' שתהיה ס"י לא מהני כיון דאתריה דמר הוא הוי כאילו קבלוהו יע"ש. ומאחר שכן בנ"ד שקבלו ס' אפי' שתהיה נגד מרן ז"ל ודאי ל"מ כלל ואפי' אם לא היה ס' מרן בזה הומ"ל קי"ל וכמ"ש ה' משפט צדק בח"א ס"י דיכול המוחזק לומר קי"ל כסברת ר"ת דאם התירו מותר ע"ש כ"ש שאין אנו צריכים לקי"ל דהרי סתם מרן הב"י עכ"ל. גם הר' שעות דרבנן ד"ך ע"ג שרצה לומר דלא מהני נגד המנהג שנהגו לפסוק כמרן ולחלק יצא בין כשהוא בתחי' הקנין דאפי' שקיבל נגד מרן מהני דהוה ליה תנאי גמור וכל תנאי שבממון תנאו קיים יע"ש באורך ועי' מ"ש עליו ה' גנזי חיים בכללי הקי"ל דקל"ו ע"ג:

ואקחך אל מקום אחר הלא הוא ה' חקות החיים ח"מ סי' נ"א דס"ט ע"ד וז"ל שהביא לדברי הרמ"ז ה' חק"ל תפוחין קדישין וז"ל ואשובה אראה להגאון מ"ז ז"ל בס' נ"מ חק"ל מ"ב בחח"מ ס"ג דקע"ג ע"ג שרצה להחליש סברא זו דל"מ קבלה זו בשטר והביא מהך תשו' של ה' מהרימ"ט ח"א סי' קכ"ב שעמדו ע"ד רבני האחרונים וסו"ד העלה דאין ולאו ורפיא בידיה ולא ידעינן מה אידון ביה כ"א בזאת מ"ש דמה שנהגו לכתוב אפילו נגד סברת מרן דלא עשו כלום הדין עמו וכבר קריתי תגר על זה בתשו' אחרת דישתקע הדבר ולא יאמר ושלי"ת שבעי"ק ירושת"ו ועי"ק חברון ת"ו שנהגו הסופרים בכך מנעתי אותם עד שאמרתי שאם יבא לידי שטר מחדש שכתוב כך אקרענו יעו"ש עכ"ל וכו':

עוד כתב שם ואנכי עבדו ותלמידו אחר המחי"ר נראה דמלבד דיש לחלק בין תנאי שמתנה אדם לחבירו היפך הדין דהוא מתנה עמ"ש בתורה דתנאו בטל ול"ד למי שיש לו זכות אפי' בודאי ומתנה למחול לחבירו וכ"ש בספק זכות, זאת ועוד דכל שכבר נתפשט המנהג בהכי לכתוב בשטרות בידיעת המתחייב כשהוא ג"כ חותם בעל הדבר כמנהג א"י ת"ו או שאינו יודע לחתום כל שכתו' בשטר בעדים שמעידים שנטלו ממנו קנין ע"ז שקיבל על עצמו ס' יחידאה שכותבים ועל הנאמנות מפורש כדחזי די בזה והותר ואין מקום לספק בזה כלל דהכי דיינינן ליה כיון שהוא בעצמו מתחייב בהכי והוא מנהג פשוט וברור ברוב המקומות וכל כה"ג ספרין פתיחו כי אזלינן בתר מנהגא ואין לומר קי"ל כנגד המנהג כידוע בפוס' וכמ"ש בכמה מתשובותי ובסה"ק גנזי חיים בכללי הקי"ל יעו"ש בס"ד. והנראה לומר בדעת מהרה"ג מ"ז ז"ל שהחליש כח קבלה זו בשטר הוא משום כי בימיו לא נתפשט עדיין האי מנהגא בין הסופרים לכתוב בכל השטרות תנאי קבלה זו ולא הוקבע המנהג כאשר יראה מדבריו שכתב בתשו' סי' י"ב דקצ"ט ע"ג שכתב וז"ל והנה אמת שמקרוב סופרי העיר שלוניקי יע"א נהגו לכתוב בשטרות שיזכה בעה"ש אפי' עפ"י סברת יחיד ושלא יוכל המוחזק לומר קי"ל כמאן דפוטר אותי וכו'

וסופרי ירושת"ו הוסיפו על המדה אפי' נגד מרן וכותבים כן בלי דעת הבעלים המחייבים אותו כשכותבים כן וכו' יעו"ש דש"מ בזמנו עדיין מתורת המנהגות לא הוקבע המנהג הלזה להיות המנהג הזה מנהג פשוט כדי לקיימו גם בעירנו איזמיר יע"א כד הוינא טליא לא היו נוהגים לכתוב בשטרות כן כ"א מזה זמן קרוב לארבעים שנה מו"מ שהתחילו הסופרים וכותבים בשטרות כדברים הללו וע"י כך התחילו לנהוג עד שהוקבע המנהג לכתוב כן בכל השטרות דכן שמענו שכן נוהגים ברוב המקומות ומעתה הרי הוא הוקבע המנהג ובלא"ה גם ה' מ"ז ז"ל כבר גילה דעתו בתשו' סי' ג' ע"ד התשו' הלזו שבסי' י"ב דאין ולאו ורפיא בידיה ולא ידע מאי אידון ביה כמ"ש שם דש"מ מדבריו אלו דלא החליט המאמר לגמרי אפי' בזמנו שלא הוחזק המנהג הזה להיות פוסק הדין בפשיטות דלא מהני כתיבת קבלה זו בשטר כ"א שהוא מסופק וכל כי האי אין ספקו מוציא מידי ודאי של הרבנים הנ"ל ומכ"ש עתה בזמנינו שהוקבע המנהג שגם ה"ה מ"ז הוא משלנו דמהני כתיבת קבלה זו בשטר ובתנאי שיהיה בידיעת המתחייב כמ"ש מוה"ר ז"ל מ"ג שכבר מלתי אמורה משום חששא דהוי מתחייב בדבר שאינו קצוב דלא ידע מה מחיל ליכא דכל עיקר חיובו יהיה על שטר מכירה זו או מתנה או מחילה ועל אותו דבר קצוב הוא בא החיוב וכמ"ש בסה"ק חקקי לב שם דצ"א ע"ג ובסה"ק נשמת כל חי חח"מ דכ"ח ע"ב יעש"ב:

עוד שם במ"ב כתב וז"ל באופן שזה שנהגו הסופרים לכתוב בשטרות שקיבל המתחייב לדון ולזכות לשכנגדו עפ"י ס' זרה ורק היא יחידאה ושלא לומר קי"ל ואפילו כנגד מרן ז"ל כן יש לנו לדון מאחר שכן נהגו וכבר נקבע המנהג וקי"ל דהכל כמנהג המדינה וכו' ומ"מ נלע"ד דאם נתחייב בכך דהיינו להתחייב לחבירו אפילו כנגד מרן דהרי הוא חייב. ונראה להליץ דמה שכותבים אפי' נגד סברת מרן חלילה שכיוונו לשום זלזול כבוד ח"ו להתריס כנגדו אלא דהוי כמי שמתחייב לחבירו נגד הדין וכי משו"ה ח"ו מיקרי מזלזל בדין ההוא כי אין כונתו להתחייב במה שאינו חייב מן הדין ולא הוי משמעות נגד הדין לזלזל כנגדו כן נמי כוונתם לומר אפי' כנגד מרן שהוא היפך דעתו וסברתו. ועיין לה' גנזי חיים בכללי הקי"ל אות ח"ן דקל"ה ע"ג וז"ל אמנם הרה"ג מ"ז ז"ל בס' חק"ל מ"ב חח"מ סי' ב' וג' וד' שדא ביה נרגא משום כבודו של מרן ז"ל דאיך יתכן לכתוב כן ואם בא שטרא כדנא לידו שכתוב כן אקרענו יע"ש, הנלע"ד אחרי המחילה רבה נראה דחלילה דחשבו לומר נגד מרן לנגוע בכבודו לא כמו שמתחייב נגד הדין הפוטרו והוא מתחייב כן מתחייב נגד פסק מרן שפוטר אותו אלא דהואיל ונפק מפומיה דרב וכו' יעו"ש, עוד כתב שם ע"ד וז"ל ובהא דאם כתוב בשטר שקיבל לקיים השטר אפי' על

ס' זרה והיא יחידאה ואפי' נגד ס' מרן במקומות שפוסקים כמרן וכו' ונראה מדבריהם שחששו לכבוד מרן שאינו לפי כבודו לכתוב דבר שנהגו ולענ"ד אחר המחי"ר נר' להליץ דאין בזה קפידא שאם המתחייב רוצה להתחייב נגד מרן ולתת משלו מה שמרן פטרו מה איכפת ליה למרן בזה אכן וכו' וה"ה פנ"י בח"ה ח"מ ס"ג דקל"ח ע"ג כתב וז"ל הרי דנתפשט המנהג בעי"ק ירושת"ו אחר הגאון החק"ל ז"ל לכתוב כן בפי' אפי' נ"מ ז"ל ולא נמנעו מלכתוב כהאי לישנא. ויען שה' החק"ל ז"ל קרא תגר ע"ז דחש לה מר משום כבוד מרן ז"ל לכך הוכרחו רבנים שאחריו ז"ל להוסיף לכתוב ג"כ אף שהחק"ל ז"ל לא הסכים בזה והא ודאי דהיינו טעמא דסבירא ליה בפשוט דאין זה זלזול ח"ו וכמו שהליץ בעדם ה"ה החבי"ף ז"ל שם ובודאי דעדיין כל תנאי שבממון חייב ונתחייב אדם במש"ח אותו עלה וכנז"ל:

עוד תמצא לה' פנ"י הי"ו ח"ה **ח"מ** ס"ג ד' חק"ל ע"א וב' וג' שהעיד בגודלו שם וז"ל ועדותי זאת נאמנה שבהיותי דר בעה"ק ירושת"ו מזה קרוב למ' שנה עיני ראו ולא זר כמה שטרות דחתימי עלייהו סהדי רברבי מרבני וגאוני עי"ק ירושת"ו ז"ל שהיו אחר הגאון חק"ל ז"ל ומצאתי כתוב בהם בזה הלשון ממש וז"ל וקיבל עליו פ' הנז' ס' הפוסק המקיים שט"ד אפי' שתהיה סברא זרה ויחידאה נגד כל הפוס' ואפי' נ"מ ז"ל ואף שהחק"ל ז"ל לא הסכים בזה עכ"ל:

ועיין למר בריה דרבינא בס' ארח משפט בסי' כ"ה. בכללי הקי"ל אות כ"ג שהביא לדברי ר' אבה'ו וכתב ונלע"ד אחרי ניו"ק צ"ע דזה לא מקרי דלא ידע מאי דמחיל כיון שבפירוש הוא אומר שעל כל ס' שיפול שנתחייב שלא לומר קי"ל וא"כ הו"ל כאילו פירש בהדיא שנתן לו כח לשכנגדו שיהיה לו דין מוחזק והא ודאי מקרי ידע ומחיל שהרי ידוע הוא דגדול כח המוחזק להיות ידו על העליונה ואין המחילה כאן על הספקות שיפלו כ"א שמחל לו כח המוחזק:

וראיתי עוד שם להגאון מ"א ז"ל שהביא מהנמק"י בפ' הזהב והריטב"א ז"ל בחי' לשם שכתבו דכל תנאי שיש בו איסור לא ידע דמחיל לא מהני ומכח זה הכריח דגם מה שכותבים בשטרות לדון עפ"י סברת יחיד הוי מתנה עמ"ש בתורה וא"כ כיון דקי"ל כל ספק אוקי אחזקתיה כדאיתא בחולין די"א וא"כ כיון דלא ידע מאי דמחיל בצירוף דהוי תנאי היפך הדין אינו מועיל כלום כי בכל אלה איני רואה מקום בס' מחלוקת פוסקים להוציא מיד המוחזק מפני שכתוב בשטר שיזכה בעל השטר עפ"י ס' יחיד עכ"ל, ואחרי נטר"ק לא זכיתי להבין דבריו שהרי קרוב ופסול פסולין לדון ולהעיד מד"ת ואפי"ה קי"ל בסי' כ"ב ובסי' ל"ו דאם קיבל עליו מהני ותו במקומות שנהגו לפסוק כהרמב"ם

ז"ל אפי' נגד רבים הוי קבלה והרי הוא נגד הדין דמד"ת אחרי רבים להטות ומה גם כשהוא להוציא מיד המוחזק דהוי נגד רובא וחזקה וגם כשקבלו הוי לא ידע מאי דמחיל לכ"ע ע"כ:

ועיין עוד שם להי' החק"ל וז"ל אה"א ס"ט מאי דפשיט ליה לר"א גאון ז"ל במתחייב שיהיה לשכנגדו כח המוחזק דהוי ידע מאי דמחיל הכח הנז' ולא לעיקר הסברא שיפיל אחהמ"ר לבבי לא כן יחשוב דאין שום ממשות בנתינת כח זה כי אם לכשיבקע הנוד ויפול הס' ביניהם ואפשר דבשעת החיוב יהיה דעתיה למחול לו בכח ההוא ספק שיפול מאלף עד ד"ת ובשעת התביעה אפי' להיות הס' מב' אלפים או עשרה ונמצא דהוא לא ידע בעת התנאי דמחילת כח המוחזק ההוא דמה יעלה מחילתו והרי הוי לא ידע מאי דמחיל גמור ודוק. ועיין לרב חביבא נר"ו בס' קנין פירות אות ק' סי' ס"ט. לזה י"ל בנ"ד שק' ס' הפוסק וכו' אפי' נגד מרן כיון דהוי דידע מאי דמחיל בכח ההוצאה שהוא סך ידוע ובזה אפי' החק"ל יודה ולא נשאר לס' החק"ל כ"א מפני כבודו של מרן ואפ"ה כבר הוכחנו דאין בזה שום זילותא למרן הק' ובפרט כי בנ"ד לא הוי נגד מרן וכמו שאבאר ובקבלת ס' יחידאה אפילו שהיא זרה מהני אפי' לדעת החק"ל ז"ל ח"מ ח"ב ס"ג וד' שהחליט דקבלת ס' יחידאה הוי קבלה זולתי בדבר שהוא נגד מרן וגם ה' מהר"מ סוזין שם סוף סי' ד' הודה לדבריו וביטל דעתו. גם ה' אהל יצחק בח"מ סי' צ"ה דקט"ו ע"ב אשר רצה להשיב ע"ז לסוף הדר ביה וקיים דקבלת ס' יחיד הוי קבלה והחזיק הדבר מטעם דהמנהג פשוט בכל המדינה לכתוב כן בכל השטרות א"כ לכ"ע יד בעה"ש עה"ע. עו"ש הובאו דבריהם אלו להי' גנזי חיים דקל"ו ע"א וב' יעו"ש באורך ותיוהא חזינן הכא במ"ש ה' הנז' שם בע"א וז"ל כי מז"ה ז"ל בס' חק"ל מ"ב ח"מ סי' ב' אשר השיב ע"ז כבר הדר ביה שם בסי' ג' וד' ע"כ. והרואה יראה כי איפכא מסתברא כי בסי' י"ב שהוא אחרון שאוסר לקבל ס' הפוסק אפי' שהיא ס' זרה וכו' הוא שחזר בו עמ"ש סי' ג' וד' ודלא כמ"ש הר' הנז' שבסי' ג' וד' חזר בו ממ"ש בסי' ב' דלא היא אלא היא בסי' י"ב ועיין להי' פנ"י ח"ה ח"מ ס"ג מ"ש שם באורך:

עוד מצאתי כתוב אצלי בענין המקבל עליו ס' הפו' אפי' שהיא ס' יחידאה ודחויה וכו' ויש מחלוקת הפו' הא פשיטא דהמתחייב עצמו לא מצי למימר קי"ל נגד מה שקיבל כיון שכבר קיבל עליו להיות נדון כס' הפו' המקיים מידי דהוה אמקבל עליו עד קרוב או פסול ונאמן עלי אבא וכו' דאם קנו מיניה לא מצי הדר ביה אפי' קודם גמ"ד וכמבואר ברבים מהפו' עיין זל"א ח"ג בדיני הקי"ל שהביא תשו' הרדב"ז ותשו' מהראנ"ח ח"ב סי' ל"ו ועיין בס' חקקי לב ח"ב סי' עו"ב אסף איש טהור כל הנמצא כתוב בספרן ש"ץ בזה:

ברם מה שיש לעמוד ולברר הוא אם מועיל קבלה זו אף לגבי יורשים או אפשר לומר מורישנו קבל אנו לא קבלנו. ועי' ב"ד ח"מ סי' קכ"ט בש"מ שאמר ויירש שאר נכסי פ' כתב וז"ל ואע"ג די"ח ואו' דאפילו בלשון ירושה הויא אפוטרופא אין קפידא בנ"ד חדא שהרי כתב בשטר הצוואה הנז' שיהיה נדון עפ"י ס' הפו' המקיים הצוואה אפי' יחיד נגד רבים וכו' עי"ש ש"מ דסבר דאף לגבי יורשין מהני קבלת מורישן ואף שבסי' ט"ו הצריכה עיון קצת אף לגבי המתחייב עצמו כאשר יראה הרואה שם אחרי כן עיין ומצא שמועיל אף לגבי יורשין כי התשו' שבסי' קכ"ט היא מאוחרת בזמן כ' שנה אחר ההיא שבסי' ט"ו:

וחזינן להרב פרי הארץ ח"ב סי' י"א דקל"ה ע"ג שמדמה האי קבלה למי שמתחייב בל' חיוב לדשלב"ל ושאינו ברשותו וכיוצא דמהני בלשון חיוב וכשבא לגבות מהיורשים מצי למימר הוא נתחייב ואנחנו לא נתחייבנו וכן מדמה ליה למי שנשבע לקיים מתנתו בדשלב"ל דכתב הריב"ש בחי' בסי' ע"א ובסי' של"ה שאין להבין שהשבועה תקיים הקנין ותעשה מה שאינו בעולם כאילו בא שזה אינו נכון אלא שהוא חייב לקיים מכח שבועתו ונ"מ וכו' שאם מת אין היורשין חייבים לקיים ע"כ. וכן ה' שד"ה והוא הטעם במק' ס' הפו' המקיים ומתנה דלא מהני לגבי יורשין ומצו למימר הוא קבל ואנו לא קבלנו עי"ש:

הנה מה שדימה ק' ס' הפו' לנשבע הרואה יראה דלא דמו דלא קאמר הריב"ש אלא משום דלפו"ד אי ליכא שבו' אין שם חיוב כלל אליבא דכ"ע דהוי אסמכתא ואין כאן חיוב אלא משום השבו' ולהכי שפיר קאמר דשבועה זו אינה עושה מה שאינו ישנו ומקיים החיוב לא שחיובא עליה רמיא מטעם קיום שבו' וכו' מה שאין כן במקבל עליו ס' הפו' הרי אותו פו' ס"ל דלפו"ד זכה וכיון שקבל עליו קבלו כהוגן להתנהג עפ"י תו' אותו פו' הרי שקבל בפי' עליו לעשות את מה שאינו לדעת הפו' האחרים קיים הוא קבל שיהיה קיים כפי"ד הפו' המקיים נמצא שהוא קיימו ואשרו כדין כל תנאי שבממון שתנאו קיים לא כן בשבו' ואף בדבר שיש מחלוקת הפו' ונשבע לקיימו לפום מאי דכליל לן הריב"ש שהשבו' שאין בה אלא איסו' שבועה ואי לא ציית לא נחתינן לנכסיה כמבואר שם משא"כ במקבל ס' הפו' דהוי כקבל עליו שום תנאי שבממון כתחז"ל אם מסרב פשיטא דבית דין יורדין לנכסיו נמצא דנכסיו משועבדין לקיום חיובו א"כ ה"ה דלגבי יורשין נמי חל החיוב כן נ"ל. ומה שדימה אותו למתחייב בלשון חיוב לדשלב"ל וכיוצא דלא מחייבי היורשים הנה מצאנו ראינו לרוב הפוס' ס"ל היפך דבריו הלא המה הר' תורת חסד הובא בפמ"א ח"א סי' ח' דאפי' לא באו לעו' אלא אחר שמת המתחייב חייבים היורשים דכיון דנתחייב גופו נגררים אחריו נכסיו להשתעבד כמבואר שם ובסי' ט' שהפמ"א הסכים

עמו והוסיף להביא ראיות לדבר והביא שאף מהר"ש גאון שם בסי' ז' לא אמרה אלא משום דסבר בההיא דהרשב"א דלא היה בפי' שום שעבוד נכסים ומ"ש בשאלת הרשב"א סי' אלף קכ"ט וששיעבד נכסיו לכך לא שכתוב בשטר כך אלא שכיון שנתחייב ממילא משתעבדין נכסיו ואפ"ה לא מהני לגבי יורשין אלא שהת"ח והפמ"א פליגי עליה דכיון דממילא משתעבדין נכסיו ונגררין אחר חיובו למה יפטרו היורשין מלפרוע מנכסיו אשר כבר נשתעבדו בחייו משנתחייב אבל אם כתוב בפי' שיעבוד בשטר אף מהרש"ג מודה דחייבים היורשים:

ודרך למודי ראיתי לעמוד במה שרצה ללמד ממה שפטר הרשב"א את הקונה ממה שנתחייב הגוי וי"ל הן על מהרש"ג במה שנתקשר בדברי הרשב"א הללו למצוא דברי טעם דלמה לא יתחייב הלוקח מהגוי וכי הוא עדיף ממאן דאתי מחמתיה ותירץ דכיון דמן הדין אינו זוכה לא מטעם חיוב ולא בדרך הקנאה א"כ יכול לו' הקונה הוא נתחייב אני לא נתחייבתי ומכאן למד ליורש והת"ח מתרץ דטעם הרשב"א משום שהגוי אמר אני נתחייבתי משמע דוקא אני ע"ש:

ולענ"ד נראה פשוט דלא אמרה הרשב"א אלא דוקא בלוקח דכיון דמוכר לא חל עליו מה שנתחייב מוכר בדרך חיוב כיון דכל עוד שהיה ביד המוכר לא חל החיוב עלייהו כ"ז שתרצה א"ל וכל עוד שלא יסתום לא חל החיוב וכשמכר לאחרים ורצה שיסתום הלוקח אז בא החיוב והא קאמר דפטור הלוקח לא כן ביורש דאף שהחיוב בא אחר מיתת המוריש כיון שנתחייב ונשתעבדו ממילא הנכסים. מחוייבים היורשין לקיים חיובו. וכיוצא בזה בענין הנאמנות באה"ע בסי' צ"ח דלהרי"ף גם שכתב בפי' שבו' אין לי וליורשי וכו' שאין היורשין משביעין אותה וכתב הרי"ף דוקא יורשים אין משביעים אבל לוקח משביעין ע"ש ואף שפטר אותה בפי' והט' אין כח להוציא מיד הלקוחות אף אם מכר אחר הנאמנות ע"ש ודי"ז משטרות ולאו דוקא בכתובה כמבואר שם ומעתה כן נאמר כונת הרשב"א ובזה אינו סותר ההיא תשו' של הרשב"א מובאה במהריב"ל ח"ב ס"ס ל"ו כמו שהקשה ה' ת"ח עיין שם כנ"ל:

עוד מצאתי כתוב לענין מי שקיבל עליו ס' הפוסק המקיים המתנה אפי' שהיא סברא יחידאה ודחויה ואפילו נגד מרן מהני קבלה זו אף לגבי היורשים עי' באדמת קודש ח"ב סי' יו"ד והובא פסקו בס' קמ"ר סי' ב' שם מבאר דמהני שכבר נשתעבדו נכסיה ואף שהקמ"ר ד' ע"ז בפסקו הא' מ"מ בס"ד כשהשיב על הרב אל המ"ק לא סתר דבריו ומדשתק כהודאה דמיא ועיין פרי הארץ ח"ב סי' י"א בהקדיש העליה שאצל אחרים דהוא דבר שאינו ברשותה והוי כדשלב"ל שהוא מחלוקת אי הוי הקדש או לא כתב שם

וז"ל ומהאי טעמא אין להעמיד ההקדש ממ"ש בשטר וקבלה על עצמה סברת הפוסק וכו' דתברתא בצידה וכו' דמאחר שמתה אין קבלתה מוטלת לגבי יורשים דמצו למימר היא קבלה ס' הפו' ואין אנו אחראין לה וכו' ע"ש ופשוט דלא אמרה אלא קודם שכתב שהיה בהקדש ההוא שיעבוד נכסיו אבל אם היה בשיעבוד נכסיו אזיל ומודה דאף אם היה מחלוקת בפו' אי מהני או לא כתב כשקבל ס' הפו' המקיים ההקדש לא מצו היורשים למימר אין אנחנו אחראים דמה לנו ולאחריותם מאחר שקבל הבע"ד ושעבד נכסיו הרי החיוב מוטל על הנכסים והרי נתחייבו וזה פשוט למתבונן בדבריו. ועיין בית דוד ח"מ סי' קכ"ט שאחד מהטעמים שקיים המתנה משום שכתוב בה שקבל עליו להיות נידון עפ"י ס' הפו' המקיים הצוואה ע"ש ואף שלא היה שם שיעבוד נכסים אלא אמר יירש הוא וב"כ כל שאר נכסיו והתם לגבי טענת היורשים הוא אמר דמהני ואף שהוא עצמו בסי' ט"ז בסופו הצריכו עיון קצת ע"ש נראין הדברים שלבסוף חזר נמצא דשפיר דמי שהתשובה זו שבסי' קכ"ט היא עשרים שנה אחר אותה תשו' שבסי' ט"ז. ועיין לה' שער אשר ח"ב בסי' כ"ו בסופו שהעלה דקבלת ס' הפו' מהני גם ליורשיו יעו"ש. זה הוא מה שעלתה מצודתי לקיים מ"ש בשטר קבלת ס' הפו' אפי' נגד מרן והבוחר יבחר. כ"ד אהרן אלחדיף ס"ט

סימן יא

נשאול נשאלתי מאת הרב כמהרב"ץ אלקלעי הי"ו לעיין בדינו אשר הציג לפני מה שעלתה מצודתו לפו"ד ציו"ן הוא דורש להודיעו דעתי אם הדין עמו ויכול לפתוח את חלונו או לא ולציו"ן יאמר איזה דרך ישכון אור ואת המעשה אשר יעשה ונ"מ להלכה ולמעשה וכראותי כי גדלה צעקתה הבאה אלי ות"ח מתגרים זב"ז זה אומר בכה וזה אומר בכה אמרתי לשים שלום ביניהם כמדתו של אהרן אוהב שלום ורודף שלום ובפרט בשומעי כי דיין אחד המיוחד כעת מע' הרב אביר יעקב סקלי הי"ו צוות ככרוכיא בשוקי טבריא לפני כל העם אמר לבע"ד שכנגדו שהדין עמו שאינו יכול לפתוח וכשמוע הרב הנז' ענה ואמר היאך דנתם את הדין קודם עומדינו לפניכם במשפט כי אוכל לטעון שקניתי ממנו בעד טובת הנאה או בסך מה ולזאת אני אומר תנו בידי מעב"ד בטעם לדבר שאני חייב והדין נוטה לשכנגדי ואזי אדעה מה לעשות.

וש'ב יעקב שכך נ"ל הדין ואיני חייב לכתוב לך מאיזה טעם אתה חייב ולשמועה זו רפו כל ידים ובלב כל חכם לב יפלא הפלא ופלא איך דיינא הוא דנחית לעומקא דדינא נעלם ממנו מ"ש מרן בשלחנו הטהור ח"מ סי' י"ד ס' ד' וז"ל יש אומרים שאם רואה הדיין שבע"ד חושדו שנוטה הדין כנגדו צריך להודיעו מאיזה טעם דנו ואפי' לא שאל

ע"כ ועיין להרב יד מלאכי בכללי הש"ע אות י"ב וז"ל כשפוסק דין בש"ע בלשון יש מי שאומר נראה שהוא דין שאינו נזכר בשאר פוס' ואין שום חולק וכו' יעו"ש אשר ממנו נקח במכ"ש כשכותב מרן בלשון יש אומרים שהוא לשון רבים ופסק כוותייהו וק"ו בנ"ד שעומד וצווח הורוני מהיכן דנתוני בלתי שמוע בין אחיכם שחייבים להורות לו את הדרך ילכו בה וזאת היא ס' הב"ח בתשובה סי' כ"ב בדעת הש"ע יעוש"ב ועיין בתשו' ח"ס סי' י"ב שפי' דברי מור"ם במ"ש וכ"ש אם אומר כתבו לי מאיזה טעם דנתוני עש"ב.

ואם יאמר האומר דהנה שם ביד מלאכי ז"ל כתב דלאו מלתא פסיקתא היא בכל המקומות אשר נמצא שם לשון זה וכו' ע"ש. וא"כ אף אנו נאמר כן בנ"ד שיש חולקים ולאו כללא הוא. לזאת אשיבי! עליך להביא ראיה שיש חולקים כי לעת כזאת לא נמצא שום חולק ואפי' שנמצא חולק לאו כל כמיניה כיון דמרן הק' לא הביאו ולא חש לה במה כחנו יפה אנן יתמי דיתמי לסמוך עליהם ולבטל חזקתו של המזיק ואפי' הרב יד מלאכי בנ"ד אזיל ומודה ולא אמרה למילתיה אלא דוקא כשכותב מרן בשם יש מי שאומר דהוא לשון יחיד ואזי לאו מלתא פסיקתא היא אשר לא כן בנ"ד שהביאה מרן בשם יש אומרים שהם רבים אפי' יש חילק לית לן בה ואם סמכה דעתו על מ"ש מרן באבק"ר סי' י"ז כל חכם לב יבין את זאת דאין הנדון דומה לראיה:

ולבעבור זאת חל עלי חובה להטפל בדין זה ולראות להיכן הדין נוטה ולהשקיט ריב ומדון ואפי' לדעת הסוברים דאין להשיב תשו' לצד אחד הכא כ"ע מודו שיכול להשיב אי משום השבת אבידה וכמו שהרחבתי הדבור במ"א דזיל בתר טעמא דשמא מתוך דבריו ילמדו לשקר וכמ"ש מורם שם לא כן הכא בנ"ד שדינם בדין נזקי שכנים וקרקע שניהם הוא עומד לפנינו ליכא למימר שמא מתוכם וכו'. ואי משום דאיכא זילותא דחכם והגם כי מרן בתשו' אבק"ר סי' קנ"ח כתב וז"ל ועתה אני אומר על מה שיש להפליא על מה שנהגו מקרוב להשיב לכל שואל על דרך ראובן ושמעון כאילו היו הבע"ד בעיר שאין בה ב"ד כאילו שתי הכתות בררו לחכם ההוא לדיין וכבר ידוע מ"ש ע"ז הרא"ש והריב"ש ז"ל שלא להשיב כ"א ליושב על המשפט כאשר יסתפק בדבר וכן ראוי לצאת בעקבותיהם ולתקן גם אנחנו בהסכמה כולנו כן ובזה כל העם הזה ע"מ יבא בשלום עכ"ל. אין ללמוד ממנה לנ"ד דאין להשיב מכמה טעמי תריצי וחדא מנייהו נאמר דלא מצינו דעלו בהסכמה ותקנו כן ואפילו היו מתקנים בנ"ד ליכא למיחש בשנות"ו את טעמו בכמה דברים הנוגעים בעיקר הדין כי לבעבור זאת רצה לתקן אבל בנ"ד דליכא האי חששא אין או"ד שיכול להשיב. ומצורף לזה בנ"ד דאיכא בזיון ת"ח וכמו שמצינו להרב שבות יעקב ח"ג סי' ס"ט שהשיב לצד אחד משום איסור בזיון ת"ח יעוש"ב. גם מורם ז"ל

בתשו' סי' קי"ב התנצל א"ע והשיב לאחד מתלמידיו וכתב שם ז"ל מ"מ שאני כאן דאין זה תלוי בטענה שבין איש לחבירו רק אשר ממשמשים ובאים ואין חי' בזה בענין טענות עד שצריך הדיין לשומעם הרי לך בהדיא כחילוקן ועוד אחרת דבנ"ד איכא דררא דמצוה וכמו שיראה הרואה בספרי הפוס' דהיכא דאיכא דררא דמצוה יכול להשיב אפי' לצד אחד וכמו שהארכתי במ"א ועיין בתשו' חיות יאיר סי' ק"ב ובתשו' נודע ביאודה תנינא סי' א' ועוד לך נא ראה בתשו' מרן הנז' שכתב והשאלה גנובה היתה בשנותו את טעמו בכמה דברים הנוגעים בעיקר הדין וכו' יעו"ש אבל בנ"ד ליכא למימר הכי:

והנה הדבר הזה אין צריך לאומרו ללמוד וללמד כי הוא פשוט כביעתא בכותחא והתו' יוצאה בהינומא מציון מכלל יופי עיר האלהים הובא בס' ישרי לב להרב ראש"ל כמהר"ד חזן ז"ל דהיכא דאיכא רה"ר באמצע לית דין צריך בושש שיכול לפתוח חלון נגד חלון מכח דינא דמלכותא דינא ובסו"ד כתב והסכימו עמו ה' רבנים מרבני עיה"ק ירושלים תוב"ב ולא הזכיר את שמותם יע"ש וא"כ מציון תצא תורה לנ"ד ובמ"א הארכתי בפרט הזה:

ואמרתי להעיר כיאודה ועוד לקרא כי כבר דבר זה נפתח בגדולים והוקבע להלכה ולמעשה בכל ארצות הקודש היכא דאיכא רה"ר באמצע אין פוצה פה ומצפצף וכן דנין כל יודעי דת ודין כאשר כתב כן הרב ישרי לב הנז':

ברם להפקת רצין השואל הנז' ראה ראיתי את השאלה ואת אשר נגזר עליה מאת הרב הפוסק והיה את רצוני להתעלס בדבריו ולשאת ולתת עמו בהלכה ואולם אין מהצורך זולתי אך בזאת כי הרב הנז' כתב מה שכתב והביא ראיה מהסמ"ע ח"מ סי' קי"ד סי"ד דאית ליה דיכול לפתוח אפי' חלון כנגד חלין והרואה יראה בתשובת הרב משאת משה ח"מ סי' ס' דק"ס ע"א וז"ל באופן דמה שרצה ללמוד הבא באחרונה מדברי הסמ"ע דמצי לפתוח חלון כנגד חלון הזוכה ראשון ולהזיקו בראייה לא צדק בזה דאי איתמר היינו לענין הרחקה דלא בעי ולא מידי דאילו לבנות חלון כנגד חלון לא וזכה הראשון בחלונו והבא להזיקו אין שומעים לו וזה פשוט עכ"ל. דנראה מזה דאין לומר כדבריו אי משום הא לך נא אקחך אל מקום אחר בס' צדק ומשפט ח"מ סי' קנ"ה דפ"ה ע"ב שהוא תנא דמסייע להפוסק וז"ל אך במה שכ' הרב שם דאינו במשמע מדברי הסמ"ע דס"ל בעד הרא"ש דיכול לפתוח חלון כנגד חלון הא ודאי אחר המחי"ר אינו דדברי הסמ"ע ברור מללו דהכי יש לפרש בעד הרא"ש ומרן ז"ל וכמו שכתב הרב פ"מ כנז"ל עכ"ל:

גם מה שכתב הרב דבר משה ז"ל ח"ב סי' כ"ח דל"ד ע"ב על דברי הרב ב"ד וז"ל אחר המחי"ר אלף פעמים הסמ"ע הוא יחיד בדבר הזה ואין לעשות מעשה כוותיה נגד

מהרשד"ם ומהרח"ש וכו' שכולם פה אחד הסכימו דלא פליגי הרא"ש והרשב"א אלא בטעמא לבד והראשון שפתח זכה וחבירו יכול להאפיל אבל לא לפתוח חלון כנגדו ולא לכופו לסתום. והרב צדק ומשפט שם דפ"ה ע"ג הביא דברי הרב ד"מ הנז' וז"ל שוב ראיתי מה שהאריך הרחיב הרב דבר משה ז"ל ובדל"ח ע"ב כתב דהסמ"ע יחיד בסברתו ואין לעשות מעשה כדבריו יעו"ש באורך ולדידי לא מכרעא ודוק עכ"ל. ולדידן הרואה בתשו' הרב דב"מ הנז' מה שכתב בסו"ד וז"ל ולעת כזאת בהיותי עולה דברי אלה על מזבח הדפוס השמש יצא על הארץ זה ספר בני דוד פאלקון וראיתי שם בפ"ה מהלכות נים תשובה שלימה לאחד מהמיוחדים מרבני קושטאנטינה יע"א כתב על נדון זה באורך ע"ש ובס' מעין גנים עכ"ל נראה דאיהו גופיה הדר ביה ממה דקאמר והסמ"ע הוא יחיד בדבר. גם יש לי להביא ראיה ממ"ש מוהר"ר יונה בשם רבו מוהרש"ג ציין דבריו מרן הכנה"ג בסי' קנ"ד הגה"ט אות ס"ז דכיון דבשלו הוא פותח ויש רה"ר באמצע שאינו בא לשעבד קרקע חבירו ממש יכול לפתוח לכתחילה יעש"ב. אך במה שעומד נגדינו לכאורה תשובת מרן באבק"ר סי' ק"ז אשר ממנה נקח שהשוה שם דעת הרא"ש והרשב"א והריב"ש יחד כולם שאינו יכול לפתוח חלון כנגד חלון אפי' היכא דאיכא רה"ר באמצע דדוקא להאפיל לא לפתוח כיעויין שם. נמצא לפי"ז ה"ן נסתר מחמת"ו הפסק הנז' וכל קדושים עמו שהביא דס"ל בדעת מרן שיכול לפתוח אפי' חלון כנגד חלון כי הא ודאי שהרבים הנז' לא שלטה עיניהם של צדיקים בתשו' אבק"ר הנז' יען כי בזמנם עדיין היא לא נדפס"ה ואי הוו חזו לה הוו הדרי בהו וכמ"ש הרב מהריב"ל ח"א סי' והרב מהר"ם די בוטון ז"ל וזה לשונם נראה דלראשונים שומעים ואין ביד האחרונים לחלוק על הראשונים וכ"ש שלא סברו דברי הראשונים שיש לומר אי שמיע להו הוו הדרי בהו עכ"ל:

אף אני אומר כן בנ"ד דאי הוו חזו למרן גופיה בתשו' שפסק דאין לפתוח חלון כנגד חלון היו מפרשי דברי מרן בש"ע כדברי התשובה דלא לשוייה הדרנא וכמו שכן מצינו להרב מט"ש ז"ל שם בסי' קנ"ד הגהב"י אות כ"ב שפירש דברי מרן בש"ע כדברי התשובה שאינו יכול לפתוח עכ"ל. וכן פירש הרב חק"ל בח"מ סי' י"ד ע"ש. וכתב הרב צדק ומשפט ז"ל שם דף פ"ה וא"כ טוב להורות דגם בש"ע כן דעתו היפך דברי הסמ"ע ז"ל עכ"ל:

וביום הראות תשו' מרן אבק"ר סי' ק"ז דמוכח מינה דאינו יכול לפתוח חלון כנגד חלון והוי דלא כהסמ"ע מוכרחים אנו לפרש דברי מרן בש"ע סעי' י"ד וט"ו כמ"ש דהיינו דוקא להאפיל אבל לא לפתוח בכדי דלא לשוייה הדרנא למרן בש"ע אי משום הא לאו

מילתא היא דמרן בתשו' קאי לפי סברת הסמ"ע בדעת הרא"ש ז"ל ונראה דכונת המחבר הזה דפתח בדס' י"ד בהבא לפתוח ראשון בעלייה שכנגד עליית חבירו וכו' כדי ללמדנו אפי' כה"ג יכול למחות אבל מה שסיים וכתב שם דלהרא"ש הראשון שפתח הוי כזוכה מן ההפקר איירי בין בפתח בכותל עלייתו כנגד עליית חבירו הדר בהצד שכנגדו בלא זיזין ובין שהוציא ופתח בצד זיזו מצד חבירו הדר בצדו שגם בזה קאמר שזוכה מן ההפקר. וס"ל דל"מ שהחזיק לענין זה שחבירו הדר בצידו אינו רשאי להוציא ג"כ זיזו לפתוח בו מן הצד באופן שיהיה חלונו כנגד חלון זה שפתח תחילה אלא אפי' אם אינו רוצה לפתוח בו חלון מן הצד אלא ע"י אותו הזיז יאפיל על חלון שבזיז שהוציא תחילה וכ' אינו רשאי וע"ז מסיק המחבר וכתב הר"מ שזכה הראשון להרא"ש בכל זה במקום שאין רשאי להוציא זיזין אבל במקום שרשאי להוציא זיזין וכו' ועי"ש בפרישה שהרחיב הדברים ביותר ביאור יע"ש בדבריו ולפי נדונו באבק"ר שהוא בפתיחת חלונות בלי שום זיז והבין מדברי הרא"ש להוצאת בליטות שהם מצד אחד שכפי דברי הסמ"ע דין אחד להם ועלה קאמר דאפשר דהרא"ש מודה להרשב"א והריב"ש דדוקא להאפיל אבל לא לפתוח ולא אמרתי אלא בדרך אפשר לא כן הוא במקום שמוציאין וכמו שמפורש יוצא בתשו' הרא"ש בכלל צ"ט ס"ו וז"ל אמנם וכו' ומהתשו' עצמה שם נראה שבמקום שאין מוציאין הוא דהוי כהפקר אבל במקום שנהגו להוציא זיזין הוי ר"ה כחצר השו' והראשון שפתח שלא כדין פתח ויכול הב' אפי' לפתוח חלון ומה שלא כתב הרא"ש אלא להאפיל דמשמע דדוקא להאפיל לא לפתוח נבאר לקמן וע"ז לא דיבר מרן בתשו' וגילה דעתו בש"ע בסט"ו דיכול לפתוח אפי' חלון כנגד חלון וכדעת הסמ"ע והיינו טעמא דלא העלם מרן בתשו' את סוף דברי תשו' הרא"ש בעבור דלא קאי בדידה. ולפי קע"ד דבעבור זאת צדק הרב צדק ומשפט סי' קנ"ד דפ"ה ע"ג הגם דהביא פי' הרב מט"ש והרב חק"ל תפוחין קדישין כתב ומיהו מידי פלוגתא בעד מרן לא נפקא מוכרח דכיוין למה שכתבנו ולזה קאמר מידי פלוגתא לא נפקא ויכול המוחזק לומר קי"ל:

אבל באמת גם לזה אין ראיה לסתור דברי הסמ"ע ז"ל ודעימיה אלא לעולם אימא לך דדעת מרן הק' הוא דיכול לפתוח אפי' חלון כנגד חלון ולא הוי סתירה למ"ש בתשו' דשנייא הא מהא דההיא דבתשו' הוייא בלא בליטות וכמ"ש בשאלה ומה שהביא מהרא"ש דבליטות הוא משום דלהרא"ש לא שני ליה בין איכא בליטות להיכא דליכא בליטות וכמ"ש מרן שם בסעי"ו דעת הרא"ש וכו' ועפ"י הדברים האלה פסק בראובן שהוציא בליטת עלייתו וכו' ע"ש ונמצא לפי דברינו דלא שני ליה להרא"ש והכל דין אחד להם וממנה לקח מרן בתשובה גם לנ"ד שהוא בלי בליטות כיון דלהרא"ש הכל

אחד כנז' וכתב אבל הרשב"א וכו' והו"ל הריב"ש והרשב"א רבים לגבי הרא"ש ונקיטינן כוותייהו וכו' ואח"כ כתב ועוד דאפשר לומר וכו' והשוה להרא"ש בהדייהו דהנה גם הוא ס"ל כוותייהו דדוקא להאפיל קאמר דיכול להאפיל אבל לפתוח חלון כנגד חלון אינו יכול לפתוח ע"כ. ולכן פסקה מרן בש"ע להא דהרשב"א שם בסל"א כיון דהרא"ש קאי כוותייהו וכמ"ש בתשו':

לא כן היכא דאיכא בליטות הנה שם פליגי הרא"ש והרשב"א ז"ל וכמו שיראה הרואה בתשו' הרשב"א ז"ל הביאה מרן הב"י שם בסי' תי"ז וז"ל וכתב עוד באותה תשובה שגם בעל החצר שכנגד החצר היה מעכב עליו מפני שמאפיל והשיב כל שהוא למעלה מגמל ורוכבו אין בני ר"ה יכולים לעכב עליו וחבירו שקדם ופתח חלונותיו לרה"ר קדם וזכה מן ההפקר וזה שבא לבנות כנגדו צריך להרחיק ממנו ד"א כדי שלא להאפיל עליו ואם הרחיק ממנו ד"א אינו יכול לעכב עליו והוא שלא יזיקנו בראיה זו היא שורת הדין זולת אם יש שם חקי המלך כמו שיש במקצת מקומות שבכל כיוצא בזה הולכים אחר חקי המלך. וכן כתב בתשו' אחרת וז"ל אם הזיזין למעלה מגמל ורוכבו אפי' לכתחילה יכול להוציא ומ"מ אם יש מנהג ידוע שאינם יכולים להוציא אלא מדעת הרבים או ברשות הממלכה הולכין אחר המנהג עכ"ל. נמצא דס"ל להרשב"א דבבליטות הראשון שפתח זכה ואין הב' יכול להאפיל ולא לפתוח:

ואנכי הרואה לתרץ לתשו' הרשב"א אהדדי תשו' הנז' ותשו' שהביא מרן באבק"ר שם וז"ל אבל מצינו להרשב"א ז"ל שנשע על ב' בתים בשני צידי ר"ה שאינו רחב ד"א וקדם אחד מהם ופתח חלון בכותלו ואח"כ עמד הב' ורצה להגביה ולהאפיל על אותו חלון והשיב מי שקדם ופתח חלון על רה"ר הרי זה זריז ונשכר ואין חבירו שבצד השני רשאי למונעו מפני שאינו פותח על רשותו שהדרך של המלך וכך רצה שכל הבא לפתוח על הדרך פותח. ואינו פותח על רשות חבירו ולא משתמש בשל חבירו כלום ולפיכך אם בא השני לפתוח כנגד אותו חלון אינו רשאי שיכול לומר זה אל תזיקני בראייתך וכדרך שאם קדם בעל העלייה ועשה עלייתו אוצר מונע את בעל הבית שתחת העלייה מלעשות רפת בקר או חנות ונחתומין אבל אם בא להגביה כותלו מגביה ואינו נמנע אע"פ שאין בניהם ד"א עכ"ל:

וכתב עוד שנשאל בכיוצא בנ"ד וז"ל השאלה ראובן שיש לו חלונות ולימים בא שמעון לפתוח חלונות בכותלו כנגד חלונותיו של ראובן וראובן מעכב על ידו מחמת היזק ראיה ושמעון השיבו עד שאתה אומר לי לסתום גם אתה סתום שאע"פ שקדמת ופתחת אין חזקה לנזיקין דגירי והשיב שהדין עם ראובן מפני שמה שפתח בר"ה כל הקודם זכה

כבונה ופותח בבקעה שכל אחד יש לו רשות לפתוח שם וזוכה בקדימתו עכ"ל. והביאם בב"י בסי' קנ"ד מחודש י"ח ובריש סי' קנ"ה והנה הר' ב"ד סי' מ"ח והרב דבר משה והר' מהרח"ש ז"ל ועט"ר בכנה"ג שם בהגהב"י אות ג' המה ראו כן תמהו ע"ז ותירצו ע"ש דבריהם:

ואני אענה בתרייהו דג' חלוקות בדבר אחת בפותח חלון בכותלו נגד חלון שבכותל חבירו ורה"ר באמצע בלי בליטות. ואת השני בבליטות שהם למעלה מגמל ורוכבו בלי רשות המלך. ול הג' לו בא היכא שהמלך נתן רשות להוציא בליטות ולפתוח חלון כל אחד כחפצו. ובשתים יתחתן הרא"ש והרשב"א והם הנה בפתיחת חלונות אחת בכותלם בלי בליטות. שניהם כאחד הרא"ש והרשב"א מודים דיכול להאפיל אבל לא לפתוח חלון נגד חלון. גם היכא דיש רשות מן המלך להוציא ולפתוח. טובים השנים הרא"ש והרשב"א מודו דיכול להוציא ולפתוח:

וטעמא דמילתא כיון דאין רשות המלך נתונה להוציא בליטות הו"ל רשות הרבים דהפקרו לכל ב"א ולא הוי כחצר השותפין ולכן הפותח ראשון זכה מן ההפקר ואינו יכול הב' לפתוח חלון כנגד חלונו של חבירו ראשון אבל להאפיל יכול להאפיל כיון שהוא בונה בתוך שלו כי רשאי אדם לעשות בתוך שלו כל מה שירצה דאין אדם משעבד קרקע חבירו שלא מדעת חבירו שאם הוציא זיזין וכו' וכנדון התשו' דסי' אלף קל"ב דאין בר"ה ד"א והרוצה להשלימם מרשות חבירו ובזה גם להרא"ש ז"ל דאית ליה בדין הבליטות דהכל שוה בין דאיכא בליטות ובין דליכא כמו שמפורש במרן הש"ע סי"ו דעת הרא"ש וכו'. גם נדונו הוא מיירי שהוציא הראשון הבליטה שלו ע"ס גבולו וכמ"ש הרב ד"מ חו"מ סי' כ"ח משם הראב"ד ז"ל דיכול לפתוח. עוד כ' האדון שיחיה עמ"ש דעכשיו שנקבעה הלכה בין הפוסקים לדון בטענת קי"ל יכול לכוף לראובן שיסתום ואין להשיב ע"ז ממ"ש הרא"ש ז"ל בתשו' הנז"ל דיכול שמעון להאפיל דמשמע דוקא להאפיל ולא לכוף לסתום דהוא ע"פ הנימוס מיירי ועכ"ז לא אמר אלא להאפיל די"ל דמאי דנקט להאפיל היינו משום דהתם בא חבירו לבנות בצד הבליטה של ראובן הסמוך ולכן לא שייך לכופו לסתום דממילא נסתם וגם אין יכול לפתוח שם שום פתיחה משום דהוי על רשות חבירו הפתיחה אבל כשהוא בענין שאין נסתם ממילא וגם לא הוי הפתיחה על רשות ראובן כגון שמרחיק שמעון בנינו וכונס לתוך שלו יכול לפתוח על המקום שהניח בנוי שהוא שלו ולכוף לראובן שיסתום ולא יהיה לו חלון פתוח על רשותו שמזיקו בראיה ואע"פ שמהרשד"ם וכו' יעו"ש בדבריו:

הכי אמרתי הבו לי לנ"ד שאינו פותח לרשות חבירו אלא הוא פותח לר"ה שיש רשות לשניהם לפתוח עליה הו"ל כפותח לתוך שלו ולית אינש על יבשתא לימחי בידיה:

וכרגע נראה לי דבר סת"ר מה שדחה הר' ד"מ את דבריו שם ז"ל ומאן לימא לן דהתם מיירי הרא"ש ז"ל שבא חבירו לבנות בצד הבליטה של ראובן בסמוך ולכן קאמר דיכול להאפיל דממילא נסתם נמי לא עסקינן דכנס ראובן בתוך שלו והוציא הבליטה ופתח חלון לרשותו ולכן קאמר הרא"ש ז"ל דיכיל להאפיל עליו ולא לכוף לסתום או שיזיקו בראייה וכן יש לדייק מל' הרא"ש דקאמר ז"ל בתשו' דכיון דכל אחד יכול להוציא בנינו לר"ה לא הוי האויר שלפני ביתו של שמעון הפקר אלא הוי כחצר השו' וכשפתח ראובן חלונו כנגד האויר שלפני ביתו של שמעון שלא כדין פתח ואם איתא דמיירי דכשפתח ראובן והוציא הזיז היה על כל אוירו בענין שהחלון היתה פתוחה על האויר שלפני בית שמעון לא היל"ל וכשפתח ראובן חלונו כנגד האויר שלפני ביתו של שמעון לא היה לו לומר על אויר של שמעון ומאי כנגד דקאמר וכן משמע מדברי ר' יחיאל השואל ז"ל יעו"ש בתשו' הרא"ש ז"ל כלל צ"ט ס"ו אלא משמע דמיירי דכשפתח ראובן כנס בתוך שלו ופתח חלון על אויר שלו שלפני ביתו ולכן אמר וכשפתח ראובן חלונו כנגד אויר שלפני ביתו של שמעון שלא כדין פתח כיון דגם שמעון יכול להוציא בנינו ואין צריך להרחיק שמעון אלא יכול לבנות על אויר רשותו ולהאפיל עליו דכיון דהמנהג להוציא זיזין כל אחד לפני ביתו הו"ל כחצר השו' אבל לפתוח חלון כנגדו אינו יכול כיון דראובן על אויר רשותי פתח וברשות פתח עכ"ל:

אחר המחי"ר לדידי יש לדקדק מן השאלה של ר' יחיאל בני להיפך שהוא מיירי שהוציא הראשון הבליטה שלו ע"ס גבולו וגם הב' רוצה להוציא ע"ס גבולו. ממ"ש ראובן שהוציא בליטת עלייתו לחוץ וכו' לסוף נמלך שמעון שכנו להוציא גם הוא בליטת עלייתו ועתה הוא אומר ראובן שירחיק בנינו ד"א מכנגד חלונו שלא יאפיל ע"כ. דיש לדקדק בדבריו דאם איתא כדברי הר' דב"מ דמיירי בין שהוציא ע"ס גבולו בין שלא הוציא ע"ס גבולו הו"ל לו' ראובן שהוציא בליטה בעלייתו ולבסוף נמלך שמעון גם הוא להוציא בליטה בעלייתו לא לכתוב בליטת עלייתו דשמעת מינה שהוא בליטת כל עלייתו שהוא סוף גבולו ושמעון שכנו ג"כ רוצה להוציא ע"ס גבולו וע"ז כתב השואל שם וז"ל ויראה מתוך סוגיית הגמ' ששמעון אין צריך להרחיק כי נראה ששמעון לא היה יכול לעכב ע"י מלפתוח החלון מידי דהוה אכל אדם שפתח חלונותיו לר"ה או למבוי ואפי' כנגד חלון חבירו כמו שפסקתי בתשובה אחת הואיל וכו'. גם חזקת ראובן אינה חזקה להצריך לשמעון להרחיק דהא בהא תלייא כדמפורש בפ' חז"ה גבי חלון למעלה מד"א אין לו

חזקה ואין יכול למחות וכן לגבי זוז פחות מטפח וכן בני העיר שמכרו רחוב שחלונות פתוחות לו יראה שצריכין לסתום כל החלונות. וכיוצא בזה פסק הר' ד"מ דכל היכא דאם בא למחות אינו מוחה אין לו חזקה ע"כ. ולפי דבריו ששמעון לא היה יכול לעכב עליו בידו אפילו מלפתוח חלון כנגד חלון ואם פתח אין לו חזקה וכיון דאין לו חזקה יכול גם הוא לפתוח חלון כנגד חלונו א"כ למה ראובן לא אמ"ל כ"א שירחק בנינו שלא יאפיל ולא טען לו אפשר שלא יזיקנו בהיזק ראייה אלא ודאי דקאי שהוציא כל גבולו ולכן פשיטא ודאי שאינו יכול לפתוח שמעון חלון לתוך רשות ראובן זולתי טענתו היא שהוציא לזכות בד' אמות מאויר השייך לשמעון ורוצה למונעו שלא יוציא בליטתו כי אם בריחוק ד"א משלו שכבר זכה בהם וכן מוכח מן התשו' ז"ל ודאי כן הוא דכל מקום דאין יכול למחות אין לו חזקה וכו':

אמנם צריך לדקדק ראובן שפתח חלונו זכה באוירא מן ההפקר כיון שברשות פתח ומי יכול לסלקו ממנו ומיהו לפי שאלתך משמע שהוא מנהג בעיר להוציא זיזין וגזוזטראות ואין יכולים למחות דאל"כ הראשון היאך הוציא בליטת עלייתו ואם תמצא לומר וכו' וא"כ כיון דכל אחד יכול להוציא בנינו לר"ה לא הוי האויר שלפני ביתו של שמעון הפקר אלא כמו חצר השו' וכשפתח ראובן חלונו כנגד האויר שלפני ביתו של שמעון שלא כדין פתח כיון דגם שמעון יכול להוציא בנינו ועד הנה כדין לא היה שמעון מקפיד בו כי לא היה מזיק לו ולא היה יכול למחות בו הילכך אין לו חזקה לראובן ויכול שמעון לבנות לפני חלונו ומצוה לומר לשמעון דאינו מחויב להרחיק דהשבת אבידה היא כי טעו בדבר משנה וחזר הדין עכ"ל:

ואם איתא לדברי הד"מ דע"י דכשפתח ראובן כנס לתוך שלו וכו' וא"כ הו"ל להרא"ש לבאר דבריו דדוקא להאפיל לא לפתוח כיון שלפי דברי השואל דהראשון יכול לפתוח אפילו נגד חלון לא לסתום אלא ודאי כדאמרן שהראשון פתח בסוף גבולו א"כ פשוט הוא שלא יוכל הב' לפתוח חלון על רשות חבירו אבל להאפיל יכול כיון שהוא בונה בשלו ולא היה יכול למחות בו ושלא כדין פתח ואין לו ד"א אבל אם הראשון כנס לתוך שלו ופתח אזי גם הב' יכול לכנוס לתוך שלו ולפתוח אפי' חלון כנגד חלון כיון דהראשון שפתח שלא כדין גם הב' יפתח אם הוא כשכונס לתוך שלו:

ומאחר דנ"ד השואל היה בשלא כנס אלא הוציא כל רשותו דשם הוא ודאי שאינו יכול לפתוח לתוך רשות חבירו ולכן גם אביו שהשיבו כתב בליטת עלייתו דנראה שהוציא כל גבולו וכן י"ל ממ"ש וא"כ כיון דכל אחד יכול להוציא בנינו לר"ה לא הוי האויר שלפני ביתו של שמעון הפקר אלא כמו חצר השותפים וכשפתח ראובן חלונו כנגד האויר

שלפני ביתו של שמעון שלא כדין פתח כיון דגם שמעון יכול להוציא בנינו ועד הנה בדין לא היה שמעון מקפיד בו כי לא היה מזיק לו ולא היה יכול למחות בידו והילכך אין לו חזקה לראובן ויכול שמעון לבנות לפני חלונו ומצוה לו' וכו' ומדקאמר להוציא בנינו משמע כל בנינו שהוציא כותלו לחוץ. ומה שהק' הרב הנז' דהיל"ל וכשפתח ראובן חלונו על אויר של שמעון ומאי כנגד דקאמר ע"ש. וכפי דבריו אכתי לא פלטינן להק' דהיל"ל וכשפתח ראובן חלונו על אוירו ומאי כנגד ועפ"ה שנדון התשו' הוא שראובן הוא הוציא בליטת עלייתו כולה לחוץ נמצא החלון שפתח ברוחבה כולו הוא כנגד אויר כותלו של שמעון וכיון שגם שמעון יכול להוציא בנינו דהיינו כותלו לא הוי האויר שלפני ביתו של שמעון הפקר אלא הוי כחצר השותפין ע"ש ופי' דבריו הוא כמ"ש דלא הוי הפקר אלא כחצר השותפין שראובן יש לו כנגד כותלו ושמעון יש לו כנגד כותלו והו"ל ב' שותפים באויר וראובן נטל חלקו ולא זכה ליהנות מחלק חבירו כיון שהם שותפין ושלא כדין פתח. ובזה נקיים אנחנו ממה שי"ל על הרא"ש שכתב לא הוי וכו' דאיך הוי הפקר שלפני ביתו של שמעון כחצר השו' כיון שראובן לקח חלקו ומה לו שות' בחלק שמעון:

ומעתה עלו דברי הרב ב"ד שרירים וקיימים לדוד אמת במה שפי' בדברי הרא"ש ונמצא להיכא דליכא בליטות אזלי ומודו הרא"ש והרשב"א אהדדי דיכיל להאפיל לא לפתוח ברם היכא דאיכא בליטות בלי רשות המלך בהא פליגי הרשב"א והרא"ש דלהרא"ש יכול להאפיל ולפתוח חלונות או אפשר דוקא להאכיל וכמ"ש מרן בתשו' בין הכי ובין הכי פליגי וכמ"ש בתשו' הרשב"א אבל היכא דאיכא רשות המלך להוציא זיזין כו"ע מודו דשרי לפתוח חכ"ח וכמ"ש מרן שם ס' ט"ו וה"מ וכו' ועי' להר' לח"ש בקו' חזקת סי' ז' ס"ט הביא דברי הר' בני דוד פלקון ז"ל וכתב שם ומזה נתפשט המנהג ע"ש ובסעי' י"ב ע"ש ועי' משאת משה ח"ב סי"ס דק"ס ע"א וג'. ועי' להר' ב"ד ח"ב בחו"מ סי' קנ"ד ד"ס ע"ד ועי' להר' פ"מ ח"ב סיל"ו דכתב דאפי' המנהג הוי עיקר שמש צדקה ת"מ סי' ל"ד דכל מידי דיש מנהג מהני אפי' בהז"ר ועי' עוד שם דמ"ו ע"ב ודנ"א ע"א וכ"ש אם הוא דינא דמלכותא:

וכן יש לדקדק מדברי מרן גופיה בסי' קנ"ד סי"ד וט"ו וי"ו וז"ל הבא לפתוח ראשון בעלייה שכנגד עליית חבירו להר' יונה ז"ל אינו יכול לפתוח אלא עד חצי עלייתו כדי שישאר השאר לשכנגדו ולהרא"ש ולהרשב"א אין יכול חבירו לעכב עליו ולומר היום או למחר אפתח ותעכב עלי שר"ה הפקר הוא והראשון שפתח כזוכה מן ההפקר וה"מ במקום שאין אדם רשאי להוציא זיזין וגזוזטראות מעלייתו לרה"ר אבל במקום שאדם רשאי להוציאם לא הוי האויר שלפני עלייתו הפקר אלא הוי כחצר השותפין וכשפתח

זה חלונו כנגד אויר שלפני עלייה שכנגדו שלא כדין פתת כיון שגם האחר יכול להוציא בנינו לר"ה ובסי"ו כתב וז"ל דעת הרא"ש שהפותח חלון וכו' ועל פי הדברים האלה פסק בראובן שהוציא בליטת עלייתו וכו' אבל הרשב"א כתב שראובן הבא לפתוח וכו' ולזה הסכים הריב"ש וכתב שאין דעת הרבה מאחרונים וכן דעת הר' יונה והרמב"ן והכי נקיטינן ע"כ:

הנה דברים הללו שכתב מרן וה"מ במקום שאין אדם רשאי אבל במקום שאדם רשאי וכו' דברים אלו אך למותר דהו"ל לומר וה"מ במקום שאין מוציאין אבל במקום שמוציאין וכו' אם לא שנאמר שכיון למה שכתבנו והוא דבסי"ד כתב הדין דפתיחת חלונות בלא בליטות דהרא"ש והרשב"א שוים הם ופליגי על רי"ו ובא לפרש וה"מ במקום שאין אדם רשאי מכח דינא דמלכותא דהיינו שבמקום הזה לא יש דינא דמלכותא להוציא זיזין אלא אדרבה אינם מניחים להוציא ולא ניתן רשות אלא לפתיחת חלונות דהוי רה"ר הפקר וכל הקודם זכה מן ההפקר ואין חבירו יכול לפתוח כנגדו אבל להאפיל שהוא בונה בכותל שלו דר"ה אין בו ד"א דגם להרא"ש דמשוה אותם לדין הבליטות הוא דוקא בבליטות שהם מצד אחד שכל אחד מוציא את בליטתו לרשותו ולכן יכול להאפיל אבל במקום שרשאי מדינא דמלכותא להוציא הו"ל רה"ר שביניהם כחצר השות' והראשון שפתח שלא כדין פתח ובזה כו"ע מודים שיכול לפתוח אפי' חלון כנגד חלון ואפי' רי"ו מודה בזה וכמו שביארנו:

גם יש לנו לפרש עוד בדברי מרן שכתב במקום שאין אדם רשאי שהוא על מקום הוצאת הזיזין דהיינו למטה מגמל ורוכבו אבל במקום שרשאי דהיינו למעלה מגמל ורוכבו כמו שיתבאר לקמן במקומו:

ומעתה נצול אותו צדיק מרן הק' ממאי דקשה עליה שבסי"ד וט"ו השוה להרא"ש ולהרשב"א בחדא מחתא ובסי"ו שכתב דעת הרא"ש כתב שם אבל הרשב"א וכו' כנראה דהרשב"א פליג אהרא"ש ואולם ע"פ האמור הנה נכון דבסי"ד מיירי בלי בליטות דבזה שקולים הם הרשב"א והרא"ש ובסט"ו מיירי מכח דינא דמלכותא ובזה גם הרשב"א מודה וכמ"ש בהדיא שהביא מרן בסי' תי"ז. ובשי"ו שמדבר לעיקר הדין הנה שם פליג הרשב"א אהרא"ש ואית ליה דהראשון שפתח זכה מן ההפקר ואינו יכול הב' להאפיל עליו וכמ"ש שם בתשובה זהו שורת הדין נותן וכו':

איך שיהיה בין הכי ובין הכי בנ"ד לפי דעת מרן כפי מה שפירשנו יכול שכנגדו לפתוח אפי' חלון כנגד חלון באין אומר ואין דברים ואין מי שיאמר לו מה תעשה וכמו שאוסיף עוד לבאר לקמן בע"ה. ויש סייעתא לדברינו לה לפרש דבריו בש"ע לדעת הסמ"ע

ודעימיה כדברי התשובה ולא פליגי ממה שראינו להר' צדק ומשפט שם דפ"ה ע"ב וע"ג אחר שהביא דברי המט"ש שהאריך לפרש דגם מרן בש"ע שכתב וה"מ וכו' לא לפתוח חלון כנגד חלון קאמר אלא להאפיל דוקא והביא ראיות ודחה דברי הסמ"ע והראיות הם לחלק חילוקו אבל בעיקר החילוקים אין לתמוה דיכולים לאומרו באופן דאתי כהלכתא וכמ"ש לקמן על ראשון ראשון התימא הוא על החילוק שחילק כיון דכשבונה על המצר אפי' דאיכא ר"ה צריך להרחיק דאית ליה שיכול למחות אפי' רחוק מטעם היזק ראייה ולא אמרינן שלא היה יכול למחות בו מחמת שיכול לומר לו אני באתי ליהנות מאויר ר"ה ולכן צריך להרחיק היות שכבר החזיק והגם דאית ליה אויר שיכול ליהנות ממנו לא מהני ליה שיוכל להזיק לחבירו בעבור זאת א"כ גם בכונס לתוך שלו צריך להרחיק דמאי שנא כיון דמזיק אותו בראייה לא מצי פטר עצמו בראיית חצירו אשר כנס ועל הכל צריך הרחקה גדולה ואין הדין כמותו בחילוקו וכעין זה תמה עליו הרב מהריט"ץ סי' רנ"ג דקצ"ה ע"ד וקצ"ו ע"א ז"ל אבל אכתי קשה וכו' וא"כ נפל פיתא בבירא לדידן דיתבינן באתרא דמארי ביתא תלי זייניה מרן שקבלנו הוראותיו ולפי סברתו דברי נבואה הם דאין לו טעם עכ"ל ומרן לא ניחא ליה בתי' שתירץ הרב ז"ל שדוחקו נראה מתוכו וכמ"ש הר' עצמו ז"ל ואפי' לומר בדוחק ומיתון ועיון עכ"ל. ואם כנם לתוך שלו לא יועיל ולא יציל וצריך להרחיק עד שלא יוכל לראות כלל וכמו שפ' בסי' קנ"ד ס"ו וז"ל ואם הוא לחצר אחרת וכו' צריך להרחיק מכנגד פתחו או חלונו של חבירו עד שלא יוכל לראות בו כלל. וגם בדין החנות כתב שם לפיכך צריך להרחיק עד כדי שלא יוכל לראות בו כלל ואפי' דאיכא רשות הרבים באמצע לא מהני כיון דהחלונות הם גבוהים ודינם כדין חצר חבירו:

עם כל זה נוכל לומר דלא אמרה הרב למילתיה אלא לפו"ד דאית ליה שיכול למחות וכיון שיכול למחות א"כ הפותח החזיק ולכן צריך להרחיק ועליה אנו דנים תמיהת הר' הב"י. לא כן בנ"ד שיש רשות המלך נתונה להוציא ולפתוח גם המרדכי ורב צמח גאון ז"ל מודו בהכי שיכול לומר לו כיון שלא הייתי יכול למחות בך לא החזקת ויכול גם אני לפתוח וליהנות מאויר שלי שיש לי בר"ה ואתה סתום או הגבה כותלך ומנע היזקך ומרן מלכא בש"ע אית ליה כן וכנ"ל. ואם יש לחלק בין בונה על המצר ובין כונס לתוך שלו הוא באו"א שאם בונה במצר חבירו אזי צריך להרחיק דשלא כדין פותח לתוך רשות חבירו אבל אם כונס לתוך שלו אפי' בר"ה שהניח מאוירו אין צריך להרחיק וכמ"ש הר' ב"ד הנז"ל וגם הרשב"א ח"ג סי' קע"ח וז"ל תשו' הדין עם ראובן דכל שהוא אינו צריך להצניע עצמו מחמת שמעון כדין מעכב עליו כל שהוא מזיקו בין בפותח כנגדו ממש

בין במטה מן הצד דמילי דרבנן לאו כחוכא לומר כשמזיקו להדיא כיון שאינו מכוון ממש מותר שהרי אין עיקרו אלא כדי שיזיקנו בראייתו וכו' זה הכלל כל שמרבה בהיזקו אינו רשאי וכו' והיזק ראייה אין לו שיעור ואפי' מפסיק ביניהם רה"ר י"ו אמה ואפי' מ' אמה כל שמזיקו בראייה אינו רשאי ואם חלונותיו של שמעון גבוהות מקרקעית הבית ואפי' יותר לד"א מוחה ראובן בידו דאמ"ל זמנין דמנחת שרשיפא וכו' כדאיתא בשלהי פ' חזקת הבתים עכ"ל. לא דיבר הרשב"א אלא לפו"ד דאית ליה דאם פתח הא' החזיק בה ואין הב' יכול לפתוח ולא להאפיל וכמ"ש זוהי שורת הדין אבל אם יש חקי המלך וכו' וכמו שנתבאר לעיל:

עוד בא לפי תמיהת הב"י הוא כמו שתמה הרב שמו משה ז"ל ח"מ סי' כ"ג דקט"ו ע"א וז"ל ולכאורה ראית המרדכי ממתני' דהחלונות מכנגדן ד"א שלא יאפיל ואפ"ה צריך ד"א למעלה שלא יציץ הראיה אינה מובנת דמה ענין כותל שהוא עולה לו ומציץ שצריך להגביה ד"א לענין חלון כנגד חלון דהתם אפילו יגביה ד"א עדיין מציץ הוא אם ירצה וכ"ת דאם מגביה גם החלון ד"א אינו יכול להציץ דומיא דכותל דכך שיערו חכמים א"כ לוקמי גם לתוספתא כן ואמאי מוקמינן לה בכונס בתוך שלו הלא אפילו על המצר די בד"א דכותל וא"כ מתני' כחכמים אתייא ולא כר"מ ואתי שפיר ומתני' דקאמר לא יפתח אדם לחצר השות' אבל פותח הוא לר"ה וכו' ומוקמינן לה בנמוכות אבל בגבוהות אסור היינו במכונות אבל כשפותח חלון גבוה מחלון חבירו ד"א מותר והכל אתי שפיר גם מה שסיים המרדכי דמתניתין דהחלונות מכנגדן ד"א וכו' מיירי על המצר דלא סגי ליה בד"א היאך אפשר דלא סגי ליה בד"א והתנא קאמר יגביה ד"א דוקא ואיך קאמר דלא סגי ע"כ. והגם כי שם תי' דברי המרדכי עש"ב מרן הק' לא חש לתי' דמה שהוצרך לחלק הוא משום דאל"ה הויא מתני' כיחידאה למה לא יפרש פי' ע"ג שיש בו היז"ר דאם ירחיק דהיינו למעלה אם יכנוס לתוך שלו בגובה ד"א מותר וכשהוא גבוה ד"א וכנס לתוך שלו ד"א אזי לא נשאר שום היז"ר והכי פי' לר"מ לא יפתח ע"ג וכו' ואפילו שהוא גבוה ד"א משום היז"ר שכל שיגביה יש היזק ראיה אבל חכמים מצאו תרופה שירחיק לתוך שלו בגובה ואזי לא ישאר היז"ר כלל ולכן דייקי בלישנייהו לומר ובלבד שירחיק עם הגובה וכפי פי' זה הכל יבא ע"ן דמתני' לא הוי כיחידאה דמתני' מיירי שהם מכוונים זה כנגד זה לא זו למעלה מזו כנגד חבירו דשם אית תקנה לכנוס לתוך שלו ובזה יסתלק היז"ר וכמ"ש חכמים ובלבד שירחיק לא כן אם יהיו מכוונים זה כנגד זה בשוה לא למעלה ולא למטה אזי צריך להרחיק שלא יוכל לראות ואפילו כונס לתוך שלו כ"ז שעדין יש לו היז"ר ממנו ל"מ מה שכנס לתוך שלו. וגם אין מהצורך לפרש התו' בחצר השות' וכמ"ש הרב

שמו משה שם ע"ג בדעת הטור ז"ל. ברם עדיין צריכים אנו למודעי מה יענה מרן בדברי התוספתא והטור ז"ל על דברי רשב"ם שכתב דבחצר השות' בהרחקת משהו סגי כתב ובתוספתא אומר צריך להרחיק ד"א והיא היא התוספתא שהביא המרדכי ותימה על הטור ז"ל דמוהר"מ רבו של אביו מוקי לה בפותח כנגד חבירו וכונס לתוך שלו ומה ענין זה לדין רשב"ם בחצר השות' איך שיהיה עכ"פ הטור ז"ל מוקי להאי תוס' בחצר השות' ומרן ז"ל לא חש לתוספתא זו ולא לפי' הטור ז"ל בחצר השו' ובנתנו לו רשות והא ודאי טעמו הוא דסתמא קאמר הברייתא ואפשר דאף בחצר חבירו קאי דלר"מ לא יפתח כלל ולחכמים די בהרחקת ד"א ואמאי לא חש לה. ואם נפרש כפי' המרדכי גם לזו לא חשש מרן ז"ל ולא הביא דבריו בב"י כלל עכ"ל. דלפי האמור לפרש דברי התוס' לא הוצרך הטור ומרן לחוש לדברי התוס' כיון דלסברת חכמים ע"י מה שכנס למעלה לתוך שלו לא נשאר שום היז"ר כלל ולא נשאר שום תימה על העור דמוהר"מ רבו ש"א וכו' ולכן מרן הביא דברי המרדכי ותמה עליו וכדאמרן. וגם בזה יבואו דברי חכמים בדיוק שאמרו ובלבד שירחיקו אין מהצורך למ"ש הר' חסדי דוד לפרש דברי חכמים שאמרו שצריך להרחיק הרחקה זו מלמעלה אזי וחכמים מתירין כל שמגביה למעלה מחלון חבירו ד"א דבהכי סגי שלא יוכל להזיקו בהיז"ר ע"ש. דהוא דוחק דאדרבה כל שמגביה ד"א הוא מתרבה עליו ההיזק והחוש יעיד ע"ז ואדרבה מדברי חכמים שאמרו ובלבד שירחיק ד"א ול"א שיגביה ד"א מוכחא מילתא כמ"ש. וא"כ עדיין התמיהה שתמה הרב שמו משה במקומה עומדת ולכן לא חש לה הב"י ותמה על מה שהביא המרדכי משם רבו אי נמי אפ"ל התו' והוא זה דר"מ אית ליה לא יפתח אדם פתח ע"ג פתח אפי' שהם גבוהים ד"א וחכמים מתירין ובלבד שירחיק ד"א ר"ל שהרוחב שביניהם הוא ד"א דוקא דאזי הגובה ד"א הוא ותיבת ובלבד דקאמרי חכמים דייקי בפי' דקי"ל לחכמים לומד וירחיק ד"א המונע היז"ר וכמ"ש הרמב"ן בחידושיו על ב"ב דכ"ב וז"ל וגופא דמתניתין כך פירושה מכוון דתנא מי שהיה כותלו וכו' דשמעת מינה שמי שבא לסמוך כותלו בכותל חבירו צריך להרחיק ד"א חזר ושנה ואם היה בכותלו של חבי' חלונות אעפ"י שהרחיק כותלו ד"א צריך להגביהו או להשפילו ד"א כדי שלא יציץ ולא יעמוד ויראה וכיון שהגביה ד"א ואין בין כותל לכותל אלא ד"א שוב אינו יכול לראות בחלון ותנא דברייתא דקתני מלמעלן שלא יציץ ויראה ולא יהיב שיעורא אלא כדי שלא יציץ ויראה וכן במכנגדן כדי שלא יאפיל ולא יהיב שיעורא וכן פירש"י ז"ל ובא לומר לך שפעמים צריך הרחקה יותר מד"א שאם היה בין כותל לכותל ריחוק גדול אם מגביה כותלו ד"א מחלונות של זה כ"ש שיראה שם להדיא לפיכך פי' בברייתא בכדי שלא יציץ ויראה צריך להרחיק בין

רב למעט ולא אמרו ד"א אלא בבונה בסוף ד"א מכותל החלונות עכ"ל. ואפ' כי לזה כיוין מרן בש"ע סי' קנ"ד ס' כ"א וז"ל מי שהיה לו חלון בכותלו ובא חבירו ועשה חצר בצדו אינו יכול לומר לבעל החלון זה סתום חלון זה כדי שלא תביט בי שהרי החזיק בהיזק זה ואם בא חבירו לבנות כותלו כנגד החלון כדי שיסיר היזק ראייתו צריך להרחיק את כותלו מכנגד החלון ד"א שלא יאפיל עליו וכיון שהרחיק ד"א אעפ"י שמאפיל אינו צריך להרחיק יותר. היתה החלון למטה בכותל כופה את חבירו לבנות כנגדה ברחוק ד"א ולהגביה הבנין ד"א כדי שלא יביט בו מהחלון. היתה החלון למעלה בכותל ובנה חבירו כותל כנגד החלון מלמטה אם היה מראש הכותל שבנה עד החלון גובה ד"א או יותר אינו יכול למונעו אעפ"י שלא הרחיק מהכותל כלום שהרי לא האפיל עליו ואינו מזיקו בראייה אבל אם נשאר גובה מראש הכותל עד החלון פחות מד"א כופהו למעט הכותל כדי שלא יעמוד על ראש הכותל וישקיף מהחלון או יגביה הכותל על החלון ד"א ויהיה הכותל רחוק מהחלון ד"א כדי שלא יאפיל ולא יציץ ויראה עכ"ל. וכן פי' הסמ"ע שם ס"ק נ"א בשם ה"ה וז"ל המ"מ כתב די"א הא דסגי בד"א היינו דוקא כשלא הרחיק הכותל אלא כדינו ויותר מכאן מעט אבל אם הרחיקה ריחוק גדול כ"ש שיראה משם כשיגביה ד"א מחלונו של זה וכן פירש תנא דברייתא שצריך להגביה כדי שלא יציץ ויראה עכ"ל: **אף** אנו נפרש התוס' כן ואז הוי מתניתין כחכמים ולא כיחידאה ונשארה התמיהה במקומה עומדת כן נ"ל בדעת מרן הב"י ולכן לא חש וכו' וכפי זה נפשט ספיקו של הרמב"ן בפ' ח"ה על דנ"ע דמייתי להך תוספתא ועלה ונסתפק וז"ל ולא נתברר אם הרחקה זו מזה כנגד זה או היא מלמעלן כדקתני ע"ג וכענין ששנינו החלונות מלמעלה ד"א. וכפי האמור הנה נכון דר"מ דאמר לא יפתח לפי דברי הרמב"ן מלמעלה ובודאי שהוא ד"א דאל"ה פשיטא שאינו יכול לפתוח כיון שהוא מזיקו בראייה ומה בא להשמיענו. אלא ודאי דבא לו' דאע"ג דאיכא ד"א לא יפתח אדם פתח על גבי פתח שהוא אפי' דאיכא ד"א ועלה קאמרי חכמים ובלבד שירחיק הרחקה אחרת דהיינו ד"א מזה כנגד זה שכיון שאינם מרחיקים זה מזה אלא ד"א אזי ע"י שהגביה ד"א שוב אין היזק ראיה ואפילו לפי ספקו של הרמב"ן מאחר דקי"ל כרבנן לכן צריך להרחיק בין מלמעלה בין מכנגדו ד"א:

ודרך אגב חזון הרביתי בלשון התו' שהביא המרדכי בדברי ר"מ דקאמר לא יפתח אדם וכו' אבל יפתח חלון ע"ג פתח ופתח ע"ג חלון דיש לתמוה דמאי שנא. ואנכי הרואה בתוס' עצמה פ"ב שא יז בה אבל יפתח אלא לא יפתח אדם פתח ע"ג פתחו וכו' פתח על גבי חלון וחלון ע"ג פתח ותימא על הר' שמו משה שהביא לשון התו' כל' המרדכי ולא

נרגש מזה כלום גם מה שרצה הרב שמו משה שם בדקע"ו ע"ד להעתיק דברי הרמ"ז בס' חסדי דוד ז"ל וז"ל ואפשר להעתיק דבריו ז"ל ביותר דה"ט דפסקי' כר"מ משום דסתם לן רבי כוותיה דתנן אבל פותח אדם חלון ברשות הרבים חלון כנגד חלון ואמרינן בש"ס דטעמא משום דאמ"ל הא בעית לאיצטנועי מבני רה"ר דון מינה דאם הם החלונות למעלה מד"א לא יפתח כמו שלמדו ממשנה זו הרמב"ן והרשב"א והמרדכי וכבר גם המרדכי בעבור סיבה זו שלא תהיה מתניתין כיחיד רצה לפרש מ"ש מהר"מ ז"ל רבו מינה להרמב"ן ודעימיה דלא ס"ל לחלק בין כונס לתוך שלו לבונה על המצר דאחר האמת קנה כיון דהיז"ר גירי דידיה נינהו אף אם עושה בתוך שלו ל"מ דמודה ריו"ס אגירי דידיה כמ"ש בש"ס וכיון דגם הוא ז"ל אסיק דהיז"ר אין לו שיעור א"כ מה הרוחנו בכניסה לתוך שלו ד"א אלא ודאי דכי הדדי נינהו ואתייא מתניתין דלמד ממנה המרדכי ההיא דכותל אמתניתין דאבל פותח לר"ה כר"מ דלמעלה אינו יכול לפתוח וכיון דסתם לן רבינו הקדוש כר"מ נקיטינן כוותיה דלא כחכמים דפליגי עליה ולכל הדברות בפסק מרן אין דרך לנטות דהכי ס"ל דלא סגי בשום הרחקה אלא עפ"י ראות עיני ב"ד שאין לו נזק כלל וכנז"ל עכ"ל. ונוראות נפלאתי ע"ד דמאי דסתם לן רבינו הק' אבל פותח אדם בר"ה וכו' אתייא כרבנן דאפילו דהם למעלה מד"א לא יפתח היינו כשהם מכוונים זה כנגד זה ממש בשוה אהני הגובה אלא לגבי בני ר"ה לא כן לגבי חבירו שגם הוא גבוה כמותו לא יאמר עליו גבוה דבזה חכמים מודים דלא אמרו אלא דוקא אם הם גבוהים זה מזה ורחוקים ד"א דוקא וכאשר הוא עצמו כתב כן לדחות ראית המרדכי שם דקע"ו ע"א הבאתי דבריו לעיל וכן מצינו למוהריט"ץ שם דקצ"ו ע"א שהק' על ה"ה ועל מה שכתב וכו' להזקיק את התחתונה עכ"ל. גם במ"ש ולכל הדברות בפסק מרן וכו' לפי מ"ש למעלה בדברי מרן בסעי' כ"א יצא לנו דגם למרן אם ההרחקה היא דוקא ד"א די בהגבהת ד"א ולא כוותיה ומ"מ יועיל בנ"ד דאיכא פלוגתא בדברי מרן לפי מ"ש הרב צדק ומשפט ז"ל דמידי פלוגתא לא נפקא החי' שבדברי המרדכי כיון דנ"ד הוי ככונס לתוך שלו יכול הבונה לפתוח ולומר קי"ל וכמ"ש הר' תורת חסד סי' קצ"ב דקכ"א סו' ע"ד ז"ל ונקיטינן שדבר זה הוא מוסכם מכל הפוס' דהיכא דאיכא תרתי לטיבותא דמסייעי למזיק שהוא בונה בתוך שלו ויש ספק אי צריך להרחיק דאין מונעין אותו מלבנות או לעשות מה שהוא רוצה ע"כ. ועיין למוהר"ש גאון הוב"ד בס' כרם שלמה סי' ג"ל דקמ"ז ע"ד ודקמ"ח ע"א וז"ל אמנם אם בא לעשות על רשות חבירו היזק מחדש אפי' שהוא ספק היזק הניזק הוא המוחזק וכו' ושם. הבאתי כמה ראיות לכלל זה ואח"כ הבאתי דברי רבוותא בתראי המנגדים על כלל זה ודחיתי דבריהם מחמת הראיות שכתבתי לחזק כלל

זה והעולה מתוך דברי שכתבתי שם הוא שאם הפותח חלון הוא פותח אותו על רשות חבירו ממש כגון על חצר חבירו אז אינו יכול לומר בשלי אני בונה ופותח וקי"ל שאינו היזק וכו' והמזיק הוא המוחזק ועל הניזק להביא ראיה דהוי היזק עכ"ל:

ומידי עוברי ראה ראיתי למרן החבי"ב הוא אדוני הראש בכנה"ג ח"מ מ"ק סי' קנ"ד בהגהב"י ס"ק ס"ו על דברי הרשב"א שכתב הב"י סוף מחו' י"ג ז"ל ודע שהרשב"א בתשו' וכו' וכן כתב הכנה"ג ז"ל ע"ד לכאורה נראה שצריך להגיה אלא שאם מצד זה יכול שמעון להרחיק ד"א וכו' וס"ל לרב דהכונס בתוך שלו סגי בד"א אעפ"י שמזיקו בראייה כסברת המרדכי בפ' קמא דבתרא בשם רבו הביאה רבינו המחבר בסי' זה בסוף מחודשין י"ד ומ"מ זר אצלי לשבש הספרים ליחס להרשב"א ז"ל ס' זרה כזאת שכתב עליה רבינו המחבר ז"ל ודבר תימה הוא והנכון דהכי קאמר אם בעל החלונות יכול להגביה ד"א ולפתוח שם החלונות באופן שאינו מזיקו בראייה יכול לפתוח והם דברי תשובת הגאונים שהביא רבינו המחבר ז"ל במחודשין י"ד ומ"מ איני הולם איך בהגבהת ד"א אינו מזיקו בראייה וצ"ל דמיירי בפותח חלונות בביתו למעלה מד"א מקרקעית שלו דהשתא אינו מזיקו בראייה אלא אי מייתי שרשיפא ועומד עליו ואעפ"י שאפילו מלמעלה מד"א אינו יכול לפותחה כל שהיא עשויה לאורה כר' אלעא דקאמר הכי ס"ל להרשב"א דדוקא כשבשעת הפתיחה אם בא להביט מזיקו בהיז"ר אינו יכול לפותחה אבל בפותח על גג של רעפים דהשתא אינו מזיקו בהיזק אלא לכשיוסר הגג כל שהיא למעלה מד"א יכול לפותחה וכשיוסר הגג יכופנו לסותמה ע"כ:

ואחרי נשיקות עפרות רגלי קודשו לא זכיתי להבין אמרי קו' במ"ש ומ"מ איני הולם איך בהגבהת ד"א אינו מזיקו בראייה וכו' דלפי דברי הרמב"ן בשי' הנז' יובן ובפרט כי הרמב"ן הוא רבו של הרשב"א ונקט כוותיה ואין לנו צורך עוד לפרשו כמ"ש אדוני זקן וצ"ל דמיירי וכו' ועי' בהגהות הגאון מוהר"ר ליב חנליש שם אות ט"ל ואות מ' יעו"ש. ומדברי הרמב"ם בפ"ז מה' שכנים הלכה ב' וג' שם כתב היתה החלון למטה בכותל כופה את חבירו לבנות כנגדה ברחוק ד"א ולהגביה הבנין ד"א כדי שלא יביט בו מן החלון. היתה החלון למעלה בכותל ובנה חבי' כותל כנגד החלון מלמטה אם היה מראש הכותל שבנה עד החלון גובה ד"א או יותר אינו יכול למונעו אעפ"י שלא הרחיק מכותל החלון כלום שהרי לא האפיל עליו ואינו מזיקו בראייה אבל אם נשאר גובה מראש הכותל עד החלון פחות מד"א כופהו למעט הכותל כדי שלא יעמוד על ראש הכותל וישקיף מן החלון או יגביה הכותל על החלון ד"א ויהיה הכותל רחוק מן החלון ד"א כדי שלא יאפיל ולא יציץ ויראה עכ"ל. וכן פסק מרן שם ומוכרחים שמפרשים כתנא דברייתא בא לומר

דדוקא קרוב שאינו יכול לראות הא אם רחוק לא יועיל הגבהת ד"א וכמ"ש הרמב"ן הנז'. וכדברי הרמב"ן כתב הר"ן הובאו דבריו בשיטה מקובצת ממש ככל דברי הרמב"ן ז"ל דדוקא במרחיק ד"א סגי במגביה ד"א אבל הרחיק יותר כ"ש שרואה טפי ולכך צריך להגביה יותר עי"ש בדבריו. ומדברי התוס' והרא"ש נראה דסברי מרנן כסברת הרמב"ן כמ"ש הרב שמו משה בסי' כ"ג דקע"ח ע"ב וז"ל ונראה דגם התוס' ז"ל ס"ל כפי' הרמב"ן בזה דהתם בש"ס מוקים להאי כותל שכנגד החלון בבא מן הצד דהיינו אורך הכותל כנגד רחבו של חלון והקשה הש"ס והלא מציץ. ותירץ במדייר כותלו דהיינו שעושה ראש הכותל כמו מדרון משופע לצד החלונות שאינו יכול לא לעמוד עליו ולא להשען עליו כמ"ש רשב"ם ז"ל וכתבו תוס' במדייר ול"מ לשנויי במגביה כותלו ד"א דכיון דקאי מן הצד אפי' גבוה ד"א יכול לעמוד מרחוק עליו ולהציץ עכ"ל. הרי מבואר מדבריהם דאם הכותל רחוק יכול להציץ ולאו דוקא מן הצד דק"ו הוא והחוש יעיד באופן כי דברי הרמב"ן בזה נראה דמוסכמים הם עכ"ל. ברם מה שכתב אח"כ ומיהו הרמ"ה כתב בשי' דה"ה במגביה עי"ש ודאי דפליג. ואפשר דמשום הכי כתבו ה"ה בשם י"א ובודאי דיחיד ורבים הלכה כרבים. ועוד דלדברי הרמ"ה קשה אמאי נייד הש"ס מאוקמתיה דברייתא ומיהו מאי מקשה בכח והלא מציץ מאי קק"ל הא אוקימנא במגביה אלא ודאי כמ"ש התוס' והרא"ש דאפי' מגביה מציץ מרחוק דז"ב. ומיהו מבואר שגם ר' יהונתן ז"ל ור"י בעליות הוב"ד בשיטה מקו' פירשו דמ"ש בש"ס והלא מציץ ר"ל כיון שהוא קרוב מציץ עי"ש. א"כ אפשר אין לדייק מ"ש התוס' והרא"ש ז"ל מיהו אפשר דלא פליגי בעיקר הדין ויש להתישב בזה עי"ש בשיטה מקובצת עכ"ל:

אנכי הרואה לפי מש"ל דהרשב"א ז"ל ס"ל כרבו הרמב"ן ז"ל וגם הרמב"ם ומרן ס"ל כן א"כ לא הוי יחיד. ומ"ש ה"ה ויש מי שכתב הכונה שכן יפרש הרמב"ם כמו שמוכח מדבריו. ומ"ש ויש מי שכתב הוא דלא כמי שפי' דהברייתא אתא לפרש דברי המשנה ואין צריך לתת שיעור דעל מתניתין קיימא וכמו שכן כתב רי"ו הובא בב"י סי' קנ"ד ס' ל"ב ז"ל וכתב ר' ירוחם ואם השפיל או הגביה הד"א כמ"ש א"ץ יותר אפי' יוכל לראותו ע"כ. ולזה הביאו הסמ"ע על דברי מרן להודיע כי כוותיה ס"ל לפרש הברייתא:

וכתב בתשובות הגאונים ושכתבת שאמ"ל בעל החלונות הסך על עצמך וזה אומר לו סתום חלונותיך על הניזק להרחיק עצמו אלא בגירי דיליה ואם כשהוא מסך על עצמו ועושה מעקה ארבע אמות אין מסתכל בו בעל החלונות יעשה מחיצה וישך על עצמו ויוציא הוצאה משלו ואם עושה מחיצה ד"א ועדיין מסתכל בו בעל החלונות צריך לסותמם מדחילק היכא דיש ד"א ועדיין מסתכל ש"מ דסבר לפ' הברייתא שאמרה כדי

שלא יציץ היינו דוקא כשיש ד"א בין כותל לחלונות אזי מספיק בגובה ד"א לא כן אם הריחוק הוא יותר מד"א אזי לא מהני ד"א אלא צריך להגביה יותר וכמ"ש הרמב"ן ז"ל הנז' ואולם הגאונים סברי דלא יגביה יותר אלא צריך לסותמם וכפי"ז מפורש יוצא משם מרן בבד"ה שם וז"ל לכאורה נראה דתשובה זו היא דלא כהלכתא עכ"ל. הכונה כיון דאפשר לפרש הברייתא כמ"ש ר' ירוחם הנז' עכ"ל:

ואחת מן הראיות היא תשו' מרן באבק"ר כתב עליו הר' צדק ומשפט ז"ל בע"ג וז"ל מיהו אסיק הרב ואייתי פלוגתא ע"פ דברי מרן גופיה בסט"ו וא"כ בודאי דיכול לומר הבא לפתוח קי"ל ויכול לפתוח כיון דבדידיה פתח אין אדם יכול למונעו ואפשר דהיינו טעמא למה שנהגו לפתוח חלון כנגד חלון בר"ה ואין מוחה ובהכי אפשר וכו'. ועי' להר' חק"ל וכו' ולעולם דעת הר' פ"מ בעד מרן הוא דס"ל ככל דברי הסמ"ע כמו שיעו"ש ומידי פלוגתא בעד מרן לא נפקא וכדבר האמור ודוק עכ"ל קשה לנו להבין את דב"ק באומרו בפי' דברי מרן בפלוגתא קאי ולא ידענו נכונה כיון דבתשו' מפורש יוצא דאין לפתוח חלון כנגד חלון א"כ מי הוא זה אשר יערב לבו לגשת לפרש בדברי מרן היפך דברי עצמו בתשובה ולפי מש"ל שהמפרשים את דברי מרן בש"ע היפך מ"ש בתשו' לא שלטא עינא דידהו בתשו' הא ודאי כי טוב הדבר להשוותם וא"כ חזר הדין שאין יכול המוחזק לומר קי"ל נגד מרן דגם שהוא בתשובה ויכול המוחזק הבונה בשלו לומר קי"ל כמ"ד דאנחנו לא קבלנו הוראותיו כ"א בפסקיו ולא בתשובותיו מ"מ לגלויי מלתא שפסקיו פירושם כמ"ש בתשו' להא ודאי דבר פשוט לפרש דבריו כמ"ש בתשו' האמנם כפי מה שפירשנו לעיל דברי התשו' הנז' עלה לנו דשקולים הם התשו' והש"ע כי הדדי דיכול לפתוח חלון אפי' נגד חלון ויצא לנו מזה דהר' מע"ש והר' צו"מ הנז' שהמה ראו דברי מרן בתשו' ואפ"ה העלו להלכה דיכול המוחזק לומר קי"ל דפירוש מרן בש"ע כמ"ש הסמ"ע ודעימיה ויכול לפתוח חלון נגד חלון מוכרח הוא דס"ל לפרש התשו' כמ"ש לעיל או דמספקא לן בפירוש דברי מרן בש"ע אם יתפרשו כדברי הר' מט"ש ז"ל או כמ"ש. או נימא דפליגי הפס' עם התשו' ומרן חזר בו ממ"ש בתשו' היות כי בתשו' לא כתב לפ' בדעת הרא"ש דאית ליה דדוקא להאפיל אבל לא לפתוח אלא בדרך אפי' לא בודאי ואם איתא דגם בפסקיו עדיין ס"ל כפירוש דברי הרא"ש שכתב דשלא כדין פתח הייני דוקא להאפיל אבל לא לפתוח מה שאין נראה מפשט הלשון דשלא כדין פתח משמע לכל מילי. א"כ הו"ל למרן בש"ע לפרש דבריו באומרו דשלא כדין פתח ויכול להאפיל דוקא אלא ודאי מדסתם ולא ביאר נראה דסמך על פשט הלשון שהוא לכל מילי וחזר בו ממ"ש בתשובה ועוד אפשר וכו' ופסק כן היפך דברי התשו' והכריע דעתו דעת עליון

לפסוק כן ולדידן הלכה כפסקיו כמש"ר למרן גופיה בב"י יו"ד סי' שמ"ה שכתב על דברי הרא"ש שאם סותרים פסקיו לתשו' דהולכים אחר הפסקים שהם אחרונים. והכא נמי נימא בדידיה שאם סותרים הפסקים לתשו' שהולכים אחר הפסקים יען שהפסקים הם אחרונים וכמ"ש הר' יד מלאכי בכללי הש"ע אות ב' ועי' מ"ש במ"א שהעליתי דהתשו' עיקר. וגדולה מזו וכו' אומרים דאפילו היה לנו דברי מרן בספק יש לנו לדון דיכול לפתוח מכח ס"ס בדברי מרן ספק אם מרן בש"ע חזר בו ממ"ש בתשו' ואית ליה שיכול לפתוח אפי' חלון כנגד חלון וכמו שהוכיח מדבריו הסמ"ע או דנימא דגם בש"ע אית ליה שדוקא להאפיל הוא דיכול אבל לא לפתוח וכמ"ש המט"ש והר' חק"ל וכמ"ש בתשו' מ"מ יש להסתפק בתשו' עצמה אם אמרה לכל מילי או דוקא כעין נדון השאלה שנשאל אבל בכעין נ"ד אזיל ומודה שיכול אפי' לפתוח וכדאמרן. וכי תימא דבתשו' אמרה לכל מילי שמא מרן בש"ע חזר בו וס"ס זה הוא מתהפך ס' אם בתשו' אמרה לכל מילי או דוקא לנדון השאלה ואת"ל דלכל מילי אמרה שמא מרן בשולחנו חזר בו ואית ליה שיכול לפתוח אפי' חלון נגד חלון וכמו שהוכיח כן מדבריו הסמ"ע ועדיפא מינה מצינו לעט"ר הרמ"ז הכנה"ג באות ס"ח בהגהו' בית יוסף שכתב דס"ל להרי"ף ולתוס' דאפי' ס"ס דאינו מתהפך דנין בו לקולא יע"ש באורך. כ"ש בכאן שהוא מתהפך ע"ש ולקמן נבאר בתוס' ביאור (וכן כתב הר' בני דוד אלקון ז"ל משם מהרש"ך בפ"ה מה' שכנים ע"ש ז"ל והעד נאמן לזה הוא ניהו וכו'):

עוד בידינו להוכיח גם מדברי מורם בהגהה סי"ו וז"ל ואפי' למ"ד שיש לו חזקה הואיל דהיה יכול למחות ה"מ בפותח לרשות חבי' אבל בפותח לר"ה וכדומה שאין בידו למחות כלל לכ"ע לא הוי חזקה ועי' להר' ב"ד ח"מ סי' ע"ח דע"ע ע"ג שכתב על דברי מורם הללו דלא לחלוק על מרן אתא אלא לפרושי קא מפרש ובסו"ד כתב וז"ל הנה מלבד דדוחק גדול לומר שבא לחלוק על מרן דא"כ הו"ל לו' ול"נ דה"מ בל' חולק ולא בל' פשוט כמו שבא לפרש ותו דהו"ל לקבוע הגהתו לעיל למה המתין עד סופה דמלתא וכו' עש"ב. וכן כתב הר' בני דוד פלקון פ"ה מה' שכנים דין ו' דע"ז ע"א וז"ל וגם כבר כתבנו דאין להכריע מדברי הרשב"א לחלק דין פתיחה לבנין כמו שביארנו והעד הנאמן לזה הוא ניהו מורם בעל המפה דכשחילק מרן ז"ל בין היכא דאין להם רשות להוציא וכו' למקום שיש להם רשות וכו' בין לענין הבנין בין לענין הפתיחה כמו שהכרענו הדבר כמ"ש הסמ"ע ופ"מ עצמו אז לא הגיה ע"ז כלום מבואר דמורם ז"ל אזיל ומודה במודים דרבנן לדינו ומשפטו של מרן ז"ל שדין זה מוסכם מהרא"ש והרשב"א ז"ל וכו' יעו"ש באורך ולפי דברי הסמ"ע בסי' הנז' סקל"ז וז"ל אפי' וכו' ריו"ו והריב"ש הם המה דס"ל הכי דכיון

דיכול למחות יש לו חזקה עי' בהריב"ש סי' תע"א עכ"ל. משמע מדבריו דהרשב"א הוא מכת הסוברים דאין לו חזקה בפותח לר"ה וכן מפורש יוצא מדברי הרשב"א עצמו שכתב שאינו יכול להחזיק מפני שאינו יכול למחות כמו שיעו"ש בסי' אלף קל"ב ובסי' אלף כ"ה ואפי' שהרב אמרה למילתיה שאין לו חזקה דוקא להאפיל לא לפתוח וא"כ יצא לנו מזה דלענין חלונות יש לו חזקה מ"מ היינו דוקא בנ"ד וכמ"ש שם מחמת שאינו פותח על רשות חבירו ולא משתמש בשל חבירו כלום ואפי' אם בא הב' לפתוח חלון כנגד אותו חלון אינו רשאי שיכול לומר אל תזיקני בהיזק ראייתך ע"ש אבל בנ"ד שיש רשות מן המלך להוציא ולפתוח הו"ל רשות הרבים שביניהם כחצר השותפים ונמצא שמתעסק בשל חבירו ובזה אין לו חזקה ואפי' בחלון ויכול לפתוח כנגדו כיון שאינו יכול למחות. וכן כתב להדיא הר' מ"מ בח"א סי' ס' יעש"ב:

ואי קשיא אך מתשו' הרשב"א הביאה הרב"י בסי' קי"ז וז"ל וכתב עוד באותה תשובה וכו' זו היא שורת הדין זולתי וכו' עכ"ל דמשמע מינה דאי לאו חקי המלך הדין נותן שהחזיק ואינו יכול אפי' להאפיל והגם כי תשו' הרשב"א נראה דסתרי אהדדי הרואה יראה בדברי הראשונים שהבאנו לעיל שכבר ישבום וגם אנחנו משוים אהדדי דהיכא דאיכא חקי המלך אזלי ומודו כו"ע שיכול לפתוח אפי' חלון כנגד חלון ובנ"ד דרשות המלך נתונה בס' החוקים להוציא זיזין וגזוזטראות לר"ה ולפתוח חלונות זה כנגד זה ורשות גזירותיו לכל מלכותו בהא הרשב"א מודה דאין לו חזקה ומצאנו למרן בס' י"ו דהשוה להריב"ש ולהרשב"א ולהראב"ד והרי"ו והרמב"ן בחדא מחתא והכי נקיטינן ועליהם ועל כולם כתב מורם אבל בפותח לרה"ר שאין בידו למחות כלל דמלת כלל אך למותר אם לא שנאמר דכונת מורם היא בפותח לר"ה בדינא דמלכותא ולכן אין בידו למחות כלל ולכ"ע לא הוי חזקה ומ"ש מרן ז"ל אבל הרשב"א דפליג אדברי הרא"ש הוא בענין דליכא ד"ד ובהא ודאי שורת הדין נותן דאינו יכול להאפיל וכ"ש לפתוח וכמ"ש הרשב"א ובזה יכול למחות כיון שלא מיחה אינו יכול אפילו להאפיל לא כן בד"ד שאינו יכול למחות כלל כמ"ש מורם כולהו אזלי ומודו אפי' לרי"ו דלא הוי חזקה ויכול לפתוח אפי' חלון כנגד חלון ודלא כמ"ש הרב ב"ד סי' ע"ח דע"ו ע"ב והאי וכדומה דכתב מורם ז"ל אפ"ל דהיינו למעלה מגמל ורוכבו אפי' בלי רשות המלך אינו יכול למחות כלל כיון דלפו"ד יכול להוציא וכן מצינו למוהרשד"ם סי' רנ"ו שכתב שם דבין להרשב"א ובין להרא"ש תרווייהו מודו דיכו"ל מקום דליכא מחאה ליכא חזקה וכן כתב המבי"ט בתשו' ח"א סי' יו"ד וז"ל ראובן בנה עלייתו והוציא ממנה בליטה לחוץ לר"ה ופתח בה ג"כ חלון על ר"ה והחזיק בו כמה שנים יותר משני חזקה ועתה נמלך שמעון שכנו אשר

כנגדו להוציא גם הוא בליטה מעלייתו לר"ה טען ראובן שירחיק ד"א כדי שלא להאפיל עליו ושמעון טוען אין לך דין חזקה ואיני חייב להרחיק אלא כמו שבנית אתה וזכית מן ההפקר אעשה גם אני יורנו המורה מה יהא דינו והדין עם מי. תשובה כיון שלא היה שמעון יכול למחות קודם בראובן שלא יוציא בליטתו לרה"ר שהרי זוכה הוא מן ההפקר ולא משל שמעון א"כ אין לראובן חזקה על שמעון ויכול גם שמעון לזכות מן ההפקר ולהוציא בליטה תוך ד"א חלונו של ראובן וכמו שהשיב הרא"ש ז"ל לבנו הרב יחיאל ז"ל על נדון כמו זה והכא מנהג בעיר להוציא בליטות ואין מי שימחה בידם ולכן עד עתה שלא היה צריך להוציא לא היה יכול למחות וא"כ אין לו לראובן חזקה ומצוה לומר לשמעון דאינו מחויב להרחיק וכמו שכתב שם וכן הרשב"א כתב כן בתשובותיו נאום משה ברבי יוסף מטראני זלה"ה:

ומ"ש וכן כתב הרשב"א הוא תמוה אם לא שנאמר דקאי אדינא דמלכותא וכאמור ומה שיש להקשות עליו שהרי כתב זוכה מן ההפקר עי' בב"ד סי' ע"ח ד' ע"ה ע"א שכתב וז"ל כיון שבמקומו נוהגין להוציא זוזין וכו' הלא חצר השותפין הוא ותו אי הוי הפקר הרי זוכה ראובן בכל ד"א מן ההפקר ואין יכול שמעון לזכות עוד באותו הפקר שכבר זכה בו ראובן קודם וצ"ל דהאי לשון הפקר דקאמר הר' ז"ל לאו דוקא אלא לפי שלמלך יש רשות למחות מלהוציא בליטות ואינו מוחה לכך קרי ליה הרב הפקר שהמלך מפקירו עכ"ל. ועיין בדברי הרב ב"ד שם סי' ע"ח דע"ד ע"ג שכתב שם דהאי רשות חבירו שכ' מורם בין רשות חבירו בין רה"ר דמקום שמוציאין זיזין שגם הוא נקרא רשות חבירו שכן כתב מרן ז"ל בתחילת דבריו בש"ע דעת הרא"ש שהפותח לרשות חבירו וכו'. ועפ"י הדברים האלה פסק בראובן שהוציא בליטת עלייתו וכו' הרי כי קרא הרב לרה"ר רשות חבירו בשביל שנוהגין להוציא והנראה מכונת מעכ"ת שתופס לדוחק אי נאמר דהאי ר"ה דאומר מורם אינו אותו ר"ה שדיבר בו הרא"ש כיון דמורם עליה קאי ונהפוך הוא. לענ"ד דדוחק גדול הוא וגם אי אפשר דמיירי באותו ר"ה דהא בהדיא קאמר מורם לר"ה שאין בידו למחות כלל ואם באותו ר"ה דהרא"ש קאי איך קאמר דאינו יכול למחות כלל הרי יכול למחות כמ"ש הרא"ש בלשונו וראובן שפתח שלא כדין פתח וכו' והיינו משום דהוי פותח על רשותו ממש אלא דלהרא"ש אין יכול למחות כיון שאינו ניזוק עכשיו אלא ודאי בר"ה דמקום שאין מוציאין זיזין וגזוזט' שאין יכול למחות כלל לדעת הרשב"א והרא"ש הנז' לעיל בש"ע עכ"ל. וכן תמצא להר' צדק ומשפט בסי' קנ"ה דפ"ג ע"א שפי' בדברי הנמק"י שכתב בדברי הרא"ש דאין יכול למחות בידו כיון דהוי זוכה מן ההפקר אך אינו זוכה ממש מן ההפקר כמובן מפשט הדברים אלא דאינו יכול למחות מהאי טעמא כיון דזה

קדם וכו'. וגם אנו נאמר כן דבין רשות חבירו ממש ובין רה"ר דבמקום שמוציאין זיזין בלא רשות המלך אבל בר"ה שהרשות נתונה מאת המלך להוציא ולפתוח כנ"ד דכ"ע מודו דלית ליה חזקה:

וכיון דאתבריר לן דאין לו חזקה ממילא נפקא שיכול לומר לו אם אתה ניזוק ממני הגבה כותלך ומנע היזקך ומנא אמינא לה מהא דכתב הטור סי' קנ"ד סי"ד יש מפרשים דאפילו היכא וכו' והביאה הב"י בתוס' ביאור וז"ל סו"פ חזקת כתב הרא"ש ראיתי מפרשים כל הני דאמרי' אין לו חזקה היינו לענין זה שאינו נמנע מלבנות כנגדו אבל אין יכול לכופו לסתום מפני היזק ראיה כיון שכבר החזיק ולא מסתבר לי כיון דאין לו חזקה למה לא יאמר לו סתום כיון דזמנין אית ליה היזק ראיה מיניה עכ"ל. ועיין ג"כ בטור סי' הנז' ס"כ וכ"א ובסי' קנ"ה ס' ל"ו כתב דאם לא הרחיק וכו' צריך לקוץ והיינו באין לו חזקה ולכן צריך לקוץ דהיינו לסתום חלון. וכן נראה מדברי מרן דהיכא דבנזקין דלית ליה חזקה אפי' שתק כמה שנים חוזר וכופהו להרחיק וכמ"ש הש"ע סי' קנ"ה ס' ל"ו וסיים שם וז"ל וכן היזק ראיה במקום שצריך מחיצה כגון חצר השותפין שיש בו דין חלוקה יש לכל אחד מהם לכוף את חבי' לבנות הכותל באמצע כדי שלא יראהו חבי' בשעה שמשתמש בחלקו ומאחר שממילא הם מזיקין זה את זה בלי עשיית שום מעשה אין להם חזקה אלא אעפ"י שעמדו כך שנים רבות בלא מחיצה כופהו לעשות מחיצה בכל עת שירצה ע"כ. ובנ"ד שהרשות נתונה מאת המלך יר"ה להוציא ולפתוח חלון וכמו שביארנו לעיל דהוי כחצר השותפין דאין להם חזקה זה על זה אלא אדרבה כופהו לבנות בכל עת שירצה. וכן נראה מדברי מרן סי' קנ"ד ס"ח וז"ל במה דברים אמורים שיש חזקה להיזק ראיה בעושה מעשה כגון פותח חלון על חצר חבירו אבל חצר השותפין אעפ"י שעמדו שנים רבות בלא מחיצה כיון דממילא בלא עשיית שום מעשה הם מזיקין זה את זה בראיה אין להם חזקה וכופין זה את זה לעשות מחיצה עכ"ל:

והנה כבר כתבנו לעיל שכיון שהרשות נתונה מאת המלך הו"ל כחצר השותפים. מיהו מה שפסק מרן בשה"ט סי' קנ"ד ס"ז וז"ל הרי שפתח חלון לצד חבירו ומחל לו בעל החצר או שגילה דעתו שהניחו כגון שבא וסייע עמו או שידע הניזק ולא עירער ה"ז החזיק בחלון ואינו יכול אח"כ לחזור ולערער עליו לסתום ע"כ ובסי' קנ"ה ס' ל"ה כתב וז"ל כל הרחקות שאמרנו אם לא הרחיק וראה חבירו ושתק ה"ז מחל ואינו יכול לחזור ולהצריכו להרחיק והוא שראו ממנו שמחל כגון שסייע עמו מיד או שאמר לו לעשות או שראוהו שעשה בצדו בלא הרחקה ושתק ולא הקפיד ע"ז זכה ע"כ. א"כ בנ"ד גם שאינו יכול למחות כיון שהרשות נתונה מאת המלך מ"מ היה לו לגלות דעתו שלא

מחל לו או שרצונו בתרקבא דדינרי וכיון ששתק מחל וכמ"ש בתשו' ר' עקיבא איגר סי' קצ"א דקל"ד ע"ב וע"ד יעו"ש ז"ל משא"כ בפותח חלון לחורבת חבירו דמשתמש באויר חבירו בזה אף אם הדין דאינו יכול למחות לפותחו מ"מ הוי חזקה כיון דמשתמש ברשות חבירו הו"ל להודיע שאינו מוחל לו האויר ע"כ. ואף אנו נאמר כן כיון שר"ה הוי כחצר השותפים וזה שפתח ראשון משתמש ברשותו הגם שאינו יכול למחות מ"מ הו"ל לגלות דעתו שלא מחל לו האויר שלו ודלא כמו שכתבנו האי נמי לא תברא לנ"ד דמצי אמר ליה דמה ששתקתי הוא מכח שאיני יכול למחות ולמחר כשאבנה אעשה ג"כ אני להוציא ולפתוח כחפצי ורצוני ולכן שתקתי ומצינו למרן בסי' פ' שכתב דאפי' טען טענה ורוצה לחזור דאם נתן אמתלא לדבריו דיכול לחזור וא"כ כ"ש אם שתק ולא דיבר כלום אם נתן אמתלא למה ששתק בנ"ד דנאמן ולא אמרינן שמחל וכמ"ש בש"ע סי' פ"ג ס"ב שכתב מורם בהגה ואפי' שתק יכול אח"כ לומר מה ששתקתי כדי וכו' והגם כי מורם שם בסי' פ' כתב שיש חולקים עיין בש"ך שם סק"ח מה שתמה עליו וכ"ש בנ"ד דליכא מאן דפליג. וא"כ אינו יכול לחזור ולערער עליו לסתום ונמצא דלא וכו'. וכן הביא הר' צדק ומשפט דפ"ז ע"ג משם הר"י הלוי וכו' נמצא דכשיש לו טענה למה לא מיחה אע"ג דיש לו בידו למחות עכ"ז לא החזיק וכו' ע"ש. ועדיפא מינה מצאתי להר' בני דוד פלקון בה"ש דע"ז ע"א ז"ל ולפום ריהטא וכו':

ובפרט למ"ש הר' בית דוד הביאו בד"מ ח"ב סי' כ"ח דל"ד ע"א וז"ל. ומה שכתב האדון יחיה דלענין מעשה נראה כדברי הסמ"ע ז"ל מפני שהרב"י קאי כוותיה אי משום דלשונו בש"ע מוכיח כן כמ"ש הר' סמ"ע ז"ל אי משום דמפרש תשו' הרשב"א הנ"ל במקום דר"ה הפקר כמ"ש וא"כ יכול שמעון בנ"ד לעשות אכסדרה כראובן ולהאפיל לו ואם ירצה ירחיק אותם מצד ראובן ואז יוכל לפתוח נגדו עד שיתפשרו ביניהם כמ"ש הסמ"ע ז"ל עכ"ל. והגם כי הרב הנז' דחה דבריו באמור אליו שהסמ"ע הוא יחיד בדבר כבר כתבנו לעיל שהרב בסו"ד חזר בו וא"כ חזר הדין להורות לענין מעשה כמ"ש הר' ב"ד ז"ל בדברי הסמ"ע מפני שהרב"י קאי כוותיה:

המורם מכל האמור שבנ"ד יכול המוחזק הבונה בתוך שלו לפתוח חלון כנגד חלון ולומר קי"ל שכן הוא פי' מרן כדברי הסמ"ע ודעימיה והפותח ראשון אין לו חזקה וכמ"ש ולכן אין בידו כח למנוע את הבא לפתוח כנגדו אלא לומר לו סתום אתה ואני אפתח עד שיפשרו בניהם ומה גם כי בנ"ד הוא בונה בתוך שלו שהוא אויר רה"ר שלו שזיכה לו המלך וראה ועשה כמ"ש הרשב"א אלף קל"ב אם הוא בונה בשלו והוא שכל שהוא מזיק את חבירו במעשיו או שמוציא זיז וכיוצא בו בקרקע חבירו בדין הוא באמת שיאמר לו

לאו כל הימינך שתשתמש בקרקע שלי ולא שתזיקני בגירי דידך או אפי' בלא גירי וכו' אבל כשאינו מזיקו כלל ולא משתמש בשלו כלום כל מה שהוא רוצה לעשות בשל עצמו יעשה וכו' ע"ש:

וכי תימא עדין יד הדוחה נטויה לומר דכל האמור הוא דוקא היכא שאינו מזיקו אלא לחלונות שכנגד ר"ה לא כן אם הוא מזיקו לחלונות הפתוחות לתוך חצרו בפנים בהא ודאי שאינו יכול לפתוח מחמת היזק לחלונות הפתוחות לתוך חצרו בפנים וכמו שפסק כן הרב ראש"ל בספרו הבהיר נדיב לב חו"מ סי' כ"ה דבנדון דידיה הוא שהפך בנינו ופתח חצר חדש אצל רה"ר וחלונותיו פתוחות לתוכה וע"י זה נעשה לו נזק מחלונות שכנגדו הפתוחות לרה"ר אשר היו פתוחות קודם החצר החדש שעשה והשיב דלכאורה היה נראה דאין ראובן יכול לכופו לסתום חלונותיו ואסף איש טהור כמה רבנים שפסקו שיכול לפתוח חלון כנגד חלון היכא דאיכא רה"ר באמצע אף שמזיקו בהיזק ראיה ע"ש ואח"כ כתב:

ברם אחר ההשקפה נראה דחייב שמעון לסתום חלונותיו כיון דמה שמזיקו לראובן אינו בצד ר"ה אלא בחלונותיו הפנימיות הפתוחות לתוך חצירו דלו יהיה דפתח שמעון לר"ה כמו שפתח לתוך רשותו ואם פתח ברשות עצמו ומזיקו לראובן בהיזק ראיה מי מצי מזיקו וכמו שכן בא הדבר מפורש בדברי הר' בית דוד סי' ע"ד ד"ע ע"ג שאם מזיקו לחלונות הפנימיות אינו רשאי לפתוח וכן נקט להלכה הרב לחם שלמה בקונטריס חזקת בסי"ג והר' מט"ש ז"ל בסי' קנ"ד אות ז"ך. הגם דמדברי הר' פ"מ שם יש ללמוד וכו' אלא לפנים כנ"ד ואפ"ה פסק בפשיטות דאם המנהג לפתוח חלון נגד חלון אינו יכול לכופו לסתום וכו'. מ"מ לענין דינא לא נפקא לן מידי דמלבד דהר' פ"מ יחיד הוא בדבר הזה ולא בפי' איתמר ואפשר דלא ירד לחלק בהכי עכ"פ רבים פליגי עליה בפירוש ולו יהי מחלוקת שקול הניזק הוא המוחזק לפי הסכמת עוב"י אזמיר יע"א וכו'. ובסו"ד כתב ואח"ז באו מעשים רבים כזה לפני מע' הרבנים הי"ו ובפני הב"ד והסכימו כולם לדברי אלה ופסקו כן הלכה למעשה וחתים עלה מר ובסי' כ"ו ג"כ כתב וז"ל כי אם בזאת מה שטוען ראובן שאין פותח עכשיו מחדש וכבר מזה שנים החזיק באלו החלונות ומה כחו יפה של לוי לטעון עליו לסותמן הנה וכו' דאפי' שקדמו חלונותיו בהיתר עתה שנפל ביתו של שמעון ורואה ראובן לתוך גינתו מעתה נעשה מזיק אע"פ דנעשה ממילא קי"ל על המזיק להרחיק וליכא מאן דפליג שצריך בעל החלונות להרחיק ראייתו וכו' ע"ש:

ולפי דבריו אלה בנ"ד שעדין לא פתח אין הדבר צריך לאומרו שאינו יכול לפתוח מחדש ולהזיקו לחלונות הפתוחים לפנים מחצרו ומלבד מה שכתב הרב הפוסק הנז' לדחות זה

עוד למודעי אנו צריכים דהיינו דוקא אם אינו ניזוק מאחרים אזי חייב לסלק היזקו לא כן בנ"ד שהוא ניזוק מכל צד ופינה והמזיק זה הבונה בתוך שלו הוא באמצע ובלא"ה צריך ליזהר מב' צדדיו מימין ומשמאל ויכול המזיק לומר מאי אפסדתיך אני בתוך הבאים לא חסרתי דבר:

ומנא אמינה לה מתשובות הרי"ף סי' רס"ו הובאה בהרב מט"ש סי' קנ"ד בהגהט"ו אות למ"ד וז"ל אם יש שם חנויות אחרות שהם נגד פתח החצר אין למנוע לזה הרואה לפתוח חנות דאומר לו סוף סוף הא בעית לאיצטנועי מחנויות אלו עכ"ל:

והנה דין הבא לפתוח חנות ברה"ר נגד פתח או חלון שכנגדו הוא כדין חלון כנגד חלון הנז' בס"ה למעלה מד"א שאינו יכול לפתוח. ואפ"ה אם יש שם חנויות אחרים מצי למימר ליה סו' סו' הא בעית לאיצטנועי מאחרים א"כ אף אנו נאמר כן בחלונות הגבוהים ויכול הבונה לומר לו הא בעית לאיצטנועי מאחרים ומאי אפסדתיך ולא נמצא שום חולק על תשו' הרי"ף הנז'. והר' כנה"ג סי' קנ"ד בהגהב"י אות מ"ז ז"ל יש מי שנסתפק אם היזק חנות הוי כחלון והר"מ גאלאנטי סי' ן' כתב בפשוט דהוי כחלון ע"כ. וכן מצאנו ראינו להרמ"ה בפח"ה דקי"ד ע"א באות רע"ו ז"ל ושמעינן מינה דכל מאן דבעי לחדושי מידי דאתי מיניה היז"ר אי איתיה להוא היזקא גופיה בלא ההוא חידוש מאנפא אחרינא לא מעכבינן עליה דא"ל סוף סוף הא בעית לאיצטנועי מאנפא אחרינא עכ"ל:

ואין לומר דמרן לא פסק כן. מהא דכתב בסי' קנ"ד ס"ד וז"ל היה פתח של אחד מהשותפים בחצר קטן אינו יכול להרחיבו שהרי שותפו א"ל בפתח קטן אני יוכל להסתר ממך בשעת תשמיש ואיני יכול להסתר ממך בפתח גדול ואם היה הפתח גדול לא יעשנו שנים שהרי א"ל בפתח אחד אני אוכל להסתר ממך בשנים איני יכול עכ"ל. דנראה מזה דאינו יכיל להרבות הנזק ולהוסיף דבר או לגרוע כ"א הכל כדקאי קאי ואינו יכול לומר לו הא בעית לאצטנועי ויכול להוסיף וכן הוא דעת מרן ז"ל:

ומנא תימרא ממ"ש מרן עצמו באותו סעיף עצמו וז"ל אבל מי שהיה לו פתח קטן לרה"ר ורצה להרחיבו או היה רחב ורצה לעשותו שנים אין חבירו שכנגדו מעכב עליו ואצ"ל בני רה"ר שאינם יכולים לעכב עליו עכ"ל. דהנה לכאורה אין לו מובן דאם הפתח שיש לו על ר"ה הוא למטה מד"א מה בא להשמיענו דפשיטא הוא כיון דאפי' לא היה לו יכול לפתוח מחדש וכמ"ש מרן עצמו ס"ג וז"ל אבל פותח אדם לר"ה פתח בית כנגד פתח בית וחלון כנגד חלון אם אינם גבוהים ד"א מפני שא"ל הריני כאחד מבני רה"ר שרואים אותך עכ"ל:

א"כ כ"ש דיכול להרחיבו ולעשותו שנים אם לא שנאמר דקאי על פתח שהוא למעלה מד"א לר"ה דיכול לעשות בו כחפצו ולהוסיף בנזק מט' דא"ל הא בעית לאיצטנועי וכתשו' הרי"ף ז"ל וכדברי הרמ"ה הנז"ל ודין זה שפסק מרן הוא כל' הרמב"ם אות באות ושורשו פתוח ממתניתין דפ' ח"ה ד"ס ע"א וז"ל לא יפתח אדם לחצר השותפין פתח כנגד פתח וחלון כנגד חלון היה קטן לא יעשנו גדול אחד לא יעשנו שנים אבל פותח הוא לרה"ר פתח כנגד פתח וחלון כנגד חלון היה קטן עושה אותו גדול א' עושה אותו שנים ע"כ. וניחזי אנן להרמב"ם בפ"ה מה' שכנים הלכה ו' שכ' וז"ל וכן לא יפתחו השותפים פתח בית כנגד פתח בית וחלון כנגד חלון אבל פותח אדם לרה"ר פתח כנגד פתח וחלון כנגד חלון מפני שא"ל הריני כאחד מבני ר"ה שרואים אותך ובה' יו"ד וי"א כתב עוד וז"ל היה פתח של אחד מן השותפין קטן אינו יכול להרחיבו שהרי שותפו אומר לו בפתח קטן אני יכול להסתר ממך בשעת תשמיש ואיני יכול להסתר ממך בפתח גדול ואם היה הפתח גדול לא יעשנו שנים שהרי או"ל בפתח א' אני יוכל להסתר ממך בשנים איני יכול אבל מי שהיה לו פתח קטן לר"ה ורצה להרחיבו או היה רחב ורצה לעשותו שנים אין חבירו שכנגדו מעכב עליו ואצ"ל בני ר"ה שאין יכולים לעכב עליו עכ"ל. ומרן הק' בשולחנו הטהור נמשך אחר הרמב"ם כדרכו דרך הק' והרי"ף בהלכות הביא לשון המשנה כצורתה והרא"ש השמיט הסיפא מכל וכל והטור בנו נמשך אחר אביו. ומדוע עשה דבר לחלקה לשתים דהאי סיפא דמתניתין היה קטן עושה אותו גדול ואחד עושה אותו שנים היה לו להביאו בפ"ה מה' שכנים הלכה ו' אחר שאמר אבל פותח אדם לר"ה וכו' ולא להניחו עד הלכה י"א אבל מי שהיה לו פתח קטן לר"ה וכו':

גם י"ל במשנה הזאת לא נאמר אם אינם גבוהים ד"א וראינו להרב משפט האורים סי' קנ"ד בס"ד סק"ח שהקשה כקושייתנו וז"ל פתח קטן לר"ה ורצה להרחיבו משנה שאינה צריכה היא אפי' אם לא היה לו פתח כלל מקודם יכול לפתוח פתח חדש לרה"ר ואפי' אם הוא כנגד פתח של חבירו כמבואר בס"ג עכ"ל. ומדוע לא זכר שר מה שהקשינו לעיל על הרמב"ם ומרן הק' ז"ל ומדוע פלגינהו ותנינהו ולא כיילינהו בחדא מחתא וכמ"ש במשנה ואזי נקטי לשון המשנה שהיא ע"ד זו ואצ"ל זו הגם כי הכנה"ג בכללי הפוס' אות פ"ח כ' וז"ל לא זו אף זו אין שייך לומר בפוסקים ויש להסתפק אם ה"ה זו ואצ"ל זו. מ"מ כבר הרב יד מלאכי ז"ל בכללי הפוס' אות ח' הביא כמה חולקים ע"ש:

ולדידן חדא מתרצת חברתה דהא דפלגינהו הרמב"ם ומרן ז"ל לרישא וסיפא הוא להודיע לנו דהאי תנא דמתניתין לאו בדרך זו ואין צ"ל זו קתני דלא אמרינן כן בשני ענינים אלא מתוך דוחק ומתני' הכי פירושא דהיינו בין שהוא למטה מד"א בין שהוא למעלה מד"א

שלמטה יכול לפתוח אפי' פתח חדש לא כן אם הוא למעלה מד"א אזי דוקא להוסיף בנזק הוא דמצי עביד אבל לחדש נזק חדש לא והכי דייק דלא אמרה במשנה אם אינם גבוהים אלא סתמא קתני ולכן מרן שכתב אם אינם גבוהים לא הביא תשלום המשנה אלא אצל דין חצר השותפים שרשות הרבים למעלה מארבעה שהרשות נתונה להוציא זיזין אזי יכול להוסיף בנזק קטן לעשותו גדול אחד לעשותו שנים ולהוסיף בנזק אבל לפתוח מחדש לא וכו' דוקא מדינא אבל היכא דליכא רשות המלך לפתוח אפי' חלון כנ"ד לכ"ע יכול לעשות נזק אפי' מחדש ואי קשיא לך אם כדברינו למה השלים מרן ואצ"ל בני ר"ה שאינם יכולים לעכב עליו דמוכח מינה דקאי בנמוכים והוא היפך מ"ש לא שמא מתיא היות דלגבי בני ר"ה אם יכולים לעכב מ"ל למטה ומ"ל למעלה דהכל אחד ומילתא דתמיהא נמצא למרן החבי"ב בכנה"ג ח"מ סי' קנ"ד בהגב"י אות כ"ב ז"ל וכתב הרמב"ם וכו' נ"ב וכו'. ותמיהא זו בפסק אחר הק' אותה הראב"ד דפה הרה"ג כמהר"ב סתהון הי"ו ושם דברתי לתרץ על עט"ר הרמ"ז והרחבתי הדיבור גם בדברי מרן הק' בש"ע קחנו משם:

זאת ועוד אחרת דבנ"ד אין אנו צריכים לטעמא דהא הוה בעי לאצטנועי מחלונות אחרות אלא מאותו מקום עצמו הוה בעי לאיצטנועי גם עתה שהוא מזיקו מן הגג עצמו כיון שראה שכנגדו ושתק החזיק א"כ יכול להוסיף בנזק וכמ"ש הרב נדיב לב ז"ל שם סי' כ"ז דמ"א ע"ג וז"ל כלל העולה לענין דינא דנד"ד כפי מה שנתבאר דעת הרשב"א ז"ל בתשו' הנז' וכן דעת הרמב"ם והריב"ש ור' ישעיה והרמ"ה ז"ל דאף דהנזק מהחלון הוא יותר תדירי ממקום פרוץ כיון שאין התוספת נזק ממקום אחר אלא מאותו מקום עצמו אין כח ביד בעל החצר למחות בו וה"ה לנ"ד כיון דבלא"ה היה רואה ומזיק לבעל החצר בעלית אל הטיראדו שכנגד המקום השאחנשיר הנז' מה כחו יפה למנוע את יהודה דנ"ד שלא יבנה ויתקן שם בית או פרוזדור שהנזק על עומדו יעמוד ואין כאן שום נזק מחודש מה תאמר כמו שטען הבע"ד דהרשב"א ז"ל במיוחסות דעד עתה היה המקום פרוץ ועכשיו עושה שם בית וחלונות ומשני סיבות בא לעכב על ידו האחד משום דע"י שעושה שם בית נעשה הנזק תדיר כבר דחה טענתו הרשב"א ז"ל וכן יש להוכיח מכל הפוס' הנז' דלא נאמר דין זה דמצי מעכב בנזק תדירי אלא בבא להוסיף ולעשות לו נזק תדירי במקום אחר אבל באותו מקום עצמו לא מצי מעכב עכ"ל. וכן הכריח הרב נדיב לב שם ד"מ ע"ד דגם מרן ס"ל כן וז"ל ומלבד דחילוק זה שכתב הרשב"א דאם מוסיף באותו מקום עצמו אין כח ביד הניזק למחות בו הוא מקובל אל השכל מצד עצמו הנה מצאתי לו חבר בדין זה לרבינו ישעיה ז"ל הביא דבריו הטור ח"מ סי' קנ"ג סי"א בדיני הזיז וז"ל וכתב הרב

ישעיה דכל זה לא מיירי אלא בחצר חבירו שאין לו בו לא פתח ולא חלון אבל בחצר של שותפים שיש עליו פתחים וחלונות אם רצה להוציא זיז לפני חלונו לשמש עליו אין יכול למחות בו שהרי מחלונו רואה בי ומה עשה לו נזק וכו' הילכך יכול להוציא גם הזיז ע"כ ופסקו מרן ז"ל בשוה"ט שם הרי דאף דהוא מוסיף על הנזק שהיה מקודם דעד השתא היה משתמש בחלון ועכשיו בחלון ובזיז אפי' הכי אינו יכול למחות עכ"ד ז"ל:

א"כ בנ"ד שהוא מוסיף הנזק באותו מקום עצמו שזכה בו ודאי שיכול להוסיף וכמ"ש הרב נדיב לב שם דמ"א ע"ג וז"ל והן אמת דהסמ"ע ח"מ סי' קנ"ד ס"ק ט"ז כתב ב' טעמים לעכב ביד הבא לבנות כותל בחלונות במקום שהיה פרוץ חדא דבהיותו המקום פרוץ אם ירצה הלה לעשות מחיצה לפני המקום הפרוץ ולהאפיל רשאי כיון שאין לו חזקה כיון דהוי היזק דממילא אבל בהיזק ראיה דחלון יש לו חזקה ואינו רשאי לבנות ולהאפיל לפניו וזאת שנית דבעי בעל החצר לאיצטנועי טפי כשיש לו חלון דאז אפי' כשהיה בביתו יכול לראות בו משא"כ כשהוא פתוח לגמרי וכו' וכדבריו פסק מהרש"ך סי' קפ"ב דאם היה פתוח כמו אכסדרה אינו יכול לעשות חלון עי"ש:

א"כ לדידהו בנ"ד אינו יכול לפתוח חלון כנגדו הנה מלבד מה שתמה עליהם הרב נדיב לב שם ז"ל דדבריהם תמוהים דפשיטא להו שאינו יכול לעשות ממקום פרוץ בית וחלונות היפך דעת כל הפוסקים וכו' עי"ש כי הא ודאי דהדין הוא ככל דברי הפוס' הנ"ל:

ואולם לדידן ליכא שום חולק וגם הסמ"ע ומהרש"ך ז"ל בנ"ד אזלי ומודו כולהו שיכול לעשות ממקום פרוץ בית וחלון דאי מטעם הראשון שכתב הסמ"ע ז"ל דעד האידנא יכול לעשות מחיצה בפני המקום הפרוץ כיון דהוא נזק דממילא וכו' ובטענה זו הודה לו גם הרב פרח מט"א ז"ל דהויא טענה אף דחזינא להרשב"א דלא חשש לזה עי"ש אפ"ה בנ"ד לא שייך טענה זו דלא נאמר זה אלא בחצר השותפין דוקא לא כן היכא דאיכא רשות הרבים כנד"ד שאינו יכול לעשות מחיצה בפני המקום הפרוץ כיון דאיכא רשות הרבים:

גם טענה הב' שכתב הסמ"ע דבעי לאיצטטעי אפילו כשהוא בביתו מלבד מה שכתב הרב נדיב לב ז"ל שם וז"ל דאין דבריו מובנים דמשמע מדבריו כפירוש א' דרשב"ם בפירוש הסוגייא שדחוהו התוס' ושאר הפוס' ז"ל שם וגם הוא בס"ט פי' כפי' ב' דרשב"ם ומה גם דהתם דהנזק מב' מקומות משא"כ הכא דהנזק באותו מקום עצמו וכמו שתפס עליו הרב פרח מטה אהרן ז"ל עכ"ל ובנ"ד דאיכא ר"ה באמצע שיכול לומר הא בעית לאיצטטעי מאחרים ויכול להוסיף בנזק וכמ"ש בתשו' הרי"ף הנז' וכפי מה שביארנו גם הסמ"ע דילנא הוא ויכול לעשות ממקום פרוץ בית וחלון:

גם מ"ש הרש"ך בח"ב סי' צ"ח הביאו הרב נדיב לב דמ"ב ע"א וז"ל ברם זה עומד לנגדינו מ"ש הרש"ך בח"ב סי' צ"ח במי שרצה להעמיד נוכח החלון הזיז הקבוע לעשות מלאכה שם רובו של יום כתב בזה ודאי הדין עם שמעון דהוי היזק תדיר וכמו שהוכיח השואל מההיא דאין פותחים פתח חנות נגד פתח חבירו אפי' בר"ה מטעם שמזיקו בהיזק ראייה תדיר וכו' ואין צורך להאריך בו יותר ע"כ. הרי דקפיד אתדירות הנזק אפי' באותו מקום עצמו היפך מאי דכתיבנא, והא נמי לא מכרעא דלעשות מלאכה בקביעות שנייא טובא דקביעותיה יותר תדירי וקבוע וכמ"ש הרב הנמק"י שם וכו' יעוש"ב:

אף אנו נאמר בתוספת מרובה בנ"ד דאיכא תשו' הרי"ף הנז"ל וכדאמרן והא ודאי גם הרש"ך מודה שיכול להוסיף אפי' נזק תדירי יותר ממה שהיה ובפרט שבנ"ד יש לו נזק כעין זה מאחרים ובפרט למ"ש הרב נדיב לב דכן דעת מרן הנז'. ואי משום הא דכתב מרן ח"מ סי' קנ"ג סי"א וז"ל מי שבא להגביה השופכין כדי שיהיו יורדים ממקום גבוה שזה ודאי מוסיף בהיזק הוא אין שומעין לו וכן כל כיוצא בהם ויש מתירין גם בזה. דנראה דבהוספת נזק אין שומעין לו דשנייא ההיא כיון דאפי' בני ר"ה יכולים לעכב על השופכים כמ"ש מרן שם ס"ט א"כ לדבר הזה לא הוי רה"ר כחצר השו' כיון שיכולים למחות אבל בענין החלונות כנ"ד כיון שאינו יכול למחות הוה ליה כחצר השותפין:

עוד זאת היתה יתירה דבדברי מרן אית לן ספק ספיקא ספק מרן אית ליה דהרי"ף הוא דוקא בנזק המחודש שהוא חדש ממש לא כן בנ"ד שהוא תוספת נזק באותו מקום עצמו מודה לדברי הרי"ף וכמ"ש לעיל. ספק אי אית ליה לחלק בין נזק הבא ממקום אחר לנזק הבא מאותו מקום עצמו או דאין לחלק. ואת"ל דאין לחלק והכל דין אחד להם שמא אית ליה למרן כדעת הרי"ף דבכולם יכול להוסיף והוי ספק ספיקא מתהפך והוא דמספקא לן בדעת מרן אם ס"ל לחלק בין תוספת הבא ממקום אחר לתוספת הבא מאותו מקום עצמו ואת"ל דאין לחלק והכל דין אחד להם שמא אית ליה כדעת הרי"ף דהכל דין אחד להם ויכול לפתוח אפי' ממקום חדש:

וגם אם לא היה הס"ס מתהפך ואנן בעינן מתהפך הנה מצאנו להרב מ"מ ח"א בח' יו"ד סי' כ' דכ"ה ע"ד כתב ז"ל ואיברא דאין להשיב וכו' דהרי לדעת רובא דרבוותא לא מצריכי מתהפך ומטו בה מכמה דוכתי מהש"ס והפוסקים אין כאן מקומם עכ"ל. ועי' להרב ן' אברהם אבוקארא ז"ל סי' י"ג ד"ט ע"ב שהאריך הרחיב בזה ואסף איש טהור להקת הפוס' דאית להו דלא בעינן מתהפך ומה גם למה שהביא שם ע"ג לשון הרב שולחן גבוה וז"ל ואם תראה להט"ז והש"ך שכתבו דבעינן מתהפך לא תציתו להו דכבר קבלנו הוראת

מרן ומורם דאעפ"י שאינו מתהפך הוי ס"ס יעו"ש. א"כ אנן בא"י שקבלנו הוראות מרן ז"ל לא בעינן מתהפך:

ובפרט גם בנ"ד כ"ע אפי' למאן דבעי מתהפך הכא מודה וכמ"ש הרב מ"מ בח"מ ד"ו ע"ב וז"ל אע"ג דלמאן דבעי מתהפך בב' ספיקי בתלתא סגי ומסגי בכל גוונא בלי הפוכה ע"כ. ובנ"ד איכא ספק ג' דאפי' דתימא דמרן לית ליה הא דהרי"ף או בכולה או בנזק חדש מ"מ איכא למימר היכא דאיכא רשות המלך מודה מרן שיכול לעשות אפי' נזק חדש וכמו שכן משמע מדברי מרן שם סי"ד וט"ו כמו שפי' הסמ"ע וגם למה שפי' לעיל את דברי הרב מהרימ"ט בח"א סי' קי"ד דקע"ה ע"ג משם הרב מהריב"ל ז"ל וז"ל ורגיל הרב מהר"י ן' לב לדקדק דבס"ס מפקינן ממונא מיד המוחזק ומההיא שמעתא דפתח פתוח בפ"ק דכתובות הוה אמר לה דבס"ס מפקינן כתובה מיד הבעל אעפ"י שיש לדון עכ"ל. וכ"ש בנ"ד דאית ליה דהבונה בתוך שלו הוא המוחזק:

ועילא מנהון שבזמן מרן עדיין לא בא אל בית הדפוס תשו' הרי"ף הנז' ואם היה רואה אותה הוה פסיק כוותיה שאין שום חולק עליו וממילא עלתה לן ארוכה לנ"ד דמרן אית ליה דהרי"ף ויכול לפתוח ולעשות נזק חדש אפי' ממקום אחר.ובמ"א הארכתי בזה בדעת מרן אי אמרינן הכי:

וכן מצאנו ראינו להרב כנה"ג בתשו' ח"ב סי' קי"א דק"ך ע"ד שכתב משם אחיו וז"ל וגדולה מזו אני אומר שאפי' היה לנו המנהג בספק יש לנו לדון כהרא"ש ז"ל מטעם ס"ס וכו' וס"ס כזה למדתי מפי רבי מורי הרב ז"ל בראשונות סי' קי"ד וקל"ב וז"ל ספק וכו'. ה"נ יש לדון ס"ס לענינינו וכו' כמו שרגיל מהריב"ל ז"ל לומר דהיכא דאיכא תרי ספיקי מפקינן מיד המוחזק וכו' והגם שהר' הקשה עליו כתב שם בדקכ"א ע"ב וז"ל ומיהו לענין דינא מודינא לרב אחי דיש לזכותו מטעם ס"ה אעפ"י שאינו מתהפך שרוב הפוס' ז"ל סוברים דאע"ג דלא הוי ס"ס המתהפך הוי ס"ס כמ"ש בס' כנה"ג חלק א"ה סי' ס"ח ומה בנדון הלז דאפילו דאינו מתהפך מטעם החזקה יודו ואפי' הסוברים דבעינן ס"ס מתהפך דיכול לסתום ולהאפיל עכ"ל וא"כ כיון דאית לן ס"ס בדעת מרן מי זה אמר ותהי לומר למי שבונה בתוך שלו סתום ואל תפתח:

ואפשר כי לבעבור זאת פסק הרב ישרי לב שם שאם ניזיק מאחרים יכול גם הוא להוסיף הנזק באומרו הא בעית לאיצטנועי מאחרים והיות כי הספר הזה אינו נמצא פה העירה לא יכולנו לעיין בדבריו טעמו של דבר והרב ראש"ל וחמשה רבנים שהסכימו עמו פסקו הדין בעה"ק ירושלים ת"ו באתרא דקיבלו עליהם הוראות מרן והא ודאי כי טעמם ונימוקם עמם כאמור ומי יבוא אחריהם המלך ושריו בדבר שכבר עשוהו להלכה

ולמעשה ואין מי יאמר לו לבונה מה תעשה כי הכל מעשה ב"ד הוא בדינא רבא העיר רבתי עם בחכמה ובתבונה הב"ד הגדול שבירושלים ת"ו:

העולה מן המקובץ דכ"ע מודים שיכול לפתוח אפי' בנזק חדש וכמ"ש הרי"ף בתשו' וכמ"ש מרן שהביאו הרב נדיב לב שם דפסק להא דר' ישעיה וכ"ש בתוס' נזק כנ"ד וכמש"ל וגם אנו בזה וגם הרב נדיב לב ז"ל שם בסי' כ"ה וכו' וכל אשר הביא אותם שם דאם מזיקו לחלונות הפנימיות שאין יכול לפתוח היינו דוקא בנ"ד שאין לו שם נזק מאחרים ולא ממנו וזה עושה לו נזק חדש ממש לכן פסקו שאין לפתוח בעבור החלונות הפנימיות לא כן בנ"ד שהוא ניזוק מאחרים וגם ממנו ממקום פרוץ יחד כולם מודים דרבנן שיכול לפתוח אפי' נגד חלונותיו הפנימיות באין או"ד. ואפי' תימא שתמצא חולקים יכול המוחזק שהוא הבונה בתוך שלו לומר קי"ל וכמ"ש הרב מהרש"ג הובאו דבריו בס' שי למורא דקל"ה ע"ג דכל דבר שאדם עושה בתוך שלו אעפ"י שבא לעשותו מחדש הוא מקרי מוחזק והביא כמה ראיות יעש"ב:

וממוצא דבר פסק הרב ראש"ל הנז' בספרו הבהיר ישרי לב הנ"ל הוא וכל שרי המלך הפרתמים שהיכא שניזוק מאחרים יכו"ל הא בעית לאיצטטעי מאחרים וכו' והיינו כמו שאמרנו אי משום תשו' הרי"ף או כמש"ל ועי' להרמ"ה בפ' חזקת הבתים שם דע"ה ע"ב באות רע"ו ז"ל בפסקת הא דתנן לא יפתח אדם וכו' ושמעינן מינה דכל מאן דבעי לחדושי מידי דאתי מיניה היזק ראיה אי איתיה להההוא היזקא גופיה בלא ההוא חידוש מאנפי אחרינא לא מעכבינן עליה דאמר ליה סוף סוף הא בעית איצטנועי מאנפא אחרינא ואי קא מפיש בהיזקא דינא הוא דמעכב עילויה עכ"ל. א"כ ציון במפשט וכו' תפדה לפתות חלון אפילו כנגד חלונות הפנימיות:

אחר כל אלה הדברים בא לידינו ספר שמו משה להר' כמהר"מ פאדרו ז"ל בסי' כ"ג דקע"ט ע"ג וד' שנרגש מתשובות הרשב"א דסתרי אהדדי ובעבור זאת רצה להוכיח היפך מה שנראה פשט לשון הרשב"א שהביאה מרן בסי' תי"ז דמוכח מינה דאם יש חקי המלך אינו יכול לפתוח אפי' חלון כנגד חלון מכח תשו' הרשב"א דח"א סי' אלף קל"ב דמוכח מינה דאפי' דאיכא חקי המלך אינו יכול לפתוח חלון אלא דוקא להאפיל ולכן כתב על פשט התשו' דסי' תי"ז דמוכח מינה דיכול לפתוח אי אפשר לאומרו מכח תשו' דסי' אלף קל"ב ולפי מה שכתבנו לעיל לחלק בין תשובת הרשב"א אהדדי עדיין הפשט במקומו עומד. גם מה שכתב אין לומר דהתם מיירי דיש רשות לפתוח לרה"ר אבל אין רשות להזיק בהיזק ראייה דמאי פסקה. אי משום הא לא אירייא דפשיטא דתשו' דסי' תי"ז היא דפסקה ואי נימא דכחו של הרב הנז' הוא מתשו' הרשב"א ח"ד סי' שכ"ה כאשר כתב

כן שם ע"ד דאין למדים ממנהג הגוים בזה דהנה הם אינם מקפידים על ההיזק ראייה משא"כ ישראל קדושים וכו' ע"ש. אי משום הא לא מכרעא דגם דאין למדים ממנהג הגוים מ"מ דינא דמלכותא דינא כיון דהמלך דרך הרבים שלו היא ונתן רשות לשניהם להוציא ולפתוח הו"ל כחצר השותפים והראשון שפתח שלא כדין פתח וכמש"ל ומה גם דמ"ש דאין הגוים מקפידים על היזק ראייה היינו הגוים ערלי בשר לא כן הגוים אשר אנחנו מסתופפים בצילם מקפידים הרבה על היז"ר ומדברי הרשב"א גופיה דח"ד סי' קי"א רצה להוכיח כחילוקנו כמש"ל ומזה אזדא לו מה שרצה לדחות הרב הנז' דק"פ ע"ב את דברי הרב ב"ד ז"ל וז"ל ולענ"ד נר' דמה שצידד בדעת הרשב"א היפך דעת מוהרשד"ם ז"ל ורצה לומר דדוקא בפתיחת חלונות קאמר אבל בזיזין וגזוזטראות מודה לס' הרא"ש דאם נהגו להוציא מר"ד אזי הוי רה"ר כחצר השותפין הא ודאי ליתא דאישתמיט מיניה דמר תשו' הרשב"א בח"ב סי' ת"א והביאה מרן בב"י סי' תי"ז דס"ל דגם בזיזין וגזוזטראות אם נוהגים להוציא מי שקדם זכה מן ההפקר כבונה בבקעה עי"ש וכ"כ הרשב"א בח"ד סי' קי"א עי"ש ומעתה אי אפשר לומר בדעת מרן בבדה"ב מה שייחס לו הרב אלא דדעת מרן היא פשוטה דאי אמרינן דר' יונה קאי כהרא"ש ז"ל וס"ל דאם נהגו להוציא זיזין וגזוזטראות הוי כחצר השותפין א"כ יש לנו לתפוס להלכה כר' יונה ז"ל דבהא מיהא הרא"ש קאי כוותיה ודלא כהרשב"א דס"ל דאם נהגו להוציא זיזין וגזוזט' הקודם זכה כיון דלא הוו שאר פוס' בסברתו א"כ יחיד ורבים הלכה כרבים עכ"ל. דלפי האמור ל"ק מידי דדברי הרשב"א במקום שמוציאין זיזין בלא רשות המלך אבל אם רשות המלך נתונה להוציא ולפתוח אזי הוי כחצר השותפין וכמ"ש הרב ב"ד סי' ע"ד וא"כ נמצא דמודה הרשב"א דבמקום שמוציאין הוי כחצר השותפין וכדעת הר"י והרא"ש הכונה שמוציאין ברשות המלך וכמו שחילקנו אנו בעניותנו:

ומה שהעיד למעלה ראש שהרב מהר"מ פארדו ז"ל בחיים חיותו פה אל פה דיבר שהוא היה אחד מן החותמים עם הרב ראש"ל ז"ל כמ"ש בס' הרב ישרי לב הלא היא כתובה על ספר הישר שמו משה סי' כ"ב דקע"ה ע"ג והעיד בגודלו שהוא וב"ד חתמו עמו והשמיט חתימתם משם. גם מש"ל להק' על הרב הנז"ל כיון דאית לן לפרושי דברי מרן בש"ע כמ"ש בתשו' שאינו יכול לפתוח חלון כנגד חלון מי שם פה לומר קי"ל כסמ"ע שכך פירש מרן והשבנו שם דאפשר דמפרש כפי' או דאית ליה דמרן בש"ע חזר בו גם בזה עי"ש דקפ"ג ע"ד שכתב דמרן הדר ביה וז"ל ומעתה יאמר האומר דגם הסמ"ע והרב בית דוד והרב מהרש"ק אילו הוו ידעי דמרן כתב כן להדיא בתשו' הוו נקטי בשיפולי גלימייהו ורהטי אבתריה במודים דרבנן דכן היא סברת מרן אשר בזה יבואו דבריו

מכוונים מתשו' לשו"ע. מ"מ כיון דבתשו' מרן בס' אב"ר לא הביא ס' ר' יונה כלל משמע דהיה סבור דט' ר' יונה היה כסברת הנמק"י ז"ל דצריך להרחיק דבר המזיק אפי' אין שם דבר הניזוק עדיין א"כ לא הביאו בתשו' להכריח כמאן ס"ל. אך כשכתב בבד"ה דאפשר דטעם ר' יונה ז"ל הוא דס"ל כהרא"ש ז"ל בהא דבמקום שמוציאין זיזין וגזוזט' הו"ל אויר של רה"ר כחצר השותפין ומשום הכי כתב בה"א וכו' וא"כ הדר ביה מר ממאי דרצ"ל בתשו' דהרא"ש מידה להרשב"א בפתיחת חלון כנגד חלון בר"ה דלהרא"ש ז"ל אפילה ופתיחה כי הדדי נינהו וכיון דהרא"ש ורבי' יונה קיימי בדעת אחת נקט בש"ע כוותייהו עכ"ל. וזיל קרי בחיל מ"ש הרב הנז' בדקפ"ד ע"ב בדבר החלונות הפנימיות ומשם תרוה צמאונך לדון את הדין שיכול לפתוח אפי' נגד חלונותיו הפנימיות:

גם מ"ש לענין חלונות הפנימיות דאף דהיינו טעמא דהר' ראש"ל הוא וכל שריו אתו מכח תשו' הרי"ף הנז' כן נראה מדבריו דקפ"ה ע"ב שהביא תשובת הרי"ף עי"ש וז"ל בין כתיבה למסירה אל ה' ויאר לנו אורה זו תורה תשו' שלימה להנשר הגדול רבי' הרי"ף ז"ל בסי' רס"ו דאע"ג דקי"ל דהא דאמרי' אבל פותח הוא פתח כנגד פתח וחלון כנגד חלון בר"ה מ"מ שנינו בתוספתא דלא יפתח אדם חנות כנגד פתח חצרו של חבירו וכן פסקו כל הפוס' ואעפי"כ פסק רבינו הרי"ף בתשו' הנז' דאם יש חנויות אחרים פתוחות כנגד חצר חבירו יכול גם הוא לפתוח חנות כנגד פתח חצר חבירו מהטענה האמורה בש"ס הא בעית לאיצטנועי מחנויות האחרים ומי לנו גדול וכבר ציין תשו' זו הרב מע"ש יעוש"ב:

ומעתה כל מה שכתבנו ללמוד מדברי הרב מהראד"ב הכתובים בשו"ת פמ"א ח"ב סי"ג ודישרן סמיכין הרב לח"ש והרב חס"ל שדימו אם יש עוד חלונות פתוחות למבוי סתום ומינה דננו דלדעת מרן שפסק כהרי"ב ודעימיה בל' י"א בתרא דמבוי סתום היינו כחצר השותפין וכתבנו דה"ה לנ"ד כפי מה שהשוו הרבנים הנז' הא כדון חזינא דאישתמיט מינייהו מלכי דברי רבינו הגדול הרי"ף ז"ל בתשו' הנז':

א"כ כפי דברי מוה"ר שמחת יו"ט ד"ט ע"ג אפי' ע"ד מרן בש"ע שקבלנו הוראותיו כ"ש להרבנים כיון שלא ראו דברי הרי"ף ז"ל ואין ולאו רפייא בידן וכת"ר ישפוט בצדק ויודיענו דעתו דעת עליון והסכמת הר' ז"ל כבר נדפסה בס' אשר הדפיס אחריו הרב נכדו ונקרא ישרי לב מדף נו"ן ע"ב והלאה ומשם באר"ה. וע"ד ז"ל באנו על החתום אני וחברי מע' רבני ב"ד והשמיט חתימתינו משם וצור ישראל י"מ כיר"א עכ"ל:

שו"ר דבנ"ד אית לן לזכות לבונה בתוך שלו מטעמא אחרינא והוא זה כיון שהבונה בה מכח יורש הרי הוא כיורש דאנן טענינן ליה וכמ"ש הש"ך סי' ס"ב סקט"ז והניח יתומים וה"ה אם נתן מתנה בחייו וכו' דהבאים מכחה טענינן ליה כמו ליורש ופשוט

הוא דהא קי"ל בכל דוכתא טענינן ליורש וללוקח ע"כ. ואפי' דגם שכנגדו הוא לוקח וטוענין ללוקח מ"מ הבונה אית ביה תרתי לטיבותא לוקח ויורש לא כן שכנגדו דאית ליה חדא מינייהו הא ודאי דתרי עדיף וטענינן לזה שהוא יורש ולוקח ולא לזה שהוא לוקח דוקא והיינו מאי דטענינן ליה וכו' וטענינן ליה שבשעה שבנה שכנגדו מיחה בו ונתרצו זה לזה לפתוח אפילו חלון כנגד חלון ובזה כ"ע מודו שיכול לפתוח ועי' בסמ"ע סי' קנ"ד ס"ק כ"ד וז"ל אין להם חזקה אבל אם יש עדים שמחלו זל"ז על היז"ר שוב אין יכול לחזור בהם כ"כ הטור בשם הרא"ש שם בסי' קנ"ז וכ"ש דמהני מחילה לטעם שכתב המחבר כיון דממילא עכ"ל:

א"כ יש לנו לטעון שהמורישׁ יש לו עדים או ראיה שמחלו זל"ז היזק ראיה וא"ת דלא טענינן ליורש אלא דבר שאין צריך להביא מורישם עדים וראיה לא כן בנד"ד שמורישם אם היה טוען כן היה צריך להביא עדים או ראיה ובזה לא טענינן ליורש הרי מצאנו ראינו בפ' חזקת הבתים ד' נ"ב ע"א איתמר אחד מן האחים שהיה נושא ונותן בבית והיו אונות ושטרות יוצאין על שמו ואמר שלי הם שנפלו לי מבית אבי אימא אמר רב עליו להביא ראיה ושמואל אמר על האחין להביא ראיה אמר שמואל מודה לי אבא שאם מת על האחין להביא ראיה ופסקה הרי"ף והרא"ש שם והרמב"ם פ"ט מה' נחלות והטור ח"מ סי' ס"ב ומרן בשוה"ט סי' ע"א ז"ל וכן אחד מן האחים שנושא ונותן בתוך הבית וכו' ואם מת והניח יתומים אז צריכים האחים להביא ראיה בעדים נמצא לפי"ז דהגם דאבוהון אינו נאמן עד שיביא ראיה או עדים כשמת טענינן ליתומים ואז האחים צריכים להביא ראיה בעדים. היוצא מזה בנד"ד דגם להמורישׁ לא הוה מצי טעין שמחלו זל"ז בהיזק ראיה אלא בעדים או ראיה מ"מ טענינן ליורש והבא מכחו כמ"ש הש"ך וצריך המערער נגדו להביא ראיה להיפך ואם לאו הבא מכח היורש הוא המוחזק ויכול לעשות מה שלבו חפץ בטענה זו דאנן טענינן ליה וכבר כתב הכנה"ג בסי' ק"א דמה שאנו טוענים ליורשים מקרי טענת בריא מדתנן והנפרעת מנכסי יתומים לא תפרע אלא בשבועה משום דטוענים להם שמא פרע ואי טענת ספק חשבינן לה אין נשבעין על טענת ספק ע"ש. וכ"פ הרא"ש בפ' חזקת הבתים בעובדא דרבב"ש דכל מה שיכול אביהם לטעון ולהשביע טוענין ליתומים ומשביעין אפי' בשמא והביאו הטור בסי' ק"ן ע"ש. וכ' הגד"ת בשער מ"ט חלק י"ז דהיורש עצמו כשטוען בעינן טענת ברי אבל אם ב"ד טוענין להם מה שהיה אביהם יכול לטעון משביעין אפי' בשמא ומהר"א ששון סי' ק"ל כתב דאפי' טענה שהיא רחוקה מן הדעת טוענים להם מיהו מרן פסק בסי' ס"ה ס"ד ז"ל אם טענו היורשים וכו' ע"ש וכתב הסמ"ע משום דלא שכיחא ואולם בנ"ד טענה זו

שכיחא טובא וא"כ למ"ד דלא טענינן ליורש אלא בדבר שהוא להרחיק אבל לא להוציא. ובנ"ד המערער כבר הוחזק בחלונותיו והבונה בא להוציא ואנן לא טענינן ליורש אלא בדבר שהוא להחזיק כההיא דאיתמר אחד מן האחים וכו' שהשטרות יוצאים ע"ש ואפי' הוא בונה בתוך שלו הוא נקרא מוציא וכמו שדקדק הר' רבי עקיבא איגר בתשובותיו סי' קצ"א דקל"ו ע"ב מתוך לשון הרשב"א ז"ל. ויש לדמות למ"ש הרשב"א הובא בב"י סי' קנ"ד בענין אפי' אי מהני קנין לנזק קוטרא ובה"כ דאם כבר סמך אין מחייבין אותו ואם בא לעשות אין מניחין אותו הרי אף דעושה הכל בשלו מ"מ כיון דבא לחדש דבר נקרא מוציא ועליו לברר וכו' מ"מ לדידן שקבלנו עלינו הוראות מרן אפי' להוציא מיד המוחזק ומרן גילה דעתו כמש"ל. א"כ מי הוא זה ואיזה הוא אשר יוכל לומר לו שב ואל תעשה ומה גם כי בנ"ד הוא בונה בתוך שלו שהוא אויר ר"ה שלו שזיכה לו המלך וראה ועשה כמ"ש הרשב"א בסי' אלף קל"ב וז"ל והוא שכל שהוא מזיק את חבירו במעשיו או שמוציא זיז וכיוצא בו בקרקע חבירו בדין הוא באמת שיאמר לו לאו כל הימינך שתשתמש בקרקע שלי ולא שתזיקני בגירי דידך או אפי' בלא גירי וכו' אבל כשאינו מזיקו כלל ולא משתמש בשלו כלום כל מה שהוא רוצה לעשות בשל עצמו יעשה וכו' ע"ש. ובהא דטענינן ליורש וללוקח יש כאן מקום להאריך בהם ולקצר אני צריך כי לא נפקא מינה לנד"ד ואין כאן מקומו ובמ"א הארכתי בפרט זה במקומו וכו' ע"ש:

כללא דמלתא עינינו הרואות שרי צבאות דתנו רבנן בקומתן ובצביונן וזו הלכה העלינו דין אמת לאמיתו שהלכה כמותו ולדעת כולם צדיק הוא וצדיק דינו ישמח הר ציו"ן ותגלנה בנו"ת ציו"ן למען משפטן כי צדיק אתה ובנה אצלו ציו"ן. ואתה קח לך את הגיליון הזה וראה ועשה כתבניתם אשר אתה מראה בהר ופתוח תפתח חלונות שקופים וכל המערער ידו על התחתונה ואף אתה אמור לו בשלי אני בונה בשלי אני פותח ומה כחך יפה למונעי לפתוח וליהנות באורי של רה"ר ואם רע בעיניך הלא בידך לתקן הגבה למעלה כותלך וה' אלדים אמת ינחנו בדרך אמת לכו אל האמת בתורתו תורת אמת, החו' פעיה"ק טבריא תו' בשליש ראשון לח' אדר שני שנת מצות ה' ברה **מאירת** עינים לפ"ק:
הצעיר **אהרן אלחדיף** ס"ט

סימן יב

שאלה אחת מד' ארצות הק' חמד זו טבריא תובב"א נתנו לראובן שליחות כולל לערי תורקייא יע"א ונסע לשו"ר עפ"י שליחותו והתחיל לעסוק בה בהלכות שלוחין ומפני חמת המציק המלחמה האדירה הנעשית בין המוסקוף ובין הישמעאל בשנת התרל"ח ותהי מהומה גדולה בכל מלכות ישמעאל כידוע ולא יכול האיש להתאפק אי משום

צערא דגופא דהיה עליו לטורח אצל הבע"ה שלא יכול לזוז ממקומו מפני סכנת דרכים ובנפשו דיבר וגם כי ההוצאה יתירה על השבח ולכן הוכרח לחזור בו וישב ראובן ונתעכב בעי"ת בירות יע"א אשר על חוף הים עד קץ המלחמה ואנשי העיר נסבו עליו פעמים שלש ואת רב'ע חמשת באמור אליו קום לך חזור בך לגומרה של מלאכה דאם לא תעשה כן נשלח אחר במקומך ולרוב דוחקם שדחקו אותו השיבם עפ"י דבריהם שימנו אחר ולהציל עצמו נתכוון כי לפי דעתו לא אתי איניש על יבשתא שילך בימים הרעים האלה ויכניס עצמו בספק נפשות. ועוד טוען שהי"ל להודיעו שיש אחר שרצונו לילך אף בזמן הזה ואזי או היה מסכים ללכת הוא בעצמו או היה מוחל להם ברצונו אם לא שנתכוונו להזיקו בידים וחייבים מדין דינא דגרמי. ואתה קדוש יושב תהלות יורנו מדרכיו ונלכה באורחותיו דין אמת לאמיתו אם מחי' הויא מחי' ואין לו כלום או לא הויא מחי'. ואם חייבים הקהל לשלם מדד"ג שגרמו לו או הוי גרמא בנזיקין ופטורים ושכמ"ה:

תשובה ידעתי בינ"י ידעתי ערכי עלי שאיני מאנשיה בסוד קדושים רבה להורות נתן ולא בי היא ואולם לרוב הפצרת השואל וגדולה אהבה שמקלקלת את השורה דחקתי ונכנסתי בתחום שאינו שלי ואמרתי יש לי תקוה שחבירי בעלי ההוראה יסכימו על ידי ובה אדע כי מצאתי חן בעיני אלדים ואדם וזה החילי. וה' אלדים יעזור לי:

תשורנו עין רואי שורש דבר נמצא בו מקורו יוצא במס' סנהדרין ד"ו ע"א על הא דתניא ביצוע בג' דר"מ וחכמים אומרים פשרה ביחיד מסיק עלה בגמ' והלכתא פשרה צ"ק וכתבו התוס' ד"ה צ"ק אין לדקדק מכאן דבעלמא מחי' צ"ק וכו' ומיהו בעל ה"ג ז"ל פי' דצ"ק על המחי' אפי' שעושין הקנין אחר הפשרה ומ"מ אין ללמוד מכאן על שאר מחי' שתהא צ"ק וכו':

גם במס' מציעא דקי"ב דקדקו התוס' ד"ה חוזר עליו דמחילה אצ"ק עיש"ב ומ"ש התוס' להביא מהא דע"ע דאם לא היה גופו קנוי היתה המחילה מועלת ומכאן משמע דמחי' אצ"ק ועי' בת' קי' די"ו ד"ה והרב שמחל וכו' שכתבו ומיהו יש לדחות דכיון שהוא מוחזק בגופו אין לך קנין גדול מזה ע"כ:

ומדי עוברי ראה ראיתי להר' הנמק"י בפ"ק דמס' סנהדרין בד"ה ושנים שעשו פשרה וכו' כתב וז"ל ואיכא למידק מ"ש גבי פשרה דבעי קנין והלא מחי' אצ"ק כדמוכח בקי' דט"ז גבי ע"ע דגופו קנוי דאי לא לימא ליה באפי תרי זיל. וכו' עי"ש. ולפי"ד התו' הנז' אי מהא לא אירייא דיש לדחות כאמור. א"כ היה לו להקשות ממקומות אחרים לא מקי' דיד הדוחה נטויה. ועי' להנמק"י דמצי' בפ' המקבל שהביא להה"א דקי' ואייתי בידיה ראיה מגיטין פ' השולח דל"ג יעו"ש. וכן כתב הרא"ש בפ"ק דסנהדרין ובפ' המקבל ואייתי

בידיה מכמה דוכתי אפי' למקומות שדחו אותם התו' הנה הוא הביא אותם לראיה דמחי' אצ"ק יעו"ש בדבריו באורך:

והרי"ף בתשו' הובאה בס' העיטור אות מחי' דצ"ג וז"ל פשרה אינה אלא בקנין ומחי' שאינה בדרך פשרה אצ"ק דלא מחסרא משיכה ע"כ. ולפי הנראה מדבריו דדוקא מחי' דלא מחסרא משיכה כגון מחי' חוב שהוא ת"י אזי הוא דלא בעי קנין לא כן באו"א שאינה ת"י ודאי כי צריכה קנין או דליבעי משיכת השטר:

והרמב"ם בפ"ה מה' מלוה הלכה י"א כתב וז"ל יש דברים הרבה שאינם צריכים קנין ואין לקנין בהם טעם כגון וכו' או המוחל לחבירו חוב או פקדון שיש לו בידו ע"כ. ובפ"ג מה' זכיה ומתנה ה"ב כתב מחל לחבירו חוב שיש לו עליו או נתן לו הפקדון שהיה מופקד אצלו הרי זו מתנה הנקנית בדברים בלבד ואין צריך דבר אחר כמו שביארנו:

ומה שקשה דהרמב"ם נראה כסותר עצמו עי' מה שתי' הלח"מ וז"ל ולכן נר' לישב דברי רבינו דהך דהכא הוי דוקא משום דהוי דוכתא דדינא דמתנה אבל בפ"ה מה' מכירה אין כונתו שם אלא לבאר שאין צריך לאותם הדברים קנין ולאו בדוקא נקט מוחל חוב או פקדון אבל לעולם דפקדון לא מהני אלא לשון מתנה וכדכתב הרב ז"ל ע"כ. ובפ' ה' מה' מכירה כתב המגיד משנה ז"ל ודין המחילה שאצ"ק יש ראיה לדבר מדאמרינן בפ"ק דקידושין דט"ז זאת אומרת וכו' אלמא דמחי' השיעבוד אם לא היה גופו קנוי באמירה בפני שנים סגי ע"כ. והא דמחי' אינה צ"ק פסקו רבינו בעה"ט בח"מ סי' י"ב ס"ט וז"ל אבל מחי' אצ"ק כתב הר' ישעיה ז"ל מה שצריכים קנין דוקא במידי דמצי למיהדר ביה כגון אתן לך או במחול לך ותפיס שטרא אבל במחול לך ולא תפיס שטרא אצ"ק ע"כ. וכתב שם הב"י ז"ל ומ"ש רבינו בשם הר"י דמה שצריכה קנין דוקא במידי דמצי מהדר ביה וכו' אבל במחול לך ולא תפיס שטרא אצ"ק זהו מה שכתבתי בסמוך בשם התוספות ע"כ:

ואנכי העבד לא מצאתי בדברי התוס' שום זכר דין דתפיס שטרא:

ולפי חומר הנושא אפשר לומר בכונת הרב ב"י במ"ש על דברי הר' ישעיה ז"ל זהו מ"ש בסמוך בשם התוס' מבוארת שם בהדיא בסו"ד דמה שהעתיק מדברי התוס' בא לומר דגם התוס' סוברים כהר' ישעיה דקנין דפשרנים הוא לגבי הנתבע הנותן אבל לגבי המוחל אין צריך קנין ולאפוקי מהרא"ש ז"ל דלא מפליג ומצריך קנין לשני הצדדים בין אם קנין דפשרה קודם או לאחריו וכמבואר והטעם כדבריו שהעתיק הב"י ז"ל שם לא כן להתוס' ז"ל אם הוא לאחר. ואפשר לומר עוד דגם הטור שכתב דהרא"ש ז"ל לא חילק היינו הך חילוקא לא חילוקא דתפיס שטרא או"ל תפיס ואכמ"ל וברור. ומרן הב"י ז"ל הביא לשון הרא"ש והתוס' עי"ש ובשוה"ט סי' י"ב ס"ח כתב מחילה אצ"ק וכו' ומכל אילין

נראה מדסתמו דבריהם ולא פורש נראה דבכל ענין איירי בין אי תפיס שטרא בין אי לא תפוס שטרא ובדברים בעלמא מהנייא המחילה. א"כ אתאן לנ"ד דכבר מחל בכתבו הגם דתפיס שטרא מחילתו אמתני ותקיפא לדעת מרן הק' שאנחנו קבלנו הוראותיו לכל אשר יחפוץ יטנו:

מי יתן תבא שאלתי לדעת דין זה דאי תפיס שטרא אם מהנייא מחילה עיקר יסודתו בהררי קדש הירושלמי ספ"ק דגיטין דין ד' וז"ל מחל שטר ר' חנינא ור' מנא חד אמר מחל וח"א לא מחל עד דמסר שטרא עכ"ל הירושלמי הביאו הש"ך בחו"מ סי' רמ"א ס"ק ד':

והנה לענין הלכתא לא אתבריר לן הלכתא כמאן והר' בעל העיטור כתב וז"ל והא דהירושלמי ליתא בגמ' דילן ולקולא ע"כ והש"ך שם וז"ל ואפי' היו לו וכו' וכן כתב בעל העיטור דצ"ג ע"ב ע"ש ודוק. דלא תקשי ממוחל לעיל סי' ס"ו ומביא הירושלמי דפליגי בזה ופסק לקולא ולפי"ז הוי ספיקא דדינא ודוק עכ"ל. עי' פי' בשורשי הים די"ו ע"ב:

ואני בער לא זכיתי להבין דב"ק של הש"ך ז"ל מסיפיה לרישיה כי בתחילת דבריו כתב אדברי מרן ז"ל ואפי' היה לו שטר או משכון וכו' וכן כתב הר' בעל העיטור ז"ל ובעיני יפלא דהרב בעל העיטור בתחילת דבריו באות מחי' כתב בפי' דבמשכון אם לא החזירו לא מהני מחילה ונסתייע מהא דעבד עברי היפך דברי מהר"מ ז"ל שנסתייע ממנה דהוייא מחילה אפי' שלא החזיר המשכון וגם בשטר כפי דברי הש"ך ז"ל כתב בסו"ד ופסק לקולא וכפי"ז הוי ספיקא דדינא וכו' ומוכרחים אנו לומר בפי' דבריו שכתב בדברי הר' העיטור ז"ל דפסק לקולא הוא כמ"ש לקמן דאלת"ה מאי האי דקאמר אחר דפסק לקולא וכפי"ז הוי ספיקא דדינא וכו' אם לא שכיוין למ"ש לקמן וכן משמע בסי' פ"א ס"ק ע"ב בש"ך וכפי דבריו לא בשטר הוי ספיקא דדינא ואיך כייל להו בחדא מחתא משכון ושטר. גם במ"ש דלא תקשי ממוחל לא ידעתי לכווני אימרא דהרב העיטור כתב שם דההיא דהמוחל דברי הכל היא דליתיה שטרא בידיה וכו' ע"ש. וכן העתיק הש"ך גופיה דברי העיטור שם בסי' ס"ו ועי' להר' מוהר"א גירון בס' תיקון סופרים מ"ש בזה במה שהקשה כן מיהו לזה י"ל דהש"ך לא כיוין כ"א אשטר ולא אמשכון וכן מוכיח הציון דלא נקט כ"א אפי' הו"ל שטר וכונתו לומר דלא מפקינן ממונא משום שלא החזיר השטר כיון דהוי ספיקא דדינא כל כמה דלא החזיר דבהכי איירי אבל אה"ן אם תפס לא מפקינן מיניה ובהכי לא איירי השתא. וכן נראה שהבין הרב קול אליאו ז"ל בכונת הש"ך והוא דוחק דא"כ העיטור פליג אמוהר"ם ז"ל היכא דתפס וא"כ לא הול"ל וכן כתב בעל העיטור בסתמא ושבקיה רבי למנהגיה:

וראיתי להמשכה"ר במערכת המ'ם אות ז' דקע"ג ע"א כתב וז"ל וראיתי להש"ך וכו' ולא הבינותי דבריו דהרב העיטור ז"ל מוכיח מדליתיה להאי דינא בגמרא דילן אמטו להכי עבדינן בה לקולא ולא משום ספיקא דדינא וכו' ע"ש באורך:

ולדידי חזי לי דאי מהא לא איריא דאיכא למידק דברי הש"ך במ"ש שהרב העיטור פסק לקולא ולא פי' מה הוא לקולא אחר דאיכא קולא לזה וקולא לזה אם לא שתאמר דהש"ך מפרש למילת לקולא דקאמר הרב העיטור כך הוא יען משום דלא ברירא לן הלכה כמאן הו"ל ספיקא דדינא ואזלינן לקולא ואין מוציאין מיד המוחזק המחזיק בממון ולא השטר מיד המחזיק בו ונ"מ אי תפס בעל השטר אין מוציאין מידו וכמ"ש הרב נחלת שבעה סי' י"ט אות א' בתוך דבריו שם וז"ל הנראה לענ"ד הואיל והוא ספיקא דפלוגתא יקנה בקנין היכא דתפיס שטרא או משכון כדי שלא יכנס לספק ואף שמספק כתב דיכול לו' קי"ל כמ"ד מחל אין מוציאין ממון מיד המוחזק מ"מ גם השטר לא מגבינן ביה ולא קרעינן ליה ונ"מ אם תפס לא מפקינן מיניה ע"כ:

ואפשר לומר דגם הרב משכה"ר כן הבין בכונת הש"ך בדעת העיטור שכתב ולקולא אלא דקשיתיה דא"כ למה תלאו העיטור משום דליתיה בגמרא דילן דבל"ז איכא למימר הכין אמטול"ה רצה לפרש פי' אחר ואולם שעיקר פירושו בלתי מובן כמש"ל וצ"ע. וכן פסקו הרב מגן שאול סי' כ"ד והרב ד"מ ח"ב סי' ה' ועי' בס' מ"מ ח"א סי' ס"ב דנראה דצריך להחזיר השטר או לקורעו ולפ"ד הד"מ הנז' נ"ל אם תפס יכול לומר קי"ל כמ"ד לא מחל עד דמהדר שטרא:

ולכן דקדק הרב העיטור בלשונו לכתוב ולקולא דהיינו דפסקינן לקולא לב' הצדדים ואם תפס לא מפקינן מיניה וכ"נ דמפרש לה הרב שורשי הים ז"ל ח"ג דט"ז ע"ד ז"ל ולענין הלכה למעשה וכו' אמנם חוב שיש עליו שטר מהני מחילתו שלא להוציא מיד הלוה מאחר דאיכא פלוגתא בירושלמי וכמ"ש הש"ך בסי' רמ"א ואם תפס מלוה משל לוה אין מוציאין מידו ע"כ. ברם אי קשיא הא קשיא ע"כ הני דמפרשי דהוי ספיקא דדינא דמנה להו הא ודברי הרב העיטור יכולים אנחנו לפרשם באופן אחר וכמ"ש הרב מהר"א גירון ז"ל בפי' על הר' העיטור בס' תיקון סופרים ד' ריי"ד ע"א וז"ל אמנם לענ"ד וכו' אלא כונתו לאסוקי להלכה דאין מחילת חוב שבשטר מהנייא אם לא שמחזיר לו השטר וזהו לקולא כלומר לבעל השטר דיד בעל השטר בזה על העליונה מכיון דהוא מוחזק בשטר וזה הלוה בא להוציא למלוה מחזקתו דהוא מוחזק בשטרא ואעפ"י דבעלמא קי"ל וכו' בכגון זה דהלוה בא מתורת מחילה וכל טענה כזו הלוה הוא המוציא ונסתייע מתשו' הרשב"א ז"ל דאייתי מרן הב"י ז"ל בטור אה"ע סי' צ"ג דמשם באר"ה באר היטב דהבא

בטענת מחילה ידו עה"ת וא"כ הוי קולא למלוה עש"ב ותרוה צמאונך ועי' מה שגמגם הרב ברכי יוסף ז"ל וז"ל שם באותו פרק בסי' י"ב אגב אסיפא עי' להר' מהר"א גירון ע"ש ולזה כבר הרב ערוך השולחן ח"מ סי' י"ב קיים דברי הרב מהר"א גירון הללו יעו"ש:

ואני ברגליו אעבורה להכריח מדברי הר' העיטור ז"ל עצמו שכונתו לפסוק כמ"ד לא מחל עד שיחזיר את השטר מסיום דבריו שכתב ומוחלת כתובתה איירי כגון שהחזיר הכתובה ר"ל דלא תקשי ממוחלת כתובתה דמשמע מינה היפך פסק דמשמעות מינה כמ"ד דאין צריך להחזיר את השטר דאיכא למימר דגם שם איירי כגון שהחזירה הכתובה והוי כמ"ד לא מחל וגם למ"ש הרב קול אליאו ז"ל בכונת סיום דברי בעה"ע ודוק. אחרי כותבי מצאתי ראיתי להרב ערוך השולחן אה"ע סי' ק"ה שכתב ולדעתו ההיא דהמוכר שט"ח לחבי' וכו' י"ל כיון דליתיה לשטרא בידיה דליהדר ליה בהא ודאי מחי' מחי' וכן ראיתי לבעל העיטור דצ"ג ע"ב והביאו הש"ך בח"מ סי' ס"ו ס"ק ע"ד ע"ש אי נמי דמיירי שכ' לו שובר בקנין על אותו שטר שמכר ומהמוחלת כתובתה לבעלה י"ל כגון שהחזירה הכתו' וכמ"ש בעה"ע שם עי"ש. ומההיא דצריכה לישבע שלא מחלה הכתובה נמי י"ל דחיישינן דילמא מחלה לו בקנין ושטר ועיין להב"ש סקי"ב ומ"מ וכו' ע"ש. גם אלין סרכין תלתא מדוע לא פסקו הלכתא כר' מנא דהוא מאריה דתלמודא דירושלמי והלכתא כוותיה ברוב הירושלמי כמ"ש הרב יד מלאכי ז"ל בכללי הה"א אות קצ"ה וז"ל הלכה כר' מנא ברוב הירושלמי נתיבות משפט דף רצ"א ע"ב:

שו"ר שהביאו הרב מוהריק"א בכלליו בס' יבין שמועה ד"ל ע"ג בשם בעל התרומות ז"ל שער ס"ד והזכירו עוד הרב שדה יאושוע בפי' הירושלמי טל מס' פסחים ד' ה' ע"ב ע"כ. והרב שדה יאושוע ז"ל נתן טעם לדבר דר' מנא הוא מאריה דתלמודא דירושלמי ולכן הלכה כדבריו ע"ש:

ואי משום דלא איתבריר לן סברת ר' מנא כיון דלא פי' מי הוא האומר מחל ומי הוא האומר דלא מחל לכן הוי ספיקא דדינא אי משום הא לא אירייא דאחד הרואה להרדב"ז ז"ל בס' יקר תפארת דצ"ג ע"ד בסופו ז"ל ופסק רבינו כמ"ד בשני כיסין מחלוקת חדא דסתמא דמילתא כיון שהתלמוד הקדימו דברי ר' יוחנן הם וכו' ע"ש הבי"ד הרב נחמד למראה בפי' על הירושלמי דמס' תענית פ"ב דר"א ע"ג והסכים לדבריו שהמוזכר בראשונה הוא האומר סברא ראשונה ואייתי בידיה מאי דאיתא במס' מ"ק ד"ו ע"א וכו' יוצאין אף על הכלאים וכו' פליגי ר"א וריב"ח ח"א וכו' וח"א וכו' ופסק הרמב"ם ז"ל כמ"ד הא' וכו' והביא מהרמב"ם ז"ל בדין החורש בשביעית דפליגי בה ר' יוחנן ור"א דח"א לוקה וח"א אינו לוקה והרמב"ם ז"ל פסק כמ"ד בתרא דאינו לוקה עי"ש מה שחילק.

ובסו"ד כתב וז"ל ולכל הדברות ולכל האמירות למעלה וכו' וגם ס"ל דח"א ראשון קאי לדברי ר"ל כיון דהוא מוזכר בראשון ע"כ. נמצא לפי"ז דח"א הראשון הוא המוזכר ראשון וח"א בתרא הוא הנאמר בשנייה וכאן דקאמר הירוש' ר' חנינא ור' מנא נמצא דהלכה כר' מנא וכמ"ש הר' שד"י דהוא מאריה דתלמודא דירושלמי וכאמור ואפשר לומר להבנתם לדברי העיטור ז"ל גרמא להם כי הוא ראשון לכל דבר שבקדושה ומי יבוא אחרי המלך ז"ל לחלוק עליו ולפי הבנתם סבור מינה דהעיטור ז"ל קיבל דהך דינא הוי ממיעוטא ודוק. אכן לפי' מהר"א גירון ז"ל אתי שפיר בטעמא דפסק העיטור ז"ל כמ"ד לא מחל משום דהלכה כר"מ וכו' דהוא המוזכר בסוף וכו' כמש"ל

ואנא חירגא דיומא נ"ל שלזה כיוין הסמ"ע ז"ל בפי' לדברי מרן ז"ל בסי' י"ב ס"ח שכתב דמחילה אצ"ק משום וכו' והיינו דוקא בדלא נקיט המוחל וכו' דבתפס שטרא וכו' לא מהני ביה אפי' מחילה גמורה והיינו משום שר"ל ולפרש בדברי מרן ז"ל שפסק בדבריו כר' מנא בירושלמי והיא היא שהזקיקתו לפרש כן בדעת מרן ז"ל וכאשר אבאר לקמן באר רחובות שכן הוא דעת מרן ואין מהצורך למ"ש הר' משכה"ר ז"ל משם הרב קרית מלך רב ז"ל דבסי' י"ב חסר מדברי הסמ"ע ז"ל לדעת רבינו ישעיה ז"ל ועי' לקמן סי' רמ"א עי"ש דאי אמרת חסורי מחסרא הכי מחסרא לדעת ר' מנא בירושלמי ואפי' יהיבנא ליה כל דיליה להר' קמ"ר ז"ל דנחסר מדברי הסמ"ע ז"ל לדעת ר' ישעיה ז"ל עכ"ז נוכל לומר דכונתו כן היא דהלכה כר' מנא:

דלדידי חזי לי דרבינו ישעיה גופיה פסק כמ"ד בתרא דבירושלמי דלא מחל עד דמסר ליה שטרא והיינו משום דהלכה כר' מנא וכ"כ הר' כהונת עולם ס"ז ד"ט ע"א וז"ל כבר ראיתי להר' ישעיה הבי"ד הטור בסי' י"ב וכו' הרי שפסק כמ"ד בירושלמי דלא מחל והסמ"ע הביא ס' זו בסתם. גם מהר"מ ברודו הובא בס' פ"מ ח"א סי' פ"ב דקפ"ד ע"ב צידד לישב למוהרשד"ם והגם כי לא פורש מי זה אמר לא מחל נוכל לומר שרבינו ישעיה ז"ל סבר דח"א בתרא הוא המוזכר שני שהוא ר' מנא וכמ"ש הרדב"ז ז"ל בס' יקר תפארת כנז':

המורם מכל האמור שרבינו ישעיה והרב העיטור ז"ל ומרן ז"ל לפי מה שפירש הר' הסמ"ע ז"ל כולהו סברי מרנן כסברת ח"א דירושלמי דלא מחל עד דמסר שטרא שהוא ר' מנא מאריה דתלמודא דירושלמי. והנה גם הוא מרן הק' בכלליו שבס' יבין שמועה הובאה לעיל ס' דהלכה כר"מ ברוב הירושלמי. נמצא לפי"ז דרבינו ישעיה ז"ל לאו יחיד בדבר אלא דאדרבא הוא פסק כהלכתא ומרן ז"ל פסק כוותיה וכן משמע מדברי מורם ז"ל בסי' רמ"א ס' ב' שכתב ויש אומרים דאפילו הי"ל שטר או משכון וכו' שהיא ס' מהר"מ ז"ל משמע דמרן ז"ל לא פסק כן אלא כדברי ר"י ז"ל. ולכן כתב מורם ז"ל ויש

אומרים שהיא סברת החולקים ומוכרחים אנו לומר דיש אומרים שכתב מורם ז"ל פה הוא לחלוק לא לפרש ולהשלים דברי מרן ז"ל שדיבר במלוה על פה דאלת"ה אלא דבא לפרש יוצא לנו מזה דמרן ז"ל סבר גם במשכון מהני מחילה בלא חזרת המשכון. ואיפכא מצינו לו במשכון כמ"ש בש"ע אה"ע סי' כ"ח סי"ב ז"ל היה לו משכון על חוב שהי"ל אצל אחרים וקידש בו אשה הרי זו מקודשת לפי שב"ח יש לו קנין בגופו של משכון. הרי דשפתיו ברור מללו דלא כהר' המרדכי לפי סברת המפרשים בדבריו דאפי' לא החזיר המשכון והשטר דכולהו בחדא מחתא קיימי וכמ"ש לדברי הסמ"ע דבסי' רמ"א ס"ק ז' שפי' לדברי מורם ז"ל וז"ל וצריך הנותן להחזיר השטר והמשכון שפי' שחייב להחזיר ואפי' לא החזיר מחילתו הוייא מחי' וגם החולקים אזלי ומודו דלפי דברי מרן ז"ל בשולחנו הטהור הנז' דב"ח יש לו קנין בגופו של משכון ויכול לקדש בו את האשה מוכרח דס"ל דצריך להחזיר המשכון וכ"ז שלא החזיר מחילתו לא הוייא מחילה דאי לאו הכי היאך יכול לקדש בו את האשה כי ניחוש דילמא מחל החוב ומשכונא כל היכא דאיתיה ברשותא דמאריה איתיה אם לא שתאמר דס"ל למרן ז"ל דאם איתא שמחל לא מהני מחילה בלתי חזרת המשכון א"כ ה"ה והוא הטעם בחזרת השטר נמי לפי ס' החולקים דמפרשי לפי דברי הסמ"ע ז"ל בדברי מורם ז"ל דשער ומשכון חדא מלתא נינהו א"כ מדשמעינן למרן ז"ל דצריך להחזיר לו המשכון כנז' חולק על הרב המרדכי ז"ל א"כ ה"ה נמי בשטר:

ועיקרא דהאי מילתא היא במס' קידושין ד"ח ע"א אמר רבא אמר רב נחמן וכו' איתיביה רבא לרב נחמן קדשה במשכון מקודשת ותי' התם במשכון דאחרים דבין משכנו בשעת הלואתו בין שלא בשעת הלואתו אלים שיעבודיה לחשוב ממון לקדש בו את האשה ולהקנות בו עבדים וקרקעות וכו' עי"ש. ופסקו הרי"ף ז"ל שם בקידושין וכתב עליו הר"ן ז"ל שם דהא דר' יצחק בכל ענין איירי אפי' משכנו שלא בשעת הלואתו כמ"ש במ"א בס"ד עכ"ל ופסקה הרמב"ם ז"ל בה' אישות פ"ה הלכה כ"ג ופי' העור באה"ע סי' כ"ח דברי הרמב"ם ז"ל הנז' דבכל ענין איירי וכן כתב הר' המגיד שם ז"ל היה בידו משכון וכו' שם כוותיה ופירשוה בין משכנו בשעת הלואתו ובין משכנו שלא בשעת הלואתו וכן העלה הרמב"ן ז"ל במס' שבועות עכ"ל ה"ה ז"ל ומה שהקשה מרן ז"ל על רבינו בע"ה עי' מה שתירץ הר' לח"מ ז"ל פ"ה מה' אישות שם עי"ש וכפי דברי הר' לח"מ ז"ל שהביא ראיה מדברי הרמב"ם ז"ל עצמו מה' שכירות אזדא לה דיקדוקו של הר' ב"ח ז"ל בדברי הרמב"ם ז"ל עי"ש, וכבר מפורש יוצא דברי הרמב"ם ז"ל מהרמב"ם עצמו דבכל ענין איירי בין משכנו בשעת הלואתו בין משכנו שלא בשעת הלואתו וכו' והרב מחנה

אפרים ז"ל בהגהותיו על הטור וב"י ז"ל תמה ע"ד הרב ב"י ז"ל שהרי מפורש יוצא מפ' יו"ד מה' שכירות והוב"ד בספר יד אהרן אה"ע סי' כ"ח הגהת ב"י אות כ"ד וקושיא זו כבר קדמו הר' הלח"מ ז"ל פ"ה מה' אישות:

וגם הרב ב"י אסיק למילתיה דהרמב"ם ז"ל מיירי בכל ענין וכן פסק בשולחנו העטור חו"מ סי' ע"ב ס"ב מפורש יוצא דסתם כדרכו דרך הקדש לתפוס לשון הרמב"ם ז"ל ומורם ז"ל שכתב ויש אומרים פירושו שבא לחלוק ע"ד מרן וכאשר נצטיין בצדו טור בשם הרמ"ה ז"ל החולק בזה דאי כדרכו בכמה מקומות ויש אומרים לפרש דגם הדעה הראשונה אזיל ומודה בהא וכונתו לפרש דברי הרמב"ם ז"ל כן די"ל לבאר דבריו ולחלוק אמרן ב"י ז"ל ולפרש דברי הרמב"ם ז"ל דאיירי במשכנו שלא בשעת הלואתו כדרכו בכ"מ ומדלא כתב הכי משמע דס"ל דהרמב"ם ז"ל ליכא לפרשו אלא כמ"ש הב"י דבכל ענין איירי זולת שהביא ס' החולקים שהוא טור בשם הרמ"ה ז"ל. ודברי מרן ז"ל כדברי הרמב"ם ז"ל. ומעתה פשוט וברור הדבר דמרן ז"ל חולק על המרדכי ז"ל דליכא למימר דהמרדכי ז"ל איירי במשכנו בשעת הלואתו ומרן ז"ל איירי במשכנו שלא בשעת הלואתו דלפי האמור דברי מרן ז"ל הם דברי הרמב"ם ז"ל דבכל ענין איירי:

ומידי עוברי בדברי מרן בשולחנו הטהור סי' ע"ב ס"ב ראיתי להר' ש"ך ז"ל ס"ק ט' וז"ל אמת שבמרדכי דפ"ק דקידושין כתב בשם התוס' דאף לענין קידושי אשה קונה בשעת הלואתו אבל אינו כן בתוס' שלפנינו. וגם קשה לפי"ז מאי איכא בין בשעת הלואתו לשלא בשעת הלואתו והמרדכי עצמו שם הביא בשם התוס' דר' יצחק אמר דוקא שלא בשעת הלואתו וצ"ע ע"כ:

ולי אני עבדך הוא שהמרדכי לא נתכוון להתוס' שלפנינו אלא לדברי התוס' דקידושין ד"ח ע"ב ד"ה משכון דאחרים שכתבו שם בפי' כדברי המרדכי ז"ל והר' הש"ך ז"ל אשתמיטתיה לדברי התו' הנז' ולכן הק' שאינ וכן בתוס' שלפנינו. ברם זו שקשה בדברי מרן ז"ל בשולחנו הטהור דב"ח יש לו קנין בגופו של משכון ושינה מלשון הרמב"ם ז"ל וז"ל לפי שב"ח יש לו מקצת קנין בגופו של משכון מה שאין כן דרכו בכל המקומות אלא שהוא כותב דברי הרמב"ם ז"ל אות באות אין נגרע דבר וצריכים אנו לדעת מדוע כתב הרמב"ם ז"ל מקצת קנין בגופו של המשכון ועלה בדעתי ליישב בדברי הרמב"ם ז"ל שאמר מקצת קנין בגופו של משכון וכו':

ומצאתי שקדמני הר' כרם שלמה ז"ל באה"ע סימן י"ט דס"ז ע"ב ע"ש שתמה לדברי מרן ז"ל דקאמר דהרמב"ם לישנא דברייתא נקיט ואזיל והא חזינא ליה להרמב"ם ז"ל שהוסיף מדיליה כמ"ש אעפ"י שאינו שלו וגם מילת מקצת עיין שם מה שתירץ. ומרן

ז"ל תפס לשון הברייתא ולא הוצרך להוסיף כיון דאירי בין משכנו בשעת הלואתו בין משכנו שלא בשעת הלואתו:

או יאמר בדעת הרמב"ם ז"ל שכתב מקצת קנין הוא משום דאי יש לו קנין גמור הו"ל להתחייב באונסין כדין שואל לא כן מרן ז"ל דקאי בדין קידושין לדבר זה הו"ל קנין גמור לקדש את האשה והרמב"ם ז"ל אגב גררא השמיענו כל הפרטים. אי נמי אפשר לומר דסברתו כמ"ש הרשב"א ז"ל הוב"ד בס' שורשי הים ח"ב בשורש קידושי משכון דכ"א ע"ב וז"ל דאע"ג דמשכון של אחרים קנוי לו ומצי מקדש בו את האשה אפ"ה אינו קנוי לו ממש ואי אקדיש ליה מלוה או זבין ליה לא עבד כלום ולענין קידושין כיון שיש לו מקצת קנין לענין שביעית ושאינו עושה מטלטלים אצל בניו הו"ל כדידיה ומתקדשת האשה בו. יעוש"ב מ"ש בדין מחילה לדעת הרשב"א ז"ל:

נמצא לפי האמור בדברי מורם ז"ל דהמרדכי משוה להו שטר ומשכון בחדא מחתא ומצינו למרן ז"ל דפליג עליה במשכון א"כ הוא הדין בשטר וכאמור. ובהא דמשכון דל"מ ביה מחילה בלי חזרת המשכון מקורן של דברים איתא בירושלמי דכתובות פי"ג הלכה ב' וז"ל רבי בא בר ממל בעי הפורע שט"ח של חבירו שלא מדעתו פלוגתא דחנן ובני כה"ג אמר ר' יוסי טעמון דבני כ"ג תמן לא עלתה על דעתו שתמות אשתו ברעב ברם הכא מפייס הוינא ליה והוא מחיל לי הגע עצמך דהוה גביה משכון מפייס הוינא ליה והוא יהיב לי משכוני וכן הובא בנדרים פ"ד הלכה ב' ע"כ. ועוד דליכא מאן דפליג וכן פסקו כל הפוסקים כמ"ש לקמן:

וכי תימא דמהירושלמי הזה דבשטר לא בעי חזרת השטר וכמ"ש הרב שורשי הים ח"ג דף י"ו ע"ב וע"ג אחר דהביא דברי הירושלמי כתב וז"ל הרי להדיא דבשטר אפי' בלא טעמא דמפייס הוינא ליה ויהיב לי ניחא ליה דבמחי' בלחוד מהני וגבי משכון דוקא הוא דאצטריך למימר ויהיב לי וזה ברור ע"כ:

ואנכי תולעת לבבי לא כן ידמה בפי' הירושלמי ולפי קוצר ענ"ד אפש"ל הירושלמי באו"א והוא זה דמפייס הוינא ליה והוא מחיל לי ר"ל ברצון גמור ובמה יוודע שהוא ברצונו הטוב אם לא בחזרת השטר ודייקנא ליה מדברי הירושלמי דקאמר והוא מחיל לי דמלת והוא אך למותר דהול"ל מפייס הוינא ליה ומחיל אם לא שרצה לרמוז שהוא ברצונו ימחול ולא ישטה בי ויחזיר לי את השטר ומאי דקאמר הגע עצמך שיש עליו משכון ר"ל דכיון שיש חפץ בידו לא מהני ביה מחילה אלא נתינה וכן פי' הרב שדה יאושוע בביאורו לדברי הירושלמי דגיטין וז"ל וחד אמר לא מחל עד דמסר ליה שטרא כלומר עד שיתן השטר בידו או יקרענו בב"ד דאנו אומרים דבמשכון לא שייך מחילה אלא נתינה

ע"כ. ומה שהקשה על פירושו הר' שורשי הים ח"ג די"ו ע"ב ז"ל גם זה שפירש הרב וכו' קחנו משם. ולפי האמור אין כאן קושיא ולגבי דידי לא מצאתי לדברי הר' העיטור ז"ל מפורש יוצא דשטר לא חשיב למשכון לדעת מ"ד לא מחל ואדרבא מצאתי סעד לתומכו הוא הר' המאירי ז"ל שפירש כן למ"ד לא מחל דשטר חשיב כמשכון להך מ"ד וכמ"ש הרא"ש בתשובה בכלל ץ' ס"י הביאה הטור בח"מ סימן ע"ג וז"ל ששאלת ראובן שרוצה לפדות משכונו ואמ"ל שמעון כבר מחלת לי וטוען ראובן שאינה מחי' לפי שאין בה קנין. תשובה מחילה לא בעיא קנין מיהו מחילה לא שייך במשכון וכו' אלא א"כ שיאמר לו אני נותנו לך ע"כ. גם מוהרי"ק בשורש צ"ד כתב כן והביא ראיה מהא דע"ע וכו' משמע דמטעם דאין גופו קנוי וכו' אבל לא כשגופו קנוי דדמי לממון שהוא בעין דלא שייך ביה מחילה. וכן דקדק מלשון הרמב"ם שכתב מחל לחבירו חוב או שנתן הפקדון וכו' ואע"ג שהפקדון ביד הנפקד. גם מרן בח"מ סי' רמ"א ס"ב פסקה לכן קאמר מפייס הוינא ליה ויהיב לי משכוני. והרב המאירי הובא בשיטה מקובצת על מס' קמא דמ"ט ע"ב כ' וז"ל משכונו של ישראל ביד הגר ומת הגר זכה בעל המשכון מיד בשלו שתכף למיתתו נפקע השיעבוד אעפ"י שלא בא המשכון בידו ואם בא אחר והחזיק בו מוציאין מידו ומכאן אתה למד שמי שהלוה לחבירו על המשכון ומחל לו הלואתו אעפ"י שלא חזר לו משכונו שמחילתו מחילה מיד ונפקע השיעבוד. וכבר ראיתי לגדולי הדורות שלפנינו שלא היו דנין כן ולא עוד אלא שהיו מפרשים כמ"ש בירושלמי דין דמחל שטרא לחבירו חד אמר מחל וחד אמר לא מחל עד דהדר ליה שעריה שזה שאמר לא מחל הוא מפני שהם מדמים אותה למשכון שאינו נמחל עד שיחזירנו ואין הדברים נראין לי. ומ"מ אח"כ מצאתי קצת ראיה לדבריהם ממה שאמרו בתלמוד המערב הפורע ש"ח של חבירו שלא מדעתו פלוגתא דחנן ובני כה"ג כלומר שנחלקו במי שהלך למדינת הים ועמד אחד ופירנס את אשתו לחנן פטור ולבני כה"ג חייב. ר' יוסי אומר אף לבני כהנים פטור התם לא עלתה על דעתו שתמות אשתו ברעב ברם הכא מפייס הוינא ליה ומחיל הגע עצמך דהו"ל משכון מפייס הוינא ליה ומחיל וזו שבכאן נ"ל הטעם שמשימות הגר הו"ל כאילו חזרה לידו אחר שבאותה שעה לא היה שם זוכה וזכה זה בשלו וכל מקום שהוא ברשותו היא ומ"מ אפשר שאם החזיק זה מעת שהגר בעולם שזכה בשעת המיתה בשיעבודו או שמא אף בזה יש לפקפק שמאחר שלא היה הגוף של גר ואין לו עליו אלא שיעבוד נפקע שיעבודו לגמרי ואינו אלא כמחזיק בנכסיו של זה הישראל וכן עיקר הר' המאירי ז"ל עכ"ל שיטה מקובצת. ואם פירוש הירוש' כמ"ש הר' שורשי הים ז"ל הנז' היאך מ"ד לא מחל מדמה לה למשכון והוא היפך תחי' דברי הירושלמי אם לא שתאמר

דהרב המאירי ז"ל מפרשה ע"ז או כמ"ש במ"א בדברי הרב קול"א ז"ל ע"ש. ותמה אני על הרב שורשי הים ז"ל היאך לא שלטה עין קודשו בדיקדוק דברי הר' המאירי שהוא דלא כוותיה. גם הרא"ה ז"ל הובא בשיטה מקובצת הנז' כ' שם ז"ל ומיהו בעלמא ודאי כיון דבע"ח קונה משכון לא סגי ליה במחילה באמירה בעלמא כדאשכחן נמי גבי ע"ע דגופו קנוי שהרב שמחל על גרעונו אין גרעונו מחול ודכוותה וכו'. הנה הוא סבר דל"מ מחי' באמירה בעלמא בלא חזרת המשכון. והרשב"א ז"ל הביאו הר' שורשי הים ח"ג די"ו ע"ג כ' וז"ל ועיין בחי' הרשב"א ז"ל פר"ק דמס' קידושין ד"ח וז"ל והילכך מלוה שיש עליה משכון כיון דאית ליה בגוויה קצת קנין ואינו יכול למחול אחר שנתנו לה וסמכה דעתה מקודשת וכו' עכ"ל הרשב"א ז"ל וכונתו לענ"ד במ"ש דאינו יכול למחול אחר שנתנו לה דאילו קודם שנתנו לה בידו למחול ע"י חזרת המשכון ולא שיכול למחול בלא חזרת המשכון אפילו בעודו בידו כנז"ל ע"כ. ועי"ש דכן פירש גם דברי הרב בעל התרומות והטור סי' ס"ו ע"פ דברי הר' בעל העיטור ז"ל עש"ב. גם הרדב"ז בחדשות סי' תקס"ז כשהביא דברי הירושלמי דמפייס הוינא ליה ומחזיר לי משכוני כתב שם וכן הסכימו רוב הפוס' ע"כ. והרב ברכ"י ז"ל בחו"מ סי' י"ב דנ"ד ע"ד הקשה על הרב משאת משה ז"ל דרבים אשר אתנו ס"ל כמהר"ם ז"ל דבתפס שטרא או משכון מחילתו קיימת וכמעט רבינו ישעיה ז"ל הוא יחידאה ע"כ כתב עליו דאשתמיטיתיה כמ"ש דהריטב"א ז"ל ס"ל כמהר"ם ז"ל והוא ז"ל הביא מכמה מקומות דהריטב"א ז"ל מבואר בדבריו להיפך ובהא סליק ז"ל הרי דהרב העיטור והריטב"א ורבו והר"ן ז"ל שהם מן הפוסקים המפורסמים ס"ל דלא כמהר"ם ז"ל ודלא כהרב מ"מ ז"ל דס"ל דמאן דפליג אמהר"ם ז"ל יחידאה הוא וגם שהריטב"א ז"ל כמהר"ם ס"ל שהרי הוכחנו איפכא. גם הרב מחנ"א ז"ל בה' זכייה מהפקר ד"ל ע"ב הביא שתי תשו' למהר"ם ז"ל אחת בסי' ע"ד ואחת בסי' ר"ך ועי' מ"ש עליו הר' שורשי הים ז"ל ח"ג די"ו ע"א עש"ב. ובסו"ד כתב נמצא סברת מהר"ם ז"ל הלז היפך ס' הרא"ש ז"ל בפ' הפרה מן הקצה אל הקצה כמבואר שם באורך:

עוד כתב ודע דסברא זו של מהר"ם ז"ל הביאה הר' המפה סי' רמ"א ס"ב וז"ל ויש אומרים אפי' הי"ל שטר או משכון וכו' ובעמוד ד' פסיק למילתיה ואין ספק דאילו הר' המפה ז"ל היה רואה כל הני רבוותא לא היה סומך על סברת מוהר"ם ז"ל דס"ל דמהנייא מחילה בלי חזרת המשכון דס' יחידאה היא:

ואני אומר אחרי נע"ר דאם היו רואים מהר"ם והמרדכי והרב המפה ז"ל והשיטה דקידושין לחד מקמאי הובאה בדברי הר' ברכ"י ז"ל סי' י"ב דנ"ה ע"א דסברי דלא בעי חזרת המשכון אם שלטה ע"ק בלשון ירושלמי הנז' המפורש יוצא דבעי חזרת המשכון

וליכא מאן דפליג עליה הא ודאי דכולהו אזלו ומודו דבעי חזרת המשכון וליכא אפי' יחיד בדבר. מעתה אי"ל דמהר"ם והמרדכי ז"ל הדרי בהו בתשו' סי' תק"ד מכח הירוש' הנז' ולא סתרי אהדדי עם ההיא דסי' ס"ד בדבר המחי' וכמ"ש מרן הביאו הרב מ"מ שם שהוכיח דמטעם זה לא מהנייא מחי' במשכון וכ"ז לפי פי' עט"ר הרמ"ז בכנה"ג בדברי מהר"ם גם לפירושן וז"ל מוהר"ם כדברי הירושלמי ועי' להרב קצות החשן סי' רמ"א סעיף ב' מ"ש לתרץ הראיה שהביא מהר"ם ז"ל מע"ע לדעת הרשב"א ז"ל והריטב"א ז"ל עי"ש א"כ כל הני רבוותא דסברי דבעי חזרת המשכון סברי מרנן דה"ה נמי בשטר וכולהו פסקי הלכתא כמ"ד לא מחל דבירושלמי וכמ"ש הר' המאירי ז"ל דמדמה ליה למשכון והנה בפלוגתא דהירושלמי דח"א מחל וח"א לא מחל מוכרחים אנו לומר כי היכי דלא להרבות מחלוקת ולימא דפליגי אי צריכה קנין או לא אלא דכ"ע ס"ל דמחילה אינה צריכה קנין אלא דלמ"ד מחל ס"ל דגם חזרת השטר לא בעי ומ"ד לא מחל ס"ל נהי דקנין לא בעי חזרת השטר מיהא בעי והכרח לדבר מדקאמר עד דמסר ליה שטרא דהכי הול"ל עד שיתפוס קנין ואם נדחוק עצמינו לפרש דמ"ד לא מחל ס"ל דמחילה צ"ק וחזרת השטר במקום קנין קאי הא ליתא חדא שדבריו סתומים והו"ל לפרש ועוד שמצינו להרמב"ם ז"ל שכתב יש דברים שאינם צריכים קנין וכו' והוא שלא יהיה דברי שחוק והיתול וכו' וניחזי אנן הרמב"ם ז"ל כמאן פסק אי פסק כמ"ד מחל הרי ההוא אמר שאין צריך חזרת השטר אלא בדברים בעלמא ולא פירש בדבריו שצריך שלא יהיו דברי שחוק. ואולם אי נימא דפסק כמ"ד לא מחל וכדאמרן הנה הוא מפורש יוצא בחזרת השטר דלא הוי דברי שחוק והיתול ולעולם דס"ל דמחי' אצ"ק:

ונראה דלזה כיוין הר' פני משה ז"ל בפי' על הירושלמי שכתב למ"ד מחל דמחי' אצ"ק עוד כתב עד דמסר ליה שטרא צריך שיחזיר לו השטר חוב שלו ואז הוי מחילה נראין הדברים שכיוין למ"ש. עוד יש להביא ראיה מדברי מרן ז"ל בשולחנו הטהור חו"מ סי' ס"ו ס"ל וז"ל המוכר שט"ח לחבירו ויש משכון בידו ומסרו ביד הלוקח שוב אינו יכול למחול ללוה מה שכנגד המשכון והיינו דלא כמהר"ם ז"ל דלפי"ד צריך להחזיר השטר והמשכון ומהנייא מחילתו והגם כי הרב מחנ"א ז"ל בה' זכיה מהפקר סי' ט' רצה להוכיח מדין זה להיפך דאפי' בלא חזרת המשכון המחילה מהנייא כבר הרב שורשי הים ז"ל ח"ג די"ו ע"ג סתר את דבריו בדברים של טעם עי"ש עכ"ז הנה גם הוא אזיל ומודה כדברי מרן ז"ל דל"מ מחילה בלי חזרת המשכון דהעיקר דיוקא דידיה מדברי הרב בעל התרומות והטור ז"ל מדהוצרכו לומר שכבר זכה הלוקח במשכון לא כן מרן ז"ל שלא זכר דברים אלו ליכא למידק מיניה ואדרבא איפכא מסתברא. וטעמו של מרן ז"ל הוא משום דבעי

חזרת המשכון ולכן מה שכנגד המשכון אינו מחול לא כן השאר הו"ל כמלוה ע"פ דנמחל בדברים בעלמא ובשטר דכולא חדא מילתא אם לא החזיר את השטר ל"מ מחילה דאינו עדיף ממשכון כמ"ש לקמן והיינו עדיפותיה:

גם מדברי מרן ז"ל בשולחנו הטהור אה"ע סי' ק"ה ס"ה וז"ל המוחלת כתובתה אינה צריכה לא קנין ולא עדים והוא שיהיו הדברים שהדעת סומכת עליהם ולא יהיו דברי שחוק והיתול או דברי תימא אלא בדעת נכונה ע"כ. הנה גם הוא נראה ג"כ שפסק כמ"ד לא מחל עד דמהדר ליה שטרא וכדאמרינן לעיל בדברי הרמב"ם ז"ל והא דהביא אותה דמוחלת כתובתה ומשם נראה דלא בעי חזרת השטר הנה כבר פירשנו במ"א דליכא למידק מדבריו דקאמר אינה צריכה לא קנין ולא עדים דשמעת מינה אף שלא החזירה לו הכתובה מהני מחי' וכמ"ש הרב ח"מ ס"ק י"ד והב"ש ס"ק י"ב דאיכא למימר דחזרת השטר בעי וכמו שהארכתי במ"א:

או דנימא דשאני כתובה דאפי' לא החזירה הכתובה הו"ל כהחזירה אם הדברים אינם דברי שחוק והיתול וכו' היינו משום שאסור לשהות עם אשתו אפי' שעה אחת בלא כתובה וכמ"ש מרן שם סי' ס"ו ס"ג וז"ל אם כתב לה כתובה ונאבדה או שמחלה לו ודוקא שכתבה לו התקבלתי כתובתי צריך לכתוב אחרת בעיקר הכתובה שאסור לשהות אדם עם אשתו וכו' ועי"ש בס' בית שמואל ז"ל ס"ק ט' שכתב שם בתוך דבריו. והמחבר ס"ל עיקר כהרמב"ם ז"ל כמ"ש בסעיף ט' וה"מ דס"ל דמחילה בע"פ לא מהני נר' דלמד וכו' מ"מ אי אפשר להפסיד אותה כשמחלה בע"פ דיד הנמחל עה"ת כמ"ש בחו"מ סי' ס"ה סעי' כ"ג והק' שם מהא דידן ויצא לחלק דשאני הא שמגרש אותה או אלמנה שמחלה לא כן כשמוחלת בעודה תחתיו אז לא מהני מחי' בע"פ כ"א כתיבה עיש"ב. וכפי מ"ש אין צורך לחילוק זה כי בסי' ס"ו איירי בדין אם צריך לכתוב כתובה אחרת או לא ושם לא מהני אלא דוקא כתובה לא כן בסי' ק"ה איירי בדין מחילה ובדין מחי' כשהשטר אינו יכול להחזירו מפני סיבה אזי בדברים שהדעת סומכת עליהם מהני וכמ"ש הרב העיטור ז"ל בדין המוכר שט"ח וחילוק זה אמינא ליה מדברי מרן ז"ל סי' צ"ג סעיף ח"י אלמנה שאין שטר כתובה יוצא מתחת ידה אין לה מזונות שמא מחלה כתובתה או מכרה וכו' דמשמע דדוקא כשאין כתובה יוצאה מתח"י חיישינן שמא מחלה לא כן בנשואה דהכתובה צריכה להיות בידה אזי מהנייא מחילתה אף בלי חזרת הכתובה כשאינם דברי שחוק והיתול כדין המוכר שט"ח:

ואל תשיבני ממ"ש מרן ז"ל סי' צ"ו ס"ב דא"ל מדין גילגול נגעו בה וכמ"ש הר' חלקת מחוקק ז"ל שם וככתוב במ"א. גם הטור ומרן ז"ל בסי' כ"ח ס"ח נראה דסברי דנייר הוי

כמשכון וז"ל מרן ז"ל אמר לה התקדשי לי בשט"ח ונתנו לה שמין הנייר אם יש בו ש"פ מקו' וא"ל הרי היא ס' מקו' וכ' הר' ב"ש ז"ל שם ס"ק כ"ב וז"ל התקדשי לי בשט"ח אע"ג דהלוה משלם שכר הסופר אם כן הנייר שלה הוא מ"מ לא גרע ממשכון. ועיין בס' נתיבות משפט סי' ס"ו ס"ק י"ב שכתב בתו"ד וז"ל מ"מ נראה כיון שהטור כתב גבי שט"ח דלא גרע ממשכון אלמא דחד דינא אית להו למשכון עם נייר השט"ח דכמו בנייר השט"ח יש לו קנין גמור לענין זה שיכול למוכרו לצור כמ"ש התוס' והר"ן ז"ל והרבה פוסקים בכמה מקומות אין מספר וכבר כתבתי לעיל וכו' עי"ש והביא שם משם התומים וז"ל ובתומים תי' דהנייר עדיף ממשכון ובסו"ד כתב ואם מכר להמשכון ופי' שמוכר גם לגוף החוב שיהיה של הלוה ואחר כך מחל המוכר להלוה שיעבוד הגוף תלוי בפלוגתא המבואר בסעי' כ"ד אם צריך להעביר הנייר דמאן דס"ל שם דצריך להחזיר הנייר משום דאין קנין לחצאין ה"נ צריך להחזיר המשכון ולמאן דס"ל שם דאין צריך להחזיר הנייר והמכירה קיימת לענין הנייר ה"נ אין צריך להחזיר המשכון דמשכון ונייר של הש"ח דין אחד להם וכמ"ש הטור באה"ע סי' כ"ח דנייר של השט"ח לא גרע ממשכון כן נ"ל ברור עכ"ל:

גם תמיהא לי מילתא טובא על הרב ט"ז ז"ל בח"מ סי' י"ב דהביא דברי הסמ"ע ז"ל וכתב וקשה הא כתב רמ"א בסימן רמ"א דאין חילוק בזה ומדוע עשה עצמו מעלומי עין בפי' הסמ"ע ז"ל שבסי' רמ"א דפירש כדברי מרן ז"ל החילוק הזה בעצמו וסו"ד הרב הע"ז ז"ל כתב וכדברי הרמ"א ז"ל שם הוא עיקר ע"כ. ולדידן לפי פירוש בדברי הסמ"ע ז"ל גם מרן ז"ל מודה בזה והו"ל תרווייהו עיקר ויסוד ברם אי קשה על הר' הסמ"ע ז"ל הא קשייא לפי פירושנו בדבריו שהקשה עט" הרמ"ז הרב הכנסת ז"ל סי' י"ב הגהת ב"י אות ו' דסברת היש אומרים שהביא מורם ז"ל היא סברת המרדכי ז"ל והמרדכי קרי בחיל דאפי' לא החזיר השטר או המשכון קני בלא קנין ע"ש מה שתירץ ואף אנן נמי תירצנו בעניותינו במ"א. ובעיקר פי' דברי הסמ"ע ז"ל בסי' רמ"א ס"ק ו' כן פירש הרב עט"ר הרמ"ז הכנה"ג ז"ל שם ובסי' רמ"א הגב"י אות ח"ה ובס' בני חיי בסי' י"ב הגהב"י אות א' וכן פירש הרב כרם שלמה חיו"ד סי"א די"ב ע"א וכן פירש הרב דרכי נועם בח"מ ס"ג נמצא לפי פירוש מרן ומורם ז"ל הכי ס"ל דצריך להחזיר את השטר ואם לא החזירו לא מהני מחי' דפסקו כר"י וכהנה רבים המפרשים כן ולעיל ביארתי דרבים הם הפוסקים כרבינו ישעיה ולקמן אבאר איך פסקו כרבינו ישעיה:

והגם כי הרב ברכ"י ז"ל חו"מ סי' י"ב אות י"ב דחה לפירושם זה בדברי הסמ"ע ז"ל ופי' דמ"ש וצריך הנותן להחזיר השטר וכו' הוא דחייב להחזירו ומ"ש כן הוא לפרש דברי

מורם ז"ל כי כן דרכו בסמ"ע ז"ל לפרש אבל דעת הסמ"ע לדינא אינו כן וכבר גילה דעתו הכא בדין זה יעו"ש עכת"ד. הנה הרואה בדברי עט"ר הרמ"ז בכנה"ג מהדורא בתרא בחו"מ סי' י"ב שהנה גם הוא הביא להאי פירושא ודחאו. וגם יש בפי' לשון המרדכי ז"ל דקשה לכאורה עפ"י פי' הרב הסמ"ע ז"ל ברם קושייתו השנית על דברי הסמ"ע ז"ל שכתב אחר שמחל לו חובו לא חש ליישבה. ולפי דעתי המעט הוא אפשר לומר דכך הוא פי' וצריך להחזיר וכו' וכ"ז שלא החזיר ל"מ מחילה אבל אם החזיר אפי' אחר שמחל לו חובו לא תימא שצריך מחי' מחדש יען שמחילה הראשונה קודם חזרת השטר לא הוייא מחילה א"צ הדבר בעת חזרת השטר לחזור ולמחול מחדש לכן קאמר דאחר שמחל חובו בתחי' שיכול לומר משטה הייתי אם רצונו לקיים את מחי' צריך להחזיר לו השטר ולא יצטרך שום מחי' אחרת מחדש כ"א בחזרת השטר גילה אדעתיה כי מחי' היתה מרצונו הטוב והגמור ורוצה בקיומה דאי לאו הכי לא היה מחזיר את השטר או יאמר והוא הנכון בעיני כמ"ש לעיל. ודעת קדושים אמצ"ח דמדברי הש"ך דכתב דמורם ז"ל לא כתב כן ר"ל דמורם ז"ל פסק להיפך. ונמצא דלפי"ז דהסמ"ע והש"ך ז"ל אזלי ומודו כדעת מרן ז"ל שצריך להחזיר השטר זולתי שהשיג עליו דמורם ז"ל כתב להיפך. גם הט"ז ז"ל שכ' וכדברי רמ"א ז"ל שם הוא עיקר. משמע דמרן ז"ל לא פסק כן דפסק כר"י ז"ל ולדידן שקבלנו עלינו הוראות מרן ז"ל ולפי האמור ס"ל למרן ז"ל כי צריך להחזיר השטר א"כ בנ"ד שעדיין שטר ההרשאה והפשר ביד התובע הא ודאי כי לא מהנייא מחילה. ומנא אמינא לה דמרן ז"ל פסק כר"י מהא דכתב מרן ז"ל בסי' ע"ג סעיף י"ט משם תשו' הרא"ש ז"ל וכן בסי' רמ"א ס"ב דמשם מוכח דפסק כר"י ז"ל וכמ"ש הרב דרכי נועם ז"ל סי' ג' מתשו' הרא"ש ז"ל שסובר כר"י ז"ל אף אנו נאמר כן בדעת מרן ז"ל שפסק להלכה ועיין בתשו' הרב מהר"ם גלאנטי ז"ל הובאה בס' דרכי נועם ז"ל בסי' כ"ז דרכ"ז ע"א ז"ל א"כ גבי מ"ש רבינו ישעיה ז"ל גבי פשרה דצריכה קנין כד תפיס שטרא משום דכגבוי דמי ניחא שהשטר נכתב בתוקפו ולגוביינא קאי וכד אתינן עליה מכח מחילה אפי' ב"ה יודה בהאי דכגבוי דמי כיון שהשטר בידו המחי' רפויה ומשטה ביה ולהכי צריכה קנין עכ"ל יעו"ש באורך ולפי"ד אלה נמצא רבינו ישעיה ז"ל אליבא דהלכתא ולכן פסק מרן ז"ל כוותיה:

והגם כי הרב ברכ"י שם דנ"ג ע"ד כתב כי דבריו קשים וכו' ע"ש מ"מ כתב בד' נ"ד ע"ד וז"ל וכ"ז לדעת מורם והסמ"ע והש"ך וסיעתם דסברי דרבינו ישעיה ז"ל שם אינו מחלק בין מחי' דעלמא למחי' ע"י פשרה וכמש"ל בד' נ"ג ע"ד ע"ש שכ' דלגבי התובע ומוחל כנ"ד אין הפרש בין מחילה דבעלמא למחילה ע"י פשרנים ובד' נ"ג ע"ג כ' וז"ל והר' בני

חיי ז"ל בסי' י"ב בחו"מ בהגהב"י כתב כיון דתפס שטרא בידיה משמע שהמחילה לא היתה מרצונו וכן משמע מסתמיות מרן ז"ל וכל האחרונים ז"ל שלא הביאו מחלוקת בדין זה עכ"ד. הנה למה שהקשה עליו הרב ברכ"י דנ"ד ע"ב דהרי המחלוקת מפורש אף שנודה לחילוקו כדי אמרה מהר"ם ז"ל במשכון דוקא משא"כ בתפיס שטרא וכו' ע"ש אחר המח"ר מכבוד רבנותו דכונת הרב בני חיי ז"ל במ"ש שלא הביאו אחרונים מחלוקת בדין זה הכונה הוא מדלא הביאו נראה דלא חששו לס' המרדכי משם ראב"ן ז"ל ופסקו דלא כוותייהו דהי"ל לחוש ולהביא ס' החולקים ומדלא הביאו ש"מ דלא חשו לה. אי נמי אפ"ל בכונת הר' בני חיי ז"ל דגם המרדכי ס"ל בס' ראב"ן ז"ל דלא פליג וגם הוא אזיל ומודה דאם תפס שטרא בידיה משמע דהאחי' לא היתה ברצונו ומ"ש בשם ראב"ן ז"ל שאם מחל חוב שהי"ל על חבירו בין בשטר בין בע"פ מדעתו בלא פשרנים קנה הואיל והחוב ביד הלוה זכה במה שבידו וכו' הכונה הוא בחזרת השטר דוקא דאם לאו הכי מאן לימא לן דהוה ברצונו ובדעתו ולא היה משטה בו כיון שהשטר עדיין בידו ומנא אמינא לה מדברי ראב"ן ז"ל עצמו שכתב בין בשטר בין בע"פ מדעתו בלא פשרנים קנה דהיכי ידעינן דהוי מדעתו אם לא בחזרת השטר. וכי תימא דהאי מדעתו קאי אבלא פשרנים הול"ל מעצמו בלא פשרני' לא דיבור מדעתו דש"מ דגילה דעתו דהיא מחי' גמו' ועי' בתשו' ראב"ן ז"ל סי' ק' דל"ב ע"ג שכ' להא דהביא המרדכי ז"ל משמו דבין במלוה בשטר בין במלוה ע"פ ונסתייע מהא דאמר שמואל המוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחלו מחול וכ"ש אם לא מכרו דנראה מדבריו דאפי' החזיר השטר הוי מחול וזה היפך מ"ש מ"מ בנ"ד אמינא ולא מסתפינא דגם הראב"ן ז"ל יודה שאם לא החזיר את השטר לא מהנייא מחילה דשם טעמא דמילתא הוא משום דאמ"ל עיינתי בחשבוני ולא פש לי גביה מידי והרי הוא כמחי' שהודה לו שאינו חייב לו כלום לא כן בנ"ד ליכא למימר הכי ומה גם כי ע"י כתביהם זה נכנס וזה יוצא באמור אליו צא מן המקום אשר אתה שם וחזור בך לשליחותך ועי"ז כתב להם כתב המחי' ואיכא למימר דמשטה בהו וכמ"ש ראב"ן עצמו במוחל ע"י פשרנים ודאי צריך קנין שלא יתבענו עוד דאי לא תימא הכי מצי למימר משטה הייתי בכם ומפני שהייתם מפצירים בי ומטריחים אותי ולא הייתי יכול להשמט מכם ומבקשתכם ואמרתי דברי בכדי לדחותם מעלי עכ"ד. וא"כ כ"ש וק"ו בנ"ד שמכריחים אותו לצאת ולהכניס עצמו בתוך קשרי המלחמה ולא אסיק אדעתיה שיש אדם שיקבל לצאת ולהכניס עצמו בסכנה ולהישמט מהם ומבקשתם כתב להם המחילה בכתב אשר לא תועיל ולא תציל כיון ששטר ההרשאה והפשר והכוללת עדיין הם בידו ובאופן כזה המחי' צריכה קנין:

גם לשון הירושלמי שהביאו הרב העיטור ז"ל הוא דידן ד"ה היא דאפי' למ"ד מחל היינו דוקא בש"ח שהחוב הוא ביד הלוה דלא מחוסר משיכה וכמ"ש הרי"ף בתשובה הביאו הר' הנז' בתחילת דבריו ואפי' המפרשים דברי בע"ה שכתב והא דהירושלמי ליתיה בגמ' דידן ולקולא ע"כ שמפרשים דבריו שפסק לקולא כמ"ד מחל הגם שלא החזיר את השטר הכא בנ"ד אזלי ומודו דדברי הכל היא וכ"ש כי אנכי הרואה לפי ענ"ד שכך פי' דברי בעה"ע במ"ש ולקולא שרצונו לפסוק כמ"ד לא מחל עד שיחזיר את השטר והוי קולא לנתבע וכן משמע מסיום דבריו שכתב ומוחלת כתובתה ר"ל דלא תקשי ממוחלת כתובתה דמשמע מינה היפך פסקי אלא גם שם איירי כגון שהחזיר הכתובה וכפי"ז הבעהע"ט דידן הוי ופסק דאף בש"ח צריך להחזיר השטר הגם שאינו מחוסר משיכה משום פי' זה לא הוי ספיקא דדינא אלא מפורש יוצא דפסק כמ"ד דצריך להחזיר השטר והרב פ"מ בפי' על הירושלמי קא מסייע לן שפי' שצריך להחזיר השטר חוב דמשמע דפלוגתא היא דוקא בש"ח דלא מחוסר משיכה לא כן בנדון אחר כולהו אזלי ומודו דצריך להחזיר את השטר שכתב בפי' מדעתו ורצונו בלא פשרנים. גם מה שכתב הואיל והחוב ביד הלוה זכה במה שבידו אין כונתו לומר דלא בעי חזרת השטר אלא כונתו לומר שאין צריך שטר מחי' דבחזרת השטר גילה דעתיה דהמחילה היתה ברצונו ולכן לא מצא מחלוקת מפורש שראב"ן ז"ל הוא היפך רבינו ישעיה ז"ל וס"ל דמרן ז"ל וכל האחרונים ז"ל שלא הביאו מחלוקת בדין זה הכי ס"ל בפי' דברי ראב"ן ובע"פ צריך לגלות דעת כדבריו שלא יהיה דברי שחוק והיתול ודברי תימא אבל בשטר הגם שדבריו אינם דברי שחוק וכו' תפיסת השטר שלא החזירו משמע שלא היתה מדעתו ורצונו והשוואת מלוה בשטר למלוה ע"פ הוא דוקא שצריך להיו' כדבריו דברים המוכיחים שהיא מחי' גמורה והיינו דקאמר מדעתו כנז' וקאי מלת מדעתו לפניו לא לאחריו אבלא פשרנים וכאילו אמר בלא פשרנים דהיינו אמחילה דעלמא אבל במחי' שע"י פשרנים אפילו שתהיה בדברים המועילים צריכה קנין. זה נלע"ד להליץ בעד הר' בני חיי ז"ל בכדי דלא תקשי עליו מדברי ראב"ן ז"ל שהביא המרדכי ז"ל מלבד שהרואה יראה בספרן של פוס' שפי' דברי ראב"ן ז"ל כנז' והכריחו לה מכמה אנפי ע"ש בדבריהם ותרוה צמאונך:

וכפי האמור אזדא לה תמיהת הרב ברכ"י ז"ל בד' נ"ד ע"ב על הרב משאת משה ז"ל דאשתמיטיתיה דברי ראב"ן ז"ל שהביא המרדכי ז"ל בסמוך שם דלא אישתמיט מיניה דאף הוא ראה וידע דתרוייהו שקולים הם ובין שטר ובין משכון אי תפיס להו לא מהנייא מחילה ע"כ. ושם סמוך ונראה הביא הרב דרכי נועם ז"ל בתשו' ח"מ סי' ג' שפירש דברי הרא"ש ז"ל דלא פליג ארבינו ישעיה ז"ל וז"ל בתוך דבריו וכן דקדק הר' הסמ"ע ז"ל סי'

רמ"א וצריך הנותן להחזיר השטר וכו' משמע שאם לא החזיר השטר לא נמחל החוב ע"כ ותמה עליו הר' ברכ"י ז"ל הנז' וז"ל ודבריו קשים בעיני חדא במה שהבין דרבינו ישעיה ז"ל קאי אמחי' בעלמא וכו' והדבר ברור שאין כן דעת רבינו ישעיה ז"ל והטור ז"ל אלא דקיימי אפשרה וכו' ותו כי הכי פירשם מרן ז"ל בב"י כמבואר בדבריו ע"ש דבריו באורך. ואני בער ולא אדע דמאי קא מקשה ליה הר' ישעיה ז"ל לפשרה קאי כמבואר בהדייא מלשונו ומדברי הטור ז"ל ומדברי מרן ב"י ז"ל דלמה לא יפרש למילתייהו כמ"ש הוא ז"ל לעיל מזה דדעת רבינו ישעיה ז"ל הכי אמרו פשרה צ"ק הוי הנותן או פורע אבל התובע ומוחל מוקמינן ליה בדינא דעלמא בלי פשרה דאז אף אי תפיס שטרא אף במחילה דעלמא בלי פשרה בעי קנין ע"ש ואז ליכא למקשי עליו מה שהקשה הר' נ"מ: ובר מן דין בנד"ד אף המרדכי ז"ל משם ראב"ן ז"ל יודה שהרי כתב אם מחל לחבירו חוב שיש לו עליו בין בשטר בין בע"פ מדעתו בלא פשרנים קנה הואיל והחוב ביד הלוה זכה במה שבידו דמשמע דלא אמרה למילתיה אלא בש"ח דמלוה להוצאה ניתנה ושטרא לראיה בעלמא לא כן בנד"ד דאינו חוב והשטר הוא שטרי אקנייתא וכמ"ש מרן ז"ל בסי' ע"ג ס' י"ט וז"ל משום דבאדם שחייב לחבירו מעות שייך לשון מחילה וכתב שם הסמ"ע ס"ק מ"ח משם הטור דהמחי' עולה במקום הפרעון לא כן בנ"ד ליכא למימר הכי. ואל תשיבני מאותו סי' עצמו שכתב מרן ז"ל אבל כשיש לו ביד חבירו חפץ לא שייך לשון מחי' אלא לשון מתנה. דמשמע מדבריו דדוקא חפץ אבל דבר אחר לא כבר כתב הסמ"ע ז"ל ס"ק מ"ט וז"ל לאו דוקא חפץ אלא ה"ה מעות כל שהן בידו בתורת פקדון ובעין ודוקא בהלואה דניתנה להוצאה שייך לשון מחי' וכן מבואר לקמן רס"י רמ"א עי"ש:

וחזי הוית להר' ברכ"י ז"ל חו"מ סי' י"ב דנ"א ע"א שכ' וז"ל וכה הראני חד מן קמייא דברי הרב המאירי ז"ל בשיטה מקובצת קמא דמ"ט אההיא דמשכונו של ישראל ביד הגר כנז"ל והוא נר"ו תמה על דבריו ועתה אין מקום אתי להתישב בדבריו ע"כ וחד מן קמייא הוא הרב קול אליאו ז"ל ח"ב סי' כ"ב ושם ראיתי את השאלה ואת אשר נגזר עליו והנה תחילת אמרי פיהו תשובה הנה ראיתי הדבר מפורש במרדכי ז"ל פר"ק דסנהדרין וז"ל נשאל לר"מ אם מחילה צריכה קנין היכא דיש למוחל משכון בידו והשיב נ"ל דבר פשוט דלא בעי קנין ונהי דב"ח קונה משכון להתחייב עליו כש"ש מ"מ אין גופו קנוי למלוה ומהני מחילה אע"ג דהמלוה מחזיק במשכון כדאמרינן בקידושין דאי לאו דע"ע גופו קנוי מהני כי אמר ליה באפי תרי זיל ע"כ:

וכתב עליו וז"ל הן אמת דראיה זו איני מכיר בעניותי ואדרבא משם ראיה דלא מהני מחילה דהא כיון דקי"ל דב"ח קונה משכון כל ימי ההלואה ואם לא יפרענו הרי הוא

שלו דמי ממש לע"ע דגופו קנוי ואע"ג דמשכון אינו קנוי ממש אלא לימי ההלואה חשיב כקנוי לו ואי בעי מסלק ליה בזוזי ע"ע נמי וכו' וכד דייקינן שפיר הורע כחו של משכון מע"ע וכו' עי"ש עכת"ד:

ולדידי חזי לי דלפי דברי המרדכי ז"ל שכתב ע"ע אין גופו קנוי למלוה וגם מסוף דבריו שכתב דמשכון כל היכא דאיתיה ברשותא דמאריה איתיה ולא קנאו אלא להתחייב עליו כש"ש. א"כ מה יזעק אליו דמשם ראיה דלא מהני מחילה דהא כיון דקימ"ל דמהר"מ הנז' מפורש יוצא מדבריו דאין גופו קנוי למלוה כלל אלא להתחייב עליו כש"ש דוקא ולפי סברתו זאת ראיה היא אמתני ותקיפא כחומת ברזל ואין צריך להביא לו סעד לתומכו משיטה לקידושין כי גם מיניה וביה תשובה מוצאת וכאמור:

גם מ"ש דמורם ז"ל בחו"מ סי' רמ"א פסקה לתשובת הר"מ הלזו וכתב עליו דה"ה נמי אם היא מלוה בשטר ולא החזיר לו את השטר ע"כ. הגם כי יש מפרשים בדברי הסמ"ע ז"ל שם ס"ק ו' מ"ש בדברי מורם ז"ל דקאי כשיטת מהר"ם אם לא החזיר השטר והמשכון לא מהנייא מחילתו כמ"ש הרב עט"ר הרמ"ז בכנה"ג מהדורא בתרא סי' י"ב. גם הרב דרכי נועם ז"ל חו"מ סי' ג' והר' בני חיי בסי' הנז' מ"מ יש מפרשים כוותיה וכמו שהביא דבריהם הר' ברכ"י ז"ל בסי' י"ב ע"ש ותרוה צמאונך א"כ מדוע לא זכר ש"ר לכת החולקים ולדחות דבריהם והר' הנז' ז"ל פושטה כאגרת בלי שום חולק כאילו היא הלכה פסוקה כדברי מורם ז"ל:

זאת ועוד אחרת במ"ש דמורם ז"ל כתב עלה דה"ה נמי וכו' ונעלם מעיני קודשו דהא דמלוה בשטר הביאה הרב באותו פרק עצמו המרדכי ז"ל ה"ח משם ראב"ן ז"ל א"כ אינם מדברי מורם ז"ל וכאשר תראה בציונים אדברי מורם ז"ל שכתב שם מרדכי ז"ל פר"ק דסנהדרין דמשמע דבין בשטר ובין במשכון הכל הוא במרדכי שם. כתב עוד וז"ל וראיתי להר' הש"ך ז"ל וכו' עי"ש מה שפירש בדברי העיטור ז"ל ולדידן הנה אנחנו בקד"ש לעיל הארכנו שיח וביארתי דברי הר' העיטור ז"ל דלא כוותיה דמ"ש לקולא הוא קולא לנתבע יעו"ש במקומו בארוכה ודברי הש"ך ז"ל בסי' רמ"ז סק"ד אדברי מורם ז"ל שכתב אפי' היה לו שטר וכו' וכן בעל העיטור ז"ל דבריו נראין כפירושן דאי לא החזיר השטר או המשכון לא מהני מחילתו דהנה הר' העיטור ז"ל קרי בחיל בדין משכון שצריך להחזיר המשכון בשעת המחילה א"כ גם בשטר סבר כן לפי דברי הרב הש"ך ז"ל ומוכרחים אנו לומר ולפרש דקולא לתובע כי היכי דליהוי השטר והמשכון כהדדי ודין אחד להם. ומ"ש הרב הנז' ז"ל על מ"ש בשיטה מקובצת קמא משם הר' המאירי ז"ל וז"ל ומכאן אתה למד שמי שהלוה לחבירו על המשכון ומחל לו הלואתו אע"ג שלא החזיר לו את המשכון

שמחילתו מחילה מיד ונפקע שיעבודו וראיתי לגדולי הדור שלפנינו שלא דנין כן ולא עוד אלא שהיו מפרשים כמ"ש הירושלמי דין דמחל שטרא לחבריה שזה שאמר שלא מחל הוא משום שמדמים אותה למשכון וכו' עי"ש וכתב הוא ז"ל וז"ל נראין הדברים דס"ל כאן בתחי' דדוקא בשטר כל שלא החזיר את השטר לא הוי מחילה אבל במשכון אעפ"י שלא החזיר המשכון הוי מחילה ע"כ:

ואחר המחילה לא הבינותי דבריו דמהיכן הוציא דבר זה מדברי הר' המאירי ז"ל שלא דיבר בו כלל וכלל ואין משמעותו כן כלל עד שהוצרך לומר עליו מה סברא יש בזה לא ידעתי מי אמר סברא זו עד שלא ידע מה סברא זו וכמו שארחיב הדברים לקמן. ומה שהביא לדחות הראיה של הר' המאירי ז"ל לגדולי הדורות מההיא דהירושלמי דהפורע שט"ח ש"ח וכו' עי"ש וז"ל לפי קצורי אין שום ראיה מזה הא למגמר דבעי חזרת המשכון דאיכא למימר דמ"ש הגע עצמך שהי"ל משכון הכונה דכיון שהי"ל ודאי דבשעת מתן דמים היה לוקח המשכון הפורע והרי הוא עתה בידו של פורע זהו מ"ש הגע עצמך שהי"ל משכון והנה הוא עתה יוצא מתחת ידו של הפורע מה היה דינו. מי נימא דכיון שהיה תפוס משל לוה הרי זה אין מוציאין מידו או דילמא לא שנא. ומשיב דאפ"ה מוציאין מידו בטענה שיאמר מפייס הוינא ליה ומחיל והיינו אפי' בלא חזרת המשכון ע"כ. ובאמת דאנא עבדא מחוינא קידה דלא חזינא תיובתא. דאי נימא כפי פירושו נמצא דהעיקר חסר והו"ל להירושלמי לומר הגע עצמך וכו' והרי הוא עתה בידו של פורע כיון דלפי פירושו עיקר קושייתו היא זאת ומדלא פירש ש"מ דעיקר קושייתו במ"ש הגע עצמך שיהיה לו משכון ולא מהני מחילה כיון שהמשכון בידו וע"ז השיב אפ"ה הייתי מפייסו כלומר עד שיחזיר לי את המשכון. גם אם הפירוש הוא כדבריו מה השיב הירושלמי מפייס הוינא ליה ומחיל הו"ל להשיב מהנייא מחי' אפי' לגבי משכון ומה גם דלפי פירושו נמצא דהקושיא נעשית תירוץ. דקושיית הגע עצמך שהי"ל משכון הוא אפי' דקאמר מפייס הוינא ליה ומחיל ומה נתחדש בתירוצו ואם להודיענו דאפי' בלא חזרת המשכון הי"ל לפרש לא כן לפירושן. הכונה היא מפייס הוינא ליה ומחיל מחילה המועלת במשכון דהיינו החזרה ובפרט שכן פירש הרא"ש ז"ל בתשובותיו כלל ט' סי' ג' ובתשו' הרשב"א ז"ל ח"ג סי' תכ"ו הביאם הרב הנז' שפירש מפייס הוינא ליה והוה מהדר לי משכוני נמצא דמ"ש הירושלמי ומחיל הוא מחי' המועלת במשכון והיינו . כדפרישית:

וגם אי יהיבנא ליה כל דיליה לפי פירושו דהמשכון ביד הפורע וקאמר עלה דמפייס הוינא ליה ומחיל בלא חזרת המשכון מ"מ היינו דוקא כשאין המשכון תחת יד המלוה וכמ"ש הרב העיטור ז"ל דלא תקשי ממוכר שט"ח לחבירו וחזר ומחל לו מחול דהא

איכא לפרושי דהא ליתיה שטרא בידיה דליהדר ליה. ואפי' מ"ד מהירושלמי דמחל שטרא לחבריה אינו מחול עד שיחזיר לו את השטר הכא מודה דליתיה שטרא בידיה שיחזירנו לו ע"כ:

אף אנן נימא הכי גבי משכון דכיון דאין המשכון ביד המלוה מהני מחילתו אף בלא חזרת המשכון לא כן אי איתיה בידיה לא מהני מחילה עד שיחזיר לו את המשכון דשטר ומשכון כחדא שריין. וא"כ אף לפי פירושו בדברי הירושלמי מפורש יוצא דצריך להחזיר לו את המשכון בשעת מחילה והראיה שהביא הרב קול אליהו ז"ל מדברי הטור ז"ל בסי' קכ"ח אזדא לה דשנייא היא. וכן מצאתי ראיתי להרב שורשי הים ח"ג דט"ז ע"ג שדחה בזה דברי הרב מחנה אפרים ז"ל שהביא מדברי הר' בעל התרומות עי"ש. ומלבד כל האמור תמהני איך פה קדוש יאמר דבר זה להוכיח מהירושלמי דאפי' בלא חזרת המשכון מהנייא מחילה ונסתייע מדברי הטור עי"ש בדבריו:

ולפי קוצר דעתי ומיעוט שכלי דברי הירושלמי אינם סובלים פירוש כזה שכונתו לומר הגע עצמך שיש בידו משכון וכו' ומפייס הוינא ליה וכו' הוא כן שבעל המשכון אומר לפורע שאם לא היית פורע הייתי מפייס ליה ומחיל בחזרת המשכון לא עתה שאתה גרמת לי נזק בפרעונך לכן איני חייב לך לפרוע ודבר זה פשוט וברור בדברי הירושלמי ואין מי שיכחיש בזה וכל אלו הפירושים לפי נוסח הירושלמי שהביאו הרב שיטה מקובצת פרק הפרה דמ"ט ברם הרואה יראה בגוף הירושלמי פי"ג מכתובות ובפרק אין בין המודר דשם נאמר בפירוש מפייס הוינא ליה והוא יהיב לי משכוני ולא על הר' שיטה מקובצת תלונתינו כי קצר במובן ולא נפקא מינה מידי לפי דבריו:

ואולם לדברי הרב קול"א ז"ל הנז' דבעי מפשט לה דאפי' בלא חזרת המשכון הוייא מחילה מדוע לא שלטה עין קודשו בדברי הירושלמי עצמו ובו תחזה אשר מפורש יוצא ותכל תלונותיו מעל הרב המאירי ז"ל ואין לך ראיה מפורשת יותר מזו וכי תאמר בלבך מי גילה לך רז זה דנוסחא זו היא האמיתית ולא נוסחת הר' שיטה מקובצת ז"ל דכמה גירסאות משובשות בדברי הירוש' אף אתה אמור לו הנה עמך התוס' במס' קמא דנ"ח ד"ה א"נ אפי' במשכון מפייס הוינא ליה ויהיב לי משכוני עי"ש. וכ"כ התוס' בכתובות דק"ח ע"א ד"ה הא מני וכן כתבו התוס' במס' מציעא דל"א ע"ב ד"ה אם יש וכן הביאו הרדב"ז ז"ל בישנות סי' ד"ן דפ"ז ע"ב ובחדשות ח"ג סי' תקט"ו דז"ן ע"א וסי' תקס"ז דק"ג ע"ב וכן הביאו הרב מהרימ"ט ז"ל ח"א סי' קכ"ד וכן הביאו הרב מחנה אפרים סי' י"ד דק"א ע"ב והא דאישתמיטתיה להר' קול אליהו ז"ל כל האמור ובודאי הגמור שאחר כל אילין אריותא ודברי הירושלמי עצמו גם הרב קול אליהו ז"ל הנז' אזיל ומודה שראיית

הרב המאירי ז"ל שהביא היא לסברת גדולי הדורות. ומה שהקשה וז"ל ואני תמה דלפי שיטתו של הר' המאירי ז"ל שהיה סבור בתחי' וכו' כבר מילתי אמורה דאין שום הוכחה לזה ומנא ליה הא ותמיהני מהרב ז"ל איך לא זכר ש'ר את דברי הרא"ה ז"ל המובאים שם דמפורש יוצא דמחילת חוב שיש עליו משכון לא מהני בלי חזרת המשכון ומדוע לא הקשה עליו מדברי הירושלמי דהפורע שט"ח ש"ת וכו' ומוכרחים אנו לומר דמפרש לה כפירושנו. א"נ כפי' הרב ז"ל בין הכי ובין הכי הדין יוצא מבין שניהם דלא מהני מחי' בלי חזרת המשכון וכדאמרן:

אתאן לדידן לפי דברי גדולי הדורות שהביא הרב המאירי ז"ל והנה אם הוא ביקש להם עזר לתמוך סברתם ומדברי כולם דינא יתיב והלכתא כמ"ד בהירושלמי דלא מחל עד שיחזיר את השטר וזה שאמר שלא מחל מפני שמדמים אותה למשכון שאינו נמחל עד שיחזירנו. וגם הרא"ה ז"ל שדיבר במשכון ה"ה נמי בשטר וכמ"ש הטור אה"ע סי' כ"ח דנייר הש"ח לא גרע ממשכון הביא דבריו הרב נתיבות משפט סי' ס"ו ס"ק י"ב כתב וז"ל ומ"מ נראה כיון שהטור ז"ל כתב גבי שט"ח דלא גרע ממשכון אלמא דחד דינא אית להו למשכון עם נייר השט"ח דכמו בנייר השט"ח יש לו קנין גמור לענין זה שיכול למוכרו לצור כמ"ש התוס' והר"ן ז"ל והרבה פוס' בכמה מקומות אין מספר וכבר כתבתי לעיל וכו' עי"ש והביא שם משם התומים ז"ל וז"ל ובתומים תירץ דנייר עדיף ממשכו' ובס"ד כתב ואם מכר המשכון ופי' שמוכר גם לגוף החוב שיהיה של הלוה ואח"כ מכר המוכר ללוה שיעבוד הגוף תלוי בפלוגתא המבואר בסעי' כ"ג אם צריך להחזיר הנייר דמאן דס"ל שם דצריך להחזיר הנייר משום דאין קנין לחצאים הכא נמי צריך להחזיר המשכון ולמאן דס"ל שם דאין צריך להחזיר הנייר והמכירה קיימת לענין הנייר. ה"נ אין צריך להחזיר המשכון דמשכון ונייר השט"ח דין אחד להם וכמ"ש הטור באה"ע סי' כ"ח דנייר השט"ח לא גרע ממשכון כן נראה לי ברור עכ"ל. וגם הבית שמואל ז"ל באה"ע סי' כ"ח ס"ק כ"ב כתב הטעם דלא גרע ממשכון וכן בסי' ס"ד ס"ק ו' בסופו וז"ל דכיון שהשטר בעולם דינו של השטר ושל המשכון שוה עי"ש:

ומוכרחים אנו לפרש לדעת גדולי הדורות שהביא הרב המאירי ז"ל הנז' דטעמא דמילתא דמשכונו של ישר' ביד הגר וכו' דמוציאין מידו הוא דכיון דמת הגר פקע שיעבודיה מיניה. וכתבו התוס' דאפילו משכנו שלא בשעת הלואתו ואפי' למ"ד ב"ח קונה משכון דכ"ע אין לו אלא שעבוד עליו. וכ"כ הר' מוהרימ"ט ז"ל ח"ב סי' פ"ד דצ"ו ע"ד והביא שם משם הרא"ש ז"ל מכאן פסק רבינו מאיר ז"ל נכרי שהלוה לישראל על המשכון ונפל המשכון מיד הנכרי ומצאו ישראל חייב להחזירו לבעליו לפי שגוף המשכון שלו ולא

היה לנכרי עליו אלא שיעבוד כיון דנפל מיניה פקע השיעבוד ע"כ ואעפ"י שמהר"ם ז"ל וכו' עי"ש. ולא דמי לגר דגר תיכף למיתתו נפקע השיעבוד ונכסיו הפקר וחוזר לבעליו וגם בנכרי תיכף לנטילת המשכון פקע שיעבודיה וחוזר לבעליו מה שאין כן במחילה דלא הוייא מחילה כל זמן שהמשכון בידו שיכול לומר משטה הייתי בך והא לך ראיה שלא החזרתי המשכון:

והרב מחנה אפרים בהלכות זכיה מהפקר סי' י"ט ד"ל ע"ג הקשה לסברת הרי"ף ז"ל ודעימיה דס"ל דב"ח קונה משכון וכו' מה יענו להה"א דהמחזיק במשכון של ישר' שהיה ביד הגר המציין מידו ואי קנאו הגר למשכון קנין גמור אמאי מוציאין מידו של זה וכו' ומתוך פי' רש"י ז"ל בפרק כל שעה למדתי ישוב לזה שכתב ב"ח קונה משכון כל ימי הלואה קנוי לו וכו' עכ"ל ולפי"ז אתי שפיר דמוציאין מיד המוחזק דנהי דגר קני ליה משכון מ"מ כיון דמת הגר ופקע ההלואה פקע נמי קנין המשכון שאינו קנוי לו אלא בזמן דאיכא הלואה אזדא לה מלוה אזדא לה משכון:

ומה שדקדק הרב הנז' ז"ל מלשון רש"י ז"ל הנז' לתרץ מה דקשה מתו' אהדדי דאם במקי' פקע שיעבודיה ואין צריך להחזיר המשכון עיין להרב קול אליהו ז"ל שכתב עליו ז"ל ובכן מ"ש התוס' ושאר פוסקים גבי המקדש בהנאת מחילת מלוה שיש עליה משכון וכו' ליכא לדייק דס"ל דאף בלי חזרת המשכון הוייא מחי' דאיכא למימר וכו' אבל בעלמא אין לנו וכמו שכן כתב הר' בית שמואל ז"ל סי' כ"ח וכו' ע"כ ועיין מה שהקשה לו הר' שורשי הים ז"ל ח"ג די"ו ע"ג:

עוד כתב הר' קול"א ז"ל הריני חוזר על דברי הרב העיטור ז"ל שכתב במוחלת כתובתה כגון שהחזירה כתובתה ע"כ ומאן יהיב לן מעפריה וכו' ומהורמנותיה דמרנא הר' בעל העיטור ז"ל נראה לענ"ד להוכיח ממוחלת כתובתה דלא בעי חזרת השטר ממ"ש הרמב"ם ז"ל הלכות אישות פרק י"ז הלכה י"ט ופסקו מר"ן ז"ל בסי' ק"ה וז"ל המוחלת כתובתה לבעלה אין צריך לא קנין ולא עדים והוא שיהיו דברים שהדעת סומכת עליהם ולא יהיו דברי שחוק והיתול ואי צריך חזרת הכתובה מהיכא תיתי שיהיו דברי שחוק והיתול והרי החזירה השטר ואין לך מחילה גדולה מזו אלא ודאי דבדברים בלבד הוייא מחילה לפיכך הצריך שלא יהיו דברי שחוק והיתול עכ"ד:

ובהורמנותיה דמר הר' קול"א ז"ל אנכי העבד לא זכיתי להבין מאי קא מקשה להרב העיטור ז"ל דאטו גברא אגברא קא רמית וכי הרמב"ם ז"ל ומרן ז"ל הם תנאי או אמוראי דקא מקשיה מינייהו להר' העיטור ז"ל. ומלבד כ"ז לפי קוצר דעתי לא קשה שיכולים אנו לומר דגם הרמב"ם ומרן ז"ל אזלי ומודו דבעי להחזיר השטר וכמו שנבאר לקמן.

ובמ"ש מוחלת כתובתה וכו' אין צריך לא קנין ולא עדים משמע דוקא קנין או עדים הוא דלא בעי הא חזרת השטר בעי דחזרת השטר הוא גילוי על דבריו אשר דיבר שאינם דברי שחוק והיתול וכמ"ש הרב חלקת מחוקת סי' ס"ו ס"ק י"ג דבמוחלת כתובתה לבעלה אם לא כתבה לו התקבלתי יכולה היא לומר משחקת הייתי בך ודברי הבאי אמרתי ע"כ:

אף אנו נאמר כן אם לא החזירה הכתובה. והר' ב"ח ז"ל סי' ס"ו בפסקא המתחלת ומ"ש או שמחלה לו עליה ז"ל וי"ל דרבינו לא הביא וכו' ואעפ"י שאין שם לא קנין ולא עדים מיהו כתיבה ודאי בעינן כדעת רבינו וכו' והוייא מחי' בכתיבה זו בלא קנין ובלא עדים עכ"ל. דמשמע מדבריו דס"ל בדעת הרמב"ם ז"ל דדוקא משום דאיכא כתיבה הוא דמהני מחילתה אבל בדברים באמירה בעלמא לא מהנייא מחילה והא ודאי כי גם חזרת הכתובה הוייא ככתיבה:

ומ"ש המוחלת כתובתה לבעלה אין צריך לא קנין ולא עדים וכו' תיבת לבעלה הוא אשגרת לישן דדייק זה שכתבו הרמב"ם ומרן ז"ל הוא דכל מין מוחלת כתובה בין לבעלה ובין לאחרים. ואפי' אי יהיבנא ליה כל דיליה לא קשיא מידי להר' העיטור ז"ל דכונתו מבוארת דמהא דמוחלת כתובתה ליכא לאוכוחי מינה למ"ד בירושלמי דמחל שטרא לחבריה מחול ואפי' בלי חזרת השטר דאיכא לאוקומי כגון שהחזירה כתובתה ואתייא לדברי הכל. א"כ מה תצעק אליו שהר' העיטור ז"ל לא קאמר דדינא הכי אלא דאיכא לאוקומי כר"ה ולא לענין דינא קאמר. וגם לפי פירושו שפירש בדברי הר' העיטור ז"ל שכן כתב ותירץ דאיכא לאוקומי כגון שהחזירה הכתובה וכו' באופן דס"ל דאין ראיה מהבבלי. א"כ גם לפי דבריו הוא כתב דאיכא לאוקומי לא שהיה אוקמתא גמורה עד דתקשי מינה. ברם אי קשיא על מרנא הר' בעל העיטור ז"ל הא קשיא. ובמטותיה דמר לישרי לן כי מה אני לבוא בסוד קדושים להאי גברא רבא דכוותיה דכל רז לא אניס ליה ובקי בחדרי תורה איך לא זכר ש'ר להסתייע מלשון הירושלמי שכתב הגע עצמך שיש בידו משכון מפייס הוינא ליה ויהיב לי משכוני:

עוד כתב הר' קול אליאו ז"ל וז"ל וכן ראיתי להרב בית שמואל ז"ל דקדק כן מלשון זה והביא משם הר' חלקת מחוקק ז"ל שכתב כן ע"כ וז"ל הר' חלקת מחוקק ז"ל באה"ע סי' ק"ה ס"ק י"ד לא קנין ולא עדים משמע אף שלא החזירה לו הכתובה מהני מחילה וכן משמע לעיל סי' צ"ו דאף שהכתובה בידה מהני מחילה דהא צריכה לישבע שלא מחלה הכתובה שמע מינה דמהני מחילה אף דנקיטא הכתובה ובמרדכי פ"ק דסנהדרין מביא ראיה וכו' מהא דאמרינן המוכר ש"ח לחבירו וכו' אעפ"י שמסר הש"ח לקונה וכו' ודלא כמ"ש הסמ"ע ז"ל סימן י"ב וכו' והמרדכי חולק על דברי הרמב"ם ז"ל לפי דבריו ולפי

מ"ש מוכח דגם הרמב"ם ז"ל הכי ס"ל ע"כ. הנה מה שהביא ראיה מסי' צ"ו לפי ענ"ד אין משם ראיה וכמ"ש הר' בית שמואל ז"ל שם ס"ק י"א וז"ל בזה מיושב נמי הא דמשמע מהרמב"ם ז"ל אפי' כשהכתובה בידה צריכה לישבע שלא מחלה ולמ"ש שפיר דחיישינן שמא מחלה על תנאי לכן הכתובה בידה ועיין ב"ח ז"ל ע"כ. גם הב"ח סי' ס"ו פירש דברי הרמב"ם ז"ל המוחלת כתובתה אינה צריכה לא קנין ולא עדים מיהו כתיבה ודאי בעי וכמ"ש דבריו לעיל. ומה גם כי הר' חלקת מחוקק עצמו שם באה"ע סי' צ"ו ס"ק י"א כתב ז"ל אע"ג דהכתובה עדיין בידה ואם איתא דמכרה או מחלה הו"ל ליתן הכתובה לידו ומ"מ מדין גילגול נגעו בה דאולי כתבה לו שובר וכו' עי"ש דמשמע מהכא כל בתר איפכא דאם לא החזירה הכתובה מחילתה לא הוייא מחילה ומפני מה הצריכוה שבועה מדין גילגול וכו' דאולי כתבה לו שובר וכו' א"כ נמצאו דברי הר' חלקת מחוקק סתרי אהדדי דבסי' ק"ה הביא ממנה ראיה וכאן כתב להיפך:

ומדברי הטור ז"ל סי' צ"ו מפורש יוצא בדברי הרמב"ם ז"ל שאם לא החזירה הכתובה לא מהני מחילה וז"ל הטור ז"ל והרמב"ם ז"ל כתב שצריכה לישבע ג"כ שלא מחלה לו כתובתה וכו' ונראה שאם כתובתה בידה אינה צריכה לישבע ע"ז שאילו מחלה לו או מכרה היתה מחזרת לו הכתובה והגם שהר' ב"י ז"ל כתב וז"ל ומ"ש רבינו ונראה וכו' אינו מוכרח שכבר אפשר שנתנה לו שטר מכר או מחילה ולפיכך לא חשש ליקח מידה שטר הכתובה. הנה בין למר ובין למר כולהו אזלי ומודו דמחי' בדברים לא מהני בלי חזרת השטר זולתי כשהשטר כתובה בידה חיישינן שמא כתבה לו שטר ולכן לא חשש ליקח הכתובה מידה. גם מה שהביא הר' חלקת מחוקק ז"ל הנז' מדברי המרדכי ז"ל דמחיל ותפיס שטרא מהני מהא דאמרינן המוכר ש"ח לחבירו וכו' אם כזה לא ברירא לן מילתא דלפי דברי הר' בעל העיטור ז"ל שכתב דשאני התם דליכא שטרא בידיה דליהדריה אם כן אין משם שום ראיה:

ולי נראה דלזה כיוין הר' ב"ש ז"ל שכתב וז"ל מיהו מה שהביא ראיה מסי' צ"ו ומפ"ק דסנהדרין במרדכי ז"ל יש לדחות ע"כ. כנראה שכיוין למה שכתבנו. ברם הראיה שהביא מההיא דמוחלת כתובתה דאין צריך לא קנין ולא עדים אזיל ומודה בה והביא אותה לראיה וכפי האמור ומדובר גם מזה אין שום ראיה וכאמור. ומה שדקדק עוד הר' קול"א ז"ל שם דע"ט ע"א להוכיח מדברי הרא"ש ז"ל כלל ס"ג סעי' ג' שנשאל על קרקע של יתומים וכו' והשיב מזימה עשו וכו' כי ב"ד כדין מכרוהו כי לא ידעו באותה מחילה טמירתא וכו' יעו"ש וכתב הרב הנז' ז"ל דפשיטא דכששלחה את המורשה שלה לגבות כתובתה הוציא המורשה הכתובה בידו או דכשתבעה כתובתה עד שבאו ב"ד להכריז

את הקרקע בה שעתא הוציאה כתובתה בידה והניחה ביד ב"ד דהא קימ"ל דאם אין כתובה בידה אינה גובה שמא מחלה. וא"כ למה ליה להרא"ש ז"ל למימר כי לא ידעו ב"ד בההיא מחילה טמירתא. ת"ל דאעיקרא אין כאן מחילה מאחר שלא החזירה הכתובה ליתומים אלא ודאי דס"ל דאע"ג שלא החזירה הכתובה יש כאן מחילה אלא משום דב"ד וכו' עי"ש:

ואנכי לא ידעתי דמאין פשיטא ליה דהמורשה הוציא הכתובה בידו דאפי' שאין בידו שטר הכתובה יכול לגבות אם היורשים מודים או אם היא תשבע שלא מחלה ואפי' שאין שטר הכתובה יוצא מתחת ידו. גם במ"ש או דכשתבעה כתובתה וכו' והניחה ביד ב"ד לא אוכל לדעת למה צריך להניחה ביד ב"ד דבראיה בעלמא סגי להו ולקחה אותה בידה ובשעת מחילה החזירתה ומה ששלחה ע"י המורשה לגבות הוא בחושבה שיכולה לגבות כתובה ביד ב"ד. וכי הרא"ש ז"ל כתב שהגבו ב"ד להמורשה עד שתקשה ליה. ועלית על כולנה דמאן לימא לן ז"ל דהרא"ש מדבר במקום שכותבים כתובה עד דתוכח מינה, נימא דהרא"ש ז"ל מיירי במקום שאין כותבים כתובה וליכא שום הוכחה מינה. עוד קשה לי על הרב קול"א ז"ל במ"ש שוב מצאתי הדבר מפורש יותר בהריב"ש ז"ל סי' ת"ד וכו' עי"ש וכתב הר' קול"א ז"ל עין רואה דס"ל להדיא דאף אם לא החזיר השט"ח יש כאן מחילה שהרי כתב שאם החוב קדם אל המחילה נכלל החוב בכלל המחילה אעפ"י שהשט"ח יוצא מת"י של המלוה וזה מבואר עכ"ל:

ונוראות נפלאתי על הרב הנז' ז"ל דפשיט לה מפשט מדברי הריב"ש ז"ל דאינו צריך להחזיר השטר חוב ואחד הרואה בדברי הריב"ש ז"ל עיניו יחזו עפעפיו יבחנו דשנייא נדון דידיה דאיכא שטר מחילה בקנין ובזה אפי' שעדיין השטר בידו מהנייא מחי' והא לך לשונו מבואר ממ"ש שאם קנין השט"ח קדם לקנין המחילה שנכלל החוב במחילה ואם קנין המחילה קדם לקנין החוב לא נכלל במחילה וגובה המלוה ש"ח. הנה מפורש יוצא שאם קדם קנין הש"ח לקנין המחילה אזי הוא דהוי מחול משום דאתי קנין המחילה ומבטל הש"ח לא כן מחילה בדברים ושטרא בידיה מאן לימא לן דהריב"ש ז"ל סבר שאין צריך להחזיר השטר. עוד כתב הר' קול"א ז"ל וז"ל וכן מתבאר מדברי הר"ש ן' הרשב"ץ ז"ל בתשו' סי' ע"ח ואמינא ולא מסתפינא אחר המחילה מכבוד רבנותו דאי משם אין שום ראיה והמעיין בדבריו יראה דגם שם בשלה ואח"כ יצא שטר מחי' על הכתובה ובזה פסק דמהני מחילה אפי' דהשטר כתובה בידה היינו משום שטר המחילה לא היכא דליכא שטר מחילה וכאמור. עוד כתב הר' קול"א ז"ל הנז' וממוצא דבר יראה

הרואה דדינא הכי הוא דמחי' לא בעי חזרת השטר ולא משום ספק כמו שהבין הרב ש"ך ז"ל ע"כ:

ואחרי נע"ר לדידי חזי לי כל בתר איפכא וכאמור. ובדב"ק כתוב ושוב ראיתי להר' אבא מארי ז"ל שהכריח גם הוא דאין צריך חזרת השער כבר עמדנו גם על דבריו לעיל ומשם בארה. עוד כתוב וז"ל וכן נר' שהסכים הר' עט"ר הרמ"ז הכנה"ג חו"מ במ"ב סי' י"ב בקשתיו ולא מצאתיו. (א"ה ע' בכנה"ג מ"ב סימן י"ב הגהב"י אות ו' ד"ג סע"א שכ' כן.) עוד כתב הר' קול"א ז"ל וז"ל וכן נראה מדברי הרשב"ץ ז"ל ח"ב סי' רע"ח ע"כ ולכשתדוק שפיר אין משם ראיה דטעמא מאי אמרינן דבעי חזרת השטר היינו משום דיכול לומר משטה הייתי בך והראיה שלא החזרתי לך השטר לא כן בנדון הרשב"ץ ז"ל דהמחילה נעשית בערכאות לא יכול למימר משטה הייתי בך דדבר העשוי בערכאות אין מועיל בו טענת השטאה. דאין אדם עשוי להשטות בערכאות ולכן מהנייא מחילתו אע"ג דאיכא שטרא בידיה לא כן בנדון הר' קול"א ז"ל דהמחילה היא בדברים בעלמא כ"ז שלא החזיר השטר יכול לומר משטה הייתי:

ומה שהביא וז"ל וכן יש ללמוד מדברי הרב משפטי שמואל סי' ס"ו דנ"א ע"ב כל לגבי דידי דמשמע איפכא שכתב בדנ"א וא"כ בנ"ד אע"ג דאלו מחזיקים בממונם אחרי דשטרו בידו דלגוביינא קאי פשיטא דלא נגרע כחו בטענה קלושה כזו וכו' עי"ש. והגם דיש לחלק בנדונית מ"מ נקטינן מיהא דהיכא דשטרו בידו דלגוביינא קאי נקרא גם הוא מוחזק וצריך טענה אלימתא לאפוקי מחזקתיה וכן משמע ג"כ לנ"ד דלא מפקינן מינה שטרא בטענת מחילה זו שקלושה היא שכ"ז שלא החזיר השטר יכול לטעון משטה הייתי בך ואפי' נגד המוחזקים מהני שטר לענין אי תפיס אח"כ וכמ"ש הר' נחלת שבעה בסי' י"ט אות א' וז"ל ואפשר שבמקום שיש שטר ביד המוחל אז צריך קנין דאם לא הקנה בקנין אינו צריך להחזיר לו השטר ואין המחילה כלום וכן פסק בסמ"ע חו"מ סי' י"ב אף שהוא סותר למ"ש בסי' רמ"א מ"מ נראה עיקר כמ"ש בסי' י"ב דבתפס שטרא כ"ז שאינו מחזיר לו מיד לא מהני ביה מחילה גמורה בלא קנין אבל צ"ע דרמ"א ז"ל כתב בפי' בסי' רמ"א דאפי' היה לו שטר או משכון דהוי מחילה בדברים בעלמא וכן גילה דעתו רמ"א ז"ל בסי' י"ב ועל הסמ"ע ז"ל קשה דפסק בסי' י"ב דלא כהרמ"ה ז"ל ובסי' רמ"א לא גילה דעתו כלל. ועוד יש לדקדק בלשון רמ"א ז"ל שכתב מ"מ דמחילה אינה צריכה קנין וכו' אפ"ה מחילתו מחילה משמע דלפעמים מצינו דמחילה צריכה קנין והיינו בתפוס שטרא או משכון והכי הול"ל הואיל ומחי' אינה צריכה קנין לפיכך אפילו הקנה לפני עדים פסולים וכו' וצ"ע. ונראה לענ"ד הואיל והוא ספיקא דפלוגתא וקנה בקנין היכא דתפיס

שטרא או משכון כדי שלא יכנס בספק ואף שמספק אין מוציאין ממון מיד המוחזק מ"מ גם השטר לא מגבינן ביה ולא קרעינן ליה ונ"מ אי תפס לא מפקינן מיניה ע"כ:

והנה הר' דבר משה ז"ל הסכים לסברת הר' נחלת שבעה ז"ל בח"ב חו"מ בסוף סי' ה' ע"ש גם הרב שורשי הים ז"ל ח"ג דט"ז ע"ד ז"ל ולענין הלכה למעשה וכו' וסברת מהר"מ ז"ל שהביא המרדכי ז"ל וכו' הביאה הרב המפה ז"ל וכו' דס"ל דמהני מחי' בלי חזרת המשכון סברא יחידאה היא ואין ספק שאילו הרב המפה ז"ל היה רואה כל הני רבוותא לא היה סומך על סברת מהר"מ ז"ל בזה אמנם חוב שיש עליו שטר מהני מחילתו שלא להוציא מיד הלוה מאחר דאיכא פלוגתא בירושלמי וכמ"ש הר' הש"ך ז"ל בסי' רמ"א ואי תפס מלוה משל לוה אין מוציאין מידו ע"כ. גם שם בדף הנז' כתב הר' משפטי שמואל ז"ל וז"ל דהא הטעם דמחילה חשיבא היינו דהוי כמי שנתן לו מתנה אמנם דבר ברור הוא דבעינן ל' שבמתנה שכמו שבמתנה צריך ל' גמור ומהני ואעפ"י שבדעת הנותן לתת בלשון הגרוע מ"מ לא אזלינן בתריה אלא בלשון המועיל והטוב כן במחילה בעינן לשון טוב ולשון מוחלט שגומר בו המחילה ע"כ. ומחילה דנ"ד לא הוי לשון מוחלט כיון שיכול לטעון משטה הייתי ואפי' אי יהיבנא ליה כל דיליה מ"מ אין משם ראיה שכן כתב הר' מ"ש ז"ל ולאפס פנאי הנני בא בקצרה ואיני מחליט דעתי בענין המחילה ויסמכו על דברי. הרי דהרב עצמו פסיק ותני שאין ללמוד ממנו דבר בענין המחילה:

ומה שהביא ראיה מדברי הרשב"א ז"ל בתשו' ח"ג סי' ט' וסי' יו"ד המעיין שם בדבריו יראה דאין משם ראיה יען דנדון הרשב"א ז"ל מיירי דאיכא בידיה דנמחל שטר מחילה וכמ"ש הר' קול"א ז"ל עצמו בדף ע"ט ע"ד וז"ל אע"ג דהשע"ח יוצא מת"י הרי יש כאן מחילה גמורה ותלינן לומר שלא הוצרך ליקח מידו השט"ח מאחר דאית ליה בידיה שטר מחילה דגורע ליה להוא שטרא ע"כ. אם כן יוצא לנו מזה דהיכא דיש לו שטר מחיצה בידו הוא דאין צריך להחזיר השטר לא כן בנדון הרב ז"ל הנז' שהוא באמירה בעלמא מאן לימא לן דסברי כל הני רבוותא דמחי' מהני בלי חזרת השטר. ומה שהביא מהרשב"א ז"ל בתשו' סי' פ"ו ח"ב כעת אין הספר איתי לדעת שורשן של דברים. עוד כתב וז"ל ואין ספק אצלי דלענין מחילה בלי חזרת השטר ראוי לדון דהוי מחילה כמו שהעליתי בכמה ראיות ע"כ. לישרי לן מר דכבר העליתי דאין משם שום ראיה. ומ"ש וז"ל ולפחות כיון שלא נמצא זה בתלמוד מעדותו של הר' בעל העיטור ז"ל ראוי לדון לקולא ואין מוציאין ממון מספק ע"כ. הנה לעיל הארכנו שיח בזה ופירשנו לדברי העיטור ז"ל ומשם בארה. ומ"ש אך מחילה במלוה שיש עליה משכון גם הרב הנז' אזיל ומודה דלא מהני מחילה

בלא חזרת המשכון עי"ש בדבריו ואייתי בידיה להא דהרב מחנה אפרים ז"ל שדיקדק מדברי הר' בעל התרומות ז"ל שהביא הטור ז"ל בסי' ס"ז וכו' עי"ש:
ומני"ר תבר לגזיזיה כאשר יראה הרואה תוכן דבריו והלכה זו העלה דלא מהנייא מחילה בלא חזרת משכון וז"ל באופן דסברת מהר"מ ז"ל שהביא המרדכי ז"ל דמחילה מהנייא בלי חזרת המשכון וסברת השיטה מקובצת שהזכרתי לעיל היא דחויה לענ"ד נגד כל הני רבוותא דסברי דלא מהני מחילה בלא חזרת המשכון ע"כ:
ולדידי מאן לימא לן דהשיטה מקובצת סברא דמהני מחילה בלא חזרת המשכון הגם שכתב ואין הדברים נראין לי מ"מ אחר שמצא להם ראיה מפורשת מהירושלמי הנה גם הוא אזיל ומודה לדבריהם. וגם הר' המרדכי ז"ל דילנא הוא דבעי חזרת המשכון כפירושן האמור למעלה וכפי פי' עט"ר הרמ"ז הכנה"ג ז"ל נמצא לפי"ז דכולהו אזלי ומודו דבעי חזרת המשכון א"כ אף אנו נאמר בשטר דשטר ומשכון כחדא שויין וכדאמרן לעיל:
ומה שהקשה הר' קול"א ז"ל על תשובת הר' דרכי נועם ז"ל חו"מ סי' ג' שפירש דברי הסמ"ע ז"ל דקאמר דצריך להחזיר השטר והמשכון ואם לא החזיר לא מהני מחילתו והוא ז"ל אותביה מתשובת מהר"ם ז"ל כבר כתבנו למעלה לפרש דברי מהר"ם ז"ל דהנה גס הוא אזיל ומודה דבעי חזרת שטר ומשכון ומה שפירש הר' הנז' ז"ל בדברי הסמ"ע ז"ל אחר המחי"ר אשתמיטיתיה דברי עט"ר הרמ"ז הכנה"ג ז"ל מ"ב חו"מ סי' י"ב שרצה לפרש כן בדברי הסמ"ע ודחה אותו מדברי הר' הסמ"ע גופיה דסי' י"ב וגם שם פירש דברי המרדכי ז"ל שגם הוא סובר דלא מהנייא מחילתו בלי חזרת שטר ומשכון עי"ש:
ברם אי קשיא על הרב דרכי נועם ז"ל הא קשיא במה שרצה לפרש בדברי הטור במ"ש ואדוני אבי הרא"ש ז"ל לא חילק יעויין בדבריו נעלמה ממנו תשו' הרא"ש ז"ל בס' בשמים ראש ז"ל שמה קל"ד וז"ל אשר שאלת באחד שיש לו שט"ח על חבירו והעדים מעידים שמחל לו החוב שבשטר והוא עודנו בידו וזה טוען שהשטה בו שהרי לא נתן לו את השטר. תשובה ודאי דהר' רבינו ישעיה ז"ל כתב דהא דאמרינן בפ"ק דסנהדרין דפשרה צריכה קנין היינו דוקא באתן לך אי נמי במחול לך ותפיס שטרא אבל לא תפיס שטרא אינו צריך קנין ורצה לתרץ בזה מאי דמשמע בפ' המקבל גבי שכיר והמחהו אצל חנוני דמחילה אינה צריכה קנין וליתא דאין לחלק בין מלוה בשטר ובין מלוה ע"פ ותרוייהו מחי' נינהו ושטר העומד ליגבות לאו כגבוי דמי עכ"ל הרא"ש ז"ל. דשמעת מינה דהרא"ש ז"ל ס"ל דאפי' תפיס שטרא מהנייא מחילתו ופי' דברי הטור ז"ל שאמר ואדוני אבי לא חילק פירש המאסף שם דאחד מלוה בשטר ואחד מלוה ע"פ בשאר מחילות לא בעי קנין

גם ממ"ש בתשו' הנז' ורצה לתרץ בזה וכו' נראה דרבינו ישעיה ז"ל איירי אף במחילה דעלמא ועלה קאמר הרא"ש ז"ל וליתא וכו' וכן הבין הר' המאסף שם:

גם אישתמיטיתיה לעע"ר הרמ"ז הר' כנה"ג ז"ל תשו' הנז' שכתב שהדבר ברור שאין כן כונת רבינו ישעיה ז"ל והטור אלא דקיימי אפשרה והוא מבואר נגלה מדיקדוק דבריהם יעו"ש הנה תשו' זו דהרב בשמים ראש ז"ל מוכח היפך דבריו דהרא"ש ז"ל חולק ארבינו ישעיה. ותבט עיני להר' ברכ"י ז"ל חו"מ סי' י"ב דנ"ג ע"ד דהנה גם הוא אזיל בשיטת עט"ר הרמ"ז הרב הכנה"ג ז"ל הנז' להקשות על הרב דרכי נועם ז"ל במה שהבין שרבינו ישעיה קאי אמחילה דעלמא ונעלם מעיני קודשו תשו' הלזו והיא ל"ו נדפס"ה בשנת תקנ"ג בס' בשמים ראש ז"ל הנז' והזכירו הרב חיד"א ז"ל בספרו שם הגדולים. גם מרן הב"י ז"ל אף הוא לא ראה בתשובת הרב בשמים ראש ז"ל הנז' אשר אספם הרב יצחק די מולינא ז"ל בזמנו ועדין המה בכתובים. גם הרב מהריב"ל ז"ל ומהרש"ח וב"ח ומהר"ש צרור ז"ל בטור שני שבתשב"ץ סי' ח' הביאם הר' ברכ"י שם גם לפניהם היתה העלמ"ה. ומה שרצה להקשות הר' קו"א ז"ל על הר' דרכי נועם ז"ל שרצה להסתייע מדברי הרא"ש ז"ל בכלל צ' למגמר דס"ל כדעת רבינו ישעיה ז"ל עי"ש בדבריו ואמאי לא הקשה ליה מתשובת הר' בשמים ראש ז"ל הנז"ל דהרא"ש ז"ל שם קרי בחיל דלא ס"ל כדעת רבינו ישעיה ז"ל אם לא שתאמר שגם הוא נעשה מעלומי עין מתשובת הר' בשמים ראש ז"ל הנז'. עוד הביא הר' קול"א ז"ל דברי הרב קרית מלך רב ז"ל ח"ב פר"ג מהלכות זכיה ומתנה ועי"ש מה שהקשה עליו ומלבד מה שהקשה עליו יש לי להקשות על דבריו במ"ש וז"ל ולענין דינא נראה דאף דיש חולקים על מהר"ם ז"ל כאמור מכל מקום נראה דכיון שיש ספק בדבר צריך להחזיר המשכון והשטר לבעליו ואמינא לה וכו' ע"כ. הני ראיות כבר דחאם הר' קול"א ז"ל א"כ כיון שיש ספק בדבר לפו"ד מאן לימא לן דצריך להחזיר השטר או המשכון דאדרבא איפכא מסתברא דכל אחד ליקום בדידיה ונ"מ אם תפס לא מפקינן מיניה וכמ"ש הרב נחלת שבעה ז"ל הנז' וכ"ש כשיש בידו משכון היאך אתה מוציא ממנו ממונא בספק:

גם במה שפירש קושית הש"ך ז"ל על הסמ"ע ז"ל וז"ל שם וכונתו להשיג על הסמ"ע ז"ל דאיך פסיק ותני דבתפס שטרא לא מהני מאחר דמורם ז"ל לא כתב ופסק כסברת המרדכי ובעל העיטור ז"ל כמ"ש הר' ש"ך ז"ל סי' רמ"א סק"ד ע"כ דאי כונת הר' ש"ך כן לא אדע מאי קשיא ליה אי מורם ז"ל פסק כן הנה הסמ"ע ז"ל מפרש בדעת מרן ז"ל ומה לו למורם ז"ל דפסק כסברת המרדכי ז"ל שהיא סברא יחידאה ובפרט למ"ש לפרש שגם מהר"ם דילנא הוא ובעל העיטור ז"ל פליג בהדיא אדברי מהר"מ ז"ל לפי המפרשים

דברי מהר"מ ז"ל דמהני מחי' בלא חזרת המשכון. עוד יש לי כמה דקדוקים בדברי הר' קריה מלך רב וקצרתי:

ואם ירוץ עלי כגבור הקורא לדחות את דברי באמור אלי כיון דמצינו ראינו להפוס' דפליגי בדעת מרן דיש מהם שסוברים דדעת מרן הוא דהיכא דתפיס שטרא לא מהניא מחילתו ויש מהם שסוברים דדעת מרן דאפי' תפיס מהניא מחילתו וא"כ יכול המוחזק לומר קי"ל כמאן דאמר דמהניא מחילה ובנ"ד הרבים הם מוחזקים ונפל פיתא בבירא מכל האמור. לזאת אשיבה כדעתכם ידעתי גם אני והנה אביא לך מ"ש הרב חוקות החיים בח"מ סי' ג' די"ב ע"ג וז"ל ובר מן דין הרי ידוע דהלכה רווחת בישראל כי דין רבים מוחזקים אינו אלא בענין מסים דוקא ולא בענין אחר וכו' יעו"ש וכבר הארכתי בפרט הזה במקום אחר ואסתפק לעת עתה בזה וכשאפנה אשנה פרק זה ברחבה:

עוד מילתא בפומאי להשיב ולבטל המחילה מטעם אחר דהמחי' היתה בכעס לרוב שדחקו אותו ובחושבו שלא ימצאו מי שירצה ללכת בזמן המלחמה להכניס עצמו בסכנה. וכבר השרישנו הר' מהרימ"ט ז"ל סי' קי"ח דכל שיש לחוש שלא מטוב לבו מחל ולא גמר בלבו צריך שיקנו מידו שזה דרכן של בני אדם מתוך הכעס אומר אדם לחבירו או לשפחתו צא מעלי הרי אתם לעצמכם וכן כשהוא בא בהקפדה עם ב"ח אומר מחול לך וכי מפני זה נשתחררו עבדיו או הופקעו שטרותיו וכו' והביא ראיה ממ"ש הרמב"ם ז"ל פ"ה מה' מכירה יעו"ש. גם מורם ז"ל בחו"מ סוף סי' של"ג פסק וז"ל ומיהו בשאר פועל אם אמ"ל בפני ב' לך מעמדי פטור בלי מחילה וי"א דאם אמר דרך כעס דאינו פטור:

ואנכי ידעתי כי כן כתבו בעלי הכללים על מרן ז"ל ומורם ז"ל בכל מקום שכותבים יש מי שאומר או יש אומרים מבלי שום חולק כונתם לומר כי כן הלכה פסוקה כמבואר אצלי במ"א באורך. ועי' עוד במ"ש הרב דרכי נועם ז"ל חו"מ סי' ג' הביאו הרב מט"ש ז"ל בטור ח"מ סי' י"ג בהגהט"ו אות כ"ב וז"ל אם הדברים מוכיחים שלא מחל לו ברצונו כ"א מתוך כעס וחימה או דברים מוכיחים שלא היתה כונתו למחול אין באותה מחילה ממש עכ"ל וע' להגאון חיד"א ז"ל בס' יוסף אומץ סי' מ"ז שכתב וז"ל וכל דאית למימר שבדרך כעס או היתול ושחוק וכו' מחל ודאי דלא הויא מחילה יעו"ש, וכן דן הדין הרב הנז' בס"ה חיים שאל ח"ב סי' י"ג יעו"ש:

וכלל גדול מסור בידינו שקבלנו לדון כמרן הק' ובמקום שלא נתבאר בדבריו סמכינן לדברי מופה"ד הרב חיד"א ז"ל ועבדינן כוותיה וסי' לדבר מסרו לנו אם יוספי"ם אנחנו לשמוע וכ"ש בנ"ד דשניהם כאחד בחדא מחתא שריין דמחי' בכעס לא הויא מחילה.

ואחר זמ"ר בא לידי ס' ישמח לב להר' שמ"ח גאגין ז"ל בח"מ ס"ד די"ט וכ' שהאריך הרחיב בפרט זה וממנו נקח לנ"ד בכמה פרטים וזו הלכה הטלה בדעת מרן הק' ז"ל דאית ליה דמחי' בכעס לא הויא מחילה

ומידי עוברי בס' הנז' שם ד"כ ע"ב בפסקת והמעיין וכו' ובכל עדת ישר' ג"כ איכא ולמיחש לאיסור ערוה החמורה שלא יתגרשו בגט פשוט שמא לא ירצו להחזיר גרושתן ותנשאו לעלמא ואיכא בינייהו קפדנים שמרשים מתוך כעסם וספקא הוי עכ"ל:

ואנכי הרואה גברא רבא חזינא תיובתא לא חזינא וכיון דהוי ספק בגירושין הא ודאי שאינם מניחים אותה להנשא לאחרים כ"א עד שיפטרנה בגט ודאי ולכן בישר' אם לא ירצה לתת גט ב' יכול להחזירה וליכא למיחש למידי אשר לא כן בכהן הוכרחו לתקן לו גט מקושר דעכ"פ שאם ינוח מכעסו וינחם אבדה לו אשתו ולכן צריך תקנה ובזה נחה שקטה האר"ש מתמיהת הרב הנז' על הרב מקום שמואל:

או נאמר כמ"ש הר' מעשה אברהם אשכנז ז"ל בה' פו"ר ס"א דקל"ד ע"ד וז"ל. והשתא סוגייא דבתרא אינה קושיא והוא דא"ל דכהנים שאני דכיון דהם בעלי מריבה וכדכתיב קרא ועמך כמריבי כהן וכו' שהם רגזנים לעולם בכה"ג מועיל להם מה שהם עושים בכעס דהיינו ריביתייהו והיינו מה שדקדקו בגמרא אתרא דכהני הוה והוו קפדי טובא ומגרשי נשייהו וכו' וכיון דהורגלו בכך תדיר ולא פסיק דליכא שינוי בכה"ג מעלה עליהם כאילו דיברו בנחת ובהשקט ואם יגרשו מתוך כעסם אינם יכולים להחזיר נשותיהם משא"כ בישראל דאינם בני מריבה ולעולם הם מדברים בנחת ובשפה רפה א"כ כשהם משנים לפעמים מדרכם ומנהגם לדבר בכעס ורגזנות לכי יעלה להם חרון אפם בכה"ג אינו כלום ודוק. וא"כ דוקא לגבי ישראל דלא אהנו מעשיו ולכן לא בעי גט מקושר אבל לגבי כהן דאהנו מעשיו וכאמור לכן תיקנו גט מקושר ועי' להר' שערי רחמים ביו"ד סי' י"ד די"ט ע"א שהביא דברי מהרימ"ט הנז' ובמה שרצה לדחות מדברי החק"ל ז"ל ח"ב מח"מ סי' כ"ד יעו"ש. אבחרה דברי עמו דאין להביא ראיה מדברי החק"ל הנז' ובבא לידי ס' ישמח לב ז"ל ושם ראיתי את הכתוב שם אמרתי אני אל לבי קחנו משם בדרך ארוכה ורחבה:

ודרך אגב ראיתי להר' מנחת זכרון ז"ל במערכת ע' אות ח' וז"ל מ"כ בכ"י הקדש להרב כמהר"א ן' ארוליא ז"ל וז"ל וכתב הרב ז"ל משמע בהדיא שכל מקום שיש לחוש שלא מחפץ לבו מחל ולא גמר בלבו צריך שיקנו מידו או עד שיאמר בלב שלם אני אמרתי ואמרתי אבל זה שאמר מתוך מריבה והקפדה הדבר מוכרח שלא גמר ומחיל שזה דרכן של בני אדם מתוך הכעס אומר לחבירו וכו' בכל מידי בעינן שיאמר בלבו מתוך נחת וישוב הדעת לפיכך כתב הרמב"ם שיאמר בלב שלם אמרתי ואמרתי וכו' עי"ש ועיין

בס' דרכי נועם סי' ג' שהסכים כן. והנראה דנעלם מיניה תשו' מהרימ"ט ז"ל הלזו. אחרי כותבי זה בא לידי תשו' מוהר"י ן' מיגאש ז"ל וחזיתי שם בסי' ח"ן שכתב בפשיטות דמחילה בכעס ומריבה אם מחל לו בפי' דמהני ואין יכול לחזור בו. ואני בער ולא אדע דאיך הרמב"ם פליג על רביה דהרי הרמב"ם ז"ל תלמיד מהר"י ן' מיגאש ז"ל היה ואיך פסק דמחי' ע"י כעס ומריבה לא מהני כלל אם לא קנו מידו או עד שיאמר בלב שלם אמרתי ואמרתי וכו' ע"כ מ"כ והשלים ה' הנז' שם וכו' וע' להחק"ל יו"ד ח"ג סי' פ"ב ופ"ג שפת הים חלק יו"ד סי' ב"ך וצריך לראותם לדעת כונת הרב:

ואנכי הרואה לא יכולתי להבין מאי מקשה דהרואה יראה דהרי גם הרמב"ם כן אמר או עד שיאמר בלב שלם ונמצא דשקולים הם ויבואו ב' ולא פליג על רביה:

ועיין להר' ד"ן ז"ל סי' י"ו דר"א ע"ד בתשו' שכ' וז"ל אם ידענו שלא גמר בלבו למחול אעפ"י שלא היה אנוס ולאיזה סי' מחל כגון שהפצירו בו ולא היה יכול להשיב פניהם ריקם אם גילה דעתו שמחל שלא ברצונו אין באותה מחילה ממש אעפ"י שקנו מידו. וכתב עוד בשאלה ג' הנ"ל דבגילוי מילתא בעלמא שאינו מוחל מדעתו ורצונו סגי לבטל איתה מחי' וכן במתנה ואף עפ"י שידענו שלא היה אניס המחי' והמתנה בטלים מאליהם וכו' כלומר אפי' קנו מידו אם. ידענו שלא גמר בלבו למחול אעפ"י שלא היה אניס אין הקנין מועיל לקיים אותה המחילה והמתנה כלל עכ"ל הביאם הרב משחא דרבותא בדקל"ג ע"ג וכתב שם היוצא מזה שלפעמים אין הקנין מועיל במחי' ובמתנה אם אירע באותן המצאות שכתב הר' הנז' ע"כ. זאת חקרנוה כן היא לנ"ד דכולהו איתנהו ביה וכ"ש דאין כאן קנין דהרב הנז' אמרה אפילו להיכא דאיכא קנין:

והגם כי הרב מר בריה שם פליג עליה כבר הרב עצמו תיקן דבריו כאשר יראה הרואה שם ואפי' לס' מ"ב דרבינא בנ"ד אזיל ומודה היות שהוא שעבד גופו בקנין לדעת הראב"ד ז"ל ואיך יותר שעבוד הגוף בלתי קנין אחר לבעל הקנין ואמינא לה מעבד עברי דגופו קנוי ועי"ש ומשם בין תבין את אשר לפניך, ועי' להר' שפת הים חיו"ד סי' כ"ב דכ"ה ע"א שכתב שם דאפי' החזיר השטר לא הויא מחילה ונסתייע מתשובת הרב מהר"י ן' מיגאש ז"ל סי' ח"ן שכתב וז"ל אם כשקרע שמעון את השטר א"ל הנה מחלתי לך זה הסך אינו יכיל לחזור בו מזה ואם לא אמ"ל אינו נפטר מן החוב בקריעת השטר ע"כ יעוש"ב:

אף אנן נימא הכי לנ"ד במכ"ש דאפילו דליכא קריעת גוף השטר כתב הרב דבעינן שיאמר לו ואם לא אמ"ל לא מהני. ונ"ד ליכא לא קריעה ולא חזרה ולא אמירה דאמירתו היא גרועה וכמש"ל. ונ"ד נמי הוא שטר קנין שקנו מידו ששעבד גופו לדעת הראב"ד ז"ל

ולעילא מן כל דליכא חזרה. ולפי דברי הרב שפת הים אפי' החזיר את השטר החיוב במקומו עומד וכמו שנסתייע מתשו' מהר"י ן' מיגאש ז"ל הנז':

וכי תימא לדחות לנ"ד עפ"י מ"ש הר' שבות יעקב בח' ח"מ סי' קנ"ו דמ"ג ע"ב וז"ל אבל היכא דעביד מעשה בגופו ע"י הרכנה או ע"י כתב דעדיף ודאי דהוי שבועה גמורה דמה לי עקימת שפתים דהוי מעשה או הרכנת הראש ומעשה בשאר גופו ומהאי טעמא נ"ל מבואר בא"ח סי' מ"ז דהמהרהר בד"ת אין צריך לברך והכותב צריך לברך. וראיתי להר' ט"ז ומ"א ז"ל מתמיהים שם דלמה יברך על הכתיבה דהא ליכא אלא הרהור ע"ש. והרואה יראה בדברי הלבוש הל' ברכות סי' מ"ז ס' ג"ד שכתב וז"ל ואפי' מי שכותב ד"ת אעפ"י שאינו קורא חייב לברך. ודוקא כותב שעושה מעשה בכתי' לפיכך מברך אפי' שאינו קורא אבל המהרהר וכו' ע"ש. אשר לפי דברי הרב הלבוש הנז' יתורץ קושית הע"ז והמ"א על מרן הש"ע:

ובאמת לפי מ"ש לקמן כיון דעביד מעשה בגופו ע"י אמון ידו לכתי' דהוי מעשה וצריך לברך וכו' יעוש"ב:

ולפי האמור בנ"ד דאיכא מעשה ע"י הכתב כנז"ל. ומכ"ש לפי דברי הרב חוות יאיר בסי' קצ"ד דקפ"ח ע"א וז"ל ועדיפא כתיבה מדיבור דליכא בה טענת השטאה והשבעה מה שאין כן בדיבור ע' סי' מ' וסי' פ"ז וזכר לדבר כתב אשר נכתב בשם המלך אין להשיב כי הוא דבר המתקיים יותר מהבל פה דיבור גם מעשה טפי וכו' יעו"ש.

ועיין להר' חתם סופר בחיו"ד סי' רכ"ז דצ"ז ע"ב שכתב לקיים דברי הרב חוות יאיר דכתיבה הויא כמעשה וז"ל אחר נשיקות כפות רגלי הגאון הגדול הזה אני תמה עליו שהיו לפניו דברי הגאון חוות יאיר וכתב מ"ש הנה ס' הר' חו"י ז"ל הוא כך דודאי לענין שהאדם רוצה לקיים על עצמו שום דבר ולחייב עצמו בדבר או כיוצא בזה לענין זה פשוט דהכתיבה עדיפא מדיבור. אמנם להודיע דבריו לחבירו לדברים היוצאים מלבו שיכנסו ללב חבירו בענין זה הדיבור עדיף וזה פשוט מאד לכל מבין ויודע לכן לענין עדות דבעינן שהב"ד יקבלו דברי העדים וכו':

אשר ממנו נקח לנדון דידן דהדיבור עדיף והכתיבה היא גרועה והויא לה מחילה גרועה דלא מהנייא וכמו שהארכתי במקום אחר. ומרן הב"י בסי' רמ"א מחו' א' משם מוהריק"ו הביאו הרב קול אליאו ח"א בח"מ בסי' ג' דע"ד ע"ד כ' וז"ל דאדם שעושה מעשה שנראה כמודה לחבירו הויא מחילה. והכי איתא להדיא במהריק"ו שורש קי"ח ד' קכ"ז ע"א וזה מתבאר מדין מצרן וכו' יעו"ש. נמצא לפי"ז בפי' דאיכא מעשה ע"י הכתיבה והויא מחילתו מחילה:

אאמין כי יאזין קולי שאין לומר כן בדעת מרן היות כי מרן ז"ל בכמה מקומות העלה דכתיבה הויא כדיבור כאשר אבאר לקמן לא כמעשה. את הראשון כתוב בש"ע א"ח סי' מ"ז ס' ג' הנז"ל היה כותב בד"ת אעפ"י שאינו קורא צריך לברך ע"כ. וכ' הט"ז שם סק"ב וז"ל ואע"ג דכתב ר"י ז"ל בריש היה קורא על ע"א דדרך הסופר שמוציא לפעמים תיבות מפיו בשעת כתיבה מ"מ בשביל זה אין לברך כיון שאינו ודאי ע"כ:

גם אני לא אחשוך פי מלומר כי דבר זה אי אפשר לאומרו בדברי מרן הש"ע יען שמרן ז"ל כתב אף עפ"י שאינו קורא דשמעת מינה שאינו קורא כלל וטעם הדבר הוא משום דס"ל למרן דכתיבה הויא כדיבור והו"ל בכתיבתו כקורא באו' דחייב לברך. וסמוכין דמרן הק' הוא על מה שפסק בח"מ סי' קכ"א סעיף א' ואפי' לא אמר לו פה אל פה אלא ששלת בכתב וכו' ומשם תו' יוצאה לכותב בתו'. ומעתא אזדא לה תמיהת הרב ט"ז שכתב בתחי' דבריו לא ידעתי מקור וכו'. ולפי מ"ש הנה מקורו פתות וכנז"ל שכן דרכו של מרן לקצר בדבריו ולסמוך על מקו"א שפי' דבריו:

וראיתי להר' ברכי יוסף תא"ת סי' תפ"ט אות י"ד שהביא שם הא דידן דהכותב בד"ת ודחי דלא משמע מינה דכתיבה הויא כדיבור מטעם דהכותב לא יבצר לו שלא יוציא בשפתיו יעו"ש ומדוע לא זכר שר את דברי הט"ז שהביאם הוא עצמו בסי' מ"ז שכתב שם מ"מ בשביל זה אין לברך:

ואוסיפה לך מש"ל ודבר זה אי אפשר לאומרו בדברי מרן ז"ל שפי' בדבריו אעפ"י שאינו קורא צ"ל ע"כ ונראה דלזה כיוין הרב הנז' בסי' מ"ז במ"ש ועיין במ"ש בעניותנו בסי' תפ"ע בס"ד דרצונו בזה לומר דשם ביאר דאין ממנה ראיה לומר שכתיבה הויא כדיבור ולדעתי המעט איפכא מסתברא שדעת מרן ז"ל הוא דכתיבה הויא כדיבור אעפ"י שאינו קורא:

אשוב אתפלא על הר' ברכ"י ז"ל מדוע אחרו פעמי מרכבותיו מלהביא גם את זאת דת"מ סי' קכ"א סעיף א' דמפורש יוצא דכתיבה הויא כדיבור שכתב אפי' לא אמ"ל פה אל פה אלא ששלת לו בכתב וכו' יעו"ש:

אקרא ואנכי אענה דגם את זאת יש לדחותה ממ"ש הרי"ף ז"ל בפ' הגוזל קמא שכתב דאם כתב לו כתב פקדון שיש לי בידך שולחהו ביד פ' למאי דנהוג תגרי למעבד כדין שפיר דמי דמשמע דמדינא כתיבה לא הוי כאומר בפיו ע"כ ולזה אין להביא ממנו ראיה דכתיבה כדיבור:

גם בזה לא שכב לבי דמלבד דהרואה יראה להרא"ש ז"ל שם בפ' הגוזל קמא דהקשה עליו דאמאי הוצרך טעמא דנהוג תגרי בלא"ה נמי אם כתי' נכרת שפיר דמי כיעו"ש והר'

קול אליאו בת"א או"ת סי' ל' די"ד ע"ג כתב שם לקיים סברתו דכתיבה הויא כדיבור דאף לדעת הרי"ף נאמר כן והא לך לשונו שם:

חזיתי ואספרה מ"ש הר' קול אליאו ז"ל ת"ב אה"ע סי' ו"ו דמ"ד ע"א בפסקת אך האמת יורה דרכו וכו' עוד בה שהרי כתבו התוס' בפ' הגוזל עצים דק"ד ד"ה שליח וכו' ובד"ה אין דלא חשיב שלית אלא בשאומר לו פנים בפנים שלח ע"י פלוני אבל בכתב לא מהני וכן מוכת מדברי רש"י ז"ל לשם כמ"ש התוס' וכו' יעו"ש

ולך נא ראה להר' מהריט"ץ ז"ל בתוך תשו' י"ע מ"ש ע"ד התוס' דמ"ש וכן מוכת מדברי הקונטריס. הא ליתא ואדרבא מתוך הקונטריס מוכת להיפך יע"ש בד"ק. והר' מנחת בכורים ז"ל שם על מס' בבא קמא דק"ד העלה בדעת רש"י ז"ל דס"ל דלא כהתוספות יעוש"ב

ואי לאו דמסתפינא הוה אמינא דע"ס נפל ונשמעה תיבת ולא. וצ"ל ולא כן מוכיח מתוך הקונטריס. או נאמר דאלו הדברים דכן מוכיח מתוך הקונטריס הם שייכי בדיבור התוס' בפ' השואל דצ"ת ואם יערב שיתי יערב. ואח"כ ראיתי בדברי התוס' במס' גיטין דע"א ד"ה והא שכתבו וז"ל דאמירה ודאי לא הוייא אלא בפה ע"כ:

ואני בער ולא אדע מה יענו שפתי צדיק ר"י דעל התוס' בפ' ויאמר אני חותנך יתרו דאי אפשר לפרשו בפה בשום אופן וכמ"ש שם רש"י על ידי שלית והרמב"ן ז"ל פי' ע"י אגרת מיהו לרש"י אפ' לדחוקי נפשין ונאמר בפה השליח אשר לא כן לדברי הרמב"ן שכ' דהיינו אמירה באגרת דע"י שלית לא שייך לומר אני חותנך יתרו הרי דס"ל להרמב"ן דאמירה שייך באגרת וכפי"ז הוי כתי' כדיבור. ועי' להר' מהר"י ן' מיגאש ז"ל סימן קכ"ו שהעלה שם שהכתיבה כדיבור הוייא אפי' בשבועה ואין לחייבו בדיני אדם הואיל ולא הוציא שבועה מפיו אבל בדיני שמים חייב:

ועוד קש"ל על דברי התוספות מקרא שכתוב ויאמר חירם מלך צור בכתב הרי לך דאיכא אמירה דהויא בכתב והוי דלא כמ"ש התוס'. גם מצינו אמירה דלא הויא בפה כמש"ה ויאמר עשו בלבו וכהנה רבים. ונוכל להשיב שלזה נדחקו התוס' הנז' ותירצו תירוץ אחר ועוד וכו' ועל התי' של ועוד לא קשיא מאי דקשיא לך לעיל דאיכא אמירה דהויא בכתב ואיכא אמירה דהויא בלב ושאני הכא דיליף לה ממנו:

והנה דברי רש"י שאמר ע"י שליח והרמב"ן שאמר ע"י אגרת במחלוקת היא שנויה במכילתא שם. והנראה לי לומר דעיקר פלוגתיהו היא אי כתיבה הויא כדיבור או לא הוי כדיבור דלמ"ד ע"י שליח אית ליה דלא הוי כדיבור לכן פי' ע"י שליח דשלוחו ש"א

כמותו וכשמדבר השליח הו"ל כאילו דיבר הוא עצמו ובכתיבה לא מהני ולמ"ד ע"י אגרת אית ליה דכתיבה כדיבור והו"ל כאמירה בפה:

האמנתי כי אדבר דמ"ש התו' בגיטין דע"א ע"א ד"ה והא וכו' הנז"ל עם תו' דמציעא הנז"ל דכ"ח ד"ה וא"ל השואל דלכאורה נראה דסתרי אהדדי ואולם המעיין היטב בדברי התו' דגיטין בעיניו יראה ולבבו יבין דרב המרחק דלא אמרינן אלא בלה"ק שהוא לישנא דקרא אבל בשאר לשונות דלאו לה"ק הוי כתיבה כדיבור אבל לפי תי' התוס' הא' נראין כסותרין זא"ז. ואולם נ"ל דגם לתי' הא' דוקא באמירה שכתיבה בתו' לא הויא אלא בפה אבל לא בשאר אמירות:

ודבר זה נרמז בדברי התו' דמציעא שכתבו דאין סברא לחלק בין כתיבה לאמירה דר"ל דבשאר אמירות אין סברא לחלק אבל במקום שגילתה תורה אין ללכת אתר הסברא. זאת ועוד דאף לדברי הרי"ף ורש"י והתוס' איכא למימר דכתיבה הויא כדיבור פה וכו' יעו"ש:

נפקא לן לנ"ד דלכ"ע כתיבה הויא כדיבור ולדעתי המעט שכן דעת מרן ז"ל בש"ע דלא כתב הא דנהוג תגרי כדכתב הרי"ף. נראה בהדיא דקי"ל כדברי הרי"ף ז"ל כמ"ש הרא"ש ז"ל שם. ולפי האמור תו' יוצאה כדעת מרן ז"ל דקי"ל כוותיה דבכל ענין כתיבה הויא כדיבור ומעתה תומה"א בוקעת ועולה אדברי גדול הדור הרב ברכי יוסף ז"ל מדוע לא הביאה ונשא ונתן בה לסותרה או לקיימה ובין הכי ובין הכי זאת הלכה עולה מאליה שדעת מרן דכתי' הויא כדיבור. ואל תשיבני ממ"ש מרן הש"ע תו"מ סי' קכ"ו סעיף כ"א בענין מעמד שלושתן ליתי מפי הכתב אלא במע"ג ממש לא תידוק מינה דכתיבה לא הוי כדיבור דשאני מע"ג דהוי הלכתא בלא טעמא כדאיתא בש"ס גיטין די"ד ואין לך בו אלא חידושו. ועיין בס' דרכי תשובה הנ"מ על חיו"ד סי' ר' ס"ק ב' מה שציין בענין כתיבה דהויא כדיבור ובתוכם הביא דברי מרן הש"ע באו"ח סי' מ"ז סעיף ב' והיינו דלא כהרב ברכי יוסף הנז' שדחאה והא ודאי שדקדקו ממנה מדכתב בדבריו אעפ"י שאינו קורא והיינו כדכתיבנא לעיל:

ועיין להר' בית עובד בה' ספירת העומר דרמ"ב סעי' י"ד שהביא דברי הר' חיד"א בברכ"י סי' קפ"ט שכתב ע"ד שאין דבריו מוכרחים. ועי' להר' קול אליאו ח"א בא"ח ס"ל די"ד ע"ג שהעלה שגם בכותב כתב לחבירו בימי העומר דהוי כדיבור ואין צריך לברך ולמנות עוד לדעתו ושם כתב וז"ל ואומר שמ"ש הרמב"ם ז"ל בפ"ו מהל' נדרים הנשבע שלא ידבר עם חבירו מותר לכתוב לו בכתב ליכא למיגמר מידי לומר דכותב לא הוי כמדבר בפיו. דשאני ההיא משום דבנדרים הולכים אחר לשון בני אדם לפיכך כיון דשבועתו

היתה שלא לדבר דיבור פה דוקא הוא שאסר עליה ולא כתיבה אבל בעלמא אין ה"נ דכתי' ודיבור הכל אחד יעו"ש:

עוד יש לי להביא ראיה דכתי' כדיבור מדברי מרן הש"ע באה"ע סי' קמ"א ס' ל"ה שכתב ואם מינה הבעל בכתבו לאותו פ' שליח להוליך הגט כשר ע"כ. דשמעת מינה מדבריו דמינוי השליח בכתבו מהני דהו"ל כדיבור ומורם ז"ל כתב ויש חולקים דס"ל דאין למנות שליח ע"י כתב מדבריו אלו שגם הוא אזיל ומודה ושליח קבלה מהני דהוה ליה כדיבור ושאני שליח הולכה כמ"ש באחרונים ועי' להר' קול"א ח"ב באה"ע סי' י"ו דמ"א ע"ד שכ' וז"ל וכן יש לי להוכיח דכתיבה הויא כדיבור מדאוריתא מלישנא דש"ס דקאמר דשאני עדות דאמר מפיהם ולא מפי כתבם משמע דבעדות בלחוד גזרת הכתוב היא הא בעלמא אין לנו וכו' יעו"ש עוד הביא הוכחה מפ' ב' דקידושין האומר לחבירו צא והרוג את הנפש וכו' מ"ט אותו הרגת בחרב בני עמון. ולי הפעוט הפסוק עצמו מגיד את זאת שהרי דוד לא הרגו לאוריה לא ע"י כתב שכ' (ש"ב י"א ט"ו) הבו את אוריה אל פני המלחמה. ובהא דאפי' לא אמר לו פה אל פה כתב מרן הב"י בח"מ סי' קכ"א ע"ד הטור אפי' לא א"ל פא"פ וכו' כתב הנ"י שכן דקדק הריטב"א מהמשנה הנז' ע"כ. וכעת בקשתיו ולא מצאתיו. ומה שמצאתי מנ"י הוא זה הלשון וכ' הריטב"א בשם רבו ז"ל דמהא דא"ל משאיל שלח פטור השואל שמעינן דאם אמ"ל מלוה ללוה בפיו או בכתבו מנה שיש לי בידך שלחהו לי עם הבא ראשון ושלחו שהוא פטור ע"כ:

אדעה מילין יעניני דהיאך יש לדקדק מדברי המשנה ואכלו לא אמ"ל פה אל פה דלפת"ד אדרבא איפכא מסתברא דדוקא אמ"ל בלשון המשנה שהוא באמירה פא"פ אם לא שתאמר דעפ"י הסברא אין לחלק בין כתיבה לאמירה וכמ"ש התו' ד"ה וא"ל השואל בפ' השואל דצ"ח ע"ב וא"כ מדוע מרן הב"י ז"ל לא הביא מדברי התוס' הנז' דמפורש יוצא דאין סברא לחלק וכו' דאפי' דבמתניתין כתוב ואמ"ל הוי אפי' כתיבה:

ואם משום הסתירה שיש בדברי התו' אשר הר' מנחת בכורים שם בפ' השואל שהניחה בצ"ע והגאון הביאה בפ' הגוזל עצים דק"ד ע"א ד"ה שליח כתב ובבבא מציעא פ' השואל כתבו להיפך ע"ש ע"כ. אי משום הא עיין להרב מע"ש ז"ל בסי' קכ"א הגהט"ו אות ל"ד ומשם תשובה מוצאת. ועיין לעט"ר הרמ"ז כנה"ג ח"מ סי' קכ"א הגהט"ו אות ו' בענין שליח דכתיבה לא גרע מעדים מהרח"ש בתשו' סי' ס"ד:

עוד כתב הר' ט"ז וז"ל ותו ק"ל דהא לגבי עדות מצי' מפיהם ולא מפי כתבם וכיון דגלי לן קרא דכתי' אינה כדיבור היאך נברך עליו וצ"ע ע"כ:

אף כי אנכי אענו כמש"ל גם עי' מ"ש הרב קול אליאו בח"א א"ח ס"ל די"ד ע"ג שהביא דברי הט"ז ודחה דבריו וההוא אמר דאדרבא דמשם ראיה דכתיבה הויא כדיבור יעוש"ב. ועיין בדברי הר' חוות יאיר ז"ל סי' קצ"ד דקפ"ח ע"א שהביא והוכיח שכתי' כדיבור מהא דמפיהם ולא מפי כתבם יעו"ש וע' להר' ברכ"י ח"א או"ח סי' תפ"ט אות י"ד. ועיין להר' חתם סופר בחיו"ד סי' רכ"ז דצ"ג ע"ב במה שבא לחלק דהא דמפיהם ולא מפי כתבם להא דכתיבה הויא כדיבור יעו"ש. ועיין להר' נודע ביאודה יו"ד סי' ס"ו שהאריך הרחיב בדבר בהא דמפיהם ולא מפי כתבם וגם מסתירת דברי הרמב"ם אהדדי קחנו משם:

ומידי עוברי בהא דכתיבה דהויא כדיבור ראה ראיתי להרה"ג אזן אהרן במערכת מ' אות מ' שכתב וז"ל מחילה המוחלת כתובתה לבעלה מדברי מרן בש"ע סי' ק"ה ס' ה' שכתב אין צריך לא קנין ולא עדים וכו' משמע דגם כתיבה אינו צריך ומהני מחילה בע"פ אבל מדבריו בסי' ס"ו ס' ט' משמע דצריך כתיבה ובס' ג' דקדק רמ"א וכתב תיבת ודוקא שכתבה לו וכו' נר' דדוקא ע"י כתיבה ובע"פ אינו מועיל. וי"ל על רמ"א שלא הגיה כאן בסי' ק"ה עי' ב"ש בס"ק ט' מה שרצה לחלק דדוקא אם מגרשה מהני מחילה בע"פ אבל אם יושבת תחתיו צריך כתיבה ע"כ. ולבבי לא כן יחשוב בדעת מרן לפי מה שהעלינו דאית ליה דכתי' הויא כדיבור א"כ דוקא קנין ועדים הוא דאין צריך. אלא דמ"ש והוא שיהיו דבריה וכו' הוא כולל גם הכתיבה דכתיבה הוי כדיבור א"כ הכתיבה היא בכלל הדיבור ולכן כתב מרן דאין צריך לא קנין ולא עדים אבל כתיבה אי ליכא דיבור אזי הכתיבה היא צריכה דהויא כדיבור ומעתה ליכא לאקשויי כל מה שהק' הר' א"א ז"ל. [א"ה אענ"ה ס"ט אהמ"ר לא הבנתי ד"ק איך תי' קו' הר' עט"ר הרמ"ז צוק"ל שהק' על רמ"א ז"ל דלמה לא הגיה בסי' ק"ה ע"ד מרן ז"ל כמו שהגיה בסי' ס"ו באומרו אחרי שמצינו בדעת מרן דכתי' הוי כדיבור א"כ מ"ש מרן והוא שיהיו דברים וכו' הוא כולל גם הכתיבה. לדעתי אהמ"ר זה אינו כי לא מצינו בשום מקום כי הכתי' נק' דבור שנאמר בדעת מרן שנכלל הכתי' בדיבור כ"א במקום שצריך דבור מהני הכתי' לחוד דהכתי' הוי כדיבור אך דבור הוי ככתי' כי במקום שצריך כתי' שיועיל הדבור זה לא מצינו וא"כ כשכתב מרן והוא שיהיו דברים שהדעת סומכת עליהם כונתו לדבור לחוד ולא לכתי' וחזרה הקו' על רמ"א למה לא הגיה שצריך דוקא כתי'. אמת שמדברי מרן הראשונים משמע דבעי כתי' מדמיעט דוקא קנין ועדים ולא מיעט כתיבה. לא על זה מוכרחים אנו לומר דבכלל דבור נכלל כתיבה. ואפשר לחלק בין אומרת התקבלתי למיחלת בלתי שום קבלה דהתם צריך כתיבה דוקא דהוי כמו שובר אך במחי' א"צ כתי' ודי בדבור לחוד]:

אלכה ואשובה למ"ש מרן ז"ל בשה"ט חו"מ סי' פ"א ס' כ"ט וז"ל המודה לחבירו בפ"ע קבלתי ממך כו"ך מחוב שיש לי עליך אין לומר אתם עדי בין שהוא מלוה בשטר בין שהוא מלוה ע"פ שאין שייך כאן לא טענת השטאה ולא טענת שלא להשביע וה"ה למוחל חובו בפ"ע שא"צ לומר אתם עדי וכן ואין צריך לומר להם כתובו ע"כ. ליכא למשמע מינה דאין צריך חזרת השטר כאשר הוכיח מינה הר' משאת משה ז"ל בטור חו"מ סי' ס"ב דקס"ב ע"ד והר' ברכ"י ז"ל בחו"מ סי' י"ב דנ"ד ע"ג הביא לשון הש"ך ז"ל שם ס"ק ע"ב שכתב ז"ל כתב הב"ח ז"ל וכו' הכא אשמעינן אפי' תפיס שטר וכו' ונ"ל דלא קאי אלא אמודה דאמרינן שודאי הודאתו היתה אמת שקיבל אבל במוחל הא כתב הטור בשם הר' ישעיה ז"ל דבמוחל ותפיס שטר צ"ק וכן הבאתי לקמן סי' רמ"א דברי העיטור דהוי ספיקא דדינא עכ"ל וכתב שם דהרב ש"ך ז"ל שפתיו ברור מללו כל בתר איפכא מהרב מ"מ ז"ל דחילוק יש בין מודה למוחל ונשא ונתן שם בדברי הר' הש"ך ז"ל ובע"ד העלה דיש להוכיח כדברי המ"מ ז"ל ממ"ש הטור ומרן ז"ל דה"ה למוחל ע"ש:

ואחרי התאבקי בעפר רגליהם של צדיקים נ"ל דליכא שום ראיה משם דאיכא לפרושא בכמה אנפי חדא דהא דקאמר וה"ה במוחל חוב הוא דומייא דמודה דלעיל מיניה דהיינו שכותב לו התקבלתי ממך כו"כ מחוב שיש לי עליך אף כאן במוחל חוב הוא בכגון דא שלא מחל לו כל החוב ובהא ודאי שאין צריך להחזיר השטר ואינו יכול לטעון משטה וכו' דהשטר צריך להיות בידו לשארית החוב וכההיא דאמרינן במוחלת כתובתה לבעלה דאפי' שטר כתובה בידה מהנייא מחילה אפי' בלא חזרת הכתובה משום דאסיר לשהות וכו' וכההיא דאמרינן מי שיש לו שט"ח על שני בני אדם ומחל לאחד מהם דמהנייא מחי' אף בלא חזרת השטר משום דבעי ליה שטרא לחבריה ובפרט למ"ש מרן הב"י ז"ל בשם הריב"ש ז"ל סי' קצ"ג משם הר' יונה ז"ל דבפוגם שטרו אין אדם עשוי להשטות לא כן במוחל כל החוב שייך ביה השטאה וצריך חזרת השטר להודיע שאינם דברי שחוק והיתול אלא בלב שלם גמר ומחל:

זאת ועוד אחרת איכא לפרושי דה"ה למוחל חובו בפ"ע היינו שהודה מעצמו בפ"ע שמחל בפ"ע אפילו כל חובו ובלשון הודאה ליכא טענת השטאה לא כן במוחל לו חובו ע"י פיוס או ע"י תביעה כנ"ד שתבעוהו לצאת בזמן המלחמה שהן דברים שאין הדעת סובלתן כ"ז שלא החזיר את השטר שייך ביה טענת השטאה יען שהם שאלו שלא כהוגן לכן הוא השטה בהם וכן נראה דמפרש לה הר' ש"ך ז"ל בסי' פ"א ס"ק ע"ב הנז"ל שכתב ז"ל ולי נראה דלא קאי אמודה וכו' אבל במוחל הא כתב הטור וכו' וכן הבאתי לקמן דברי בעל העיטור ז"ל דהוי ספיקא דדינא ע"כ:

ומוכרחים אנו לפרש דבריו שכונתו כנז' דאלת"ה איך קאמר אבל במוחל וכו' היפך דברי מרן בש"ע שכ' ונ"ל וה"ה למוחל וא"כ לא הוי תו ספיקא דדינא. אבל אי נימא דכ"ז ליכא תו למשמע מינה מידי ולעולם אימא לך דבמוחל דעלמא צריך להחזיר את השטר וזה פשוט בדעת הש"ך דאי לאו הכי לא מצאנו ידינו ורגלינו לפרש דבריו:

אי נמי יכולים אנו לפרש דהא דקאמר וה"ה למוחל חובו בפ"ע כ פי' כמ"ש הר' שעות דרבנן ז"ל ד"ו ע"ד וז"ל ופשטן של דברים שצריך להיות ההודיתא שקיבל מחובו כו"ך בפ"ע ע וכן המחי' צריכה להיות בפ"ע ובנ"ד אין עדים בדבר כ"א הודיתא שהודו ע"ע בהודאתם שלא בפ"ע כ"א בחתימה ומצו לאשתמוטי נפשייהו בכל צד ואופן שיהיה עכ"ל והיינו נ"ד ממש:

וכפי האמור אזדא לה תמיהת הרב ברכ"י ז"ל שם ע"ד הסמ"ע ז"ל סי' מ' סק"ג ועי' לקמן סי' פ"א דה"ה אם הודה בפ"ע שקיבל החוב שבשטר או שמחל לו הוי מחי' עכ"ל וכ' שם הרב ברכ"י ז"ל דזה נראה היפך מ"ש בפשיטות בדין זה דמחילה אצ"ק דסי' י"ב ונדחק ליישב דבריו עי"ש

ולפי דברינו הנז' השיבותי מעליו את כל התלונות זולתי שצריך להגיה בדבריו במקום שקיבל החוב צ"ל שקיבל מהחוב והדבר מוכרח מצד עצמו שכן הוא בסי' פ"א מפורש יוצא א"כ אין מהצורך לדחוק שקאי לדעת מורם ז"ל כמ"ש הר' ברכ"י ז"ל שם אלא הוא קאי לדעת מרן ז"ל וכאמור:

ואתהלכה ברחבה לכל מראה יעיני הכהן הוא הר' הסמ"ע ז"ל בטור חו"מ סי' י"ב ס' ח' ס"ק כ"א שכתב ע"ד מרן ז"ל דמחי' אינה צ"ק. משום שמיד שמחל לו נסתלק ממנו המוחל והיינו דוקא בדלא נקט המוחל עדין שט"ח בידו דבתפס שטרא כ"ד שאינו מחזיר לו מיד לא מהנייא ביה אפי' מחילה גמורה בלא קנין ועיין לקמן בסי' רמ"א עכ"ל וניחזי אנן דתיבת מיד דקאמר אך למותר יחשב ואפשר שבא לרמוז למ"ש מהר"ם ב"ב ז"ל סי' תשי"ח ז"ל מחילה אינה צריכה קנין היינו דוקא כשמוחל לו במה שבידו ובמה שתופס משלו אבל אם לא מחל מיד כגון שאמר אם לא אבוא עד זמן פ' לדין לא אערער ודעתו היה לעשות כדבריו נראה דצריך קנין דקי"ל פשרה צריכה קנין וה"נ לא שנא ע"כ. והר' משפטי שמואל ז"ל סי' ס"ו כתב במחילה על תנאי דלא גמר המחילה ויכול לחזור אם לא היה קנין ובתוך דבריו שם כתב תדע דעיקר המחילה אצ"ק גמרינן מדאמרי' במס' קידושין די"ו וז"ל הגמ' ולימא ליה באפי תרי זיל וכו' א"כ בעינן דומיא דהתם דאמר לו המחי' באותו הדבר ובכהאי גוונא חשיבא הדבר גמור ולא יוכל לחזור בו יותר ועוד הביא ראיה מהמרדכי ז"ל בפרק זה בורר הביא שם שאלה אחת במי שתבעוהו למחול והשיב

להם יהי כדבריך ונסתפקו אי חשיבא מחי' משום דלא אמר להם אני מוחל והשיבו כי לשון זה מועיל ומביא ראיות עי"ש וכל אותם הראיות היו דברים הגומרים באותו הדיבור הענין אבל לא בלשון התלוי ועומד כנ"ד ע"כ. א"כ אף אנו נאמר הוא הדין והוא הטעם בשטר שאם לא החזיר מיד ולא גמר מחילתו אזי בעי מחילה מחדש עם חזרת השטר ולא מהני מידי מחילתו הראשונה שהיה בה קנין. והרב ש"ך ז"ל שם ס"ק י"ז אחר שהביא לשון הסמ"ע ז"ל הנז' כתב וז"ל וכן כתב הטור בשם רבינו ישעיה ז"ל וצ"ע דלקמן סי' רמ"א ס"ב לא כתב מורם ז"ל כן עכ"ל ולי אני הפשוט לא זכיתי להבין דב"ק דהר' הסמ"ע ז"ל קא מפרש אדברי מרן ז"ל ומ"ל אם מורם ז"ל כתב כן או לא ומה גם דמורם ז"ל כתב בשם יש אומרים דלפי פשוטו משמע דבא לחלוק אדברי מרן ז"ל כפי פי' הסמ"ע ז"ל דהיכא דאיכא בידיה שטרא ולא ק"מ דל"מ מחילה ומורם ז"ל לא כתב כן אלא דאפי' דהיכא דאיכא שטרא בידיה אפ"ה הויא מחילתו מחי' בדברים בעלמא ע"ש דבדבריו אלו מודה שהוא היפך מרן ז"ל לפי פירוש הסמ"ע הנז"ל:

ואל תשיבני דא"כ הי"ל למורם ז"ל להגיה כן בסי' י"ב ס"ח דאי מהא לא אירייא ומורם ד"ל הגיה כן במקום מוצא הדין שהוא סי' רמ"א ה' מתנה ומחי' לא כן בסי' י"ב שהוא דרך אגב לא נטפל להגיה סברת היש אומרים ושם בסעיף ח' רמז לעיין בבי' רמ"א שהיא מקום מוצא הדין הנז' והבן:

הנה כ"ז הוא אם נאמר לדעת מורם ז"ל שכ' בשם יש אומרים וכונתו לחלוק אדברי מרן ז"ל וכמ"ש הר' לשון לימודים ז"ל דצ"ז ע"ד ודצ"ח ע"א שהקשה על הרב החבי"ב ז"ל על מ"ש בתשו' חלק או"ח סי' ל"א יעו"ש דנראה מדבריו שהרב המפה לא בא אלא לפרש:

ולא ראיתי עד הנה לשון ויש אומרים שהוא לפרש וגם בדצ"ח ביאר דלשון יש אומרים משמע לחלוק:

ואנכי הרואה בכמה מקומות שפי' המפר' שיש אומרים שכתב מורם ז"ל שבא לפרש וכאשר אבאר מקצתם לקמן ומה גם כי הש"ך עצמו בחו"מ סי' מ"ב ס"ק כ' כתב אדברי מורם ז"ל עצמו דכן דרכו בכמה מקומות שכותב בלשון יש אומרים משום דבדיעה ראשונה לא הוזכר חילוק זה בפי' ושם בסי' רל"ב ס"ק כ' וז"ל וגם הר' שכתב בלשון יש אומרים אין כונתו לפלוגתא מא לפי דמשמע מדברי הב"י ז"ל דהרמב"ם ז"ל לא ס"ל כן כתב בלשון ויש אומרים אבל באמת דעת הרב ז"ל דכ"ע מודים בזה וכמ"ש בח"מ וכן הסכימו הסמ"ע והב"ח ז"ל ע"כ:

נקטינן מהכא כי גם הסמ"ע ז"ל סובר כן ולכן פי' בסי' רמ"א חלק חו"מ ס"ק ז' עי"ש וכמ"ש לקמן וכן כתב ביו"ד סי' ר"מ ס"ק ו' ושם סי' רס"ד ס"ק ג' ע"ש. וחדית לן הר'

ש"ך ז"ל בסי' קע"ג ס"ק ל"ג דאף כשכותב מורם ז"ל ויש מתירים אינן חולקים אסברא ראשונה וכהאי גוונא בדוכתי טובא וכ"כ בסי' קע"ז ס"ק ל':

ובעבור זאת פי' הר' הסמ"ע ז"ל חו"מ בסי' רמ"א ס"ק ז' דברי הרב המפה ז"ל שכתב ויש אומרים אפי' הי"ל שטר וכו' כתב הסמ"ע ז"ל פי' וצריך הנותן להחזיר להמקבל השטר או המשכון אחר שמחל לו חובו ע"כ ולפי פירוש זה עם פי' הראשון בסי' י"ב נראה דס"ל דמרן ז"ל ומורם ז"ל בחדא שריין ולא פליגי אהדדי ומורם ז"ל פרושי קא מפרש ומסיים למילתיה דמרן ז"ל כמנהגו בכמה מקומות כלשון היש אומרים ומורם ז"ל שלא כ' ס' הי"א בסי' י"ב הנה תשובה מוצאת ממ"ש לעיל:

א"כ הסמ"ע ז"ל לשיטתיה אזיל דקא מפרש וי"א שכ' מורם ז"ל מודה בה מרן ז"ל בדבריו הראשונים א"כ אחר המחי"ר מהרב הש"ך ז"ל שמקשה לו דמורם ז"ל לא כתב כן דלפי האמור גם מורם ז"ל כ"כ שבא לפרש ולא לחלוק וזהו דקדוק דבריו שכתב אחר שמחל לו חובו דהם שפת יתר אם לא שנאמר שכיוין למ"ש בסי' י"ב דתיבת מיד וגם כאן בא לומר דצריך חזרת השטר או המשכון אחרי סמוך שמחל החוב. ואף דלזה כיוין הר' כרם שלמה חי"ד סי' י"א די"ב ע"ב שכתב ואולי ר"ל וכו' ע"ש. ודלא כמו שרצה לפרש בדבריו וצריך להחזיר ר"ל חייב להחזיר אחר שמחל לו חובו דאם כדבריהם היל"ל חייב להחזיר לא צריך להחזיר וגם היל"ל מאחר שמחל לו חובו לא אחר שמחל:

ואוסיפה לך במחילה דנ"ד דמחילתו לא הוייא מחילה כיון דלא ידע כמה מחיל וכמ"ש מרן בש"ע חו"מ סי' רכ"ז בדיני אונאה סעי' כ"א וז"ל האומר לחבירו וכו' בד"א בסתם שאינו יודע כמה אונאה יש בו כדי שימחול אבל במפרש אין לו אונאה כיצד מוכר שאמר ללוקח חפץ זה שאני נותן במאתים יודע אני שאינו שוה אלא מנה ע"מ שאין לך עלי אונאה אני מוכר לך אין לו עליו אונאה וכן לוקח וכו' יעו"ש ובסי' רל"ב סעי' ז' כתב וז"ל כל הלוקח סתם וכו' עד שיאמר לו כל מום שימצא במקח זה הפוחת דמיו עד כך וכך קבלתי אותו שהמוחל צריך לידע הדבר שהוא מוחל לו ויפרש אותו כמו המפ' האונאה ע"כ אשר מזה נראה דדעת מרן הק' ז"ל אשר בו אנחנו נשענים לפסוק כוותיה ס"ל דבכל דיני מחי' צריך המוחל לידע כמה מחיל ולפרשה בתוך מחילתו דאל"ה לא הוייא מחילה. ועיין בבאה"ט שם ס"ק ו' ועי' בפ"ת שם ס"ק ד':

ואל תאמר כי לא הבאתי דבר כי עפ"י ס' הפוסקים הביאם הר' שער אשר ח"ב ד"ט ע"ב וז"ל הגם הלום ראיתי אחרי רואי דמר הוא דאמר דהא דאמרינן דהיכא דלא ידע ומחיל לא הוייא מחילה היינו במחילה ע"פ אבל אם מחל בכתב גמר ומחיל בכל ענין והן הן דברי התוס' בההיא דאונאה וכו' יע"ש. ונ"ד הוי בכתב:

לא כן אבי דלא דמיין אהדדי דדברי הפוס' שכ' במחי' בכתב הוא בשטר שכתב בו שהוא מוחל כל מין ספק שיפול בו אשר לא כן בנ"ד בכתב שמודיע בו שמחל היותו רחוק מן העיר ואי אפשר לו באמירה לכן כתב הכתב אשר אינו שטר:

וזאת אשיב עוד כי מיניה וביה הביא הר' שע"א הנז' שכתב עוד וז"ל ועם כי מהרשד"ם צידד בדבר והעלה דאין לחלק והפ"מ נמשך אחריו מ"מ מצי' למי' קי"ל כדעת התוס' ולפי מ"ש והעלינו דהמוחל הוא המוחזק שהשטר בידו אנן נמי נימא הכי דיכול המוחל לומר קי"ל כהרשד"ם ודעימיה ז"ל וכיון דמרן אי"ל דכתי' הוייא כדיבור נעולה היא לנ"ד ואנן קבלנו עלי' הוראותיו לכל אשר יאמר כי הוא זה ולפי דבריו אין לחלק בין בע"פ לבין בכתב ובפרט שהכתב דנ"ד הוי כע"פ:

זאת ועוד אחרת איכא בנ"ד דכיון דלא ידע כמה מחיל הוייא מחי' בטעות וכמ"ש עט"ר הרמ"ז סי' רמ"א בהגהב"י אות ט"ו וז"ל יתום שמחל לשמעון ממון אביו בשביל שבשעת מחילה לא הכיר ולא ידע מה שהיה אצל שמעון מממון אביו מפני שהעלימו ממנו ממונו הוייא מחי' בטעות מהרי"ק שורש קי"א בשם גאון מורי הרב ז"ל ח"מ סי' מ"ו ע"כ ובמחי' בטעות פ' מרן דלא הוייא מחי' וכמ"ש בשולחן ערוך ח"מ סי' י"ב ס' י"ד וז"ל הכופר בפקדון ונתפשר עמו ומחל לו ואחר כך מצא עדים יכול לחזור בו ועי' בפ"ת ס"ק ב' שפירש שהוא מטעם מחילה בטעות וכתב המע"ש סי' י"ב בהגהב"י אות כ"ה וז"ל מחילה בטעות וכו' עיין דרכי נועם חו"מ סי' י"ו בני אברהם חו"מ סי' כ"ג דאפי' אם כתב בל' טעותא דידיע לי השתא ודיתגלי וכו' אפ"ה לא הוי מחי' עד שיכתוב יודע אני שיש לי בידך סך מה ועכ"ז מחול לך יעו"ש ועי' זקן אהרן סי' קנ"ה מחנה אפרים ז"ל הלכות שותפות סי' ו' בשותף דלא ידע כמה מחיל דלא מהני מחילתו ויש לעיין במ"ש בהל' אונאה סי' י"ו יעו"ש ועי' להר' שפת הים בחו"מ סי' כ"ד דקל"ו ע"ד יעו"ש ועי' להר' ארח משפט בסי' רמ"א הגהב"י אות ט' במה שציין ועי' בס' משחא דרבותא דקל"ג ע"ב:

עוד כתב מרן הש"ע בח"מ סי' קמ"ב סעי' ב' וכ' הבאר היטב שם ס"ד שהוא מדין מחי' בטעות גם מדברי מרן הש"ע ח"מ סי' רמ"א סעי' ג' העלה הפ"ת ס"ד דמחי' בטעות צריכה דליהוי מוכחא מילתא שהיא בטעות ונ"ד אין לך מוכחא מילתא גדול מזה ובפרט בהצטרף הני כמה טעמי תריצי דכתבי' לבטל המחי' ועיין להרב מט"ש סי' רמ"א הגב"י אות ב' שהעלה וז"ל והמתבאר מדברי הפו' האחרונים ז"ל דכל שלא ידע ומחי' לא פליג רש"י ואין לו' קי"ל יעוש"ב:

נפקא לן בתרי טעמי הנז' דמחי' דנ"ד דלא ידע כמה מחיל דהוייא מחי' בטעות. ונוסף גם הוא דהוייא טענה גרועה ואינה מפורשת והוייא כאנוס מכל הלין טעמי ואפי' מאחת

מהנה תו' יוצאה בהינומא דהכתב אשר כתב לא מהנייא ביה מחילתו ועדין שטרו בחזקתו קאי ועדין זכותו במקומו עומד. ויהיו דברי אלה תוספת נופך הגם דנימא דבר שאינו. דיש ספק במחילה. לך נא ראה למרן הב"י חו"מ בסי' רמ"ו ס' ה' שכ' וז"ל וכל היכא דאי' לאיסתפוקי בלשון המתנה אם נתכוון למתנה גמורה על המקבל להביא ראיה ע"כ ולפי מה שפסק מרן הש"ע בסי' ר"ה ס"ג ומחילה דינה כמתנה הגם שתאמר מה שאינו דאיכא ספיקא מחי' הזאת על המוחל להביא ראיה שהוא המוציא אשר לא כן המוחל שהוא כנותן המתנה והסמ"ע שם ס"ק ע"ו כתב וז"ל המחי' הו"ל כמתנה והזוכה הוא בא להוציא מיד הנותן ועליו הראיה עכ"ל:

ועוד אחרת היתה מ"ש מרן חו"מ סי' ע"ה סעיף ט' בסופו וז"ל מנה לי בידך שהלויתני או שהפקדתי בידך והלה אומר יודע אני שהלויתני מנה או שהפקדת אצלי ואיני יודע אם החזרתי לך אם לאו חייב לשלם ע"כ וטעמא דמילתא משום דברי בחיובא וספק בחזרה חייב ועיין להרב ערך השלחן סי' י"ב אות ט' דף ח' ע"ב וז"ל אבל ראיתי להרב פמ"א ח"ד סי' ר"א ד"ן שחלק על מהראנ"ח והביא ראיה מהך בעייא דברי שפסקו הרי"ף ור' ברוך דמספק מוקמינן שטר כתובה אחזקתה דסבירא ליה דכיון שהוא ברי בחיובא וספק במחילה חייב וגם הרמב"ם ושאר פוסקים שכתבו באיבדה כתובתה מספק התם היינו טעמא כמ"ש הנמוקי יוסף שם דכל היכא דלית ליה לשטרא שעת הכושר מקרי בעה"ש מוציא אבל היכא דלא שייך ה"ט מודו ע"ש ונ"ד נמי הכי הוי ברי בחיובא וספק במחי' אבל הכא לא שייך למימר בהאי שטרא דלא היה לו שעת הכושר:

ושובי עוד צדקי בה טעם לנכון לצד המחי' דהוייא דבר שלא בא לעולם הביאו מורם בהגהה סי' ר"ט ס"ד וז"ל כשם שאין אדם יכול להקנות דבר שלא בא לעולם כך אינו יכול למחול דבר שלבל"ע וכ"ן שהוא דעת מרן שכתב שם אין אדם מקנה דבר שלבל"ע בין במכר בין במתנת ברי וכו' יעו"ש וכיון דבמתנה אין אדם מקנה הוא הדין במחי' עפ"י מ"ש מרן בסי' ר"ה ס"ג דמחילה הוייא כמתנה:

ולך נא אקחך אל עט"ר אדוני זקן בכנסיה שלו שם בהגהט"ו אות כ"ה שכן הורה הלכה למעשה ראובן וכו' והתנו שכל הוצאה שיהיו בבתים וכו' מחל השוכר למשכיר מעשה בא לפני ודנתי שלא זכה מפני דהוי דבר שלבל"ע ע"כ ועיין להר' הנז' שם באות ל"ח במה שציין:

וא"ת דנ"ד דמי למוכר דקל לפירותיו שכ' מרן ז"ל שם ס"ד קנה מיד ואין שום אחד יכול לחזור בו וכו' ולא הוי דבר שלבל"ע משום דאילן איתיה בעולם ואף אנו נאמר

כן בנ"ד כיון דערי השליחות איתנהו בעולם וקנה כדין דקל לפירותיו ובזה מהנייא גם המחילה כמש"ל:

אי מהא לא איריא דנ"ד הגם דנימא דהוי דבר שבא לעולם דדמי לדקל לפירותיו וכמש"ל מ"מ כבר כתב מרן שם ס"ד וז"ל דבר שב"ל ואינו ברשותו דינו כדבר שלא בא לעולם שלא קנה ונ"ד לא הוי ברשותו וכיון דלא הוי ברשותו לא קנה וממילא מחילתו אינה מחילה:

וכי תימא דעיקרא דדינא פירכא דהיאך קנה כיון דכן מרן פסק דאין אדם מקנה דבר שלבל"ע וכיון דכן ליזיל בתר מעיקרא דלא קנה וא"כ אינו צריך למחילה אי מהא לא תסברא דאיכא למימר דקנה מדין מנהג הסוחרים כמ"ש מרן בש"ע חו"מ סי' ר"א וכן נהגו בכל ערי הקו' לקנות השד"ר השליחות אפי' דהוי דבשלב"ל וכיון דאיכא קנין אזי צריכים אנו לתור ולבקש אם מחילתו הוייא מחי' או לא ועוד איכא טעמא אחרינא דבההיא הנאה דקנה הקנין לשעבד נפשו בקנין אינהו נמי גמרי ומקנו ליה:

גם את השני דהמחילה לא נאמרה אלא בהלואה כמ"ש מרן הש"ע חו"מ סי' ע"ג סעי' י"ט וז"ל הבא לפדות משכונו וכו' ואמ"ל כבר מחלת לי אין בדבריו כלום משום דבאדם שחייב לחבירו מעות שייך לשון מחילה וכו' ועי"ש באר היטב ס"ק מ"א וז"ל כתב הסמ"ע וכו' דדוקא בהלואה דניתנה להוצאה שייך לשון מחי' וכן מתבאר בסי' רמ"א יעו"ש ועיין לעט"ר הרמ"ז בהגה"ט אות ט"ל מה שציין שם ועיין מט"ש סי' ע"ג בהגהט"ו אות ע"ח מה שציין ועי' עוד בזה באות פ' מש"ש:

ועיין עוד לעט"ר הרמ"ז סי' מ"ב הגהב"י מה שציין בזה. עוד ראיתי לו בסי' פ"ב בכללי המגו אות נ"ז וז"ל היכא דאיכא שטרא מעליא מגו להוציא אמרי' תוס' פ' חזקת הבתים בעה"ת שער כ"א הרא"ש פ' שבועת הדיינין מרדכי פ' הכותב מהריב"ל ס"א דף קכ"ט ע"א ס"ג סי' ע"ט ודוקא בשטרא מעלייא אבל היכא דמרע לשטריה לא אמרי' מגו להוציא מהריב"ל ח"ג יעוש"ב ועיין עוד שם מ"ש בשטר העומד ליגבות דלאו כגבוי דמי דלאו בכל מילי נאמרה ומכ"ש בנ"ד דהשטר שבידו הוא שטרא מעלייא והמחילה היא גרועה כמש"ל:

והרב שער אשר ח"ב די"ח ע"ד כתב וז"ל ע"כ לא קאמר הרשב"ם ז"ל התם אלא דמי שיש בידו השטר הוא המוחזק וכו' אבל אם היה השטר כשר אלא שהוא רוצה לפסול אותו בהא אפי' שבעל הקרקע הוא מוחזק בעל השטר מקרי מוחזק ואפי' להוציא ממון מיד המוחזק וקרקע מיד בעלים מוציאין ממנו וכו' משום דבעה"ש הוא המוחזק וכו' וכן בנ"ד מי שיש בידו השטר מתנה הוא המוחזק אעפ"י שהנותן הוא דר בבתים וכו' ע"כ וכתב עוד שם וז"ל משא"כ הכא דליכא שתי פי' בשטר אז אמרינן יד בעה"ש עה"ת

והיינו משום דאיכא ריעותא בגוף השטר וזה פשוט. ועי' להרשב"א המובא בב"י סי' פ"ב שכתב ואינו יכול דאפי' לא האמינו כלל להשביעו על טענת מחיל אפי' שאינו יכול להשביעו אלא ע"ד שהשטר עומד לכך כגון פרעון אבל לא ע"ד שאין השטר עומד לכך כגון טענת רבית והוא הדין בטענת מחי' שאין השטר עומד למחי' עי"ש וכ' הר' ערך השולחן סי' מ"ב אות י"א דמ"ט ע"ב בסופו והכא נמי בס' מחי' אמרינן יד בעה"ש עה"ע מהאי טעמא דאין השטר עומד למחילה משא"כ בפרעון. וכפי האמור לא קשה מהא דב"ה דשטר העומד ליגבות לאו כגבוי דמי דשאני הכא דהוי מחי' ובמחי' אמרי' שהשטר אינו עומד למחי' וכיון דכן השטר בחזקתו עומד והמוחל הוא המוחזק והנמחל הוא המוציא וכמש"ל:

ועיין להר' פנים במשפט סי' ח"ן דרל"ו ע"ב וגם על קושיית הרב מוהריב"ל על דברי התו' בפרק ח"ה דאי איכא שטרא מעלייא מיקרי להחזיק ואמרי' מגו מהא דקי"ל כב"ה שטר העומד ליגבות לאו כגבוי דמי יעו"ש מה שהאריך הרחיב למעניתו ליישב הקושייא קחנו משם וע' בקצות החושן סי' י"ב ס"ק א' שהביא קושיית דאנן קי"ל כב"ה בשטר העומד לגבות לאו כגבוי דמי ומה שתירץ שם יעו"ש:

והרב מהר"י כ'ולי ז"ל בסוף ס' עזרת נשים בשאלה ב' בדף ס' ע"ב הביא תשו' זאת דהר' ראש יוסף ז"ל דדכ"ב וכתב ועיין בדכ"ח ע"א בהגה ועפ"י תשו' זאת פסק הוא בנדון דידיה שם וז"ל וה"ה הכא בנ"ד דחזקה במקום שטרא קיימא והוא נקרא מוחזק אף שחזרו הבעלים הראשונים לדור בבתים עכ"ל:

וגם עט"ר הרמ"ז הנז"ל שכתב ואם בעל השטר מוחזק אזיל ומודה בנ"ד דבעל השטר הוא המוחזק דמידי הוא טעמא שכתב דאין בעה"ש מוחזק הוא משום דקי"ל כב"ה דשטר העומד ליגבות לאו כגבוי דמי כאשר יראה הרואה שם בדבריו. אשר לא כן בנ"ד דלא הוי שטר העומד ליגבות אלא הוי דומיא למ"ש הרמ"ז ז"ל, שם באות מ"ו וז"ל שטר כתיבה דהוי מעב"ד כגבוי דמי וכו' יעו"ש וכיון דהוי כגבוי פשוט הדבר דהוי מוחזק בשטרו וכיון דהוי מוחזק יכול לומר קי"ל וכמ"ש הר' ערך השולחן משם עט"ר הרמ"ז המובא לעיל:

ואח"ז נדפס מחדש ס' פני יצחק ח"ב חיו"ד סי' ג' ד' שהעלה שם דהלוה הוא המוחזק גם שהשטר הוא ביד המלוה דשמעת מינה דאין בעה"ש מוחזק. לזאת אשיב דמלבד דברי החולקים עליו שני אדני הק' המובאים שם ואל הג' ל"ו בא הוא מע' הרה"ג הוא הרא"ש רש"ל הנה הגם שהסכים ע"י והעלו בדעת מרן ז"ל שהמלוה הוא המוחזק וממילא קא

אתייא שדעת מרן ז"ל שבעה"ש הוא המוחזק ומי יבוא אחרי המלך הוא יוס"ף הוא השליט שקבלנו הוראותיו ומי ירהיב עוז בנפשו לפסוק דלא כוותיה:

ולדעתי המעט הוא בנ"ד אם הר' פחד יצחק הנז' הוא יורה יורה ידין ידין לנ"ד שבעה"ש הוא המוחזק דמידי הוא טעמא דפסק שם בשטר מו"ש דהלוה הוא המוחזק הוא משום דמדמי לה לדין שומא דהדרא דשם גם מרן הק' ז"ל פסק דהלוה הוא המוחזק אשר לא יעשה כן בשטר דנ"ד דלא דמי לדין שומא דהדרא ועיין בדברי הרבנים הנז' מה שדחו גם לנדון דידיה דלא דמי לשומא דהדרא ונ"ד אתיא במכ"ש יעוש"ב בדבריהם שם בדי"ח:

והגם שהר' הנז' חזר בו לתקן דבריו מ"מ בכעין נ"ד אזיל ומודה דבעה"ש הוא הנקרא מוחזק כאשר יראה המעיין שם בדבריו. ולדידי חזי לי מפורש יוצא הדבר בדברי מרן הק' חו"מ סי' נ"ח אשר מפיו אנו חיים בסעי' א' וז"ל המוציא שטר מקויים וכו' וזה השטר עדין בחזקתו עומד אם לא נתנם לו בפני עדים נאמן והשטר עדין בחזקתו עומד וגובה בו בלי שבועה אם יש בו נאמנות וכו' ואם אין בו נאמנות אינו נוטל אלא בשבועה דנר' מזה דבעה"ש הוא המוחזק והגם ששטר דנ"ד אין בו נאמנות הרי הוא בחזקתו עד גמר שליחותו וישבע כדין שביעת השותפות ולא מפני מחילה הגרועה זו תאבד חזקתו:

אחת שאלתי לדעת אם טענת מחילה אי הוייא טענה יפה או גרועה כתב מרן הש"ע חו"מ סי' פ"ב ס' י"א וז"ל אם טען הלוה מחלת לי חוב שבשטר זה יש מי שאומר שדינו כמי שטוען פרעתי וכ' הבאה"ט שם ס"ק כ"א וז"ל כתב הסמ"ע הטעם משום דאין סתם שטר עומד למחי' וגרוע טענתיה ועי"ל סי' קכ"ו ס' י"א וכו' יעו"ש וכתב הר' פ"ת ס"ק ח' נכתב בצידו דמחי' טענה גרועה ולא מהימן אלא במגו דפרעתי יעו"ש באורך ונ"ד ליכא מגו דפרעתי וידוע שכשכותב מרן יש מי שאומר הוא להלכה ולמעשה עוד כתב מורם ז"ל סי' ע' ס"א וז"ל כל מקום שנאמן לומר פרעתי נאמן לומר מחלת לי אעפ"י שמחי' טענה גרועה היא מרדכי פ' השותפין ע"כ ועיין מהרימ"ט ח' אה"ע סי' כ"א וסי' ס"א. ועי' להר' שער אשר ח"א ד"ק ע"א וז"ל דהא ודאי ליתא דמחילה גרועה היא ואין בה מועיל לטעון אותה כ"א היכא דאית ליה מגו דפרעתי וכדברי מהר"ם שהביא המרדכי פ"ק דב"ב והביאו מורם בחו"מ סי' ע"ח וכן העלה הר' ש"ך בסי' ע"ה ס"ק כ"ב ובתשו' מהרימ"ט ח"א סי' ס"א וס"ב וח"ב סי' מ' דליכא מאן דפליג בזה ע"כ:

ואפילו לדעת הרב מהראנ"ח הביאו הרב ש"א שם וז"ל וגם למ"ש מהראנ"ח ח"א סי' כ"א וח"ב סי' ג' שיש חולקים בזה ואית להו דטענת מחילה הרי היא כשאר הטענות דטוענין אותה גם בלתי מגו ע"כ היינו דוקא בטענת מחי' שהיא טובה ומפורשת כשאר טענות אזי אמרינן שהיא כשאר טענות אשר לא כן מחי' דנ"ד שהיא בכעס ובטעות ודרך שחוק

והיתול אליבא דכ"ע היא טענה היוצאה בגרעון דבעינן מחי' מפורשת וכמ"ש הרמב"ם ריש פ"ה מה' מכירה וז"ל יש דברים הרבה וכו' ופסקו מרן בש"ע אה"ע סי' ק"ה וז"ל המוחלת כתובתה וכו' שיהיו דברים שהדעת סומכת עליהם ולא שחוק והיתול ובנ"ד כל בתר איפכא:

ועוד זאת יתירה דליכא בכתב אשר שלח שום לשון מחי' כ"א בזה הלשון כתב שאני איני יכול ללכת ואם ירצו ישלחו אחר ולשון כזה נגרעה נחלתו והרדב"ז כתב בח"ב סי' שס"ד דכיון שהחוב ברור צריך להיות לשון המחילה מבורר ע"ש:

ולך נא ראה להנ"מ חו"מ סי' ר"ז ס' ט"ז בחידושים ס"ק מ"ח שכתב וז"ל ואחר שחייב עצמו וכו' אף דמחי' אצ"ק מ"מ הכא שהמחילה אינה ברורה הוי כמו מחי' דפשרה שצ"ק ע"כ. וממנו נקח לנ"ד דהמחי' אינה ברורה וכמש"ל. ובס' פנים במשפט בסי' כ"ה אות נ"א כ' וז"ל כשהחוב מבורר והמחלו' הוא על הפיטור או על המחילה ע"ש במה שציין. ועיין בס' תורת חסד בסי' קמ"ד בענין טענת מחילה היא טענה גרועה וכן דקדק מהר"מ גלאנטי בתשו' סי' צ"א ומהרימ"ט סי' קנ"א ומהר"ש צרור סי' י"ד מלשון הרמב"ם דאין צריך לישבע על טענת מחי' ע"ש הביאם הר' ערך השולחן סי' פ"ב סעי' מ"ז דס"ד ע"ד גם הרב מהרימ"ט חאה"ע סי' נ"א כתב דטענת מחי' רעה שאין אדם עשוי למחול את שלו ועיין ש"ע חו"מ סי' פ"ב סעי' י"א ובפ"ת סי' ק"ח שם יעו"ש. ועי' בס' משחא דרבותא דקל"ג ע"ב שכ' וז"ל למדנו מזה הדין שאם אמר וכ' בל' גרוע וכו' ולמדנו מזה שאם אמר המלוה לערב כדברים אלו אין לי דין ולא דברים עמך אין משמעותו לשון מחי' ולא אמרינן שכונתו למחול לערב ומחי' אצ"ק כמו וכו' ובנדון זה אין בו שום משמעות של מחי' אפי' בל' גרוע ע"כ דון מינה ואיקי באתרין דלא מהני ל' הכתב הזה אשר שלח:

הדרן לדברי הר' ש"א הנז' שם שכ' וז"ל ולענין הלכה אין ספק דיכול המוחזק לומר קי"ל כדעת הר"מ הלוי והראנ"ח והכנה"ג בסי' ע"א ופ"ב וכמ"ש בתשו' שפת הים חו"מ סי' נ"ו:

ותהי עוד נחמתי במ"ש המשכה"ר מערכת מ' אות כ"ד וז"ל מחי' אפי' לדעת הרי"ש שכתב הטור סס"ב דהמוחל חוב שבשטר כל שלא החזיר לו השטר לא מהני בלא קנין ע"ש. נלע"ד דה"ד במוחל כל החוב כיון דהו"ל לאהדורי שטרא ולא אהדריה ש"מ דלהשטאה איכוון ע"ש בכנה"ג במה"ב אבל במוחל מקצת החוב דלא מצי למיהדר ליה שטרא מודה דמהני דליכא למיתלי בהשטאה. ועי' במהר"ם שיף בחי' לכתובות במ"ד לד' נ"ז באורך ע"כ:

אזן מילין תבחן לנ"ד שמחל בכל לפי"ד א"כ הו"ל להחזיר את השטר ומדלא החזיר מורה דמשטה בהו:

ורוח כביר אמרי פי הרב בס' משחא דרבותא דקל"ג ע"ב וז"ל הנה אתה רואה סתירת אלו הדינים דבמקום אחד וב' כתב דמחי' אינה צריכה קנין. ובמקומות אחרים כתב דמחי' צריכה קנין דבלא קנין לאו כלום היא ונ"ל לתרץ דבמקום שנעשה הדבר בקנין אין הקנין מתבטל בדברים בעלמא אלא צריך קנין לבטל הקנין ודכוותא פ' מרן ז"ל בסי' קי"ח ס"א וכו' יעו"ש **ועוד** מצאתי ראיתי למרן הק' בח"מ סי' ר"ה סעיף ג' וז"ל פשרה דינה כמכר ומחי' דינה כמתנה ומצינו לו בח"מ סי' רמ"ה סעי' ט' כ' וז"ל נתן שדה פלונית במתנה לראובן ואח"כ החזיר לראובן שטר מתנה לנותן וגם עשה לו מחילה לא נתבטלה המתנה בכך ע"כ וכ' הבאר היטב שם סעי"ק ט' בכך. דמאחר שכבר זכה ראובן בה באחד מן הקנינים אינו יוצא מתחת ידו עד שיחזור ויקננה להנותן באחד מן הקנינים ע"כ. אשר בזה פקא מינה לדעת מרן שדבר הנעשה בקנין אינו מתבטל כ"א בקנין אחר שהקנינים כיון דדין המתנה ודין המחי' משפט אחד יהיה לכולם ואפילו שהחזיר שטר המתנה כ"ש לנ"ד שלא החזיר את השטר ועדין הוא בידו:

אבחרה דרכי עמו לנ"ד שהדבר נעשה שקנו מידו בקנין וצריך קנין אחר לבטלו ובדברים לא יוסר לשנאמר עליו מחילה אינה צריכה קנין ולבטל ממנו זכות שזכה בו בקנין שקבלו מהם ואין לך לשין גרוע מזה וכמש"ל:

יש טעם ברירי מלבד הכתוב לעיל נ"ל כעת לדעת ר' ישעיה והסמ"ע דאית להו דצריך להחזיר את השטר דאל"ה מחילה לא הוייא מחילה והוא זה שיכול לומר שטרך בידי מאי בעי ול"ל שהניחו בידו בעבור איזה סיבה כגון שעדין לא פרע כולו וכמ"ש המט"ש בסי' נ"ט בהגהב"י אות ב' משם הרב צרור הכסף וז"ל דליכא למימר אם איתא דפרעיה שטרך בידי מאי בעי דמצי אמ"ל שנשאר אצלו בשביל עשרה גסים הנשארים לגבות וכו' וכמ"ש החש"ק בסי' נ"ט הגהב"י אות א' שכ' דדוקא בנפרע כולו הוא דאיכא למימר שטרך בידי מאי בעי יעו"ש. ונ"ד דהו"ל כנפרע כולו ואי אמרת דמחילתו הוייא מחילה יכול לטעון שטרך בידי מאי בעי. ונראה דנוכל לומר שזהו דעת הסמ"ע ז"ל שכ' בסי' י"ב על דברי מרן ז"ל דמחי' אינה צריכה קנין וצריך להחזיר לו את השטר ע"כ הכונה דאי לאו הכי מצי טעין דאם איתא דמחילתו הוייא מחי' הו"ל להחזיר את השטר בכדי שלא יוכל לטעון שטרך בידי מאי בעי:

לכו אל יוסף הוא מרן וכל אשר יאמר לכם תעשו והנה הוא יוצא לקראתך בטענה זו דשטרך בידי מאי בעי לך נא ראה בב"י שם בסי' פ"ב סעי' ו' שכ' וז"ל וגם בס' התרומות

שער כ"א הזכיר סברות אלו דכתב דלא מסתברא כרב שר שלום דטענת שטרך בידי מאי בעי אלימא היא ואף רבינו האי גאון מצינו שדחאה לסברא זו והסכים בעל התרומות לדעת הרי"ף והרמב"ם וכמ"ש רבינו וסברת הרי"ף מבואר שם שכתב כן בתשו' ודברי הרמב"ם הם בפי"ד מהלכו' מלוה ולוה ה"ו והכי נקטינן ע"כ:

ועיין לעט"ר הרמ"ז הכנה"ג סי' פ"ב בהגהט"ו סעי' ו' אם יש בו נאמנות אינו נאמן וכו'. נ"ב משום דמצי למימר שטרך בידי מאי בעי ודוקא הלוה עצמו אינו נאמן לומר פרעתי אבל ערב שנתערב בע"פ אפע"פ שנתערב על מלוה בשטר. יכול לומר פרעתי ואין טענה שבמ"ב הרשד"ם ח"מ סי' ל"ח. ושם סי' פ"ב אות ח' כתב הרמ"ז וז"ל שטר שכתוב וכו' ואין הלה יכול לומר שבמ"ב דאין שטר זה שטר חוב אלא שטר פקדון דומיא דשטר כיס היוצא על היתומים מורי הרב ז"ל בתשובה ח"א, סי' ע' ע"כ. וכיון שכן דעת מרן שיכו"ל שבמ"ב לכן כתב הסמ"ע ז"ל בדעת מרן ז"ל דצריך להחזיר השטר כדי שלא יוכל לטעון שבמ"ב:

ובמט"ש בסי' ע"ג הגהב"י אות ב' כתב וז"ל הא דנאמן לומר פרעתי תוך ל' היינו דוקא במלוה ע"פ אפילו בעדים אבל במלוה בשטר או על המשכון אפי' אחר ל' יום אינו נאמן דיאמר לו שטרך בידי מ"ב וכן במשכון ראש יוסף סק"א עכ"ל:

ועוד בא כיון דהשטר בידו ומחילתו היא מחי' גרועה וכמש"ל א"כ בעל השטר הוא המוחזק ולא הרבים וכמו שיראה הרואה במהרי"ט ח"ג בח"מ סי' כ"ח וכבר הארכתי במקום אחר:

והן עוד נביא לדברי הרמב"ם בפי"ד מהלכות מלוה הלכה י"ג שכ' וז"ל שכיון שאין השטר ביד המלוה אין שם חזקה אשר מזה מוכח דאם השטר בידו הו"ל חזקה וא"כ בנ"ד שהשטר ביד המוחל שמחילתו גרועה והוא המוחזק ועי' לעט"ר הרמ"ז בס' כנה"ג סי' כ"ה בכללי הקי"ל אות מ"ה דכתב וז"ל אין בעל השטר נקרא מוחזק לומר קי"ל דקי"ל כב"ה דשטר העומד ליגבות לאו כגבוי דמי הריב"ש ז"ל בתשו' סי' ת"ד וזה דעת הר"ן בפ' שבועת הדיינים גבי סטראי נינהו כמו שהוכחתי בתשו' ע"כ יעו"ש ועיין להר' ערך השולחן סי' כ"ה אות ח"י שכתב ע"ד עט"ר הרמ"ז ז"ל שאמר דאין בעל השטר נקרא מוחזק כיעו"ש כתב וז"ל אבל ראיתי לו בסי' ל"א שכתב דאין מקבלים עדות שלא בפני המלוה בשטר דבעל השטר נקרא מוחזק כמ"ש התוס' דאע"ג דמגו להוציא לא אמרי' בשטר אמרינן מגו ונר' הטעם דלא הוי מגו להוציא כיון שיש לו שטר הוא מוחזק ולא אמרי' ביה שטר העומד ליגבות לאו כגבוי אלא גבי סוטה דשטר כתובה איתרע וכו' יעו"ש ועוד כתב עט"ר הרמ"ז ז"ל בסי' פ"ב בכללי המגו אות נ"ז וז"ל ועוד נראה לי והוא

הנכון דס"ל לתוס' דאימתי אמרי' דשטר העומד ליגבות לאו כגבוי דמי היכא שהשטר יש לו ריעותא מצד הדין או התקנה דומיא דסוטות דכיון דמצד הדין היה להם לשתות ומתו בעליהן איתרע שטרא כיון שעדים מעידים שנסתרה ואפשר שהיא טמאה ודומיא דמת לוה בחיי מלוה ואח"כ מת מלוה דמחמת התקנה אינו יכול לגבות בשטר זה אלא בשבועה וכיון שלא על פיהם איתרע שטרא לאו כגבוי דמי אבל בעובדא דסטראי נינהו כיון שהשטר לא איתרע אלא על פיו שהודה שקבל כיון שמפיו אנו חיים הפה שאסר הוא הפה שהתיר וכיון שהיה יכול להכחיש ולומר להד"מ והשטר במקומו עומד וגובה בו אף כשאמר מסטראי נינהו לא איתרע שטרא וכגבוי דמי וכו' יעוש"ב:

אשר ממנו נקח לנ"ד לומר כיון דמפיו אנו חיים שהוא הכתב דהוי בידיה נאמן לומר שלא מחלתי אלא מתוך כעס ומריבה ומתוך טעות שהיה בדעתי שלא יתרצה שום אדם ללכת באותו זמן נאמן במגו שיכול לומר להד"מ ולא מחלתי והכתב הוא מזויף כיון שלא נתקיים בחותמו לפני ב"ד שאינם נוגעים בדבר ועיין להר' שואל ומשיב ח"ג סי' ק"ה וז"ל ע"ד שהוא שואל אם יכול למכור אני אומר ששמעון לא נפטר בזה בטעם קי"ל כי ראו' אף דנימא דשטר העומד ליגבות לאו כגבוי דמי מ"מ מוציא אינו מקרי ועי' לתשו' הרשב"א במיוחסות ס"ק וז"ל תשובה נראה ודאי שאין חוששין בו לכלום ולא מרעין ליה לשטרי בחשש כזה לפי שהשטר מוחזק ביד המלוה וכאילו הממון הכתוב בו מוחזק בידו כדמשמע בהדיא בשבועת הדיינים דסטראי נינהו דאסיקנא דכי פרעי בין דידיה לדידיה א"נ באפי סהדי דלא אידכר ליה פרעון אלא במחצה ואע"ג דקי"ל במגו לאפוקי לא אמרינן וטעמא דמלתא משום דשטרא מוחזק הוא וכאילו הממון הכתוב בו מוחזק ביד המלוה ואוקומי ממונא הוא ש ע"כ וכו' יעו"ש:

ואני אב"א אביא לך עוד תשו' הרשב"א ח"ג סי' שפ"ו שכתב וז"ל כל היכא דאפשר לקיים השטר כולו מפרשים ומקיימים ואפי' לעשות יד בעהש"ט על העליונה ונ"ד יכולים לקיים השטר כולו ומשום טענא גריעא שהיא המחילה פשוט הדבר שיד בעל השטר עה"ע והוא המוחזק ע"כ. נמצא דלפי"ז הגם דקי"ל דיד בעה"ש עה"ת היכא דבטל השטר מעיקרו אמרי' יד בעה"ש עה"ע

ולקחתם גם את זה דכיון שהוא אנוס מחמת סכנת דרכים וסכנת נפשות מפני המלחמה האיומה ואונס כזה מבטל המחילה אפי' בלתי מודעא וכמ"ש הר' ש"א ח"ב די"ח ע"ג וז"ל דאכתי לא אסתלק אונסיה דודאי דאונס מבטל המחי' גם בלתי מסירת מודעה ע"כ ובנ"ד הכי הוי דלא אסתלק אונסיה והאונס מבטל המחי' אפי' שתהיה המחילה אמתני ותקיפא כ"ש וק"ו דהמחי' דנ"ד היא מחי' גרועה:

העולה מן המקובץ שהשטר אשר היה ביד השד"ר המוזכר בשאלה עומד בחזקתו חזקה שיש עמה טענה שהמחי' היא טענה גרועה ואפי' דנימא דהיא טענה יפה לדעת האומרים כן היא יוצאה בגירעון מכמה וכמה טעמים האמורים למעלה ראש כל אחד על מקומו נתבאר יפה אף נעים לדעת רבינו יוסף הוא השליט הוא מרן הק' זיע"א דאתכא דידיה סמכינן ובו אנחנו נשענים ומפיו אנו חיים על הארץ הטובה שקבלנו הוראותיו וככל היוצא מפיו יעשה וכל חכם לב עיניו יחזו שאין להרהר אחר מדותיו שכל המהרהר כאילו הרהר אחר השכינה. והגם כי אין בי כח לדון ולהורות את החוקים ואת התורות ואולם עיקר סמוכין דילי הוא על מרן הק' אשר כל בית ישראל עליו יסמוכו ואין מי יאמר לו מה תעשה ואין מי יאמר לו מה תפעל. ובו בטח לבי ונעזרתי לשנות פרק זה נגמ"ר הדין ודינא יתיב וספרין פתיחו לזכות את השד"ר בגמר שליחותי. ושלא כדין נעשה עמו לסלקו ולמנות אחר במקומו. וחייבים הק"ק הנז' הי"ו לשלם לו מה שגרמו לו הפסד ואין פוטר אותם כי אם בתשלומא מעלייא ושלם ישלם המבעיר את הבערה. כן נראה לפי קוצר עניות דעתי קטן הכמות והאיכות. ואם יסכימו עמי בעלי ההוראה אזי ישמח לבי גם אני ובריא לי שכן יסכימו כל בעלי ההוראה שיש לי אילן גדול לסמוך עליו הוא מרן הק' ביתה יוסף ז"ל אשר תורתו מכרזת עליו בכל קצוי ארץ וים רחוקים שקבלו הוראותיו והוא המורה ואני אב"א אחריו ומלאתי דבריו להורות נתן לנ"ד וצור ישראל יצילנו משגיאות. כ"ד זעירא דמן חברייא בשוקי טבריא:

הצעיר **אהרן אלחדיף** ס"ט

סימן יג

נדרשתי לחוות דעי על דבר הצוואה הידועה אשר ציוה השר המנוח קאויד נסים שמאמה ז"ל ואין לנו צורך להביא נוסחה ושאל השואל אם יש לה קיום ע"פ דין תורתנו הקדושה או אם בעילה היא ושכמ"ה:

תשובה הנה לכאורה נראה כי יש לקיים הצוואה הזאת מכמה טעמים כאשר שמענו כן ראינו שיש פסק דין מרבני וגאוני עיה"ק ירושלים תובב"א וכמה רבנים שהסכימו עמהם ונקרא בשם ישמח משה ודנו את הדין שזכו מקבלי המתנות מכח סברת מהר"ם הובאה במרדכי בסוף פ' קמא דמציעא סי' רנ"ד דכתב דאפילו הבריא שאמר ינתן לפלוני כך וכך אם ימות זה נקרא מצווה מחמת מיתה ונסתייעו נמי מתשובת הרי"ף סי' ט' יע"ש גם מכח דינא דמלכותא דינא וגם מכח מנהג שנהגו לקיים צוואה כזו וגם משום מצוה לקיים דברי המת וגם משום זמן דאמרי' ביה זמנו ש"ש מוכיח עליו ע"ש שהאריכו

למעניתם. א"כ מה אני לבוא במקום שבעלי תשובה עומדין הלכה וה"ן מורין וידעתי בעצמי ניכר שפחמי כי איני ראוי לאותה אצטילא:

ואולם אמרתי אני אל לבי ויהי מה תורה היא וללמוד אני צריך ומה גם כי חל עלי חובה יען וביען בהיות עט"ר וצ"ת מוה"ר הגדול המלך חיים זצוק"ל עודנו בחיים שרטט וכתב כי הצוואה הנז' בטילה היא ואין לה קיום כלל לפום דינא ולא הספיק לגומרה של תורה עד שנתבקש בישיבה ש"מ א"כ שליחותיה קא עבידנא וזה החלי. וה' אלהים יעזר לי טרם אענה הנני בא אחרי הקוצרי'ם יען היותי בחו"ל חוץ למקומי ונודע מאמר הסנהדרין במגילה אנן מיומא דגלינן מארעין לא מייתבא דעתן עלן וא"כ אף אנן נימא הכי קודם כל דבר נראה מלשון הצוואה שהיה מתנת בריא וכמ"ש ואנוכי מלא בבריאות גופי וכתב ה' מהר"ם מפדווה ז"ל סי' נ"ב על צוואה כעין נ"ד וז"ל ואומר אני שמי שאומר שיש ממשות בצוואה זו לא מצא ידיו ורגליו בבית המדרש מאחר שכתוב בה בפירוש שעודנו בריא ואפילו לא היה כתוב כן היה בחזקת היורשין וכו' יע"ש וה' מהר"י מטראני הביאו מהריב"ל סי' ל"ו כ' וז"ל דאילו מתנת בריא לאח"מ ל"א כלום שאין מתנת בריא לאח"מ שאין המקנה בעו' בעת קניית המתנה ע"כ וכ"כ הרשב"א ז"ל והובא שם וז"ל אבל במהלך על רגליו לא תיקנו ואין מתנתו קיימת אא"כ נותנה במתנת בריא ע"כ. ועדיפא מינה כ' הר' בעי חיי סי' ע"ט דף ע"ז ע"ג וז"ל לאו דוקא שידע בודאי שהיא מתנת בריא אלא אפילו כשיש לספק שהי' מ"ב אוקי נכסיה בחזקת יורש וכמבואר בדברי מוהריב"ל ומהר"י הלוי ומשפט צדק ז"ל יעש"ב ועיין ד"מ ח"מ סי' ע"ח דע"ה ע"ב שהביא דברי הכנה"ג בכללי הקי"ל דאפילו בכמה ספיקי לא מפקי' מיד המוחזק וכתב שם דהכי אזלא סוגייא דעלמא כמו שיראה הרואה בתשו' רבני האחרוני' שבזמננו ובסי' ע"ב הביא סברת החולקים וכתב ואילו אנן קיי"ל דאפי' עד ק' ספיקו' לא מפקי' מיד המוחזק ע"כ וכתב ה' גבעות עולם סי' י"ד משם הריב"ש שחזקת היורש היא חזקה שבאה מאליה והיא חזקה אלימתא ותקיפא והמקבל המתנה נקרא מוציא והמוציא מחבירו עליו הראיה ע"כ א"כ איפוא ממנו נקח במכ"ש בספק ספיקא שלא להוציא מיד המוחזק. ונימא הכי ספק אי הלכה כמהר"ם או לא ואת"ל דהל' כמהר"ם אפ' דמהר"ם לא אמרה למלתיה אלא בקנין. ספק אי אמרה בקנין או אפי' בלא קנין שמא אין הלכה כמהר"ם וספק ספיקא לכ"ע אין מוציאין מיד המוחזק ובמתנת בריא צריכה דרכי ההקנאות וכמ"ש מרן בש"ע ח"מ סי' רנ"ג ובספרו אבק"ר סי' ע"ו על ש"מ שאמר אני נותן מנכסי כך מעות מתנת בריא יע"ש שכתב שצריך לזכות באחד מן הדרכי' שהקונה זוכה בהם ובנד"ז לא היה שום קנין כ"א דברים בעלמא ע"כ א"כ כ"ש בנ"ד שבעת המתנה היה בריא כנז' ועי' לה' עין משפט יו"ד

סי' ו' מ"מ חו"מ ח"א סי' י"ד וכ"ת דהוי מצווה מ"מ עיין לה' משפטי שמואל סי' ק"ג מ"ש שם וכדבריו כתב מרן בתשו' אבקת רוכל שם דמתנת בריא לאחר מיתה בלא קנין מגן שוייא ע"ש ואי משום סברת מהר"ם הנז' וקיים סברתו ה' מהר"א ששון בספרו תורת אמת סי' קנ"א וא"כ אפילו דהוי מתנת בריא ובלא קנין קני מקבל המתנה הרואה יראה להקת הפוסקים רבים ועצומים שדחו בשתי ידים לסברת מהר"ם הנז' וכמ"ש מהריב"ל ח"ב סי' ל"ו ומהריק"ו הובא במרן הב"י ח"מ סי' ה"ן ומהר"ם מפאדווה שם זרע אברהם ח"מ סי' ו' ומוהראנ"ח ח"ב סי' צ"א פ"מ ח"א סי' ל"ד וח"ג סי' ס"ה ואייתי בידיה תשו' מהר"י איסקאפא ז"ל עש"ב וכתב שם על מהר"ם שהוא בעצמו חזר בו כמ"ש בבתרא בפרק י"ן סי' תתק"ג וסי' תר"ב ותק"ל פ' כר"ת ומ"ש במציעא שם ודאי שחזר בו דסמי חדא מקמי חדא כ"ש חדא מקמי תרתי ותלת וגם על דברי ה' מהרא"ש הנז' דהסכים עמו כבר דחה דבריו הרב הנז' שם ודייק לה מהרב מ"ז מהראנ"ח ז"ל ומצאתי ראיתי לעט"ר וצ"ת מוהר"ר הגדול אור החיים ז"ל בכתיבותיו שכתב שנעלם מעוני הרב תשובת מ"ז בח"ב סי' צ"א דמפורש יוצא במהיום ולאחר מיתה דצריכה קנין ומה גם דהרב תורת אמת הנז' חזר בו בסי' קס"ה וכתב דצריכה קנין הגם שיש בה זמן ועיין במהר"ם ן' חביב שהיה רב בעיה"ק ירושלים תוב"ב הובא בגו"ר כלל ה' סי' א' שהאריך הרחיב בפרט זה וכתב דסברת מהר"ם לאו דסמכא ולא עבדי' בה עובדא והגו"ר עצמו שם סי' י"ד דף קפ"ח עמוד ג"ד הודה לדברי הרב הנז' ע"ש וה' אורים גדולים לימוד קכ"ה דחה דברי ה' מוהר"א ששון דסי' קנ"א ובספר גבעות עולם סי' מ"ב גם הוא כ' כן מ"מ ח"א סי' א' בני אהרן לפפא סי' ע"ו זרע אברהם סי' ו' דף מ"ז זרע יעקב סי' ט"ז תורת חיים ח"ב סי' ח' מחנ"א בהל' זכייה ומתנה סי' מ"ו ר' בצלאל אשכנזי סי' ג' והרשב"א והר"ן ותוס' שאנץ והראב"ד ונמק"י והרא"ש כולם פירשו כר"ת גם מוהר"י ן' מיגש בתשובה סי' צ"ו ס"ל כפי' ר"ת ועיין לה' החביב"ב סי' רנ"א דנ"ג מ"ש שם הרי לך רבנן סבוראי יחד כולם דחו לסברת מוהר"ם מהלכה ומזה תפול התימא על ה' מוהר"א ששון שפסק כוותיה ולזה י"ל שלכן חזר בו בסי' קס"ה ועיין להרב בעי חיי ח"מ ח"א סי' ת"מ והגם כי ה' עיקרי הד"ט חלק א"ח בה' ספי' העומ' סי' כ"א אות מ' מנהג קיים סברת מהר"ם הרואה יראה שאין נדונו דומה לנ"ד דשם עשויה ע"י הנוטריו וע"ש כמה הפרשיות יש לנ"ד ובפרט על פי כל האמור אין מקום לדבריו ויש לי במה להאריך בדבריו ואין כאן מקומו ויותר מהמה שכמה רבני איטליא חלוקים עליו קחם משם. וגם מצאנו לה' מהר"ם מפדווה סי' כ"ד שפסל צוואה הנעשית בפני סופר נוטרי ואינו סופר מתא או מיוחד למלך או למושל וע"ש בסי' מ"ז וכ"כ הר"י הלוי סי' ע' יע"ש ועיין בנימין זאב סי' תי"ו ורבינו

בית יוסף בתשובותיו לאה"ע מדיני גביית כתובה בסי' יו"ד שכתב דאפילו בשטרות שכותבים הסופרים אם דינא דמלכותא שלא יכתבו השטרות כ"א ע"י סופרים שהם כשרים וכ"כ ב"ח ועיין בסמ"ג ועיין בס' מ"ק ח"ג סי' כ"ב ורבינו בצלאל סי' יו"ד וי"א ובנ"ד ליכא להאי מילתא ובפרט למ"ש הרב מפדווה סי' נ"ד אפילו אם נעשית בערכאות צריך שיהיו בה דרכי הקנאות וכן כ' הר' דברי יוסף אירגאס סי' י"ט שהיה אחד מרבני איטאליא ורב בליוורנו עלה בהסכמה כס' מהר"ם מפדווה הנז' ובנ"ד ליכא ולא חדא מינייהו ולתשו' הרי"ף הנז' לא משמע מדבריו שום סייעתא לקיים הצוואה הנז' כאשר יראה המעיין בדקדוק דבריו ותן להמעיין תשובו' הרי"ף סי' כ"ב וכ"ז ויחכם עוד לומר דגם התשובה הנז' בחד מחתא קיימי בביטול צוואת נ"ד ומעתה לא הוו דבריו סתראי כמ"ש ה' הפוסק ובפרט דאיכא כמה וכמה תשו' הרי"ף המבטלים צוואה כעין נ"ד ואם נאמר שהזמן הכתוב בצוואה דאמרי' ביה זמנו של שטר מוכיח עליו דמועיל במקום קנין לאו מילתא היא דכתיבת הזמן בא להודיע בביטול הצוואות הקודמות לאותו זמן וכמ"ש ה' פ"מ ח"א סי' ל"ד וכמה וכמה פוסקים שכתבו דלא אמרי' זמנו ש"ש מוכיח עליו אם הוצרך לכותבו מפני איזה סיבה הלא בספרתם:

אתאן לדינא דמלכותא דינא הטור סי' ס"ח קכ"ד קצ"ד שס"ט פ' דד"ד ועי' כנה"ג שם ובהגב"י אות כ"ב אבקת רוכל סי' ע"ב הביא למהר"א ן' אשר וגם הרב מהר"י משען וגם ה' חיים החבר דפסקו כלישנא בתרא ועל כולם הסכים הרב מהריק"א הנז' וסי' פ"א חלק על המבי"ט שהובא שם סי' פ' בעי חיי סי' ע"ט דף ע"ז הביא דברי מהרשד"ם ומשפטי שמואל ומוהר"י הלוי ע"ש וכתב שם דאפי' להריב"ש דשטרי צוואות אפי' לדעת הרמב"ם כשרים היינו דוקא עשויים בערכאות ע"ש ופסקה מרן הש"ע סי' רנ"ג וסי' ס"ח ס' א' וצוואה דנ"ד דליכא בה כל השיעורין הללו בטילה היא ועי' פ"מ ח"ג סי' ס"ג גם בעי חיי סי' ק"ו דף קי"ב ע"ג מהר"מ מפדווה סי' נ"ד ונ"ה שהאריך שם ומוהרשד"ם סי' ש"ד מבטל צוואה העשויה בעש"ג וכ"ש בנ"ד וע"ש שהביא דברי ה"ה פ' כ"ז מהל' מלוה ולוה שכ' שדעת הרמב"ם ורוב הגאונים לפסוק כל' אחרון וכו' וי"ל לדעתם דאע"ג דקיי"ל דד"ד הני מילי וכו' וגם החולקים הוא דוקא אם עשויים בעש"ג וכפ"ז בנ"ד כ"ע מודו וה' המבי"ט ח"א סי' ש"ט כתב אם נעשית בערכאות דוקא ובתשו' הרי"ף סי' י"ד וז"ל כי מ"ש רז"ל כל השטרות העולים בעש"ג כשרין אינו אלא שהעדים גוים רואים נתינת הממון אבל כגון מתנות והלואות שדיניהם בהם כדינינו וכו' יע"ש ובפרט כי המלכות אינה מקפדת אם אדם אחד עושה צוואתו ע"פ יסוד דתינו שאין בדתינו יסודו' המהרסים והופכים דתי המלך וכיון שאינה מקפדת ל"ל בזה דד"ד ועיין להרי"פ בספרו

הנ"מ נבחר מכסף סי' ק"ח מ"ש ומוהר"ם די בוטון סי' מ' ועיין לה' נחלה לישראל להר"מ חזן שהיה רב ברומא שהאריך הרחיב בדד"ד והסכימו על דבריו כמה שופטים מאילי הארץ והרב בית יהודה עייאש ח"ב סי' קכ"ג אחד מרבני אלגיר גם הוא האריך למעניתו ואחריו החזיק ה' אורח לצדיק ח"מ סי' א' ועיין לה' שולחנו של אברהם אחד מרבני תוניס בקונטריס מצות כהונה סי' כ"ב וגדולה מזו כתב הרשב"א הובא בב"י סוף סי' כ"ו יע"ש דבריו גם הבית יהודה הנז' בדף קצ"א ע"ג אייתי לה וז"ל ואומר אני שכל הסומך בזה לומר שמותר משום ד"ד טועה וגזלן הוא וכו' ועיין בית אברהם בקונטריס מאמר המלך גם למוהר"ם מפאדווה סי' ס' וס' משא מלך וגו"ר כלל ה' סי' י"ב כי עפ"ז אין לדון בצוואה דנ"ד ד"ד ודוק כי קצרתי ולענין מנהג עיין לה' נחלה לישראל הנז' שגם הוא דבר בקדשו לבטל לתא דמנהג מטה אשר סי' טו"ב ומהרשד"ם סי' ש"ד כתב שאם נהגו בני העיר לכתוב שטרותיהם ע"י סופרים נכרים אין הולכים אחריו כיון שיש בו צד לבטל דין תורה ע"כ משפטי שמואל סי' ן' בעי חיי סי' ע"ט דף ע"ז יע"ש ובעמוד ד' שם האריך דיכול המוחזק לומר קי"ל וכ"ש בנ"ד דאפי' הנך רבוותא יודו כיון דלא נעשית בערכאות וכמ"ש מהרשד"ם ח"מ שם והגם שכתב שם שמספיק שיעידו שהיו החכמי' עושים מעשה ומכשירין שטרות וכו' היינו דוקא משום שהם שטרי ראיה כמ"ש שם לא כן בנ"ד דליכא סופר ועדים אלא בשטר זה רוצה לקנות בו ודאי דלא חזי ולא מידי כיון דליכא ביה שום אחד מדרכי הקנאה ועלית על כלנה שע"פ צוואה הזאת אתה בא להפקיע ירושה דאורייתא וכמ"ש ה' שם אם יש כח במנהג להפקיע ירושה מן היורשין וכו' אינו נקרא מנהג ותיקין אלא מנהג רשעי' ואין לילך אחריו ע"כ וכתב הרי"ף בתשו' סי' י"ג וז"ל תשובה עיקר המנהג הוא שרוב הקהל יתייעצו עם זקני הקהל ויתקנו תקנה כמו שתיקנו וקיימו אותה כמה פעמים זה הוא המנהג וכו' יע"ש שלא נתברר שנעשה כן אין לו שום קיום וכן מוכח מדבריו וכ"ש בנ"ד שצוואה כזאת מלתא דלא שכיחא הן מצד עצמה הן מצד שנעשית בפאריז ורוצים לקיימה כמנהג איטאלייא ועיין מוהר"י הלוי סי' ע' מ"ש במנהג ומרן בתשובת אבן העזר בדיני גביית כתובה סי' יו"ד וה' בית יהודה הנז' בדף קצ"ד ע"ב כתב דבמקום ספק נעמיד הדבר על דין תורה והוא היסוד החזק והקיים לעד ולעולמי עד ויתד היא ע"כ ולפי דבריו אלה בנ"ד לא יהיה אלא ספק צריך לדון ע"פ התירה ומכל הני מוכח שמתנתו זאת שנתן השר נסי"ס לקראתו לאשת משה בעילה היא ע"פ דין תורה ואין לה שום קיום כלל יען שהיא מתנת בריא וחסרים בה דרכי ההקנאות ומה גם שהיה לאח"מ כמ"ש בצוואה כ"א מהמצווים שלי וכו' הרשות בידו לעשות בחלק ירושתו כל מה שרוצה לעשות אחרי מותי ע"כ ומדבריו אלו מוכח

להדיא שכל מתנותיו הם לאח"מ ובכגו"ד קיי"ל מכל גדולי הפוסקים שאין הבריא יכול לצוות לתת לאח"מ דדוקא בש"מ הוא דמהני דכן תקנו חז"ל דליהוו דבריו ככ' וכ"ד בכדי שלא תטרף דעתו עליו ולא מהני בזה לא מנהג ולא ד"ד וכאמור:

ומשום מלד"ה נאמרו כמה פירושים כאשר יראה הרואה בספרי הפוסקים ועיין בס' אבקת רוכל סי' צ"ב. מ"מ ח"מ סי' א'. מהריב"ל ח"ג סי' מ"ג. משפטים ישרים סי' מ"ד. מגן גבורים סי' ס'. אשדות הפסגה סי' כ"ב פ"ג. ועיין מ"ש ה' בית דוד שם מוהרש"ך ח"א סי' קע"ו. זרע אברהם סי' ו'. וה' מ"מ כתב שם דלא אמרי' מלד"ה משום דאמר ינתן ולא אמר תנו ובנ"ד לא אמר לא זה ולא אותו אלא אתן כאשר נבאר דאתן לישנא דריע וגרייע ועיין בגו"ר כלל א' סי' יו"ד וי"א דף קמ"א ע"ד יע"ש בסי' י"ג והגם דנימא מלד"ה היינו דוקא בהקדשות דאיכא בהו מצוה לעשות נחת רוח להמקדיש לא במתנות לעבור על שבועתו ולעקור נחלה דאורייתא דלא אתי מלד"ה ודחי ירושה דאורייתא וכ"ת מה שהמלכות סוגרת בעד העזבון וחותמת בחותמה לבל ימשול איש זר נימא בזה דהו"ל כמו שנמסרו הנכסים ביד שליש ובזה א"ל מלד"ה זה אינו כי האיש משה הוא אשר שאל מהמלכות כידוע לכל באי שער העיר לבל יחשדוהו היורשים והמלכות נדרשה לבקשתו וראיה לדבר שאם היה מחוקי המלכות להיות הבית סוגרת ומסוגרת כי יפקד איש היה לה לחתום מבלי באי כחו של משה ובעינינו ראינו ובאזנינו שמענו שלא עשה כן לכל גוי ואת"ל דהו"ל כאילו נמסרה ליד שליש עיין לה' מהר"ם מפאדווה סי' ן' דמצי בעל הנכסים לומר קי"ל אפי' כשהם ביד שליש ומוהרשד"ם סי' תל"א ומוהרח"ש ח"ב סי' ו' וסי' ח' והרבה מהפוסקים תמצאם בכנה"ג ח"מ סי' רמ"ו בהגב"י אות פ"ו וה' חקרי לב שהיה רב בירושלים ת"ו בח"מ סי' ס"ח וק"ן ורפ"ט כתב דנכסים ביד שליש מוקמינן להו בחזקת מ"ק או היורש ע"ש ועדיפא מינה כתב ה' פני יהושע סי' י"ג וריש סי' כ"ב דאפילו יורש עם יורש אין שום אחד מוחזק על חבירו יותר מחלקו ע"ש ועיין לה' גבעות עולם סי' ל"א שכתב דהשליש הוא דוקא אם ניתן בידו מכח שניהם וכו' יעש"ב ובנ"ד לא ניתן כ"א מצד אחד ואפי' החולקים יודו בזה ועיין בחק"ל בח"ב מח"מ סי' מ"ו ותרווה צמאונך:

והצוואות יחד כולם מצא אותם הנוטריו תחת הכאנאפי ובתוכו ארגז קטן חותם בתוך חותם תיבה בתוך תיבה בשני מפתחות ולא נמסרו ליד שום אחד מהמצווים כאשר אמר ונמצא כתוב ע"ג הנדן אשר בתוכו הצוואות וז"ל נתתי מהם נוסחא אחת וכו' ולא נתן מהם אפי' אחת והנוטריו מעיד ע"ז שנמצאו הכל כנז' והגם בבית המלכות וגם יש תחת יד יוסף ב' עדים המעידים שנמצאו בתוך תיבה ע"י חפש מחופש ולא נהיה

הדבר כאשר הודיע השואל לעיר האלק"יס ירושלים עיר הקודש דקרוב למיתתו נכנס לבית גנזיו סמוך ונראה ע"י משרתיו עושי רצונו ויוציאם מבית גנזיו והניחם על השולחן דנראה מזה דגילה דעתו שרצונו בקיומה והו"ל כמצווה מחמת מיתה כאשר כתבו רבני וגאוני עיה"ק הנז' וכאשר יוכחש הדבר הא ודאי שגם המה אזלי ומודו דמצד זה אין להם שום זכות למקבלי המתנה וגם כמ"ש בס' כפ"א הנ"מ מהרה"ג מוהר"א עזריאל זצוק"ל ע"ש בדף קנ"ג ע"ב בד"ה אך את זה צריך אני למודעי כי להיות יש קצת שנוי בצוואה דנ"ד מהנוסח של הצוואה הכתובה בספר עיקרי הד"ט הנז' ועדיין זו לא שמענו שצוואה כעין נ"ד המנהג בארצות ההם לקיימה עכ"פ אם האמת כמ"ש בשאלה שצוואה כזאת מקיימין אותה הדין דין אמת כמו שהעלינו ואצ"ל שצוואה הזאת צריכה שתהיה קיימת בהתריבונאל ר"ל בית המשפט שלהם שאם יש בה איזה שינוי לגירעון עד שאינה קיימת בדיניהם אין בה ממש כמ"ש רב אחד הוב"ד בס' פח"י מערכת מ"ם דף קצ"ד ע"ד עכ"ל. ועל דבריו הסכים מע' הרב הגדול אחד היה אברהם ראש"ל הוא הראש רישא דדהבא זלה"ה הרי לך בהדייא שהם עצמם כתבו שכל דבריהם הם דוקא אם תתקיים הצוואה בהתריבונאל ואם לא תתקיים שם היא בטילה גם בדיננו ועלית על כולנה במ"ש שאם האמת כמו ששואל שצוואה כזאת וכו' ולא פירש דבריו השואל הנז' אם הוא מנהג ותיקין או לא וכפי כל האמור ומדובר אי אפשר שיהיה מנהג ותיקין וכמ"ש הרבה מן הפוסקים הלא בספרתם. הראת לדעת שכל דבריהם מורה באצבע שהם בנויים על סדר השאלה שכתבו להם ובנפול היסוד נפל הבנין דאנן ידעי' שהתריבונאל ידון אותה ע"פ התורה לעם ועם כלשונו לכל באי שער עירו ומה גם דמ"ש השואל אינו אמת הא ודאי כי גם המה הגבורים מדבריהם למדנו כי יפנו עורף לבטל הצוואה הנז' מעשה איש ופקודתו ומודים דרבנן היינו שבחייהו כי כל מעשה האיש מעשה נסים אין לו קיום והעמדה. הדרן למאי דאתאן עלה דלפום דינא בעינן שיגיע שטר ליד מקבלי המתנה אפי' אם היה עשוי בכל דרכי ההקנאות ואם לא הגיע לידם לא קנו וכמ"ש ה' גו"ר כלל א' סי' ג' דף קכ"ח. מרן ש"ע ח"מ סי' ה"ן ס' ט'. אבקת רוכל סי' ס"ט. אדרת אליהו סי' ג"ן נאמן שמואל סי' קס"ד. מוהר"י קצבי סי' מ' מ"מ דף י"ט. גבעות עילם סי' י"ד. לב שמח סי' כ"ד. חיים שאל סי' פ"ב. מגן גבורים סי' נ"א. וכ' הר' בני אהרן לפאפא סי' ע"ג ואפילו שהוא בקנין ועדים והגם דאיכא מאן דסבר דלא בעינן שיגיע שטר לידו מ"מ אין מוציאין ממון מיד היורשין שהם מוחזקים בו ועל המקבל להביא ראיה עכ"ל. ואפי' שהגיע שטר לידו אחר מיתה כמ"ש וכ"ש בנ"ד שעד היום לא בא ולא יבא שטר לידם ולדעתי הפעוט שאפילו החולקים היינו דוקא בשטר העשוי בקנין ובכל דרכי ההקנאות לא כן בצוואה

כעין נ"ד שהיא כת"י כ"ע יודו שאפי' הגיע שטר לידם לא קנו דבמה יקנו בנייר בעלמא. ועיין פנים מאירות ח"ב סי' קל"ג. אמונת שמואל סי' כ"ט מ"מ ח"מ ס"א עין משפט ח"מ ס"א ועיין רב"א סי' ט"ו. וכ"ש שלא נמסרו אפי' ליד שליש ועדיפא מינה כתב מרן בשולחנו הטהור סי' ר"ן וז"ל מי שנמצאת דייתקי קשורה לו על ירכו וכו' דחיישינן שמא כתב ונמלך ע"כ:

ובוא וארא צד אחד לבטל צוואה זאת מחמת שהיא מתנה טמירתא וכמ"ש מרן בש"ע ח"מ סי' ס"ח ובסי' רמ"ב ס' ג' ועיין בכנה"ג בהגה"ט מאות ז' ואילך ובהגב"י שם מאות ט' ואילך דציין כמה פוסקים דאפי' בשטר העשוי בסופר ועדים גוים אמרי' הכי ועיין בעי חיי סי' ע"ט וכ"ש בנ"ד שהוא כתב יד כ"ע מודו דחיישי' למתנה טמירתא וכמ"ש הרב מור ואהלות סי' כ"ה ע"ש וכ"ש וק"ו למ"ש הרי"ף בתשובה סי' ח' דמתנה טמירתא אפי' בקנין לא מהנייא ע"ש מוהר"ם גאלאנטי סי' ס"ו ומוהר"י קצבי סי' כ"ג ועוד בה כי השר הנז' היה ממחוקקי דתי תוניס יע"א ונימוסים המחודשים ע"פ ספר החוקים המחודש בש' ארע"ו למניינם ובו בפרק נשבע לפני המלך והשרים השר הנז' וכל דייני ויחידי העיר בשם ה' לקיים את כל הכתוב בס' החוקים וכתוב בספר שכל הירושות והמתנות וצוואות יהיו נידוני' כל עם ועם כדינו ואל היהודים כדינם ע"פ תורת משה רבינו א"כ מי התיר שבועתו זאת לעשות דבר נגד תורת משה ובפרט כי עדיין הוא תחת ממשלת תוניס עיר מולדתו ולא יצא אל עם אחר להיו' מעם לועז הא ודאי כי שבועתו קשורה בו שלא יעשה דבר או חצי דבר זולתי המועיל ע"פ תורה צוה לנו משה לקיים את השבועה אשר נשבע וכן נראה שצריך לפרש דבריו שכתב בצוואה לפי חוקי הדין ר"ל דייני ישראל אשר בהם חיי רוחו:

והנני יוסיף טעמא רבא והוא זה דאפי' שתהיה הצוואה הזאת נעשית בקנין במה יקנו מקבלי המתנות את השטרות והחובות כי רוב ככל נכסי המוריש הם שטרות וחובות והוו כדשלב"ל ע' מים רבים סי' ל"ד ל"ה ל"ו ל"ז וה' בני אהרן סי' מ"ז כתב דאם לא ידעינן שהיו לו בשעת המתנה דהוי דשלב"ל ע"ש וכתב שם בשם תשובו' הרי"ף והובאה בב"י סי' ס' וז"ל דהגם שהוא אמוד בנכסים אמרי' הכי דהו"ל דשלב"ל וכתב שם דף פ"ו ע"ד דבחובו' דבר פשוט הוא שאינם נקנים באגב ואעפ"י שי"א וכו' מ"מ רוב הפוסקי' המפורסמים לא ס"ל הכי ובסי' כ"ב הביאו שם דבש"מ מחלוקת אבל בבריא כ"ע מודו דבעי כתיבה ומסירה ע"ש בסוף התשו' שהביא סברת הנ"י שסבר כן יע"ש ובסי' ע"ג דף ע"ב ע"א וב' וג' וד' כתב דלא אמרינן כאן נמצאו וכאן היו. אף אנן נימא הכי בנ"ד ועיין בעי חיי סי' קצ"ד דף קצ"ה ומה גם בנ"ד דאיכא קרקעות שקנאם מחדש ובדף

קצ"ו העלה דבמחלוקת היא שנויה ויע"ש בדף קצ"ז מהרשד"ם ח"מ סי' ש"ד דמטלטלין ומעות אינם נקנים בשטר ובסי' ש"ו הביא סברת הרשב"א דלא אמרינן כאן נמצאו וכאן היו עש"ב ובפרט בשטרות וחובו' דבעו כתו"מ עיין בית יהודה עייאש ח"ב סי' ג"ן שכתב דבש"מ סבר הרשב"א דצריך אמירה קני לך איהו וכל שעבודא דאית ביה והביא שם ד"ה בית יוסף סי' ס"ו שסבר דהרמב"ם חולק על הרשב"א עיין בכנה"ג שם בהגב"י אות ק"ה שכ' שמוהר"י בי רב רבו של מרן הובא במוהר"ם מטראני ח"א סי' מ"א כתב דהרמב"ם כהרשב"א ס"ל אלא שקיצר ולא פירש ע"ש ומוהרא"ש סי' קצ"ה צידד לומר דהר"ן כהרשב"א ס"ל וגם הנ"י והריטב"א ס"ל כן ונקיטינן כהרשב"א ובפרט להחזיק ביד היורשים וכן דעת מוהר"י בי רב והובא בכנה"ג שם ועיין בסי' רנ"ג בהגב"י אות צ"ב ושם ק"ז ומה שרצה הר' לפרש בדברי ה"ה שם דס' הרשב"א חלקו עליה וכ' שם דמשמע דהיא סברא יחידאה לפי האמור לאו יחידאה היא ואם אמר כל נכסי דעת הנותן גם על עיקר החוב אפי' שלא אמר הם וכל שעבודא דאית בהו ואפי' הרשב"א מודה והובאו דבריו בב"י שם אבל בבריא צריך שיקנה לו אגב קרקע ומיהו צריך שיאמר לו קני לך איהו וכל שעבודא דאית ביה כמ"ש מרן שם ס' יו"ד וזו היא סברת הרי"ף והרמב"ם ז"ל ודלא כדעת הרא"ש שהזכיר מורם בהגהה דשטרות אינן נקנין באגב והרב ש"ך ס"ק כ"ו מצריך כתיבה דאגב קרקע לא יועיל אלא במקום מסירה ע"ש והריטב"א הובא בב"י שם כתב דהכותב כל נכסיו מטלטלי אגב מק' והיו בהם שטרות דכתבו הרבה מן הפוסקים דלא קנה כיון שלא אמר קני לך איהו וכו' ועיין להמ"ץ ח"ב סי' יו"ד שכתב נראה דכיון דאיכא פלוגתא המע"ה והמקבל המתנה הוא המוציא וכתב דשטרות אלו שהם שטרי מלכים ואין בהם שם המלוה עיין הש"ך סי' ס"ו ס"ק יו"ד דכתב דגם בשטרות שהם כתובים פלוני נתחייב לכל מוכ"ז צריך מסירה לקנותם ע"ש ואפי' כתב יד של גוי יקנה בכו"מ עיין לרבינו בצלאל אשכנזי סי' ל"ו ואי תחשבה כמלוה ע"פ הגם דלא משמט כן משם מ"מ צריך מעמד שלשתן ע"ש עיין בס' נחפה בכסף שהוא אחד מרבני ירושת"ו בח"מ סי' כ"ז שהאריך הרחיב בפרט הזה וכתב נמצינו למדים דלמלוה של גוי איכא פלוגתא דרבוותא אי מקנייא במתנת ש"מ או לא ובאתרא דנהיגי דין הקי"ל ודאי דזכה היורש בטענת קי"ל כמאן דאמר דחובו' הגוים לא מיקנו במתנת ש"מ ולא בכתו"מ וע"ש כמה ייפה כח היורש ואפי' שכתוב בצוואה בזה הלשון ואפי' שיהיה מחלוקת בין הפוסקים תתקיים צוואתו כדעת הפוסק המקיימה לא מהני וכן פסק מוהר"ם במרדכי פרק מ"ש סי' תרי"ד וז"ל ופסק ר"מ דלא קנה וכו' דאין אדם יכול להקנות לחבירו חוב

שיש לו על הגוי בשום ענין ואפי' בקנין ע"פ כי מכל האמור נקח לנ"ד דליכא ולא חדא מינייהו לטיבותא:

ס

ונוסף גם הוא דצוואה זו בטילה היא מחמת שנאמר בה עשרה פעמים לשון ירושה צא וחשוב ואנן קיי"ל אם אמר בלשון ירושה על מי שאינו ראוי ליורשו לא אמר כלום ופסקה הטור והש"ע בח"מ סי' רפ"א אבקת רוכל סי' צ"ב בעי חיי סי' קס"ד דף קצ"ח ע"א ויותר מזה כתב מהרא"ש סי' פ"ג וקפ"ח לבטל הצוואה מחמת שכתוב בה כמה פעמי' בלשון ירושה אפי' שזה המצווה הוא מצווה מעכשיו ולאח"מ וכבר נודע המחלוקת אם בבריא יכול לשנות בן בין הבנים בל' ירושה או לאו וכ' שם בסניף אחר כיון שהוא מחלו' אין ספק שהיורש הוא המוחזק וכן כתב בסי' קמ"א ע"ש ובנ"ד דליכא קנין ולא מעכשיו וכמה פעמי' נאמ' בלשון ירושה על מי שאינו ראוי ליורשו דליכא מאן דפליג דבטילה היא ונקיטינן מהא דגם ה' מהרא"ש אזיל ומודה בצוואה דנ"ד דחשובה כחרס הנשבר גם ה' בעי חיי סי' ע"ט דף ע"ה וע"ו כתב כיון דחנוך בא מכח ירושה ושמעון בא מכח מתנה כל היכא דאיכא לאיסתפוקי בעיקר המתנה אי הוי מתנה או לא לכ"ע היורש הוא המוחזק כדכתבינן גם הר' הנז' סי' קס"ד ד' קצ"ח כתב ולכן הדברי' ברורי' כיון דמתנה מעכשיו ולאח"מ צריכה קנין כמתנת בריא לענין זה ע"כ וממנו נקח לנ"ד הגם דנימא בה דהוי מצווה מחמת מית' ואפי' אי המנהג לקיים שטר כזה שהוא בלשון ירושה הרי הסכימו הר' באר המים סי' ק"ך וה' מראה הניגה דף ע"ד ע"ד וה' חק"ל אחד מרבני ירושלים בח"מ ח"ב סי' ג"ל דכשכתובה בלשון ירושה הרי היא בטילה ע"ש ואין צורך להשיב ע"ז מרוב פשיטותו דלא שייך לזכות לאלו שצוה המוריש לא מדין מנהג ולא מדינא דמלכותא וגם אם נמצא בידו ממון היורש חייב להחזירם ליורש ואם ח"ו יחזיק ע"י שרי ואילי הארץ גזל הוא בידו והוי מומר להכעיס עש"ב וכ"ש בנ"ד דעדיין לא הגיע הממון לידו דלא זכה כלל ואל תשיבני ע"ז והא קי"ל דאם אמר בלשון מתנה בין בתחילה בין בסוף דבריו קיימים כמו שפסק מרן בח"מ סי' רפ"א ס' ה' וס' ז' וה"ה הכא נמי שתחילת דברי פיהו בלשון מתנה דקאמר אתן החצי וכו' דלאו מילתא היא דלשון אתן גרע טפי דאפי' קנו מידו וכתב ונתן לא מהני דאינו אלא קנין דברים וכמ"ש מרן סי' רמ"א ס' ב' יע"ש ומהרא"ש סי' קפ"ח כתב ודוקא שכתב הנותן בלשון מתנה מפורשת אבל אם מתוך הצוואה ניכר שהנותן לא הזכיר לשון מתנה אלא שהוא סיפור לשון וכו' ע"ש גם מהרשד"ם ח"מ סי' ש"ד פסל לצוואה הגם שיש בה לשון מתנה אם מתנה זו פסולה מטעם שלא יש בה דרכי ההקנאות ועיין לה' מפדווה סי' נ"ב ונ"ד מור

ואהלות סי' פ"ח דף קכ"ח והרא"ש ז"ל בס' בשמים ראש סי' רנ"ה כתב דאם היה אומר בלשון מתנה היה פנים דבעי שטר וקנין ע"ש. כי מכל האמור תורה יוצאת הגם דנימא דהוי בלשון מתנה מכל מקום צריך קנין ואם הוא בלשון ירושה כנז' כל שכן דלא מהני ואחרי הודיע אלהים את כל זאת אין לצוואה זאת לא שורש ולא ענף לא נוצה ולא כנף ולא זכתה אשת משה במתנתה:

ואם מעט הם ואוסיפה לך אחת מהנה שהמתנה שנתן לבנו הקטן דלא זכה בה דלפום דינא דצריך לזכות לו ע"י אחרים כידוע דאין זכייה לקנין ואין לו יד לקנות ע"י עצמו כמ"ש מרן ומכח זה לא קנו גם שאר מקבלי המתנו' וכדבעינן למימר לקמן ועיין להרב קול אליהו ח"א סי' ח' וה' משכנות הרועים אות מ' סי' רפ"ד הביא להקת הפוסקים דסברי כסברת מהרימ"ט ח"מ סי' כ"א והרבה בראיות לבטלה וכולהו לא שייכי בנ"ד כיע"ש ובסוף דבריו כתב מ"מ יכול המוחזק לומר קי"ל ואפי' תימא דמתנה זו הויא כמתנת ש"מ ודלא כמ"ש לעיל מ"מ ליתא בקטן כמ"ש הכנה"ג סי' רנ"ג בהגב"י אות פ"א דתרי קולי לא עבדי' שתיקנו חכמי' שיהיו זוכים ושיהיו דברי ש"מ ככתו"מ ע"ש וא"כ כיון שאין לה קיום בקטן הו"ל כמתנה שבטלה מקצתה בטלה כולה אפי' שיהיה עולה לפום דינא וע' לעט"ר הכנה"ג בהגה"ע סי' י"ד ור"ע ובהגב"י סי' ר"ג ומשם באר"ה וכ"ש וק"ו בנ"ד דאעיקרא היא גופא בעלה ועיין בעי חיי סי' ע"ט מחנה אפרים הל' זכייה ומתנה סי' מ' וה' דבר משה ח"ב סי' ע"ה וע"ו כתב דהו"ל כקני את וחמור דלא קני יע"ש. סופא דמילתא בהא סלקינן ובהא נחתינן דצוואה דנ"ד אין לה שום סעד לתומכה והנה נא ערכתי את כל הכתוב על לוח לבי הגם שאין הדבר צריך לאומרו וכ"ש לכותבו כי פשיטא לה מילתא שהיא בטילה ולא הוצרך להכתב כ"ז אלא לפי שראיתי מלאכים עולים זה אומר בכה וזה אומר בכה לכן אמרתי אלקטה נא באומרי"ם מפי סופרים ומפי ספרים בקיצורן של דברים. ויותר ממה שקריתי לפניכם כתוב זאת זכרון בספר בביטול ובפסול צוואה דנ"ד הנראה לע"ד כתבתי וצור ישראל יצילנו משגיאות ויראנו מתורתו נפלאות הלא כה דברי אהרן הכותב בעה"ק טבריא תוב"ב בחי' אדר הנהדר בנסים ש' תרל"ד בא סי' **ארחתיך** למדני והוא איש צעיר

אנכי **אב**"**א** ס"ט

סימן יד

שאלה זהו נוסח הסכמה הנעשית בעה"ק טבריא ת"ו וז"ל הן אמת כי מזה זמן אשר יושבי עיה"ק טבריא ת"ו הם שותפים יחד בענין הבשר ואין לשתי הקהלות הק' ספרדים ואשכנזים הי"ו זולת מקולין אחת. והשו"ב, במקולין הנז' המה שלשה ת"ח מהאשכנזים

הי"ו כי חכמי הספרדים אינם מתערבים במלאכה הזאת דטריחא להו מלתא ולא נפקא להו מידי כי תהלות לאל יתברך שלום ואמת יחדיו ידובקו בין שתי הקה"ק הנז' ואין אחת מתקנאת מחברתה מעולם. עד כי בימים האלה נראה בעליל לארץ חורבה דנפיק מהשותפות במקולין הנז' דברים שלא ניתנו ליכתב ואין האזן יכולה לשמוע רח"ל:

א'. כי יען שיש כמה מהת"ח הרשומים אשר נשא לבן אותן לקרבה אל המלאכה ללמדה כי מצאו עצמם חייבים בה משלשה דברי' ש חיוב החכם. ולזה לפרקים הם שוחטים לאיזה יחידים מזה נמשך כי כמה מהאשכנזים אשר ימצאו אצל הספרדים ולא יחפצו לאכול מארוחתם ובפה מלא יאמרו כי אסור להם שחיטת ספרדי ולא עוד אלא כי גם אם יאמרו אליהם שחיטת אשכנזי היא זאת הם עונים כי הוא בשר שנעלם מן העין ועל דבר זה יתחמץ כל לבב וכדי בזיון ב'. כי בין פרת יוסף רבו אוכליסי עי"ק ת"ו ובהיות המקולין משותפת הקצבים עושים קשרים שלא להרבות השקיעה ונעשה דוחק הבשר. וכמה פעמים שיש יולדות וחולים ואינם משיגים חתיכת בשר למחית נפשם וכ"ש בערבי שבתות וימים טובים:

ג'. עלית על כלנה כי דרך אחינו האשכנזים לשלוח נשותיהם לעמוד בחנויות הקצבים ולהפך עדתנו הספרדים אשר לא תעמוד רק האנשים ומזה נולד ערבוביא בין בחורים ובחורות ועינינו רואות וכלות רח"ל:

ועוד בה כמה סיבות מכריחות ומכריעות אשר תכלה היריעה מהכילם. ולזה בהתאסף ראשי עם מק"ק עדתנו הספרדים לראות מזור לכל הנז' ושלחנו אחר גדול השו"ב מהאשכנזים עם גדולי ממוניהם ובקשנו מהם לעכם עצה יחד לתקן המעוות וגם להוסיף עמהם שו"ב ספרדי שיקח ש"ט מכוללנו ומנחלתן לא יגרע ובכל זאת לא אבו שמוע. אזי קמנו ונתעודר אנן הבעה"ח רוב בנין ורוב מנין והסכמנו בהסכמה גמורה בכל חו"ת באופן המועיל לפו"ד שמהיום הזה והלאה נפריש מקולין לעצמנו כל עדתנו הספרדים ויהיה השו"ב בה ג' מחכמי הספרדים המומחים במלאכת השו"ב ושום אחד מעדתנו איש או אשה קטון או גדול לא יקנה בשר כי אם מהמקולין שלנו ולא מהמקולין של האשכנזים ובע"ה הננו מוכנים להכריז הסכמתנו זאת ביום שב"ק הבא קרוב בבכ"נ וב"מ ואחר ההכרזה כל העובר על דברינו אלה ופורץ גדר מלבד כי עבריינא יתקרי ונח"ש כרוך על עקבו עוד בה הרשות נתונה ביד גובי קנסות אשר נמנה לקונסו ולעונשו כפי ראות עיניהם ואין להרהר אחר מדותיהם והסכמתנו זאת יתד בל תמוט והיא אמתני ותקיפא ככל ההסכמות העשויות בישראל מימות יב"ן ושומע לנו ישכון בטח ושמ"ר. ולזה עשו קונטראטו עם שלשה קצבים הר"י הכהן הי"ו והר' אליהו אודיז הי"ו והר'

משה איל פילאלי הי"ו להיות הם מוכרים הבשר לבדם לכל ק"ק הספרדים הי"ו וזר לא יתערב בתוכם. וע"ז נתחייבו בסך עשרים לי"פ להר' מסעוד משקל הי"ו ובעדם נתחייב הר' מסעוד משקל הי"ו הנז' לכוללות הספרדים סך עשרים לי"פ לפורעם בזמן שיבטלו הקצבים הנז' ממכירת הבשר להספרדים באיזה אופן שיהיה. ונתחייבו הקצבים הנז' לשחוט בכל יום בשר לא פחות ממה שישחטו קצבי ק"ק האשכנזים הי"ו. וכן למכור הבשר הכשר בע"ש ובערב יו"ט וביום חמישי בשבוע לא פחות משתי חנויות ויען כי חוששי' הם אילי ח"ו ישתוו קהלתנו עם ק"ק האשכנזים הי"ו ויגיע להם נזק מזה. לזה מוד"א הבעה"ח חו"ר ומנהלי טבת"ו שאם ח"ו ישתוו קהלתנו עם ק"ק האשכנזים בענין המקולין מו"מ מחוייבת כוללות ע"ק ת"ו לפרוע לקצבים הנז' סך עשרים לי"פ מכיס הכוללות אם לא הכריחו האשכנזים שישחטו להם ויקנו מהם ככל שאר הקצבים. גם תנאי מפורש היה ביניהם שאם יבררו הקצבים הנז' שקנה שום אחד מקהלתנו בשר ממקולין של האשכנזים הי"ו אזי יגבו דמי הבשר ההוא מהקנס אשר נגבה מהאיש ההוא. וכ"ז נו"ן בכל חו"ת מידינו דלא וכו' ודלא וכו' בביטול וכו' ובפיסול וכו' לדעת הרשב"א זלה"ה וע"ד אמו"ר ח"ש פה עה"ק טבריא ת"ו בש"א לח' חשון התרנ"א ליצירה והשו"ב וקים וחתמו על שניהם ההסכמה והקונטראטו רוב בנין ומלבד אשר היו במעמד ולא חתמו וכמה וכמה שלחו אחריהם ולא אבו וא"ל כל מה שתעשו אנחנו מסכימים עליו והוכרזה ההסכמה הנז' בבכ"נ ובבמ"ד וכולם שמעו ושתקו ואדרבה נפתח מקולין של ספרדים עפ"י הקונטראטו הנז'. וכל מי שהיה לוקח משחיטת האשכנזים הי"ו מענישים אותו ככתוב בהסכמה. וכמה וכמה עברו ונענשו ועברו בזה כמה חדשים עד שעמדו בעלי פניות ובטלוה. והחזירו הדבר כמו שהיה ושאל השואל אם ההסכמה והקונטראטו הנז' אם עשויים כדין או לא ואם העומדים לבטלה יש כח בידם לבטלה ומה יהיה משפט העובר עליה יורנו המורה ושכמ"ה:

תשובה למה זה תשאל לשמי אשר לא דימיתי ולא עלתה על לבי מכמה טעמי תריצי ראשונה כי איני מאנשיה במקום שבעלי תשו' עומדים וצריך נגר ובר נגר דליפריקיניה. גם את השני כי כו"ע ידעי לה שאנכי הצעיר פרוש מאהבה ואיני מתערב ואיני מכניס עצמי להטפל בשום דבר וא"כ מה לי כי נזעקתי. גם את הג' שלא יחשדני שומע באמור אלי שאני נוגע בדבר היותי ספרדי ובן עיר. ואת רב"ע כי אי אפשר לומר ונקה לנקות עצמו האדם מן המתאוננים ודוברים רע על נפשי ומרננים וחושדים בכשרים אשר יש בכל דור ודור וכמו ששמעתי באומרי' שאני עושה זה להתגדל ולהתיהר וליטול שכר לעצמי:

הנה לטור ראשון כל קדושי עליון אשר ראיתי הלא בספרתם וכל אשר בשם חכם יכונה ויודע ספר חייב להטפל בדבר דבמקום דאיכא חילול ה' אין חולקין כבוד לרב:
ומה גם כי הנה אנכי ב"א ואספתי באומרי"ם מפי סופרי' ומפי ספרים מה שתעלה מצודתי ואערכה לפני בעלי תריסין משפט והמה בחכמתם את אשר יבחרו יקריבו ואם יסכימו לדעתי המעט אזי ישמח לבי ויקובל האמת ואם לאו דברי אלה לעו וכלא חשיבין:
והטור השני נופ"ך שפי"ר קנאת ה' צבאות תעשה זאת לצאת ממחיצתי ולהכניס עצמי בדבר כי יותר קשה עלי הדבר להעלים האמת ולהכחידנה תחת לשוני ולאפרושי מאיסורא תערובת אנשים ונשים:
והטור הג' לש"ם שב"ו דהגם שאני ספרדי ובן עיר אין בי שום נגיעה בדבר כאשר ידוע לכל באי שער עירי וכל ק"ק האשכנזים הי"ו מגדולם ועד קטנם יאכלו ענוים בשמחה משחיטתי וכאשר עד היום הם אומרים קח לך חרבות צורים וזבחת ואכלת וילוו אליך כל עם הקהל אם כן לבעבור זאת נקי אנכי לביתי ואין לי שום נגיעה בדבר:
והטור הרביעי שוהם וי"ש פ"ה לעולם יעסוק אדם בתורה ובמצות ואל יחוש למלעיגים ואעשה כן גם אני והשומע ישמע והחדל יחדל ואני את נפשי הצלתי:
טרם אענה יש לחקור בשאלה הזאת המוצגת לפנינו אם יש כח מספיק ביד הציבור לתקן תקנות ולגזור גזרות על הציבור ולאסור איסר עליהם מה שלא אסרה תורה ולא מצינו בו אפי' לתא מדרבנן ואם המצא ימצא לפו"ד שיש להם כח לעשות ולגדור גדר. עדין אנו דנים אם יש היתר ויכולים הציבור לעשותו מפני האי' שבו שהוא לעבור על לאו דלא תתגודדו שדרשו רז"ל שלא תעשו אגודות אגודות ובקיומה נעשית העיר שתי כיתות ק"ק ספרדים וק"ק האשכנזים הי"ו שאלו אינם אוכלים משחיטת אלו ואלו אינם אוכלים משחיטת אלו:
ותשוב תתפלא בי הגם דנימא דלית בקיומה לאו דלא תתגודדו כאשר אבאר בתשו' לקמן. מ"מ יש טעם בריר שאין לה קיום כיון דלית בה הסכמת אדם חשוב וכמ"ש בב"ב ד"ח ע"ב ויתבאר היטב בתשו' השאלה אי בעינן א"ח בתקנות בני העיר או דוקא בני אומנות. **לו** שקול ישקל דלא בעינן א"ח בתקנות בה"ע כאשר יתבאר עדין צריכים אנו למודע"י אם יכולים הרוב לכוף את המיעוט ועוד צריך לדעת אם הרוב הוא רו"ב או רו"מ וגם אי בעינן רוב מתו"כ או לא:
אשים דברתי אי ליכא רובא אם השתיקה אחר ההכרזה אי הוייא כאילו הסכימו כולם או לא. וגם ע"כ דבר שהיה בכלל והם כמה הגם שלא פורש אם נאמר שהוא קיים נחזי אנן אם יכולים לחזור ולבטלה:

למשפט נקרבה אחת באחת יגשו לטענה הראשונה עיני ראו כי דב"ז נפתח בגדולים עפ"י התו' אשר יורוך שדרשו רז"ל אלו התקנות והגזרות והמנהגות שיורו מהם לרבים כדי לחזק הדת ולתקן העולם וכמ"ש הרמב"ם בה' ממרים פ"א ה"ג ז"ל ודברים שלומדים מן הדין וכו' וכן התקנות והגזרות והמנהגות אם ראו מקצתם שראוי לגזור או לתקן תקנה או שיניחו הקהל המנהג הזה וראו מקצתם שאין ראוי לגזור גזרה זו ולא לתקן תקנה זו וכו' נושאים ונותנים אלו כנגד אלו וכו' ומוציאין הדבר אחר הרוב ועי' בתשו' הרא"ש ח"א סי' ס' דכ"ו ע"א יעו"ש. וכן כתב הריב"ש בסי' שצ"ט וז"ל יכולין בה"ע לעשות ביניהם תקנות וגדרים והסכמות ולקנוס העובר עליהם מד"ת ואינם צריכים להורמנא דמלכא ולטעם דינא דמלכותא דגרסינן ורשאין ב"ה להתנות וכו' ולא זו בלבד אמרו אלא אף בכל ענין שיראה בעיניהם לתקן ולקנוס העובר הרשות בידם אלא דלרבותא נקט הכי ואע"ג דאיכא דברים הכוללים לכל בני המדינה אבל הם נגד מוכרי פירות לבד או נגד פועלים לבד ואית להו פסידא בהם אעפ"כ הרשות בידם דהכי גרסינן עלה בתוספתא רשאים בה"ע לומר כל מי שירצה אצל פ' יהא נותן כך וכך וכל מי שירצה אצל מלכות נותן כו"ך וכל מי שתראה פרתו בין הזרעים נותן כו"ך עכ"ל התוספתא. גם מהר"ם אלאשקאר סי' ע"ט ד"י ע"א הביא התוספתא וכן הר' משפטי שמואל סי' ק"י דקכ"ג ע"ד וציין מקומה פ"ק דב"ב וגם שם דקכ"ד ע"א הביאה גם מהר"מ אלשיך סי' נ"ט בהזכירו לשון הריב"ש כתב על התוס' הנז' הלא היא כתובה בפ' בתרא דמציעא מ"מ פוק חזי כמה אשלי רברבי קא מסהדי עלה:

נקיטינן מדברי התוספתא הנז' דלכל מילי רשאין בה"ע להתנות ולהסיע על קצתן. ועיין להמט"ש ח"ג סי' רל"א בהגהט"ו אות י"ד מ"ש שם והאריך הרחיב בפרט הנז' יעוש"ב:

והרמ"ז בשיירי יו"ד סי' רכ"ח בהגהט"ו אות מ"ד הביא לנו משם הר"א די בוטון בתשו' כ"י סי' צ' ז"ל הסכמה שהיא בחרם אין שבועה חלה עליה דחרם הוי מדאורייתא. ושאין בה חרם הרי היא מדרבנן ושבועה חלה עליה עכ"ל. ולפי האמור שההסכמה דנ"ד אית בה חרם ואין שבו' חלה עליה ואפי' שישבע שלא לקיימה חייב לקיימה וכ"ש שאינו יכול לבטלה:

ואחר ההשקפה בנ"ד אין צורך לאומדנא כי הוא מפורש יוצא ממ"ש בה שהוא פורץ גדר כל העובר והנה ידוע כי הפורץ גדר נאמר עליו ישכנו נח"ש ומפרש בה ונח"ש כרוך על עקבו א"כ אפי' החולקים דס"ל דלא אזלינן בתר אומדנא בתקנה הזאת אזיל ומודה והוייא דאורייתא אליבא דכ"ע:

ועיין ט"ז ס"ק מ"ב הרש"ך ס"ק צ"א הבאה"ט ס"ק ס"ב ס"ג באורך ובין תבין את אשר לפניך לנ"ד וגם בזה קח לך דברי מור"ם שם בהגה"ה ובבאה"ט ס"ק ס"ג ואתייא כ"ש לנ"ד:

ואעלה ואגידה מש"ל מפי' התו' אשר יורוך וכו' משמע דאפי' בלא חרם איכא לאו דלא תסור וכנראה שזוהי כונת הבני חיי יו"ד סי' של"ד דע"א ע"ג וז"ל וכ"ש חרמי ציבור דבליכא חרם נמי מושבע ועומד מהר סיני הוא דמה"ט כתבו הפוס' דמי שנשבע שלא ליכנס בתוך תקנת הקהל לא חלה עליו השבועה. ומדברי מרן הש"ע יו"ד סי' רכ"ח ס' ל"ג וז"ל הנשבע שלא ליכנס בתקנת הקהל הרי זה שבועתו שבו' שוא ולא כתב טעם למה הוי שבועתו שבו' שוא והלבוש כתב שם דדעתו בטל אצל הקהל וחרם התקנה חל עליו בע"כ ע"ש והבאה"ט שם ס"ק ס"ב וז"ל כתב הט"ז וצריך לשאול על שבועתו ולקבל עליו חרם הציבור ואם תקנת הקהל הוא למגדר מלתא דעבירה אז אין השבו' שלו חלה כלל ואין צריך התרה עכ"ל. אבל אם התקנה הוא על עסקי ממון חלה השבועה וצריך לשאול על שבועתו ויקבל עליו חרם הציבור ע"כ. ובערך השולחן שם וז"ל הנשבע וכו' הוייא שבועתו שבו' שוא דתקנת הקהל נמי דאורייתא היא. תה"ד סי' רפ"א ועיין בס' ארעא דרבנן אות תרנ"ד ע"כ. ומהראנ"ח ח"ב סי' ע"א דק"א ע"ב הביא דברי הסמ"ג במצוה ל"ח וז"ל חילוק ג' שנשבעין לבטל את המצוה כגון הנשבע שלא להתעטף בציצית והורה גאון שבכלל זה הנשבע שלא ליכנס בתקנת הקהל אלא שהיה נר' לחלק בזה דכיון דמכח נשבע לבטל את המצוה אתיא עלה א"כ לא יהיה זה אלא כנשבע אחר שכבר גזרו הציבור גזרתם או כשהיו ממשמשין ובאין לגזור גזרתם דהוי כאילו גזרו ממש:

והילך לשון התה"ד בסי' רפ"א וז"ל תשובה יראה לכאורה דשרי וכה"ג ממש נמצא כתוב ע"ש אחד מהגדולים שהורה פעם אחת עשו תקנה שלא למכור בשר ביוקר מן הערך שקצבו להם והיה לא' בשר ששחט כדי למכור קודם התקנה. והתיר לו למכור ביוקר הואיל והיה בידו קודם התקנה והביא ראיה מפ"ק דחולין בעי ר' ירמיה אברי בשר נחירה וכו' וכתב רש"י דלענין דרוש וקבל שכר בעי לה וכתב באשר"י שם דאין נ"ל דלענין זה בעי לה וכו' ומפרש הוא דנ"מ אף לדידן דבעייא זו שאם אחד אסר את עצמו וכו' ע"כ. והיינו כנ"ד וכו' אמנם נר' דכיון דסלקא בתיקו וק"ל כל תיקו דאורייתא לחומרא ולענין תיקו דנדרים פסק אשר"י במס' נדרים בכמה דוכתי לחומרא ובנ"ד דתקנו בחרם ובאלה וקבלו עליהם בשבועה א"כ הוי דאו' והוראת אחד הגדולים הנז' י"ל דתקנה בעלמא היתה ולא בחרם ולא בלה אלא בקנסות בעלמא ואפי' שיש לי קצת הרהור עליה. דבסמ"ג במצות שבועת שוא כתב בשם הגאונים דהנשבע שלא ליכנס לתקנת הקהל חשיב ש"ש

כמו נשבע שלא לאכול מצה וכו' אלמא דתקנת הקהל נמי דאורייתא היא ופסק האשר"י ז"ל אף לדידן בנדר דרבנן כגון ע"ד שאין בו ממש וכה"ג כמה נדרים אשכחן במס' נדרים דאינם אלא בבל יחל מדרבנן וכה"ג הוי תיקו דרבנן לקולא עכ"ל. ועי' להר' בית יעקב סי' קנ"ד דקי"ד ע"ב במה שתי' אהרהור התה"ד על הסמ"ג יעו"ש:

ואני בעוניי לא זכיתי להבין אמרי קו' במ"ש אהרהור שיש לו מדברי הסמ"ג וכו' דמוכח מינה דתקנת הקהל נמי דאו' היא דעדין יכולים אנו לחלק ולומר דהוראת אחד מן הגדולים דוקא בתקנות הקהל שהיא בלי חרם ולא באלה אלא בקנסות וכמ"ש הוא ז"ל בדבריו שם אבל בתקנה שיש בה חרם ואלה ושבו' אזי הוא דאו' והו"ל כנשבע שלא לאכול מצה וכו'. וזו היא ס' הסמ"ג וכו':

ואולם אחרי רואי ראיתי בדברי הסמ"ג עצמו שהביא סיעתא על דברי הגאון מר"י טוב עלם ומתשו' הגאונים ומתשו' רש"י יעו"ש ותשו' רש"י אביא אותה לקמן כאשר יראה המעיין ומינה מוכח דאף בלא שבועה ובלא חרם הרי עובר ושבו' שבועת שוא יעו"ש וכמ"ש הגאון המובא בסמ"ג ואזדא לה קושיתנו על התה"ד ופי ר צדיק ברור מללו:

וראיתי להחק"ל יו"ד ח"ב סי' מ"ט דכ"ד ע"א וז"ל עוד נ"ל וכו' שהרי אין בהסכמה זו כ"א איסור דרבנן וכו' שהנה אם היה בהסכמה זו חרם או שבועה היה בהסכמה זו איסור תורה אכן כשאין בה לשון חרם או שבועה איני רואה מקום שיהיה בו איסור תורה אמת שראיתי לסמ"ג וכו' ופשט דבריהם מורים דפשיטא להו דגם בכל הסכמת ציבור אף בלא חרם ושבו' אית בהו איסור תורה וכו' וראיתי לתה"ד וכו' אך הדבר מתמיה בעיני איך יהיה בתקנת הציבור בלי חרם איסור תורה שהרי מפורש בדברי הרמב"ם בפ"א מה' ממרים ה"א וב' דכי כתוב לא תסור היינו על ב"ד הגדול שבירושלים שהם עיקר תורה שבע"פ שנמסרה למשה בי"ג מדות שהתורה נדרשת או הל"מ שכולם ד"ת נינהו וכו'. עוד כתב בחק"ל ח"מ ח"ב סי' ק"ח דקכ"ט בענין הסכמת הקהל בלי חרם כתב שאין בו אלא איסור דרבנן דאפי' תקנת ב"ד הגדול אין בה לאו דלא תסור מדין תו' כמו שהכריע הרמב"ן בס' המצות בשורש א' והסכים עמו החינוך סי' תק"ח והרשב"ץ בס' זוהר הרקיע וא"כ כ"ש תקנת הקהל וגם הביא לתשו' התה"ד שצידד בסי' רפ"א שיש בהסכמת הקהל איסור תורה וכתב שם שכן הכריע בחא"ה סי' ע' דקנ"ט ע"ש והיינו ודאי משום שכתב שיש להרהר:

ואגב אורחין ראיתי להרב ארעא דרבנן אות תרנ"ד שכ' וז"ל תקנת הקהל כתב מהרש"ך ח"ג סי' ק"ח דתקנת הקהל אפי' לא היה כתוב בה אלה או שבו' יש לחוש למ"ש התה"ד בסי' רפ"א דתקנת הקהל דאו' הוי ועיין בכנה"ג יו"ד סי' רכ"ח בהגב"י אות ר"ל שתמה על

דברי הסמ"ג שכתב הנשבע שלא ליכנס בתקנת הקהל הוי שבועתו שבו' שוא וכו' ותמה עליו (מהראד"ב) דאע"ג דאדם חייב להיות בתקנת הקהל ושלא לפרוש מהם אין זה אלא מדרבנן ולא מדאורייתא ושבועה חלה ע"ד מדרבנן בשב וא"ת ונראה דאשתמיטיתיה דברי התה"ד הנז' ועי' בתשו' בית יעקב סי' קנ"ד דקי"ד ע"ב עכ"ל. הנה מדברי הגאון ארעא דרבנן נראה שהבין שקושיא זו היא קושית הכנה"ג והא ודאי דאגב חריפותיה לא דק והיא באמת קושית מהראד"ב כאשר יעויין שם בדברי הכנה"ג אמנם ק"ל על הגאון ז"ל הנז' שכ' ונראה דאשתמיטיתיה דברי התה"ד וכו' דהשמטה זו איני יודע דאדרבא דברי התה"ד מסייעים קצת לקושית מהראד"ב ז"ל דהתה"ד הביא פסק הגאון שהתיר הבשר והתה"ד ז"ל יצא לחלק בין קבלו עליהם התקנה באלה ושבועה אז הוי דאורייתא ואם לאו הוי דרבנן והגם שכ' שיש להרהר עליו מדברי הסמ"ג אין זה כי אם הרהור בעלמא ואינו מוכרח כאשר יעויין היטב בדב"ק. ואף כי יהבינא ליה כל דיליה עכ"ז קושית מהראד"ב תפול אף לדעת התה"ד ואם כונתו לו' דרבים קמו בסברא זו עדיפא היה לו להביא דרבים המה המסייעים לדעת הסמ"ג והם הר"י טוב עלם ותשובת הגאונים ורש"י המובאים בדברי הסמ"ג וגם לקמן נציגם בעז"ה:

גרסה נפשי לתאבה בדברי הרמ"ז הנז' ושם ראיתי בלשון הסמ"ג שכתב במקום ליכנס בתקנת הקהל כתב בשבועת הקהל ולפי גירסא זו נלע"ד שבא לרמוז לחילוק התה"ד בתשובה הנז' שכתב אחרי כותבי עיינתי כי פי' זה לא יתכן והוא מדברי התה"ד שמדברי הסמ"ג הרהר על הוראת אחד מן הגדולים יעו"ש והוראת אחד מן הגדולים היא בלא שבועה ובלא אלה וכמ"ש התה"ד ועלה מהרהר מדברי הסמ"ג הא ודאי שהתה"ד הבין בסמ"ג דאיירי בלא שבו' וכפשוטה [עיין לעיל שהקשתי על התה"ד]:

או דבא לפ' מ"ש גאון זה שכלל זה הנשבע שלא ליכנס בתקנת הק' הכונה בשבו' הק' כי היכי דהוי דומיא דנשבע לבטל את המצוה שכבר הוא מושבע ובזה נחה שקטה תמיהת מהר"א ד"ב הנז' מעל הסמ"ג ח"א והרב מהר"א ד"ב וכו' והסמ"ג הוא כסברת התה"ד וכמ"ש ע"ד הסמ"ג וכ"כ בתה"ד וכו' וכדברי הסמ"ג ראיתי על דברי הגאון הנז' ז"ל וכן ראיתי בתשו' ר"י טוב עלם ובתשובת הגאונים ור"י בר יאודה ורש"י ותשו' רש"י הובאה בהראנ"ח ח"ב סי' ע"א דק"ך ע"ג הביא תשו' המרדכי בסי' שנ"ו משם תשו' רש"י ז"ל ועל אותו ששמע שהציבור ממשמשין עליו לגזור גזרתם ונשבע שלא לקיים גזרתם ואח"כ גזרו גזרתם אם חייב לקיים אם לאו כך ראיתי שהנשבע לעבור ע"ד הציבור נשבע לשוא הוא ואם התרו בו חייב מלקות מדאורייתא וצלל במים אדירים והעלה חרס בידו ולא נפטר מתקנת הקהל אעפ"י שקדמה שבועתו לגזרתם שהרי נשבע לבטל את המצוה הוא

אסור מחקי המצוה מדבר זה מושבע ועומד מהר סיני והרי הוא בכלל ארור אשר לא יקים ואין לך מצוה שלא נכרתו עליה מ"ח בריתות והרא"ש כתב על תשו' זו דמיירי שגזרת הציבור היא ע"ד הרשות ועכ"ז אומר רש"י שכיון שנשבע כנגד גזרת הציבור אין שבועתו חלה ואפי' קודם שגזרו הציבור גזרתם אלא שהיו ממשמשין וכו' יעו"ש באורך. ורואה אני את דבריו במ"ש שהרי נשבע לבטל הוא אסור וכו' דגם מכאן הראיה דלא כמ"ש לפ' כדברי הרמ"ז הנז' במ"ש או דבא וכו':

ואני אפרש את דברי שכיון דאית לאו דלא תסור וכמש"ל עפ"י התורה אשר יורוך אלו התקנות וכו' ואפי' ע"ד הרשות כבר מושבע ועומד מהר סיני ודבריהם היא השבועה שמהר סיני וא"כ תקנת הקהל היא עצמה שבו' הקהל שהיא שבו' התורה ופי' תשו' דברי המרדכי שהביא מהראנ"ח שהרי נשבע לבטל את המצוה הוא אסור מחקי המצוה הוא מלאו דלא תסור:

ואמינא לה מתשו' הרשב"א ז"ל שהביא מהראנ"ח שם דק"ך ע"ד וז"ל ציבור שמתקנים תקנה לצורך ציבור וכו' ועמדו אנשים ונשבעו שלא ליכנס באותן החרמות אם עשו הציבור לאחר מכאן ההסכמה אם יהיו פטורים אם לאו. תשו' דע שכל ציבור וציבור יש להם רשות נגד יחידיהם וכו' ואלה שנשבעו על תקנת הקהל עשו שלא כהוגן ואין רשאין לעשות כן וכו' וצריכים הם לשאל על שבועתם לקבל עליהם תקנת הציבור יעוש"ב. גם בדקכ"א הביא תשו' המיוחסת להרשב"א ז"ל וז"ל הסכימו הקהל למנות אנשים נאמנים על המסים והחרימו עליהם ובשעת החרם מסר אחד מודעה שאינו נכנס באותו חרם ולא מקבל ההסכמה. תשובה אין כל אדם רשאי ליפטר עצמו מתקנת הקהל והסכמתם כפי שהיחידים משועבדים הם להקהלות וכמו שכל הקהלות משועבדים לב"ד הגדול כך כל יחיד ויחיד משועבד לב"ד שבעירו. ולפיכך זה שהוציא עצמו מן ההסכמה לא עשה כלום וכו' יעו"ש. וזהו כונת הרשב"א ז"ל דע וכו' יש להם רשות נגד יחידיהם הוא בכח לאו דלא תסור וכן מ"ש בתשו' המיוחסות ז"ל לפי שהיחידים משועבדים הם לקהלות וכו' הוא מלאו דלא תסור

ועיין להרמ"ז בתשו' ביו"ד סי' ר' הביאה החק"ל ח"ב יו"ד דפ"ה ע"א וע"ש מה שתמה עליו וז"ל וראיתי בתשו' הכנה"ג ח' יו"ד סי' ר' שהביא דברי הסמ"ג ורש"י והג"מ דנשבע דלא ליכנס בתקנת הקהל הוי שבועתו שבו' שוא ודברי הרב"ד שהקשה דהסכמה בלי חרם אינו מד"ת אלא מדרבנן וכתב דזו כבר יישבה הדש"ך ח"ג סי' ק"ח שכתב שתקנת הקהל וכו' וכדבריו כתב המ"ץ ח"ב סי' ד' ודבריהם נכונים שכ"ן מתשו' רש"י וכמדומה שהראד"ב לא ראה תשו' רש"י הלזו עי"ש ואחר המחי' דבריו תמוהים שהרי דברי הגמ'

שהביא הם דברי הסמ"ג ודינא קא בעי מאין הרגלים שיהיה בתקנת הציבור איסור תו' מי אלים מכל מצות דרבנן וגם כבר הביא שהריב"ל כתב בשם הרשב"א דהסכמה בלי חרם ספקא להקל והדין עמו אם לא שיש לישב בדרך שכתב דגם הם בהסכמה בחרם איירי וא"כ מ"ש שלזה כבר יישב הרש"ך ח"ג סי' ק"ח הלא אין בדברי הרש"ך ז"ל כ"א שהביא דברי התה"ד שלמד מדברי הסמ"ג אלו בתקנת הקהל ד"ת ואם הראב"ד ק"ל בעיקר דברי הסמ"ג איך יתיישב זה במה שהביא הרש"ך דברי התה"ד שהביא דברי הסמ"ג אלו ועוד ק' במקום שכתב דהרש"ך יישבה טפי הו"ל להביא דברי התה"ד דעיקר דברי הרש"ך הם שהביא דברי התה"ד. גם מ"ש שלא ראה תשו' רש"י מה בכך פשוט דאף אם לא ראה גם לרש"י הוה ק"ל הכי. ועוד קשה איך לא נרגש שהרא"מ בתשו' ח"א סי' ז"ן פי' תשו' רש"י הלזו דאיירי בהסכמה בחרם דמינה דכל חרם אינו אלא מדרבנן. ותשו' המ"ץ ח"ב שהביא כעת אינו מצוי אצלי ע"כ:

ואנא מזרעא דרב קאתינא אמינא ולא מסתפינא דחייב לאפוכי בזכותיה דאדוני זקן ואען ואומר שלפי מ"ש לעיל הנה נכון אתי דברי עט"ר הרמ"ז ודיוק זה הוא נראה מדברי הרש"ך שהביאו עט"ר הרמ"ז שם וכעת אין הס' בידי לבאר את דבריו ולבעבור זאת הביא הרמ"ז דברו הרש"ך ואני סומך על הקורא. ונעים כי תשמרם בבטנך יכונו יחדיו על שפתך ולכן לא יכולתי להאריך במה שיש לי להרחיב הדברים ול"ת את הכל וד"ב. ולפו"ד יתורץ תמיהת מהר"א ד"ב שהביא הרמ"ז דדא ודא חדא היא:

ומהרש"ך ח"ג סי' ק"ח דקי"א ע"א וז"ל ועוד אני מוסיף לו' שאפי' התקנה הזאת שתיקנו הקהל וכו' לא היתה נעשית בחרם ובאלה יש לחוש למ"ש התה"ד והוראת אחד מהגדולים דלעיל י"ל דתקנה בעלמא וכו' כ"ז היה ראוי שיחוש זה המערער הרוצה לישא וליתן במעות מזויפות וכו' יעו"ש:

תשוב תראה להחק"ל יו"ד ח"ב סי' מ"ט דפ"ב ע"ד שהק' על התה"ד סי' רפ"א וז"ל שהכריח מדברי הסמ"ג דתקנת הקהל מדאורייתא דמלבד דלא מהני לפי מה שהתבאר איך אפשר יעלה על הדעת כן וכי מי אלים תקנת הציבור במילי דרשות מתקנת הב"ד וכל ישראל שאין בה איסור תו' וכו' יעוש"ב. ומיהו אחר הישוב נמי הא לא קשיא שהרי גם התה"ד סתם תחי' דתקנה בלי חרם הוי דרבנן כדברי הגאון שהביא אלא שכתב ואפי' שיש לי קצת הרהור עליו וכו' ודבריו צריכים ביאור שאין זה קצת הרהור אלא סתירה גמורה וכו' אכן נראה שגם הרב דעתו כן אלא שיש לי קצת הרהור מדברי הסמ"ג ולא ביאר יעוש"ב. ובע"ד גם מה שהק' על מהרש"ך ובסו"ד כתב כי ע"כ איני רואה מקור לחוש בספק הסכמה בלי חרם. ושם דפ"ה ע"א ז"ל וגם יש לי להביא ראיה דהסכמה

בלא חרם דרבנן שהרי בתשו' משפטי שמואל סי' כ"ה ומשא מלך דנ"ג ופ"מ ח"א ס"ד וח"ב סי' ק"י והפמ"א ח"א סי' נ"ד ומגן גבורים סי' י"ב יחד כולם העלו דהסכמה בלי חרם ספקא להקל ש"מ דפשיטא להו דלא אסור אלא מדבריהם וכו' עש"ב. גם שם הביא תשו' מהר"י טאייטצק הובאה בס' ת"י סי' רי"ב דקי"ב ע"ג שהביא תשו' הרשב"ץ והשיב עליו וכו' נראה דרפייא בידיה אי הוי מד"ת ונוטה דעתו דהוי מד"ת:

ואחרי המחי' מכל מה שנתבאר נר' דאין ספק דאין בהסכמה בלי חרם איסור תורה שכן דעת רוב הפוס' ושם ע"א הביא תשו' מהר"ש חסון בס' בית שלמה יו"ד סי' י"ב שהביא דברי הסמ"ג ותשו' רש"י שכתבו דנשבע נגד תקנת הקהל הוי ד"ת ופי' דהיינו מלאו דלא תסור והביא דברי הרמב"ם דפ"א דהלכות ממרים שיש בכל מילי דרבנן לאו דלא תסור והביא תשו' הרמב"ן סי' ר"פ שהיא להרשב"א דנשבע נגד תקנת הקהל וחרמם צריכים שאלה והכריח דאי קאי בלא תסור כדעת הרמב"ם לא היה מצריך שאלה או דס"ל ליתיה כ"א בב"ד הגדול שבירושלים ע"ש ודבריו תמוהים בעיני וכו' ע"ש באורך. ובע"ב האריך למעניתו אי איכא לאו דלא תסור ובסוף העמוד ז"ל וע"ע למאי דאתן עלה נראה עיקר דאין בתקנת הציבור בלי חרם איסור תורה מכל מה שנתבאר וכו'. ובע"ג הביא תשו' המבי"ט ח"א סי' רמ"ו כתב דשבועה חלה על ההסכמה דלא עדיף הסכמה מאיסור דרבנן ע"ש:

גם הביא משם הר' נחלה ליאושוע סי' י"ז שהסכימו מהר"א ירושלמי ומהר"ש סבע דהסכמה בלי חרם אינה צריכה התרה דאינה אלא אזהרה בדרך הסכמה ועי' ע"ז מ"ש המחבר שם גם בתשו' מהר"ש גאון בס' משפטים ישרים סי' כ"ח מתבאר דפשיטא ליה דהסכמה בלי חרם ספקה להקל וכ"כ מהרח"ש ח"ג ס"ל אך ק' שראיתי להר' שם בסי' ל"ו דנקיט בפשיטות דתקנת הקהל דבר תורה וכו' יעוש"ב:

ואדברה וירוח לי דבהסכמה ל"ב שיהיה בה חרם וכמו שאמרו בגמרא רשאין בני העיר להתנות וכו' דמשמע שהם רשאין אפי' בלי חרם. גם ההיא דבני בישן נמי דאיתא בפסחים ד"ן וז"ל בני בישן נהגו דלא הוו אזלין מצור לצידון במעלי שבתא אתו בנייהו לקמיה דר"י א"ל אבהתין אפשר להון אנן לא אפשר לן אמ"ל כבר קבלו אבותיכם עליהם שנאמר שמע בני מוסר אביך ואל תטוש תורת אמך ע"כ וההיא דקבלו אבהתייהו אין בה לא חרם ולא שבועה דשמעת מינה דכל הסכמה או קבלה אע"ג דליכא חרם או שבו' אינם יכולים לבטלה מכח דהוייא דאורייתא. ועי' בשער אפרים סי' ס"ג דכ"ח:

בהגהת בנו פי' על דברי הרב המחבר ז"ל בסופה כתב וז"ל אמנם נר' לענ"ד שראיתו נכונה בזה מאחר שדבריהם כנחלי אש והרי היא כאילו נעשה בחרם ואפ"ה יכולה לומר אי אפשי בתקנתם וה"ה בנ"ד וק"ל ע"כ:

ואנכי העבד לא ידעתי לכוין אימרא דמה זו ראיה והנה אתך לשון התיו"ט המובא שם במשנה דאבות פ' ב' משנה יו"ד וז"ל וכל דבריהם כנחלי אש אף קלות שבקלות כי פורץ גדר של חכמים כגון יחוד של פנויה שסתם אשה נדה דכ' תהיה בנדתה עד שתבא במים דשמעת מינה דדוקא בהנהו דאיכא בו סרך איסור אשר לא כן באותו נדון דתקנת חכמים היא לטובת הלקוחות או לטו' האשה שם הוא דיכול לומר אי אפשי בתקנת חכמים שהיא לטובתי וליכא ביה סרך איסור אשר לא כן במקום דאיכא חרם אין כח בהם לבטלה. ועדין יש כח במתעקש לכל אשר יאמר ואתיא במכ"ש לנ"ד דאי' בהסכמה מגדר מלתא ואפרושי מאיסורא. ובפרט דהנה כבר הוכחנו כי ההסכמה דנ"ד אית בה חרם:

הן כל יקר ראתה עיני למוהריב"ל ח"א סי' מ"ד העד העיד בנו שכבר נתפשט המנהג בהסכמת המורים דבתקנו רובם סגי וכמו שנתבארו הסוברים לעיל וא"כ אין מן הצורך עוד להאריך בדבר המחלוקת הנז'. ועדיפא מינה דבנ"ד אתייא אליבא דכ"ע דכיון דהוכרזה בבכ"נ ובב"מ ולא היה מי שמיחה בדבר ונעשה מדעת כולם:

את הקב"ץ האחד עלה בידינו דיכולים ב"ה לתקן תקנות כחפצם ורצונם לתיקון העיר כב"ד הגדול וכמש"ל ועיין בס' החינוך סי' קי"ב דנר' היפך מזה דכתב דאזלינן בתר משמעות תקנה ולא בתר הכתוב ודלא כמ"ש החק"ל לעיל:

והרמב"ם הלכות מלוה ולוה פ"ב ה' ג' כתב וז"ל ותקנות אחרונים היא ואין מדקדקין בה להחמיר אלא להקל ע"כ ומהרח"ש סי' ק"ה דקנ"ב ע"ד הביא מחלוקת בזה יעו"ש ובסי' כ"ז ועי' הר"י הלוי בכלל ד' סי' כ"ח ד"ס ע"א וב'. והרב קול אליאו ח"ב ח"מ סי' ל' דפ"ה ע"ג כ' וז"ל ויותר מהמה הרואה יראה שפתיו ברור מללו להקת הנביאים בעניני הסכמות ותקנות העיר דאמדינן דעת מתקני התקנה בין להוציא המשמעות ובין להוסיף ולהכניס בכלל ההסכמה את אשר לא פורש בהדייא ולהעניש על ההוספה מאומד כמו הנכתב והמפורש בהדייא וכמ"ש מהרד"ך בית ל"ב ומהריב"ל ח"ב סי' פ' ומהרשד"ם ח"מ סי' רנ"ח ומהר"י הלוי סי' כ"ח ומהראנ"ח סי' ק"א כולם בהסכמה עלו להוסיף ע"ד ההסכמה כל שישנו תחת סוג האפשרי דלהכי איכוון הבא לתקן ומכללם למדנו דאפי' לאפוקי מיד המוחזק אהני אומדנא דדעת המתקני' כנר' מתוך נדונם איש על מקומו וכו' יעו"ש באורך:

ומפורש יוצא לנ"ד שכתוב בה שכל העובר פורץ גדר ומשמעות דבריהם הוא דכל הפורץ גדר ישכנו נח"ש שהוא נידוי חרם שמתא כידוע וא"כ הו"ל כמפורש והגם שמרן הרמ"ז בשיירי יו"ד סי' רי"ח בהגהט"ו אות כ"ט כ' וז"ל הא דהולכים אחר הכו' והאומדנא היינו היכא דליכא דררא דממונא ואפי' נשבע סתם אבל במילתא דאיכא דררא דממונא אין הולכים אחר הכונה והאומדנא וכו' וכ"ש למ"ש הרב הנז' שם באות ס' וז"ל דבאומדנא דמוכח אפילו היכא דאיכא דררא דממונא אזלינן בתר האומדנא הר"מ מטראני שם עכ"ל. ובנ"ד אין לך אומדנא דמוכח גדול מזה דהוי כאילו נתפרש ממ"ש הר' מים רבים יו"ד סי' ס"א דנ"ד ע"ג הביא משם הרדב"ז בסי' רע"ט ואח"כ כתב וז"ל הרי אפי' היכא דאי' אומדנא דמוכח כתב הרב דאינו כלום כיון שהוציא בשפתיו סתם ולפי"ז בנ"ד שהסכימו סתם בלי שום גילוי דעת וכו' יעו"ש:

אף אתה אמור שהרב כתב בלי שום גילוי דעת כלל לא כן נ"ד שהוא מפורש יוצא כנז' הא ודאי דאזלינן בתר אומדנא דמוכח כזה. וחילוק זה מפורש יוצא בדברי הרב הנז' שם בע"ד מה שתירץ לקושיא שהק' על הרדב"ז וז"ל וי"ל ואח"כ כתב. הכלל העולה דאם יהיה שם אומדנא בריאה וטובה יודה הרב דלא מיקרו דברים שבלב ואעפ"י שהוציא בשפתיו סתם כמפרש דמי וכו' ע"ש באורך. ועוד זאת היתה יתירה בנ"ד שכתוב בהסכמה וכל העובר על דברינו אלה עבריינא יתקרי דמזה נר' פשוט וברור דהסכמה זו עשויה בחרם שכל העובר עליו עבריינא יתקרי. עוד כתב בסו"ד וז"ל וידוע מן התלמוד דסמכינן על האומדנא דמוכח עכ"ל. ומי לנו גדול ובקי בכל חדרי התלמוד כמוהו בדומים וכ' וידוע מן התלמוד וכו' א"כ ממנו נקח לנ"ד שהיא אומדנא כמעט מפורשת דאיכא בהסכמה חרם וכמש"ל. ובמ"א הארכתי והעליתי כדעת מרן הק' דפסק דאזלינן בתר אומדנא דמוכח מהש"ע מכמה מקומות:

ולך נא ראה להשער אפרים סי' ס"ג דכ"ו ע"ב וז"ל תשו' וכו' צריכים אנו לדקדק תחילה בלשון התקנה וכו' כי כבר כתבתי והארכתי בפסקים אשר לי בסוגיית הגמרא דבב"מ בפ' המקבל ר"מ היה דורש לשון הדיוט וכו' ר"י היה דורש לשון הדיוט וכו' וגם במ"ש התוס' שם שאעפ"י שלא נכתב כאילו נכתב דמי. וכתבתי שם ממשמעות לשון הסוגייא דאתי לאשמועינן דדורשין לשון הדיוט אפי' באיסור חמור דחשש ממזרות ומיתת ב"ד ואפי' שיש לפ' פירוש אחר וכמבואר בנמק"י שם ואפ"ה דרש לשון הדיוט והתיר אשת איש ולא חש לחשש ממזרות חלילה כמו כן צריכים אנו לדקדק בטופס לשון התקנה וכו':

ואולם עוד לאלו"ד מילין כי נפלנו ברשת זו דאין כח ביד ב"ה לתקן תקנה כזו דאיכא בה איסורא רבא דלא תתגודדו. וכל חכם לב בכם יבואו ויגידו כי הסכמה זאת איכא בה לאו דלא תתגודדו וכל היכא דאיכא איסור תורה לא חיילא וכמ"ש מורם בש"ע א"ח סי' תס"ג בדיני העומר וז"ל ולא ינהגו בעיר אחת מקצת מנהג זה ומקצת מנהג זה משום לא תתגודדו ע"כ. וא"כ אף אנן נימא הכי בנ"ד במכ"ש

אדברה ולא אראנו דעיקרא דהאי מילתא דלא תתגודדו היא בפ"ק דיבמות די"ג ע"ב ומשם תשו' מוצאת וז"ל תנן התם מגילה נקראת בי"א בי"ב בי"ג בי"ד בט"ו לא פחות ולא יותר וכו' אמ"ל ר"ל לר"י אקרי כאן לא תתגודדו לא תעשו אגודות אגודות וכו' אלא אמר רבא כי אמרינן לא תתגודדו כגון ב"ד בעיר אחת פלג מורין כב"ש ופלג מורין כב"ה אבל ב' ב"ד בעיר אחת לית לן בה יעו"ש:

אערכה לפניו משפט בדבר זה דתלוי במחלוקת היות עירנו זאת יש בה ב' קהלות אשכנזים וספרדים יצ"ו והיכא דאיכא ב' ב"ד בעיר א' אי הוי כשני עירות או לא הנה ראיתי למרן בס' אבק"ר סי' קצ"א פסק דהוו כב' עירות ורבים חולקים. ולדידן כיון דמר פסק דהוו כב' עירות לא נטה ימין ושמאל מדבריו ולא משגיחין בחו'. ועי' מהר"מ אלשיך סי' מ"ו דק"ב ע"ב וק"ג וק"ד ובדק"ה כתב ז"ל כללו של דבר וכו' יעו"ש. ואל תבא במשפט מדברי המבי"ט ח"א סי' ר"פ דע"ד ע"ג וז"ל דהשתא הוו כולהו בני עיר אחת כיון שהוא מנהג ביניהם שמתקבץ מכל הקהלות כשרוצים לעשות הסכמה דבר שהוא לתיקון העיר וכו' יעוש"ב. וא"כ ה"נ נימא דנ"ד כן הוא דעיר האלד'ים עירנו זאת. גם השני קהלות ספרדים ואשכנזים יחשבו לעיר אחת. לזאת אשיב הנה עמך המבי"ט ח"ב סי' ע"ז דט"ו ע"א שכתב שכל הבכ"נ של העיר חשובים כעיר אחת והביא ראיה מלשון הג' ב"ה יכולים להתנות וכו' יעו"ש דיש לחלק דהיינו דוקא בבני עיר אתת וחלוקים הם בבתי כנסיות אשר לא יאמר כן בנ"ד שהם ב' קהלות ספרדים ואשכנזים וחלוקים הם בב"ד והם פוסקים בדיניהם כמורם וק"ק הספרדים פוסקים כמרן. ומוכרחים אנו לומר שגם המבי"ט אזיל ומודה שבנדון כזה הו"ל כב' עירות דאי לא תימא הכי איך הם יכולים לפסוק כמורם והספרדים כמרן. ולכן דייק בדבריו שכל הבכ"נ של העיר וכו' דכונתו רצויה דדוקא בבכ"נ אבל בתי דינים לא וכן מפורש יוצא בדברי מהרח"ש בס' תו"ח ח"ג סי' ק"ב דקמ"ו ע"א וב' ובסי' ק"ז דקנ"ה ע"ד יעו"ש משפטי שמואל סי' ס"ה דמ"ו ע"ד גם בסי' פ"ד דע"א שהביא משם מהרד"ך בית י"ג וז"ל ולענין ההסכמה וכו' כמו שתמצא היום בסאלוניקו אשר היא עיר ואם בישראל שהספרדים ב"ד בפני עצמם והאשכנזים ב"ד בפני עצמם וכו' יע"ש. וכן נראה לחלק מדברי מהריב"ל ח"ג סי' ס"ד שכתב שאפי'

רוב כופין למיעוט הקהלות באנשים ממקומות חלוקים כגון רומניא ואשכנז וספרד אין הרוב וכו' אף אנו נאמר כן בנ"ד:

ועיין להרמ"ז שם אות ק' וק"א וק"ב וק"ג וק"ד גם בשיירי יו"ד בהגהב"י אות רמ"ח ורמ"ט שהאריך הרחיב בדבר יעוש"ב. ועיין משפטי שמואל סי' כ"ה ד"ך ע"א שגם שם האריך הרחיב והביא שם בע"ב ס' החינוך שכתב אבל בב' ב"ד חלוקים והם שוים בחכמה לא נאמר בזה לא תתגודדו. ובדכ"ב ע"ב הביא וז"ל למדנו מכאן דבין לדעת ר"ל ובין לדעת ר"י כל שאינו ענין איסור תורה או לפחות איסור דרבנן לא שייך לומר לא תתגודדו מן המקשה ברור שהשיב בתמיה גם ר' יוחנן לא השיב לו מה לי הכי ומה לי הכי אלא והתם לא אסור וכו' משמע דהכי ס"ל וכו' א"כ משמע ודאי דלכ"ע בין לריש לקיש ובין לר"י בדבר דליכא איסור לא אמרי' לא תתגודדו והדברים ק"ו ומה התם דאע"ג דליכא איסור מכל מקום איכא צד חומרא וסייג פרישות ועכ"ז אמרי' דלא שייך ביה למימר לא תתגודדו בנ"ד דליכא לא רמז ולא רמיזת שום חומרא בין יהיו כל הממונים יחדיו בין לא יהיו עאכ"ו ודבר זה ברור כשמש לא יאמר בענין זה אדם דשייך לא תתגודדו אלא מי שרודף אחר תאותו להשלים רצונו וחפצו. ונניח שנרצה לומר דגם בזה שייך למימר לא תתגודדו וכו'. מ"מ בנ"ד שהקהלות הם נפרדים לעצמם כמנהגם לא ראי זה כראי זה לכ"ע אפי' בדבר איסור אין כאן משום לא תתגודדו ע"כ. נפקא לן לנ"ד שאף אנו נאמר כן. עוד הביא רב אלפס שכתב אבל ב' ב"ד בעיר אחת לית לן בה וכ"ש ב' ב"ד בב' עיירות עכ"ל בהלכות ולא הביא כ"א מ"ש רבא יעו"ש. גם הרא"ש כתב כן ומ"ש מה שהק' מלולב ושופר ותי' יעו"ש ומ"ש סי' כ"ו דכ"ג ע"ב וז"ל מכל מה שכתבנו למדנו שהדין עם התושבים מכמה צדדים אחת דבדבר דליכא איסור לא איסור תורה ולא איסור דרבנן לא שייך ביה למימר איסור לא תתגודדו וכן בפשיטות כדמוכח מן הגמרא כנ"ל וכן נראה מדברי בעל החינוך שכתב בפ' ראה וז"ל ממורי י"א למדתי שאין איסור זה אלא בחבורה אחת שחולקין קצתן על קצתן והן שוין בחכמה דאסור לעשות כל כת מהם כדבריו שזה גורם מחלוקת ביניהם אלא ישאו ויתנו בדבר הרבה עד שיסכימו כולם לדעת אחת ויעשו הכל כדברי המחמירין אם המחלוקת הוא ע"ד שהוא מן התורה אבל בב' בתי דינים חלוקים ואינם שוים בחכמה לא נאמר על זה לא תתגודדו והביאו ראיה ממעשה דמס' חולין שאמר שם נפקי שפרי דרב ואסרי ונפקי שפרי דשמואל ושרו ע"כ למדנו שצדקו דברי הרד"ך ז"ל שלא נאמר לא תתגודדו אלא בב"ד פלג אמרי הכי אבל בב' ב"ד לא נאמר לא תתגודדו. עוד למדנו שלא נאמר זה אלא בדבר אסור אז שייך לא

תתגודדו שתי תורות אבל בדבר שאין בו איסור אפי' ב"ד א' פלג יעשו כן ופלג יעשו כן לית לן בה וכו' יעו"ש באורך:

גם בתשו' הרא"ש סי' נ"ג נראה דס"ל הכי בענין ב' קהלות דהוו כשתי עירות שכתב באמצע התשו' דע"ז ע"ג וז"ל שהרי אין לומר שעניי כל הקהלות נקראים עניי העיר אלא כשכל ב"ה כולם משותפים בכל ענייניהם אבל היכא שהם נחלקים לחבורות חבורות קהלות קהלות הו"ל כל קהלה וקהלה עניי עיר אחרת שבזה אפי' ר' יצחק בר ברוך מודה בו יעוש"ב והרשב"ץ ח"ב סי' רצ"ב בתקנה ט' בפי' ז"ל לפי שיש מקומות נחלקים וכו' יעו"ש ופ"מ ח"ג סי' כ"ב דל"ד ע"ב וז"ל אך על הכל אמינא דהגם דבסעיף זה דברי מהרש"ך במחלוקת הם שנויות על הכל במאי דכ' דהיכא דהוי מגדר מילתא דכ"ע יודו דיכופו הרוב את המיעוט ואפי' בקהלות מחולקות לא ראינו מי שקרא עליו ערעור וכו' ומה גם אם בנ"ד כבר הונהג כך מימי קדם ואנחנו מה פה כן נהגנו להיות כל הקהלות הספרדים לכל דבריהם כעיר אחת זולתי בדבר השייך לשני הקהלות אזי הם משותפים ובתקנה המוצגת לפנינו היא שייכא דוקא לקהלות הספרדים א"כ פשוט וברור דק"ק הספרדים הם כעיר אחת ולך נא ראה להרא"מ עוד בסי' נ"ז דכ"ב ע"ב קחנו משם וגם בדברי המהרח"ש הכתו' לעיל:

ועיין מהרשד"ם יו"ד סי' מ"ב דכ"ג ע"ג שהביא משם מהר"י ן' חביב וז"ל ראיתי מ"ש הגאון וכו' בוחן לבות הוא יודע דאי לא דמסתפינא מקול המולה הייתי אומר שראוי לשום נגד פנינו מאמרם על לא תתגודדו לא תהיו אגודות אגודות וכיון שגירושי איטליה וכו' לא היו מכשירים בדין הנפיחה גם אנחנו וכו' כמ"ש נותנים עליו חומרי מקום וכו' גם לסיבה עצמית כי מצאתי בבואי הנה חכמים ספרדים חסידים ואנשי מעשה וכו' ולמה לי להכניס עצמי בין ראשי ההרים עכ"ל הרי שאלו גדולי עולם לא חששו למשנת נותנים עליו וכו'. וגם המהר"י ן' חביב שתק והודה לדבריהם ומה שנלע"ד כי לא אמרו זה רק ביחיד או ביחידים שבאו למקום החומרא אבל כאשר הם קהל בפני עצמו הרי הם כאילו יושבים אלו בעירם ונוהגים כמנהגם ואלו בעירם וכו' ואין מקום ללא תתגודדו וכמ"ש הגאון מהרד"ך סוף בית י"ג. כי ממנו נקח לנ"ד במכ"ש כי אפי' לבטל מנהג האיסור כתב ה' דליכא לא תתגודדו ויכולים להפרד כ"ש וק"ו לנ"ד שלא באו לבטל מנהג האיסור אלא להיות במנהגם זולתי להפרד במקולין לבד ולנהוג כמנהג הראשון פשוט הדבר דאין להם לומר לא תתגודדו ועי' למהר"מ אלשיך סי' נ"ט דק"ג ע"א וב' שהאריך בפרט הזה. ועיין להר' משפטי שמואל סי' כ"ו דכ"ב ע"ד מה שהאריך ובתו"ד כתב והגם דליכא לא תתגודדו ניחוש לאחרי רבים להטות וכל הרבנים לא חשו ומכל מקום יש לנו

ליתן טעם בזה יעו"ש וגם בדכ"ג ע"א כ' וז"ל אי נמי איכא למימר שמצות אחרי רבים וכו' לא מצוה פסיקתא היא אלא כשהדבר כמו בסנהדרין שהיו כולם עומדים במקום אחד ונתוועדו על דין אחד יש להם לעשות כדברי הרוב אבל בדבר שלא נתוועדו לפלפל יכול כל אחד לעשות כמקומו. ונ"ד נתוועדו יחד כמש"ל ולטענת אח"ר ליכא למיחש. היות כי ק"ק הספרדים מתקני ההסכמה הם רבים ואדרבה על ק"ק האשכנזים תפול התמיה שהיה להם להניח עם השוחטים אחד ספרדי ובזה היו מקיימים מקרא שכתוב אחרי רבים להטות והיה נשבת הריב והמדון. ומהריב"ל ח"ב סי' ע"ב כתב וז"ל ובטעם הב' וכ"ש עד ואפי' בשלוניקו דכל איש ואיש מדבר כלשון עמו וכשבאו מן הגירושין כל לשון ולשון קראו קהל בפני עצמו ואין יוצא ובא מקהל לקהל וכל קהל וקהל מפרנסים עניי לשונם וכל קהל וקהל נכתבו בפנקס המלכות לבדם דמזה נר' כל קהל וקהל כעיר בפ"ע אפי"ה נוהגים שרוב הקהילות כופין לקהל להסכמתם וכו' יעוש"ב. הרי שלך לפניך מדברי מהריב"ל לנ"ד שכל קהל וקהל נכתבו בפנקס המלכות לבדם ונעשה אחד מוכטאר לכל קהל וקהל בפ"ע לקבץ ממון השייך למלכות ולכל דבר שאלתם לדעת כל מי שהוא חייב מקהלם למלכות כמו שיש לקהל ק' ספרדים לבדם ולישמעאלים לבדם ולערלים לבדם. ושאני נדון הרב בסאלוניקו שכן נהג. ומה שיש מהתימה במנהג סאלוניקו ממ"ש מוהרדכ"ץ ז"ל למ"ש מהריב"ל הנז'. עי' למ"ץ ח"ב סי' נ"ט דק"ץ ע"א וב' ע"ש מה שחילק אף אנו נחלק בנ"ד. ואת הקב"ץ השני דליכא בה איסור דלא תתגודדו מ"מ איכא למימר דאין בה מועיל מחמת כי הסכמה זו ליכא בה אדם חשוב ובדליכא א"ח לא הוי הסכמתם הסכמה כאשר אבאר:

ואעו" ואומר דבר זה שורשו פתוח גם בב"ב פ"ק ד"ח ע"ב וז"ל ורשאין ב"ה להתנות על המדות ועל השערים ועל שכר הפועלים ולהסיע על קצתן ופי' רש"י בד"ה ולהסיע על קצתן לענוש את העובר על קצת דבריהם ולהסיע על קצתן מד"ת עכ"ל. והן עוד נביא דתרי לישני של ר"ת המובאים במרדכי דבתרא בפ"א אות ת"פ ז"ל רשאין בני העיר להסיע על קצתן פירש ר"ח שנעשין [הקיצוח] מדעת כל זט"ה מדעתן או מחמתן ס"ה הוו כחבר עיר וכל כמיניה ופי' ר"מ הטעם דט"ה הוי בעירם למה שהוברורו כמו גדולי הדור בכ"מ כמו שגדולי הדור הפקרם הפקר בכ"מ דמגדר מלתא ותקנתא כך ט"ה הפקרם הפקר. והרב המרדכי מצא בשם ר"ת רשאין ב"ה להסיע על קצתן האי רשאין להסיע על קצתן קאי להתנות ופירש היכא דכבר התנו בנתים אבל אם לא התנו מתחילה אין כח בב"ה להכריח אחד מבני עירם למה שירצו ודקאמר הפקר ב"ד הפקר כגון ב"ד דר' אמי ור' אסי דאלימי לאפקועי ממונא כדאיתא פ' השולח והא דאמרינן ובאת אל הכהנים וכי

תעלה על דעתך וכו' היינו שבכל זמן שבדורם אין גדול כמותו אבל אם יש בדורם כמותו אין בידינו להפקיע ממון עכ"ל:

ומהר"ם אלשיך בסי' נ"ט מד"ק ואילך עסו' התשו' שהכריע בסברא קמא כר"ת דרשאין קאי להתנות והוכיח במישור דהרי"ף והר"י ן' מיגאש ורש"י והרמב"ם והרמב"ן והרשב"א והרא"ש ואבי העזרי והטור ורי"ו והריב"ש י"א אלה עמודי עולם והירושלמי בראשם כולהו ס"ל דפשטא דברייתא דרשאין קאי להתנות יעוש"ב והוא עמהם הרי י"ג מכילן דרחמי וגם הפרי הארץ הנה גם הוא נמנה עמהם בח"מ ס"י דקכ"ד ע"א ע"ש בדבריו. ועיין בתשו' רא"ם ח"א סי' נ"ז שגם הוא אסף וקבץ הסוברים לסברת ר"ת לל"ק דרשאין קאי אלהתנות וסברי כוותיה ואף הוא עמהם ע"ש בדבריו באורך זולתי שיש הפרש בענין וגם מהרשד"ם בח"מ סי' ת"ח וביו"ד סי' תי"ז תי"ח ובסי' תי"ז הוסיף עליהם הר"א מגרמיזא ור' יונה ורבו של הריטב"א ושם סי' תי"ז הוסיף עוד להר"י טוב עלם ולדעת כולם. ומילתא דקאי אלהתנות ברובם סגי שראיתי מילתא דתמיהא למהר"מ אלשיך שמנה עם הי"א עמודי עולם להרמב"ן מתשו' דסי' ר"פ והנה שם מפורש יוצא שהיא מהרשב"א ז"ל שכתוב בה עכ"ל הרשב"א. עוד זאת היתה יתירה בתשו' אלו המיוחסות להרמב"ן והם להרשב"א ז"ל וכמ"ש מהריב"ע בס' ב"י בח"מ ס"א וז"ל שהרי הביא מר"ן בב"י יו"ד סי' רכ"ח תשו' הרשב"א וכינה אותם בשם תשו' הרמב"ן וידוע שהם תשו' הרשב"א כמ"ש בהקדמתו עכ"ל ובמ"א הארכתי מה שיש להק' על המהריב"ע קחנו משם ממקומו מדין א"ח:

ואולם במ"ש בתשו' הנז' לחשוב את הרמב"ם הרא"ם בסי' כ"ז אית ליה בדעת הרמב"ם דצריך שיאותו כולם מתחי' ובלא"ה אין כח ברבים לתקן נגד המועטים במלתא דאית להו ר"ל ופ"ל, והפ"מ ח"א ס"ד ד"ט ע"ג שפי' טעמו ועיין להפמ"א ח"א סי' נ"ד דק"ז ע"ד מה שהק' ולא הניח מהם כ"א הרמב"ן והרשב"א ואבי העזרי והריב"ש:

ותבט עיני בשורי לאגרת החרם של הרמב"ן הובאה ברי"ו ח"ב נתיב י"ד כתב וז"ל וכן הדין באנשי העיר אם יסכימו כולם או רובם במעמד ט"ה והחרימו כיון דרשאין להסיע על קצתן וכו' עד ונמצא העובר על קצתן מכל אנשי העיר עובר על החרם עש"ב. אשר מזאת התשובה יש להביא ראיה נכונה דהרמב"ן סבר בל"ק כר"ת דרשאין קאי אלהתנות וברובא סגי. ואם נפש אדם למשדי נרגא לתשו' המובאה ברי"ו ממ"ש הכל בו שם בסופו משם הרמב"ן ז"ל וז"ל מ"מ אין מקצת הציבור מתירין ואפי' רובם עד שיהיו שם כל המחרימין או כנגד וחשובים כמותם כמ"ש חלקו אינו מופר עכ"ל. שניא דא מן דא דהתם כיון דהוי לאגודה אחת והחרימו עד שיהיו שם כל המחרימין ולא סגי ברוב:

ועיין להרא"ם ח"א סי' נ"ז דצ"ד ע"א דשם אסף וקיבץ הפ' דפליגי בהאי ברייתא והביא שהרב ס"ל שנאותו כולם והביא ראיה לדברי הגאונים דמפרשי להאי ברייתא דמיירי דבהתנו כולם מתחי' מפרכא דרב יימר ושנוייא דרב פפא וכו' יעוש"ב. ועיין עוד שם בד' צ"ה ע"א וז"ל וכ' בסו"ד והארכתי לפ' לפי שיש מרבותי שהיו אומרים דהא דתניא ורשאין בה"ע להסיע על קצתן ה"מ אם כולם נאותו יחד והוא עמהם ושוב חזר בו אבל בלא דעתו לא אלומי לעשות ואני אשר עם לבבי כתבתי עכ"ל יעו"ש בדבריו. ובדפ"ו ע"ג שכתב וז"ל אבל משנוייא דרב פפא אין לדקדק דמדקא מוקי דרשאין בברייתא בדליכא מנהיג בעיר דמשמע אבל אם איכא מנהיג אין רשאין להסיע על קצתן אם לא מדעתו מכלל שאם לא היה החכם שבעיר מנהיג אותם רשאין להסיע על קצתן ואעפ"י שעשו אותם הקציצות שלא מדעתו וכו'. ובע"ד כתב שהגאונים הב' ס"ל וכו' יעוש"ב. ועי"ש בדס"ז ע"ג וז"ל ומכיון שכן הוא הא ודאי פשיטא הוא שאין באותו חרם ממש כל עיקר לאותן שלא הסכימו בו שאין בידם של אלו לגזור שום גזרה ושום תיקון בלתי הסכמת הרב המנהיג אותם משום דכולהו בטלי לגביה בין לדברי הגאונים הראשונים בין לדברי הגאונים השניים דכ"ע לא קמיפלגי אלא כשהיו עפ"י המנהיג ולא התנו כולם מתחילה אבל היכא שהיה שם מנהיג ועשו שלא מדעתו לא שנא התנו כולם מתחי' לא שנא לא התנו בו אעפ"י שעשו אותו חרם עפ"י כל ב"ה ועפ"י כל טוביה בין לדברי הגאונים הראשונים ובין לדברי הגאונים השניים אין החרם הזה חל על אותם שלא הסכימו בו כלל לא ריחו ולא ריח ריחו והטועה בזה הוא טועה בדבר שאין תינוקות של בית רבן טועים בו:

אחד הרואה את דבריו אלה ישפוט בצדק דבין לדברי הגאונים הראשונים ובין לדברי הגאונים השניים הכל תלוי בדעת החכם המנהיג ואפי' בתקנות בה"ע בעי' א"ח שהוא המנהיג וכן מוכרח פשטא דשמעתא וז"ל הנהו בי תרי טבחי דעבדי ענינא בהדי הדדי דכל מאן דעביד ביומא דחבריה נקרעוהו למשכיה אזל חד מינייהו עבד ביומא דחבריה קרעו למשכיה אתו לקמיה דרבא חייבינהו רבא לשלומי איתיביה ר' יימר בר שלמיא לרבא ולהסיע על קצתן לא אהדר ליה רבא א"ר פפא שפיר עבד דלא אהדר ליה מידי ה"מ היכא דליכא אדם חשוב אבל היכא דאי' א"ח לאו כל כמנייהו דמתנו עכ"ל וכן מוכח פשטא דשמעתא:

הן כל יקר ראתה עיני למהריב"ל ח"א סי' מ"ח העד העיד בנו שכבר נתפשט המנהג בהסכמת המורים דבתקנו רובם סגי וכמו שנתבארו הסוברים לעיל. וא"כ אין מהצורך

עוד להאריך בדבר המחלוקת הנז' ועדיפא מינה דבנ"ד אתייא אליבא דכ"ע דכיון דהוכרזה בבכ"נ ובמ"ד ולא היה מי שמיחה בדבר הו"ל מדעת כולם:

אלכה אל אחד הגדולים הב"י עייאש ח"מ ס"א דס"ו ע"ג כשבא לת' על מה שפי' לישב ב' לשונות דר"ת וז"ל וי"ל דהמרדכי איירי בסתם עיר שאין בה אלא ב"ד סתם שאין להם רשות אלא לדון ולהורות בין איש לרעהו ולא יש להם מבוא בדברים הנוגעים לרבים ולא בתקונים השייכים לציבור דדבר זה אינו מצוי בכל המקומות הב"ד ובמקומות המועטים הוא שימצא בהם א"ח שהוא חכם העיר שכל צרכי המדינה יהיו נחתכים על פיו וכו' שזהו פי' א"ח כמ"ש הרמב"ם ור"ת בלשון ב' מיירי בסתם עיר שאין בה א"ח וגם ליכא ט"ה המבוררים לצרכי העיר אלא בכ"ד שרוצים להסכים ולתקן שום תקנה מתקבצים בני העיר כולם או רובם או יחידים שלהם וכל מה שיסכימו יודיעו אותם וכשישתקו ולא יעכבו הו"ל כאילו הסכימו כולם בפי' וכו' עכ"ל. וכסדר הזה נוהגת עירנו זאת מימי עולם ומשנים קדמוניות:

והרא"ם שם דצ"ו ע"ב וג' הביא לנו בענין הפ' דאיפליגו בפי' האי ברייתא דרשאין ב"ה בפ' דגדולי העיר בעירם אם הם כגדולי הדור דהגאונים הא' ס"ל דאותו כח שניתן להם לב"ד הגדול וכו' ומאחר שכן הוא איך יתכן מעתה לשום חכם וכו' ואפי' שאין באותו אקלים או באותו מלכות כמותו וכ"ש לט"ה וכו' והגאונים הב' ס"ל כי זה הכח שניתן לב"ד הגדול וכו' כמ"ש יפתח בדורו וכו' ואפילו שלא ביררו וכו' ואפי' שלא אמרו זה בפי' גמור אנן סהדי וכו' ואעפ"י שעומדין קצתן וצווחין על אותם התקנות והגזרות אין זה אלא כאותן שהתנו ביניהם כבר והסכימו עליהם וכו' יעוש"ב והב"י עייאש ז"ל ח"מ דס"ד ע"א האריך הרחיב ע"ד הרא"ם יעוש"ב גם שם ע"ב דחה דברי הרא"ם במ"ש הרא"ש והטור בנו סברי דבעינן כולם אלא דברובא סגי גם שם בע"ב פי' השני לשונות של ר"ת להשוותם לדעת מוהרי"ק יעוש"ב. גם שם דס"ד ע"ג תמה על הרא"ם שאמר בפשיטות דדעת הרא"ש כר"ת דהרי הוא עצמו בתשובה סי' נ"ג העתיק תשובת הרא"ש וכו' ומוכח התם דהרא"ם עצמו מסכים הולך לתשו' זו דהרא"ש דניזיל בתר רובא יעוש"ב ובסו' העמוד כתב וז"ל דליכא מאן דאמר דבעי' הסכמת הכל ולא יספיק הסכמת הרוב אלא ר"ת ודעימיה שכתב כן בפירוש אבל כל מי שסתם דעתו ולא פי' לא קאי בשיטת ר"ת וס' ר"ת היא יחידית וליכא מאן דחש לה וכמ"ש מהר"ם השיך ואעפ"י שמורה וכו' וע"ש מה שהק' על המבי"ט דבסי' רל"ז. ומה שהק' הרא"ם מתשו' הרמב"ם עיין להבי"ע הנז' דס"ז ע"א מה שדחה והחק"ל ח"מ ח"א סי' קט"ו דקע"ט ע"ג. ועיין להרשד"ם חיו"ד סי' קי"ז דע"א ע"ב וז"ל אחרי הודיע ה' לנו את כל זאת אומר שמאחר שרש"י וה"ר אליעזר

מגרמיזא והר' ר' יונה והרמב"ן והרשב"א והרא"ש כמו שהוכחתי והריב"ש ז"ל ואבי העזרי והריטב"א ורי"ו כל אלו דעתם שיכולים הרוב לכוף את המיעוט ושחלה גזרתם חרם ונידוי שלהם על המיעוט בע"כ וכו' יעוש"ב. ובע"ג כתב וז"ל אך בתנאי שיהיו גזרתם ותקנתם בהסכמת ט"ה או טובי הקהל ואם יש חכם או חכמים המנהיגים את הקהלות צריך שיהיו עמהם ואם לאו אין בדבריהם ממש וחלילה לו' שהרא"ם ז"ל נוטה דעתו לעשות מעשה כסברת ר"ת דלא היא אלא אם הסכים להתיר חרם פקראים היה שכפי הטעמים שנתן אליבא דכ"ע לא חל עליהם החרם כלל יעויין היטב שכלל דבריו ע"כ. ועיין לעט"ר הרמ"ז בכנה"ג מ"ב ח"מ סי' רל"א בהגהט"ו אות י"ב באורך גם באות קי"ט ובשיירי סי' רכ"ח בהגהב"י אות רנ"א באורך. ועיין להר' מט"ש ח"ג סי' רל"א בהגהט"ו אות י"ד מ"ש בענין רשאין ב"ה להתנות וכו' ומ"ש ע"ד הרא"ם דסי' נ"ז יעו"ש שהאריך הרחיב:

ומידי עוברי בפרט הלזה ראה ראיתי למור"ם בתשו' סי' ע"ג דע"ו ע"א וז"ל והא דאמרינן רשאין ב"ה להסיע על קצתן היינו אם נעשה מתחי' מדעתו ועבר עליו אבל בלא"ה לא וכן נר' שם מסקנת המרדכי וכן הוא דעת הרשב"א והריב"ש וכו' יעוש"ב:

ואשים דברי שכתב לעיל מפו' יוצא מדברי הרשב"א והריב"ש דאית לנו דהרוב יכולים לכוף את המיעוט נראה דס"ל כסברת ל"ק דר"ת וכמ"ש מהר"ם אלאשקר בסי' מ"ט יעו"ש בדבריו ואל תשיבני מתשובת הרשב"א שהביא הריב"ש בסי' תע"ז שנר' שהיא היפך מ"ש דלא היא כאשר יראה הרואה ולבבו יבין כל ישר הולך ואין מן הצורך להאריך בזה ועיין עוד שם בע"ב וג' מה שמחלק הוא עצמו בתשו' הנז' באורך ומשם תבין ותרוה את צמאונך. ומ"ש מורם בתשו' שם ע"א וז"ל וכן דעת מהרי"ק שורש א' וי"ד ע' בזה בספר משפטי שמואל בסי' ק"א דק"ה ע"ג. ומהריב"ל ח"א כלל ז' סי' מ"ח כתב ג"כ וז"ל אבל הרמב"ם ור"ת ומקצת רבוותא ס"ל דמיירי בהתנו ביניהם מתחילה ונאותו בו כולם ושוב חזרו בהם קצתם וכו' יעוש"ב. ועי' למהר"ם אלשיך בסי' נ"ט דחשיב להרמב"ם עם כת הסוברים דלא בעי כולם אלא אם הסכימו הרוב יכולים לכוף את המיעוט כמש"ל:

הדרן למ"ש המהר"מ אלשיך הנז"ל בדק"א ע"א במה שכלל להרא"ש ובנו הטור שהם מכת הסוברים דל"ב כולם אלא ברובא סגי ויכולים להסיע. אנכי הדל באלפי לא יכולתי להבין אמרי קדשו דהלא הרא"ש בפי' כתב ואפי' כל ב"ה וכו' אם לא מדעת א"ח ע"כ וגם הטור בנו הוא מכת הסוברים דב"ה ובני אומנות דין אחד להם א"כ איך אפשר לו' דאית להו דברובא סגי והלא בבני אומנות צריך כולם והוא כתב וכן כל בעלי אומניות כנראה

דמדמי להו אהדדי וכמ"ש אביו ואפי' כל בני העיר א"כ איך יכללו עם כת הסוברים דהרוב יכול לכוף את המיעוט וכפי זה חסרי להו מנינא:

ולדעתי המעט הוא שלכן הרא"ם פשפש ולא מצא כל הני אשלי רברכי הנאמרים וכעת אין הספר בידי לדעת מי ומי ההולכים בסברא זו לדעתו זולתי מה שאני זוכר כעת שהוא הכריח שהרמב"ם סבר כל"ב דר"ת. וגם דהרא"ש והטור השוה אותם בס' זו כהרמב"ם ז"ל. גם מה שהביא ממהר"י ן' מיגאש וכו' לא זכיתי להבין דבריו דמה שהביא למהר"י ן' מיגאש הוא למה שמפרש א"ח שהוא ממונה מן העיר דוקא ולא לדבר אחר. גם מה שדקדק בד"ק ע"א מדברי הטור וז"ל ומ"ש וכו' דא"כ דבעי כולם פשיטא וקושיא הזאת תקשי גם לר"ת ומה שתי' ר"ת יתרץ גם הטור ואין זה הכרע ומ"ש וליכא למימר וכו' דא"כ פשיטא שאם כולם מסכימים שרשאין להתנות וכו' הנה הבי"ע בח"מ ס"א דס"ו ע"ב כתב שם דלאו פשיטא היא דבא להשמיענו דהא קי"ל דנתקיימו הדברים בתנאים ועי' שם כשרצה להשוות הב' לשונות של ר"ת לד' מהרי"ק ז"ל עי"ש בדבריו:

ואענה חלקי גם אני דלאו פשיטא היא דבא להודיענו במ"ש דאם הסכימו כולם לאו היינו כי לא נשאר עד אחד כי א"א וכמ"ש הח"ס בח"מ סי' קע"ז דמ"ו ע"ג וז"ל ומ"ש בכרכים לא מהני זט"ה אלא כולם פירוש וזה מהנמנע שיהיו כולם ע"כ. ובא להגיד לנו במ"ש עד שיסכימו כולם הוא דאין כח ברוב לכוף את המיעוט אפי' שלא הסכימו וכמ"ש הרשב"ם שהביא שם בתוך דבריו וז"ל ואם הרוב הסכימו המיעוט נגרר אחריהם בין שהיו שם ובין שלא היו שם וכו' ע"ש בדבריו:

והראיה שהביא שם דאמאי נדחק ר"ת ללשון אחרון למימר דרשאין קאי אלהסיע וכו' עש"ב ולפי קענ"ד דלא קשה מידי דבא להודיענו לפי האמור חידוש זה דקאי אלהסיע שהרוב יכולים לכוף למסכים אבל למי שלא הסכים אין לקונסו כלל. ומה שהכריח מדברי הרמב"ן בתשו' אומר אני דלאו מר חתים עלה שהרי כתוב בו בפירוש עכ"ל הרשב"א:

ועיין בלשון המרדכי וז"ל ולכך בעינן דעת כולם דאם הסכימו כולם או אותם שלא הסכימו לא חל עליהם שום דבר דמה שאין כן להמתקנים עצמם אם היו רוב ב"ה או רוב בני אומניות ודאי כל מה שתיקנו הוא מתוקן וקבוע יתד בל תמוט ע"כ והיינו ממש כמו שכתבנו לפ' הקו' כפשטה:

הט לבי למה שהקשתי מדברי הרא"ש שכתב בלשון הג' ואפי' כל ב"ה וכו' אנכי הרואה בתשובה שהבאתי לעיל דאית ליה שהרוב יכול לכוף את המיעוט. אשר מזה נראה דסותר. ולתרץ לזה נאמר דרוב ככל ומוכרחים אנו לומר שגם הטור בנו סבר כן דלא

ליהוי פליג על אביו. והרמב"ם כבר הוכחנו דאית ליה דרוב ככל א"כ פה הוא מוכרח דאית ליה כל"ק דר"ת שהרוב יכולים לכוף את המיעוט. וע' לעט"ר הרמ"ז בסי' רל"א הגהט"ו אות קי"ט מ"ש בשם הרא"ם ח"א סי' נ"ז נר' דמדק' רב"ה וכן כל בעלי אומניות נר' דס"ל דב"ה בעניני העיר במילי דרשות בבעלי אומניות באומנותם ומדטבחי מיירי בהתנו תחי' ש"מ דב"ה נמי בכה"ג קא מיירי והסכים לזה תשו' הרא"ש בכלל ט' ס"ד ופקפקו בזה הרשד"ם יו"ד סי' קי"ז ובס' מקור ברוך סי' י"ט וכבר כתבתי לעיל אות י"ב שיש בזה מחלוקת עכ"ל ע"כ:

ניהדר אנפין למ"ש המהר"ם אלשיך שמנה אותם שם ומי יבא אחריו והנה שם הוא מנה גם את עמודי ההוראה אשר ביתה יוסף נכון עליהם שלשה אלה הרי"ף והרמב"ם והרא"ש יחד כולם ס"ל דרשאין קאי אלהתנות שיכולים רוב אנשי העיר להתנות והרוב כופה את המיעוט להסיע על קצתן וכו' עש"ב והעמודים והמכונות האלה מרן הב"י סומך על רובן וכ"ש עתה דכולהו קיימי בחדא שיטה ובהצטרפות כל הפוס' אשר מנאם הרב הנז' שהם י"ב נשיאים והירושלמי ע"ג הרי י"ג ומהר"ם עצמו שהביאם הרי י"ד החזקה ועי' במ"ש לקמן:

הגדתי היום מכל האמור דרוב הפוס' פליגי אהאי דינא וסבירא להו בתקנות בני העיר נמי בעינן א"ח וכאשר כתב כן הבי"ע בח"מ ס"א דס"ג שכתב על דברי רבו וז"ל ותלמיד כמוני אעפ"י שאיני כדאי להכריע שעדין לא הגעתי לחצי שיעור מ"מ אחר עקבות הרבה מהפו' אני הולך שהרי לא נמצאת סברא זו מפו' אלא להריב"ש ולא לזולתו ואדרבא מצינו להרשב"א מ"ש בכ"מ שהרי הביא מרן בב"י יו"ד סי' רכ"ח תשו' הרשב"א וכינה אותה בשם תשו' הרמב"ן וידוע שהם תשו' הרשב"א כמ"ש בהקדמתו ע"ש וכיון דאיכא מחלוקת בזה בדברי הרמב"ם ומרן הק' זה אומר דאית ליה דגם בב"ה בעי' א"ח וזה אומר דאית ליה דבב"ה ל"ב א"ח וא"כ יכולים הצבור לומר קי"ל כפי' הסוברים בדעת הרמב"ם דל"ב א"ח בתקנות ב"ה שהם הריב"ש ומהר"ם אלאשקר ז"ל כיון שהתקנה היא להעמיד הדת וכמו שאבאר:

ויציבא מילתא דהגם דיש מחלוקת וספק בתקנה דידן אי מהני א"ח או לא וכמש"ל מ"מ בנ"ד אפי' למ"ש החק"ל ח"מ ח"א סי' קט"ו דקע"ו ע"א וז"ל כל ספק ומחלוקת בתקנה יד בעל התקנה על התחתונה אף שהוא מוחזק דמספק אוקמא אד"ת כמ"ש הרא"ש כלל נ"ו סי' ז' וכו' ע"ש. והביא לכמה פוסקים דסברי מרנן כן גם הביא לנו תשו' מרן אבק"ר סי' ק"ח דסבר דכל ס' בתקנה יד בעל התקנה על התחתונה וכו' ע"ש ובע"ב העלה שיכול

המוחזק לומר קי"ל ע"ש בדבריו. א"כ אף אנו נאמר כן בנ"ד דגם שימצא ס' בתקנה יכול המוחזק לומר קי"ל:

והגם כי בנ"ד אית לן ס' מרן אבק"ר דאית ליה דיד בעל השטר על התחתונה. ומי יבא אחרי המלך אחר שקבלנו הוראותיו ואין המוחזק יכול לומר קי"ל נגד סברתו מ"מ באנו למחלוקת אחרת אם קבלנו הוראותיו גם בתשו' וכמו שהארכתי במ"א והגם שהעליתי שם שאנו קבלנו הוראות מרן הק' אף בתשו' ואין המוחזק יכו"ל קי"ל נגד התשו' א"כ גם בזה אין יכול המוחזק לומר קי"ל וגם הרשב"א בח"ג סי' שצ"ו הביאו החק"ל שם והוא לעיקר דינא אבל לכל הקהלות יש להם דינים ותקנות ע"ז שלא מדין התלמוד ורשאין הם בכך ומ"מ כל שיש ס' במשמעות התקנות כנדון שלפניו הולכין להקל לנתבע וכו' חדא שכתב שהוא חוץ מגדר הדין אי אתה יכול להכניסו עד שיהיה ברור אבל שאינו ברור העמידנו על דין הש"ס יעו"ש:

ובנ"ד התקנה עפ"י ד"ת לפי גדר מילתא ולאפרושי מאיסורא ודבר ברור הוא ובזה גם מרן אזיל ומודה דיד בעל התקנה על העליונה ויש לי על מה לסמוך בחי' זה ממ"ש שם החק"ל שהביא דברי הפמ"א דדמי תשו' דהרא"ש אהדדי והעלה דכי כתב הרא"ש בתשו' בדאיכא ס' בתקנה גם שהוא מוחזק ידו על התחתונה אינו אלא בתקנת ב"ה שאין כח בתקנתם מספק לבטל ד"ת אבל תקנת חז"ל וכו' עי"ש:

נפקא לן מדבריו שהטעם הוא שאין כח בתקנתם מספק לבטל ד"ת אבל כשאינו לבטל ד"ת אפי' שהוא ספק לא איכפת ותקנתם קיימת וכ"ש לס' התשב"ץ ח"ב סי' רצ"ב בפי' ס' התקנות בפי' תקנה ג' וז"ל בתקנה זו הופקעה ירושת הבעל שהיא דאו' ורשאין הם בכך שכן מצינו שתקנו כתובת בנין דכרין וכו' ע"ש. אשר עפ"י דבריו אלה נראה שגם בתקנות ב"ה יש כח לבטל ד"ת דנ"ד הוא מכ"ש לקיים הדת. ואם תראה עוד למהר"מ אלאשקר בסי' מ"ח דק"ח ע"ב שכתב וז"ל וכ"ש למאי דמפרש ר"ת דלאו דוקא בב"ד דר"א ור"א וכו' אלא ב"ד חשוב שבדור וכו' רבא באתריה כ"ז שאין גדול כמותן דאם יש גדולים כמותן אין בידם להפקיע הילכך ב"ד דליכא דאלים מיניה יכול לאפקועי ממונא וכ"ש בהסכמת כל הקהל עכ"ל:

וא"כ בנ"ד דב"ד שבעיר וגם דליכא דאלימי בעיר כוותייהו יחד כולם הסכימו בדבר הא ודאי כי יכולים להפקיע אפי' בלא רשות א"ח כי הם אלימי ומה גם שהנה גם הוא היה מסכים עמהם וכמ"ש הרב הנז' בסי' מ"ט דק"י ע"א וז"ל הילכך יכולים אנשי העיר לתקן תקנותיהם ואפי' להסיע ממדת ד"ת ואינן צריכים להסכמת א"ח שבעיר וכ"ש הם וב"ד דאלימי טפי ואפי' להפקיר ממון שיש לו בעלים ולהפקיעו יכולים לתקן וכו' יעו"ש

ובע"ב כ' וז"ל ודבר מסכים הוא מן המפרשים וכבר כתב הרשב"א ז"ל דהצבור כב"ד של בני עירם וכ"ש בנדון שלנו שתקנו תקנתם הם ובית דינם ואין בה הסעה ממדת ד"ת ע"כ. ונ"ד עדיפא דמלבד דליכא בה הסעה ממדת ד"ת עוד בה דאית בה מגדר מילתא ואפרושי מאיסורא שהיא לקיום הדת:

ואנכי הרואה דהנה מצינו מערכה לקראת מערכה בפוס' דיש מהם דבעו אדם חשוב גם בתקנות ב"ה ויש מהם דל"ב א"ח בתקנות ב"ה ראשון בק' הוא הריב"ש בסי' שצ"ט שכ' וז"ל ומ"ש בגמ' בד"ט ע"א גבי הני טבחי דהני מילי היכא דליכא א"ח אבל היכא דאיכא א"ח לאו כל כמיניהו דמתנו כלו' אלא א"כ יסכים הוא עמהם נר' דהיינו דוקא בבני אומנות דכל היכא דאיכא א"ח ולא עשו בהסכמתו לא הוו כבני העיר וכו' אבל בב"ה יכולים להתנות ואינם צריכים להסכמת א"ח שבעיר וכן נר' מדברי הרמב"ם שלא הזכיר דין זה של א"ח בבני המדינה רק בבני אומנות ואע"ג דמלישנא דגמרא משמע דקאי אף על בני העיר דכי אותביה רב יימר לרבא דחייבינהו להנהו טבחי דקרעו למישכא דחברייהו מברייתא דלהסיע על קצתן דמתנייא גבי בני העיר שני ר"פ ה"מ היכא דליכא א"ח וכו' אבל היכא דאי' א"ח ועשו בלתי הסכמתו אינם אלא כיחידים ולא כב"ה ולעולם ב"ה אינם צריכים להסכמת א"ח שבעיר אלא כל שהסכימו רוב הקהל וגדוליהם הרגילים לפקח בעסקיהם תקנתם קיימת וכ"נ מדברי הרמב"ן ז"ל שכ' וז"ל הא דאמרינן בהנהו טבחי דהיכא דאי' א"ח לאו כל כמיניהו דמתנו נראה משום דילמא איכא פסידא דלקוחות דמיקרי זביני הילכך לאו תנאה הוא עד דשקלי רשותא מיניה ואע"ג דחזינא השתא דליכא פסידא לא הוי תנאייהו תנאי עכ"ל. נראה מל' שלא נאמר דבר זה של א"ח אלא בב"א ומפני שבתקנה אפשר שיהיה הפסד לב"ה אבל בב"ה עצמם יכולים להתנות כרצונם וכו' עכ"ל:

ולי אנא עבדא ברגליו אעבורה אם יראה בעיני מו"ר לפרש דברי הגמרא שאמרה ה"מ היכא דלי' א"ח דהיינו ב"ה שאין בהם דין א"ח הכונה היא כך ה"מ היכא דיכולים להסיע בכל אופן אבל היכא דאיכא א"ח דהיינו כבני אומניות לאו כל כמיניהו. ומרן בכ"מ בה' מכירה בפ' י"ד הלכה י"א שכתב שם בד"א במדינה שאין בה חכם וכו' הביא ס' הריב"ש וז"ל כתב הריב"ש דבתקנות בני העיר אפי' בלא א"ח נמי. וכ"ן מדברי הרמב"ם שלא הזכיר דין זה של א"ח רק בבני אומנות והאריך בטעם הדבר עכ"ל:

עיני כל חכם לב ישר יחזו במ"ש והאריך בטעם הדבר כונתו מבוארת דלא תקשי דהוא היפך פשט דברי הגמרא דכבר האריך ובין תבין דהנה גם הוא מסכים לדבריו ומחזקם באורך דבריו להודיענו דס"ל כוותיה ואין להגיה עליו כלום. גם את זה נתון אל לבי

לדייק ג"כ מדברי הש"ע ח"מ סי' רל"א דס' כהריב"ש מחי' הסעיפים דדין ב"ה הוא בס' כ"ז, ודין בני אומנות הוא בס' כ"ח וכל פרטיה שהוא בד"א וכו' יחד כולם בסעיף אחד ולא עשה כן הרמב"ם שעשאן בג' הלכות אם לא שנאמר שלזה כיוין וכללם בסעי' אחד להודיענו שפסק כהריב"ש וכמ"ש בכ"מ שם ע"ד הרמב"ם ועיקר סמוכין דיליה בסי' זה הוא עפ"י מה ששמעתי מאת רחימא דנפשאי מע' הרב החריף ובקי בכל חדרי התו' כמהר"ר שיפמאן הי"ו שמפתחות הכתובות בראש כל סי' הם מעשה ידי מרן הק' בעצמו:

ומי האיש החפץ לדין בדברי הסמ"ע בח"מ סי' רל"א סעי' כ"ח ס"ק מ"ז וז"ל או של כל בני העיר כ"כ הטור. וגם המרדכי פ"ק דב"ב אבל מהר"ם אלאשקר בתשו' סי' מ"ט כתב בשם הרמב"ן והרמב"ם דדוקא לבני אומניות הוא ע"ש עכ"ל. ומדוע לא זכר את הרב"ה ומדבריו אלו נר' דגם הוא סבר כדעת הרמב"ם והרמב"ן הוא כדעת מהר"ם אלאשקר דאלת"ה הוה ליה ליחס לס' מורם גם להרמב"ן והרמב"ם ודלא כמהר"ם אלאשקר אלא דזוהי ודאי סברתו ועי' להבאר היטב ס"ק כ"ז במה שציין. ועיין בפ"ת ס"ק וא"ו שהעלה להלכה כמורם דאין לחלק בין ב"א לב"ה. ולדידן שקבלנו הוראות מרן ז"ל ולפי מה שהעלינו דס' כהריב"ש דינא יתיב דדוקא ב"א בעי א"ח ולא כן ב"ה ומדברי מורם שכתב או של כל ב"ה נר' שבא לחלוק על מרן דס"ל דדוקא ב"א דבעי א"ח אשר לא כן בבני העיר וכמש"ל:

ועיין במהראנ"ח ח"ב סי' נ"ב דמ"ט ע"ג וד' מה שהרחיב בדברי הריב"ש והרמב"ן קחנו ובואה ובדמ"ו כתב וז"ל ומ"מ מפני שאנו מדמין לא נחלוק ע"ד ה' ואין לנו אלא דבריו דאין ספק שצריך בב"ה חבר עיר יותר מהנהו טבחי אלא אדרבא איפכא מסתברא אלא שלפי דברי הריב"ש שהוא תולה דין אי בעי הסכמת א"ח בתנאי ב"ה או דוקא בתנאי דהנהו טבחי בסברא זג של הרמב"ן דטעמא דבעינן א"ח בתנאי הטבחים משום דאי' פסידא לאחריני בתנאם וכו' יעו"ש בדבריו:

ואני אב"א אחורי ארי הוא הריב"ש ומלאתי את דבריו להוכיח במישור דהרמב"ם דס"ל דדוקא בבני אומניות הוא דבעי' א"ח לא כן בב"ה ל"ב א"ח וכמ"ש הר' הנז' דאם איתא דס"ל דגם בב"ה בעינן א"ח היל"ל וכן כל בעלי אומניות וכו' דבזה הוה מוכח דשקולים הם ויבואו ב' וכמ"ש הטור דסבר דדינם שוה אלא ודאי דס"ל להרמב"ם דגן לחוד שהם בני אומניות דוקא הוא דבעי' א"ח אבל ב"ה לא וכמ"ש הריב"ש

גם אנכי ידעתי כי כך המדה בדברי הרמב"ם להביא לשין הגמרא מבלי תוס' ומגרעת. ופניתי אני למ"ש מרן הב"י ביו"ד סי' רנ"ו וז"ל ואע"ג דהרמב"ם סברא ולישנא דמתני' נקיט ואתי ליכא למימר בכי היכי דדחיק ר"י בפי' דמתניתין הכי נדחוק אנן בפי' דברי

הרמב"ם דבתראה הוא ואם איתא דסבר הכי הו"ל לפ' ולא לסתור דבריו כסתימת המשנה עכ"ל:

יהיו דבריו אלה לפני לעד דאם איתא דסבר דגם בב"ה בעינן א"ח הו"ל לפרש דבריו ולומר וכן וכו' ולגלות דבריו שהם סתומים וכמ"ש עלה הרב תורת חסד סי' קצ"ט דקכ"ו ע"ד ע"ש:

וארוצה עד איש האלקי'ם הוא הרמב"ם שמצינו ששינה מלשון הברייתא בכאן א"כ גם פה הול"ל הני מילי בני אומניות וכו' אלא ודאי בכונה מכוונת עשה זאת לומר לך היכא דאיתמר שהוא בבעלי אומניות איתמר היכא דלא איתמר שהוא בב"ה לא איתמר ול"ב א"ח שם כל קבל דאשתכחת רוח יתירה להר' פרי הארץ ח"מ ח"ב ס"י דקכ"ג ע"ד וז"ל ולדידי אינה דחיה דעינינו הרואות בכמה מילי דהר"מ והרי"ף והריב"ה עבדי רבנן דמשנו בדיבוריהו ואינם מעתיקים המימרא כצורתה וגורעין ומוסיפין כדי להורות לנו את הדין כ"ש הכא דהוו מצו לתקן הענין בתיבה א' להיות מוסיפין תיבת כל ב"ה והיה מספיק ומדלא הוסיפו בה דבר זה יורה שדעתן נוטה ללשון א' של ר"ת:

אנהירו לעיינין דהוה מצי לתקן הענין בתיבה אחת שהיה מוסיף תיבת וכן וכמ"ש הטור אם לא שנאמר דסבר כמ"ש הריב"ש ולכן הגם ששינה כמה שינוים שאינם כתובים בגמר' שאמר בד"א במדינה שאין בה חכם חשוב לתקן וכו' יעו"ש ותוספת דברים אלו הוא כדי לבאר ל' הגמ' וגם הטור הוסיף כמה דברים שכתב בד"א כשאין אדם גדול וחכם וכו' אבל אם יש חכם ומנהיג אפי' כל ב"ה וכו' ע"ש וכתב הב"י דברי הר"ן שכתב שפי' פי' הרא"ם א"ח שממונה פרנס על הציבור וכו' ע"ש. והרי"ף הביא לשון הגמרא כצורתה אות באות ולא שינה בה כלום. ולפי"ד הר' פרי הארץ הו"ל לשנות ולהודיע שגם בב"ה בעי' א"ח והו"ל לכתוב וכן א"כ הנה גם הוא נ"ל דס"ל כמ"ש הריב"ש דבב"ה ל"ב א"ח ואם מפני פשטא דשמעתין אשר ממנה נקח דדינם שוה או יפרשיה כמ"ש הריב"ש או כמ"ש בעניותין לקמן. ומדברי הנמק"י ז"ל שישחוט זה בהמותיו וכו' ה"מ דליכא א"ח ואעפ"י דאיכא פסידא לאחריני בתנאייהו דמיקרים השער מצו עבדי אבל היכא דאיכא א"ת המתונה על הצבור לאו כל כמיניהו דמתנו אלא א"כ נטלו רשות מאותו פרנס כיון דאיכא פסידא לאחריני בתנאייהו אבל אם ליכא פסידא תנאייהו תנאי והיינו בדהתנו אהדדי כל בני אומנות אחת דהוו כבני עיר אחרת לגרמייהו ורשאין להסיע על קצתן עכ"ל:

תוכו רצוף דהיכא דליכא פסידא אע"ג דאיכא א"ח לא בעינן רשותו ומאי דבעינן כל בני אומנות כי היכי דהוו הם כבני עיר אחרת לגרמייהו ורשאין להסיע וכו' אע"ג דאיכא

פסידא. ברם לגבי בני אומנות אחת חות דרגא דדוקא היכא דאיכא פסידא בעינן א"ח אבל היכא דליכא פסידא והתנו כל בני אומנות הו"ל כבני עיר אחרת כך נ"ל להבין בדברי הנמק"י ודייקנא לה מדבריו שכתב לגרמייהו שהוא שפת יתר שדי אומרו כבני עיר אחרת וש"מ שהם לגרמייהו אם לא שבא לומר שבני עיר אחרת הם לגרמייהו ורשאין להסיע אפי' בלי רשות א"ח:

על כן יאמרו שהכ"מ סבר כן בדעת הרמב"ם שהביא לשם בפ' י"ד מה' מכירה הי"א לשון הריב"ש ולא הזכיר שום חולק ולכן בש"ע סי' רל"א ס' כ"ח הגם כי שינה את תפקידו להביא לשון הרמב"ם אות באות וכאן שינה לשונו אם איתא דסבר כהטור הו"ל להוסיף עוד תיבת וכן וכמ"ש הטור ולא לשתוק וכמ"ש היד מלאכי בכללי הש"ע אות א' משם הרמ"ז וז"ל שדרך מרן בש"ע שכ"מ שדיבר הרמב"ם עשה ספרו על ס' הרמב"ם ובמקום שהרמב"ם אינו מדבר בהם יסד על ס' הטור יעו"ש בדב"ק אם לא שנאמר גם הוא בראיתו דברי הריב"ש שהביאם בכ"מ שעליהם סמך לפרש דברי הרמב"ם א"כ נמצא שהרמב"ם מפורש יוצא מדבריו כמו שפירש הריב"ש והנה גם הוא סמך עליהם ולא כתב וכן כמ"ש הטור להורות נתן שגם הוא סבר כדברי הרמב"ם כפי' הריב"ש ולכן לא כתב וכן כלשון הטור:

א"נ י"ל דדרך מרן בש"ע כמ"ש הי"מ בכללי הש"ע אות י"א כתב משם ס' הלכה למשה ח"ב שכתב דדרך מרן להעתיק בש"ע לשון הפוס' אות באות ואף שיש קו' או פי' בדברי הפוס' ההוא דמ"מ לענין דינא הוא ז"ל מעתיק דבריו לבד ואח"כ כל אחד יפרש כפי עיונו יעו"ש בדבריו. ולכן כשכתב ע"ד הטור שכתב וכן כל בעלי אומנות וכו' לא ביאר מהיכא מפיק הטור האי וכן שכן דרכו דרך הק' לבאר דברי הטור איה מקום כבודו וכאן העלים עין קו' ודאי שסמך שכל אחד יפרש כפי עיונו ואח"כ כשחיבר ס' הכ"מ שהוא אחר שחיבר הב"י וכמ"ש הי"מ בכללי הש"ע אות מ' יעו"ש בדבריו ראה תשו' הריב"ש מה שפי' בדברי הרמב"ם הסכים כוותיה והביאה להורות לנו שדעתו נוטה לדבריו ולכן גם הוא הביא לשון הרמב"ם כדרכו דרך הק' להעתיק לשונו:

ואם נפשך לומר דמדברי מהר"ם שכתב שם ז"ל או של כל ב"ה ולא כתב י"א מוכח מיניה דגם מרן מודה בזה והיינו כדברי הטור אי מהא לא איריא כמ"ש הי"מ בכללי הש"ע ורמ"א אות י"ט ז"ל דרכו של רמ"א בהגהה בכמה מקומות שכותב איזה דין או איזה פרט מדברי הש"ע בסתם כאילו הר' מהריק"ו מודה דבריו ואינו כן והא דלא קאמר וי"א הוא משום שבדברי הש"ע אין הכרח כל כך וכו' עש"ב:

ואוסיפה לך שגם מהר"ם אלאשקר בסי' מ"ט כתב כדברי הריב"ש ממש יעו"ש בדבריו. גם מהריט"ץ בסי' ק"ט ד"ק ע"א הביא דברי הר"מ הנז' שהביא דברי הריב"ש ולא דברי החו' זולתו שכתב ז"ל ובאמת אין הפנאי לפלפל בדברי הריב"ש וגם לבקש תשו' הריב"ש במקומה אמנם מה שנראה מדברים הללו נראה כת תקנת בני העיר יפה מתקנת בני אומנות וא"כ ק"ו וכו' יעו"ש. ומדוע לא זכר שר לדברי החולקים דשקולים הם נראה דס"ל שגם מרן סבר כהריב"ש והיינו כדאמרן ולפי הנראה שגם הוא אזיל ומידה לדבריהם עד שדן ק"ו כן נלע"ד:

שא נא עניך וראה מ"ש הרב דרכי נועם ח"מ סי' ל"ח דף רנ"ג ע"א וז"ל אם כן לא מן ה' הוא זה לעניין גזרות ותקנות להצריך שיאותו כולם ושיהיה מדעת החכם וקל להבין למוצאי דעת עכ"ל. ודעת חסרתי ויש לי מה להשיב עליו וכמש"ל. ואולם כעת אין הפנאי בידי לשנות פ' זה ולכוין דעתי:

עוד תשוב תראה בס' אבק"ר סי' ק"ץ שהביא חולקים על מהר"י צאייח דסבר שהרמב"ם סבר שגם ב"ה צריכים לא"ח וז"ל ומ"ש שאם עשו בלא א"ח לאו כל כמיניהו וכו' ע"ש באורך הנך רואה שהביא פוס' רבים דדוקא בבני אומנות אבל לא בתקנות ב"ה יעו"ש. ועיין בפ"מ ח"א ס"ד ד"ט ע"ג וד' מ"ש שם להכריע מדברי הריב"ש סי' שצ"ט והביא שגם בס' משא מלך הכריע כן אבל לא מדברי הריב"ש וז"ל המשא מלך שהובא שם למהריב"ע בדמ"א ע"ג שכתב שאין הכרח מדברי הרמב"ם אך לא הכריח כן מפאת דברי הריב"ש רק דקדק כן מדברי הרמב"ן הנז' שהביא הרב המגיד שחילק בין ב"ה לבני אומנות דבבני אומנות כתב שדעת הרמב"ן דבעינן שנאותו כל בני אותו אומנות ולא כתב כן אצל ב"ה משמע שמחלק בין בני אומנות לבני העיר וא"כ אפשר דמאי דכתב הרמב"ם רשאין ב"ה לאו בכל ב"ה מיירי אלא ברוב בני העיר ועוד שהרמב"ם ז"ל סתם דבריו כלשון הברייתא ואין לדקדק מדבריו ולא מידי ע"כ תו"ד מהריב"ע. והעולה מדבריו שאין מדברי הרמב"ם הכרע חותך וכו' ונחזור להר' אבק"ר סי' ק"ץ וכו' שכתב ואפי' למי שסבר שבתקנות בני העיר צריך א"ח הרי החכמים השלמים בתי דינים שבעיר חתמו בהסכמה וכו' ע"ש. גם המבי"ט ח"א סי' ר"פ דע"ד ע"ב וד' והרשב"ץ כתב שאם הסכימו וכו' ואפ"ה נ"ל דהיינו מפני שתקנו וכו' וכן מפני שנעשית ההסכמה במאמר חכמי העיר וברשותם וכו' אבל אם נעשית ההסכמה בלי רשות החכמים או בלי רשות אותם הגדולים יותר מאותם הדיינים שמינו וכו' דאין ב"ה יכולים להסיע על קצתן אם יש א"ח שאינו בפניו יעו"ש בדבריו דס"ל דהכל תלוי בגדולים שהם החשובים ונ"ד כולהו איתנהו:

ותוספת מרובה להר"י פראנסיס הובא בס' פ"מ ח"ב סי' מ"ט דפ"ו:

וז"ל ומכלל דברינו לה שמיע לי דאפי' דהיה צריך בנ"ד להתנות על הדבר הזה מעיקרו ובעת עשייתו שיהיה מדעת חבר עיר וכפשטא דשמעתתא דהנהו טבחי דבעי התם חבר עיר והכא נמי יאמר האומר דהוה בעי חבר עיר כיון דעושי הבציר בני אומנות מקרו ולא בני עיר דודאי אעפ"י שהולכים לעיר אחרת בשעת הבציר והסכמתם היא לענין הענבים שלוקחין שם לא מפני כך בני אותה העיר יקראו כיון שהם תושבי העיר הזאת ולעירם הם חוזרים ולקבעייהו קמא הדרי ואינם הולכים שם כ"א מפני סחורתם א"כ בכי הא ודאי דבני אומנות מקרו ולא בני עיר ועל הכל אף את"ל דבעי הס' א"ח כהנהו טבחי מסתמא תלינן כי כן הדבר שבהסכמת א"ח נעשה וכמ"ש הרא"ם ח"א ס"ז די"ז ע"ד לענין מנהג ותיקין ואיהי היא הך דנ"ד דא"ח עכ"ל:

מדבריו אלה כל ישר הולך בעיניו יראה ולבבו יבין כי הר' הנז' הוא מכת הסוברים כהריב"ש דבב"ה ל"ב א"ח. ועי' בפ"מ ח"א ס"ד ד"ט ע"ב מ"ש בזה ויש לי להכריח עוד מדברי מהריב"ל בסו' ח"א דס"ג ע"ד וז"ל אבל מ"מ ק"ל לכאורה דנהי דנתנו חכמים רשות לב"ה שיעשו תקנה לעצמם כנגד הפועלים ומוכרי המזונות כי הם הרבים ולא יצא דבר בלתי מתוקן מת"י אבל יש לתמוה איך נתנו ג"כ רשות ויכולת לבעלי אומנות אחד לעשות תקנה לתועלתם כנגד כל בני העיר כההיא דהנהו טבחי וכו' וניחא לי בהא דכתב כהריב"ש בשם הרמב"ן וז"ל ב"ה אינם צריכים להסכמת א"ח שבעיר וכו' הא קמן בהדיא דלא ניתן להם רשות לבני אומנות לתקן תקנה ביניהם אלא א"כ בהסכמת א"ח משום דבודאי אותו א"ח לא יניח להם לעשות תקנה שיצא ממנה נזק לב"ה וכו' ע"ש ומדלקח דברי הריב"ש לת' קו' נראה דס"ל כוותיה. וזה בא ואמר הרא"ם סי' נ"ז דנ"ו ע"א וב' וג' שחילק שם ונמצא מחלוקת בין הרמב"ם ודעימיה ובין הרמב"ן והרשב"א והוא דלהרמב"ם קאי חי' הג' אתרוייהו בין אב"ה ובין אבני אומנות משא"כ להנך רבוותא וכו' ועיין להר"י עייאש ח"מ ס"א דס"ד ע"ד ע"ש ולקמן אבאר:

היוצא מדבריו דלפי דברי הרמב"ן והרשב"א לא קאי אלא אבני אומנות. עוד הנה זה בא מהראנ"ח ח"ב סי' נ"ב אחר שהביא דברי הרמב"ן והר"ן והנמק"י דס"ל דל"מ ר"ל ופ"ל ל"ב א"ח כתב ז"ל ולדברי הגדולים האלה צ"ל וההיא דרשאין ב"ה וכו' לא מיירי בהתנו דרשאין ב"ה הסכמת א"ח ואינו מצריך אותה מצד עצמו שלא יהיה אחד מב"ה שלא יסכים בהסכמתם שבזה כל ב"ה שוים כמו א"ח אבל יצטרך להם אפי' לא היה בכלל בהסכמה ולא היו צריכים לו מצד עצמו ובההיא למה לי הסכמת א"ח דלא מפסידי לאחרינא וכו' ולא דמי להנהו טבחי כלל וכו' ובדע"ג כ' ז"ל ומ"ש במרדכי וז"ל כתוב בסוף אם יש חכם או דיין מומחה בקהל אין רשאין חשובי הקהל לקיים ב"ד אם לא

על פיו יהיה דוקא בהיות שם אחד מהתנאים שכתבנו לעיל שיצטרכו לחבר עיר אבל בכיוצא לנ"ד אין ספק שאין צריכים לו להסכם א"ח לדעת כל הגדולים שכתבנו וכו' ע"ש והרמ"ז ע"ג וד' וז"ל אחר שהביא כמה פירושים כתב או אפשר דמיירי א"כ כשהתנו כל ב"ה והפו' ומוכרי מזונות עמהם וכהאי גוונא און צריכים להסכמת א"ח כיון דליכא פסידא לאחריני בהדייהו ואינהו דאפסידו אנפשייהו ולא הצריכו בגמ' בהסכמת א"ח אלא בתנאי דהנהו טבחי דאיכא פסידא לאחריני אבל בתנאי ב"ה לא וכ"כ הריב"ש ובפירוש דברי הריב"ש יש להסתפק וכו' ע"ש באורך ושם כתב דבעיקר דינא חלוקים עליו הרשב"א והרא"ש יעו"ש באורך:

נפקא לן כללות מדבריו דדין א"ח הוא דוקא היכא דאיכא ר"ל ופ"ל אבל באופן דליכא פסידא לאחריני כגון בב"ה ל"ב א"ח. ובנ"ד ליכא פסידא לאחריני דכל אנשי קהלתנו אית להו רווחא ולא פסידא וגם כל אנשי ק"ק אשכנזים לא יש להם פסידא זולתי שוחטי האשכנזים מפסידים שכר אלו הבהמות שנשחטים אצל שוחטי הספרדים. וכמ"ש הרמ"ז בכנה"ג ח"מ במ"ב סי' רל"א בהגהט"ו אות ל"ז וז"ל לא מקרי פסידא להאי אלא בדבר המצוי בידו ובאים בכח התקנה להפסיד ממונו אבל מה שנהנים בפרעון הקניה מהנכרים אינו נקרא הפסד משפטי שמואל סי' מ"ח עכ"ל. כי על פי הדברים האלה כרתי אתך בריתי לנ"ד דלא מקרי פסידא ול"ב א"ח. ואם יאמר האומר דהנה הרב מט"ש ח"ג סי' רל"א בהגהט"ו אות מ"ח כתב וז"ל יש להסתפק אי מקרי פסידא מניעת הריוח או לא מקרי פסידא יען שהוא מניעת הריוח. ויוסף הוא מרן הק' השליט על הארץ שקבלנו הוראותיו פסק בש"ע א"ח סי' תקל"ט ס"ד וביו"ד סי' ש"פ ס"ו וז"ל פרקמטיא שלו בדבר האבד שאם לא ימכור יפסיד מהקרן נמכרת ע"י אחרים אבל אם לא יפסיד מהקרן אלא שאם ימכרנה עתה ירויח בה יותר משאם ימכרנה אח"כ אסור וכו' יעו"ש ונ"ד לגבי השות' הוי מניעת הריוח ואינו נקרא הפסד אלא מה שהפסידו בהדיא יעו"ש. ותהי האמת דאין ס' מוציא מידי ודאי ומ"ש הרב הנז' והרמ"ז שהביאו. אמרתי ואומר דלא יהיה אלא ס' יכולים לומר הרבים שהם ק"ק כללות ספרדים קי"ל כהני דאמרי דלא מיקרי פסידא. ולא תעזוב נפשי לשאול בדברי המהראנ"ח הנז' דמדוע לא נאמר גם בבני אומנות דאי' פסידא כי בעלי הבהמות שהם מוחזקים בבהמותם וממה דמרן פסק דלא מיקרי פסידא מניעת הריוח דאפסידו אנפשייהו ול"ב א"ח א"כ גם בבני אומנות דהתנו אהדדי לא ליבעי א"ח:

יענו שפתי צדיק דבבני אומנות איכא נמי דמפסדי לאחריני שהם ב"ה שע"י מתיקר השער ומפסידים בה לא כן בב"ה יחד כל העיר מקצה אינהו דמפסידי אנפשייהו ולא

מפסדי לאחריני. והח"ס ח"מ סי' קי"ו דמ"ו ע"ד כ' וז"ל אך מ"מ כיון דמבואר שם בב"ב דאינם יכולים להסיע וכו' אלא א"כ בהסכמת חבר עיר אע"ג דהמרדכי שם מייתי בזה פלו' דרבי יואל פסק דוקא לענין קנס צריך חבר עיר ובעה"ש ס"ל דבלי חבר עיר לא יוכלו לתקן שום דבר ע"ש ודברי הש"ע סי' רל"א אין להם הכרע בענין זה וכו' יעו"ש בדבריו:

ואני בעוניי כבר הוכחתי לעיל מדברי הש"ע דאית ליה כהריב"ש. עוד יש לי להביא ראיה דמרן הק' אית ליה דל"ב א"ח בתקנות ב"ה לפי מה שהעליתי במ"א דמרן הש"ע אית ליה דכופין הרוב את המיעוט פשוט הדבר דל"ב א"ח בב"ה דאל"כ הול"ל והוא דאיכא א"ח בהדייהו ומדלא פי' נראה דס"ל דל"ב א"ח בב"ה. אשר מזה לא אוכל שאת מ"ש הרב"י עייאש ז"ל ח"מ סי' א' דס"ג ע"ב וז"ל לא העתיק בקי' עובדא דטבחי ודין ברייתא דב"ה כדי להשמיענו דב"ז דהחילוק דאמרו בגמ' קאי גם על הברייתא וכן נר' סתם לשון הש"ע וכמ"ש מורם ז"ל בהגהה וכ"ן דעת הש"ך יעו"ש ע"כ. ועיין במש"ל בדברי מורם ומלבד מה שכתב רבו הרב פרי צדיק להביא ראיה מדברי מרן הב"י יו"ד סי' רכ"ח שכתב בשם תשו' להרמב"ן וז"ל ואותם בני אדם וכו' ובלבד בהסכמת א"ח עכ"ל וכ' עליו הרי מפורש בדבריו דאפי' בב"ה צריכים דעת א"ח וכו' יעו"ש באורך שהעלה שם בדעת מרן ז"ל דאית ליה דגם בתקנות ב"ה בעינן א"ח דמכל האמור נר' ברור דאין הדבר כן:

ודברי אשר שמתי אשמור לדבר שלפי ענ"ד שכל הפוס' ומרן הק' בהדייהו כמו שהרחבתי הדיבור במ"א דסברי מרנן שהרוב יכול לכוף את המיעוט אית להו דבתקנות ב"ה ל"ב א"ח דדוקא בני אומנות משום דמטי פסידא לב"ה בעי' א"ח לא כן ב"ה הרוב יכולים לכוף את המיעוט אפי' דאיכא פסידא דאלת"ה הרוב למאי חזי כיון שהכל תלוי בא"ח אלא ודאי דכיון דאיכא רוב יספיק לכוף את המיעוט אע"ג דאיכא פסידא לאחריני ויכולים לכוף אפי' לא"ח עצמו:

ומה שעומד מנגד הוא דברי הרא"ש והטור בנו דאית להו דהרוב יכולים לכוף את המיעוט ואפ"ה ס"ל דאפי' בב"ה בעינן א"ח ולפי"ז נחזור לקושיא הנז' כיון דהכל תלוי בא"ח מה יועיל ומה יציל הרוב ונוכל לפרש דבריהם הכי אימתי הרוב ילא"ה דוקא בדאיכא א"ח בהדייהו אבל אי ליכא א"ח בהדייהו לא הוי רוב. והנה טעם הא"ח לדעת האומר דבעינן א"ח אפי' בתקנת ב"ה הוא או משום זילותא דידיה או משום נטילת רשות והם אית להו הני טעמי ולכן כשהוא עם המיעוט ליכא זילותא וגם לא בעי נטילת רשות כיון דאיכא רוב שלא הסכימו בדבר ולכן לא יועיל הא"ח אלא בהיותו שם הרוב אם יטלו רשות ממנו לא יועיל לכפות את המיעוט וגם איכא זילותא שהרוב לבדם יכופו

גם אותן הסוברים דבב"ה ל"ב א"ח אית להו כל הני טעמי דא"ח אלא דהכל תלוי ברוב דוקא והרא"ש והטור ס"ל דהא דהרוב יכול לכוף את המיעוט הוא דוקא בדאיכא א"ת בהדייהו:

ויש לי להוכיח דב"ז מתשובת מהריב"ל סי' ס"ז שכתב ז"ל דקבלת רשות בקהל עם תליא מילתא וכל שקבלום עליהם והם חפצים בו אין כח ביד הרב למחות בלי טענה מבוררת ומה שאמר שאינו רוצה בו יען שהוא רוצה בשו"ב אחר שהוא זריז וזהיר טפי ועדיף מיניה לאו מילתא היא וע"ש:

הוא המסבי"ר לכל עם דכיון שהרוב חפצים בו לא יועיל ולא יציל מחאת הרב כלום בלי טענה מבוררת ונ"ד אין לו שום טענה מבוררת אלא משום המחלוקת וכבר הוכחנו שאין הטענה כלל וכלל:

ותהי עוד נחמתי להוכיח את הדבר הזה. גם מדברי הרב שארית יאודה טאייטצק ז"ל דכ"א ע"ב וז"ל העולה מכל האמור דיש כח ביד רוב אנשי העיר במעמד ט"ה עם המרבץ תורה בתוכם לתקן כל מה שיראה בעיניהם שהוא תיקון העיר ואם יש קצת יחידים מוחים בדבר עלה בידם חרס ואין בדבריהם ממש כי הם משועבדים לרוב וכו' וכן הוא שעושים בכל יום וכו' דאל"כ לא שבקת קיום בשום הסכמה ותקנות העיר וכ"ש וכו' הוי מגדר מילתא ואיך שיהיה כיון שיש תיקון העיר יש כח ביד הרוב לכוף את המיעוט עכ"ל. גם תראה בתשו' הרשב"א הנז"ל שנראה מדבריהם דברוב ל"ב א"ח והרא"ש בתשובה כלל ה"א ס"ד כתב בתוך התשו' וז"ל ובכל עת שיסכימו רוב הקהל או ט"ה שנבררו מדעת הקהל להיות כל צרכי העיר נחתכין ע"פ וכו' יע"ש:

הראת לדעת ממ"ש ובכל עת שיסכימו רוב הקהל או ט"ה וכו' נראה דל"ב א"ח היכא דאיכא רוב גם בדברי הרא"ש בכלל ה"א סי' כ"ו כ' וז"ל כבר השבתי לך שכל דבר שהקהל או ט"ה שנתנו מדעת הקהל אין צריך קנין ולא שטר אלא דבריהם ככתובים וכמסורים דמו עכ"ל. והיינו דלא כפסקיו שכתב דאפי' דלבני העיר הסכימו דבעי' א"ח וכפי זה נפל פיתא בבירא והחילוק שחילק הוא למעלה דהרוב צריך שיהיה א"ח בהדייהו. וגם בכלל ז' ס"ט כתב בסוף התשו' וז"ל ואין מכשול בתו' או אם היה מדעת רוב הקהל עכ"ל. והיינו כמ"ש בכלל ה"א ס"ד:

ולא נוכל להמלט בהא דשאני שני תשובות אלו משום דקאי בהיתרא ואינם חבים לציבור אלא זכות הוא להם להתיר החרם ולהקל מעליהם את המשא הכבד הזה שעל החרם ולכן יספיק הרוב לבדו לא כן בתקנות ב"ה שהם כל בתר איפכא שע"י הם רוצים להכביד על הציבור אזי צריך להיות עם הרוב א"ח דוקא דאדרבא איפכא מסתברא דכיון דקאי

בהיתרא צריך התרת חכם ואין לנו במה להשען כ"א בזאת שקיצר במקום שהיה לו להאריך כאילו אמר ובכל עת שיסכימו רוב הקהל היינו עם הא"ח. או יאמר דשם בתשו' דכ"ה קאי באתרא דלית להו א"ח בעיר דאזי העיקר הוא הרוב:

והרא"ם סי' נ"ג דע"ד ע"א וב' הביא תשו' הרא"ש שהשיב לכמה חי' שנפלו בין הקהלות שהדין הוא שנלך אחר הרוב דעות משום דכל אנשי הקהל בכללם לענין ההסכמות והתקנות והפשרות שלהם וכו' יעו"ש באורך. והרשד"ם ח"מ סי' ש"ע נסתייע מזה לנדונו גם המבי"ט ח"ב סי' ע"ט נסתייע מזה בנדונו גם התורת חסד בסי' קצ"ה נסתייע בנדונו יעו"ש בדבריהם וגם אנחנו נוכל להסתייע לנדוננו. עוד כתב המ"ש בשם הריב"ש בסי' רמ"ט דדוקא הוי בכולו וכתב שם ז"ל וקרוב אצלי שלא ראה הרא"ם תשובה זו שכתב כך בפשיטות דרובו ככולו שעדיין לא ספרו נתפשט כולי האי בזמנו ע"ש:

ולפי קט שכלי דנוסחא משובשת נזדמנה לו לה' בדברי הריב"ש שכתוב בו דדוקא הוי בכולו ובהריב"ש שבידינו כתוב ז"ל ואמרינן בפ' אין מעמידין וכו' ומשמע התם דרובו הוי בכולו ובלא"ה מתוכו מוכרח דאלת"ה הוי סותר דידיה אדידיה שהרי בתחי' דבריו כתב כן הדין באנשי העיר אם הסכימו כולם או רובם במעמד טובי העיר חייבים כל ט"ה להתנהג באותה תקנה שתיקנוה וכו' ואיך יכתוב בסו"ד דדוקא הוי בכולו אם לא כי ט"ס נפל בדבריו והרא"ם אף הוא ראה וידע לתשובת הריב"ש הנז' וכתב מה שכתב ואף גם זאת כי איך אפשר שיאמר דדוקא הם בכולו שהוא היפך גמרא ערוכה בכל ושמורה בהוריות ד"ג ע"ב על האי דבמארה הם נארים הגוי כולו וכו' דרובו ככולו ע"ש בגמ':

וגדולה מזו ראיתי להרשב"א ח"ה סי' קכ"ו שכ' ז"ל תשו' שורת הדין בהסכמת ב"ה כל שהרוב מסכימים ומתקנים ומקבלים עליהם אין משגיחין לדברי היחיד שרוב כל עיר ועיר אצל יחידיהם הם ב"ד הגדול אצל כ"י ואם גזרו הם גזרתם קיימת מהעובר על חרם שלהם יענש כדכתיב במארה הם נארים וכו' ע"ש:

ובמיוחסות סי' ר"פ כ' ז"ל תשו' דע שכל ציבור וציבור יש להם רשות על יחידיהם וכו' ומקרא מלא דיבר הכ' במארה וכו' והרוב ככלם כדאי' בע"ז בפ' אין מעמידין וכו' עוד השיב הרב ז"ל וכו' ואם עברו בשום דבר מכל מה שגזרו והסכימו הקהל נפלו באותם עונשין שענשו הקהל שהציבור יכולים להסיע כל אנשי עירם בקצתן ובלבד שיסכימו עליו רוב הציבור דכתיב הגוי כולו דרובו ככולו וכ"ש בהסכמת ת"ח דהיינו הסכמת א"ח ואין אדם צריך לענות אמן וכו' כיון שרוב הציבור מסכימין וכו' עכ"ל. עוד תשו' להרשב"א הובאה במהר"ם אלשיך סי' נ"ט ד"ק ע"ש שהובאה בריי"ו נתיב י"ב וז"ל רשאין ב"ה בהסכמה לגזור גזרות על בני עירם והעובר על גזרתם ועל חרמם הרי הוא מוחרם

ואם שמו בתקנתם עונש ממון נתחייב בשניהם ואם הרוב הסכימו המיעוט נגרר אחריהם בין שהיו שם ובין שלא היו שם וכו' יעו"ש באורך ובח"ג סי' תי"א וז"ל וכן מה שיגזרו או יסכימו רובו של קהל בצרכי קהלה שכיון שעשו כן הרוב אפי' בע"כ של יחידים מה שעשו עשוי ודוקא כשעשו הרוב ובדבר שרוב הציבור יכולים לעמוד בו וכו' לפי שכל ציבור וציבור היחידים כנתונים תחת יד הרבים וע"פ הם צריכים להתנהג בכל ענייניהם והם לאנשי עירם ככ"י לב"ד הגדול או למלך בין שיהיו במעמדם בין שלא יהיו ואפי' בנים אשר יולדו להם וכו' וכל הפורץ בדברים אלו כפורץ גדר התורה שהאבות שורש לבנים וע"כ מנודה לעירו מנודה לעיר אחרת מנודה לעיר אחרת אינו מנודה לעירו עכ"ל:

ואביא תשו' הרשב"א בח"א סי' תשס"ט וז"ל עוד השיב שאין רשות ביד אדם להסתלק ולפטור עצמו מתקנת הקהל ולומר לא אכנס בתקנות וכיוצא בהם לפי שהיחידים משועבדים לרוב וכמו שכל הקהלות משועבדים לב"ד הגדול או לנשיא כך כל יחיד ויחיד משועבד לציבור שבעירו וכו' ע"ש הא ודאי כי לאו דוקא יחיד אלא אפי' הרבה יחידים וכמש"ל בח"ג שכתב היחידים כנתונים תחת יד הרבים. גם שם בסי' תשפ"א וז"ל בתוך התשובה וכן מה שיגזרו הקהל או יסכימו רובו של קהל בצרכיו ע"כ:

ועוד אחרת להרשב"א ח"ג סי' תמ"ג וז"ל ואולי אפילו לא היו שם ברורים וגדולי המס וקצת הקהל עושים כזה שבכל קהל וקהל אין נמנעים מלעשות תקנות וחרמות וקיומים אעפ"י שאין שם רוב הקהל כי עניני הקהל מסירים הם לגדולים ולמקצת מן הקהל שהם כאפוטרופוסים לשאר אחיהם שבמקומם ופעמים קהל גדול יהיה לאלף ולא יתקבצו מהם רק כל' או מ' מעושי המלאכה ויסכימו ויחרימו ואין השאר נקראין ולא מוחין שאם אין אתה אומר כן לא יוכלו בשום קהל לעשות מלאכה ולהוציא שום הוצאה ולא לעשות שום תקנה כללית עד שיתקבצו שם כל קהל פורעי המס בדבר שיש בו הוצאת ממון עד שיסכימו בדבר כולם והנשים כאנשים כי מי יגזור על ממונם בלא רשותם אלא שגדולי המס וקצת מן הקהל קריאי העדה המה כאפוטרופוסים על יתר הקהל וכ"ש כאן שהמלאכה לכבוד שמים וכו' עכ"ל. כן יאמר בנ"ד שהיא לכבוד שמים נמצא לפי"ז ג' תשובות של הרשב"א הנז' בג' סברות אחת אומרת דבעי כולם ואחת אומרת דדי ברובם ואחת אומרת ל' או מ' לאלף.

ולדידי חזי לי לתרץ כשנדקדק תחי' את הב' את הכל ואת הרוב דתרוייהו מפיק להו מקרא במארה הם נארים הגוי כולו ומוכרחים אנו לו' דרוב ככל והכל אחד דאלת"ה איך אפשר לומר דהכל דוקא דלא שייך בשום אופן דכל העם מקצה יסכימו לדעת אחת וכמ"ש הרשב"א הנז"ל ולכן הנהיגו דאמי' ל' או מ' דהו"ל כאפוטרופוסים וזה לך האות

כי הגם שיזדמן לפעמים במקרה רק שכולם הסכימו לדעת אחת אין לדון עפ"י דבריהם וכמ"ש רז"ל פתחו כולם לחובה זכאי ואמאי אדרבא היה ראוי לחייבו כיון שכולם הסכימו לחייבו אם לא שנאמר כיון דדבר זה לא אפשר להיות שיסכימו הכל לדעת אחת כ"א ע"י סיבה שהיא שנאה או סיבה אחרת לכן אין לדון על פיהם וכל דבריהם כלא חשיבין:

תשוב עיני לראות להרב"א בסי' כ"ה שהביא תשובת הרשב"א דאית ליה דבעי כולם דוקא והק' מתשו' אחרת דאית ליה דמדינא לא חייש למיעוטא וברוב סגי יעו"ש מה דאית ליה דברוב סגי ועי"ש מה שתי' ז"ל תשובתך שניא היא וכו' ע"ש שיצא לחלק בין תקנות וגדרים מעניני ציבור כגון מינויים וכיוצא בהם דבתקנות וגדרים ראוי לילך אחר הרוב ולזה אמרה תו' אחרי רבים להטות דאלת"ה אין תקנה וגדר לציבור לעו' כי שכיחי מיעוטא המתפרצים אבל בעניני ציבור הרי כולם כשותפים והמיעוט יכולים למחות וכיוצא בזה כתב מהריק"ו בסי' קפ"א ועי' פ"מ ח"א ס"ד ובס' בית יאודה עייאש ח"מ ס"א דס"ד ע"ג:

והנה תשובה הא' שהביא המתחלת כל עניני הציבור וכו' הביאה הרב"י יו"ד סי' רנ"ח כל עניני הציבור אין למקצת הציבור רשות לעשותם בלתי הציבור כולו שהציבור כשותפים הם בכל העניינים המוטלים על העיר ע"כ:

ולדעתי המעט הוא נ"ל לתרץ שבא לו' שאין למקצת הציבור דוקא לעשות בלתי הציבור כולו או רובו שהוא ככולו וכמ"ש בתשו' הרשב"א הנז' בתוך דבריו וכמש"ה במארה וכו' ואמרו בע"ז דל"ו ע"א וכו' ומשמע התם דרובו ככולו ואיך יאמר הרשב"א שכולו דוקא אלא ודאי דפי' כולו דקאמר הוא כמו שכתבתי ומתשו' הנז' דסי' קכ"ו מפורש יוצא שהרוב הוא עיקר ואין משגיחין במיעוט יעו"ש שהביא מקרא דבמארה וכו' הגם דכתיב הגוי כולו. גם בתשו' המיוחסות הנז' דשם פרוש מרובה הגוי כולו דרוב ככל. וגם ההיא דח"ג סי' תי"א וס"ז שכתוב בה אפי' בע"כ של יחידים ובין שיהיו במעמדם ובין שיהיו שלא במעמדם ומוכרח אתה לומר דכולו דקאמר הוא רובו שהוא ככולו. ועיין למרן הכנה"ג ח"מ סי' רל"א בהגהט"ו ס"ק ט"ו וגם מ"ש ביו"ד סי' רכ"ח בהגהט"ו אות רע"ב מ"ש לתרץ לתשו' הרשב"א הנז' דסתרי אהדדי שפי' דכולם דקאמר היינו דצריך מעמד כולם ואשגרת לישן כתב הסכמת כולם וכו' יעו"ש באורך. וכן תי' המ"ץ ח"ב ס"ה די"ג ע"א וב' ע"ש וסמך יש לו לחי' זה מדברי הרשב"א עצמו שהביא רב"א בסי' כ"ה מוכח כן שכ' בפ"א ע"א וז"ל אם קצת מבעלי העצה מוחין במה שעושין קצתן ולפיכך אני רואה שכל מה שעשו מקצת הקהל שלא מדעת שאר הקהל ושהיה מקצת אותם

בעלי העצה מוחין מה שעשו לא עשו ולא כלום וכו' כמ"ש דאי ליכא הגוי כולו לא ע"כ. משמע מדבריו דוקא כשעושין הם דוקא מקצת הוא דיכולים למחות הא אם היה הרוב שעושים אינם יכולים המקצת למחות דאלת"ה הו"ל לאשמועינן חי' אפי' שעשו הרוב יכולים המקצת למחות וכ"ש אם עשו המקצת אם לא שהעיקר הגדול דכולו או רובו וכמ"ש הגוי כולו כדמשמע התם בע"ז דהוי רובו ככולו וגם בהוריות ד"ג ע"ב א"כ ודאי דפי' כדכתיבנא ובפרט שהרשב"א עצמו בתשו' המיוחסות סי' ר"פ כתב דרובו ככולו ע"ש בתשובתו וכתובה למעלה ראש ואין כאן לא קושיא ולא חי' אלא פי' ואין מהצורך לחלק בין הנדונות וז"ל התשו' הנז' אות באות כל עניני הציבור אין למקצת הציבור רשות לעשותם בלתי הציבור כולו שהציבור כשותפים הם בכל הענינים המוטלים על העיר ובכל המנויים שצריכים לציבור בנאמנים וגובי המס וש"ץ וכל כיוצא בהם וכן באיזה ענין יפסקו מה שיפסקו וכל כיוצא בזה וכל שאינם נוהגים כן עושים שלא כדין וכו' וכמש"ה במארה הם נארים הגוי כולו ואמרו בע"ז אי איכא הגוי כולו אין ואי לא לא וכן נהגו בכל הקהלות ששמענו שמעם ויש מקומות שבוררים להם מוקדמים ונותנים להם כח בכ"מ ומקום כפי מה שמסכימים עליהם ורוב המקומות עכשיו גדולי הק' בעצה ובהסכמה עושין כל צרכי הציבור לפי שאי אפשר לנשים ולקטנים ולחלושי הדעת להסכים בצרכיהם והיחידים בעלי העצה מן הסתם כאפוטרופוסים עליהם לפקח ע"כ הענינים הצריכים. ומ"מ אם קצת מן הקהל אפי' מאותם האחרים שאינם גדולי העצה מוחים מחאתם מחאה כל שלא קבלו עליהם בפי' וכמ"ש וכ"ש אם קצת מאותם בעלי העצה מוחים במה שעושין קצתן ולפיכך אני רואה שכל מה שעשו מקצת הקהל שלא מדעת שאר הקהל ושהיו מקצת אותם פועלי העצה מוחין מה שעשו לא עשו ולא כלום ואין לחרם דין חרם כמ"ש דאי ליכא הגוי כולו לא וחרם שהחרימו שיהיה אחד ש"ץ בבה"כ שהציבור נועדים שם ולזמן ידוע שלא מדעת כת האחרת וכ"ש על כרחם וכו' ע"כ כ"כ בתשו' הרשב"א הנמצאת אתנו גם בתשובה בסי' ש' ע"ד מינוי הש"ץ לא חשש אל הרוב דוק ותשכח, ויש לי לדייק פי' זה מדברי הרשב"ש סי' תט"ו וז"ל וכל שיש א"ח ביניהם הרוב מכריח את המיעוט וכו' יעו"ש דמשמע מדבריו דא"ח הוא עם הרוב ואזי יכריח את המיעוט והיינו כדאמרן. הנני ענו בי ב' תשו' אחרות להרשב"א ז"ל אחת הלא היא בח"ה סי' קכ"ו וז"ל תשו' כל שבירורו הקהל עשרה או פחות מכאן או יותר מכאן כל שלא אמרו שילך אחר הרוב אינו כלום עד שיסכימו כולם לדעת אחד ואפי' אמרו בפי' שילך אחר הרוב אין הרוב יכול להסכים על דבר עד שיהיו כולם במעמד אחד ומתוך מעמדם יסכים הרוב דומיא דב"ד דאפי' סנהדרי גדולה אם ישבו ע' מהם

לעצמם וחייבו או זיכו אין דיניהם דין אלא א"כ היו ע"א במעמד אחד ונושאים ונותנים בדבר כי שמא האחד יראה ראיה וכו' אבל כל שהיו במעמד ונשאו ונתנו בדבר הלכה כדברי הרוב ולפיכך יו"ד ברורים אלו אם היו במעמדם ומתוך משאם ומתנם וכו' מ"מ כבר אמרתי לך שאין שום הסכמה מהסכמותיהם הסכמה עד שתצא ההסכמה מתוך משאם ומתנם של כל העשרה עכ"ל. עוד זאת להרשב"א דאית ליה דבעי כולם בח"ג סי' ש"ד וז"ל ומקצת הברורים שהיו שם ושתקו שתיקה זאת לא מעלה ולא מורידה לפי שאפי' הסכימו בכך לא היה מועיל כלום שאין הסכמה הולכת אלא אחר מה שהסכימו כולם ולא אחר ההסכמה שיסכימו מקצתן ואפי' היתה הולכת אחר הרוב דאין הסכמת הרוב אלא כשהיתה הסכמת הרוב מתוך מעמד כולם וכו' וגם כתב מורם בח"מ סי' י"ח ס"א וז"ל קהל שביררו ד' או ה' בוררים אין הולכים אחר הרוב שאין רוב אלא בב"ד והוא מתשו' הרשב"א שהביאה מרן הב"י סס"י י"ג וכתב על די"ז שפשוט הוא דאין הולכים אחר הרוב אלא בב"ד והסמ"ע פי' שהכונה כדאיתא בע"ז דע"ב ע"א. ועי' בהח"ס ח"מ סי' ס"א דכ"ו ע"ג מ"ש שם:

ולקחתם גם את זה מתשו' הרשב"א אלו דהרשב"א סובר דבעינן רוב מתוך כל ובנ"ד ליכא. הנה לזאת אומר דשנייא ההיא דבעינן רוב מתוך כל משום דהם ברורים שנתבררו עשרה ולכן בעינן דעת כולם אפי' דהרשב"א סבר דרוב ככל בין שהיו במעמדם המיעוט ובין שלא היו וכו' כמ"ש בח"ג סי' תי"א ומוכרחים אנו לחלק בין רוב הנבררים לרוב הקהל דאם נאמר כן גם ברוב הקהל א"כ אין לדבר סוף וכמ"ש מורם בסימן י"ח ס"א בהגהה ועי' להבאה"ט שם ס"ק ג' מ"ש בשם הסמ"ע וחילוק זה מתוכו הוא מוכרח שהרשב"א עצמו הביאו מרן הב"י בח"מ ס"ס י"ג וז"ל כתב הרשב"א דעו כי כל שקבלו עליהם הקהל דעת אנשים ד' או ה' או יותר אין הולכים אחר הרוב שאין הרוב אלא בב"ד ואם לא השוו כולם לדעת אחת הרי הנתבע פטור וכו' ולא עוד לא אפי' אמרו הקהל שילך אחר הרוב אם הם שקולים הרי הוא פטור ואין או' בכיוצא בזה יבואו אחרים ויכריעום שהקהל לא קיבלו עליהם דעת המכריעי' אלא לדעת ברורים לו ירדו ולא לדעת אחרים וכו' יעו"ש. וכעין זה הביא הרב ב"י ח"מ סי' י"ח משם הגהות אשר"י ז"ל כתוב בהגהות אשר"י בפ"ק דסנהדרין שלשה שישבו לדין וסילק האחד עצמו אין השנים יכולין לגמור הדין כיון דמעיקרא אדעתא דתלתא יתבו ודוגמא לזה כתבתי בסי' י"ג בשם תשו' הרשב"א עכ"ל:

אחר כל אלה הדברים שכתבתי לתרץ תשובות הרשב"א אהדדי מצאתי ראיתי לה' פרי הארץ ח"ב סי' י' דקכ"ט ע"ב וג' שהק' על תירוץ רב"א ז"ל כמה קושיות יעו"ש והוא

תירץ כמו שתירצתי ומה מאד שמח לבי ויגל שזכיתי לדעת ק' ולולא שדברי יש בהם תוספת ביאור מדברי הרשב"א גופיה ועוד כמה דקדוקים רבים הייתי מעביר עליהם קולמוס והנחתים כמות שהם ואל יחשדני הקורא שגנוב הוא אתי כי משיחותיו של אדם ניכר ועוד כי דבר פשוט החוש"ה אל העין למאן דקרי ותני תשובות הרשב"א בשמותם למקומותם תכף ירגיש בתי' זו כי הוא נר' פשוט. ועיין להחק"ל תפוחין ח"מ ח"א סי' קט"ו דקע"ד ע"א וב' באורך. ועוד הביא דברי רב"א במה שהי' לתשו' הרשב"א יעש"ב. עוד שם בח"ס סי' קי"ו דמ"ה ע"ד וז"ל ועוד דמייתי הסמ"ע שם בשם מהר"מ אלאשקר דדוקא בבני אומנות צריכים חבר עיר ולא כל ב"ה אע"ג דהש"ך פליג התם מ"מ בקל יש לדחות קו' הש"ך ע"ש. מ"מ הכא דבלא"ה לא הסכימו כולם ולר"ת לא מהני וכו' עש"ב. וכ' עוד דמ"ז ע"א וז"ל והנה לפי מ"ש הסמ"ע ס"ס רל"א בשם מהר"מ אלאשקאר וכן הוא בתשו' הריב"ש סי' שצ"ט ומייתי לה כ"מ דוקא ב"א צריכים הסכמת א"ח אבל בני קהלה לא צריכי ומה שהשיג הש"ך כבר הרגיש הריב"ש עצמו ותי' יפה ע"ש מ"מ בנדון שלפנינו צריך הקהל הסכמת חבר עיר כיון דהחוצים אינם מסכימים ומן התו' הם כבני עיר לכל דבר וכו' ע"ש בדבריו:

ממוצא דבר שלא הביא ס' הפו' לדחות דברי הריב"ש ולפסוק כמותם לב"ה שצריך לחבר עיר משום דהחוצים אינם מסכימים ומן התו' וכו' נר' ברור דגם הוא מסכים הולך לסברת הריב"ש ודעימיה דל"ב חבר עיר ושאני הכא משום דהחוצים וכו' לכן בעי חבר עיר. ומידי עוברי בתשו' של הר' חת"ס ז"ל חיו"ד ס"ה ד"ב ע"ד ראיתי שכ' וז"ל וכתב הריב"ש בסי' שצ"ט לפי"ז בב"ה שתקנתם רק לבני עירם ואין הפסד למי שחוץ לעירם ל"ב א"ח וכו' ע"ש:

ואנכי לא ידעתי מהיכן מפיק דברים הללו בדברי הריב"ש אשר לא ראיתים שם בדבריו. גם מ"ש שם אלא שצע"ג א"כ מאי פריך בש"ס מרשאין וכו' אעובדא דטבחין וכו' ע"ש מה מאד תמיהא לי מילתא טובא דהנה הריב"ש שם נתקשה קושיא כעין זו ותי' לפ' הגמ' לפי פי' שפי' דל"ב א"א בב"ה ע"ש בדבריו ולא נתקשה לו מה שהקשה הוא מינה מוכח אדרבא דלא נחית להא דאין הפסד למי שחוץ לעירם כן נראה לפי קענ"ד. הגם הלום שם ז"ל ומ"מ הרמ"ה עצמו ורוב הפוס' ס"ל דאפי' בסתם ב"ה וליכא פסידא לאחריני נמי היכא דאיכא א"ח אין יכולין להסיע על קצתן וכן פ' בש"ע סי' רל"א ע"ש. גם בזה לא שכב לבי דמהיכא קא דייק לה. ועוד דהרי הוא כתב בעצמו בח"מ כי דברי הש"ע אין להם הכרע בענין זה ואיך עתה שינה את טעמו דאפי' דליכא פסידא לאחריני בעי' א"ח שהם מן הקצה אל הקצה. כך מצאתי כתוב אצלי וכעת אין הס' בידי לראות אם אפ'

לומר וכן פ' בש"ע דקאי על מורם. ועוד ידו נטויה שם ד"ב ע"ד וז"ל אמנם כל זה בתקנה דליכא אלא תקנת הציבור ולאו משום מילתא דאיסורא וכו' אבל היכא וכו' לית דין ולית דיין וכו' ול"ב חבר עיר. וגם ר"ת לא יחלוק על ראבי"ה וכ"כ להדייא מהריק"ו בשרש ק"פ באריכות וכן משמע בתשו' מימוני הנ"ל לס' שופטים סי' יו"ד ע"כ. הוא המסבי"ר לנ"ד דאיכא מיגדר מילתא ואפרושי מאיסורא כמ"ש לקמן ופשוט הדבר אליבא דכ"ע דל"ב חבר עיר. ודרך אגב אב"א נבא להבין דברי מרן הרמ"ז בכנה"ג ח"מ מ"ב סי' רל"א בהגהט"ו אות קכ"ח שתמה על מהר"ם אלאשקר סי' מ"ט כי לא הזכיר לתשו' הריב"ש אשר לא זכיתי להבין אמרי קו' היות כי בסי' ס"ח שם שהוא סמוך ונראה הביא שם תשו' הריב"ש ואפשר שעיקר תמיהתו היא מדוע לא הובאה פה בסי' מ"ט ולומר שכן פסק כן נר' לי. ועי' בתשו' הרמ"ז ב"ח ח"מ סי' ע"ח. ועוד אחרת היתה בדברי מ"מ הרמ"ז בכנה"ג ח"מ מ"ב סי' רל"א בהגהט"ו אות קכ"ח שהביא בדבריו שם שגם המשפטי שמואל כ"כ בשם הריב"ש:

ואני ההדיוט בקשתיו ולא מצאתיו ואדרבא בדבריו להיפך בסי' מ"ח דל"ו ע"ב כ' וז"ל ולשאלה ששאלת על הטענת ב"ה וכו' אומר אני דצללו במים אדירים והעלו חרס בידם שהם כפופים לכל תקנה שיתקנו ט"ה והח' המרבי"ץ תורה ביניהם דהוא עיקר בכל תקנות הקהל ולא מבעייא לדעת ראבי"ה והרשב"ם והרמב"ן והרא"ש והריב"ש וכמה גדולים דיכולים הרוב לכוף את המיעוט אלא אפי' לדעת ר"ת והרבה גדולים עמו וכ"ש דרוב הפוס' ס"ל דהרוב יכול לכוף את המיעוט ע"ש. והרי לך ג"כ שם בסי' ק"י דקכ"ב ע"ג כ' וז"ל ואע"ג דה"ה דלכל דבר של תקנה בעינן א"ח וכו' ע"ש. ואם נאמר דכונת מרן הכנה"ג היא עמ"ש בסי' ס"ה הובא בשיירי יו"ד סי' רנ"ו בהגהט"ו אות י"ב וז"ל אמר המאסף בעל משפטי שמואל בסי' ס"ה כתב וז"ל וכ"ש דכתב הריב"ש דהא אמרינן דת"ח היינו דוקא בההוא דאומנות ע"כ וכו' ע"ש:

ואביט ואין עוזר כי הנה התורת חסד סי' קכ"ט דקצ"ז ע"א דחה לדברי הריב"ש שכתב בדברי הרמב"ן דסבר דבב"ה ל"ב א"ח ממ"ש הרמב"ן בענין החרם יעו"ש בדבריו באורך. ואנכי הרואה בתשו' המיוחסות בסופו סי' רפ"ח שמפרש בההיא דהרמב"ן ז"ל וכן הדין באנשי העיר אם הסכימו כולם או רובם במעמד ט"ה והחרימו כיון שהן רשאין להסיע על קצתן ולהחרים בדבר חרם שלהם חל על כל היחידים לילך בתקנתם נמצא העובר על קצתן מאנשי העיר עובר על החרם והוא כעובר על השבו' ונכנס לו ברמ"ח איבריו וכו' ע"ש. עין רואה שלא זכר שר הסכמת א"ח. ואפי' הרא"ם בסי' נ"ג ח"א שהביא מהרמב"ן באגרת החרם שצריך שנעשה במעמד ט"ה ובמעמד ת"ח שבהם וכו' מה שאינו שם

כמש"ל. אשר לפי"ד הרא"ם הנז' ק' טובא להריב"ש דהרי הרמב"ן בעי א"ח גם בתקנות ב"ה וכמ"ש התורת חסד. לדעתי הפעוט אין מזה שום סתירה לדברי הריב"ש דמי אמר דפי' ת"ח שבהם הוא דין א"ח דאי הכי הול"ל ובמעמד א"ח שבהם דוקא ולמה לי ט"ה דבא"ח עם אנשי העיר סגי דהרי בב"ה נשארו המ' דליכא א"ח וכו' לא נזכר ט"ה אלא ודאי דפי' ת"ח שבהם הוא אפי' שאינו מ"ה דהיינו שאינו ממונה על העיר אלא כיון שהם רוצים להחרים ויש ת"ח ביניהם צריך להיות במעמדו בכדי שיחול החרם דאי לא"ה אינו חל מפי ט"ה בהיות שיש ת"ח וכמ"ש אצלי במ"א בפרט הזה. ודרך תבונות יודיעני מ"ש הרא"ם ח"א סי' נ"ג דע"ו ע"א וז"ל ועוד דבעי ט"ה בכ"מ אינו ר"ל היותר חכמים או היותר זקנים או היותר עשירים אלא היותר משתדלים בצרכי ציבור שכל צרכי הקהל נעשה על ידם ועיני כל הקהל תלוים בהם לכל צרכיהם וכו' וכ"כ ר"ת ורשאין ב"ה להסיע על קצתן ע"י כל ט"ה מדעתם או מחמתם וט"ה הוי כחבר עיר משמע דט"ה אינם אלא המשתדלין בצורכי ציבור אעפ"י שאינם חכמים דאי ס"ד דט"ה הם היותר חכמים ומשתדלים בכל צרכי צבור מאי הוו כחבר עיר דקאמר הא אין חבר אלא היותר חכם מהעיר המתעסק בצרכיהם כדפי' בפ' ב"ה וכו' יעו"ש באורך. וכפי דברי ר"ת דט"ה הוי כחבר עיר אם איתא דפי' ת"ח שבהם הוא חבר עיר ל"ל הא איכא ט"ה דהוו כחבר עיר אם לא כמו שאמרנו:

והנה עמך גם הרשב"א ח"א סי' תרי"ז כ' וז"ל ואקדים לך הקדמה כי הט"ה המוזכרים בכ"מ המובחרים אינו בחכמה או בעושר וכבוד אלא שבעה אנשים שהעמידום הציבור פרנסים סתם על עניני העיר הרי הם כאפוטרופוסי' עליהם ואין צורך לפרנסים אלו אלא לדברים שיש בהם קדושה כב"ה ורחבה של עיר וכו' שאם מכרו הפרנסים במעמד אנשי העיר ואפי' למשתי ביה שכרא רשאין וכו' ע"ש. קריתי ושניתי ושלשתי ומצאתי ראיתי כי יש חולקים על סברת הריב"ש הנז' קודם כל הוא הרא"ש שם בפ' השו' באות ל"ג כתב וז"ל ואפי' כל ב"ה אינם יכולים להתנות מלתא ע"כ והטור בנו בח"מ ס"ס רל"א ס"ל לפסוק כסברת אביו שכתב וז"ל וכן רשאין ב"ה לפסוק לכל השערים ולומר דבר פ' בכך וכך ושכר הפועלים שלא ישתכרו אלא בכו"ך ולקנוס כל מי שעובר על תקנתם וכן לכל בעלי אומנות וכו'. בד"א כשאין אדם גדול וחכם בעיר לתקן ענינם אכל אם יש חכם ומנהיג אפי' כל ב"ה אין רשאין לתקן כלום זולתו ואם תקנו והתנו דבר בלתי ידיעתו אינו כלום עכ"ל. והר' מהר"ל ן' חביב בתשו' סי' צ"ט כתב וז"ל אעפ"י שיש מי שפירש דדוקא בבני אומנות צריך שיסכים עמהם א"ח אבל בתנאי ב"ה אין צריך להסכמת א"ח

כבר בעלי חידושין ביטלו ס' זו גם כתב שם ועם היות כי בלשון הרמב"ם לא נתבאר כל הצורך בלשון הסמ"ג הכל מתוקן ע"ש:

ולפי מיעוט שכלי לא מצאתי שום ביאור בסמ"ג זולתי מ"ש במקום רשאין בני אומניות שכתב הרמב"ם כ' ב"ה ואפי' ממש ואין לענוש אדם אלא עפ"י חכם עכ"ל. אי משום הא לא אירייא הא יכולים לפרשו דאין רשאין בני אומנות לענוש אדם וכו' ומ"ש רשאין ב"ה הוא משום דכל בני אומנות נדונים כעיר אחת לכן קראם בני העיר. ואם תדקדק בדברי הסמ"ג תראה דמ"ש ואין רשאין לענוש אדם אלא עפ"י חכם הוא על בני אומנות שכתוב בהם וכל מי שיעבור על התנאי יענשו אותו כך וכך בד"א וכו' אבל בב"ה כתוב ולהסיע מד"ת ולקנוס העובר על קצתן וא"כ הול"ל ואין רשאין לקנוס אדם אלא עפ"י חכם והגם כי הכל אחד לענוש ולקנוס מכל מקום חייב אדם לשנות כל' רבו וגם בכדי שלא נטעה לפרשה על בני אומנות שהיא כלשונה והו"ל לתפוס לשון הנאמר בב"ה אלא ודאי שדקדק לומר כן להודיע שהוא קאי אבני אומנות כן יאמר בס' הרשב"א בח"ה סי' קכ"ה דכ"ה ע"ד הביא הא דרשאין ב"ה וכו' כ' שם אם אין שם א"ח בתו' אבל אם יש שם א"ח בתו' אין תנאם תנאי אלא א"כ הסכים עמהם אותו חשוב וכו' ובסו"ד כ' ז"ל והר"י ן' מיגאש פירש א"ח הממונה על העיר אעפ"י דעביד בלי רשותא דידיה תנאיה תנאי עכ"ל:

והרדב"ז בחדשות ח"א סי' ס"ה בתשו' שאלה יחידים שעשו הסכמה ותקנה לעצמם אם יש לחוש לה וכתב בתשו' על הא דאנהו טבחי וכו' ואיכא למשמע מינה דאפי' היכא דאיכא רבנן אחריני צריך רשות מהחכם הממונה ע"ה דהא רבא לא שאל אם נטלו רשות מחכם אחר או לא וכו' עוד שם ומשמע נמי מהך עובדא שאם אין שם א"ח ממונה על העיר אעפ"י שיש חכם אלא שאינו ממונה ע"ה תנאם קיים אעפ"י שלא נטלו רשות ממנו מפני שהכל תלוי באותו שהוא ממונה ע"ה לתקן כל צורכיהם וכן הם דברי הרמב"ם פי"ד מה' מכירה וז"ל בד"א במדינה שאין בה חכם חשוב לתקן מעשה המדינה ולהצליח דרכי יושביה. ומתשובה אין לנו הכרע לתקנות ב"ה כי תשו' היא על יחידים אבל בב"ה אפשר דמודה לס' הרשב"א. והנה עמך להר' מהרח"ש בס' תורת חיים ח"ג סי' ק"ז דקנ"ה ע"ד הביא לנו תשו' הרשב"א בסי' אלף ח' לדחות דברי הריב"ש בסי' שצ"ע כ' דאילו ראה אותה הריב"ש לא היה חולק ע"ש באורך:

נראין הדברים דבנ"ד הרשב"א אזיל ומודה שאין צריך לא"ח אי משום שאינו ממונה מן העיר ומה כחו יפה ואי משום דליכא פסידא. וכ' הרמב"ן רבו של הרשב"א בשי' לבתרא ד"ט וז"ל הא דאמרי' בהנהו טבחי דהיכא דאיכא א"ח לאו כל כמיניהו דמתנו נר' משום

דילמא איכא פסידא ללקוחות דמקרי זביני הילכך לאו תנאה הוא עד דשקלי רשותא מיניה עכ"ל. והא ודאי שגם הרשב"א שהוא תלמידו מפרש לה כוותיה:

וא"ת דהרי הרשב"א באותה תשו' דאלף ר"ז כ' ומעשה היה בעירנו ודנתי בדבר בפני רבותי ומורי הרב ר' משה בר נחמן הודה לדברי ומ"מ עוד צריך להתישב בדבר עכ"ל וכל הרואה דבריו תמ"ה יקרא דבתחי' כ' ודנתי בדבר וכו' אשר מדבריו אלה מוכח שדן דין לפני רבותיו ולא מיחו בידו וגם רבו הרמב"ן הודה לדבריו א"כ מה זה היה לכתוב בסו"ד ומ"מ עוד צריך להתישב בדבר אחר שכבר דן לפניהם והם לא מיחו והרמב"ן הודה לדבריו לא נשאר שום ספק. ובעניותי אמינא שפי' דנתי בדבר אינו לשון דין להורות למעשה אלא להתלמד להלכה וכמ"ש בסנהדרין ד"ז ע"ב דנין לפניהם בקרקע ופירש"י ד"ה ר"ץ וכו' ויושבים בקרקע ומשיבין תשו' קושיות לתקנם והיינו דנין בהלכה עכ"ל. ולכן כתב בסו"ד הגם כי דנתי בהלכה לפניהם ומורי הרמב"ן הודה לדברי מ"מ עדין צריך להתישב בדבר לקבוע הלכה למעשה וכו' עתה יכולים אנו לומר שהריב"ש אף הוא ראה תשו' הרשב"א הנז' ולא רצה לחזור בו מפני דלא הוקבעה הלכה למעשה ודלא כה' ת"ת וכו':

ואני אפרש דמ"ש ומורי הרמב"ן הודה לדברי בא לומר דוקא הוא אבל שאר רבותיו לא הודו לדבריו ולכן כתב שצריך להתישב בדבר ובעבור זאת גם הרמב"ן שהודה לדבריו בראותו ששאר רבותיו לא רצו להודות גם הוא חזר בו בשיטתו זהו דעת הריב"ש שלא סמך עליה היות כי התשו' הנז' לאו בר סמכא היא:

ואביא לך סעד וסמך לחילוק זה מתשובת מהר"ם אלאשקר סי' מ"ח שהביא לתשו' הרשב"א הנז' ואפ"ה בסי' מ"ט הביא ראיה מדברי הרמב"ן בשיטתו דסבר דא"ח לא נאמר אלא בבני אומנות אבל לא בב"ה והיינו דלא כהרשב"א שהביא משמו להיפך ודברי מהר"ם אלאשקר הם כדברי הריב"ש ממש וראה אותה תשו' ולא חזר בו ופסק שב"ה ל"ב א"ח והא ודאי דמפרש לה כמ"ש ומ"ש ומורי הרמב"ן הודה לדברי היינו לעיקר הדין שיכולין ב"ה לתקן שלא יחולו הקי' ואפקירינהו לקי' מיניה א"כ אף אנו נאמר שגם הריב"ש ראה וידע תשו' הרשב"א הנז' ולא חזר בו ודלא כהת"ח הנז' וכן משמע מהר' הנז' שפי' ומ"ש צריך להתישב בדבר שהוא לעיקר הדין למעשה שר"ל הנה בתשו' אחרות הורה כן אחר הישוב וכמ"ש ג"כ בשמו הר' בעל ס' אדם וחוה וז"ל כל ציבור וציבור יש להם כח לעשות תקנה והסכמה שכל מי שקידש אשה בלא עשרה וכו' כן כתב הרשב"א. גם לרבות המהרח"ש בנ"ד יורה יורה דלא בעינן א"ח וכמ"ש הוא עצמו בח"א סינ"ג ד"מ ע"ג וז"ל ועוד יראה וכו' והוא דאף לדעת הרבה מרבוותא שאותו הדין

של א"ח הוא בכל מילי בתקנות הציבור היינו שמתחילה עשו שלא מדעתו ולהכי כתב הטור שלא עשו כלום אבל הכא שמתחילה מדעתו היה וכו' ועתה רוצה לבטל מה שכבר עשו לסיבת קטיגורייא או לסיבה חיצונית ודאי דליכא להאי דינא וזה פשוט אצלי עכ"ל כמוהו בדומים בנ"ד שתים הנה לסיבת קטיגורייא ולסיבה חיצונית חזר בו אפי' אחר שעשו מדעתו וחזרתו זאת לא תועיל ולא תציל:

כתוב זאת זכרון בספר שגם הרא"ש בנ"ד ידין ידין דאין מהצורך להסכמתו כלל שכ"כ וא"ח היינו דוקא כגון רבא שהיה ראש ומנהיג בעיר והוא שכונתו במ"ש שהיה ראש ומנהיג בעיר ר"ל ראש ישיבה שכן היה בימיהם למנות ראש ישיבה וכן היה רבא. לך נא ראה מ"ש הרב יד מלאכי בכללי הרא"ש אות תקצ"ח וז"ל רבא ורב ספרא יש לפסוק כרבא היותר מרי דתלמודא וגם ידוע דה' כרבא לגבי אביי בר מיע"ל קג"ם מפני דהוא מארי דתלמודא וטעם היע"ל קג"ם כבר אמרו המפרשים א"כ לדעת הרא"ש הא"ח צריך שיהיה כרבא והטור בנו קאי כוותיה שכתב בד"א כשאין אדם גדול וחכם בעיר לתקן ענינם וכו' ובב"י הביא דברי הר"ן שכתב פי' הרא"ם א"ח הממונה פרנס על הצבור משמע מדבריו דבעינן תרתי ע"ש וה"ה הביא דברי הרא"ם הנז' וכתב וזהו שכ' המחבר לתקן מעשה המדינה כלומר שהוא ממונה על כך הא אם לא היה ממונה אפי' זולתו תנאו קיים עכ"ל:

וגם פה בנ"ד שאין לנו ראש ישיבה ואדם גדול בתו' ויש אנשים גדולים בעיר בחכמה ובכל דבר וגם לא נתמנה מן הצבור האמת עד נאמן שגם המרדכי אחר שהביא בשם ר' יואל שפירש שדין א"ח הוא דוקא לענין קנס כתב ז"ל ובסוף השערים כתב וז"ל דאין רשאין חשובי העיר לקיים שו"ד היכא דיש דיין מומחה או א"ח אם לא ע"פ עכ"ל. פשוט הדבר שגם הא"ח דקאמר שהוא מומחה כמו הדיין ונתמנה ע"ה אכן בנ"ד ליכא כל הנז' ועיין בס' ח"ס ח"מ סי' י"ט וכ' וכ"א וכ"ב אשר ממנו נקח לנ"ד כמה וכמה פרטים, ועי' להרי"ף בפ' הגוזל בתרא אההיא דקנסי' ר"ן להההוא גברא וכו' כ' ז"ל ומ"מ שמעינן בכה"ג דקנסינן אפי' בח"ל דוקא גדול הדור כמו ר"ן דחתנא דבי נשיאה הוה וממונה לדון עפ"י הנשיא או ע"ה שהמחום רבים עליהם אבל דייני דעלמא לא עכ"ל:

והרב משפטי שמואל סי' ס"ה דמ"ח ע"א הביא דברי רב שרירא גאון שפי' שמומחה תנאיו ומשפטיו וז"ל פי' יחיד מומחה שיכול לכוף היינו כר"ן בדורו דפקיע במשנה וגמרא ופקיע בשיקול הדעת ומעיין בדינים כמה שנים ומנסו ליה זמנין סגיאין ולא חזו ליה טעות כגון האי הוי מומחה לרבים וכו' יעו"ש באורך וכן הביאה המבי"ט ביותר ביאור בח"א סי' ר"פ דמ"ד ע"ב וז"ל ובענין מומחה כתב הרא"ש ז"ל והכי שדר רב שרירא

גאון ז"ל יחיד מומחה דחשיב כר"ן בדורו דפקיע במשנה וגמרא ופקיע נמי בשיקול הדעת ומעיין בדיני כמה שני ומנסו ליה רבנן זמנין סגיאין ולא חזו ליה טעותא כגון האי הוי מומחה ועיקר לשון מומחה מנוסה וכו' הילכך בעינן דיין מומחה שמנוסה לרבים ט"כ ולפי"ז בדורות אלו ג"כ מי שהוא בקי במשנה ובגמ' וספרי הפוס' ויש לו שיקול הדעת ועיין בדינים כמה שנים ולא יצא מת"י דבר שאינו מתוקן וחכמתו מפורסמת לכל כותב שאלה אליו יובל מארץ מרחקים הוא דיין מומחה אלא שמצאתי וכו' ועתה בזמן הזה בעו"ה נתקלקלו הדורות וכו' לא אשכחן שיהיה נקרא מומחה וכמ"ש באגודה פ"ק דחולין על האי טבחא דלא סר סכיני' קמי חכם משמתינן ליה דעתה בזמן הזה הת"ח מוחלין ועוד שאין ת"ח וכו' וע"ז כתב שלא ראה ולא שמע שום למדן שיהיה דן לשו"א בע"כ אפי' שמקצתן היו גדולי הדור וכו'. מחוינא ומחוינא מ"ש הב"י עייאש ח"מ ס"א דס"ח ע"א וז"ל ולכן נלע"ד דלא שמו הרא"ש והטור דיינין דעלמא אלא סתם דיינים שאין להם מבוא לדבר הנוגע לכללות העיר כ"א לדון בין איש לרעהו וכו' ודיינים כאלו אין להם לתקן מה שאינו לפי הדין וכו' יעו"ש בדבריו. ועלית על כולנה לפי מ"ש הרמ"ה בשיטה על בתרא ד"ט ע"ב גבי הנהו טבחי מפורש יוצא דאית ליה שגם ב"ה בעי א"ח אפ"ה כתב בסו"ד והאי א"ח דאמרינן דוקא ת"ח הממונה פרנס על הציבור כרבא בדורו אבל פרנס שאינו ת"ח אי נמי ת"ח ולאו פרנס אע"ג דאתנו בלא דעתיה תנאם תנאי עכ"ל. ובאות ק"א ואמר אביי וכו' וכ"ת אפ"ה רבא נמי ל"ל לאתנויי והא ריש מתיבתא הוה וכו' אבל יחיד לית ליה רשותא למעבד הכי שלא ברשות אנשי העיר ואפילו פרנס הממונה ע"ה אי איכא אחרינא דגדול בתורה או בגדולה כוותיה לית ליה רשותא למעבד הכי עד דממלך ביה או עד דמתנו מעיקרא ואמטו להכי איצטריך רבא לאתנויי משום דהוה רב יוסף בהדיה וכו' אבל רב אשי יחיד בדורו הוה וכו' הילכך איהו במקום ב"ה קאי ולא צריך אתנויי וכו' ועיין בסוף אות ר' שכתב כן ז"ל ואפי' פרנס הממונה על הצבור ואיכא גברא רבא כוותיה באתריה דלא גרע מיניה וכו' יעו"ש בדב"ק וכן משמע מהרשב"א הכתוב לקמן דבעינן תרתי שכתב וז"ל ויש שם א"ח ת"ח ופרנס וכו' ובנ"ד ליכא לא ת"ח באורה ולא פרנס הממונה ע"ה כוותיה:

הנה כי כן בנ"ד שאמרו שהאב"ד ג"כ לא הסכים בדבר מלבד כי לא כן שהרי האב"ד חתם בפסק אשר הסכימו בו הב"ד שכדין עשו הספרדים ומה גם שהאב"ד אינו אומר כן ועוד לפי"ד הרב הנז' אפי' יאמר כן הרי שאר החכמים מכחישים את דבריו שהיו במעמד ונמנה עמהם ואפילו נימא דלא הסכים הרי נתבטל ברוב מתוך כל:

הלהוכח מילין תבחן מדברי הרב דוד בן שושן בתשו' הביאה הרב מהראנ"ח ח"ב סי' נ"ח דצ"ז וצ"ח וז"ל עוד טענו הממונים הן לו יהי כדבריהם וכו' מ"מ שאר הממונים מעידים שאותו ממונה שלא נמצא באותו מעמד אמר להם עשו מה שאתם תרצו וכבר כתב הרשד"ם ביו"ד סי' ע"ח שאם הממונים שלא נמצאו שם אמרו להם עשו מה שאתם תרצו אינם יכולים לערער אח"כ ע"ש דאין צריך להיות במעמד ואפי' באמירה שאמרו עשו מה שאתם תרצו סגי א"כ בנ"ד שכן היה שהא"ח וכל שלא באו למעמד הם אמרו עשו מה שתרצו אין יכולים לערער אחר כך באמרם שלא היו במעמד ולא הסכימו וטובה תוכחת שאם אמרו להם אותם שלא היו עשו מה שתרצו יכולים לדון עפ"י רוב הבאים במעמד ונקרא רוב מתו"ך ודייקנא לה מתשו' הרשב"א בח"ה סי' קכ"ח וכתובה לעיל ע"ש שכתב אם ישבו מ' מהם לעצמם וכו' דתיבת לעצמה יתרת הרבה דהיה די לו לומר אם ישבו כ"א ע"ה אם לא דבא להודיענו דלא הגידו לו ואמר להם עשו מה שתרצו אבל אם הודיעוהו ואמר להם עשו מה שתרצו הו"ל כאילו ישב עמהם ועי' במה שכ' משם הרמ"ז בדנ"ג ע"ב ועי' לה' ברכות המים ד"ז ע"ד וז"ל המורם מכל האמור דבנ"ד שהסכימו רוב החכמים ורוב הצבור להתיר ועשו התרה הרי הוא מותר בודאי ואין לומר כיון שלא נמצאו שם רוב הזט"ה בהתרה דמעכבי בנ"ד מכמה טעמי חדא כי כבר הרב הגדול מאריה דאתרא שלח אחריהם וג' מהם באו והיה בהתרה ושנים מהם שלחו לומר בכל מה שהיה עושה הוא הם מסכימים להתרתו ועוד הביא כמה טעמים יעו"ש. ובנ"ד בתחי' כשנתועדו היו כולם ומי שלא בא ההו"א עשו מה שתרצו ובשעת ההתרה לא היה כן אלא הרוצה לאכול משחי' אשכנזים היה אוכל מבלי שום התרה:

והמבי"ט ח"ג סי' מ"ז דט"ו ע"א כ' וז"ל וא"כ בנ"ד דליכא ר"ל ופ"ל וכו' או על תקנות שעושים למגדר מילתא שלא יבואו לעבור על איסור תורה או מד"ס או הסכמת מגדר מילתא יכולים הקהל לתקן ולקנוס אפי' אין שם בעיר א"ח כ"ש בהסכמת א"ח שבעיר יעוש"ב ועי' לה' פרי הארץ ח"ב ח"מ ס"י דקכ"ד ע"ד וקכ"ה ע"א וב' מ"ץ ח"ב ס"ד די"ג ע"ג וד' הרשד"ם יו"ד סי' תי"ז וז"ל וא"כ פשיטא לענ"ד שחייבים הממונים לקיים גזרת הרבים אפי' דהוי ר"ל ופס"ל כיון שיש בגזרה הזאת תקנה לציבור עכ"ל. והר' שער אפרים סי' ס"ג דכ"ח ע"ב הביא לנו מחלוקת הרא"ש ומהריק"ו מהו מקרי מגדר מילתא דלדעת מהריק"ו הוא דוקא כשהוא לאפרושי מאיסורא ובנ"ד הוי מגדר מילתא אליבא דכ"ע. ואם תאמר דצריך להיות מתקני מגדר מילתא אנשים גדולים כראשונים לא כן כאשר תראה בס' פלגי מים דל"א ע"ב וז"ל דבמילי דמגדר מילתא אין חי' בין חכמים הראשונים לחכמי כל דור ודור ע"כ הביאו הרמ"ז בח"מ בדע"ב סי' רל"א הגהט"ו אות

מ"ו ועי' בשיירי י"וד סי' רכ"ח בהגב"י אות ר"פ שהאריך שם בדבר הזה. והדרכי נועם ח"מ סי' ל"ח דרנ"ד ע"א הביא דברי מהרי"ק שכתב דלא מקרי מגדר מילתא אלא במילי דשמיא ולאפרושי מאיסורא והביא מ"ש הפ"מ בסי' ד' כי רבים לוחמים עליו וס"ל דבכל התקנות וההסכמות שמסדרים בכ"מ לתקון העיר מגדר מלתא מקרי וכיון דרבו החו' על מהרי"ק כוותייהו נקטינן. ועי' להר' שער אפרים סי' ס"ג דכ"ח ע"ב והמשפטי שמואל סי' נ"ה דכ"ג ע"ב ס"ל דלא מקרי מגדר מילתא אלא במילי דשמייא וכו'. אזן מילין תבחן לנ"ד כיון דאיכא בהסכמה זאת לאפרושי מאיסורא במילי דשמייא שהוא תערובת אנשים ונשים ליכא מאן דפליג לומר דלא הוי מגדר מלתא. ועי' מט"ש ח"ג בהגהט"ו סי' רל"א אות נ"ד נ"ה נ"ז נ"ח. ת"ח ח"ג סי' ק"ב דקמ"ו ע"א וב'. והמ"ץ ח"ב ס"ד די"ג ע"ג וד' בסופו וז"ל אחר העתיקו הריב"ל דבריו כתב וז"ל דאע"ג דאיכא כמה מרבוותא דפליגי עליה דהרמב"ם וס"ל דאפי' בדבר הרשות דלא הוי מגדר מילתא אפ"ה יכולים הרבים לכוף את המיעוט וכו' יעו"ש. ומהריב"ל בח"א כלל ז' סי' מ"ח כ' וז"ל ומי שיעיין בעיקרן של דברים אלו יראה שרש"י וראבי"ה והרמב"ן כולהו ס"ל דאפי' במילי דלאו מגדר מילתא ואפרושי מאיסורא אלא תיקון העיר לבד יכולים להסיע על קצתן וההיא דרשאין ב"ה מיירי אפי' בלא התנו כולם מתחי' ולא הסכימו באותן התקנות אלא רוב ב"ה עם ט"ה יכולים להכריח המיעוט המוחים ועי' מהרח"ש ח"ג סי' ק"ב דקמ"ו ע"א וז"ל ומ"מ מדברי אותם הרבנים נראה דוקא כשהוא למגדר מילתא או לפחות שהוא תקנת הצבור שהוא תקנה לכולל וכו' ע"כ. והיינו כנ"ד שהיא תקנת הצבור שקיבלוה כל הצבור ע"י שהוכרזה וגם שכבר עשו מעשה שלא לאכול וגם שהיא תקנה לכולל להסיר מהם עקשות פה ולאפרושינהו מאיסורא. ועי' בתורת חסד בסי' קצ"ח דקכ"ו ע"ב מה שהביא משם המשא מלך לתרץ דברי ר"ת שהם כסותרים דמ"ש בתחי' הוא בענין מגדר מילתא ומשו"ה ט"ה הם כגדולי הדור ויכולים לתקן ולהפקיר כמו שירצו. ומ"ש המרדכי בשמו דאין יכולים אלא א"כ הסכימו כולם מיירי במילי דרשות שאין בו מגדר מילתא יעו"ש מה שתמה עליו וע"ש בע"ג. ובמגן גבורים יו"ד סי' י"ב דכ"ב ע"ד פ"מ ח"ג סי' י"ח דכ"ה ע"א וז"ל וגדולה מזו כתב הריב"ל דאף דהרמב"ם אפי' בתיקון מדיני וכללי כגון ההיא דרשאין להתנות וכו' דכגון דא מגדר מילתא מקרי כיון שהוא לתועלת הכולל. וכן מורין דבריו שבפ"ד מה' סנהדרין והאיך תשו' דהרמב"ם מקרי דבר הרשות אפי' שלא היה שם תיקון כללי ופליג אהרא"ם דרצה לפ' דברי הרמב"ם דה' סנהדרין דהתם מיירי בגדולי הדור יעוש"ב וכן שם ח"ג סי' כ"ב דל"ד ע"א וז"ל אחר שהביא שתי לשונות דר"ת כתב על הכל לפרש אלא כשהסכמת הרבים ליכא שום מגדר מילתא אבל

כשהסכימו הרבים במילתא דאיכא גדר וסייג לשם שמים כל אפייא שוים דחלו על המיעוט תקנת הרבים אף דמחי מתחי' ועס"ו כמו שכל זה מבואר למי שיעמוד בכל ס' הפוסקים ראשונים ואחרונים וכו' יעוש"ב ועי' לה' ברכות המים ביו"ד סי' שט"ו דפ"ד ע"ב וע"ג מ"ש בענין מגדר מלתא ע"ש באורך וע"ש על הסכמה שלא יצאו הנשים לגנות ע"ש הדברים בהרחבה:

הנה מהרי"ק בדיני מסים כתב שאין הרוב יכול לכוף וכו' יעו"ש ויכולים אנו לומר שדוקא במסים שאין בהם מגדר מילתא לא כן היכא דאיכא מגדר מילתא כנ"ד גם הוא יודה דיכולים לכוף כאשר כן כתב מהר"ם אלשיך בסי' כ"ט דצ"ז ובדכ"ט ע"א וב' ומשפטי שמואל סי' צ"ד דצ"ג ע"ב. פ"מ ח"א ס"ד ד"י ע"א דכתב דכל ההסכמות לתיקון העיר מגדר מילתא מקרי. הרשב"א ח"ה סי' קכ"ה מהרח"ש ח"ג סי' ק"ז דקנ"ה ע"ג וד' הביא ג"כ תשו' הרא"ם סי' ג"ן וכתב שהעולה מדבריו ודברי שאר רבוותא דהך מילתא לא נפיק מידי פלוגתא דאריוותא וכ"כ שם בסי' ק"ב דקמ"ה ע"ד. ומהריב"ל ח"א סי' מ"ח כתב שכן נתפשט המנהג לכוף וכן נראה משאר רבוותא. והמהרמ"ט בס' שארית יאודה דע"ד הביא ראיה מתשו' הריב"ש. גם מהר"א די בוטון סי' ס"ד וסי' ע"ט העלה כן לענין הלכה דיכולים הרוב לכוף את המיעוט וכו' יעו"ש. ועי' פרי הארץ ח"ב ס"י דקכ"ד ע"א מה שהק' על התורת חסד שכתב שלא ימצא שום פוסק שיאמר שיכולים הרוב לכוף את המיעוט במילתא דאיכא ר"ל וכו' והמהר"ם אלשיך בסי' כ"ט אסף איש טהור י"א עמודי עולם והירושלמי עמהם דאית להו דהרוב יכולים לכוף את המיעוט יעו"ש ובמ"א הארכתי והוספתי עליהם כמה וכמה. והמהראנ"ח ח"ב סי' כ"ב ד"פ ע"א וב' וג' ועי' במהרשד"ם יו"ד סי' קי"ז דע"א ע"א וב' וז"ל עוד נ"ל מתוך הלשון שכתבתי למעלה בשם הרשב"א שכתב ובלבד שיהיה נר' לרוב ההוא דיש בגזרה ההיא תקנה לצבור משמע בפירוש שאפי' לדעת הרשב"א לא אמרי' בכל מילי שהרוב כופין למיעוט אלא בדבר שהוא תקנה לציבור הא לאו הכי לא דרך משל אם יעלה לדעת רוב הציבור לפטור לפלוני מן המס לא מפני תקנת הצבור אלא שרצונם כך ודאי בכי האי מילתא לא אמרינן שיש כח לרוב לכוף את המיעוט. ונראה ודאי דהכי הוא דאלת"ה למה כתב ובלבד וכו' וא"כ י"ל דכל מילי דהוו תקנה לצבור הוי דבר תורה ומצוה שהרי מצינו שהעוסקים בצרכי צבור פטורים מק"ש ותפילה וגם אנו מבטלים ק"ש ותפילה מפני צרכי צבור א"כ נר' דעדיף צרכי צבור מק"ש וא"כ כל תקנה שהיא צורך דצבור הוי ד"ת ע"כ יעו"ש. ובע"ב בסו"ד כ' ז"ל כלל הדברים אני אומר שבכל גזרה ותקנה שעשו הרבים לתקנת הקהל אין ביד המועטים להוציא עצמם מהרוב ואם גזרו חרם חייבים המיעוט

לשמור ולעשות אך בתנאי שיהיה גזרתם ותקנתם בהסכמת ט"ה או טובי הקהל ואם יש חרם או חכמים שיהיה החכם או חכמים המנהיגים הקהלות עמהם ואם לאו אין בדבריהם ממש וחלילה לומר שהרב כמהר"ר אליה מזרחי ז"ל נוטה דעתו לעשות מעשה כסברת ר"ת דלא היא אלא שאם הסכים להסיר חרם מקראים היה שכפי הטעמים שנתן אליבא דכ"ע לא חל על הקראים החרם כלל על אותם שלא קיבלוהו יעויין היטב שכלל דבריו ע"כ:

אשר מדבריו נ"ל דאפילו דלא היה חרם בהסכמה חייבים המיעוט לעשות ככל אשר גזרו הרוב מדקאמר אח"כ ואם גזרו חרם וכו' משמע דבתחילת דבריו היתה בלי חרם ואפ"ה כתב דאין ביד המעטים להוציא עצמן מן הרוב. ולך נא אקחך אל המ"ץ ח"א סי' נ"ד דקמ"א ע"ד כ' וז"ל דהנה כשהיה תקנה למגדר מילחא ולאפרושי מאיסורא ויכולים הרוב לעמוד בה כופין את המיעוט לקיימה וחייבים לקיים וכו' וגם תשו' הרא"ש בכלל ו' ס"י וז"ל על כל ענין שהקהל מסכימים הולכים אחר הרוב והיחידים צריכים לקיים כל מה שיסכימו הרבים דאלת"ה לעולם לא יסכימו הקהל לשום דבר וכו' לכן אמרה תורה בכל דבר הסכמה אחרי רבים להטות:

והנה מהראנ"ח בסי' צ"ח כ' וז"ל ע"כ לא נחלקו הרא' אי אזלינן אחר הרוב או צריך כולם אלא בדברים שאינם מוכרחים לעשות כגון להתנות על השערים וכו' אבל דברים שהם צריכים להעשות ע"כ פנים ויש חי' ביניהם שזה אומר בכה וזה אומר בכה פשיטא שהולכין אחר רוב דעות ועל כיוצא בזה אמרה תו' אחרי רבים להטות וכתב ראיה לדבר יעו"ש באורך. והמהרח"ש ח"ג סי' ק"ב דקמ"ו ע"ב כ' וז"ל וגדולה מזאת יש דאפי' כי אמרינן דאזלינן בתר רוב היינו כשהיו כל הקהל במעמד והסכימו הרוב לדעת אחת אז אזלינן בתר רובא וכ"כ הרשב"א בתשו' הביאה הרשד"ם יו"ד סי' צ"ז וז"ל שאין ההסכמה הולכת וכו' ועיין מ"ש לעיל באורך. גם הרשב"א בח"א סי' תשכ"ט כ' וז"ל וכ"ש קהל שקיבלו ועשו תקנה במה שיראה בעיניהם שהוא מקובל להם וכל צבור וצבור במקומם כנאונים ופי' שתקנו וכו' יעו"ש. ומה נמלצו לחיכי אמרי קו' הוא הרשב"א לנ"ד שכתב קהל שקיבלו ועשו דנר' מדקדוק דבריו כמה דברים את האחת שכיון שקבלו ובנ"ד קבלו שהוכרזה ושתקו ועשו שהם אוכלים משחיטת הספרדים ונמנעו מאכילת שחיטת האשכנזים וגם במ"ש שיראה בעיניהם שהוא מקובל להם ובנ"ד לסיבת חרפתם הוא מקובל להם וכ"ש להמט"ש ח"ג סי' רל"א בהגהט"ו כ' ז"ל הסכמת החכמים אינה צריכה הכרזה ואם היא מאותם דאיכא ר"ל ופ"ל צריכה הכרזה מהריב"ל ח"ב סי' ס"א וח"ג סי' ק"ג. וטעם ההכרזה נר' מדברי הפוס' דע"י ההכרזה איכא הוכחה שקבלוה כולם מדלא

מיחו בה ועי' הרשד"ם יו"ד סי' צ"ז תורת חסד סי' כ"ד ומה דנר' מקצת דברי הפוס' דכל דהוכרזה חלה ההסכמה ולא מטעם דלא מיחו בה היינו היכא דליכא טעמא דר"ל ופ"ל דמצוה למחות אלא היכא דהוי מידי דמגדר מילתא דהרוב יכול לכוף את המיעוט דאף אם מיחה בטל במיעוטו כה"ג צריך נמי הכרזה כדי שידעו ולא מצו אח"כ לטעון שלא ידעו מההסכמה עכ"ל אשר עפ"י דבריו יצא לנו כמה פרטים לנ"ד ראשונה דליכא ר"ל ופ"ל אלא ההסכמה היא רווחא להאי ולהאי לק"ק הספרדים שהם תיקנוה לטובתם וגם איכא בה אפי' למגדר מילתא והכריזו ולא מיחו בה איכא הוכחה שקיבלוה כולם ונ"מ לל"ב דר"ת דבעינן מדעת כולם הא איכא:

ראיתי ונתון אל לבי דאפי' הסוברים דבעינן א"ח אפי' בתקנות ב"ה הנה בנ"ד הגם דתימא לדון אותו כדין א"ח אף הוא כבר נמנה עמהם שא"ל עשו מה שתרצו ואני מבטל דעתי דהו"ל כאילו הסכים עמהם וכמש"ל ומה גם כי כבר הוכחתי לעיל דבעינן שיהיה חכם גדול בתורה וממונה על הצבור את הכל מדברי הפוסקים ואפי' לס' הפוס' דל"ב תרתי מומחה כגון רבא וממונה על העיר אלא אפי' ממונה ע"ה דוקא ואפי' אינו מומחה מ"מ בנ"ד ליכא מינוי מהצבור:

ובדברי מהראנ"ח ח"ב סי' כ"ב דע"ג וז"ל כל כיוצא מזה שלדעת הרמב"ן והר"ן והנמק"י והריב"ש כמו שהריב"ש מדקדק בדבריו כולהו ס"ל דלא בעי א"ח אלא דוקא היכא דאיכא פסידא לאחריני והרשב"א והרא"ש והטור ג"כ בלתי חו' ע"ז כמו שפירשנו יעו"ש וכבר כתבנו לעיל מציאות לס' זו אפי' למי שחושב בפי' ברייתא דרשאין כשתקנו כולם התנאים ההם ושוב חזר בו אחד מהם ע"ש. והר' משפטי שמואל סי' נ"ד דע"א ע"א כ' וז"ל מ"מ מכח ההסכמה הפשוטה וכו' ראוי להתחזק ולהתאמץ שלא תתבטל ההסכמה כי כח ב"ד יפה והיועצים ומסייעים בביטולה הרשיעו לעשות ע"כ עוד כתב שם וכל שכן שבדבר דהוא ענין תיקון הצבור עבדינן שלא כדין לצורך השעה ויש בכח ב"ד להוסיף ולמעט כמו שירצו לעשות וכו' יעו"ש בדבריו. כי מן האמור נפ"ל לנ"ד אע"ג דלא נטלו רשות מא"ח כיון דליכא פסידא לאחריני וכ"ע מודים דל"ב א"ח אפי' לא קבלו ההסכמה ההיא אלא בקנס דומיא דהנהו טבחי וכו' והיינו נ"ד ממש וכל שכן כי נ"ד הוא גדר לרבים וסייג לתו' ולד"מ וכמו שהארכתי במ"א אין רשאין להתיר ואפי' יסכימו כולם וכמ"ש המהרח"ש שם והמע"ש בח"ג בהגהט"ו אות מ"ו כתב שם אם כבר קיימו וקבלו עליהם אנשי העיר תיקון זה שוב אינם יכולים למחות ציין שם מהר"מ איסרלס סי' ע"ג כנה"ג בתשו' ח"מ ח"א סי' רמ"ד ד"ס ע"ג וכ"כ ה' זקן אהרן סי' מ"ט ועי' חוות יאיר סי' פ"א ומיהו אם שקבלו וכו' היה עפ"י אונס לא הוי קבלה מהריט"ץ סי' ק"ץ יעו"ש:

נפקי מפום ממלל רברבן שאם כבר קבלו וקיימו שוב אינם יכולים למחות ונ"ד קיימו וקבלו עליהם מבלי שום זכר אונס ונעשה מעשה גלוי לכל העמים שוב אינם יכולים לחזור וע' להפנ"י נר"ו בח"ג ס"ט דל"ח. עא"ב וג' ושם הביא לנו תשו' מהר"י ציאח הובאה בס' אבק"ר סי' קפ"ו על הסכמה הנעשית פה עירנו על הקצבים שכתב בדעת הרמב"ם דגם בהסכמת ב"ה בעינן א"ח ושו"כ וז"ל אבל הריב"ש וכו' והנה שם ראה תראה דחתים עלה מרן הק' הוא וב"ד יעו"ש:

ואחד הרואה להרב מגן גבורים יו"ד סי' י"ב דנ"ו ע"ג שכתב וז"ל וסתם אדם חשוב הוא בחשיבות התורה יעו"ש בדבריו ואחד השומע את דברי הרלב"ח בסי' צ"ט וז"ל כי א"ח שפי' הוא א"ח לדעת הכל הוא שיהיה חכם והרי חכמת החכם הנז' בקיאותו ופלפולו עינינו ראו ואזנינו שמעו מפיו ומה לנו להאריך בזה כי הוא מפורסם ושמו נודע כשם הגדולים אשר בדורו. גם מ"ש הפוס' בשם הר"ן ממ"ש שצריך שיהיה ממונה ע"ה וכן מפורש בלשון העור שכתב חכם ומנהיג עם היות שמדברי הרמב"ם לא נתבאר בפירוש וכו' ע"ש בדבריו. הנראה מדבריהם דבעינן תרתי חכם בחכמת התו' וממונה על הציבור ובנ"ד ליכא:

לפני מי שגדול הוא מהראנ"ח ח"ב סי' נ"ג בהגהב"י סי' ע"ג כתב וז"ל עוד צריך לדעת שגדר החבר עיר שנאמר עליו הדין הזה אינו כל מי שהוא גדול בחכמה וסומכין בהוראותיו ע"כ דבר דת ודין וכו' אבל יצטרך שם תנאי אחר כמ"ש ה"ה ז"ל פי' הר' אבן מיגאש א"ח ממונה על הציבור וזהו שכתב המחבר לתקן מעשה המדינה כלומר שהוא ממונה על כך הא אם לא היה ממונה אפי' זולתו תנאו קיים וכו' משמע מדבריו דתרתי בעינן גדול בחכמה וממונה ודקדק כן גם מדברי הרא"ש שאמר כגון רבא שהיה ראש ומנהיג וכמו שדקדקתי לעיל מזה וכ"כ מרן בש"ע בהלכות צדקה סי' רנ"ו ס"ד ז"ל ואם היה חכם במדינה גדול שהכל גובים על דעתו והוא יחלק לעניים כפי מה שיראה הרי זה בא לשנותו לכל מה שיראה לו מצרכי ציבור עכ"ל:

אנהר לן עיינין הרב הנז' לו' שגם מרן בש"ע קאי בסברא זו דבעינן תרתי אדם גדול בתו' וממונה ע"ה ומדייק לה מדברי הרמב"ם שכתב במדינה שאין בה חכם חשוב ממונה על הצבור דחכם חשוב הוא הגדול בתו' דאלת"ה למה שינה מלשון הגמ' דאמרה א"ח אם לא להודיעך שהחשיבות בתו' הוא העיקר וכי תימא להוכיח מדי"ז דצדקה דמרן אית ליה דבעינן א"ח גם בבני העיר והוי היפך מש"ל לא שמה מתיא דשאני די"ז דצדקה אנן בעינן דעת בעלים וכל המשנה מדעת בעלים גזלן הוי וכיון שהכל גובין על דעתו יכול לשנות לכל מה שירצה ואפ"ה בעינן תרתי שיהיה גדול בתו' וגובין על דעתו. וממנו נקח ונובין

שגם לדין א"ח שצריך להיות בו תרתי אדם גדול בתו' וממונה על הצבור היינו דוקא בבני אומנות אבל בבני העיר הגם דאיכא ביה תרתי שהוא גדול בתו' וממונה על הצבור לא מהני כיון דלא בעינן אדם חשוב בבני העיר ומרן ז"ל דרכו בש"ע לפסוק כהרמב"ם:

וגם אני שמעתי לדברי הר' פרי הארץ ח"מ ח"ב סי' יו"ד דקכ"א ע"ב וע"ג ע"ש שחילק על דברי הריב"ש והכריע דבעינן א"ח אפי' בב"ה ובכלל דבריו כתב ומה שהכריע מפשטא דשמעתתא לא משמע כן דאם כדבריו לא הול"ל ה"מ וכו' אלא הול"ל שאני הכא דבעינן א"ח וכו' יעו"ש בדבריו ולפי מ"ש בדברי הגמרא היינו הך וכאילו אמר שאני הכא דבעינן א"ח וכו' גם מהראנ"ח שם דק"ל ע"ד כתב כן בשם הריב"ש וכעת סברת הראנ"ח לא נמצא אתנו וז"ל המובא בס' פרי הארץ שם דק"ל ע"א ומצינו דוגמא לזה להריב"ש סי' שצ"ט דהעלה דבב"ה לא בעינן הסכמת א"ח אלא דוקא בבני אומנות ונסתייע מדברי הרמב"ן. והנה מהראנ"ח ח"ב סי' כ"ב הביא דברי הריב"ש וכלל בדבריו בחכמתו הרמתה וכתב בכלל דבריו וז"ל והיות נראה כדברי הריב"ש שהוא מחלק בין רבים של ב"ה לבין רבים של בני אומנות וכו' עד ודייק מדברי הרמב"ן מדקדוק הלשון וכדפי' לעיל ואתי שפיר מה שסיים עלה ומשום דבתקנה אפי' שיהיה הפסד לב"ה לומר דבמקום שיהא הפסד לב"ה שהם העיקר אין תנאם תנאי אבל בב"ה עצמם יכולים לתקן כרצונם ואעפ"י שהוא נגד רצון קצת לא חשיב כלל ובטלים במיעוטם עכ"ל יעו"ש בדבריו באורך:

עיני כל חכם ישר יחזו מ"ש הרשד"ם בח' יו"ד סי' נ"א שהביא תשו' הריטב"א שכתב בשם רבו ר' יונה וז"ל כן היה אומר מורי הרב דכל תקנה שרוב הציבור והוא רוב חשוב בחכמה ובמנין הסכימו בה אפילו שהמיעוט עומדים וצווחים הרי הם חייבים במה שהסכימו הרוב ובלבד שיהא נר' לרוב ההוא שיש בגזרה ההיא תקנה לציבור ומתקנים כך ע"ז בשוה ואם יש חבר עיר צריך שתהיה מדעתו ואם לאו אין במעשיהם כלום ע"כ והרשד"ם תפס כן במושלם יעו"ש בדבריו באורך. ועי' במשפט צדק ח"ב ס"ז מ"ש בשם ס' חוט המשולש בטור א' סי' ע"ו שרש ב' וג' הביא דברי הריב"ש וחלק עליו במה שהביא דברי הרמב"ם יעו"ש בדבריו. ולי ההדיוט כבר כתבתי לעיל דהרמב"ם הו"ל לפרש לא לסתום ובמה שפירש ברשאין ב"ה להתנות וכו' דקאי על מה שירצו כנז' לעיל:

שמענה ואתה דע לך מ"ש הר' ב"י עייאש בח"מ ס"א דס"ג במ"ש על דברי רבו המאור הגדול מורי הרב נר"ו (שהוא הרב פרי צדיק) שאלה י"ב פלפל בתורה על דברי הריב"ש ז"ל והרחיב בהם הביאור לדקדק עליהם מלשון הרמב"ם ומסוגית הגמרא וחזר והעמידם וקבע בהם מסמרות להלכה יעוש"ב והכריע מדברי הרמב"ם ומרן בש"ע שפסקו כהריב"ש דבני העיר לא בעו א"ח והיינו כמש"ל מדלא קאמרי וכן כמ"ש הטור ועוד

הכריע מטעמא אחרינא כמו שיראה הרואה שם בד' נ"א ע"ד וכן כתב בדברי מרן הש"ע ז"ל בדנ"א ע"ג ובע"ד כתב שכן דעת הרמב"ם ומהר"מ אלאשקאר והסמ"ע יע"ש והנה הרב מגן גבורים יו"ד סי' מ"ו הביא דברי ההקדמה הנז' על תשובות המיוחסות להרמב"ן כמ"ש בהקדמת הספר שאין כולם מתשובות הרמב"ן וכו' אם כן איפה מה לו להבית יאודה עייאש ז"ל שצעק על הב"י ז"ל שכתב שהיא מתשובות הרמב"ן דמי לנו בקי כוותיה ואף הוא ראה וידע שהיא מתשובות הרמב"ן:

וכך הו"ל להקשות עליו שהנה שם בתשו' הנז' כתוב בה עכ"ל הרשב"א ואין לו להסתייע מהקדמתו של הס' הנעלם מענ"ק של הר' ב"י עייאש הנז' הקדמת הב"י הביאה מרן הכנה"ג בתשו' ח"מ ח"א סי' י"ב ד"ט ע"ד וז"ל והמוסכם אצלינו דתשו' הרמב"ן הם להרשב"א וכמ"ש רבן ש"י מהרי"ק בהקדמתו לב"י וז"ל וכשאני כותב מאותם תשו' שאעפ"י שאני יודע שהיא תשו' הרשב"א אני כותב בשם הרמב"ן לפי שספרי הדפוס מצויים ביד כל אדם וכו' עכ"ל וא"כ אפי' דידע שהם תשו' הרשב"א כותב לו בשם הרמב"ן ואפשר דגם הוא ידע כל זה וזהו מה שאמר וכינו אותם בשם הרמב"ן ובפרט תשו' זו הכתוב. בה מפורש יוצא שהיא מהרשב"א וא"כ לא נעלם מענ"ק של הר' הנז' דאעיקרא דמילתא כבר מילתי אמירה דאין להביא ראיה מתשו' הנז' וכמ"ש לעיל הראיה ממהר"ם אלאשקאר ואם המצא ימצא בשאר מקומות כמ"ש הר' לא חזיתיה ולא ביארתי"ה מ"ש שם עוד הב"י עייאש דס"ג ע"א שהביא תשו' הרשב"א שהובאה בב"י יו"ד סי' רכ"ח וז"ל אותם בני אדם שלא היו בעיר בשעת הנידוי והחרם אפ"ה חייבים לנהוג בתקנות הציבור ואם עברו נכשלו ואין אדם צריך לענות אמן במה שהצבור מנדין או מחרימין או משביעין וכן אם מקצת הקהל מוחין בחרם כיון שהם מיעוט אינו מועיל המחאה כיון שרוב הציבור מסכימים ואפי' יהיה הדבר שלא כדין כיון שיראה להם הדין רשאין ובלבד בהסכמת א"ח עכ"ל אלמא דאפי' צבור בעי הסכמת א"ח ע"כ:

ויהיו דברי אלה כפי קוצר ענ"ד דאין להביא ראיה מתשו' זו דבעינן א"ח בתקנות ב"ה דשאני הכא דבעינן הסכמת א"ח שהוא האדם הגדול בתו' לדעת לתקן דבר אפי' שלא כדין והוא בחכמתו הסכים לדבריהם שנראה להם הדין אזי רשאין ובלבד וכו' דמשמע דבעינן שיראה להם הדין עפ"י אדם גדול בתו' אשר כח בידו אפי' שהוא שלא כדין בחכמתו הרמה מראה לו פנים לפי הדין שהיא ראויה לתקן וידקדק בה וידיעתו מכרחת כ לחייב אפי' למי שלא היה בעיר:

ומי כהחכם היודע פשר דבר לחייב אפי' שיהיה שלא כדין וכשורה אבל בנ"ד שהם המה כולם חכמים מחוכמים וההסכמה היא כדין וכשורה ואפרושי מאיסורא מודה הרשב"א

דל"ב א"ח אפי' שהוא גדול בתו' כיון שיש פה חכמים המה. עוד הביא לנו הב"י עייאש שם דס"ז ע"ב וג' תשו' הרשב"א שהובאו ברי"ו ס' אדם נתיב יו"ד סוף ח"ב וזה תוכן דבריו רשאין ב"ה בהסכמה לגזור גזרות על אנשי עירם והעובר על גזרתם ועל חרמם הרי הוא מוחרם ואם שמו בתקנתם עונש ממון נתחייב בשניהם בחרם ובעונש ממון דאם הרוב הסכימו המיעוט נגרר אחריהם בין שהיו שם ומיחו בין שלא היו שם אין צריכים להודיעם כמו שאנו אומרים קבלנו עלינו ועל זרעינו וע"כ הנלוים אלינו ואעפ"י שהמיעוט אינם חפצים בדבר ולא היו שם חייבים הם כאותם שהיו שם ואעפ"י שלא ענו אמן. גדולה מזו שהחרם חל על הבאים אחריהם כענין פלגש בגבעה שהדור הבא הוצרכו למצוא היתר ולדרוש אשר יתן ממנו ואם באו בהסכמת כולם להתיר החרם ומקצתם מעכבים ומוחים אפי' בדברים של רשות אין החרם ניתר לפי שמדין תורה אין החרם נותר אלא בפתח וחרטה וע"י חכם וכן אין אדם מתיר נדרי עצמו דכ' לא יחל דברו הוא אינו מיחל אבל אחרים מיחלין לו וכבר צוותו הראשונים על היתר חרמות שלא בפתחים ושלא ע"י חכם שהקהלות סמכו ונהגו כן דעל דעת כן הם מחרימים והוא כאילו התנו מעיקרא שכל זמן שיסכימו הם בעצמם להתיר יהא מותר ודומה להיא דכל הנודרת על דעת בעלה היא נודרת ומ"מ נהגו בכל המקומות שאחד מן הציבור יכול לעכב וכיון שכן כל שיש מומחה אי אפשר להתירו דאם מן הדין אי אפשר בלא פתחים וחכם ואם מצד המנהג שהוא בתנאי אין המנהג אלא כשאין שם מומחה ואם המיעוט הסכימו וגזרו והחרימו בלא דעת הרוב אין גזרתם ותקנתם וחרמם כלום דבעינן רוב כדאמרינן בע"ז על השמן שלא פשט איסורו ברוב ישראל וכו' עד דאיכא גוי כולו ובודאי צריך רוב הציבור שגזרו והחרימו ויש א"ח ת"ח ופרנס ביניהם המיעוט נגרר אחריהם כמו שכתבתי ואם אין שם ת"ח אין התנאי קיים ואין הרוב נגרר אחר המיעוט ומ"מ אם איתם היחידים שגזרו והחרימו הם ע"ה שהעמידום הציבור לפקח על ענינם מה שהם עשו קיים ולאו דוקא עשרה אלא אפי' ז' והם עובי העיר כדאיתא בפ' בני העיר וה"ה כאן אם העמידום על דבר ידוע מן הציבור אפי' אחד כל מה שעשה עשוי וקיים באותו דבר ואפילו למכור בית הכנסת או לגזור ולהחרים על אותו דבר הן לבית הכנסת אחד הן לציבור אחד ואם העמידום ומינום בסתם לפקח ע"כ עניני הציבור או על עניני אותו בהכ"נ אין גזרתם וחרמם ומה שיעשו קיים עד שיהיו ג' מבה"כ ידוע כלומר מאותו בהכ"נ או ז' מן הציבור על הציבור ופחות מג' מבהכ"נ ידוע אין יכולים למנותם בסתם אנשי אותו בהכ"נ ע"כ ענין אותו בהכ"נ וכן הציבור ע"כ עניני הציבור בפחות מז' ולא יהא בפחות מז' קיים עליהם מה שיעשו זולתי אם נתנו להם רשות ע"כ דבר

ידוע בפירוש ואז אפי' אחד יכולים למנות אבל בסתם אין כחם יפה פחות מז' בציבור או פחות מג' בבהכ"נ כדאמרינן בירושלמי ג' מבית הכנסת כבהכ"נ ז' מט"ה כבני העיר במה אנן קיימין אם בשקיבלום עליהם בפי' על דבר ידוע אפי' אחד נמי ואם בשלא קיבלום עליהם כלומר אפי' בסתם אפי' כמה נמי אלא אנן קימין בסתם לפקח על כל עניני הציבור והילכך כשהם ז' לב"ה או ג' לבהכ"נ יש להם רשות בכל דבר כאילו עשו ב"ה כולם או כל אנשי אותו בהכ"נ אבל בפחות מכאן לא. וכמו כן מקצת אנשי העיר יכולים לעשות תקנות ביניהם כגון אנשי אומנות אחת כדאמרינן בבתרא רשאין ב"ה וכו' ומסיק שם והוא דאיכא א"ח בהדייהו ופי' הר"י ן' מיגאש ז"ל א"ח ת"ח הממונה פרנס על הציבור דאם לא כן דאע"ג דעבוד בלא רשותא דידיה תנאו קיים עכ"ל:

ולך נא ראה בתשו' בשמים ראש סי' רכ"ה וז"ל אשר שאלתני שבעירך היו רוצים רוב הציבור לתקן וכו' תשובה ודאי בכל דבר כופין את המיעוט להתנהג כהרוב וע"מ כן תיחמו יושבי עירות את עירם שיהיה כח ב"ה וטיביהם בכ"ז ככח ב"ד הגדול לכל דבר שכחה של ב"ה וטוביה מתפשט בו כמו שב"ד הגדול שעושים תקנה וגזרות כשירצו הרוב אף המיעוט אחרי שעמדו למנין נגררים אחריהם כן לכל דבר שיש ביד טו"ה או ב"ה כולם לתקן הרי רובם ככולם ע"כ:

ואני אתנהלה לעיס"י לרגל המלאכה אשר לפני דגם מתשו' זו אין להוכיח דבעינן א"ח עס הרוב בכדי לכוף את המיעוט אלא דוקא בכעין נדון הרב לחייב את הנולדים ואת מי שלא נמצאו שם שבהיות א"ח עם הרוב אזי חייבים והמיעוט נגרר אחר הרוב ותרתי בעינן בכדי לכוף את המיעוט רוב וא"ח. אבל אם יהיה הרוב בלתי א"ח וימחו המיעוט אין יכולים לכוף אותם וכן אם יהיה א"ח עם המיעוט אין הרוב נגררים אחריהם ואולם בנ"ד שכולם הסכימו ועתה רוצים לחזור גם הרשב"א אזיל ומודה דאפי' דליכא א"ח עמהם אינם יכולים לחזור ומעשיהם קיימים. עכשיו גדולי הקהל בעצה ובהסכמה נעשין כל צורכי הציבור או נאמר דמאי דבעי א"ח הוא לחייב את הנולדים ואת מי שלא היה בעיר או שמיחה אבל מי שהיה בעיר ושמע ושתק ל"ב א"ח לחייבו שהרי הוא חייב עצמו וכיון שקיבל על עצמו אם הוא ב"ע אינו יכול לחזור אע"ג דליכא א"ח. ונר' שכל עם הארץ שמעו ושתקו וקיבלו עליהם את ההסכמה והנהיגו עצמן זה כמה חדשים שלא לאכול אלא מן הספרדים. גם מהתשו' שבמיוחסות סי' ר"פ שהביאה ב"י מו"ד סי' רכ"ח וז"ל ואותן בני אדם שלא היו בעיר בשעת הנידוי והחרם אפ"ה חייבים לנהוג בתקנת הציבור וכו' וכן אם מקצת הקהל מוחים כיון שהם מיעוט אין מחאתם מועלת כיון שרוב הציבור מסכימים ואפי' הדבר שלא כדין ובלבד בהסכמת א"ח עכ"ל:

הנה מלבד שבגוף התשובה עצמה שכתוב בה עכ"ל הרשב"א לא נכתב בה נוסח הנז' ובלבד בהסכמת א"ח אלא כך כתוב וכ"ש בהסכמת ת"ח דהיינו הסכמת א"ח עכ"ל דשמעת מינה דעיקר התשו' הוא דל"ב א"ח אלא דוקא עפ"י רוב די אבל כ"ש כשיש עם הרוב א"ח והלשון הנז' שכתוב בו ובלבד בהסכמת א"ח הוא לשון ההוספה אחר חתימת הרשב"א והמוסיף הוא שאמרה לא הרשב"א ואפי' לס' המוסיף ליכא מינה שום הוכחה דאי' למימר דמשום שכתב דאפי' הדבר שלא כדין בעי' א"ח להורות להם את הדרך ילכו בה ואת המעשה אשר יעשון לקורבה לפום דינא בכל מאי דאפשר:

ואף גם זאת יש לחלק דלא דמי לנ"ד שכל ב"ה דעתם שוה באין פוצה פה ולכן ל"ב הסכמת א"ח לא כן בתשו' הרשב"א הנז' דיש מיעוט מוחים אזי אין כח ברוב לבטל מחאתם אלא בהסכמת א"ח וכמו שאכתוב לקמן:

עינא דשפיר חזי להפ"מ סי' ע"ט דפ"ו ע"ב וז"ל ולא עוד אלא דתיקון זה דנ"ד דאיכא ר"ל ולהאי מקרי וליכא פסידא לשום חד מינייהו ל"ב א"ח וכמ"ש הפוס' בשם הר"ן וכמו שהאריך בפרע זה זקני (הוא מוהראנ"ח) בתשו' ח"ב סי' כ"ב והוא הנקרא מים עמוקים ע"כ ועיין עוד בח"א ס"ד ד"ט ע"ב וז"ל והטעם שכתבו רובא דרבוותא הרמב"ן וכו' הוא משום דבתנאם מפסידי לאחריני ולפיכך בעי' א"ח וא"כ ה"נ בנ"ד איכא פסידא לאחריני שלא רצו לקבל ההסכמה לפרוע כו"כ וכיון שכן בעי' א"ח מה שלכאורה נראה שאינו בנ"ד שהרי בא בשאלה שרוב הת"ח מיחו אמינא דהא מגן שוייא דמלבד לדעת הריב"ש דדוקא בבני אומנות וכו' אלא אף לדעת הרשב"א והרא"ש וכן החו' וכו' וכמו שנתבאר מתשו' מרן זקני ח"ב סי' כ"ב וכו' אך מ"מ כ"ז הוא בעיר שאין בה אלא א"ח בלבד ועשו שלא מדעתו אבל בעיר דאיכא כמה אגשים ת"ח וחשובים כעין נ"ד אם התנו מדעת קצתם לא בעי דעת כולם וכיון שקצתם הסכימו הא איכא א"ח דאתני בהדייהו ול"מ בנ"ד שהמסכימים בהסכמה הנז' הם גדולי העיר בחכמה אלא אף בהמצא בכח המוחים שם ת"ח גדול בחכמה יותר מהמסכימים אכתי אין בכך כלום דגדר א"ת הנאמר לאו בחכמה ובהוראה תליא מילתא אלא שאותו א"ח צריך שיהיה דבר בעיר המתעסק בצרכי ציבור דבכי הא דבעינן א"ח אבל מי שהוא בעל הוראה ואינו ממנהיגי העיר אפי' בלא דעתו תקנתם קיימת כמו שהכריח מ"ז וכו' יעו"ש. וא"כ בנ"ד שכתוב בשאלה שרבני העיר שכונתם הם ודאי על החכמים המנהיגים שאלו הם הנקראים בלשון בנ"א רבני העיר אם כן כיון שהם הסכימו הא איכא א"ח דאתני בהדייהו ולאו כל כמינייהו משאר הת"ח שאין להם עסק בהנהגת העיר עכ"ל:

ממוצא דבר נר' לנ"ד דאיכא במתקני ההסכמה כל מנהיגי העיר דהיינו הזט"ה והב"ד והועד החדש אשר נתיסד ג"כ עפ"י הסכמתו וכולם הסכימו ואפשר הוא נמנה עמהם שאמר להם עשו מה שתרצו וכמ"ש הרמ"ז בתשו' ח"מ ח"א סי' י"ב ד"ט ע"ב וז"ל עוד ודאי ופשוט דלא יועיל ולא יציל מחאתו וגם אתייא במכ"ש לנ"ד שהרי כתב הרב שאם תקנו מקצתם וכו' ע"כ וכ"ש בנ"ד שכולם הסכימו ואפי' שיהיה הרוב יספיק וק"ו שבנ"ד ליכא ממונים ע"ה ודאי שהולכים אחר הרוב החשובים בחכמה ובמנין וקל וחומר בן בנו של ק"ו בנ"ד שהכל נעשה ברשותו ומסיק לב' סיבות כנז"ל רוצה לחזור ולאו כל כמיניה וכמ"ש המהרח"ש הנז"ל. ולך נא ראה מ"ש ה' פרי הארץ ח"ב ס"י דקכ"ט ע"ד בסופו וז"ל ועוד טעמא אחרינא איכא בנ"ד שהועד הכללי שהוא העיקר אישרו וקיימו הסכמה זו וכו' יע"ש. והגם כי הועד דנ"ד אין להם רשות מהמלך כמ"ש הר' הנז' כ"א הרשות נתונה מאת נשיאיהם החשובים בחכמה ובמנין אשר על פיהם יהיה כל צרכי הציבור נחתמים ונגזרים על ידם:

שתי אותותי אלה בקרב הטעמים הב' הוא למש"ל דרשות המלך לא מהני בלי רשות הקהל א"כ רשות המלך אין לו שום עדיפות והעיקר הוא רשות הקהל ובהצטרפות אלו הטעמים הנאמרים בנ"ד ודאי שגם החולקים על הריב"ש וס"ל דגם בתקנות העיר בעי א"ח בנ"ד כ"ע מודו דל"ב א"ח. והנה שם בדברי הר' הנז' אחר שהביא לשון המהראנ"ח המובא לעיל משמו כתב ז"ל הרי שכתב בדעת הריב"ש דבב"ה ל"ב א"ח וכל שהסכימו. המיעוט הם בטלי לגבייהו. דון מינה לנ"ד דהועד הכללי חכמה ותבונה בהמה רבני וחכמי הדור בתוכם והמה מאשרים ומקיימים הסכמה זאת דמכל שכן דאין בערעור היחידים הללו ממש אף שקצת מהם זט"ה ואפי' לדעת החו' על הריב"ש ומצריכים א"ח גם בב"ה כיוצא דנ"ד הכל מודים כדאמרן וזה יספיק לסתור אם יטענו שהמוחים הם קצת מהזט"ה כ"ש דבנ"ד רוב זט"ה הסכימו זאת דהוי רובו מתוך כולו ע"כ והיינו ממש כנ"ד וגם הוי רובו מתוך כולו שישבו במעמד אחד והסכימו הרוב ומי שלא הסכים בטל הוא לגבייהו ואפי' שיש מהם שלא באו הם אמרו עשו מה שתרצו וכמש"ל:

ויראה לפניך מ"ש הרב משפטי שמואל סי' כ"ה די"ט ע"ד וז"ל ואל תקשה לדברינו אלה ממ"ש הרמב"ם פ"א מה' ממרים וז"ל דברי קבלה אין בהם מחלוקת לעולם וכו' ומוציאין הדברים אחר הרבים עכ"ל וכתב עליו ואל תאמר דהרי כתב דהולכים אחר הרוב דאמינא דענין הרוב הזה בין החכמים ובעלי תורה שיודעים לשאת ולתת וליתן טעם לאותה גזרה או תקנה או מנהג כמחלוקת ב"ש וב"ה או תלמידיהם בכל אותם התקנות והגזרות שעשו או שגזרו אבל רוב של המונים שכל אחד מדעת הכרס מדבר או להקניט או לבזות או

לקיים דעתו פשוט דאין רובם רוב ואין גזרתם גזרה וזה פשוט לכל מבין ויודע דעת עכ"ל ועי' מה"ר שציין בדבר זה להמט"ש ח"ג סי' רל"א בהגהט"ו אות ל"א יעו"ש. הנה עמך לנ"ד דל"ב רוב כל אנשי העיר אלא רוב בנין שהם הת"ח והא איכא בנ"ד רוב ת"ח וגם בשתיקת כל העיר נעשה הכל ועוד בה דהרשב"ש בסי' רי"א גם הוא ס' דבעי' א"ח אף בתקנות ב"ה ע"ש. וכן כתב בסי' תי"ו וסי' תקע"ג וסי' תרי"ב וסי' תרי"ח יעו"ש:

וראיתי לו שם דברים שלא יכולתי להבינם במ"ש דברי תימא בתשו' שכ' כך כל ציבור וציבור יש להם רשות הרוב על המיעוט וכ"כ הרשב"א בתשו' אך בתנאי שיהיה בעצת א"ח כלומר חכם שקבלוהו עליהם כמ"ש הר' מהר"י ן' מיגאש וכך הם דברי הרמב"ד תלמידו בפ' הנז' וכו' יעו"ש בדבריו באורך:

ואנא חירגא דיומא לא שמיה לא זכיתי לירד לעומק דבריו שנר' מהם דבא לומר שהר"י ן' מיגאש והרמב"ם תלמידו ס"ל דגם בתקנות ב"ה בעינן א"ח מדערבינהו ולא כן אנכי עמדי דהר"י ן' מיגש בא לפרש דפירוש א"ח הוא הממונה ע"ה וכתב שכן פירש הרמב"ם תלמידו בבני אומנות לא בב"ה. ובדין א"ח עיין להמט"ש ח"ג סי' רל"א בהגהט"ו אות ק"ט ק"י ק"ו ק"ח ק"ט במה שציין שם ופ"מ ח"א ס"ד מ"מ ח"ב סי' כ"ב והמהר"ם אלשיך סי' נ"ט דצ"ט כתב שם לל"ק דר"ת שהביא המרדכי שפסק כוותיה אם עשו מדעת חכם העיר או בלא מחאתו וכו' יעו"ש כבר כתבנו שבנ"ד אפי' הסוברים דבעי א"ח אזלי ומודו כל"ב כנז':

ואם ראה תראה לטעם הדבר דבעינן דעת א"ח יש אומרים משום זילותא דידיה ואע"ג דליכא פסידא לאחריני והרמב"ם נתן טעם אחר ואמר שהוא משום דילמא איכא פסידא דלקוחות וכו' ועי' בתורת חסד סי' קצ"ע דכ"ו ע"ד והמבי"ט ח"א סי' ר"פ דמ"ד ע"ב כתב שם ופירוש א"ח ת"ח הממונה ע"ה עי"ש והח"ס חיו"ד סי' ה' ד"ב ע"ד הביא ל' הרמב"ן בג' וז"ל הטעם דבעי א"ח וכו' כתב שם פי' כי הא"ח הוא ממונה גם על הלוקחים וכשיתרצה הוא מהני תקנתם של טבחים ע"כ והב"י עייאש בח"מ ס"א דס"ג ע"ג פירש שהוא מטעם נעילת רשות מן הציבור כיון שהוא ממונה עיש"ב ומהריב"ל בס"א דס"ד ע"א כ' וז"ל הא קמן וכו' אלא א"כ בהסכמת א"ח משום דבודאי אותו א"ת לא יניח להם לעשות תקנה שיצא היזק לב"ה ואם נמצא היפך נוכל לומר היזק לבני אומנות וע' להרמ"ז ח"מ סי' רל"א אוקי"ח מה שהק' לטור נ"ב ק"ל נהי דהיכא דאיכא א"ח נתנו רשות ויכולת לבעלי אומנות אחר לעשות תקנה לתועלתם כנגד ב"ה משום דבודאי אותו אדם לא יניח לעשות תקנה שיצא ממנה היזק לבני העיר אבל היכא דליכא א"ח למה יתנו להם רשות לתקן תקנה לתועלתם ולא חיישינן שיזיקו לב"ה בהסכמתם וצ"ע מהריב"ל ס"א דק"מ

ע"ד ותירץ הראב"ד ז"ל בסי' ריו"ו כיון דכולם יחד מסכימים שלא לעשות דבר זה והם מתקנים לעצמם ואינם מחייבים לשום אדם על כך למה לא יהיה כח בידם לעשות כן וכי עבדים הם שלא ימשלו בעצמם לתקן הדבר הראוי להם מבלי שיחייבו לשום אדם עכ"ל. איך שיהיה בנ"ד כל הטעמים הנז' אין להם על מה שיסמוכו דאם תאמר משום דלותא עי' ח"ס ח"מ סי' י"ט וכ' וכ"א אי לטעם המבי"ט ז"ל בנ"ד אינו ממונה על העיר ואי משום דהוי רשותו כנטילת רשות מן הציבור כיון דלא נתמנה מהצבור לא הוי רשותו כרשות הצבור ואם מטעם הריב"ל שלא יניח לעשות היזק בנ"ד כי זה שהוא רוצה לאכול משחיטת האשכנזים לדידיה לא הוי היזק:

ועיין למהרש"ך ח"א סי' קנ"ט מגן גבורים יו"ד סי' ע"ו דנ"ט ע"ד פרי הארץ ח"ב ס"י דקכ"א ע"ב וקכ"ב ע"ב שהק' על מהר"ם אלשיך סי' נ"ט יעו"ש ובדקכ"ד ע"א כ' ז"ל באופן דבפרע ר"ל ופ"ל רוב מנין ורוב בנין עמודי ההוראה קמאי ובתראי איש על שמו סברי מרנן דיכולים הרוב לכוף את המיעוט ואף דהוי פלו' דרבוותא הרי כתבנו דהרבים מוחזקים ויכולים לומר קי"ל כרש"י וכו'. גם בתשו' ששאלו רבני טרינוס לר"י כהן והובא בכל בו סי' קע"ב וכן הסכים בס' משא מלך דע"ד ע"ב וכתב שמעולם לא ראה מפקפקין בזה הנה נא ערכתי משפט וכו' עד וזה יספיק לפרש ע"כ:

ואבא היום להביט במ"ש אצלי במ"א דל"א שהרבים מוחזקים לא במסים. ובפ"מ ח"ב סי' מ"ט הוב"ד בס' מירא דכיא שבסוף ס' מט"ש ח"ג סי' ל' דנ"ד ע"ג גם בח"א סי' ד' גבי בני העיר שרצו לעשות גאבילה על העוף העלה הרב ז"ל דאף למאן דאמר דהרוב מצו לכוף את המיעוט היינו דוקא במקום דאיכא תיקון העיר שלא יתיקרו השערים וכו' אבל להסכים בדבר הרשות לקחת ממון אחרים שאינם מחויבים מן הדין הוי כמתנים על הגזל ואין תקנתם קיימת בלתי דעת כולם וכל שכן היכא דרוצים להקל מעליהם ולהעמיס על הפטורים ודומה לזה יצא לדון הרב מגן גבורים ז"ל סי' י"ב יעו"ש. וכמו שהארכתי במ"א וא"כ דיחיד הוא המוחזק בממונו ואיך תוכל לעונשו ממון ולהוציאו מחזקתו דיכו"ל קי"ל כמ"ד לפרש בדעת מרן דאית ליה דגם בב"ה בעינן א"ח וכמ"ש הבי"ע בח"מ ס"א שהעלה כן בדעת מרן וכיון דליכא א"ח בהדייהו הסכמתם בטלה ואין יכולים לעונשו:

אני עניתי ואשורנו דאפי' החולקים ואומרים כן בדעת מרן הוא דוקא בא"ח שהוא ממונה מהעיר אשר לא כן בנ"ד גם החו' יורה יורה ידין ידין דל"ב א"ח כזה וכמש"ל. העולה מן המחובר לדעת מרן הוא הרא"ש דבתקנות ב"ה ל"ב א"ח וכוותיה נקטינן וכ"ש כי בנ"ד

אפי' החו' דס"ל דגם בב"ה בעינן א"ח וגם הסוברים כן לומר בדעת מרן שגם הוא סבר כן דגם בתקנות ב"ה בעינן א"ח יחד כולם בתקנה כזו יודו דל"ב א"ח וכמש"ל:

ואתנה לך גם את זאת הגם דהעלינו דל"ב א"ח עדין יש לחקור אי יכולים הרוב לכוף את המיעוט או בעינן כולם דוקא. והפ"מ ח"א ס"ד ד"י ע"א כ' וז"ל אך מה שכתבתי נר' לענ"ד שהוא מכריע דלדעת הריב"ש והרמב"ם הוא מכלל הסוברים דהרוב יכולים לכוף את המיעוט וכמו שהוכחתי לעיל ומהריב"ע מסייעני כדכתבן. אך בין הכי ובין הכי הן רבים הסוברים דבדבר דאי' רווחא להאי ופ"ל וליכא מגדר מילתא דלאו כל כמיניהו דרובא לכוף את המיעוט הלא המה ר"ת ור"י טוב עלם ומהר"ם ור"י בר קלונימוס ורבינו ממיץ ע"כ:

נפקא מינה לנ"ד דהוא למגדר מילתא וגם דאיכא רוב בנין פשוט הדבר דהסכמתם חזקה כראי מוצק. ודרך אגב ראה תראה להרב מגן גבורים יו"ד סי' י"ב דכ"ה ע"א ובדכ"ו ע"א כתב דהריב"ש הוא מכת הסוברים דאזלינן אחר הרוב כמו שהכריח מדבריו יעו"ש באורך ובדכ"ו ע"א וב' הביא תשו' להריב"ש דכתב היפך זה ויצא לחלק בין היכא דדוקא בדבר שהוא דלא כפי הדין הוא שכתב שאין הולכים אחר הרוב יעוש"ב. וגם בזה תי' תשו' הרשב"א שבמיוחסות סי' ר"פ לתשו' שהביא מהרשד"ם סי' קי"ז לתשו' הנדפסות סי' תשס"ט ותשפ"א יעו"ש בדבריו. והר' מ"ץ ח"א סי' ע"ח דק"ס ע"ד הביא משם המשא מלך שדעת הרי"ף כן יעו"ש מירא דכיא להמט"ש בסוף ח"ג סי' ל' דנ"ד ע"ג וז"ל גם בח"א סי' ד' גבי ב"ה שרצו לעשות גאבילה על העוף העלה הרב ז"ל דאף למ"ד דהרוב מצו לכוף את המיעוט ה"ד במקום דאיכא תיקון העיר שלא יתיקרו השערים וכו' אבל להסכים בדבר הרשות לקחת ממון אחרים שאינם מחוייבים מן הדין הוי כמתנים על הגזל ואין תקנתם קיימת בלתי דעת כולם וכ"ש היכא דרוצים להקל מעליהם ולהעמיס על הפטורים ודומה לזה יצא לדון הר' מגן גבורים ז"ל סי' י"ב יעו"ש ע"כ. ונ"ד הוא לתיקון העיר שהוא מכת הספרדים שהם נדונים בעיר וכמש"ל:

והרא"ם סי' נ"ז דכ"ד ע"ד ודכ"ה ע"א אית ליה דהרוב יכול לכוף את המיעוט. ובס' משא מלך מדמ"א ע"ג שלא הכריע כנז"ל מהרמב"ם אית ליה שהרוב יכול לכוף את המיעוט. ועיין בפ"מ ח"א ס"ד ד"ט ע"ד שהוא הכריע מדברי הריב"ש שהרמב"ם אית ליה דהרוב וכו' והרא"ם ס"ל דהיכא דאית ר"ל ופ"ל אין הרוב וכו' ע"ש באר היטב והרשד"ם יו"ד סי' קי"ז ד"ע ע"ג וד' שם הרחיב הדברים ומהרלנ"ח ח"ב סי' נ"ז דע"ג כ' וז"ל ואפי' שיהיו בקהל קצת אנשים שלא היו בהסכמה וירצה האומר לו' שאין המעט ההוא חייבים בקיומו מה שאינו לפי הדין וכמו שנבאר לקמן מ"מ אפי' לדבריו המסכימים בה אי

אפשר להם לעבור עליו וההסכמה קיימת ע"כ. ובמ"ז בשיירי יו"ד סי' רכ"ח בהגהב"י אות רמ"ח יעו"ש בתו"ד שהביא תשו' מהריב"ל בח"ג סי' י"ד שאפי' רוב כופין למיעוט הקהלות באנשים ממקומות חלוקים כגון רומנייא ואשכנז וספרד אין הרוב וכו' ועיין ת"י סי' ק"ע ועיין בנמוקי הראנ"ח כ"י ובתשובותי סי' כ"ב עכ"ל והפני אהרן ח"מ סי' י"ח דנ"ה ע"א דברי המגיה שכתב דתפסו כל האחרונים דהרוב וכו' והמ"ץ סי' ל"ו דמ"ב ע"ב הביא משם הרשב"א שהובא בהרשד"ם יו"ד סי' קי"ז וז"ל משמע בפי' שאפי' לדעת הרשב"א לא לכל מילי שהרוב יכול לכוף את המיעוט אלא בדבר שהוא לתקנת הציבור הא לא"ה לא:

ונ"ד הויא ההסכמה לתקנת הציבור ק"ק הספרדים ואינם אחראים לתקנת ק"ק האשכנזים כיון שהם כשני עירות ומכ"ש דגם לק"ק האשכנזים ליכא פסידא כ"א לשוחטים ליכא אלא מניעת הריוח דלא תהיה פסידא כנז"ל ובפרט אחר שהעלינו במ"א שמרן דאית ליה שהרוב כ"ל אפי' במקום דאיכא ר"ל ופ"ל ואנחנו קבלנו הוראותיו ומינה לא תזוע:

אשר מדברי הרשד"ם הנז' שכתב שהרשב"א לאו לכל מילי וכו' מזה נוכל לתרץ תשו' הרשב"א הנז' ומובן הדברים ואין צורך להרחיבם. וכתב הרמ"א בח"מ סי' י"ח ס"א וז"ל קהל שבירורו ד' או ה' בוררים אין הולכים אחר הרוב שאין רוב אלא בב"ד והוא מתשו' הרשב"א שהביאה מרן הב"י סוס"י י"ג וכתב על די"ז שפשוט הוא דאין הולכים אחר הרוב אלא בב"ד והסמ"ע פי' שהכונה כדאי' בע"ז דע"ב ע"א ועיין בח"ס ח"מ סי' ס"א דכ"ו ע"ג מ"ש שם:

והרשד"ם סי' קי"ז הביא שדעת הר"י טוב עלם דאין הרוב כופה את המיעוט וכ"כ מהר"ם אלשיך והחק"ל ח"ב יו"ד סי' מ"ט דפ"ה ע"ד הקשה עליהם מדברי הסמ"ג לאוין רל"ח שכתב בשם הר"י טוב עלם דנשבע שלא ליכנס בתקנת הקהל הוי שבועתו שבו' שוא וא"כ ע"כ שדעתו כהסוברים שהרוב כופה את המיעוט דאל"ה בידו לקיים. וגם הביא משם מהראנ"ח ח"ב סי' ע"א שכתב כהסוברים דהוי שבועתו שבו' שוא ע"כ דס"ל דהרוב כופה את המיעוט עש"ב. ועיין בש"ך ס"ק צ' ופתחי תשו' אות כ"ז הביא תשו' הרדב"ז ח"ב סי' תשמ"ד שכתב דאם הכריע עליו צריך לנהוג עמו כל דיני מוחרם דטעם המנהג הוא כדי שלא יכשלו רבים בלי ידיעה ואחר ההכרזה נסתלק טעם זה וכ"כ המחבר להדייא לקמן סי' של"ד ס' כ"ב ע"כ:

והנה הרב חוות יאיר סי' פ"א כתב דלתקן תקנות דלא שייכי בד"ת כלל כגון הנהגת בע"ב ונשותיהם ומנהגי הסעודות הנהוגים ומה שהוא גדר וסייג לתו' ומצוה לא יוכל

יחיד או יחידים לעכב כלל לסירוב הציבור או אותם שנתמנו עפ"י רוב הציבור תקנו איזה דבר וכו' יעוש"ב וע' לה' ברכות המים יו"ד סי' שע"ו דפ"ה ע"ד מה שהאריך בכונת דברי הריטב"א המובאים בס' אורין תליתאי על מה שכתב בש"ס ע"ז דל"ו ושמן וכו' וז"ל וכן היה מורי אומר דכל תקנה שרוב הציבור והוא החשוב בחכמה ובמנין ובתבונה הסכימו בה אעפ"י שהמיעוט עומדים וצווחים הרי הם חייבים במה שהסכימו הרוב ובלבד שיהא נראה לרוב ההוא דיש בגזרה ההיא תקנה לציבור מתקנים כן על הכל בשוה יעו"ש:

תקח לך ממנה לנ"ד דכולהו איתנהו ביה ועוד בה דהיא למגדר מילתא ולאפרושי מאיסורא וכמש"ל ובהא כ"ע מודים דהרוב כופה את המיעוט ולעיל ס"א משם תשו' מוצאת וקב"ץ משם מלא קובנ"ו מאת אדון כל הארץ הוא מרן הש"ע דאית ליה דהרוב כופה למיעוט אפי' היכא דאיכא ר"ל ופ"ל קחנו ובואה לנ"ד הכא במכ"ש דליכא ר"ל ופ"ל אלא רווחא לכולהו לק"ק ספרדים וגם לק"ק אשכנזים זולתי לשוחטים אשכנזים לבד ולבעבור יחידים ההם נאמר לבטל ההסכמה משום פסידא דידהו וכמו שהארכתי שיח במ"א:

וכל הוספה מכרח"ת לנ"ד דאפי' הסוברים דאין הרוב כיפה למיעוט הכא ענו כולם ואמרו דהרוב כופין את המיעוט כיון דאיכא הכרזה ושתיקה וגם עשו מעשה רב כמה וכמה חו' שלא לאכול משחיטת האשכנזים והו"ל הסכימו כולם כאחד כמ"ש בתשובות הרא"ם סי' נ"ג דמ"ד ע"ב וג' כ' בשם ראבי"ה שאם מוחה אחד מבני העיר בדבר שראשי הקהל רוצים לעשות אם רוב הקהל מסכימים עם הראשים חלה הגזרה והתקנה משמים ואם לא הסכימו בה הרוב ומיחו איך הראשים עשו יכולים למחות בידם שנא' במארה וכו' יעו"ש ובנ"ד בשעה שהוכרזה לא מיחו וזה שדקדק בדבריו לא הסכימו בה הרוב ומיחו הא אם לא מיחו ושתקו חלה הגזרה והתקנה עליהם. והתורת חסד סי' כ"ד כתב כל שהוכרזה ההסכמה אעפ"י שלא נחתמה נתקימה שהעיקר תלוי בהכרזה יעו"ש. ועי' להמט"ש ח"ג סי' רל"א בהגהט"ו אות ע"ד שהביא משם מהר"א נחום בתשו' כ"י שכתב דלא סגי בהכרזת ההסכמה לבד שטועין דלת העם שהיא עפ"י התורה ושתיקה כהאי לאו כהודאה דמיא אלא צריך לקרותה ולהודיע להם שגם בזה צורך שעה וכו' וישראל קדושים הם וכו' ע"ש. כי עפ"י הדברים האלה בנ"ד שמגילה נקראת בשעת ההכרזה בטעמא שהיא לצורך השעה ולאפרושי מאיסורא ושמע ושתק גם הרב אזיל ומודה דשתיקה כזו הויא הודאה ומה גס שהמע"ש כתב שם מיהו הרשב"א בח"ג סי' תי"א כתב דשתיקה כהודאה:

והרמ"ז בח"מ הגהט"ו סי' רל"א אות ס' מה שציין שם להריב"ל ח"ג סי' ע"ח וסי' ק"א ק"ב מהר"מ מטראני ח"ג סי' ט"ל הרשד"ם יו"ד סי' צ"ו מ"ץ סי' צ"ו ושם אוס"ה כ' וז"ל הסכמת החכמים אינה צריכה הכרזה ואם היא מילתא דאיכא ר"ל ופ"ל צריכה הכרזה ואפי' במילתא דאי' ר"ל ופ"ל כל שנמצאת חתומה מיד החכמים בחזקת שהכריזוה וקיימוה ואלמוה מוהריב"ל ח"א סי' ס"א וס"ג וסי' ק"ב ע"כ. ולענ"ד לס' הפוסקים דטעם ההכרזה הוא בכדי שידעו כל העם טעם הדבר צריך גם להסכמת החכמים הכרזה ואפי' דליכא ר"ל ופ"ל לפרש להם טעם הדבר ובנ"ד כן נעשה הדבר:

הבט נא וראה להב"י עייאש בח"מ ס"א דס"ז ע"א ז"ל ומ"מ אף לדברינו ההודעה לבני העיר סגי ולא בעי עד שיסכימו בפירוש אלא אם שמעו ושתקו סגי בשתיקה ולאפוקי אם מיחו בהדיא דאז יכולים הם לעכב וכמ"ש המבי"ט גופיה בסי' ב' ובדנ"ו ע"ג כתב ז"ל וא"כ הדבר מבואר ותקנו תקנה והכריזו הדבר בבהכ"נ וכולם שמעו ושתקו ולא נמצא מוחה בהם ודאי שהיא תקנה שרירא וקיימת אפי' אם יש איש שלא נמצא ולא היה בשעת התקנה על כרחו נגרר אחר רובא דרובא ואין בדבריו כלום וכו' יעו"ש. וכ"ש בנ"ד שהיתה ההכרזה בפירסום גדול וכו' עכ"ל והיינו ממש כנ"ד והח"ס חיו"ד ס"ה ד"ב ע"ג שכתב לפרש דברי ראבי"ה ז"ל שוב כתב הראבי"ה ז"ל דל"ב הסכמת הרוב אלא זט"ה במעמד אנשי העיר שידעו ולא מיחו וכ"כ כל הפוס' ואזי המיעוט אפי' מיחו בהדיא לא מהני ויען בהוריות ד"ג ע"ב משמע קצת נגד זה ע"כ נזהר מזה דשם בס"ד דש"ס הוה ס"ד דב"ד בהוראה בעי דוקא כולו ולא רובו ולה"פ יהיו הרוב מסכימים להדיא והמיעוט מרכינים בראשם לפסק הטעות ההוא ואז מביאין פר בהוראה אבל שתיקת המיעוט לא מהני אלא לכה"פ ירכין ראשו ומסיק הש"ס דזה אינו מדקי"ל במארה אתם נארים הגוי כולו וקי"ל רובו ככולו ומשמע למסקנא נחתינן דרגא דרוב מרכין בראשם והמיעוט שותקים לאפוקי אומרים בהדיא טועים אתם ע"ש וא"כ י"ל ה"נ זט"ה במעא"ה הייני הרכנת ראשם ומיעוט לא ימחו בהדיא עכ"פ וע"ז כתב ראבי"ה דליתא דוקא לענין הוראה בטעות דינא הכי שהיחיד לא ימחו להדיא ולומר טועים אתם אבל לענין במארה וכו' רובי ככולו בשתיקה והמיעוט אפי' מוחים להדיא חל עליהם התקנה זהו שיטת ראבי"ה וביאור דבריו עכ"ל. ובח"מ סי' קי"ז דמ"ו ע"ג כ' וז"ל וכל דבריהם בענ"ז הו"ל כזט"ה במעמד כל אנשי העיר שהרי מעמד כל אנשי העיר היינו ששמעו ולא מיחו בם והרי הג' לא מיחו בם כ"א המערערים הנ"ל אבל כל ב"ה רובם מרוצים בזה יעו"ש ועדיפא מינה לנ"ד שבשעת ההכרזה לא היה שום פוצה פה ומצפצף:

והחק"ל יו"ד ח"ב סי' מ"ט דפ"ג ע"ב כ' וז"ל ומלבד כל זה לכי יהבינן כל דיליה ונמצא המינוי שהיה צריך גם לדעת פורעי המס ונמצא שלא נמנה בדעת כל הצריכים שיסכימו לאותו מינוי הרי כיון שנמנו וסברו וקבלו המינוי כל פורעי המס שבאו לבררו כולם בתחילת המינוי נמצא שכבר הסכימו כולם במה שעשו הזט"ה ונמנה בעצתם חשיב כמ"ש הרשד"ם חיו"ד סי' ע"ח דאם תקנו דבר ולא נמצאו שם קצת מן הברורים ואח"כ כשבאו הסכימו למעשיהם מהני כאילו נמצאו שם ע"כ:

תוכו רצוף לנ"ד כיון שכולם רצו ברצון גמור לאכול משחיטת הספרדים ומנעו עצמם מלאכול משחיטת האשכנזים הא ודאי שגילו דעתם שכבר הסכימו כולם במה שעשו הט"ה שמינו שוחטי ספרדים ומנעו מלאכול משחיטת האשכנזים הו"ל כאילו נמנו שוחטי הספרדים בעצתם. ומהרי"ק בשרש א' ובשרש קפ"ב הובא במשפטי שמואל סי' צ"ט דק"ג ע"א כ' וז"ל תשו' לעד"נ דבר פשוט שאינך חייב ותמה אני במקום קדוש ההוא ואנשי קדש כמותם איך יחייבו אותך לפרוע אם לא שיש שם תקנה כללית בין הקהלות על ככה ואע"ג דמהרי"ק ז"ל כתב בשרש א' ובשרש קפ"ב דבדבר דאיכא ר"ל ופ"ל אין כח אפילו ביד גדולי הדור לתקן ולהפקיע אם לא מדעת הכל ואתה לא היית ולא נמצאת לשם מ"מ אפ"ה אם ידעת בהסכמה ההיא בבואך שמה ושתקת ולא מחית הרי קבלת עליך הסכמותיהם אם כי יש לשאת ולתת בזה מ"מ יהבינן לרבים זכות זה כי כן ראוי לעשות מפני תקנת הרבים שכן מצינו שחששו חז"ל להיזק רבים ויהבינן ויתורים רבים וכן תמצא כתוב במרדכי פ' לא יחפור ובפסק מהרי"ק ז"ל דוק ותשכח:

ובנ"ד כבר הוכחנו לעיל דהוי מדעת הכל כיון דהוכרזה ושמעו ושתקו כולם ועיין שם בסי' ק"א דק"ה ע"ג שכתב ז"ל כי רוב הפוס' כבר פסקו שבכל ענין התקנות המיעוט נגרר אתר הרוב ואע"ג דמהרי"ק פסק מ"מ מילתא דידן הויא רווחא להאי ולהאי ומגדר מילתא קצת וראוי לדון בה שהמיעוט נגרר אחר הרוב ע"כ ובנ"ד הוא במכ"ש:

ובמכ"ש לה' מע"ש ח"ג סי' רל"א בהגהט"ו ז"ל הסכמת החכמים אינה צריכה הכרזה ואם היא מאותם דאיכא ר"ל ופ"ל צריכה הכרזה מהריב"ל ח"ב סי' ס"א וח"ג סי' ק"ג. וטעם ההכרזה נראה מדברי הפוס' דע"י ההכרזה איכא הוכחה שקבלוה כולם מדלא מיחו בה ועי' הרשד"ם יו"ד סי' צ"ז תורת חסד סי' כ"ד ומה דנר' מקצת דברי הפוס' דכל דהוכרזה חלה ההסכמה ולא מטעם דלא מיחו בה היינו היכא דליכא טעמא דר"ל ופ"ל דמצוה למחות אלא היכא דהוי מידי דמגדר מילתא דהרוב יכול לכוף את המיעוט דאף אם מיחה בעל במיעוטו כה"ג צריך נמי הכרזה כדי שידעו ולא מצו אח"כ לטעון שלא ידעו מההסכמה עכ"ל:

אשר עפי"ד יצא לנו כמה פרטים לנ"ד ראשונה דלי' ר"ל ופ"ל אלא ההסכמה היא רווחא להאי ולהאי לק"ק הספרדים שהם תיקנוה לטובתם וגם איכא בה למגדר מילתא והכריזו ולא מיחו בה איכא הוכחה שקבלוה כולם ונ"מ אפי' לל"ב דר"ת דבעי' מדעת כולם הא איכא וכמ"ש בהרשב"א ח"ג סי' תי"א דשתיקה כהודאה וז"ל שם ומה ששאלתם אם הסכימו והחרימו סתם והיו שם אנשים ושתקו אם השתיקה כהודאה אם לאו זה באמת יראה בעיני דבר פשוט כיון שהם מחרימים סתם במעמדם ויש שותק אפי' היה מיעוטו של קהל כל העומדים שם חייבים לנהוג כן כל שלא מיחה ושלא הוציא עצמו מכללם ואיני רואה בזה הפרש בין ד"מ ובין לדבר הרשות וכו' ע"ש. הרי לך בהדיא שכל דבר הנעשה בפרהסיא ב זין מוחה אפי' היו המיעוט מעשיהם קיימים. ועי' להפ"מ ח"ג ס"ב ומשם תקח לך השייך לנ"ד:

אתאן לנ"ד שההסכמה נעשית בראשי הקהל והוכרזה ביום שב"ק בבכ"נ ובב"מ ואין פוצה פה ומצפצף וכ"ש שכן כתוב בהסכמה מפורש יוצא שכל העובר עליה עבריינא יתקרי. הא ודאי כי העובר עליה עבריינא יתקרי ועי' בס' ברכות המים על ש"ע יו"ד סי' שט"ו דפ"ד ע"א וב' מה שרצה לדקדק מדברי ר"ת מדלא ביאר בט"ה שהוברר אלא בט"ה לחוד עי"ש בדבריו:

ולא תעזוב נפשי לשאול בנ"ד שאין זט"ה ברורים בעיר מאת הקהל א"כ שתיקתם לא הוייא הודאה וכמ"ש החק"ל חו"מ ח"א סי' קט"ו דקע"ב ע"א וכן דעת הרב המבי"ט שם וז"ל החק"ל לכ"ן בכונת דבריו דכי נמי הוברר זט"ה מאת הקהל וכו' בעינן שיהיה הסכמתם במעמד אנשי העיר ואם מיחו הרוב וכו' וכשנעשה הענין במעמד אנשי העיר ושתקו חשיב כהסכימו הרוב בכך עם הזט"ה וע"כ יש כח בידם לכוף את המיעוט מה שאין כן אם לא הוברר מאת הקהל וכו' אף אם שתקו אין כח בידם לכוף את המיעוט דשתיקת הרבים י"ל דאינה כהודאה אלא דלא חשו להם כיון שלא נברר לט"ה מאת הקהל וכו':

נצור לשונך דלא דמי נ"ד דאפי' דלא נברר מאת הקהל כיון דשמעו ושתקו ועשו מעשה שלא לאכול משחיטת האשכנזים הו"ל הסכימו כולם ע"י מעשה לא השתיקה בלחוד ועוד כ"ש כי כל מעשה המדינה נעשה על פיהם וכמש"ל. וגם אני אהרן יש לי לדקדק מדברי הרשב"א במיוחסות סי' ר"פ שכתב כיון שרוב הציבור נסכמים ולא קאמר מסכימים כדרך הלשון אם לא שנאמר דבא לרמוז דאפי' דלא הסכימו בדיבור פה אלא אפי' בשתיקה. והפרי הארץ ח"מ ח"ב ס"י דקכ"ט ע"א הביא דברי מהריב"ל ואם אמור יאמר האומר דנהי דאינם יכולים לכוף אנשי המעמד את בני הקהל וכו' ויש בידם

למחות היינו אם לא היו בשעת הכרזת ההסכמה אבל אם היו בשעת הכרזת ההסכמה שתיקה כהודאה דמיא והו"ל כאילו קיבלוה בפירוש לא היא. וכ"ן מתשו' הרשב"א וכו' דלא אמרינן דשתיקה כהודאה דמייא ואם לחשך אדם וכו' דלכאורה דבריו נראין היפך מתשו' הרשב"א וכו' אף אתה אמור לו מי שלבו נוקפו אומר כן ולא חש לקמחיה וכו' עכ"ז נ"ל דגם מפאת זה אין בטענתם ממש וכו':

ואבא היום לנ"ד דעדיפא מינה שעשו מעשה רב שלא לאכול משחיטת אשכנזים פשוט הדבר דכ"ע מודו דהוי כהסכמת כולם ואינם יכולים לחזור בהם ע"י המעשה אשר עשו ועוד דהו"ל כענו אמן דהאי טעמא שם דהוייא שבי' דבעינן לומר אמן וכו' יעוש"ב. הנה כי כן בנ"ד דליכא שבועה כו"ע מודו דשתיקה כהודאה ועיין תשו' הרשב"א הכתיבה לעיל שהיא בח"ג סי' תי"א דאית ליה דכיון דשתקו נתחייבו בכל. וה' נודע ביאודה יו"ד סי' ס"ה דע"א ע"ג כ' וז"ל ולכן נלע"ד דהראב"ד ס"ל כיון שכל הקהל עומדים ושומעים אמרינן שתיקה כהודאה והרמב"ן ס"ל דכאן לא שייך שתיקה כהודאה וכו' וסובר הרמב"ן שכל זה בשבועה ונדר איתקש לשבועה דכתיב כי ידור נדר או השבע שבועה אבל חרם לא איתקש לשבועה וסגי בקבלה בלבו וכו' יעו"ש:

וכן בקדש חזיתי להר' יכין ובעז ח"א סי' קכ"א בסופו שכתב וז"ל וכ"ש וכו' ואילו לא היו וכו' לא היה שותק שכל מעשה אשר יעשה בפני חכם ושתק בודאי שהסכים בדבר דשתיקה בענין זה כהודאה כמ"ש המפרשים בפ"ק דב"ק. ועי' בפרי הארץ ח"ב ס"י דקכ"ח ע"ד בפסקא המתחלת ואשיבה וכו' ז"ל ואפי' ששתקו היחידים זה כמה ימים והנהיגו מנהג זה יש לאל ידם לערער בדבר צא ולמד ממ"ש הר"מ בתשו' שאלה ז"ל כל מי שהיה עומד בבהכ"נ בשעת החרם וענה אמן נתחייב בשבועה ומי שלא ענה פטור מכלום ואינו צריך לסתום אזניו ולא לעצום עיניו אעפ"י שהוא עומד בצד המחרים אפי' היה אוחז ס"ת בשעת החרם ע"כ. ואפ"ה בדקכ"ט ע"א כתב וז"ל עכ"ז נ"ל דגם מפאת זה אין בטענתם ממש וכו' חדא דלא אמרה הר"מ אלא דוקא בהסכמה ע"ד הרשות מאחר דאין יכולת בידם לגזור עליהם גזרה זו וכו' ומבואר בדברי מהריב"ל ח"א סי' מ"ח למתבונן בדבריו שם בהא ודאי כ"ע מודו דשתיקה כהודאה דמייא ואין כח בידם לערער על מנהגם שנהגו זה כמה ימים וכו' עד ואין צורך להאריך עכ"ל:

שוב אשוב אליך למ"ש הרמ"ז בתשו' ח"מ ח"א סי' י"ב וז"ל עוד טענו הממונים שאפי' נודה שאין שם מנהג ולא גילה דעתו לו' להם עשו מה שתרצו מ"מ מסתמא כיון שעבר כ"ד שעות ולא ערער הסכים למעשיהם ומביאים ראיה ממ"ש הרשד"ם בסי' הנז' אין יכול לערער וכו' ובודאי דעת הרב שאם שתק ולבסוף צווח אין שומעים לו שאם הכונה

שהסכים למעשיהם בפי' פשיטא וא"כ בודאי כשאמר הרב ז"ל והסכים למעשיהם הכונה לומר ששתק ולבסוף צווח וכבר מצינו שתיקה כהודאה בענין בן המצר כמ"ש הרשב"א בתשו' הביאה הרב ב"י ח"מ סי' קס"ה גם לענין קדושין מצינו דאם אמר ע"מ שירצה אבא ושמע ושתק חלו הקידושין אעפ"י שיאמר אח"כ איני רוצה לדעת הרבה פוס' המפורסמים. ואם יטעון הטוען מנלן דהכא שמע ושתק זו אינה צריכה לפנים דודאי מינוי הממונים נעשה בפומבי ומה גם מינוי זה שהיה שם מחלוקת ואי אפשר דבתוך כ"ד שעות לא שמע מזה כלום וכדרך שכתב הרשב"א בתשו' הנז' לענין בן המצר איברא שלשון הרב והראיה שהביא אינו מוכיח כן ועיין בדרכי נועם ח"מ סי' ל"ח דרכ"ד ע"ב וז"ל וכל זה הוא כשאינו מגיע היזק לב"ה מצד זה שאינו רוצה להיות כפוף להסכמתם דבהכי הוי פלו' דרבוותא קמאי ובתראי אבל אי מטי פסידא לרוב ב"ה מצד מניעתו להסכים עמהם הדבר ברור לענ"ד דנקרא מזיק בידים לאחריני ולאו כל כמיניה להזיק וכן הוא בנ"ד שבביטולה מגיע נזק לבני העיר שהם ק"ק הספרדים דהוו כבני עיר אחת וכמש"ל וגם דאיכא בה מגדר מילתא ואפרושי מאיסורא שהוא פסידא דלא הדרא:

ראיתי ונתון אל לבי דבנ"ד אין לך מזיק בידים כמי שרוצה בעל ההסכמה הזאת דאיכא בה מגדר מילתא ואפרושי מאיסורא שהוא פסידא דלא הדרא. וממנה נקח גם לביטול ההסכמה. ושוב ראה תראה להבי"ע ח"מ ס"א דס"ח ע"א וב' מ"ש בזה ע"כ ולפי מש"ל דטעם ההכרזה דע"י נראה שקיבלוה כולם יעו"ש נפקא לן לנ"ד דאין לנו א"ת הרי ע"י ההכרזה הסכימו כולם:

ולקחתם גם את זה דהגם דנימא דהרוב כופי"ל יש לנו לדעת אם רוב זה צריך להיות מתו"כ או נימא דל"ב מתו"כ:

תכתב זאת ועוד אחרת בנ"ד דל"ב רוב מתוך כל מפני כמה סיבות את האחת כיון דהוכרזה ונעשית בפירסום גדול הו"ל ככולם הסכימו בדבר וכמ"ש אצלי במ"א באורך ועוד דאפי' תאמר דבעינן רוב מתו"ך לפחות הזע"ה והנה לא באי. לזאת אשיב כמש"ל משם הרשד"ם דאפי' לא באו אם אמרו להם עשו מה שתרצו הו"ל כאילו באו וגם מה שדקדקתי שם שגם הרשב"א ס' כן וגם כי פה עי"ק אין לנו זע"ה הממונים לומר דבעינן במעמד ט"ה וכ"ש כי פה כל ט"ה אשר כל הנהגת העיר נעשית על ידיהם וגם הועד שם נמצאו ושם היו גם מי שלא בא באומרו עשו כל מה שתרצו. עוד נ"ל לת' לסתירת התשו' הנז"ל עפ"י תשו' הרשב"א אשר הובאה בס' משפטי שמואל סי' צ"ב דצ"ג ע"ג וז"ל אחר החיפוש מצאתי תשו' להרשב"א ז"ל מבארת שהסכמת הרוב צריך שתהיה במעמד כולם אחר שישאו ויתנו בדבר ויסכימו רובם מתוך כולם וז"ל תשו' הרשב"א

ז"ל. שאלה ראובן ושמעון היו מתעצמים בדין ובירורו להם עשרה אנשים לראות בדינם ונשבעו שניהם לקיים כל מה שיגזרו עליהם אותם העשרה ואם לא יסכימו לדעת אחד שילכו אחר הרוב בדין תו' ובין כך ובין כך נסתלק אחד מהם תשובה דבר ברור הוא זה שאילו היו עשרה הנבררים לדין אם נסתלק האחד נתפרדה החבילה ולא עוד אלא אפי' אמר איני יודע אינם יכולין לדון ולגמור הדין עפ"י התשעה הנותרים שאין הולכים אחר הרוב אלא כשרבו המזכין על המחייבין או המחייבין על המזכין מתוך משא ומתן של כולם אבל לא כשהמיעוט איננו שאילו היה שם אותו האחד שמא היה מראה פנים להיפך כל מה שהסכימו הרוב ויודו בכך וכו' עד ודברים אלו פשוטים לענין הדין וה"ה לענין הפשרה דמאי שנא ואין רוב בכל מקום אלא רוב הבא מתוך הכלל או מתוך מו"מ אבל רוב הנפרד מן הכלל ודנין או שמין או בוצעים לעצמן שלא מתוך מו"מ עם הכלל או שלא במעמדם לא עשה ולא כלום וכבר דנתי כן במקומנו עכ"ל. ומה שהכריח הרלב"ח סי' קל"ט מדברי הרשב"א דבעינן רוב מתוך כל יעו"ש באורך. מדוע לא זכר שר את תשו' הרשב"א ח"ג סי' תי"א שכתוב בה בין היו המיעוט במעמדם ובין לא היו במעמדם אשר מזה מוכח דלא בעינן רוב מתו"כ ומוכרחים אנו לחלק בין המיעוט של הנבררים למיעוט של הקהל וכמו שמצינו להחק"ל ח"מ ח"א סי' קע"ו דקע"ד ע"א וב' וג' ושם הביא לנו תשו' הרשד"ם ח"מ סי' ת"ו שהכריע כדעת הרשב"א והרא"ש ולגבי ע"ה שמינו עליהם הציבור וכו' בעינן שיהיו כל ט"ה במעמד כדי שיהיה רובו מתו"כ אבל ציבור לעצמם שהסכימו בדבר ל"ב רובו מתו"כ וכל שהסכימו הרוב בדבר אף שלא היו כל ב"ה במעמד אחד סגי וכן הכריע המשא מלך דמ"ד ומ"ה ע"ש והנה שם ראיתי וכו' יעו"ש בדבריו וע"ש בחק"ל דקמ"ז ע"א ועי' במרן הרמ"ז בתשו' ח"מ ח"א סי' י"ג ד"י ע"א וב' מ"ש בענין רוב מתו"כ יעוש"ב. גם בשיירי יו"ד סי' רכ"ח בהגהב"י אות רי"ד והמ"ץ ח"א סי' מ"ח דקס"א ע"א ע"ש ומפשט דברי מרן סעיף ל"א הכתו' לעיל נראה דל"ב מתו"כ ע"כ. והגם כי מצאנו ראינו למרן הב"י ס"ס י"ג שהביא משם תשו' הרשב"א וז"ל ואין רוב בכ"מ אלא רוב הבא מתוך הכלל ומתוך מו"מ עם הכלל הלא"ה לא עשה כלום ע"כ וכ"כ בש"ע שם ס"ז אין משם ראיה היפך ממ"ש דשם טעם הדבר הוא משום שנתבררו שם עשרה וכמש"ל לת' תשו' הרשב"א אהדדי ולשון הרשב"א ומרן שכתבו שאין רוב בכ"מ וכו' הכונה דכ"מ דאי' נבררים וכגון כה"ג דאי לת"ה נמצאו דברי הרשב"א סתראי נינהו וכנז"ל ועי' למ"ש מור"ם בהגה"ה סי' י"ח ס"א ובין תבין את כל האמור:

והנה בעתה בנ"ד אפי' דנימא דבעי' רוב מחו"ך מה שאינו וכמו שכתבנו מ"מ כיון שהוכרזה ולא נמצא שום מוחה הו"ל כהסכימו כולם ועדיף מרוב מתו"ך דטעם דבעינן

רוב מתו"ך הוא משום אפשר דהאחד יאמר איזה טעם נכון ויודו לדבריו ויחזרו בהם לא כן בנ"ד דאין פוצה פה ועי' להרשד"ם חיו"ד סי' פ"ה דמ"ח ע"ב וג'. אחרי כותבי בא לידי ס' ב"י עייאש בדיני המנהגים או' ד' דקי"ח ע"ד בענין דיני אומדנות אחת וז"ל ואע"ג דבעי' רובו מתו"ך וכו' מ"מ זיל בתר טעמא ובי' אבל אם כבר נשמע טעמם והוא טעם פגום דינן הוא והיה כלא היה ועי' הרשב"ץ ח"א סי' צ"ח הר"א ששון סי' ס"ט הרשד"ם בסוף ח"א רלב"ח סי' קל"ט עכ"ל. ומכ"ש בנ"ד שכולם חתמו ולא ענו בודאי שהסכימו בדבר ואינם יכולים לחזור בהם אלא עד שיסכימו רוב מתו"ך ומלבד מ"ש דאפי' יסכימו כולם אינם יכולים לבטל כמבואר לעיל והמ"ץ סי' ל"ג דע"ב ע"ג כתב וז"ל ועל מה שטועים במלתא דאי' ר"ל ופ"ל אי מצו הרוב לכוף את המיעוט או לא בזה הדבר כמה דיות נשתפכו וכו' אכן בנ"ד כ"ע מודו דאפי' היה רוב מתי"ך לא היו יכולים לכוף את המיעוט אחר שאינה תקנת הצבור הדבר הזה כמש"ל משם הרשד"ם יעו"ש. נאמר כן בנ"ד שהוא תקנת הציבור למגדר מילתא ולאפרושי מאיסורא וכמ"ש כ"ע מודו אפי' שלא יהיה רוב מתו"ך יכולים הרוב לכוף את המיעוט ועי' עוד בפרי הארץ ח"ב סי' יו"ד דק"ל ע"ד ובפ"מ ח"א ס"ד ד"י ע"א וב' ובע"ד כ' וז"ל כך ע"כ אית לן לחלק דע"כ לא אמרו האומרים דתקנת הרוב קיימת אצל המיעוט אפי' במקום דאיכא פסידא לאחריני אלא דוקא במקום תיקון העיר כגון ההיא דלהתנות וכו' דאף דלדבר הרשות הוי מ"מ הוא תיקון העיר ע"ש. וקל וחומר בנ"ד שהוא תיקון העיר לדבר מצוה ובפרט לק"ק הספרדים שדינם כעיר אחת וכמש"ל שכן דעת מרן ועי' להראנ"ח ח"ב סי' כ"ב דפ"א ע"א וב' עיש"ב. ועי' להרב קהלת יעקב אלנאזי בלשון ב"א אות תש"י ותשי"ג קחנו משם מה ששייך לנ"ד והביאנו אליך ע"ש ואח"כ כתב וא"כ כיון שאנו רואין שהענין אשר נתנועעו לתקן זאת ההסכמה הב' הוא בעבור שראו קצת מן היחידים שהיו מתביישים: **ואני** אביא מ"ש הרב דרכי תשובה הנד"מ על יו"ד סי' א' ס"ק כ"ח וז"ל שם עיין בשו"ת טוטו"ד תליתאי סי' ל"ד מ"ש בענין אם לא נעשה התקנה בהסכמת כל הקהל רק עפ"י הסכמת זט"ה והרבה יחידים מהעיר צועקים שמכירים שהתקנה לא נעשית לטובת העיר רק לקנטר וגם אם שייך בזה"ז זט"ה ע"ש ועיין בקונטריס התשובות שבסוף ס' קרית ארבע הספרדי שם דקפ"ד ע"ב מ"ש בזה באריכות ועי' בס' משפט שלום על ח"מ סי' רל"א בקונטריס תיקון עולם אות כ"ט וכו' פשוט הוא דתליא בדעת רוב העיר ככל התקנות שבעולם אך לפי מ"ש בתשו' מהרשד"ם חיו"ד סי' רכ"ז נראה דתליא ברוב דעת הלומדים ויראי ה' שבעיר וכו' ועיין עוד במשפט שלום שם לעיל אות ה' ואות ו' שהביא תשובות גדולי המחברים דלא מהני תקנת הקהל בענין כזה אלא אם היה באסיפת כל העיר ביחד

והסכימו ריבם לדעת אחת אבל אם לא היה המיעוט עם הרוב ביחד בודאי לא מהני דעת הרוב וכ"כ בתשו' מהרש"ך ח"ב סי' ק"ט להדיא דבתקנות הקהל כל שאינם נקבצים כולם במעמד אחד אלא שהשמש הולך לכל אחד בפ"ע אין הרוב מועיל נגד המיעוט ע"ש וכתב שם דלפי"ז צ"ע על כל תקנות העיר שאינם מתאספים כל העיר למקום אחד רק הולכים אחר חתימות וכדומה דבכי האי גוונא י"ל דאף שמסכימים רובם לא מהני כיון דלא הוי רוב מתו"כ וכתב די"ל עפי"ד הברכ"י בח"מ סי' י"ג דדוקא בממונים בעינן רוב מתו"כ אבל באיניש דעלמא לא מעכב אך כתב דגם לפי"ז צ"ע דהו"ל עכ"פ לדקדק שיהיו כל הממונים מהעיר ביחד וגם עכ"פ היה צריך להיות רוב אנשי העיר ביחד וכו' וא"כ צ"ע ע"כ תקנות העיר שבזמן הזה במה כחם יפה עפ"י דתה"ק כיון שלא נעשה כדין וכתב די"ל עפ"י דעת הש"ך לקמן סי' רכ"ח ס"ק פ"ט דעכשיו נשתנו המנהגים והכל נעשה עפ"י המנהיגים וי"ל דגם בזה נשתנה המנהג ומהני התקנה הנעשית עפ"י הסכמת רוב העיר גם בכהאי גוונא דלא הוי רוב מתו"כ ולא גרע עכ"פ מדברים המותרים ואחרים נהגו בו איסור דאסור להתירם יעוש"ב:

וממנו נקח לנ"ד דתקנתנו זאת אינה לקנטר כ"א לתקן ליראי ה' ולחושבי שמו ולאפרושי מאיסורא וגם שלא נעשית ע"י השמש כ"א ישבו המנהיגים רובם במעמד אחד ויש מהם שלא באו והם אמרו עשו כל מה שתרצו ועט"ר הרמ"ז בכנסיה שלו בח"מ סי' י"ג בהגהב"י אות ט"ל ואות מ"ב ואילך שהביא משם המשא מלך וז"ל כל תיקון שמתקנים הקהל בענין שהוא לצורך אין צריך שיהא רוב מתו"ך אבל אם הוא דבר שאינו למגדר מילתא ויש שם הפסד לשו"א בעינן רוב מתו"ך עכ"ל:

ויהיו דבריו אלה לנ"ד דהוא תקנה לציבור וגם למגדר מילתא ל"ב רוב מתו"ך וכעת ס' משא מלך אין בידי לראות הדברים בשורשן. והרב פ"ת בח"מ סי' רל"א סק"ו האריך הרחיב בפרט הזה וז"ל הנה כי כן מבואר מדברי הב"י לעיל ס"ס י"ג בשם תשו' הרשב"א שכ' שאין הולכים אחר הרוב אלא כשרבו מתוך משא ומתן של כולם וכו' עד ואין רוב בכל מקום אלא רוב הבא מתוך הכלל ומתוך מו"מ עם הכלל הא לאו"ה או שלא במעמדן לא עשה כלום ע"ש גם ביו"ד סי' רכ"ח כתב הב"י דכ' הרשב"א בתשו' ח"ג סי' ש"ד בנדון הסכמת הקהלות בענין המס שאין ההסכמה הולכת אלא אחר מה שהסכימו כולם לא מה שיסכימו מקצתם ואפי' היתה הולכת אחר הרוב אין הסכמת הרוב אלא כשהיתה במעמד כולם בענין דינין דעלמא ע"כ ע"ש ולפי האמור דהוכרזה ושתקו כנז' הו"ל כולם כאחד:

ועדין לא איפרקנא מחולשא דאפי' תימא דל"ב רוב מתו"ך למודעי אנו צריכין אם הרוב הוא רו"ב או רו"מ. ואקחך אל הפ"מ ח"א סי"ד די"א ע"א וז"ל ומה גם דכפי מה שבא בשאלה שרוב הת"ח הם מעוררים בהסכמה וכו' הגם שאקרקפתא דגברי הם הרוב מ"מ כיון שרוב הת"ח הם מנגד לא שבקינן רוב הת"ח ואזלינן בתר רובא דעלמא דרובא דמינכר בעינן שיהא הרוב רוב חשוב בחכמה ובמנין אבל אם הרוב הוא רוב מנין ורוב חכמה לאידך גיסא קיימי רוב חכמה הוא דמקרי רוב ולא רוב מנין וכמו שכבר הכריח כן הרשד"ם בתשו' אחרונה ליו"ד יעו"ש והגם וכו' אך לגבי חלוקות החכמה לרוב בנין לא מחשיב רוב מנין כנגד רוב החכמה וא"כ בנ"ד הגם דאיכא רוב מנין וקצת מחכמי העיר בכללם מ"מ כיון שרוב החכמים אינם מסכימים וכו' לית כאן רוב וכו' אדרבה רוב החכמים הם נקראים רוב וא"כ לית דין ולית דיין שיכופו לרובא דמנכר יעוש"ב והרשד"ם חא"ח סי' ל"ז כתב דהעיקר הוא רוב בנין יעו"ש באורך:

עוד תראה להרב מגן גבורים יו"ד סי' י"ב דכ"ה ע"ד וז"ל גם הטענה שטענו שהם רוב בנין וכו' נראה שהיא טענה ואין רוב המנויים נקרא רוב ונר' ללמוד זה ממ"ש הפוס' שלא נקרא רוב אלא א"כ חשוב בחכמה ובמנין. והנה הרשד"ם ביו"ד סי' קי"ז כתב בשם הריטב"א דכל תקנה שרוב הציבור והוא רוב חשוב בחכמה ובמנין הסכימו וכו' ונאמר שבנדון כזה הגבירים שהם עיקר פורעים המס הם במקום חכמה לדב"ה וכיון שלא הסכימו בהסכמה הרי אין לרוב המסכימים דין רוב וכו' יעוש"ב ובנ"ד שאין לנו פורעי המס א"כ אין לנו להחשיב רוב אלא לחכמים שהם רוב בנין ודינם כדין רוב מנין. ועיין במ"ש לקמן להרב ברכות המים שם דפ"ה ע"ב שהביא תשו' הריטב"א המובאה בס' אוריין תליתאי וכתב שם וז"ל וכפי זה ביאור הרב רבו של הריטב"א הם מבוררים על אופן זה שכל תקנה שרוב הציבור וכו' אעפ"י שהמיעוט צווחים וכו' הרי הם חייבים במה שהסכימו ועלה כתב דזהו דוקא אם נראה לרוב ההוא דיש בגזרה ההיא תקנה כוללת לכל הציבור דשייך לכל הציבור אזי מתקנים והיא על הכל בשוה ואפי' שיש עומדים וצווחים לא נמלטו מההסכמה אלא חלה עליהם כמו שחלה על הרוב והכל שוים בהסכמה ההיא ואיש לא ימלט ע"כ וכתבתי שם מאי דנפ"ל לנ"ד:

ועוד כתב הרשד"ם יו"ד סי' רפ"א דקל"א ע"ג וז"ל גם מ"ש בדברי החכם שאינו נקרא רוב אלא הרוב הראוי כפי הנושא וזה לי כמה שנים הוכחתי זה מדברי מהר"ם שכתב ז"ל על הנהגת הציבור בדברים הצריכים שיש להושיב כל בע"ב שנותנים מס יעו"ש בהגה"מ בהלכות תפילה פי"א יעו"ש על ענין ממון הקל הקפיד שיהיו הנקבצים מבעלי כיסים

לא משאר בני העיר בדבר הצריך לידיעת התו' יכנסו במנין ע"ה אסור להעלות דבר זה על לב כבר אמר הכתוב הוי אומרים לעץ הקיצה עורי לאבן וכו' ודי לי בזה ע"כ:
והחק"ל או"ח ח"א סי' צ"ו דר"ח כ' וז"ל ובריייתא זו וכו' דרוב חכמה הוי רוב כרוב מנין וא"כ כל כללי פו' הלכה מדין רוב הם או רוב חכמה או רוב מנין וכו' אך את זה ראיתי להש"ך ביו"ד סי' רמ"ב וכו' שהבין דרוב חכמה אלים מרוב מנין שהרי מצינו וכו' יעו"ש:
ומהרח"ש ח"ב סי' מ' כ' וז"ל וכיון שאין צריך לבררם היותר הגונים ומינה שאין יכולים ההמון ודלת העם לומר אנחנו הרוב ואחרי רבים להטות לעשות כחפצם וכרצונם בעניני הציבור וכבר רמז השואל מדברי הרשד"ם שכתב בתשו' אחרונה מתשו' דשייכי לא"ח שאין הדבר תלוי ברוב מנין אלא ברוב בנין והוכיח בראיות וכו'. ועוד יש ראיה מהגה"מ פי"א מה' תפילה ראיתיה אחר העיון בדברי הרב הנ"ל ופוק חזי בעירנו זאת שאלוניקי עיר ואם בישראל וכו' ואינם משגיחים ע"כ רוב רובי דלת העם וכו' ובחיו"ד סי' ק"ט יעי"ש ע"כ. כ"ש סי' כ"ב דנ"ד ע"א הביא דברי הרא"ם סי' נ"ג דנראה שאחר רוב דעות אזלינן כמ"ש אחרי רבים להטות וכו' אך מדברי מהר"מ בהגה"מ וב"י סי' רל"ב נראה דס"ל דבתר רוב ממון אזלינן וכן נראה מתשו' הרא"ש כלל ז' סי' ג' והלחם רב ס"ב עשה פשר דבר שהרא"ם מיירי בדברים שאינם נוגעים לממון ומהר"ם והרא"ש מיירי בעניינים הנוגעים לממון וכו' ועיין במה שציין מ"מ בכנה"ג תח"מ מ"ב סי' רל"א בהגהט"ו אות כ"ז יעו"ש. ויקח אהרן שכל החכמים החשובים והב"ד והועד שבעיר כולם נאספו יחד וחתמו בהסכמה ודי בזה וכ"ע מודים בזה דל"ב א"ח כי החתומים הם הא"ח וכן נלמד מדברי התוספתא הנז' שיכולים ב"ה להתנות על כ"ד ע"ש לא נזכר שם דבעינן א"ח נראה דגם התוס' סברה דבב"ה לא בעינן א"ח. ונוסף גם הוא עט"ר הרמ"ז ח"מ סי' רל"א בהגהט"ו אות קכ"ח כ' וז"ל וכן מצאתי בתשו' כ"י לא' ק' ולא ידענא מי הוא שכ' שהרמב"ם סובר כמ"ש הריב"ש אבל הרמב"ן סובר כס' בעל הטורים וכו' ומה שיש לתמוה על התשו' הנז' יעו"ש. והרב פרי צדיק שאלה י"ב דנ"ו ע"ד כ' וז"ל והנה בנדון שבא בשאלה זו הוא אליבא דכ"ע הסכמה זו קיימת דודאי נעשית מדעת חכמי העיר ובהסכמתה ואע"ג דלכאורה יש להסתפק אי איכא בדורות הללו אדם חשוב ברוב המקומות שהרי הרא"ש כתב וז"ל ואדם חשוב היינו כגון רבא שהיה ראש ומנהיג בעיר וכן משמע נמי מלשון הרשב"ם ז"ל שכתב חכם חשוב לתקן מעשה המדינה ולהצליח דרכי יושביה וכו' וכן כתב הטור אדם גדול וחכם בעיר לתקן מעשה המדינה וכיוצא בזה כתב הרב המגיד בשם הר"י בן מיגאש ז"ל שם ופשוט הוא שבדורות אלו על צד הפלא אם ימצא כיוצא בזה חד או תרי בדרא מ"מ ההסכמה קיימת ממ"נ דאי בתי דינין

שבזמנינו עולים במקום א"ח מוטב והרי התקנה נעשית מדעתם ואי אינם עולים במקום א"ח הוי כדליכא א"ח במתא דאפי' בני אומנות יכולים לתקן עצמם וכל שכן בני העיר וכמו שסיים הה"מ וכו' יעויין שם עכ"ל. ואנן נענה אבתריה לנ"ד כי החכמים החשובים שבעיר חתומים בהסכמה:

עלה בקב"ץ ופנה לסובב אם יכולים לבטל ההסכמה הזאת אפי' עדין לא בטלה הסיבה ניחזי אנן אם יש יכולת בידם לבטל הסכמה כזאת הנה מרן הב"י יו"ד סי' רכ"ח הביא כמה תשו' הראשונים בדב"ז אם יכולים להתיר ההסכמה יעו"ש בדבריו. ובש"ע שם ס' כ"ח ז"ל אם היתה ההסכמה גדר לרבים או סייג לתורה ולד"מ אינם יכולים להתיר וכן בנדר של שחוק ע"כ והריב"ש בסי' קע"ו הובא דבריו במהרח"ש ח"א סי' נ"ג ד"מ ע"א וז"ל ומ"מ אם היה הנדר גדר לרבים או סייג לתו' ולדבר מצוה אין רשאין להתיר ואפי' יסכימו כולם והביא ראיה לדבריו יעו"ש וכתב עוד שם אמנם וכו' שנתחדש עוד שמאותם אשר התקינו חזרו בהם ע"ש מה שהו כיחם בשבט פיו. ועי' בח"ג סי' ק"ה דקנ"ג ע"ד הרשב"ץ ח"א סי' קכ"ג. הנה הרב הנז' שם כתב עוד נראה שאין ממש בטענה זו לבטל ההסכמה כלל ולא מיבעיא וכו' שאין טענת א"ח מעלה או מורדת וכו' אלא אפי' לא קבלו ההסכמה ההיא אלא בקנס דומיא דהנהו עבחי וכו' וכן כתב הר"ן ופי' הרא"ם א"ח הממונה פרנס על הציבור אבל היכא דל"פ לאחריני תנאו הוי תנאי ואפי' דלא נטלו רשות מאותו פרנס גם הרב הנמק"י הביא זה וכו' ועיין להרמ"ז סי' רל"א בהגהט"ו אות קכ"ג קכ"ד קכ"ה קכ"ו קכ"ז קכ"ח קכ"ט ובהגהב"י אות י"ג י"ד ט"ו י"ז י"ח. וע' להי' ברכות המים דפ"ה ע"ב וג' מה שחילק בדברי מרן בביטול ההסכמה באורך:

הן נביא מ"ש רבני עי"ק צפת"ו שלא לבטל ההסכמה הוב"ד בס' אבק"ר סי' קפ"ז וז"ל ותו שהסיבה שבשבילה נעשית ההסכמה לא נסתלקה וחתימי עלה ג' ב"ד אשר הם עמודי עולם וחד מיניהו הוא מרן הק'. והפ"מ ח"ג ח"מ סי' ל"א דמ"ה ע"ג כ"כ בתשו' משם הרמ"ז בענין ההסכמה אפי' שיש בה חרם יכולים להתירה וז"ל ושמעת מינה תרתי חדא שנוהגים להתיר הסכמות שלא להכנס במ"ש הרשב"א ז"ל בתשו' א' שכל שלא נהגו להתירם הרי הדבר נשאר על הדין ואין לו היתר לעולם בלתי אם ישאל כל אחד ואחד מהקהל בפני ג' הראויים להתיר וכו' יע"ש:

ואומר לנ"ד הגם דנימא דמותר להתירה מ"מ הכא לא התירוה לא כל אחד אחד בפ"ע ולא בכללות. מלפנים אותה גיליתי דבנ"ד הוא כן דהסיבה עדין לא נסתלקה ועי' שער אפרים סי' ס"ג דכ"ו ע"ב וג' וז"ל וגם צריכים אנו לחקור אחר הסיבה אשר התקנה והגזרה הנז' נעשית בעבורה שאז דנים אנו לשון התקנה אשר נעשית בעבורה וכמבואר

במתני' ובריתא בנדרים פ' הנודר מן הירק וכו' הנה לכאורה דיברו נכונה בזה כי כאשר שהקדמנו שצריכים אנחנו לחקור אחר הסיבה וכו' וה"ה בנ"ד וכד מעיינת בטופס הגזרה וז"ל שם ולא הכניס ראש שום אב"ד וכו' אך חדשים מקרוב ג' אנשים בגובה אפם וזדון לבם ובטלו כבוד החברה וכו' אמנם כד מעיינת ותדקדק בלשון התקנה תמצא שאין זה פשוט כ"כ כי יש להסתפק בלשון המבואר בתקנה הנז' וכו' אמנם נלענ"ד שז"א דלא דמי נ"ד להא דנדרים וכו' ולבסוף קיים את דבריו שההסכמה דמיא לנדרים שההסכמות יש להם דין נדרים שאנו הולכים אחר הסיבה אשר בעבורה נדר וה"ה בענין התקנות ע"כ ומכ"ש בהסכמה דנ"ד דאיכא בה כמה עדיפות מנדון הרב הנז' ולעילא מכל דאיכא בה אפרושי מאיסורא מדיני שמיה:

ארדוף אשיג שהרי פסק מרן הש"ע ביו"ד סי' רכ"ח ס' כ"ז וז"ל אפילו לא ביטלו הסיבה שבשבילה תקנו והחרימו אם רצו להתיר מתירין וכו' דש"מ דהסיבה אינה מעכבת וזה היפך מה שכתב דשנייא ההיא מנ"ד דשם הוא דרצו כולם להתירה או רובם אזי הגם שהסיבה עדין לא נתבטלה יכולים להתיר שהפה שאסר הוא הפה שהתיר לא כן בנ"ד. גם את הדבר הזה דהסיבה אשר דיבר מרן עליה אין בה לא מגדר מילתא ולא אפרושי מאיסורא אבל בנ"ד תרוייהו איתנהו ביה ובהא מודה מרן דלא מצו לבעלה ותבלין מצאתי לחי' זה ממ"ש מרן הש"ע ביו"ד סי' רכ"ח ס' כ"ט וז"ל ויש מי שאומר וכו' אם הפרצה ההיא מצויה שם חייבים להתנהג בנדר שקיבלו עליהם בעירם הא' ואם עברו הרי הם עברייניין. ומכ"ש לנ"ד שעדין הם בעירם ועדין הפרצה מצויה אם יעברו הם עברייניין ולא דמיא להיא דסעי' כ"ז דרצו להתירה וכאמור:

גם אני לא אחשוך פי להביא תשו' שערי אפרים סי' ס"ג שהביא המחלוקת שבין מוהריק"ו והרא"ש שהרא"ש בכלל א' סי' א' וכלל ז' סי' כ"ו הביא תוך התשו' ההיא דרשאין ב"ה להסיע וכו' וסיים בלשונו משום מגדר מילתא וכו' דמשמט משם שחולק על מוהריק"ו וסבר דאפי' בדבר שאינו נוגע במילי דשמיא לפרוש מאיסורא מקרי גדר מילתא וכו' אמנם נלע"ד דלענין זה שלא יהיה היתר לתקנה זו אף אם יסכימו כולם מ"מ מודו דלא מקרי מגדר מילתא אלא בדבר הנוגע במילי דשמיא וכו' יעו"ש בדבריו:

ואתה קח לך לנ"ד דאינו מגדר מילתא לאפרושי מאיסורא תערובת אנשים ונשים כמ"ש במ"א באורך. אשמור לדבר מ"ש הרמ"ז בשיירי יו"ד סי' רכ"ח בהגהב"י אות ר"ה וז"ל הסכמה שהיא למגדר מילתא או לאפרושי מאיסורא אין לה התרה אפי' מדעת כולם מהריב"ל ח"ד סי' ד' ד"ז ע"א מהר"י הלוי סי' כ"ו ע"כ. וגם יש לי להביא ראיה מהירושלמי פ' השותפין בנדרים ההוא דאתא לקמיה דר' בון א"ל התר לי נדרי א"ל מאי נדרת א"ל

נדרתי דלא מרווחנא א"ל עבדי כדין וכו' א"ל ברוך שבחר בחכמים ובדבריהם שאמרו שצריך לפרט הנדר דאי לאו דפרישית התרתי לך ע"ש אשר נר' דאין להתיר נדר שיש בו מגדר מילתא אפי' ליחיד וכ"ש לרבים והריב"ש סי' קמ"ח בשם הרשב"א ז"ל אם היתה ההסכמה גדר לרבים או סייג לד"ת או לד"מ אין רשאי להתיר ואפי' אם יסכימו כולם וכו' עש"ב. ונ"ד כולהו איתנהו ביה מזה ומזה הם כתובים בדברי הרמ"ז שם אות קמ"ח וז"ל הסכמה שכתוב בה ולסיבת זה כמה וכמה בשלח יעבורו וכמה וכמה גזלו את נכסיהם אין לך גדר לרבים או סייג לתורה כזו ואין רשאין להתיר יעו"ש. והיינו נ"ד שכתוב בהסכמת כמה סיבות אשר יש בהם כח להיות גדר לרבים וסייג לתו' ואין רשאין להתיר. שנ"ה ופיר"ש מנין הרמ"ז בשיירי כנה"ג יו"ד סי' רכ"ח בהגהב"י אות וי"ד וז"ל אפי' לדעת הרא"ש דאית ליה דבכל עת שובימו רוב הקהל או ט"ה וכו' יכולים להתיר היינו בהסכמת הרוב מתו"ך אבל בהסכמת רובו שלא מתוך כולו לא מהני הרש"ך ח"ב סי' ק"ע מקור ברוך סי' ל"ד ע"ש:

השתא דאתית להכי בנ"ד אפי' נימא מה שאינו דליכא איסור בביטולה וכמש"ל מ"מ ליכא רוב מתוך כל בביטולה ולא מהני וכנז' מדברי עט"ר הרמ"ז דלא מהני לגבי ביטול **הנה** מקום אתי שאין לבעל ההסכמה מדברי הלחם רב סי' ס"ה דל"ח ע"א וז"ל אם ההסכמה לא היה בה חרם אע"ג דהסכימו האנשים בה שלא יוכלו לצאת מהג' קהלות מ"מ כיון שנשבע אח"כ להיות בקהל ד' חייביה מכח השבועה וכו' יעו"ש באורך משמע מדבריו דדוקא משום שנשבעו אח"כ וחייבים לקיים מכח השבועה הא לא"ה אין לבטל ההסכמה אפי' שאין בה חרם וכ"ש בנ"ד לפי מה שכתבתי שמשמעותה הוא בלשון חרם. ועי' להרמ"ז בשיירי יו"ד סי' רכ"ח בהגהט"ו אות ע"ב וז"ל תקנת הקהל אפי' לא היה כתוב בה אלה או שבו' יש לחוש למ"ש התה"ד סי' רפ"א דתקנת הקהל דאו' וכו' מהרש"ך ח"ג סי' ק"ח ומתבאר מדברי המ"ש סי' צ"ה דכשאין בה חרם או אלה או שבועה אין כח לרוב להכריח את המיעוט ובפרט לרובא דמנכר אבל מי שקיבלה אינו יכול לחזור ועי' ברשד"ם חיו"ד כתב בשם מהרי"ט דהסכמת האבות אף בלתי חרם דין חרם ואלה אית להו. ועי' לתשו' רב אחי חח"מ סי' צ"ט עכ"ל:

הקשיבה לי בנ"ד שכבר קבלוה יחד כולם ועשו מעשה שמנעו עצמם שלא לאכול משחיטת אשכנזים שזאת היא ההסכמה וכשהיו אוכלים כל העם מקצה דוקא משחיטת ספרדים זהו קיומה ואינם יכולים לבטלה עוד:

אמרתי אחכמה לנ"ד דאיכא דבר מצוה וכמ"ש במ"א דאינם יכולים לבטלה וכו' ובפרט למ"ש מרן הכנה"ג בשיירי יו"ד סי' רכ"ח בהגהב"י אות קכ"ה וז"ל לכל דבר מצוה אפי'

מצוה של דבריהם דב"מ מקרי ה"ה בשם הריטב"א בפ' אלו הן הלוקין ומתבאר כן מדברי כל הפוס' שכתבתי עכ"ל. נתון תתן לנ"ד שהוא ד"מ וכנז"ל ובפרט למ"ש הב"ח ע"ש באורך. לדבריו הקשיבה כי דבר זה להפריש הנשים מן האנשים אפי' ממראה עינים דאשה קרא אותו הרמב"ם תיקון גדול והגורם לבטל התיקון הגדול הזה ולהחזיר הדבר לקדמותו להיות אנשים ונשים דוחפים זה את זה חטאו ישא האיש ההוא. ונדמה מלתא למלתא בנ"ד לנדר של שחוק שכ' הרשב"א בתשו' שאין להתירו ולך נא ראה למ"ש הריב"ל ח"ד סי"ד ד"ז ע"א וז"ל דהסכמה שהיא למגדר מלתא או אפרושי מאיסורא אין לה התרה אפי' מדעת כולם וכ"כ הר"י הלוי סי' כ"ז יעו"ש ולדידי חזי לי דכיון דהסכמה דנ"ד היא למגדר מלתא ולאפרושי מאיסו' וכאמור אין יכולים לבעלה ואם ביטלוה נדמה הא מלתא למ"ש בתמו' ד"ד:

וז"ל אמר אביי כל מלתא דאמר רחמנא לא תעביד אי עביד מהני דאי ס"ד לא מהני אמאי לקי רבא אמר לא מהני מידי והאי דלקי משום דעבר אמימרא דרחמנא וכו' מיתיבי וכו' עד ד"ו ע"א והשתא דשנינן כל הני שנויי אביי ורבא במאי פליגי וכו' עד בשינוי קונה וכו' וכתבו התוס' שם בד"ה והשתא דשנינן וכו' וא"ת נימא דפליגי בהכי וכו' יעו"ש:

ואם נבא העי"ר בסוגייא זו יתארך הענין ונצא חוץ למחיצתנו כי היא מסוגיות העמוקות וכמ"ש השער אפרים סי' קי"ג דפ"א ע"ב ולכן גם אנכי קטן הכמות והאיכות אעשה זאת שלא להרחיב בדבר זולתי ראשי פרקים הנוגע לענייננו והנה ידוע דהלכה כרבא וכמ"ש לקמן דאמר דלא מהני וא"כ גם בנ"ד הוא כן דלא מהני ביטולו והרא"ש בכלל ן' סי' ד' שכתב ולא דמי למ"ש בתמורה שם ביאר הטעם וז"ל אבל התקנה שאפשר לשנותה ולבטלה וכו' יע"ש ממנו נקח לנ"ד שאי אפשר לבטלה כנז"ל דדמיא להא דאביי ורבא דתמורה דקי"ל דהלכתא כרבא וכמ"ש הרא"ש שם:

ובהיותי בפרע הלז ראה ראיתי בתשו' מהר"י הלוי בפשוטים סי' יו"ד דמ"ד ומ"ה וגם הובאה בדפוס הגדול כלל ד' סי' כ"ד ע"ש ובס' שערי אפרים סי' ס"ז דמ"ג ע"א יעו"ש מה שהוקשה לו תשו' הרא"ש דסתרן אהדדי יעו"ש ולא תי' כלום גם השער אפרים סי' ס"ז דמ"ג ע"א הביא תשו' מהר"י הלוי הנז' וק' עליו במה שהק' על תשו' הרא"ש ולא זכר שר לת' קו' הסתירה יעו"ש בדבריו. והנה הט"ז ביו"ד סי' רכ"ח ס"ק מ"ד כתב וז"ל וצ"ל דבשעה שכתב תשו' שבכלל ה' הוה ס"ל דהמכר בטל מכח ההיא דתמורה דאי עביד לא מהני שזכרנו וכן ס"ל להגהות מרדכי שמביא רמ"א בסי' ר"ל אבל בכלל ט' הדר ביה וס"ל דלא דמי לדרבא דתמורה וכמ"ש שם בפירוש ובח"מ סי' ר"ח כתבתי העיקר לפי ענ"ד ע"ש ועי' בח"מ סי' קס"ג דינים הרבה מתקנת הקהל עכ"ל. והיא רחוקה ממני לומר

שחזר בו שהרי שם אחר החזרה בסי' ז' חזר לומר כדברי ראבי"ה. והש"ך שם ס"ק צ"ו כ' וז"ל אבל ל"נ לתרץ דהתם מיירי בהדיא שנעשו שטרות אחרות וכו' קודם שהתירו החרם הא' אחר שנעשית ההסכמה הב' ואשמועינן דהשטרות לא נפסלו כיון שמן הדין הם כשרים ככל כתב יד אלא שמצד תקנה הא' תרצה לפוסלן הילכך אף שעכשיו לא הותר החרם הא' מ"מ כשיותר אח"כ תחול התקנה הב' למפרע וכ"מ ממ"ש שם ועוד חכם עוקר הנדר מעיקרו וכשיתירו החרם כאילו לא היה החרם מעולם והרי התקנה השנית קיימת ע"כ. וגם החק"ל יו"ד ח"ב סי' מ"ט דפ"ג ע"ד תי' לקי' הנז' יעו"ש בדבריו. ומה שהיה לו להק' על הש"ך הנז' כבר קדמני הנו"ב תנינא סי' קכ"ג אות ג' יעו"ש דבר דבור על אופניו והשלים הש"ך שם:

ואני בער ולא אדע דתינח לתי' ועוד שחכם עוקר הנדר מעיקרו אבל לתי' הא' דלא איירי בהיתר חכם מאי איכא למימר. ועיין במש"ל עוד כתב הש"ך אבל כל שלא התירו החרם הא' כלל ודאי דלא חל הב' כלל וכמ"ש בכלל ז' ס"ו וגם בכלל ה' ס"ד כתב הילכך וכו' אלמא כל שלא התירו החרם הא' אין המכירה מכירה ואין החרם הב' חל כלל אלא ודאי כדפרישית:

שוב מצאתי בשו"ת מהר"א ששון ז"ל סי' ר"י שכתב יעו"ש ואולי כיוין למה שכתבתי עכ"ל ואנא חירגא דיומא לא זכיתי להבין דברי הרא"ש ז"ל במ"ש ועוד חכם עוקר הנדר מעיקרו וכו' והלא בכלל ה' סי' ד' כתב וז"ל תשו' תחילה אכתוב לך דין התרת החרם שהקהל מתירים בלי פתח וחרטה ובלי יחיד מומחה וג' הדיוטות אלא מתירים לעצמם וכו' יעו"ש. וגם בכלל ו' סעיף ט' כתב כן א"כ מה הוא זה שכתב ועוד חכם עוקר וכו' מי הביאו לח' לחרמי ציבור. ולי נר' לפרש דהכונה במ"ש חכם עוקר וכו' ר"ל דכמו שחכם עוקר הנדר מעיקרו כן הציבור הם גזרו והם עקרו וכמ"ש מהרימ"ט ח"א סי' ס"ט יעו"ש בדבריו והיינו דקאמר חכם עוקר הנדר מעיקרו וכשיתירו את החרם כאילו לא היה חרם מעולם הרי התקנה השנית קיימת. ויש לדקדק דלמה ליה להשלים וכשיתירו וכו' אם ההתרה היתה ע"י חכם די במ"ש עוקר הנדר מעיקרו אם לא שנאמר שהכונה כמ"ש דכמו שהחכם עוקר וכו' כן הציבור ולכן הוצרך לבאר ולומר וכשיתירו וכו' ועיין מהרימ"ט ח"א סי' ס"ע דפ"ה ע"ג וז"ל הילכך גם חרמי ציבור נותנים להם כח היפה שבהפרה עכ"ל ומעתה לא תיקשי לך קושית הצ"ע שהביא לך הש"ך ואנכי בקשתי את התשובה שהביא הש"ך משם הרא"ש בסי' כ"ו ולא מצאתיה ובלא"ה הצ"ע הוא כתוב בחצי לבנה. ועי' בפרמ"א ח"א סי' נ"ד דק"ו ע"ד בפסקת וכי תימא הב' וכו' וי"ל שכבר תירץ לזה הש"ך בטור יו"ד סי' רכ"ח ס"ק צ"ד שדברי הרא"ש הם כשניתר עפ"י

חכם שאינו מן העיר ועל ידי פתח או חרטה ודברי הרשב"א היינו כשהציבור עצמם הם המתירין. נמצא שאם בנ"ד יתירו החרם עפ"י חכם שיתיר ויעקור הנדר מעיקרו הי"ל כאילו לא היה חרם מעיקרא והתקנה הב' קיימת לכ"ע וכמש"ל ע"כ:

טוב טעם ודעת למדני מדברי הרב הנז' דאם התירו התקנה שיש בה חרם ע"י חכם שאינו מן העיר הותרה ובנ"ד לא היה כן. ועוד מ"ש בדק"ו ע"א וז"ל איברא דיש גמגום בזה דאי אמרת בצריך להתיר חרמי ציבור התרת חכם הרי הוא צריך פתח וחרטה ואין להתיר חרמי ציבור ע"י פתח וחרטה לפי שאין הרבים עשויים להתחרט וכ"ש. חרטה דמעיקרא ואין פתחי של זה כפתחי של זה וכמ"ש מהרי"ט הובא בס' תימת ישרים סי' רי"ג והביא זה בשם הרשב"א יעו"ש ומשם תראה שהיא תשובת הרשב"א לא הרא"ש:

ועיין לעט"ר הרמ"ז בשירי יו"ד סי' רכ"ח אות קע"ה מה שציין בזה ומקום הניחו לי להתגדר בו ולת' לקו' הסתירה והוא זה כי בכלל ה' ס"ד כתב וז"ל ובכל עת שיסכימו רוב הקהל או ט"ה וכו' להתיר החרם יש להם כח להתירו הילכך בנדון זה אם בהסכמה התירו החרם הראשונה נתבטלה החרם והמכירה מכירה ואם לא הסכימו להתירה אין המכירה מכירה עכ"ל ש"מ שהכל תלוי בהסכמתם ולעולם בין הכי ובין הכי הותרה אבל משום דהתרתו היה מבלי הסכמתם לכן עדין החרם במקומו עומד ולכן אין המכירה מכירה מכח החרם וכן סבר גם בכלל ז' ס"ד וטעם הדבר שכתב שם דמ"מ התקנה הב' קיימת הוא משום שהסכימו להתירה אלא שלא נזכרו להתירה וכן דייקי דבריו שכתב ומ"מ לא נפסלו השטרות עפ"י תקנת הקהל והקהל יש להם כח לשנות התקנה אלא שהיה להם להתיר החרם ולא נזכרו להתירה שבזה גרמו מכשול וכו' יעו"ש ומדקאמר ולא נזכרו להתירה משמע דהסכמתם היתה להתירה אלא דלא נזכרו ולכן הוא שתקנתם השנית קיימת דכמי שהותרה דמי אלא שגרמו מכשול לא כן דבההיא דכלל ה' דלא הסכימו להתירה א"כ עדין היא בתוקפה וגבורתה ולבעבור זאת אין המכירה מכירה ולכן בכלל ז' כתב ועוד חכם עוקר הנדר מעיקרו וכשיתירו אה החרם כאילו לא היה חרם מעולה אבל בכלל ה' לא הסכימו להתירה:

תרתי אני להבין ולהשכיל החי' הזה ממ"ש שם הרא"ש בכלל ז' ס"ו וז"ל ששאלת ציבור שהחרימו ע"ד ואח"כ החרימו ע"ד שהוא היפך הראשון ולא התירוהו אם הקהל הסכימו להתיר החרם קודם שהטילו הב' הרי חל הב' כיון שהתירו הא' אבל אם לא התירו הא' אינם יכולים להחרים לעבור על הא' ואין הב' כלום עכ"ל. הרי שלך לפניך במ"ש אם הקהל הסכימו דהו"ל למימר אם הקהל התירו אם נאמר שהכל תלוי בהתרה ומה גם שבתחילת דבריו כתב ולא התירוהו אומר שכיוין למה שכתבנו דהכל תלוי בהסכמה

אם הסכימו להתיר הגם שלא התירו הו"ל כאילו התירו אלא שגרמו מכשול וכמ"ש שם בס"ד ומ"ש בסו"ד אבל אם לא התירו הא' וכו' ר"ל לא הסכימו דאלת"ה מהו אבל דקאמר דהנה בתחי' דברי פיהו אמר ולא התירוהו:

ובפרט מן הפרט למ"ש אצלי במ"א שאין צריך להתיר פירוש אלא כיון דהם אמרו שאנחנו מתירים אותה די בזה וכעת לא ידעתי מי בעל דברים זולתי זאת מצאתי למהרימ"ט שם סי' ס"ט דפ"ה ע"ג וז"ל ועוד יש לי ללמוד מדבריהם שאין צריך לבטא בפיהם לשון התרה כדין התרת חכם אלא כשהסכימו לבטל את הדבר ואמרו לרבים עשי כן הרי הוא בעל דגבי הפרה דבעל נמי אמרי' הכי בסוף פ' נערה המאורסה תניא בה"א אחד זה ואחד זה פירוש בין בחול בין בשבת מבטל בלבו ואין צריך שיוציא בשפתיו ובלבד שיאמר טלי אכלי טלי שתי ע"כ. כל קביל דאשתכחת רוח יתירה ביה שם בע"ב ז"ל מיהו הרא"ש בתשו' מוכח דס"ל דכל שלא התירו לשון התרה אעפ"י שיעשו הסכמה היפך ממנה אין יכולים לעבור על הא' ואין הב' כלום אלא שהרא"ש דרך דרך אחרת בעיקרי הדברים והוא מ"ש בהלכותיו:

וא"ת היאך מתירין חרמות הקהל בלא פתח וחרטה ובלא התרת מומחה וי"ל דחרמות שמטילין על הציבור אין להם דין נדרים וחרמים אלא כעין גזרה ונידוי וכו' הילכך מנדין ומתירין הם בעצמם וכן ביאר בתשו' וכו' וכל שהם מתירין גזרה זו האחרונה חוזרין ומתירין את הא' שכולם יש בידה להתירם ועוד לפי שיטה זו כשמסכימים להתירה יכולים הם לעקור את הנדר מעיקרו שהם גזרו והם עקרו וכו' ולפי"ז היה מקום לומר דגם אם הותר מקצתו הותר כולו כדין שאר נדרים ושבועה עכ"ל:

אשר מזה מוכח דלא כמ"ש י"ל דשנייא נ"ד וכמש"ל, גם שם ע"ג כ' וז"ל והרחבתי כאן מעט בדבר הזה לפי שלמדתי בו שני דברים וכו' דלא אמרינן בחרמי ציבור הותר מקצתו הותר כולו. ועוד למדתי כשמסכימים וכו' יעו"ש ומר ניהו רבה הביא בתשו' להוכיח מדברי הרא"ש דלא על הסתם ממה שיסכימו בהיפך הותרה אלא צריך שיסכימו בפירוש ואין מדברי הרא"ש ראיה דהרא"ש לשיטתיה אזיל ולית ליה הך טעמא לו' דמתחי' ע"ד עשו דומייא דהפרה דבעל כדברי אותם הגדולים ס"ל אלא אמר דכעין גזרה ונידוי הוא וזה ודאי צריך הפרה בפירוש ואינו ניתר מסתמא ולדבריו ל"מ שיאמר ש"ץ הותר הנדר אלא המחרימין עצמם יתירו דאין חכם עושה שליח להתירו אכל כל אותם הגדולים אמרו דבהודעת ש"ץ לקהל שהן מותרין סגי שכן כתב הרשב"א בתשובות המיו' סי' רע"ז וז"ל ולשון התרה יאמר ש"ץ לקהל הסכמת הקהל להתיר החרם ואף לא הצריכוהו לומר

הותר החרם אלא שהסכימו להתירה והו"ל כמו טלי אכלי דגבי אשה עכ"ל. נימא ביה מילתא לנ"ד שהיא הסכמה בחרם ולא התירו המחרימין ואפי' הודעת ש"ץ לקהל ליכא:
גל עיני ואביטה להבני חיי יו"ד סי' של"ד דמ"ב ע"א מה שתי' לקו' הסתירה שהוא כעין מה שתירצתי במעט שינוי יעויין עליו. והרב מהר"א ששון סי' ר"י כתב אבל אפשר לחלק דאין ה"נ שאין התקנה הב' כלום אבל לא מפני זה יהיה השטר פסול שהוא מה עשה וכו' ועדיין צריך להתישב בדבר עכ"ל. ועיין מה שהק' עליו החזון נחום בפ"א דתמורה ודקמ"ג ע"ב וז"ל וק' כיון דאמרינן וכו' עד וצ"ע ע"כ:
ונפשי נבהלה מאד דהרואה יראה בדברי המהר"א ששון עיניו יחזו ולבבו יבין דלא ק' מידי דהרי הרב בלשון אפשר אמרה וגם כתב וצריך להתישב בדבר וא"כ אין להק' עליו. וכמו שמצאנו ראינו להדרכי נועם בח"א סי' נ"ג דקמ"ט ע"א ע"ש במה שהק' עליו וכתב בסו"ד וז"ל ואפשר שמפני כך בראותו חולשת החי' כתב בסו"ד וצריך להתישב בדבר והוי כאילו הניחו בצ"ע ע"כ:
למדני חקיך לומר כן גם להרב חזון נחום הנז' ז"ל הנראה לענ"ד הוא וכו' עוד א"ת זה נ"ל בישוב ב' התשובות אלו הסמוכות זו לזו. והרב חזון נחום שם דקמ"ג ע"ב כתב וז"ל ובין תי' הדרכי נועם ובין על תי' הבני חיי ק' טובא ממ"ש הרא"ש שם בסי' ו' יעו"ש איברא דלתי' הד"ן יש לדחות כמו שיראה המעיין אבל לדעת הבני חיי ק' וצ"ע:
ואנכי אב"א לפי תירוצי כבר תקנתי את הכל ברחבה כנז"ל. והש"ך יו"ד סי' רכ"ח ס"ק צ"ו הנה גם הוא תריץ יתיב קחנו ובואה גם הפרמ"א ח"א סי' נ"ד תריץ יתיב ע"ש בדבריו הביאם החזון נחום שם דקמ"ג ע"ב ז"ל ועיקר תי' דמ"ש הרא"ש בכלל ו' ס"ד דכשר השטר היינו בתנאי שיתירו החרם הא' דכשכתב השטר לא התירו החרם הא' אפ"ה אם התירוהו אח"כ עוקר הנדר מעיקרו והוי כאילו לא החרימו כלל אבל אה"נ דאי לא יתירו החרם כלל ודאי שאין הב' חל והשטר פסול יעו"ש. וק"ל איך יוכלו שאת דברים הללו בדברי הרא"ש שהרי כתב אחר שהביא דעת רבא דלא מהני כתב וא"כ בנדון זה ראוי היה דלא מהני ותקנה שניה לא דמי דהתם פליגי במצוה שאי אפשר לבטלה וכו' הרי שדעתו היה לומר דלא מהני התקנה השניה כלל כיון שעברו על החרם וע"ז אמר דלא דמי וכו' ולכך התקנה השניה קיימת אף שלא התירו אח"כ החרם המוקדם קודם וא"כ איך נאמר שאם לא התירו אח"כ החרם דלא מהני התקנה שניה שהוא נתן טעם לשבח שיהיה התקנה השניה קיימת ומאן דכר שמיה דהתרה אלא דמוכרחים אנו לומר מכח תשו' אחרת שאין התקנה השניה קיימת כל שלא התירו את הראשונה כמ"ש מהרשד"ם ביו"ד סי' פ"ו והוכיח מתשו' הרא"ש כלל ז' ס' ו' א"כ מ"ש הרא"ש דחל תקנתו הוא בתנאי

שאם יתירו החרם למפרע ע"כ. וא"כ אף אנו נאמר כן בנ"ד שלא יועיל ביטול ההסכמה אפי' נאמר מה שאינו שיכולים לבטלה כ"ז שלא התירו החרם שבה. גם הנו"ב תניינא ח' אה"ע סי' קכ"ט דק"ב ע"ג באות ג' אף הוא ראה תשו' לקו' הסתירה יעוש"ב. עוד כתב ואף גם זאת בהיותם צרכי ציבור וכמ"ש מור"ם בתשו' סי' מ"ג על דברי הפוס' ז"ל גם מה שדקדק מעלתו אם מיירי לד"מ הו"ל לפרש נ"ל דיש לדחותו דודאי מיירי כי כל צרכי ציבור הם ד"מ ע"ד שאמרו בירושלמי בפ' אין עומדין להתפלל לענין תפילה העוסקין בצרכי ציבור כעוסק בתו' שהיא גדולה מכל המצות כמ"ש נמנו וגמרו תלמוד קודם למעשה בקי' ד"מ ע"ב ובפ"ק דמגילה ד"ג ע"א גדול תלמוד מהקרבת תמידין ומהצלת נפשות ומבנין בית המקדש וכיבוד אב ואם וא"כ צרכי ציבור שקול נגדו ואין לך מצוה גדולה מזו ובודאי סתם תקנת הציבור או התרתם היא לצורך הציבור יעו"ש באורך וגם שם הביא משם הרשב"ץ על מי שנשבע עד"ה שלא למכור יין וכו' דלד"מ הוא כיון שהוא לצורך פרנסתו כדאמרינן בפ' אלו מגלחין די"ד ע"א למזונות כ"ט ל"פ דשרי וכו' יעו"ש ועיין להרמ"ז שם בהגהב"י אות קכ"ט שהביא ג"כ חולקים יעו"ש וכתב וכן הסכים מר"ן בתשו' כתיבת יד וכן כתב המפה שם ומהר"י הלוי סי' כ"ב וה' פני משה ח"א סי' ל"ז ובח"ג סי' ל"ו נאמן שמואל סי' ך' יעו"ש הרדב"ז סי' ש"א כתב דלא מיקרי ד"מ לענין זה ועיין מהר"י הלוי סי' כ"ב וכ' הש"ך שם ס"ק ס"א וז"ל אלא אם כן יש מצוה וכו' שאז מתירין בלא דעתם דמסתמא ניחא להו בהיתרא ע"כ. נ"מ לנ"ד דבקיומה איכא מצוה הא ודאי כי אמרינן דעתייהו דציבורא דלא ניחא להו בהתרתו. ומרן שם בשיירי אות קל"ב יעו"ש באורך ראו הביא לנו תשו' הרא"ם ח"א סי' נ"ב דדעת הרמב"ם דבדבר מצוה מתירין אפי' בלא דעתם ושדברי הרמב"ן והרשב"א בזה מסופקים וסיים כלשון הזה הדרך הישר והראוי היה אם היו נמצאים ביחד כל החכמים אשר נשבע לדעתם אבל זה נמנע כי האחד איננו כי לקח אותו אלקים עכ"ז לאהבת האמת והשלום ראוי להתיר ולעקור מעיקרא שבו הכהן ע"י כל חכמי הקהלות וכו' יעו"ש באורך. כי מן האמור דלדעת הרמב"ן והרשב"א הגם דאיכא מצוה מסופקים אם יכולים להתיר בלא דעת כולם וכ"ש וק"ו בנ"ד שבקיומה איכא מצוה שכ"ע מודים דאין יכולים לבטלה בלא דעת כולם. והב"י ביו"ד סי' רכ"ח הביא תשו' הריב"ש סי' תקס"א ותי"א ותס"א ותקי"א דלצרכי רבים הוי ד"מ יעו"ש בדבריו. ועי' להרמ"ז שם בשיירי הגהב"י אות קי"ג מה שציין יעו"ש:

אשר בזה נ"ד שהוא צרכי רבים עדת הספרדים אשר היו חרפה לשכניהם עדת האשכנזים עד אשר לא יוכלון להשאיל כליהם להם אין לך ד"מ גדולה מזו ואין לה התרה

לבטל את המצוה וכמ"ש הש"ע שם בסעיף כ"ח וז"ל אם היתה ההסכמה גדר לרבים או סייג לתורה ולד"מ אינם יכולים להתיר וכן בנדר של שחוק עכ"ל ועיין בשמש צדקה חיו"ד סי' כ"ה מ"ש בנדר של שחוק ע"ש בדבריו:

ואם יתעקש המתעקש לתלות עצמו ולומר דנ"ד איכא מצוה רבה בביטולה להשקיט המריבה בין שתי הקהלות וחשיב ד"מ ויכולים להתיר עבור מצוה כזו דגדול השלום וכמ"ש הרב ברכות המים דצ"א ע"א באורך. אתה הקהה את שיניו ואמור לו קום קרא תשו' מהרי"ק אשר הובאה ביתה יוסף שם ויכלו שפתותיכם מלומר דבר זה וז"ל מב"י אחר שהביא דברי הריב"ש הנז' כ' וז"ל כ' בסי' נ"ג אשר כתבת דחשיב ד"מ להשקיט הקטטה אין נלע"ד כלל להחשיב ד"מ אלא היכא שאי אפשר למצוה לעשות אותה אם לא בהפרת שבועה אבל בנדון זה שאפשר להתפיס ולקיים השבו' בלי ביטול מצוה מי יימר דרבים יסכימו בחרטה זו עכ"ל. נ"מ לנ"ד שאפשר למצוה לעשות אותה לצרף עמהם שוחט ספרדי והם יהיו העיקר שישחוט בסכין שלהם דוקא ויהיו באהבה ואחוה שלום ורעות וכאשר אמרו להם אם ירצו שיטבול בכל יום כן יקום דבר א"כ הקולר תלוי בק"ק האשכנזים הגורמים המחלוקת הגדולה הזאת ומבטלים דבר המצוה לעשותה. עוד כתב בנדר על דעת רבים שחל נדרו בדעתן אין אנו יכולים להתיר אם לא במצוה גדולה ומפורסמת שנדע בודאי שדעת הרבים מסכמת להתיר עכ"ל ועיין להרמ"ז שם בשירי בהגהב"י אות ק"ל ותשובת מהרי"ק הנז' פסקה מור"ם ביו"ד סי' רכ"ח ס' כ"א וגם פסק שם מ"ש הב"י בשם תשו' הריב"ש ומהר"ם מפדווה וז"ל וגם אותן הרבים אומרים שלא להתיר לו אפי' לצורך מצוה אין מתירין לו עכ"ל. ובנ"ד קיומה של ההסכמה הוא לשבר מתלעות עול שהיינו חרפה לשכנינו באומרם ששחיטתנו טרפה ונעלם מן העין והכלים אסורים א"כ אין לו התרה ואפי' הסוברים שהוא ר' טוביה דאפי' לד"מ יש לו התרה היינו דוקא ביחיד הנודר אבל הסכמת רבים אין לה התרה הרשד"ם יו"ד סי' פ"ד מ"ץ ח"ב סי' כ' הר"י הלוי סי' כ"ו וכתוב בס' ב"ה על ס' ר' טוביה שכ"כ באו"ח בשם התוס' ואפי' נדר לקיים מצוה ובודאי יעבור מוטב להתיר לו דהוי כמו לד"מ ע"כ וכ"כ בתשו' הגאונים סי' שכ"ח ונר' דזה נמשך לפי' ס' ר' טוביה דמתירין נדר של שחוק אבל לסוברים דאין מתירין לנדר של שחוק הוא הדין דאין מתירין למי שנדר לעשות מצוה אפי' שבודאי יעבור עליה. ועי' בתשו' הגאונים סי' ש"מ עכ"ל הרמ"ז בשירי יו"ד סי' רכ"ח בהגהב"י אות רכ"ח ומרן הש"ע ביו"ד סי' רכ"ח ס' כ"ח פ' כהרשב"א בנדר של שחוק המובא לעיל. ולכו אל יוסף כל אשר יאמר לכם שכבר קבלנו עלינו הוראותיו תעשו כדבריו. ואל תשיבני מתשו' אהל יעקב בסי' ס' וז"ל הסכמה שהסכימו למגדר מלתא ואח"כ ראו

דבאו לתקן ונמצאו מקלקל בטלה ההסכמה ועוד דאמינא דשנייא נ"ד דאיכא בה תוס' מרובה שהוא לאפרושי מאיסורא ואין זה מקלקל אלא מתקן ואין לבטלה ואל תאמר כיון שחזרו לאכול משחיטת האשכנזים ולא ענשו כפי ההסכמה הותרה ההסכמה וכל הרוצה לאכול הותרה לו ס"ד לא כן הדבר וכמו שמצינו להרמ"ז שם בשיירי יו"ד סי' רכ"ח בהגהט"ו אות פ"ח וז"ל חרם שהחרימו הקהל בהסכמת כולם ועברו כמה אנשים החרם ולא נענשו לא הותרו כולם וצריך התרה. וכי תימא דשנייא ההיא דאית בה חרם דחמיר לא כן בנ"ד עיין במש"ל שגם נ"ד אית בה חרם מקרי:

ואם לחשך אדם לומר שהסכמה הזאת היא בטלה וכמ"ש מהריב"ל ח"א סי' מ"ה בסו"ד וז"ל הרי לך בהדייא שאפי' שנהגו בהסכמה הזאת בחושבם שהיו מחוייבים לקיימה אחר שנודע ונתברר עפ"י חכמים מורי הוראות שהיא בטלה פשיטא ופשיטא שקבלתם והנהגתם בהסכמה הזאת היתה קבלה בטעות ומכאן ולהלאה אינם מחויבים ע"כ. המתבאר מדבריו שאפי' קיבלוה אינו כלום כיון שקבלתם היתה בטעות ובנ"ד נמי נימא הכי הגם שקבלוה קבלתם היתה בטעות שגרמה מחלוקת הקהלות. אף אתה אמור לו דלא דמי כעוכלא לדנא דנדון הרב היה שנתברר להם עפ"י חכמים יודעי בינה לעתים ומורי הוראות לא כן בנ"ד כל בתר איפכא דהמורה הוראות הם המקיימים אותה ואפי' המבטלים שאינם מבעלי ההוראה בתחי' הם היו באותה עצה לאשרה ולקיימה ועכשיו מפני כמה סיבות רוצים לחזור בהם להנאתם ולתועלתם א"כ מי זה אמר שעפ"י אנשים אשר אין בהם כח לעמוד על כסא ההוראה תהיה בטלה. ועי' מ"ש בס' מים רבים המובא בדכ"ט ע"א. וצריכא רבה מ"ש המט"ש ה"ג סי' דל"א וז"ל עיר שהסכימו שכל מין שטר שאינו כתוב וכו' ואח"כ נתנו רשות ב"ד לקהל פעם וב' וג' לא מקרי בהכי שנתבטלה ההסכמה תורת חסד סי' כ"ט והט' דכדי לבטלה צריך הסכמת כל ב"ה ואין ביד ב"ד כח לבטל וההיא דהפמ"א ח"ב סי' מ"ח וז"ל דכל הסכמה שעשו כנגדה בטלה היינו דהמון העם הם עושים נגד ההסכמה ודאי דלא חשו להסכמה וממילא בעלה וכו' אבל הכא שכבר התחילו לנהוג הסכמתם וחרמם אלא דאח"כ הב"ד נתנו רשות אם כונתם לבטל לאו כל כמיניהו ועדין יש להתישב בדבר ממה שציין הכנה"ג ס"ק ס"ז עכ"ל:

ואנחנו אלה פה כבר הנהיגו הסכמתם כל העם מקצה שלא לאכול משחיטת האשכנזים זה כמה חדשים ואף הוא הא"ח עמהם אלא דאח"כ חזר בו ולא נודע טעמו ובנ"ד אין צריך שום ישוב בדבר כי שאני נדון הרב שהיה רשות ב"ד אשר כח בהם לעשות חיל לדון ולהורות ולכן צריך ישיב בדבר לסתור דבריהם לא כן בנ"ד כל בתר איפכא דהב"ד וכל העם רוצים בקיומה מה כחם יפה:

ואתה תחזה להמ"ץ ח"ב סי' ל"ה דע"א ע"ג וז"ל אבל לענין החרם אפי' יתרצו מיעוט העם בכמות ורוב באיכות בעושר להתירה לא יוכלו להתירה כ"א ברוב דעות וכמ"ש הרלב"ח וא"כ בהכרח מ"ש הרא"ש באותה תשו' הוא בענין תקנת ההסכמה בתחי' שאם היא על דבר ממון שראוי להלוך אחר רוב ממון אבל בהתרת ההסכמה שהותקנה בקהל עפ"י כל אחד ואחד מהקהל פשיטא ופשיטא שלא יהא כח ביד מיעוט נפשות להתירה אעפ"י שיהיה דיני ממונות ופוק חזי מאי עמא דבר ומעולם לא ראינו בשום ציבור שהמיעוט מהם יתירו ההסכמה הנעשית עפ"י כולם ביחד וזה ברור וכו' עכ"ל יעו"ש. וא"כ מה כחם יפה לבטלה בלתי הסכמת הרוב אשר נעשית על פיהם דהוי כדעת כולם וכמש"ל. וע' להרא"ם סי' נ"ג שכ' וז"ל הולכים אחר הרוב לפי גזרת התו' דכתיב אחרי רבים להטות וחולק על רבים נקרא חוטא ואין חי' בזה אם היו הרוב עשירים או הדיוטות מאחר שכל הקהל הם נקראים ב"ד לענינים שביניהם וכמ"ש המרדכי בשם ראבי"ה וכתב עוד שאם תמ"ל שיהיו כל חכמי הקהל וכל עשירי הקהל בכלל אותו החלק המיעוט ושיהיו נקראים בפי הכל ע"ה מדין תורה הדבר תלוי ביד רוב הקהל לא בידם וכו' יעו"ש הרי דהתם קתני שיש לילך בתר רוב דעות בעניני הקהל שעניני ממון נכללים בהם וא"כ ג' סברות בדבר עכ"ל ויעש"ב:

והמבי"ט ח"א סי' ר"פ דמ"ד ע"ב כ' וז"ל והעובר יהיה בעונש אם הסכימו רוב אנשי העיר בה ולא אזלינן בתר רוב ממון כיון שאינו דבר שבממון אלא אחר רוב נפשות כמ"ש הרא"ש כלל ז' וכו' ובלא"ה נר' דכיון דיש רוב נפשות בעיר מרוצים בהסכמה אפי' יש קהל שלם במיעוט יהיו נגררים אחר הרוב דאחר רוב עיר אזלינן וכדאיתא בפ' רשאין להסיע וכו':

עוד תשו' הרא"ש שהובאה בראי"ם ח"א סי' נ"ג דע"ה ע"א והמ"ץ סי' ל"ג דמ"ו ע"א הביא לשון הב"י עייאש ח"מ ס"א דס"ד ע"ב וז"ל וששאלתם על הקהל שעשו הסכמה בחרם ונמנו לבטלה וכו' יראה לי שהסכמת הקהל תלויה ברוב דעות ע"כ חי' דעות אמרה תורה אחרי רבים להטות הילכך הקהל יכולים להתיר לעצמם בלא הסכמת ראו' ע"כ וכ"פ מרן הש"ע ביו"ד סי' רכ"ח ס' ל"א וז"ל קהל שרוצים להתיר ההסכמה בחרם ויש מוחין הולכין אחר הרוב שאם הרוב מסכימים להתיר מתי' ומי שלא הסכים בהתרה לדידיה לא הותר ונראה לומר דלפי שיש בה חרם לא הותר למי שלא הסכים אבל אם אין בה חרם הותרה לכל והסכמה דנ"ד אין בה חרם וכמש"ל ולפי"ד מי הוא זה ואיזה הוא שיוכל לבטלה. ועיין מהרלב"ח סי' ל"א וז"ל דכי היכי שיש כח ביד רוב הניגוד לתקן הסכמה אחת ע"כ הציבור אפי' שהמיעוט ימחו בידה עפ"י מש"ה אחרי רבים להטות

כבר יש כח ביד רוב הציבור להתיר ההסכמה שכבר נעשית בציבור אעפ"י שהמיעוט ימחו בידם וכ"כ הרא"ש וכו' ומי שלא הסכים בהתרה לדידיה לא הותר הרי מבואר שרוב הקהל יכולים להתיר הסכמת הקהל וכן נהגו עתה עפ"י ס' הרא"ש עם היות שהרשב"א בסי' תקל"ו ותתכ"ד כתב שהמנהג בזמנו שלא להתיר כשיש שם מוחה בציבור יעו"ש דבהתרתו צריך רוב נפשות הגם כי בתקונה היה עפ"י רוב ממון עכ"ל. והרמ"ז בשיירי יו"ד סי' רכ"ח בהגהב"י אות ריי"ג האריך בזה. וכ"ש שבנ"ד הוסכמה עפ"י כולם כנז"ל דאין יכולים להתירה בלתי רוב נפשות לא עפ"י אחד דוקא שהוא הגורם לכל העוברים וכנז"ל. ובפרט למ"ש הר"י הלוי בכלל ד' סי' כ"ח וז"ל עיקר גדול הוא בנדרים והסכמות דאזלינן בתר כונת הנודר ומתקן ההסכמה ודנין הלשון לפי הענין אשר בעבורו נדר או תרן ההסכמה. ואח"כ כתב וא"כ כיון שאנו רואין שהענין אשר נתנועעו לתקן זאת ההסכמה הב' הוא בעבור שראו קצת מן היחידים שהיו מתביישים והיה נגרר מזה נזק וכו' יעו"ש וא"כ אתיא במכ"ש לנ"ד:

והרמ"ז בשיירי יו"ד סי' רכ"ח בהגהב"י אות קע"ה בתו"ד וז"ל וכתב מהר"י טאיטצאק הובא דבריו בת"י סי' ריי"ג דאפי' לדעת הסוברים דחרמי ציבור כל עוד שהרוב מסכימים להתיר אין משגיחין על המיעוט המוחה דמה שעבר קודם ההיתר היחיד מוחה. וגם דברי הרשב"ץ שהביא הרב המחבר בסי' זה ועיין מ"ש בחאה"ע סי' כ"א עכ"ל וז"ל הרשב"ץ ח"א סי' קנ"ג דס"א ע"א וז"ל וכיון שכן מה לי שמה שנאסר מפני איסור לאו דל"ת ומה לי תקנה קלה שנאסרה מפני גזרת הציבור וחרמם כאן יכולים הרוב להתיר האיסור וכו' יעו"ש:

ומכל אילין ולעילא מנהון הוא מרן הק' הנז"ל דוקא הרוב הוא שיכולים להתירה אבל לא המיעוט וכ"ש היחיד:

גם עדותיך שעשועי הוא הרשד"ם יו"ד סי' קי"ז ד"ע ע"ד הביא לנו תשו' הרא"ש ז"ל וששאלתם וכו' אם ב' או ג' מהבינונים ועל כל ענין שהקהל מסכימים הולכים אחר הרוב והיחידים צריכים לקיים כל מה שיסכימו הרבים דאם לא כן לעולם לא יסכימו הקהל על שום דבר אם יהיה כח ליחידים לבטל הסכמתם לכן אמרה תורה בכל דבר הסכמה אחרי רבים להטות ע"כ. הכא נמי נימא ה בנ"ד דאם עפ"י המיעוט יצאו ועפ"י יבואו או אפי' באחד דאם לא כן וכו' וכ"ש בנ"ד דליכא אלא אחד. ואמר עוד ע"ד הרא"ם ז"ל ובודאי שאם ראה הרב תשו' הזאת לא הוה אומר על הרא"ש שדעתו להסכים עם ס' ר"ת וכבר כתב מהרי"ק דהא דאמרי' דהלכה כבתראי היינו שדברי הראשונים כתובים בס' מפורסם דאית לן למימר כיון שהאחרון ראה דבריו ולא ישרו בעיניו הלכה כבתראי אבל

אם לא ראה דבריו לא אמרינן הלכה כבתראי דאמרי' דאילו ראה דבריו אפשר דהיה חוזר מדבריו:

ואני אמרתי דלעולם אף הוא ראה וידע מתשו' הרא"ש הנז' ועכ"ז כתב שדעתו להסכים עם סברת ר"ת שהוא מפרש לה כמו שפי' בדברי הרמב"ם בתשו' כ"ק סי' נ"ז דצריך שיאותו כולם מתחי' ובלא"ה אין כח ברבים לתקן נגד המועטים במלתא דאית להו ר"ל ופ"ל יעו"ש והכא נמי נאמר שכן הוא מפרש בדעת הרא"ש ז"ל ע"כ אם ההסכמה הנז' העובר עליה נלכד ברשת זו טמנו ונח"ש כרוך על עכבו ומרן בש"ע שם ס' ל"ג הנז"ל:

והרמ"ז בשיירי יו"ד סי' רכ"ח בהגהב"י אות רכ"ח ז"ל דוקא בעובר על תקנת הקהל בהסתר ואין הכל יודעים בו אך באיש שלעיני השמש עובר על חרמות ביד רמה חייבים לנהוג בו כדין מנודה מהרשד"ם יו"ד סי' רכ"ה מ"ץ ח"ב סי' ע"ז ועי' מהר"י ווייל סי' ק"מ הרשד"ם יו"ד סי' קי"א מ"ץ ח"ב סי' ן' רא"ם ח"א סי' מ"ה דקי"ח שם כתב כדאי הוא הריב"ש לסמוך עליו וכ"כ המ"ץ ח"ב סי' נ"ה עכ"ל ודעת הריב"ש הוא שאין לנהוג בו דין מנודה כ"א עד שיכריזוהו והיא בסי' ס"ב עש"ב ובש"ע ס' ל"ב וז"ל כיון שלא נהגו לנהוג עם העובר על הסכמת הקהל כדין מוחרם יש לנו לומר שעל דעת המנהג הזה הם מתקנים ע"כ דשמעת מינה דלפו"ד צריך לנהוג בו דין מנודה לולא שלא נהגו. ועיין בתשו' הרשב"א במיוחסות סי' נ"ט וז"ל תשו' שוה"ד שכל מי שיאמר שאינו בעיר ולא שמע בהכרזה אין בדין שיפסיד ולמה יפסיד ומה יעשה ותקנה זו לפי שראו שיש בזה תיקון המדינה להחזיק תרעומת מבעלי עורמות כל מה שתקנו והסכימו והנהיגו בהנהגת כולם מה שעשו עשוי ותקנו בין כדין ובין שאינו כדין רשאים הם והפקרם הפקר עכ"ל. ופי' בהנהגת כולם דקאמר הוא עבור ההכרזה אפי' מי שלא שמע נתחייב. וכן נאמר גם אנחנו לנ"ד שראו שיש בזה תיקון המדינה ואפרושי מאיסורא. ובספר מים רבים יו"ד סי' ס"א ד"ס ע"ב כ' וז"ל הן קדם צריך לדעת כי המנהיגים העומדים היום לפקח על עסקי ציבור עפ"י כח הרשות שנתן להם הדוכוס יר"ה אין להם כח להתיר ההסכמה שהרי האנשים הללו לא ביררום הציבור להיות ט"ה ולא ניתן להם כח כדי לתקן או לבטל שום הסכמה וזו אינה צריכה לפנים כי דבר פשוט הוא שאינם נקראים זט"ה אלא היכא שהעמידום הציבור וקבלו עליהם כל מה שיעשו וכדכתב בהדיא הרשב"א בח"א סי' תרי"ז וז"ל ואקדים לך וכו' אמנם היכא שהציבור לא העמידום כלל כל אפיא שוין דאין במעשיהם כלום ואין לכל חרם שיחרימו דין חרם לענין איסור החרמות וכמ"ש הרשב"א בתשו' אחרת שהביא רב"א בסי' כ"ה וכ"כ הרא"ש בכלל ה' ס"ד וז"ל בכל עת שיסכימו רוב הקהל או ט"ה שנבררו מדעת הקהל להיות כל צרכי העיר נחתכין עפ"י

להתיר החרם יש להם כח להתירו עכ"ל הרי מבואר דלהתיר לחרמי הקהל צריך שיהיו נבררים מדעת הקהל והילכך המנהיגים הללו שלא הוברר מדעת הקהל אין להם כח להתיר חרם ההסכמה וא"ל דכיון שיש להם כח ורשות מהדוכוס הגדול יר"ה לפקח על עסקי ציבור דחשוב זה כאילו הציבור ביררום והעמידום עליהם מטעם דד"ד ש דהא ליתא יעו"ש:

חזו דאתאי לנ"ד שאין לנו זט"ה ממונים לא מהציבור ולא מהדוכוס זולתי החכם באשי נר"ו שנתמנה מהדוכוס הגדול שהוא הוואלי יר"ה ומהציבור אין לו שום מינוי ומינוי הדוכוס הוא בלי רצון העם וגם תקנה זו כבר הסכימו עליה כל עם הקהל שהוכרזה ושמעו ושתקו ונתקיימה כמה חודשים וגם הוא הסכים עמהם ועתה חזר בו לאיזה טעם הידוע לו אין כחו יפה. ואחרון הכביד הר' ח"ס סי' י"ט ע"ד רב העיר שקבל שררה על הציבור בלא רצונם וכתב שם בסוף התשו' ואתם אחי אם אמת וכו' וע"ש בסי' ך' דל"א הביא משם הרשב"א והריב"ש דאם אחר שנתמנה וגמר נתרצו הקהל דלא מהני דהו"ל באונס יעו"ש באורך:

והנה תשו' הרשב"א שהביא הח"ס לא זכר איה מקומה ואני מצאתיה בח"ה הנד"מ סי' רמ"ה יעו"ש:

העומד על הקביצ"ה קב"ץ תמים דההסכמה הנז"ל היא כראי מוצק מכל צד ומכל פינה אליבא דכ"ע ואין שו"א יכול לבטלה זהו הנראה לפקענ"ד ואולם הדבר מסור ביד בעלי ההוראה היושבים על מדין לדון ולהורות כי להם משפט הגאולה ואיני או' קבלו דעתי שהם רשאים ולא אני אלא אם יערב שיחי יערב ואעשה כן גם אני ואם לא יערב גדלו לה' אתי יגדיל תו' ויאדיר וצור יש' יצילנו משגיאות ויראנו מתו' נפלאות פי המדבר:

הלא הוא **אהרן אלחדיף** ס"ט

סימן טו

אלו הטענות שטען הרב המורשה החו"מ מצד מט' הה"ג כמהר"א אלחדיף יצ"ו נגד הרב המורשה מצד כוללות עי"ק צפ"ת היאור ת"ו וז"ל:

הנה מע' הרב כמהרב"א הי"ו היה מפקח על עסקיו שבעה"ק טבת"ו ופקת"ו ושלחו אחריו מע' חו"ר עיה"ק צפת"ו למנותו רב ומו"ץ וחכם באשי עליהם ונכתב לו שטר ההתמנות ברוב מנין ורוב בנין והוברר שכרו באותו נייר סך עשרים לי"פ מלבד ק"ן גרוש בחד"ר. ועוד יש לו נייר תחת ידו בהסכמת שלשה מרבני עיה"ק הנז' שעל פיהם הנהגת העיר שישלימו לו בכל שנה עד ששים לי"פ. אח"כ קמו אנשים והקניטוהו וחירפוהו וביזוהו עד שלא היה יכול לסבול כ"ז ומאס בחייו. והמתין אולי יביאו לו משרת חכם

באשי כדי שיוכל לשפוט בצדק כל המחריס כנגד ד"ת וכמה פעמים אמר להם והיו עושים עצמם שרצונם להביא ולא הביאו עד שסו"ד תבעם לדין לפני הרב דומ"ץ דק"ק אשכנזים יצ"ו והם השיבו כי לא עת הוא סו"ד כשראה שאין מתקנא לכבודו והוא יושב בבזיון הוכרח לנסוע לעירו לכן עתה תובע כל ההוצאות שהם סך עשרים לי"פ. גם שכרו לכל שנה ששים לי"פ על ג' שנים ככתוב בנייר של שלשת הרבנים הנז':

(**וזאת** תשובת הרב המורשה מצד כולל עיה"ק צפת"ו החו"מ). מ"ש בדבריו שיש בידו שני ניירות אחד בעשרים ואחד בששים. יברר על איזה משניהם רוצה לדון. ומ"ש ששלחו להביאו להיות רב וכו'. לא שלחו רק להביאו לעשות שלום בעיר. ואודות המינוי שבידו בסך עשרים לי"פ אעפ"י שאיננו שוה פקש"ן כי לא נחתם ברוב מתוך כל רק זה שלא כנגד זה באונס עכ"ז טרחנו והלכנו לעיקו"ת ירושת"ו להשתדל בהשגת משרת חכם באשי והוא ברח והלך לו. ובעת לכתו באו כת המתנגדת וחילו פניו לשבת והשיב שכבר מחל והלך לו כאשר יבורר זה עפ"י עדים. ומ"ש שביזוהו וכו'. הרי גם כשנתמנה בעה"ק טבת"ו הגיע לו בזיונות הרבה. ומה גם שמי שביזוהו הם ב' וג' פחותים כנהוג בכל המינויים. ומ"ש שעושים עצמם שרוצים להביא פירמאן ולא הביאו להד"מ ואדרבה יש ראיות ממכתבים שבידינו ממע' הה"ג ראש"ל נ"י בהשתדלות הפירמאן הנז' ומה נעשה אם נסע והלך לו. ומ"ש שתבעה לד"ת לפני הה"ג דומ"ץ הי"ו אח"ז. בעת שתבע היתה העיר במבוכה גדולה ולא היה זמן מוכשר להשיבו:

ועל תביעת ההוצאות סך עשרים לי"פ היא גוזמא גדו' כי לא נודע במה הוציא כ"ז כי מסכום הוצאות הנסיעה אשר ראינו בעינינו יוכר הוצאות ביאתו:

עתה אנחנו תובעים ממנו ההוצאות שהוצאנו עליו והם המה א'. סך שמנה לי"פ שלקח מכו' עי"ק חר"ד יבגי ז"ל עבור שהיה הוא מתאכסן אצלו. ב', החילוקים שלקח ממנו ארבעה לי"פ וחצי. עוד חמשה לי"פ שהוציא תחויל על ח"ר משה ידיד בבירות נ"י. עוד שכירות הבית שדר בה פה לגולדי ת"ם קרוב לשבעה לי"פ. עוד עשרים לי"פ שהוצאתי אני החו"מ וכמהר"ש הלוי נ"י בהליכתינו לירושת"ו להשתדל להוציא לו המאמר ח"ב. עוד קרוב לעשרה לי"פ פה לאילי הארץ אודות המזבאטא וכו' ועוד הרבה הוצאות שנבררה אח"כ:

(**תשובה** על הנז' ממורשה הה"ג הנז'). מ"ש על איזה מהניירות רוצה לדון. על שניהם אני דן דשייכי להדדי נינהו הא' לברר מינויו וקבלתו עליהם לרב ומו"ץ וחכם באשי. והשני על קצבת שכרו בסך ששים לי"פ. ומ"ש שלא הביאו אותו כ"א לעשות שלום. לא נפקא מינה מידי אחד שיש בידו שני מינויים. ומ"ש כי מינויו חרם הנשבר וכו' ושלא היה

ברוב מתוך כל וכו'. אם באנו לדון עליו צריכים אנו לדון על מינויך בהרשאה שבידך שגם הוא אינו כ"א מחו"ר הועד שאינם ממונים רוב מתוך כל. ורוב החכמים צווחי שאינם רוצים לא בועד ולא במורשה. אבל לגבי דידי נהפוך הוא שאלו הם העיקר כי הם המוציאים והמביאים בעיר עפ"י חתימת ידם וכן הוא המנהג בעה"ק טבת"ו וצפת"ו. ומ"ש שעכ"ז הלכנו לירושת"ו. הוא אומר שאעפ"י שהלך לטבת"ו היה מצפה שבכל זמן שיביאו לו משרת כם באשי יחזור לעיה"ק צפת"ו ולא הלך רק לנוח מן ההקנטות אדביני ביני. וא"כ למה לא הביאוהו אח"כ. ומ"ש שיש עדים שבאו לחלות פניו וכו'. תחי' יבררו עפ"י עדים שאינם נהנים מן הקהל שביום לכתו באו וחילו פניו ואמר מחלתי ואף אחר הבירור יש לו לטעון שמחל מתוך כעס והרי ראינו שאח"כ תבעם לדין כמה פעמים. ועוד יבררו מהרב כמהר"מ מאמאן יצ"ו שהוא שלח להתרות בהרבנים יצ"ו שברשותם הוא הולך והשיבו שילך. ומ"ש כי גם במינויו בטבת"ו השיגוהו בזיונות. על אלו רוצה למחול ועל אלו אינו רוצה למחול. ומ"ש שלא ביזוהו כ"א ג' פחותים. הדבר ידוע שנתבזה גם מהרבה אנשים. ומ"ש שיש מכתבים מהה"ג ראש"ל יצ"ו. בזה מתגדל התימא מדוע לא גמרו הענין. ומ"ש אודות הוצאותיו סך עשרים לי"פ. בגמר הדבר יברר חשבונה. ותביעותיו שפרעו שמנה לי"פ להרב דוד יבגי ז"ל כ"ז צריך בירור. וגם אחר שיבררו הוא ישיב כי כל זה הם מחוייבים שהביאוהו ואינהו דאפסידו אנפשייהו:

(**תשובה** שנית מהרב המורשה של כוללות עיה"ק צפת"ו) מ"ש שבא לדון על שני הניירות. עוד אני אומר כי לדידי נפקא מינה לברר וליחס על איזה מהם ידון כי על הנייר של ששים לי"פ. הוא בטל שלא נחתם רק מג' רבנים אשר אחד מהם לא היה לו שום עסק בכוללות עיקו"ת ומשם ראיה שלא נחתם משאר הרבנים והדיינים ואדרבה מע' הועד כששמעו בדבר הלכו ומיחו בחותמים הנז' וזאת היא הסיבה שנעשה פירוד ויצאה כת המתנגדת ועל נייר המינוי מלבד מש"ל שאנוסים היו וכו' גם אני מודיע שיש הרבה חתימות שנחתמו בזיוף. וגם מ"ש שהועד יש עליו מערערים וכו'. תשובה כבר קבלת להתדיין עמהם וחתמת וידעת שההרשאה שבידי הוא מהועד וסברת וקבלת וגם מע' הרב ששלח אותך וכתב לך הרשאה כתב לרבני הועד יצ"ו ודרש מהם שימנו אחד לעמוד עמו בדין וע"כ שלח אותך. וכי הוא עצמו שיושב רב ומו"ץ יש לו מינוי מכל קה"ק טבת"ו. מ"ש שאלו הג' שכתבו לו מינוי הששים לי"פ הם הרבנים המוציאים והמביאים בכו' וכו'. לא כן המנהג שלנו רק עפ"י זטה"ע או עפ"י הועד. ומימינו לא נמסר הכולל ליד שנים או שלשה. ומ"ש שהלך לטבת"ו ובדעתו בעת אשר יביאו לו פירמאן יחזור לפה. הנה בעת אשר הלכו יח"ס אצלו מכת המתנגדת לחלות פניו שישב לא דבר אתם

מאומה מזה ואדרבה מחל וגם אני כשהלכתי אצלו ומסרתי בידו המינוי שהבאתי מקוים מירושת"ו. ונתרעמתי עליו מדוע עזב עי"ק צפת"ו ולא דבר אלי מאומה מזה. ומ"ש שמא מתוך כעס מחל כבר מפורש עפ"י עדים שאמר מטו"ר. ומ"ש בענין ההוצאות צריך לברר כבר ברור הוא בפנקס כוללות עי"ק צפ"ת היאור ת"ו:

עוד טען הרב המורשה הנז' נ"י שלפחות היה להם להביא לו משרת ח"ב מהמושל השיבו הרב המורשה כו' עי"ק צפת"ו הנז' שהוא בכבודו ובעצמו הלך להשתדל עם המושל בזה. ויען כי היה לו שנאה עמו בעסקי פקעין ת"ו לא אבה שמוע לו. ע"כ הגיעו הטענות והויכוחים בין שני המורשים הנז' דח"ל בפני הב"ד אשר בירורו ולראית אמו"ץ בעה"ח פעה"ק צפת"ו ד' לח' אב הנחמות שנת תרס"ג ליצירה וקיים:

הצעיר יצחק הכהן ס"ט. הצעיר מאיר משה חי אליקים ס"ט

תשובה אני הח"מ הנברר מצד עדתנו קה"ק צפת"ו ורבניה וחכמיה העי"א. אחרי ששמענו טענות ב' המורשים הי"ו. היה הדבר ברור בעיני מאד שהאמת עם ק"ק צפת"ו ויפה טען הרב המורשה שלהם וטענת הרב המורשה של כמהר"א אלחדיף יצ"ו לדעתי אין בהם ממש וכולם מהבל ימעטו ורוח תפי"ץ אותם ורציתי לישא וליתן בדבר הלכה עם מע' הרב כמהר"א ילוז נ"י הנברר מצד מע' הה"ג הנז' כדרך כל הנבררים לישא וליתן זה ע"ז עד שיודה אחד לחבירו ואם לא יודה יבא השלישי אשר יבררו שניהם ויכריע ביניהם והשיבני הרב הנז' שהוא חולה ב"מ ולא יוכל להתעכב פה העירה. רק אחר ששמענו טענותיהם נסדר הטענות בכתב ויחתמו שני המורשים עליהם ואח"כ יקח כ"א כתב הטענות להשיב עליהם ולכתוב ע"ז כ"א פס"ד וכל אחד יברר האמת כפי דעתו ואמרתי טוב הדבר. ומוכרח אני לאבד הזמן ולכתוב בזה דברים ברורים למבין:

ואבא היום להשיב על טענת המורשים ואחר אחרון אני בא לראות טענת המורשה של עי"ק צפת"ו המשיב להמורשה הבא מצד מט' הרב כמהר"א אלחדיף נ"י ונראים דבריו לפו"ד וצדק בכל טענותיו והמורשה שמצד הרב הנז' מהבל ימעטו דמה שטען הנז' דרוצה לדון על שני הניירות דשייכי להדדי. האחד לברר מינויו לקבלתו עליהם לרב ומו"ץ וח"ב. והשני על קצבת שכרו בששים לי"פ. שפיר השיב ע"ז המורשה שמצד ק"ק צפת"ו שהנייר נחתם בג' ואחד מהם לא היה לו שום עסק בכולל ומשם ראיה שלא נחתם משאר רבנים ודיינים טענה זו חזקה היא עפ"י דין תוה"ק שתתעלה ודב"ז פשוט אפי' לדרדקי דבי רב וגם כי לו יהיה שהג' יש לו עסק בהנהגת הכו' והוא מן הזט"ה אפי"ה אין נייר החתומים בו ג' שוה לכלום. והרי הוא כחרס הנשבר דמה כחן יפה הללו לחייב לכל בני העיר דלא זו שאין להם מינוי להיותם מזט"ה מרוב מתוך כל דהכי בעינן

כדכתבו הפוס' ז"ל ועי' להרב פני משה ובס' תורת חסד לרבי חסדאי כהן ז"ל יעו"ש. וכשהמינוי בלתי רוב מתוך כל לא מהני מידי ולא אזלינן בתריה שהרי עיקר דין תוה"ק שאמרה אחרי רבים להטות הוא ברוב מתוך כל היושבים פנים בפנים ואז הוא דאזלינן בתר רוב. וכן ראיתי בס' משפטים ישרים הנד"מ להה"ג כמהר"ר בירדוגו זצ"ל בחלק א' דל"ח שכ' שם דלא מיקרי רבים אלא בהיותם בועד אחד זה לעומת זה וכלשון חכמים בכ"מ נמנו וגמרו וכו' יעו"ש שהאריך לחזק סברא זו. וכן ראו עיני עוד להה"ג כמהר"ח פאלאגי ז"ל בס' חוקות החיה בחו"מ סי' א' ד"א ע"ב יעו"ש שהביא ג"כ הכי משם הרב מהר"א ששון ז"ל בתשו' סי' כ"ז והביאו הרב הכנה"ג בח' חו"מ ח"א בכללי הקי"ל סי' כ"ה אות כ' יע"ש אלא דאף זו שלא היה להם מינוי כלל וא"כ מה כחם יפה לקצוב לו קצבה נגד בני העיר וכל אנשי המינוי שכתבו לו בעשרים לי"פ:

ואל תהי נבהל להשיב מהא דכתב ה' דרכי משה משם הגהות מרדכי ז"ל בחו"מ סי' של"ג מ"ש שם ושלשה טו"ה חשובים ככל העיר לכל דבר דשנים ושלשה תשובות בדבר חדא דהתם ע"י מינוי כדין איירי שנתמנו מרוב הקהל רוב מתוך כל. ועוד הא דקאמר דג' טו"ה חשובים ככל העיר היינו אם עשו איזה דבר בסתם הוי כאילו כל בני העיר עשו דב"ז דידם כיד כל בנ"ה דמי ושליחותייהו דבני העיר קא עבדי אבל אם עשו דבר נגד כל בנ"ה או נגד רוב בני העיר כמו הכא בנ"ד שבמינוי של הרוב כתוב עשרים לי"פ. והם עצמם הג' חתומים בו. כה"ג ודאי אין בח"ג של טוב"ה יפה כנגד הרוב. ועוד הא דכתב דג' טו"ה חשובים ככל העיר היינו בדליכא כ"א שלשה דלא מינו הקהל עליהם כ"א שלשה דוקא. או אפי' מינו עליהם יותר במידי דשאר טו"ה אינם מתנגדים למה שעושים אלו הג' ומסתמא ניח"ל במה דעבדי. אבל בנ"ד דאיכא זט"ה ושאר טו"ה חתומים עם אנשי העיר המתנגד לזה הנייר שכתוב בו ששים לי"פ ומדלא חזרו שאר טו"ה וחתמו עמהם בזה הנייר נראה דלא ניח"ל בהכי וא"כ מה כחן יפה של שלשה אלו יותר מרוב טו"ה. הא ודאי דאזלינן בתר רוב העיר ואנשי המינוי וזה פשוט אפי' לדרדקי דבי רב. ועוד הרי החכם והדיין של העיר מע' הרב כמהר"ח שאקי ז"ל מדלא חתם עמהם נראה שעשו זה בלי דעתו וכיון שהרב הנז' לא הסכים עמהם מי שם פה לאדם לעשות מעשה נגדו אפי' יסכימו רוב העיר ופרנסיה לתת לו ששים לי"פ והוא אינו מסכים לתת דבר גדול כזה מקופת ת"ח ועניים לרב כזה. הסכמתם זו בטלה ומבוטלת מבלעדו כדכתב הטור בחו"מ סי' רל"א וז"ל אבל אם יש חכם ומנהיג בעיר אפי' כל בני העיר אינן רשאין לתקן כלום זולתו ואם תקנו והתנו דבר בלתי ידיעתו אינו כלום ע"כ. והכי פסק הש"ע כפי הגהת רמ"א שם. והרב ש"ך שם כתב שגם המרדכי ז"ל בב"ב כתב כדברי הטור וכ"כ מהרלנ"ח

בתשו' סי' צ"ט וז"ל וקודם כל דבר ראוי להודיעכם שראוי לכם להשתדל בכל ההסכמות ותקנות כוללות שתקנו לענין תקון הקהלות שיסכים עמכם החכם וכו' כי בלי הסכמתו כמעט שאינם כלל אעפ"י שתהינה אותן ההסכמות עפ"י ברורי כל הקהלות ע"כ. והביא כמה ראשונים דס"ל הכי יעו"ש. ואח"כ הביא ס' הריב"ש בסי' שצ"ט דחולק ע"ז וכ' עליו דכבר בטלו דבריו יעו"ש וכ"כ מהרשד"ם ז"ל חיו"ד סי' ק"א וקי"ז וכ"כ עוד בח' או"ח בסיל"ז בשם הריטב"א ז"ל. וכ"כ מהר"י אדרבי סי' קס"ב. והרב משפ"ץ ח"א סי' רנ"ה יעו"ש ועיין עוד למהרש"ך בח"א סי' ס"ו וכ"כ בס' חוט המשולש שבסוף התשב"ץ שאלה ט"ו וגם בתשובות ושב הכהן בסי' צ"ב והביא דבריהם הרב פתחי תשובה בסי' רל"א יעו"ש. ואם כה תאמר שהרב כמהרא"ח שאקי ז"ל לא נחשב לחבר עיר שלא היה מופלג כ"כ יותר מחו"ר העיר דיש כמוהו בצפת"ו. ז"א הסכת ושמע מ"ש הרא"ם ז"ל בתשו' ח"א סי' נ"ז דכתב ואפי' יש בעיר חכמים יותר מופלגים מהדיין ומנהיג בחכמה ובזקנה הכל בטלים לגביה. וכתב הרב כנה"ג ז"ל שם בהגה"ט אות קכ"ב דלזה כיוין בעה"ט שכתב חכם ומנהיג ע"ש. ואע"ג דמהר"י אדרבי ז"ל בסי' קס"ב חולק ע"ז עכ"פ מודה ז"ל בשוין יעו"ש. וגם אפי' יש כמוהו בזקנים לא יש כמוהו חכם. וא"כ כיון שהוא היה ראש אב"ד מקודש והוא היה החותם ראשון אפי' שיש שאר מנהיגים עמו הוא הנקרא חבר עיר וכל דבר שעושין בלתי הסכמתו לאו כלים הוא ואם התובע טוען שאין זה בסוג חבר עיר עליו לברר דב"ז. וכ"ת אכתי נימא הא דבעינן הסכמת חבר עיר ובלתי הסכמתו לא מהני אותה הסכמה או אותו תיקון אפי' אם יהיה רוב בנ"ה מסכימים בזה אלא במילתא דלית בה משום מגדר מילתא ובמינוי רב ומו"ץ וחכם באשי הי"ו מגדר מילתא כדכתב הרב מהרח"פ ז"ל בס' חוקות החיים בחו"מ סי' ג' שכ"ש שמינוי הרב הוי מגדר מילתא ויכולין הרוב לכוף למיעוט אפי' במידי דאיכא רווחא להאי ופסידא להאי יעי"ש. דז"א דנהי דעיקר המינוי אית ביה משים מגדר מלתא אבל אחר שמינוהו הרוב וכתבו לו בעשרים לי"פ התוספת שרוצים להוסיף ששים לי"פ לא הוי מגדר מלתא כיון שכבר נתרצה ואם רוצה לחזור בו כדין פועל הרי הוי דבר האבד שבלעדי הרוב תתקלקל הנהגת העיר. ויכולין לשכור עליו או להטעותו וא"כ תוספת זה לית ביה משום מגדר מילתא וא"כ אין יכולין להוסיף לי אפי' רוב בני העיר בלתי הסכמת חבר עיר. ועוד באמת מאן לימא לן שלא כיונו להטעותו שראו אותו שרוצה לחזור בו והוא דבר האבד הוסיפו לו להטעותו כדי שלא לחזור בו עכ"פ תוס' זה שהוסיפו לו אלו השלשה לית ביה ממש וכ"ש דלית להו מינוי כלל דמעשיהם לא מהנו ולא מידי כנז"ל. וכ"ש דכ"ש

שהשלישי לא היה בו עסק עם הכולל ולפעמים שהיה חותם עמם. וכמ"ש המורשה דק"ק צפת"ו:

ומה שטען המורשה שכנגדו כי אלה הג' הם העיקר הם המוציאים ומביאים עפ"י חת"י וכן הוא המנהג. יפה השיב לו המורשה מצד ק"ק צפת"ו ועליו להביא ראיה שכך הוא המנהג בצפת"ו כי מנהג גרוע הוא שעפ"י שלשה מתנהג ולא בעינן רוב מתוך כל למנות אותם ולא אפי' מינוי כלל א"צ. ולא יפה דברתי מראש שחבל על איבוד הזמן להשיב על דברים פשוטים שהרי אפי' שאינו גרוע צריך להיות שהוקבע עפ"י ותיקין כמ"ש הרא"ם בח"א סי' ט"ז וסמכו ע"ז רוב גדולי האחרונים כמ"ש בס' חק"ל חו"מ סי' ע"ה ובחאה"ט סי' מ' יעו"ש. וא"כ עליו לברר שמנהג כזה מהני יען שהוא מנהג גרוע וגם לברר שמנהג כזה הוקבע עפ"י ותיקין כיון שהוא התובע עליו לברר להוציא ממון כידוע. וכ"ש שדב"ז נגד הועד שהיה להם מינוי מרוב העיר:

וכעת נבא לישא וליתן על העיקר המינוי עצמו שהוא בעשרים לי"פ גם הוא אינו שוה כלום. כמו שטען המורשה של קה"ק צבת"ו שלא היה המינוי ברוב מתוך כל ולא מהני מידי כנז"ל וזה ברור. ואפי' אפשר דלא היה גם צריך שיחתמו רוב העוצמאלי כי החכם באשי מינוי שלו על בני העוצמאי וכ"ז היה צריך לברר הוא שהוא התובע ואף שיברר שהרוב של העוצמטי מינוהו צריך רוב מתוך כל ובודאי שהוא לא יכחיש בזה שלא היה רוב מתוך כל ואף גם זאת שבאמת טרחו ויגעו והלכו לעיקו"ת ירושת"ו להחזיק בידו ולהוציא לו פירמאן של חכם באשי וגם מע' הה"ג ראש"ל הי"ו קיים חתימות המינוי וכתב מכתבים להוציא המאמר והוא נסע קודם בואם וקודם נסיעתו הלכו אצלו חו"ר ויח"ס וגם כת המתנגדים וחילו פניו לשבת על כסא הרבנות ולא אבה שמוע והיה אומר מחלתי לכם וקבלנו ע"ז עדות נאמנה דברים כהויתן מאנשים נבונים וזקנים ובכל זאת לא אבה שמוע ומה לו כי יצעק לשלם לו הקצבה של שלשה שנים וכי תנאי כפול התנה עליהם שצריכים להוציא לו פירמאן וא"ל יתחייבו לשלם לו הקצבה וילך לו לארצו. והלא לא כתוב במינוי דבר זה כלל ואף אם נאמר שהיה כתוב במינוי כ"ז אין זה אלא אסמכתא שהרי גזים ואין בידו. ועיין בטור וש"ע חו"מ סי' ר"ץ ובודאי שלא כתבו לו כן להיות רב ומו"ץ וחכם באשי אלא שישתדלו בזה בכל מה שיעלה בידם להשיג לו משרת חכם באשי וצריך לזה זמן ולא בחפזון יצא דבר מלכות. והם משתדלים בזה ולא המתין ונסע והלך לו ופה עיה"ק השתדלו להוציא לו מהמושל ולא יכולו כאשר השיב לו הרב המורשה של עי"ק ת"ו כי השתדלו פה להוציא ולא יכולו. והרי אין לך אונם גדול מזה ואנוס רחמנא פטריה וכה"ג אמרינן בש"ס דגיטין אטו תרקבא דדינרי בעי למיהב

לה הרי פייסה ולא איפייסה. ומתוך טעם זה פטרו הפוסקים באב שנתחייב בשידוכין וקנס בעד בתו הגדולה אם פייסה ולא רצתה פעור מן הקנס מהך טעמא גופא דאטו תרקבא דדינרי בעי למיהב לה הרי פייסה ולא איפייסה. ועיין בתשו' פנ"א חלק יו"ד סי' ע"ו וה"נ נימא בנד"ד הרי השתדלו להוציא לו משרת חכם באשי מהמושל של פה ולא יכולו ונתנו . ככתוב בסדר הטענות ולא עלתה בידם וביד שהם פטורים. וא"כ מה לו כי יצעק עליהם והוכרחו ללכת לירשת"ו ולשלוח משם לקמ"ר קושטא יע"א מכתבים כאשר ראינו שהביאו השלוחים מכתבים משם על דבר זה והוא הלך קודם שידע מזה אם הביאו לו משרת ח"ב או לאו והפצירו בו לשבת ולא אבה שמוע ואמ"ל שמחל א"כ נראה מזה שהוא החוזר וביטל מלהיות רב ימו"ץ בע"ק ת"ו והטענה זו תספיק לפטור ק"ק צפת"ו מכל יכל וכל מה שהארכנו לרווחא דמלתא:

ואם יצא לטעון שביזוהו הם מה עשו אחר שכתבו לו המינוי בחת"י ונתנו בידו הם עשו מה שמוטל עליהם ואם איזה אנשים ביזוהו מה כח יש בידם לעשות להם והרי כמה רבנים וגדולים מבזים אותם ובאמת שטענות הללו דברי הבל והבאי הם ואפי' מי שיש לו ריח תורה לא יטעון טענת הללו כלל ואם כה יאמר כיון שהם יודעים שאנשי העיר יש מהם קשים ומחרפין ומגדפין ואין מי שיכול עליהם והם ידעו מזה ועכ"ז מינוהו עליהם וא"כ הם הפסידו אנפשייהו דהוה להו לאודועי ליה ומדלא הודיעוהו אינהו דאפסידו אנפשייהו וירצה לדמות דבר זה לדין המכר בטור ובש"ע חו"מ ס' של"ד גבי השוכר את הפועל לחפור בשדה ובא מטר בענין שאינו יכול לחפור וכן השוכר הפועל להשקות השדה מן הנהר ופסק הנהר וכו' פסקו הטור והשו"ע דאם בע"ה ידע והפועל לא ידע פסידא דבע"ה ואין בעה"ב פטור אלא א"כ שניהם יודעים או שניהם אינם יודעים דאז הוא דאמרי' דהפועל מפסיד דהמוציא מחבירו עליו הראיה יעו"ש. וא"כ ה"ן כיון שלדעתו שהם בזויים וקשים הרבה ואין רב יכול להיות עליהם הו"ל כמו הך דהשוכר את הפועל לחפור ובא מטר שאינו יכול לחפור וכיון שהם יודעים בני עירם ואיהו לא ידע פסידא דידהו הוי. זה אינו דמלבד דאין זה דומה להך דהשוכר את הפועל לחפור שדהו ובא מטר וכן השוכר את הפועל להשקות השדה מן הנהר. דהתם אי אפשר לעבוד עבודתו כלל משא"כ הכא דיכול לעבוד עבודתו שאין כל אנשי העיר מבזים אלא איזה אנשים אחד מני אלף והלא ימצא כמה רבנים שלפעמים מתבזים מאיזה אנשים ומקבלים עליהם והרי הוא עצמו סובל כמה וכמה בזיונות מבני טבת"ו כאשר שמענו באזנינו ועכ"ז סובל עול הרבנות עליו. ועכ"פ נמצא שפועל זה יכול לסבול ולעשות עבודה זו. ועוד דלא פלט לרב ומו"ץ שיבזוהו איזה אנשים וא"כ לא ישאר רב בעולם. ודרך הרב

להיות סבלן ואין זה גדול מאדונינו משה רבן של כל ישראל ומרדכי הצדיק. וקרא כתיב ורצוי לרוב אחיו ולא לכל אחיו. ולא עוד אלא שבעת שכתבו לו המינוי וחתמו אלו כת המתנגדת שיש מהם שביזוהו לא חתמו לו במינוי והוא כזה ראה וקבל. א"כ הרי ידע גם הוא משעת החתימה כת המתנגדת לו ואפ"ה רצה וקבל במינויו. ועוד בודאי ידע שיש בבני צפת"ו אנשים קשים (כאשר כן ימצא בכל עיר ועיר) שהרי הוא מבני צפת"ו וזוכר מה נעשה מלפנים להה"ג מלאך רפאל מאמאן ז"ל מאיזה אנשים. וא"כ הו"ל כשניהם יודעים ופסידא דפועל. ולדעתי באמת אינם קשים דכבר ידוע שמקבל הרב איזה בזיונות לפעמים מאיזה אנשים ולמפורסמות א"צ ראיה. ובודאי הגמור שאפי' יביאו לו משרת ח"ב יקבל בזיונות ולא יוכל לפעול עמהם שום דבר והרי בטבת"ו השיגה ידו משרת הח"ב בכל חו"ת ומבזים אותו ואינו יכול עליהם. א"כ לא ידעתי טענתו מה רוצה מחו"ר עי"ק צפת"ו:

ואם יאמר שמעולם הוא לא בטל רק הלך לטבת"ו כדי שלא יבזוהו ובעת אשר יביאו ני משרת ח"ב יחזור כאשר טען המורשה שלו. הס כי לא להזכיר טענה זו דמי היה בלבו לדעת דבר זה והו"ל לישב בצפת"ו שלא בתור רב ואז הוא כאחד העם ולא יבזוהו וימתין עד בא הפירמאן ואז ישב על כסא הרבנות או היה לו להודיע לאיזה אהובים שהיו לו פה שהוא הולך על מנת לחזור ודברים שבלב אינם דברים. מזה איכא אומדנא שהוא בעצמו חזר בו ומחל כאשר כן אמר בפיו לאנשים נכבדים אשר העידו לפנינו כח ואנחנו קבלנו עדותם:

ומה שטען המורשה שמצרו שמתוך כעס מחל לא אאמין שדב"ז יצא מלב המורשה אלא מן השפה ולחוץ ומי שמע כזאת שהתובע יטעון להוציא ממון מיד המוחזק בדברים כאלה ואפי' פשוט שבפשוטים יודע דב"ז שהתובע עליו להביא ראיה ולהביא עדים שמתוך כעס מחל. הן אמת דמחילה מתוך כעס לא מהנייא כמ"ש רמ"א בחו"מ סי' של"ג שכתב דמחילה דרך כעס לא מהני והפתחי תשובה שם הביא משם תו"ח דף נ"ט פשוט שדחה דעה זו. והרב חת"ס ח"מ סיק"ל ס"ל דלא מהני מחילה דרך כעס יע"ש. וא"כ אף דקי"ל דמחילה דרך כעס לא מהניא. עכ"פ איך יטעון מתוך כעס ועליו לברר דב"ז ובפרט שהעדים שהעידו לפנינו בפי' העידו שלא היה דרך כעס. ומה שהביא ראיה בדבריו שמתוך כעס מחל שהרי ראינו שתבעם לדין אח"כ כמה וכמה פעמים. לא ידעתי מה הוא אומר וכי זו עדות שמחל מתיך כעס לא כי אלא שמחל לה גמורה ואח"כ רוצה להתעולל עליהם ליקח מהם ממון וכי מביאין ראיה מן התובע ועדיפא הוה ליה לטעון שהראיה הוא טוען כן שמחילתו דרך כעס. ומה לי טענה זו ומה לי זו וא"כ טענה זו בטלה

היא. ומה שטען הרב המורשה מצד מע' הה"ג הנז' נ"י והביא ראיה שהמחי' היתה מתוך כעס שאמר שיבררו מהרב כמהר"ר משה מאמאן הי"ו שהוא שלחו להתרות ברבנים שברשותם הוא הולך והרב הנז' השיבו שילך. גם זו אינה ראיה דאיך יהא נאמן הרב הנז' יחידי לחייב לאנשי הקהל. ואם נאמר שהוא נחשב בזה כשותף עם בני העיר הנז' הממנים אותו שגם הוא חותם עמהם אפי"ה אין מחייב שאר בני העיר בהודאתו והוא מחייב עצמו לבד כדפסק הטור ושו"ע בחו"מ סי' ע"ז וז"ל ראובן שתבע משנים שלוו ממנו כאחד וכפר האחד והודה השני שלוו שניהם כא' הרי נתחייב בכל אבל אין מקבלין עדותו על חבירו לחייבו שבועה דאורייתא מפני שהוא כאחד וכו'. וא"כ הכא בנד"ד את"ל דלא הוי נוגע עכ"פ אינו מחייב אותן כי אם שבועה אבל לחייב ממון עפ"י ע"א מי שמע כזאת ועוד שבאמת אין ראיה כלל מהרב כמהר"מ מאמאן יצ"ו הנז' דמה זו עדות אם שלחו לומר להם שברשותם הולך והוא השיב מפיהם שילך מהיכן מוכח מזה שלא ביטל ומחל והמחילה היתה דרך כעס דנהי דפועל יכול לחזור בו אבל חזרת רב הוי דבר האבד ואינו יכול לחזור בו על זה' הוצרך ליטול רשות מהם ולהתרות בהם הוא הוסיף עתה מדיליה. שהרב כמהר"מ מאמאן נ"י אינו אומר לשון להתרות. אלא אמר לו שיאמר להם שברשותם הולך ומפני שבמעמד רבים באו כת המתנגדת אצלו ופייסו אותו וכולם הפציר בו לישב ואמר להם שהוא מוחל להם ברצונו בלי כעס כלל כמו שקבלנו עדות הנז'. ומה שטען ע"ז הרב המורשה שלו שיבררו דבר זה בעדים שאינם נהנים מן הקהל שביום לכתו באו והתרו בו ואמר מחלתי. גם טענה זו אינה טענה כי אין החיוב להביא ראיה מוטל על הנתבע לברר כי מחי' היתה ברצון טוב כ"א על התובע הוא חייב להביא ראיה שהיתה מחי' מתוך כעס כי הוא המוציא וידוע דהמוציא מט"ה. ועוד שהרי רבים כך טוענים שהוא ביטל מאליו ומחל להם בלי כעם ובודאי שדין זה כדין שאר תובע ונתבע שהתובע נאמן בשבועת היסת כדפסק מרן בשו"ע חו"מ סי' פ"ז וגם כאן הרבים יהיו נאמנין בשבועת היסת. ועוד דעל ידי סילוק מהני להעיד אך אינני תוקע עצמי וגם אי מהני סילוק בכה"ג בדבר שאינו בעין עכ"פ אין צריכין לעדות זו דדל עדות מהכא הרי הבע"ד נאמן בשבועת היסת. וגם הכא הרבים נאמנין בשבועת היסת. ועוד שהרי נהגו לקבל עדות מבני הקהל ע"כ תקנותיהם אעפ"י שהן נוגעין כדכתב הרדב"ז ז"ל בסי' פ' וז"ל שה בסוף התשובה זהו הדין אבל כבר נהגו הקהלות לעשות כל דבר עפ"י עדים מהקהל הע"י וע"י חכם הקהל ע"כ יעו"ש. וכן כתב רבינו מרן ב"י בחו"מ סי' ל"ז משם הרא"ש והרשב"א וכתב שם משם הרשב"א שאם נאמר שלא יועילו העדים מן הקהל לא יהיה תיקון לעולם לצרכי צבור יע"ש שהאריך. והכי פסק בש"ע שם שנהגו לקבל

עדות מן הקהל ע"כ תקנותיהם יעו"ש. ואחר שמרן הק' ז"ל העיד בגודלו שכן נהגו ואנן קבלנו הוראותיו ובפרט בעיר עז לנו צפתנ"ו אתנו אתריה דמרן מורינו ורבינו ז"ל והוא העיד שכן נהגו הא ודאי אין לנו לחקור ולדרוש אם נהגו כך פה עי"ק צפת"ו ואם הוקבע המנהג עפ"י ותיקין וכמדומה לי שכן כתב הרב פתחי תשובה ז"ל שם על דברי הרב שבות יעקב שכתב דבעינן בזה שיהיה המנהג קבוע כ' הפ"ת אחר שפסק מרן וכתב שכן נהגו אין צריך ביאור ע"ז אם הוקבע המנהג או לא יעו"ש ועתה אין ספר פתחי תשובה מצוי אצלי לעיין בדב"ק:

ואחר כל זה לא ידעתי מה רוצה מע' הרב מן הקהל יצ"ו ומה טוען הרב המורשה בעדו דאפי' יהיה הוא הנתבע מהני עדים מן בני הקהל להוציא מידו וכ"ש שהוא התובע והקהל נתבעין דאז אין אנו צריכין לכל זה וכנז"ל:

ואם יטעון ויאמר דאפי' שחזר בו וביטל עכ"פ לא הוציא לשון מחילה מפיו וכמו שראיתי להרב אליאו ילוז נ"י הנברר לדיין מצדו שהיה חוקר לעדים שהעידו בפנינו אם אמר להם הרב כמוהר"א אלחדיף נ"י לשון מחילה או אמר להם הריני חוזר בי סתמא ואמרתי לו אני שאין נפקא מינה בזה ובאמת דלא נפקא בזה מידי דוכי פועל שרוצה לחזור בו צריך לומר לשון מחילה דכיון שחזר בו ואינו רוצה לעבוד עבודתו די בזה ונפקע שעבודו והולך לו דדוקא בחוב שרוצה למחול לחבירו צריך לשון מחילה אבל בפועל החוזר בו מה לנו אם אמר לשון מחילה וזה פשוט. ומה גם שאפי' בחוב אין צריך לומר לשון מחילה בפירוש רק כל שאומר דברים המוכיחים שהוא מוחל מהני אע"ג דלא אמר לשון מחילה בפירוש כמו שכתבו להקת הפוסקים מהרימ"ט ח"ב אה"ע סי' כ' משם מהר"ם די בוטון והסכים עמו המהרימ"ט שם בסי' כ"א וכ"כ הכנה"ג בח"מ סי' רמ"א הגה"ט אות ט"ו והביא דבריהם הרב מופת הדור כמהר"ח פאלאגי ז"ל בס' חוקות החיים סי' ס"ד וגם הוא הסכים לזה יעו"ש:

הרי נראה דאפי' בחוב לא בעי לשון מחילה וכ"ש בפועל דדי אם חוזר בו לבד וכ"ש וכ"ש דהעדים הם עצמם העידו דלשון מחילה קאמר. ואם יאמר עוד דאף אם מחל וביטל יכול לחזור בו דלא מהניא מחילתו דגם זה איני דמלבד שלא מצינו שרוצה לחזור למשרתו רק הלך וישב לו בעה"ק טבת"ו ואימתי רצה לחזור בו ממחילתו וביטולו. עוד בה דהיכן מצינו שבפועל לא מהניא חזרתו ויכול לחזור בו עוד לחזור לעבודתו דנהי דמצאנו לכת הפוס' ז"ל שכתבו דאומן ופועל אינו נמחל שעבודו באמירה והכי כתוב בתשובת הרשב"א סי' תתע"ג ובמרדכי בפרק האומנין והביא דבריהם מב"י בחו"מ סי' של"ד שכתבו על למד שהתחיל ללמד ואמר לו בעל הבית לך מעמדי ונתרצה המלמד

ושוב חזר בו ורצה לעכבו דלא נמחל שעבודו באמירה בעלמא וכן כתב משם רבינו ירוחם יעו"ש. וכן כתב הרדב"ז ז"ל גבי אומן בתשובות החדשות סי' ש"ן שכתב שם דבאומנות דגופו קנוי אינו נמחל באמירה צריך קנין כמו שיעו"ש. ועי' לה' כנה"ג בחו"מ סי' של"ד בהגב"י אות ט' ואות כ"ב ועיין עוד להרב חק"ל חח"מ בח"ב סי' כ"ד ד' ל"ו יעו"ש. כ"ז דוקא בבע"ה המוחל למלמד ולאומן דלא נמחל שעבודו באמירה משום שהן משועבדים לבע"ה ובע"ה הוא שיכול לחזור בו משום דלא נמחל שעבודו באמירה אבל להיפך כשהמלמד והאומן הוא שחזר בו ומחל לבע"ה באמירה כיון שאין גוף של בע"ה משועבד לו הא ודאי מהניא מחילתו באמירה בעלמא ושוב ודאי אינו יכול לחזור בו עוד לשוב אל עבודתו וזה פשוט. ואם כן בנדון דידן נמי כיון שמחל וביטל אינו יכול לחזור בו עוד לשוב למשרתו ומכ"ש שלא ביקש לשוב לחזור למשרתו וגם בנ"ד הביטול והמחילה לא היה באמירה לבד רק חשיב כמחילה ע"י מעשה שחזר והלך לביתו לטבת"ו וא"כ לא ידעתי תביעתו מכוללות עיה"ק צפת"ו העניה והדלה וא"כ כל הטענות שטען המורשה בעד הרב הנז' נ"י אין בהם צד זכות עפ"י הדין כלל. גם מה שטען המורשה דק"ק צפת"ו שהה"ג הנז"ל לא הביאוהו למנותו לרב ומו"ץ רק לעשות שלום ביניהם. לא נפקא מינה מידי בזה שהרי אח"כ מינוהו עליהם לרב ומו"ץ ומאי נפ"מ בזה אם בתחי' הביאוהו למנותו לרב עליהם או לעשות שלום ושפיר השיב בזה המורשה שמצד הרב הנז' כי לא ידעתי טענתו בזה ומה כונתו של המורשה דק"ק צפת"ו:

ואין לומר דנפקא מינה בזה משום הוצאות הדרך שבא מטבת"ו לפה צפת"ו דאם נאמר שמעיקרא הובא למנותו לרב אז חייבין ק"ק צפת"ו באותן הוצאות של הדרך ואם נאמר שהביאוהו לשים שלום אז אין חייבים באותה הוצאה משום דלתווך השלום מצוה רבה היא ואין ערוך אליה וזה אפי' בין אדם לחבירו וכ"ש לעשות שלום בין רבים להשבית הריב והמחלוקת מן העיר דהוי מצוה גדולה מאד. והרי כתב הלק"ט ח"א סי' ד' כדי שלא יהא מחלוקת בעיר מותר לעשות איסור בידים בקום עשה מפני שלא יהא מחלוקת ובלבד שלא יפגע באיסור תורה יע"ש ולולי דמסתפינא הייתי אומר דאפי' איסור תורה לעבור עליו היחיד באקראי בעלמא לעשות שלום בין הרבים מותר משום דהוי כמו מצוה דרבים דאמרינן בש"ס דגיטין ובברכות דכ"א ר"א שיחרר עבדו והשלימו לעשרה משום מצוה דרבים וכ"ש לעשות שלום בין רבים דגדול השלום ומצינו שאהרן היה אוהב שלום ורודף ש' עכ"פ מצוה גדולה היא לעשות שלום כידוע ואין צריך אריכות דברים בזה ועיין להרב חוקות החיים בחו"מ סי' צ"א דף קל"ד פ"א וע"ב שכתב מעט במעלת השלום וא"כ כיון דאיכא מצוה בזה נימא דניחא ליה לאיניש למיעבד מצוה בממוניה

כמו שמצינו ברבי אליעזר ששחרר עבדו והפסיד דמי העבד במה ששחררו משום מצוה דרבים וא"כ נימא דניחא ליה לאיניש למיעבד מצוה בממוניה אף דאית ליה פסידא בזה וא"כ אין לו עליהם הוצאות משום מצוה דניחא ליה לאיניש למיעבד מצוה וכו' ואין על כוללות עי"ק לשלם לו. והא דאמרינן דאסור לשאול ספרו של חבירו שלא מדעת חבירו משום דיבא לידי קריעה ואיכא פסידא לבעלים ובמקום פסידא לא אמרינן ניחא ליה לאיניש וכו' דדוקא בעלית וכה"ג דליכא פסידא הוא שהתירו מהך טעמא דניחא ליה לאיניש וכו' דהתם כיון דשלא מדעתו הוא שלוקח החפץ לא אמרי' בכה"ג דניחא ליה לאיניש וכו' במקום דאיכא פסידא:

אך הכא כיון שבידו נתן ומדעתו אך אנחנו לא ידענו דעתו אם כונתו לחזור ולהשתלם או לשם מצוה נימא מסתמא לשם מצוה משום דניחא ליה לאיניש למיעבד מצוה בממוניה אף דאיכא פסידא כיון דכבר נתן. והוי כמי שפרנס יתום סתם דאמרינן מסתמא לשם גמילות חסדים ולמצוה איכוון כמו שכתב הרי"ף ז"ל והביא דבריו הרב ב"י ז"ל בחו"מ סי' קכ"ח ועי' בשו"ע חו"מ סי' ר"ץ ויש לי אריכות דברים בזה ובמקום אחר הארכתי ועיין עוד בש"ע יו"ד בה' צדקה דפסק שם בש"ע ג"כ הכי דהמפרנס יתום בתוך ביתו פטור אם כיוין למצוה וסיים רמ"א שם אפי' יש לו ממון ליתום פטור יעו"ש:

ואף אם אמרו לו שיבא לעשות שלום ויתנו לו שכר ההוצאות אפשר שהם פטורים דיכולים לומר לו משטים אנו בך כיון דאיכא מצוה דאפשר לדמות דין זה להך דמי שאמר לח' תלמוד עם בנך ואני אשלם לך דפטור מטעם דיכול לומר משטה אני בך כיון דבלא"ה חייב ללמוד עם בנו משום מצוה ואף דמסתמא איכא פסידא בזה לחתנו במה שלומד עם בנו ומתבטל ממלאכתו ע"י שלומד עם בנו אפי"ה פטור חמיו במה שאמר לו שילמוד עם בנו אפי' פסידא שהפסיד שנתבטל ע"י מה שלמד עם בנו אפי"ה פטור חמיו מזה כיון דאיכא מצוה. ועדיפא מזה נמצא בס' חסד לאברהם ז"ל בחו"מ תשובה ט"ו שנשאל על שנים הדרים בעיר אחת ולא היה רב בעיר ואחד מהם היה רב ויכול להשתדל אצל קרוביו שידם תקיפה בעיר שיחתמו על קבלת רב ואמר לו חבירו שישתדל שיחתמו על רב פ' והוא יתן לו מכיסו עשרים כסף וכו' ועתה זה טוען משטה הייתי בך ופסק הרב חסד לאברהם דהדין עם הטוען משעה ופטור מליתן לו הסך עשרים כסף וכו' שהבטיחו ליתן לו שדימה ג"כ דין זה להך דאמר לחתנו תלמוד עם בנך דפטור משום דאיכא מצוה יעו"ש. ומשמע נמי דאף שהפסיד ממון ע"י שהשתדל דהיינו שנתן ממון שיחתמו בעד זה או שנתבטל ממלאכתו דאית ליה פסידא אפי"ה פטור זה שהבטיחו אפי' במה שהפסיד. וא"כ אפי' אם היו מבטיחים אותו חו"ר עי"ק צפת"ו לתת לו הוצאותיו ולבא לעשות

שלום ביניהם אפי"ה פטורים כנז"ל. ומכ"ש שלא הבטיחוהו בודאי מסתמא לשם מצוה איכוון משום דניחא ליה לאיניש למיעבד מצוה וכו' אף דאית ליה פסידא וכנז"ל. וא"כ יפה טען המורשה של ק"ק צפת"ו שהביאוהו לעשות שלום ביניהם. דנפקא מינה משום הוצאת הדרך שהוציא לבוא שיהיו פטורים דודאי אין לומר כן. וז"א דלא מיבעיא שאם הבטיחוהו שיבא לעשות שלום ויתנו לו ההוצאות דפשיטא שחייבין דאינו דומה להך דאומר לחתנו תלמוד עם בנך דהתם המצוה היא מוטלת על האב יותר דנהי דאם אחר למד לבן חבירו איכא נמי מצוה אבל עיקר מצוה זו מוטלת על האב. וזו היא ששנינו זו חובת הבן על האב ללמדו תורה או ישכור לו מלמד והוא איננו בן חורין ליפטר ממצוה זו בשום פנים אבל בנדון דידן זו המצוה לעשות שלום איננה מוטלת על רב זה יותר משאר אנשים ולכך אם הבטיחוהו לתת לו ההוצאות ודאי הם חייבין בכה"ג. משא"כ בהך דאמר ליה, תלמוד עם בנך הנזכר בחו"מ סי' פ"א וסי' של"ו וכנז'. וגם דברי הרב חסד לאברהם ז"ל דמדמה נדון דידיה להך דהאומר לחתנו תלמוד עם בנך אינו דומה כלל. ודבריו תמוהים וכבר מצאתי בס' אחד מרבני אשכנז ז"ל ונקרא שמו בשמים ראש בסי' נ"ו שתמה על דברי הרב חסד לאברהם הנז' ודחה דבריו מהלכה יעו"ש. ועוד דמאן לימא לן בהך דאומר לחתנו תלמוד עם בנך וגם בהך נדון הרב חסד לאברהם בדאית ליה פסידא איירי לא כי אלא בדלית פסידא איירי ואף דמסתמא יתבטל ממלאכתו ע"י שילמוד אפשר דזה לא מיקרי פסידא דמניעת הריוח לא מקרי פסידא דלא מקרי פסידא אלא היכא שמפסיד מכיסו ומקרן שלו כנדון דידן. ודוגמא לזה מצינו במה שהתירו דבר האבד בחוה"מ ולא מקרי דבר האבד אלא היכא שמפסיד מן הקרן אבל מניעת הריוח לא מקרי דבר האבד. והכא נמי אפשר לחלק בהכי. והכי מוכח להדיא מהש"ס דב"ק דקי"ז דהיכא דאיכא פסידא חייב. ועי' ביש"ש שם בפ' הגוזל בסי' ל"ח שם כתב דדוקא היכא דיש הפסד למציל בהצלתו אינו יכול לומר משטה אני בך יעו"ש. משמע דבההיא שאמר לחתנו תלמוד עם בנך דאמרינן דפטור אפי' הבטיח לו שכר בדליכא פסידא:

ועוד נראה דדוקא אם עשה המצוה הוא בעצמו. והא דאמרינן דאינו נותן לו שכר המצוה אפי' אם הבטיחו משום דאסור ליטול שכר על המצוה אבל שכר הטירחא דשרי ליקח עליה שכר אם הבטיחוהו ודאי חייבין מידי דהוי אם שלחו שליח להביא להם אתרוג או לולב מעיר אחרת וקצבו לו שכרו דודאי חייבין לתת לו שכר אותה טירחא. ודומה לזה מובא בספ"ב דקידושין דאף דאסור ליטול שכר על הזאה וקידוש מ"מ בשביל הבאה ומילוי שרי ליטול שכר ופי' רש"י ז"ל שם דמלתא דטירחא הוא ושרי למשקל אגרא יעו"ש. וא"כ הכא נמי כיון דקטרח כל הני פרסי ואזיל יש לומר דשרי ליטול שכר טרחתו

וא"כ אפי' שכר טרחתו שרי ליקח כ"ש ההוצאות שהוציא וכיון דשרי ליקח ודאי חייבין ליתן לו וזה פשוט. אלא אפילו לא הבטיחוהו לתת לו אלא בסתם חייבין כיון דשרי ליקח משום טירחא ולא מחשב בהכי למצוה לפטור א"כ אפי' בסתמא חייבין והרי זה דומה להך דינא דמבואר בחו"מ סי' רס"ד ס"ד בהגה דכל אדם שעושה פעולה עם חבירו לא יוכל לומר לו בחנם עשית עמדי הואיל ולא צויתיך אלא צריך ליתן לו שכרו יעו"ש:

ומצאתי ראיתי בס' גאון אחד אשכנזי הכי קרא שמו הרי בשמים בסי' כ"ב שכתב בהדיא הכי דהיכא דשרי ליטול שכר אף אם עשה הדבר בסתם ולא הבטיחו אפי"ה חובה לתת לו כמו בעד שכר פעולה יעו"ש. וא"כ אפילו בעד הטירחא חייבים לתת לו אפילו בסתם שלא הבטיחוהו וכ"ש בעד ההוצאה דאיכא פסידא. ומהך טעמא אין ראיה נמי מהך דהמפרנס יתום בתוך ביתו דפסק מרן ז"ל דפטור דהתם המזונות של היתום בעצמם מצוה הם משא"כ הכא ההוצאות שכר החמרין וכיוצא אין מצוה בעצמה רק המצוה היא עשיית השלום ולכך חייבין אפי' בסתמא. ועוד דהתם ביתום הוא הכניס את היתום בתוך ביתו לזון אותו והיתום לא א"ל מידי ולכך פטור. משא"כ הכא שהם אמרו וכתבו לו מכתבים שיבא לעשות שלום ביניהם ולכך הם חייבין. ועוד אפשר דהתם אינו פטור עד שיהיה איזה בירור והוכחה שנתכוון למצוה והכי דייק לשון מרן ביו"ד שכ' שם ונתכוון למצוה ויש לחלק בכמה גווני:

איך שיהיה נראה ברור שחייבין לתת לו ההוצאות עכ"פ וזה ברור. ואפי' לדעת הר"ן בפסחים ד"ד גבי הך דאיבעיא להו שם המשכיר בית לחבירו בחזקת שהוא בדוק ומצאו שאינו בדוק מהו מי הוי מקח טעות או"ל. ת"ש דאמר אביי לא מיבעיא באתרא דלא יהבי אגרא ובדקי דניחא ליה לאיניש וכו' אלא אפי' באתרא דיהבי אגרא ובדקי דניחא ליה לאיניש וכו' ע"כ. וכתב הר"ן ז"ל דאחרים אומרים דכי אמרינן ניחא ליה לאיניש וכו' לענין דלא הוי מקח טעות אמנם שלומי בעי לשלומי ואני אומר וכו' עד ולא מצי תבע ליה שוכר למשכיר מאי דאפיק עליה שהרי לא הנהו למשכיר כלל דמצוה בלחוד הוא דרמיא עליה דמשכיר עכ"ל. משמע דס"ל להר"ן ז"ל דניחא ליה לאיניש דליעביד מצוה בממוניה אפי' במקום פסידא ולא בעי לשלומי מאי דהפסיד מיניה והכי דייק פשטה דהש"ס כדעת הר"ן ז"ל דלדעת אחרים אינו מתישב היטב לישנא דניח"ל לאיניש דליעביד מצוה בממוניה דכיון דמחזיר לו את הדמים מאי בממוניה איכא. עכ"פ אף לדעת הר"ן הנז' ז"ל דס"ל דאמרי' ניחא ליה לאיניש וכו' אפי' במקום פסידא ולא בעי לשלומי ליה. בנדון דידן מודה הר"ן שחייבים הקהל לתת לו מהנך טעמי וכדכתיבנא. דהתם הוציא הוצאות בעד המצוה גופה. משא"כ בנדון דידן ההוצאות אינם על המצוה

גופה רק הוצאות על הדרך בכדי לבא לעשות המצוה. ועוד דהתם לא הבטיחו לתת לו והכא בנד"ד הבטיחוהו ובכה"ג לא אמרי' דניחא ליה לאיניש במקום פסידא ואפי' הר"ן מודה בזה דכל היכא דאפשר למעט בפלוגתא ודאי הכי עדיף טפי. ועוד דהתם כשמוציא ההוצאות ודאי הוא המצוה של בדיקת חמץ ולכך אמרי' ניחא ליה לאיניש משא"כ בנדון דידן בשעה שמוציא ההוצאות אין ברור לו שתעשה המצוה על ידו שאין הדבר בידו לתווך השלום דאפשר שלא יעלה בידו לתווך השלום ביניהם ובכה"ג שאין המצוה ברורה שתעלה בידו לא אמרינן ניחא ליה לאיניש וכו':

ומכל הני טעמי ודאי נראה דאפי' הר"ן ז"ל מודה שחייבין לתת לו הוצאותיו כנ"ל ברור. ועי' בש"ע או"ח סי' י"ד ועיין בבכורות דף י"ח ועיין עוד להרב שער אפרים ז"ל סי' י"ט. ועי' בס' בני חיי חא"ח סי' כ"ז אות ב' יעו"ש. איך שיהיה שהאמת יורה דרכו דלא נפקא מינה מידי במאי דטעין המורשה דק"ק צפת"ו שהביאוהו לעשות שלום דאכתי חייבים לתת לו הוצאות שהוציא ואפי' דמי טירחא ראוי לתת לו וכ"ש ההוצאות ועכ"פ הם פטורים ממנו מכל מין תביעה מהני טעמי קמאי דכתיבנא ומכ"ש מהך טעמא שהוא מחל להם וזה טעם נכון וחזק כראי מוצק ואין חייבים לתת לו כי אם בעד ששה חדשים שישב רב בעיה"ק צפת"ו ודמי ההוצאות שבא לפה. אבל בעד ההוצאות של החזרה כיון שהוא חזר בו במה יתחייבו לי. ובעד ההוצאות שבא ובשכירות של ששה חודשים שאמרנו שמחוייבים לתת לו. כפי טענת המורשה של צפת"ו הן תובעין ממנו קרוב לחמשים לי"פ ובכולם הוא חייב כמו שכתוב בטענת המורשה דק"ק צפת"ו וגם בהוצאת של עשרים לי"פ ועשרה לי"פ שהוציאו בשביל להביא לו משרת ח' באשי אפשר שהוא חייב בזה. כיון שהוא ביטל והוציאו כ"ז בשבילו הוי כמו דינא דגרמי דחייב כיון דעפ"י דיבורו הפסידו מידי דהוה אהלכו חמרין ולא מצאו תבואה פועלים ומצאו שדה לזה נותן להם שכרם כיון שהפסידו על ידו מלאכת היום וכה"ג פסק הטור בחו"מ סי' של"ד בראובן שאומר לאומן עשה לי כך וכך וכו' עד תשובה חייב ראובן פרוע לאומן משום דינא דגרמי וכו' עד עפ"י דיבורו הפסיד ע"כ. הכא נמי כיון שעפ"י דיבורו הפסידו ממון והוציאו הוצאות עפ"י דיבורו חייב ואין לי להאריך בזה בדינא דגרמי או גרמא בנזיקין. רק דין זה נלמד מקיצור מדברי הרב חוקות החיים בס' שבנדונו חייב לקהל בעד ההוצאות הרב שהוציא בשביל משרת חכם באשי ובנדונו אינם יכולים לסלקו והם הם שרוצים לבטלו ולכך חייב לקהל בכל ומינה דכי היכי שאם הם רוצים לסלקו שלא כדין חייבים בכל ההוצאות שהוציא הוא ה"ן כשהוא ביטל חייב להם כל ההוצאות. אך באמת זה שיבוש גמור שאינו חייב בהוצאות דבשלמא אם הועילו ההוצאות והביאו לו

משרת חכם באשי וע"י שביטל גרם להם ההפסד זה אז ודאי חייבין אבל מאחר שלא עלה בידם להביא ביטולי לא גרם ליה הפסד זה של משרת חכם באשי:

איך שיהיה עכ"פ בשאר הוצאות ודאי חייב אחר שינכה שכירות ששה חו' שהם עשרה לי"פ ושכירות הדרך שבא וינכה ג"כ החילוקים שהם שלו שכך היה התנאי עשרים לי"פ לשנה מלבד החילוקים והשאר יפרע עד פרוטה אחרונה אחר שהם יבררו שנתנו לו:

וה' הוא היודע ועד שכמה ענינים ופלפולים וראיות חזקות עפ"י ספרים וסופרים ראשונים ואחרונים כמוסים תחת ידי וכולם מזכים לכוללות עי"ק צפ"ת הנחל ת"ו וכדי שלא להאריך ולהטריח הקורא קצרתי והאמת יורה דרכו ברוך ה' הבוחר בעמו ישראל באהבה ונתן לנו תורתו תורת אמת. והנלע"ד להלכה ולמעשה כו"ח שמי נאום העבד לאל יחיד:

הצעיר **יוסף מרדכי ידיד הלוי** ס"ט

סימן טז

ישאו הרים שלום לרבא דעמיה מדברנא דאומתיה רב האי גאון המפורסם כקש"ת מוה"ר רפאל זילבערמנאן דומ"ץ בעי"ק צפ"ת היאור יחש"ל כיר"א:

רב וגדול.

יקרת מכתבו הופיע אלי בדבר הברירה אשר נבררתי מצד הרה"ג כמהר"א אלחדיף נ"י לדון לו אודות תביעתו לבני צפת"ו לאמר אלי כי הנברר מצידם סידר פס"ד לזכותם וגם אני אחוה דעי:

הנה לא אפון כי מני"ר ידע או שמע שלא היה לי חפץ ליכנס בתגר זה ובפרט כאשר הלכתי לעי"ק צפת"ו ונבהלתי משמוע זעקת דלים ועתה נוסף גם הוא כי ראיתי דברי הפוסק הנברר הנז' ונרתעתי לאחורי מדברות קו' כגחלי אש ואורייתא מרתחא ליה להטיל מום בת"ח רשומים אשר ידעתים מאז ועד עתה ואל חכמתו הוא נשען להאמין לכל דבריו ודברי שכנגדו הכל הבל ואני מה לי ולצרה וכו' לכן הסכמתי בדעתי להשמיט עצמי מן דין עסק ולהחזיר פס"ד הנז' לידה"ק לולי פני יאושפט הרה"ג דין אב"א למלכא נ"י אשר הרהיבני לעיין בזה ולא יכולתי להישמט והגם כי אני בגולה ואין שום ספר עמדי זולת הש"ע הקצר ואיזה זכירות בכתב ובע"פ ולא אוכל לבא בארוכה כמדתי עכ"ז אמרתי להסתפק במעט מחזיק המרובה. ובלא"ה אני תמיה על הפוס' החדשים מקרוב דיתבי אדוכתייהו באתרא דמארי ביתא מרן הק' זלה"ה ואינם מבררים דעתו ד"ע וילכו אנה ואנה לחפש בס' הפוסקים הסומכים על דגל הקי"ל. ולדידן ל"נ מידי ואין לנו אלא מ"ש בש"ע ולזה גמרתי לעיין בזה בש"ע שבידי ומשם תצא תורה וה' אלדי'ם יעזור לי:

הנה הרבנים המורשים כמהרמ"א הי"ו מצד הרה"ג הי"ו וכמהרי"ך הי"ו מצד הכוללות מתנגדים אודות המינוי שלא נעשה ברוב מתי"ך מר אסר ומר שרי והרב הנברר האריך שכיון שחסר רוב מתו"ך לית בה ממשא וחיליה ודאי מדברי הפוס' שהביא בתחילת דבריו יעו"ש. ובהא מיהא מודה דמינוי רב אף אם הוה ביה רווחא להאי ופסידא להאי הרוב כופין את המיעוט כאשר למד הרב חוקות החיים ח"מ ס"ג ע"ש:

ואני טרם אחלה להשיב בזה תמה אני למטונייהו נמי הלא הנמשך מזה דאי בעינן רוב מתו"ך או גם אם רוב אינם כופין למיעוט במינוי זה דליהוו הממאנים פטורים מהשכר אבל המסכימים מאז ואח"כ מי יפטרם אי הדרי בהו והלא אפי' לגבי איסור ההסכמה אשר פסק ביו"ד סי' רכ"ח ס"ל דהרוב כופין למיעוט בהתרת ההסכמה ואית לן למימר נדר שהותר מקצתו הותר כולו. עכ"ז פסק שם דמי שלא הסכים בהתרה לדידיה לא הותר ע"ש כ"ש לגבי דררא דממונא דחבריה מי שלא מיחה במינוי יתחייב ודאי בשכר הקצוב כולי ואין זה ענין לשוכר פועל לעשות בשל חבירו דסי' של"ו דיטול מה שעשה בשכרו דהכא שכרו לעשות בשלו הוא דהא כל המסכימים צריכים גם הם להנהגת רב ומו"ץ וחייבים לשלם שכרו במושלם וכיון דאית להו שותפות וחלק בנכסי הכולל הרי חלקם משועבד לתשלום שכרו. וא"כ לא ידעתי במה הורע תביעת הרב הנז' בזה:

ועתה אשימה עיני לנגד היסוד שבנו עליו וזכורני כי מי שירצה לפלפל בשני סעיפים דרוב כופין למיעוט ורוב מתו"ך יוכל לחבר מחברת כזה. אבל אני לא אביט הן לדעת הש"ע בזה ובענין רוב כופי"ל יש לי גילוי בדעת מרן דבנ"ד כופין חדא מהך דיו"ד סי' רכ"ח שכתבתי דרוב כופין למיעוט בביטול ההסכמה וכ"מ שם סל"ג ול"ד דמיעוט המוחים בהסכמה אינו מועיל וגם למי שירצה לחלק בדעת מרן בין דאיכא רו"ל ופסי"ל ובין ליכא כבר סתם פיו איש ירושלים הרה"ג מהרמב"ח הביי"ד הרב מר ואהלות ח"מ סי' ו' דהעד העיד דגם ברו"ל ופסי"ל דעת מרן דרוב כופין למיעוט:

שנית ממ"ש שם כי כן פשטה ההוראה בכל ישראל ובל"ס דהוה ברירא ליה למר דפשטה ההוראה בכל ארץ ישראל סביבות מושב תהלתו היא ירושלים ת"ו ומעתה אין להסתפק עוד בזה בדעת מרן דהא פשטה ההוראה עדיף ממנהג. וכמ"ש הרב ב"כ דק"א ע"ג וז"ל והן לא יהא דלא פשטה ההוראה ופד"ר היא מ"מ הואיל והוחזק לעשות כן ונתפשט המנהג מי שבא לבטל המנהג עליו הראיה ע"ש. ובמנהג ברור לן דעת הש"ע בח"מ סי' רט"ו ס"ח דזה עיקר גדול וכו' ללכת אחר המנהג ובסי' רל"ט סי"ט כתב דמנהג מבטל הלכה ע"ש:

שלישית הן לו יהי דיש ספק בזה במילי אחריני אבל במינוי רב כיון שהוא תיקון העיר אין בו ספק דבני העיר כופין זה את זה לכל צורכי העיר וכמפורש בריש סי' קס"ג וע"ע באו"ח סי' נ"ה סי"ז דאם יש בעיר כופין לשכור חזן ע"כ. ומינה דכ"ש שכופין לשכור רב. ומה שנראה נגד זה ממ"ש בא"ח סי' נ"ג סי"ח שאפי' יחיד מוחה במינוי חזן. ועי' במ"א שם דה"ה במינוי במרביץ תורה. אין זה מסייע לנ"ד חדא דהמ"א עצמו ז"ל כתב דזהו דוקא ברוצה לקבל אחר ובנ"ד מעולם לא בחרו אחר לרב ומו"ץ רק לחכם באשי כידוע ועוד דמבואר שם בש"ע דאינו יכול למחות רק כשלא הסכים מתחילה. והכא מפורש בטענת כמהרי"ך הי"ו שיחד היו מסכימים ורק בקצבת השכר הוכחשו אז יצאתה כת המתנגדת גם מבואר דצריך שיהיה טעם הגון למוחה בפני טובי העיר והכא ראינו שישב הרב ששה חדשים וטו"ה מחזיקים בידו ולא שתו לב לעוררים ועכ"ז א"כ בטלה טענת דרוב אינן כופין למיעוט בנדון דידן:

וגם טענת רוב מתו"ך ידעתי גם ידעתי מ"ש מרן בסי' י"ח באומר איני יודע דהולכים אחר הרוב אבל לעומת זה כתב בסי' י"ג ס"ז בבירורו עשרה לדון ואחד אמר איני יודע שאפי' הסכימו התשעה לדעת אחד אינו כלום. וכבר מור"ם והאחרונים עמדו בזה. אמנם העיקר הוא בנ"ד כיון דהסכמה הזאת רק לקבל הרב הזה ולסומכו עליהם ואיננה ענין הוראה ותקנה פשיטא דדעת מר"ן בזה דלא בעינן הסכמת הכל ולא רוב מתו"ך ומעשה רב יוכיח שנעשה בזמן הסמיכה למהר"י בי רב ז"ל אשר סמכו ידיהם עליו מרן ז"ל וכל קדושים עמו לדון ולקנוס וכו' ולא חשו לטענות מהרלב"ח ז"ל דהם לא הסכימו עמהם ולא הוי הסכמת הכל ולא רוב מתו"ך. וראיה זו קיימתיה מסברא דנפשין ושוב זכיתי ומצאתיה להרה"ג מהרימ"ט ז"ל סי' ע"ט הבי"ד הכנה"ג ז"ל סי' י"ג והברכי יוסף שם והבי"ד הפת"ש סי' רל"א וגם הג"פ ז"ל בכלליו כ"א דמבואר מדב"ק כמ"ש ובזה בטלה טענת עיה"ק צפת"ו איתן מישב הק' הנז' דעבדי עיבדא ברוב שלא מתו"ך ופלא על הרב הפוסק הי"ו שהביא כמה פעמים דברי הפת"ש והעלים זאת. וא"כ המינוי והקצבה המפורש בו עשרים לי"פ וק"ן גרוש בחילוק הכל חייבים בה ואין פוטר אותם:

וכי תאמר בלבבך איכה יתחייבו בחד"ר נהי דאין לחוש בזה משום דבר שאין לו קצבה דאינו משתעבד להרמב"ם ז"ל כיון דמרן בסי' ס' וסי' ר"ז פסק דלא כוותיה וגם משום אסמכתא אין לחוש אע"ג דגזים ואיהו בידו כיון דחתימי עלה חשובי העיר לית אס' בב"ד חשוב כמ"ש בסי' ר"ז ובמידי דרבים לא בעינן קנין כידוע באחרו' בסי' כ"ב וב"י סי' של"ד עכ"פ הא משום דשלב"ל איכא אמינא לך דגם בדבר שלב"ל הא איפסיקא הלכתא בסי' ס' דשייך ביה קנין אי הוי בלשון חיוב. והשתא גם אי בנד"ד לא נעשה הדבר בלשון

חיוב כבר הוגד לי שכתוב שם והכל נו"ן באוה"מ כתחז"ל. וידוע הוא מ"ש מרן ז"ל בסי' רמ"א סי"ב דבחסר בשטר משפטי התנאי ונכתב בו וק"מ בחו"ת העשויים כתחז"ל. הרי זה משלים החסרון ודון מינה דה"ה אי חסר תיקון אס' ודשלב"ל כתחז"ל משלמת וכן נזכרתי שהאריך בזה הרב משכנות הרועים ז"ל ע"ע. וזכורני למהרימ"ט ז"ל חו"מ סי' ס"ט שכתב דת"ח גם בלא לשון חיוב מתחייב לדבר שלב"ל, והכא כמה ת"ח איכא:

ובר מן דין אני אומר שאם באנו לערער בזכית זה בואו ונערער ע"כ הזוכים בחד"ר דאית ביה משום אס' ודשלב"ל. וא"כ גם כל הזוכים נוכל להפקיע זכותם אתמהה ומעולם עוף לא ציפצף בזה. ומוכרח לומר הט' דכיון דהמזכים אינם מזכים ממונם ממש רק זכות החזקה דאית להו להמתנדבים דהוגבלה להם ולא לזולתם מכח הך דינא דמכירי כהונה המפורש בח"מ סי' רע"ח ויו"ד סי' ס"ד דגם דהוי דשלב"ל דהו"ל כמטא לידייהו. אמטו"ל כאשר הסכימו והכניסו אחד עמהם להיות גם הוא חבר למכור אחולי אחלו גביה והדר זכי בהדייהו בזכותם ושוב לא מצו לאפקועי זכותיה. ומינה לנ"ד נמי הרי הכניסו עמהם להרב הנז' הי"ו להיות חבר וממילא קא זכי מדין כירי כהונה. ובהא נמי זוכה לשתי שולחנות עיה"ק טבת"ו ועיה"ק צפת"ו דשפיר מצי להיות שני מכירים רק שיסכימו לו שאר חברים בתחילה:

ומעתה שוב אשוב לעיין בטענת מהרמ"א הי"ו הבא לחייבם גם בקצבה הב' שבירר החיוב על הכו' שלשה רבנים אשר דרכם להוציא ולהכניס מסך ששים לי"פ אם תחסר ההכנסה הנז' וכמהרי"ך הי"ו השיב שאין בה ממש כי לא נחתמה משאר הרבנים המנהיגים ומר ניהו הרב הפוסק הי"ו הוסיף קמח כי גם החותמים הנז' אין להם מינוי ומעשיהם בטלים. וגם שהמעשה האחרון סותר לראשון שקצבו הם ואחרים עמהם רק ב' לי"פ. וגם כי לא הסכים בזה כמהרא"ח ז"ל חבר עיר ומעכב ושקו"ט לחזק דבריו עפיה"ד ובדרך אגב כתב דמאן לימא לן שלא היתה כונתם להטעותו בקצבה הנז' אחר שחזרתו הוי דבר האבד וכו':

ואני עני לא ס"ל דחזרת הרב הזה היי דבר האבד והוא דהן אמת דשכירות הרב דמיא לשכירות מלמד ובמלמד כתב מור"ם סי' של"ה ס"ה דחזרתו הוי דבר האבד. אבל הנה תוך כדי דיבור חזר וכתב שם דהמלמד ששכר עצמו לזמן יש לו דין פועל כלו' דחוזר ועי' להבאה"ט שם דחילק שאם לא היה מוצא מלמד קודם לזה. או שעתה יוכל למצוא בנקל או שהתינוק יוכל ללמוד תנ"ך לי מלמד דבכל אלו לא הוי דבר האבד. וא"כ בנ"ד נמי דקודם הרב הזה א היה אחר מוכן. וגם שיוכלו להנהיג עסקיהם ע"י הרבנים הנמצאים. גם אם לא עצהיו"ט מ"מ אינו דבר האבד ומצי לחזור ול"מ אמרי נתכוננו להטעותו. ומה

גם כי ההוא אמר שזמנו של שטר פ' מוכיח כי בעוד שלא נגמר המינוי הראשון ולא הגיע אז לידו ולא התחיל לשרת בק' כלל נכתב הנייר השני כי מיד אשר שמע הקצבה הא' צעק העבודה לא אקבל בזה ואזי הלכו החותמים הנז' ונמלכו בוועד הגדולים ובהסכמתם עשו הנייר השני ולפי"ז אפילו אי הוה דבר האבד כיון שלא התחיל לא מצו להטעותו:

גם מה שכתב שהסכמת חבר עיר מעכבת בזה נפלאת היא בעיני עליו דמלבד שהוא סותר עצמו דבעי מינוי ברוב מתו"ך לכל ממונא וחבר עיר זה מתי נתמנה עוד בה דאם באמת היה לחבר עיר מדוע ביקשו להם לרב ומו"ץ אחר. ומי ישליטם בזה אחר דקי"ל בכל שררה הוא ובניו בקרב וכו' ומעלין בקדש ואין מורידין:

ועוד מאי מייתי ראיה מדברי מר"ן בסי' רל"א על פי הגהת מור"ם שהוסיף או של כל בני העיר והלא כתוב שם בסמ"ע ובבאה"ג כי מר"ן בכ"מ הביא דברי הריב"ש ז"ל דלא בעי הסכמת חבר עיר אלא בבני אומנות ולא בבני העיר. וכן נראה מדברי הרמב"ם ז"ל שלא הזכיר חבר עיר רק בבני אומנות. וכיון דבש"ע הביא דברי הרמב"ם ככתבם וכלשונם ממש הכי ודאי סבירא ליה. ומה נשאר עוד לפנות אל ההג"ה אחר גילוי דעת מרן ז"ל:

גם מ"ש להפקיע מינוי הרבנים הנז' מפני שלא יש להם מינוי לא נכון בעיני דלמה לא יפקיע מכח זה גם פשרי השליחות ושטר חוב ומכירות וכו' העשויים מהזט"ה ובפרט במכר ושכי' דמכח זה ימשך ליתא דריביתא דאין במכירתם ממש ח"ו ואיך קמאי שתקי בהא. ומוכרח לומר דהוא משום דקי"ל בס' ב' דעו"ה שהמחום בב"ד עליהם מעשיהם קיימים. ולא נחלקו רק אם יש להם כח להכריח הציבור במה שאינו נהוג מקדם ואיכא רו"ל ופסי"ל והכרעת מור"ם ז"ל דהולכים בזה אחר המנהג והך המחום לא ס"ל לקמאי כמר דבעי המחום במינוי ואסיפות וכו' דטו"ה קמאי דקמאי כבר המחום בדורם כדבעי עפיס"ד ויש כח בידם לכוף לציבור והמה מכניסים אחרים עמהם שב"ק הראוים לאותה איצטלא א"כ מעשיהם קיימים והדר הנכנסים יש להם כח להכריח הציבור וכו' והם יכניסו לאחרים. כמו שהיה בענין הסמיכה שהנסמך הראשון הוא דבעי מינוי. ואח"כ הנסמך יסמוך בלי המלכה. ומעתה נפל בנין כת"ר והכח ביד טו"ה שבזמנינו גם בלי מינוי הכריח הציבור בדבר הנהוג מקדם. והא חזינן דמנהגם להוציא מהכולל ולזכות לאחרים גם בלי המלכת הקהל ומעשיהם קיימים וה"ה בקצבת הפרס הזה. ואי מהנך דהוסיף כת"ר לא אירייא. אך בזאת שטען כמהרי"ך הי"ו דבעי הסכמת כל הזט"ה הדין עמו. וכמ"ש בסי' ק"י בהגה קהל שבירורו ד' או ה' ברורים אין הולכים אחר הרוב ע"ש. זולת אם יברר הרב דבימים ההם לא היתה ההנהגה זולת על השלש האלה או שנמלכו

עם השאר ושתקו דגם בזה כתב הרדב"ז ח"ב סי' רכ"ג הביי"ד הבאה"ט סי' קל"ח דאחד שאמר לבני החבורה עשינו זה ושתקו דשתיקה כהודאה ע"ש וכ"ש אם הסכימו בפירוש: **אך** מלבד זה מצאתי זכות להרב הנז' במה שקצבו לו שלשה הרואים הנז' אפילו אי הוו כשאר העם יען כי אחר שהעיר צריכים לו והוא לא יקבל רק בקצבה הברורה הנז' וקצבו עמו ובני העיר ושאר הזט"ה שמעו ושתקו הוייא שתיקה כהודאה. והרי זה דומה למ"ש מורה סי' של"ו וסי' פ"א דהשוכר פועל בפני חבירו ושתק חבירו וה"ה בשוכר מלמד לבן חבירו ושתק דחייב לתת לו כל שכרו דשתיקה כהודאה. והגם דמפורש שם דשתיקה דמתחי' וע"ס לאו כהודאה הנה פה רמז מיר"ם לסי"ג לומר דכיון דהו"ל לאסוקי אדעתיה ולמחות בכל גוונא כהודאה דמייא ובל"ס דמשום ששכר בפני אבי הבן להכי אמרינן דהו"ל לאסוקי אדעתיה למחות ה"ן כיון שקצבו עם הרב במעמד ג' דודאי שמעו השאר כדאמרינן לענין טירפא דכיון שנחתם שטרא בתרי קלא אי"ל וכ"ש ג' דמילתא דמתאמרא באפי תלתא אפי' משים לישנא בישא לית בה. א"כ הו"ל לאסוקי אדעתייהו ולמחות ומדשתקי הודאה הוא דקא מודו וכ"ש כיון שהרבנים הנז' נושאים ונותנים בעניני הכולל לא ליהוו גריעי מדין אשה שהשכירה מלמד לבנה וידע בעלה ולא מיחה שדינה מפורש ביו"ד סי' רמ"ח דמעשיה קיימים ועיין בש"ך שם דהתם אע"ג שלא היה בפני הבעל. וכן הסכים לדבריו הברכ"י ז"ל שם משום דמסתמא ניח"ל. וה"ן כיון שדרך הרבנים הנז' לצאת ולבוא בעסקי הכולל ובפרט בדין עסק אשר הם הוברורו להטפל בו עם הרב הנז' כידוע וקצבו עמו. והשאר שמעו כנז' וגם הרב הטוען בעדם הודה ששמעו נימא כיון ששתקו מסתמא ניחא להו במעשיהם. וגם מט' אחר שהם שותפים עמהם בעסקי הכו' וידוע בסי' קע"ו דאע"ג דאין לשותף לשנות ממנהג וכו' אם עבר ועשה שלא מדעת חבירו והודיעו והסכים למעשיו דפטור ומעשיו קיימים. ועיין להסמ"ע שם דהא דבעי והסכים למעשיו היינו משום שעשה מעשה שאין בידו להשיב ומשום הכי אי הסכים למעשיו להדיא אין שתיק לא דמצי אמר מה אועיל אם אצעק אחר שהמעוות לא אוכל לתקון אבל במאי דמצי לתקן כגוונא דנ"ד ושתק אין ה"נ דשתיקתייהו כהודאה ע"ש. ואע"ג דלדברי הפוסק הי"ו. הרי כבר גילו דעתם מעיקרא בנייר המינוי הא' דקצבו לו שני לי"פ וק"ן בחד"ר. וכה"ג מצאתי בזכירות שנסתפק הבני אהרן ז"ל סי' קי"ב בשתיקותא דלאחר גילוי דעת אי הוייא כהודאה או לא. מ"מ אומר אני דלע"ד מהך דסי' קע"ו נראה פשוט דהוייא כהודאה דהא המנהג אין לך נ"ד גדול הימנו ומשו"ה לא בעי לאתנויי בהדי שותף ועכ"ז אמרינן אי עבר ועביד במידי דמצי לתקן חבירו ועכ"ז שתק הוי הסכים למעשיו ומה שעשה עשוי ורק אין הס' אתי לע"ש:

ובר מן דין נראה דנד"ד גם הרב ז"ל שם לא נסתפק בו דהא אחר האמת מעשה שלשת הרבנים הנז' לאו מעשה חדש הוא אלא שהם העריכו כי החד"ר והעשרים לי"פ עם הכנסת מאגידי מן הזולת אשר הסכימו עליהם הכל ודאי יעלו לס' לי"פ לשנה ורק הרב הנז' הי"ו לא בעי למשכוני נפשיה באחריותן ושאל הנייר הב' והמה רצו לעשות חפצו ורצינו וא"כ נאמר שגם השאר כששמעו הבינו שהנייר הב' אינו מתנגד להא' ולפיכך שתקו והסכימו:

ומה שטען הרב הטוען כי כששמעו מיחו לענ"ד נראה דעליהם להביא עדים כשרים ע"ז דהא כל חזקה במקום שערא היא ומי ששערו בידו לא בעי חזקה וכיון הבא מכח חזקה אין להפקיע חזקתו אלא במחאה בפני שנים וכשרים כמ"ש בסי' קמ"ו דאין מחאה בפחות משנים ואפילו מחזיק מודה לא מהני ע"ש. א"כ כ"ש הבא מכח שטר כנ"ד וטוען ששמעו ושתקו ועולה לו לפו"ד דשתיקתם כהודאה והם טוענים שמיחו דודאי בעי מחאה בפני שנים וכמה דלא אתו סהדי שערא מעלייא הוא וגבי ביה:

באופן דלקוצ"ד קל"ה כמות שהיא שגם בקצבת הס' לי"פ שיחדו לו הרבנים הנז' מצי למגבי במושלם על שלשת השנים כיון שהתחילו ושרת את אחיו בהוראה ועסקי הכולל ששה חדשים ולא מצו הדרי בהו וכמ"ש בסי' של"ג ס"א וס"ב שאם הלכו החמרים היינו התחילו אעפ"י שלא היו מוצאים להשכיר עצמם אמש נותן להם שכרם כפועל בטל רק שלא יהיה הבעה"ב אנוס. וסיים בהגה"ה דמלמד שהשכיר עצמו לשתי שנים והתחיל שנה ראשונה הוי התחלה גם לשניה ע"ש. דון מינה לנ"ד שהתחיל כבר דמשלמים אגריה לג' שנים אע"ג שלא היה מוצא להשכיר עצמו ולא הפסידוהו ממ"א. ולאו דוקא כפועל בעל אלא שכרו מושלם נמי כיון דקיבלוהו לרב ומו"ץ. הלא ידוע דכל בעלי תורה כאוכלוסי דמחוזא דאי לא עבדי חלשי. וכמו שראיתי משם מרן ב"י שהביא דברי הרשב"א דבני חבורה ששכרו להם חכם לדרוש וחזרו בהם דחייבים לשלם לו שכרו במושלם ולא שייך הכא אינו דומה הבא טעון לבא ריקם וכו' דפקודי ה' ישרים משמחי לב וכו' כי הלומדים בתורה נוחים הם ואינם עושים מלאכתם יגפו ויעפו כאוכלוסי דמחוזא וכו' ע"ש וכ"פ להדייא בסוף סי' של"ד בשוכר מלמד לבנו וחלה התלמיד וכו' ואין המלמד מכיר בו פסידא דבעה"ב ונותן לו כל שכרו מושלם וסיים בהגה"ה דכל לומדי תורה יותר נוח להם ללמוד מלילך בטל. וכן משמע בתשו' הרא"ש כלל ק"ד ס"ד וכ"ה סי' י"ז ע"ש. ומינה למורה הוראות ועוסק בצרכי ציבור דשמחה רבה אי"ל ואי לא עבדי חלשי דעפ"י הש"ע יתחייבו שכרו מושלם כי הדרי בהו:

אבל מה יועיל לו כ"ז להרב הנז' הי"ו מקמי הך טענתא דטעין עליה כמהרי"ך הי"ו כי הוא הניחם והלך לו ובזה נמחל שעבודו. וגם בידינו דוכראן סהדותא כי מחל להם ברצון שאמר לאנשים הבאים לרצותו קודם לכתו מחלתי וכו'. ובזה נתאמץ הרב הפוסק הי"ו להפקיע זכותו מכל וכל וכלפי לייא חייבו באיזה הוצאות שגרה להם כאשר טען כמהרי"ך הי"ו. ובזה לישרי לן מר דלמטוניה נמי דעדות זו אית בה ממשא אמאי לא פטרו מכחה בהנך הוצאות כיון דאמ"ל מחלתי והנני הולך והם לא מיחו בו הרי גם הם נמחל שעבודייהו דאיבעי להו למחויי ביה קמי סהדי אטו כהך דסו"ס של"ג שכתב מור"ם דבעה"ב שאמר לפועל לך מעמדי דנמחל שעבוד בעה"ב ולא נמחל שעבוד הפועל גם אם נתרצה לבעה"ב. זה אין הדעת סובלו. וכ"מ בזכירות משם הכנה"ג סי' של"ד בהגהב"י שכתב דנהי דאין כח לבעה"ב למחול שעבוד שוכר שעליו אבל אם נתרצה שוכר לאמירת בעה"ב איהו נמי נמחל שעבודיה ע"ש וכ"ש כיון שהוא מוחזק היכי מפיק מיניה ממונא דהוצאות בלתי ראיות:

אלא דבלא"ה אחר ההתבוננות מעט לא נהירא לי עדות זו דלאו בת סמכא היא לא לחיוב ולא לפיטור אחר שהעדים הנז' הם מבני קהלם נוגעים בעדות נינהו ופסולים להעיד כמ"ש בסי' ל"ז ואע"ג שכתב שם בסוף הסימן עכשיו נהגו לקבל עדים מהקהל על תקנתם והסכמתם והקדשות וע"כ ענייהם וכו'. הנה מהפרט שפירט תקנות והסכמות וכו' וכלל כל ענייהם למוד סתום מן המפורש ואין בכלל אלא מה שבפרט דדוקא מידי דדמו להנך פרטא הוא שנהגו ולא בתביעה שבין יחיד לרבים. וכ"כ הפת"ש שם משם הרב שב יעקב ז"ל והברכ"י ז"ל שם משם מהר"י זיין ז"ל ע"ש וא"כ נ"ד פלט מהא. וא"ן יש לחלק מכח הטעם שנתן בזה הרשב"א ז"ל מאריה דהאי דינא שאם נאמר שלא יועילו עדים מהקהל לא יהיה תיקון לעולם לצרכי ציבור ע"ש דבנ"ד דיש כמה קה"ק אשכנזים הי"ו ומהם יוכלו להביא עדים ויש תיקון דבכה"ג ליכא מנהגא ובזכירות מצאתי שכ"כ הרב תו"ח ז"ל סי' קכ"ג וקפ"ה וגם הכנה"ג בסי' ל"ז הביא שני החילוקים וזולתם המוציאים נד"ד ממנהג זה ע"ש. ועתה לו יהי אלא ספק מנהג כבר ידעת בספק מנהג בס' תקנה דקי"ל באה"ע סי' קי"ח דכל ספק בתקנה העמד הדבר על דין תורה. והכא דין תורה הוא דבני הקהל פסולים להעיד. ואע"ג דהפמ"א ז"ל סי' י"א כתב דבבא להחזיק גם בס' תקנה אין להוציא מידו אם תבין הדברים כפשטן הלא המה נגד דעת מרן דהא הך דאה"ע סי' קי"ח שורשה מתשו' הרא"ש ושם איירי גם להחזיק. ועוד כי בתשו' מרן לאה"ע שם מפורש די"ז כמה פעמים גם בלהחזיק אבל העיקר כמו שהוכחתי במ"א מדברי הפמ"א ז"ל עצמו דגם הוא לא אמרה אלא בתקנות דהוזכרו בש"ס דהשתא הדרי הו"ל דינא. אבל בתקנות

חכמי הדורות גם המוחזק הורע כחו בספק תקנה ומצאתי כן להמח"א ז"ל ועתה זכיתי ומצאתי כן עוד להפת"ש בסי' ח"י שכ"כ משם ה' נאות דשא וה' מסגרת השולחן ז"ל ממש ויעלוז לבי

ואם נפשך לומר דמסלקי נפשייהו והדר ליסהדו. הנה מלבד שממ"ש בסי' ט' גבי גזברים דבעינן שאין להם הנאה לא הם ולא כל קרוביהם. וא"כ גם כל קרוביהם בעו סילוק וזה דבר רחוק. עוד בא דהשתא שכבר העידו תו לא מהני סילוק כמ"ש הכנה"ג שס משם מהרש"ך ז"ל משום דעבידי לאחזוקי שקרייהו. ואין זה ענין למ"ש הש"ע דגם לאחר העירעור מהני הסילוק דלאחר עדות מיהא לא מהני ומובן. וכבר גליתי דעתי בעת קבלת העדות דסילוק בתביעת יחיד לרבים לא מהני דממה יסלקו עצמם ועתה שישו בני מעי כי מצאתי לי חבר ורב גדול בזכירות שכן כתב הרב משפטי שמואל סי' ס"ו דדוקא ברבים התובעים ליחיד מהני סילוק ולא ביחיד התובע לרבים ע"ש:

וכ"ש דיפה השיב ע"ז כמהרמ"א הי"ו דמתוך כעס מחל הרב הנז' הי"ו. והרב הפוסק בזה סמך את ידיו עליו ממ"ש מור"ם בסוף סי' של"ג. וי"א דמחילה בכעס לא שמה מחילה. ולדידי אי מהא לא איירייא דמדכתב בלשון וי"א דהו"ל מחלוקת ומדוע בני עירו המוחזקים לא יאמרו קי"ל ברם בקושטא אנכי מצאתי דעת מרן מפורש דמחילה בכעס לא הוי מחילה. והוא כי הרמב"ם ז"ל פ"ה דמכירה כתב יש דברים הרבה שא"ץ קנין וכו' ונהגו להקנות בהם ואינו מועיל אלא להודיע שאינו אומר דברים אלו כמשחק אלא שגמר בלבו ואח"כ אמר לפיכך אם אמר בלב שלם אני גמרתי ואמרתי. לעשות דב"ז אינו צריך דבר אחר. ומהרימ"ט בח"מ סי' קי"ח דן מדבריו אלה דמחילה מתוך כעס ל"מ. ומצאנו להטור והש"ע ביו"ד סי' רס"ז ס"ג שפסקו משם הרמב"ם המשחרר עבדו בכל לשון והוציא בשפתיו דברים שמשמען שלא נשאר לו עליו שעבוד כלל ושגמר בלבו לדב"ז אינו יכול לחזור בו ע"ש. והא ודאי דמאי דנקט ושגמר בלבו לשיטתיה אזיל דבעי לב שלם ולא מתוך כעס. והש"ע דגריר אבתריה ודאי דהכי ס"ל. וכ"מ ג"כ ממ"ש בריש סי' רמ"ב דבמתנה כל שראינו שהיה אנוס א"ץ למודעא והמתנה בטלה מפני האונס שקדם מטעם דכיון דגילה דעתו שאינו חפץ במתנה א"ץ מודעה. ועי' מזה בסי' ר"ה ג"כ ושם כתב דמחילה במתנה. וא"כ הוברר דעת מרן דכל מחילה שאינה בלב שלם כנז' וה"ה למחילה בכעס דאינה מחילה. וצדקה טענת מהרמ"א הי"ו ומאי דשח ושחק עליו הפוסק הי"ו לאמר דדייני סדום דייני הכי דעל הנתבע להביא ראיה ושוה"ד שעל הרב הנז' הי"ו לברר שלא מחל אלא בכעס אחר המחי' שכח דין מפורש וכלל גדול בש"ע סי' ע"ה וז"ל מנה לי בידך שהלויתיך וכו' והלה אומר יודע אני שהלויתני ואיני יודע

אם החזרתיו לך אם לאו חייב ע"ש. דכל בריא בחיובא וס' בחזרה חייב. וא"כ בנ"ד נמי כיון שהוברר החיוב עליהם לדעת כמ"ש ובאים לפטור עצמם מכח מחילתו והוא טוען שמחל בכעס והם לא ידעו דעתו הו"ל ס' בחזרה דעדות העדים שמחל ברצון לא מן ה' הוא ולא מכח זה קאתי הרב הפוסק הי"ו נמי דקאמר לן דגם בס' על הרב הי"ו לברר. ובהא הנה פשוט בס' בחזרה חייבים לשלם כל שהוא ס' דמציאות כנ"ד. ומיהו גם למ"ש שאין בעדות העדים ממש מ"מ אהנייא לדידהו דטעני בבריא שמחל וברצון דלא ישלמו חלקם אבל לגבי אחריני הא לא אהנייא ומספק"ל אם מחל ואם ברצון ולכן חייבים הם לשלם וכמ"ש. ואין לומר כיון דהפקענו שעבודו מאלו גם לאינך מחול. דהא גבי שנים שלוו בשטר אחד בסי' ע"ז קי"ל דאם מחל לאחד מהם חלק חבירו אינו מחול וד"ב:

ובן בנו של ק"ו דאפי' היה מתברר בעדים כשרים שהרב הנז' הי"ו מחל להם ברצון אין אני רואה במחילה זו ממש דהא הגם דקי"ל באה"ע סי' כ"ח מקדש בשכירות אינה מקודשת דישנה לשכירות מתחילה וע"ס והו"ל מלוה עי' בקידושין דמ"ח מ"מ כל כמה דלא עביד עבידתא שכירותו עדיין לא באה לעולם. ואה"ן דאוקימנא לעיל דחייבים שכר פעולתו גם בלא עבד היינו משום דכיון דאי לא עבדי חלשי וזמן אתי ואע"ג שהם בטלים בו הו"ל כעוסקים. אבל קודם בא הזמן פשיטא ודאי דעוד לית ליה זוזי גבייהו השתא וא"כ היכי מהנייא מחילה להנך זוזי והלא בסי' ר"ט פסק מור"ם דמחילה דבר שלא בא לעולם לא מהני ובודאי שהדין הא' גם לדעת מרן כיון דמחילה דינה כמתנה כמ"ש סי' ר"ה וסי' רמ"א ממילא לית בה קנין בדבר שלב"ל כמתנה דל"מ בדבר שלב"ל כמ"ש בסי' ר"ע. ומה דפשיט"ל להרב הפוסק הי"ו דגבי הפועל לא בעי אפי' לשון מחילה אלא מכיון שהלך מהבע"ב אפי' בסתם הרי חזר ואי בעי למיהדר תו לא מצי ולכך עורר קסת"ו עלי למה הייתי מדקדק על העדים אם שמעו מפיו מחילה וכו' אני לא דקדקתי אם אמר לשון מחילה ממש אלא כיוונתי לחוקרם אם שמעו מפיו איזה מאמר שיורה כן או אם שתק והלך בשתיקה דלדידי הא צריכה רבא. ואם הלך בשתיקה ל"מ חזר בו ודלא כמ"ש הפוסק הי"ו דלדידיה הך דמור"ם בסוף סי' של"ו הוייא תיובתיה שכתב במלמד שאמ"ל בעה"ב לך מעמדי וכו' יכול לחזור בו שלא נמחל שעבודו של נער:

וזכורני כי בב"י מביא מהגדולים דלא נמחל שעבודו באמירה ע"ש ולא משום שעבודו של נער. ומ"מ גם מור"ם סיים בשאר פועל דבעי שיאמר לו בפני שנים לך מעמדי ואז פטור גם בלא מחילה או בעינן דהפועל יודה שא"ל הלא"ה אלא שמנע הפעולה בשתיקה לא מיקרי חוזר ודאי. והשתא ומה דבע"ה דלית ליה גבי פועל אלא שעבוד הגוף בעי שיאמ"ל לך ולא בשתיקה. פועל דאי"ל גבי בעה"ב שעבוד ממון לא כ"ש דאין שעבודו נמחל

בשתיקה. וע"ש בפת"ש שכתב דלדעת רש"י והרמב"ם ז"ל אם כבר קיבל דמים הפועל מבע"ה דלא נמחלו לו עד שיאמר לו מחילה בפי' זיל ואין לי עליך דמים ול"ד שעבוד ממון לשעבוד הגוף ודלא כהש"ך ז"ל. אמור מעתה דלכ"ע מיהא לא נמחל השעבוד בין דבעה"ב בין דפועל עד שיגיד בפה שהלך וחזר מתנאו אבל בשתיקה לא וכל עוד שלא נשלם זמן שכירותו מצי הדר לתנאיה. וכן יש לדקדק מדברי מרן בסי' קפ"ה ס"ג וז"ל וכן השוכר את הפועל להציל כל שיציל הרי הוא למשכיר ואם אמר לעצמי אני מציל ה"ז חוזר בו מהשכירות וכל שיציל אחר שאמר לי הרי הוא שלו הרי דלא נקרא חוזר בו מהשכירות עד שיאמר בפיו לעצמי אני מציל ולא מן הסתם:

ויגדל נא כח נד"ז מטעם אחר דזה לא יכחישהו אדם דלא נמלט ה' הנז' הי"ו אלא מהכעסות ובזיונות בהיותו אצלם ולא היה לו עם מי שישיח דאגתו כי קרוביו היו בעה"ק טבת"ו. ומפני זה הלך אל עירו לפוש עד אשר יראה תכלית הדבר וזה הוי אמתלא להליכתו. וכבר ידוע באה"ע סי' ע' דאפילו באשה שאין הבעל חייב במזונותיה רק כשהיא אצלו שאם הלכה ממנו ונתנה אמתלא שהשכנים מוציאים עליה שם רע דחייב לזונה במקום שהיא ע"ש. וז"פ דגם בלא אמתלא אם חזרה בה דלא נמחל שעבודה בהליכה לבד וחייב במזונותיה משתתבע לשוב אי לא בעי לאהדורה ונ"ד נמי דהוי דכוותה וכיון שסמוך ונראה תבע אותם לדין תורה על יד הרה"ג דומ"ץ דק"ק אשכנזים הי"ו ובזה גילה דעתו שמבקש לחזור והם השיבו שיעמדו עמו לד"ת ככתוב בידו א"כ הרי א"ל זיל ומאי דבעית לאשתעויי בהדן בדינא הכא קאימנא ובזה חייבים הם לשלם שכרו כיון שחזרו בהם ועוד דכיון שהם שכרוהו למלאכה ידוע להיות רב ומו"ץ דהיינו לדון בין איש לרעהו ולהיות חכם באשי דהיא שייכא לד"ת שבהיות בידו המשרה יוכל להעמיד הדת על תילה ואליו ישמעון וזולתה יהיה הדבר רפוי כידוע בזמן הרע הזה בעוה"ר וגם בתי דינין היו לולא סמיכתם על חכם באשי הי"ו היתה העזרה ננעלת ואין בידינו להעמיד הדת על תילה ולא הזמינו לו המלאכה הנז' להביא לו המשרה הנז' מקמ"ר קושטא יע"א שאע"ג שהלכו לירושת"ו הי"ל לסיים לשליח לקושטא יע"א ולהוציא הוצאות הצריכים להנז' והם באו עדיה ולא סיימוה קמיה א"כ הם פשעו וחייבים לשלם לו שכרו ואפילו אי הוו אזלי לקושטא ולא היה עולה בידם היה הדין נותן לשלם לו שכרו כיון שרגילות הוא להשיג המשרה הנז' למאן דמתבעי והם לא השיגוה הו"ל כהך דסי' של"ה דהשוכר למלאכה ידוע ונשלמה בחצי היום דאם יש מלאכה קלה ואינה עושה וא"ל אני פועל מאינך דאי לא עבדי חלשי משלם שכרו מושלם:

והנה כבר כתבתי דד"ת בלי משרת חכם באשי היא מלאכה כבדה מהיות שניהם יחד. וגם כיון שרגילות להשיג המשרה הנז' לא איבעי ליה לאסוקי אדעתיה ולהתנות וכ"ז גם אם היו שולחים לקושטא ולא היו משיגים לא היו פטורים אלא בנתבקש מהם ממון הרבה יותר מהמנהג דאז הוה שייך טענה אטו תרקבא דדינרי בעי למיתב ליה. אבל בדבר הרגילות לא ש"ז וכמ"ש ביו"ד סי' רל"ב סי"ב בהגה"ה. אבל עתה שלא הלכו כלל ולא שלחו א"כ הו"ל לא הזמינו לו מלאכה כלל. ומאי שייך לפלפל בענין התנאי ובענין אסמכתא שטען הרב הפוסק הי"ו ובלא"ה כבר כתבתי דבבד"ח לית אס'. ואפי' אם יאמרו ששלחו והוציאו הרבה הי"ל להודיע ולהתנות בהרב הנז' הי"ו ע"י עדים כשרים שעשו כל זאת ויחזור למקומו והשתא דלא הוה לא זה ולא זאת מאין הרגלים לפוטרם:

עוד זאת שמעתי מהרה"ג הנז' הי"ו שכבר הוא תפוס מנכסי א' מהחותמים שיש לו עליו שט"ח ורצונו לתופשו בעד כולם. וגם בזה נלענ"ד דדינא קא מישתעי עפ"י מ"ש מור"ם בסי' קכ"ח ס"ב ואחד שנתפס מכח מס של קהל אחר ותפס משל א' מן הקהל יכול לתופשו בשביל כל הקהל כי כולם אחראין וערבאין זה בשביל זה וא' נתפס על הכל. ומשמע דיהיב להו דין ערב קבלן מדלא הצריך לתבוע מכ"א ואחד מהם תחי' כדין ערב סתם בסי' קכ"ט. וה"ן כיון דאסיקנא לעיל דנתחייבו במה שקצבו א"כ יכול לתפוס מאחד בעד כולם בלי שיתבעם תחילה. וכן דן מהך מהרשד"ם ז"ל ביו"ד ס"צ בראובן החכם כנ"ד שיכול לתפוס שכרו מאחד מבה"ע בעד כולם ע"ש. והגם שלכאורה נראה שאין זה עולה לדעת מרן כיון דשייכות בני העיר להדדי אינו אלא מכח שותפות כמ"ש בסי' קס"ג. ואילו בשותפים מפורש בסי' ע"ז ס"ב דאין להם אלא דין שנים שלוו בשטר אחד דאם יש נכסים לאחד מהם לא יתבע מהב' תחילה:

הנה מצאתי להרב תו"ח סי' קס"ז דק"ן שנשאל כנ"ד ופסק דהרב יכול לתבוע שכרו מכל אחד מבני העיר בעדו מאיזה שירצה הוא תחי' משום דעדיף שותפות בני העיר משאר שותפים. כי ק"ל למר אמאי בשוכר מלמד ומת הנער קי"ל דפטור הבעה"ב ממה שלא למד ואילו ברב הנשכר לזמן ומת אחד מהקהל הסכימו האחרונים שבניו חייבים וכו' אלא דרב שאני דלבעבור תועלתו אנ"ס דגמרי ומשעבדי נפשייהו באופן שלא יגיע לו שום הפסד וא"כ משעבדי ליה נפשייהו נמי להיות ערבנים וקבלנים עש"ב. וא"כ נימא דגם מרן סובר כן. ומלבד זה הלא קי"ל בסי' קכ"ט סיו"ד דגם ערב סתם אם הבע"ח גברא אלמא יתבע הערב תחי'. וכל יחיד לגבי רבים דאיכא זיל הכא קא מדחי ליה וזיל הכא קמדחי ליה הוי כגברא אלמא דיתבע הערב תחילה. וכ"ש בנד"ד דלא בעו לאודויי ליה

ונפל בידו נכסי אחד מהם דיש לדון כמ"ש בסי' קע"ו סל"א בשנים שלוו אם כפר אחד מהם והודה אחד שיתחייב בכל ע"ש:

וכ"ת דכיון דאכתי הלכה זאת אינה ברורה מפי הרב המכריע ועוד לא נגמר הדין ואולי הרב הנז' הי"ו אין לו זכות בדברי הרב הפוס' הי"ו והאיש אשר נושה בו שטרו בידו חזק הרי זה דומה למ"ש בסי' כ"ד אין נזקקין אלא לתובע תחילה ולחד פירושא שם בהגה"ה מיירי דראובן תובע משמעון בענין שלא יוכ"ל פרעתי ושמעון משיב יש לך משלי כו"ך ומבקש זמן להביא עדים יותר מזמן ב"ד אעפ"י שאנו יודעים שיש לו עדים בדבר נזקקין לתובע וצריך לשלם לו מיד. וכ"כ מר"ן בסו"ס פ"ה ראובן נתחייב לשמעון מאתים ושמעון לראובן מנה ושמעון כבר עמד לדין ונתחייב במנה ואמר לראובן תחסר המנה ממאתים שיש לי עליך אם שטרו של שמעון מקויים הדין עמו ע"כ. וא"כ בנ"ד דאכתי לא אתבריר חיוב הרב הנז' הי"ו ולא נתקיים בדין אין לו לגבות משטר האיש הזה כי חזק הוא ולא הזכירו הפוס' דמשתלם מאחד ע"כ בני העיר אלא כשחיובו ברור:

אף לזאת כמה תשו' בדבר. חדא דלא אמרו אלא לתובע זולת היכא דמטי ליה איזה פסידא בדין עיכובא והכא דאיכא שטרא ביד האיש הזה בתורת מכר ושכירות וכל עוד שלא נגמר הדין לוקח הוא שכירותו לית ליה שום פסידא:

שנית דכיון שעתה קרוב כבר הדבר ליגמר כד נפיק אורייתא מפי הרב המכריע הי"ו לזה או לזה. א"כ אין זה דומה למ"ש מור"ם ז"ל דהנתבע מבקש זמן יותר מזמן ב"ד דהבקשה הזאת אין לה שיעור ואין לדבר סוף וממונו של זה מתעכב שלא כדין מה שאין כן הכא:

ועלית על כולנה והיא העיקר דכיון דעכ"פ לא יבצר ענין זה ממחלוקת והתפוס משני הצדדים יזכה בקי"ל, והשתא אם נאמר להרב הנתבע מהאיש ההוא זיל שלים והדר אישתעי דינא הרי הפסיד תפיסתו ולא יכו"ל קי"ל והו"ל זיילי נכסי ובזיילי נכסי דנתבע כ"ע מודו דנזקקין לו כמפורש שם בסי' כ"ד. וכבר כתב כן המט"ש שם אות כ"ד משם תשו' שני המאורות הגדולים ז"ל שם דהיכא דמגריעין כח הנתבע דאית ליה טענות לזכות בהם מכח הקי"ל וכשאנו מוציאים מידו לא מצי למיפק מיד התובע כה"ג נזקקין לנתבע דהו"ל כזיילי נכסי דלוה ע"ש. ואין זה גרוע ממ"ש בש"ע סי' ע"ג סיו"ד שאם רואה הדיין אמתלא לבע"ח שכשיגיע זמן חובו לא יוכל לגבות וכו' דמצוה על הדיין לעכב ממון הלוה גם שבמקום אחר ע"ש ודון מכ"ש לנדון דידן:

באופן נלאתי לצדד לבקש זכות לעה"ק צפת היאור חו' בין בעיקר החיובים בין בענין המחילה והחזרה ולא מצאתי זכות תולה להם עפ"י התורה. ואיני סומך בזה על דעתי דבלא"ה הא איכא מר עוקבא הרה"ג המכריע מני"ר ומי יתן והיה כי ע"י הק' יתוקן הדבר

וישפוט שלום דבר השוה לשניהם שלמא רבא דמר נפיש זכותיה ודבריו נשמעים ואנא זעירא אנא אני בא. ואם כה יעשה ימלט נפשי כי היכי דלא לימטי לי שיבא ואז ישמח לבי ויעלוז. אנכי החותם פה כפר פקעין ת"ו בפ' אלו הן הגולי"ן בכסליו התרס"ד בא סימן ונתתי שלו"ם באר"ץ לפ"ג ליצירה:

הצעיר **אליאו ילוז** ס"ט

סימן טוב

ראה ראיתי את כל טענות ותביעות המורשים החתומים לעיל שהם מט' הרב כמהרי"ץ הכהן הי"ו הבא בהרשאה מאת כוללות עי"ה צפת"ו והר' משה מאיר חי אליקים הי"ו הבא בהרשאה מאתי החו"מ והם כל אחד בירר לו דיין אחד לדון בדין וזבל"א. שהרב המורשה מכוללות עי"ק צפת"ו בירר הרב כהר"י ידיד הלוי והרב המורשה שלי בירר למע' הרב כמהר"א ילוז הי"ו ושניהם ביררו למכריע את מע' הרב הדומ"ץ דק"ק אשכנזים בעיה"ק צפת"ו הרה"ג רפאל זיל בעראמנן הי"ו וראיתי טענת הרב המורשה של כוללות עי"ק צפת"ו והנני להשיב עליהם היות כי יש הרבה דברים שלא יוכלו לדעתם לא המורשה ולא הנברר שלי ואני אבארם. תחילת דיבר מה שטען הרב המורשה של כוללות עי"ק צפת"ו כי הם לא שלחו להביאני כ"א לעשות שלום ע"כ:

הנה מלבד מה שהשיבו הרב המורשה כמ"ש עוד בה שמדוע לא זכר חת"י הנמצאת בידי שכתוב בה להיות לראש ולקצין וחתומים הוא ורעיו אשר היו באותו זמן לועד כללי שנתמנו בחתימות הרבה מאנשי העיר:

ומ"ש רק זה שלא כנגד זה באונס. ע"כ לא אוכל לדעת מי אנסם והם ג"כ הוא והמורשה וחבירו כמהר"ש הלוי יצ"ו שהלכו לעי"ק ירושת"ו בחתימת כל הזט"ה לעשות כל אשר ביכולתם לא ידעתי מי אנסם והאנוסים שהיו לפי דבריו מדוע לא מיחו בהם. וגם לך לא ראה בגוף הפס"ד בביטול טענת האונס. ומ"ש ועכ"ז טרחנו וכו' והמכתבים וקיום המינוי וכו'. אדרבא מדבריהם אלו היא הוכחה גמורה כי ברצון גמור היה הדבר מרו"ס. ומ"ש והשיב שכבר מחל והלך לו כאשר יבורר זה בעדים ע"כ הנה ראיתי את קב"ע אשר עשו וזה נוסחה:

במותב תלתא כחדא הוינא אנן ב"ד דח"ל כד אתא קודמנא ה"ה נסים הכהן חלאליה הי"ו ואסהיד אחר האיום והגיזום כדחזי איך שסמוך לנסיעת מע' הרה"ג בכור אהרן אלחדיף הי"ו מפה עיה"ק צפת"ו בארבעה או חמשה ימים באו כמה אנשים שהיו מתנגדים אליו במינוי רבנותו ונסים הנז' הי"ו אף עמהם וחילו פניו לשבת במקומו ובשררתו ולא אבה ואמר בזה"ל מחול לכם לא אשב. וכמו כן העיד בפנינו הישיש הנכבד הר' חביב יאיר

הי"ו איך שהיה עמהם בשעה שהיו מחלים פני הרב הנז' הי"ו והבטיחוהו שישתדלו לו במשרת ח' באשי ולא קיבל וביאר דבריו שהרב הנז' היה מדבר עמהם ברצון רק שלא נזכר אם אמ"ל הרב הנז' לשון מחילה וכן העיד בפנינו הרי"ץ צנאניץ הי"ו שגם הוא היה מהמחלים פניו של הרב הנז' הי"ו ובמעמדם ולא אבה שמוע ואמ"ל מחול (בזה"ל מסמאח מא בקעוד) וביאר שכל דברי הרב הנז' עמהם היו בנחת וברצון ע"כ הגיעו דברי העדים הנז' בפנינו ובפני שני המורשים אחד מצד מע' הרב הנז' יצ"ו והשני מצד כוללות עה"ק צפת"ו ולראיה ח"ש פה עיה"ק צפת"ו בש"א לח' אב הרחמן ש' התרס"ג ליצירה והשו"ב וקים:

הצעיר אליהו יאלוז ס"ט. הצעיר יוסף חיים מאמאן ס"ט. הצעיר יוסף ידיד הלוי ס"ט.

טרם כל אני צועק על העדות דאיך תועיל עדותם מאחר שהם מבני העיר ונוגעים בעדות הוו ולא חזו ולא מידי וכמ"ש מרן בשולחנו הטהור בסי' ל"ז סי' י"ח וי"ט ע"ש. ועי' לה' ברכי יוסף שם או"ג מ"ש בזה וע"ע בבאה"ט מ"ש משם הש"ך וכן בפ"ת סק"י ע"ש. והגם שנניח במונח שסילקו את עצמם מהנאה עכ"ז צריך הסילוק קנין וכמו שהאריך עוד בזה להלן להוכיח במישור שאין העדות זו מהנייא כלל מכמה טעמי:

ואמנם עתה יש לעיין בגוף הקב"ע בעצמה שקיבלו אותה שלשת החו"מ הנז"ל. דאף שתמצא לומר דהעדים ההם יכולים להעיד ע"י סילוק וכיוצא. הנה קבלת העדות מיהא לא תועיל לכלום שהרי אחד מהג' הנז' הוא הנברר של ק"ק ספרדים הבא מכחם להפך בזכותם על פי הטענות שלהם. ואם כן איך יוכל לקבל עדות דהוי כדן דין שהרי הוא נוגע בדבר וכמ"ש מרן בסי' ל"ז סי"ט אין דנין בדייני אותה העיר. עי' להפ"ת סקי"א מ"ש. וא"כ כיון דלדון אינו יכול כ"ש שאין לו רשות לקב"ע ונמצא דפשו להו תרי וקב"ע בעי שלשה כמ"ש מר"ן בסכ"ח סכ"א ובבאה"ט שם דהו"ל כשנים שדנו שאין דיניהם דין כמ"ש בסי' נ"ב ס"ב. והכנה"ג בהגהב"י אות קט"ו כתב משם מו"ה מהרימ"ט ז"ל בתשו' לאה"ע סי' מ"ג דאפי' לבה"ג דס"ל דשנים שדנו דיניהם דין מ"מ מודה הוא דקב"ע בעי ג' ע"ש. ועיין להרב פנים במשפט שם. והגם שהוא נברר בזבל"א וזבל"א היינו רק להפך בזכותם עפ"י טענותיהם ולא שיפסוק דין עפי"ו ומכ"ש שלא לקבל עדות וכמ"ש:

ואנכי הרואה דאף לפי עדות העדים הנז' שהעידו שאני מחלתי אף שנניח שעדותם אמת ומקויימת עכ"ז ע"כ לא פסק מר"ן בשוה"ט סי' י"ב דמחילה אינה צריכה קנין וכ"פ בסי' רמ"א כי אם בדלא תפיס שטרא בידיה וכמ"ש הסמ"ע והביאו הבאה"ט שם דבדנקיט המוחל שט"ח בידו ל"מ מחילה וכו'. ועי' להפ"ת סקי"ד שם. ועי' להברכ"י בסי' י"ב

מדנ"ג עד נ"ה כי האריך הרחיב לישב דעת הסמ"ע ע"ן עם דברי הרמ"א והביא להקת הפוס' בזה:

ולי נראה שגם מר"ן סל"ה דבתפיס המוחל שערא בידיה אין מחילתו מחילה ממ"ש מור"ם בסי' רמ"א בלשון וי"א אפי' היה וכו'. מכלל שהבין דמרן קאי בדלא תפיס דוקא וכבר הארכתי להוכיח כן במקום אחר כיד ה' הטובה עלי ואכמ"ל. ועי' להרב בני חיי בסי' זה שכתב שכדעת הסמ"ע משמע נמי מסתמיות כל האחרונים ע"ש מה גם דעפ"י שהוכחנו שהעדים נוגעים בעדותם הם א"כ יכו"ל משטה הייתי בכה:

ואתה קח לך מ"ש הרב פנים במשפט סי' י"ב או"ט מדברי הרמב"ם דהיכא שיש לו' שהיה משחק ומהתל במחילה צריכה קנין ע"ש. ואנן נמי נימא הכי בדעת מר"ן שהוא כלשון הרמב"ם ממש. ועי' לקמן מ"ש עוד בזה בשם הר' מנחת זכרון מש"ה. ונד"ד אם איתא דמחל להם היה מחזיר המינוי שבידו וכן כל הזכיות שמסרו בידו. אם לא שנאמר דאף אם כדבריהם כן הוא שאמ"ל שמחל לדחייא בעלמא אמר להו הכי. ועוד דאיכא אומדנא דמוכח שלא מחלתי שהרי בהיותי שם שלחו לי ע"י כמהר"מ מאמאן הי"ו לקבל מהם בעד טענותי סך חמשים לי"פ ולא רציתי באומרי כי איך אמחול על טענותי בסך הנז'. כי הסך הנז' בלא"ה הם חייבים לי באין או"ד כו"ע ואיך אמחול על השאר ועד שנעמוד על ד"ת אם יעלה לפו"ד ליקח הכל הנה מ"ט ואם לאו החמשים לי"פ הם שלי דהיינו שכי' ששה חדשים בסך שלשים לי"פ ועשרים של ההוצאות הרי חמשים לי"פ ועוד כשחזרתי לטבת"ו הפצירו בי ע"י כתביהם בחת"י אשר הוא כמוס תח"י לקבל מהם הסך הנז' ולא רציתי מהטעמים הנז"ל ומאותו יום עד עתה אין דובר אלי דבר. ואדרבא דוחים אותי מיום ליום שנעמוד לדין ושו"א לא העלה על ד"ל שפת"ו לומר שכבר מחלתי ואדרבא אומרים שנעמוד לדין וקבעו לי זמן לעמוד בדין. ויש לדון בזה שלא יועיל כאשר כתוב אצלי בעד שהעיד על שו"ב שחשוד מזה זמן רב והוא עצמו היה אוכל משחיטתו יעו"ש דל"מ עדותו מאחר ששתק כל אותו זמן ובטחוני חזק כי מע' הרב כמהר"ם מאמאן יצ"ו יעיד על זה כי מעולם לא נשמע דבר זה של המחילה אם לא שדבר זה חדשים מקרוב באו ומי כחכם ויבין את זאת שהיא אומדנא דמוכח שלא מחלתי ולא אמחול ויקוב הדין את ההר:

ועוד שאלה אחרת אני שואל מכם אשר יגיד פשר דבר מע' הרב כמהר"מ מאמאן יצ"ו שהיה הוא ראש המשתדלים עמי לשבת איתם. ובאמת יהגה חיכי מה שאני זוכר אחר כמה שנים שהיו מהבאים אצלי מע' הר' הנז"ל והרי"ץ הכהן חלאליה הי"ו ולהבדיל הרי"ץ פינעו ז"ל והביאו בידם תנאים שאחתום עליהם ואזי יבוא שלום ובראותי שיש

בהם תנאי אחד שיש עליו חרם מן הראשונים ז"ל שלא לעשותו היתה תשובתי שעל כולו אחתום חוץ מזה והסכמה זו היא כמוסה אצלי בזכיות הכולל. וכשראו שלא רציתי לחתום הלכו להם וזהו מה שהיה סיבת המניעה והרב הנז' יגידיה ויערכה ותנאם הנה מצויה אצלי תחת ידי בכתיבת הסופר שלהם ולא נזכר שום מחילה וכ"ז היה טרם נסיעתי:

ואל תשיבני דא"כ לפי"ז מה יועיל לעדות הרב כמהר"מ מאמאן הי"ו ועדות בן אחיו כמהרב"מ הי"ו אשר שאלתי שהם מבני העיר והרי כתב הרא"ש בתשו' כלל ו' סימן כ"א דאפילו לחובתן אינם יכולים להעיד דאין חילוק דעד הפסול פסול לכל אלא חלקם יכולים לוותר בהודאתם יעו"ש. הנה מלבד דק"ל על הרא"ש מההיא דפ"ק דע"ז דאוה"ע באים בטענה לפני הקב"ה וכו' א"ל הקב"ה יבואו עדים ויעידו בכם שישראל שיקיימו את התו':

ואוסיפה לך דברי המש"ל בפ' ט"ו מה' עדות ה"א מאי דהק' על הרא"ש וז"ל כל עדות שתביא הנאה וכו' בתשו' הרא"ש כלל ו' סי' ך' כתב שאינו יכול להעיד לא לזכות ולא לחובה דאין חילוק בעדות הפסול פסול לכל. ודברי תימא הם דכל נוגע בדבר לא מפסיל אלא משום בעל דבר וכשמעיד לחובתו כשר ככל אדם ונאמנים נמי לחוב בעדותם לקהל וזכורני לא' מגדולי המורים א"ה תמצאנו בב"י סי' ל"ז ס"ז ד"ה מצאתי כתוב ועי' הרשב"א סי' אלף ק"ו בשני שותפים שהעידו בחובתם שנאמנים נמי לגבי שאר השותפים להוציא מהם וצ"ע ע"כ. וז"ל הרשב"א שכתב דלחובתם יכולים להעיד דע"כ לא אמרינן דין נגיעת עדות אלא היכא דאית להו הנאה. אמנם היכא דלית ליה הנאה אלא אדרבא בעדות זאת חוב הוא לו אזי ודאי דיכול להעיד כהודאת בעל דין כמאה עדים דמי וליכא נגיעת עדות כלל וכו' יעו"ש:

וכן כתבו התוס' לחלק בין פיסול בגוף ובין פיסול ממון וז"ל בפ' חזקת הבתים דמ"ג וקשה היכי מהני סילוק גבי עדים כיון שמתחילה היו פסולים ואנן בעינן שיהיה העדות תחילתו וסופו בכשרות. ותירץ דזה דוקא בפיסול הגוף אבל בפיסול ממון לא בעי' תחי' בכשרות ע"ש. ועי' בסמ"ע סי' ל"ז סק"א ובש"ך שם ע"כ. וכ"כ הר' צמח צדק סי' ל"ז דמ"ז ע"ג וד' ויצא לחלק בדברי הרא"ש ושם הביא שהרב"י בח"מ סי' ל"ז וסי' קמ"ו ששני שותפים שהעידו חובתם נאמנים לחייב את חבריהם והיינו היכא דלית להו הנאה בחיובא דחברייהו וכו' ולא אמרו לפסול עדות הפסולים בין לזכות בין לחובה אין עליו שום עדות אלא כבעל דין עצמו אבל בני העיר דוקא לזכות אין יכולים להעיד אבל לחובה

בני העיר נאמנים ע"כ וע"ש שהביא שכן דעת הרמב"ם. עוד ע"ש שהביא חבר לדעת הרא"ש הוא הרדב"ז ח"א סי"א דמשמע מינה דאין ב"ה יכולים להעיד אפי' לחובה:

והגם כי מצאנו חבר להרא"ש כנז"ל לדידן ל"מ המוחזק לומר קי"ל כיון דפסקה מר"ן על שוה"ט שם סי' ל"ז ס"ו ואנן קבלנו הוראותיו ול"מ לומר קי"ל דלא כוותיה וגם מה שתירץ הרב ערך השולחן שם בעד הרא"ש לא יועיל ולא יציל לנ"ד כיון שמר"ן הק' פסק דלא כוותיה ולדידן יוסף הוא השליט הוא המסביר לכל עם הארץ ארץ ישראל מקודשת:

ולך נא ראה להר' צמח צדק שם שנדחק לתרץ על קושית הרא"ש וז"ל שם דמ"ה ע"ד. אבל צריכים אנו לדחוק וכו' בין לזכות בין לחובה ע"כ. וא"ת שיסלקו עצמן דבר זה אי אפשר וכמ"ש הרא"ש עצמו שם אות ט' בפסקת ומ"ש הר' מנחם וכו' אינו מהני סילוקן בדבר זה. דרב"ז של פריעת מס הנהוג לעולם ואי אפשר להם להסתלק שלא יהנו לעולם מן המס שיתן ע"כ. ולפי דברי הרב הנז' נפקא לן בדברי הרא"ש דאי לא היה משום קרוביהם היו יכולים להעיד לחובה. ועט"ר הרמ"ז בכנסיה שלו ח"מ ח"א ס"ו בהגהט"ו אות מ"ד וז"ל דוקא לזכותן של בני העיר אבל לחובתן של ב"ה נאמנים מהר"ר בצלאל ס"ה בשם הריטב"א ז"ל וכן ראיתי להריב"ש ז"ל בסי' תמ"ו והרא"ש בתשו' כלל ו' סי' כ"ה חולק ע"כ ומרן מלכא הנז' בסי' ל"ז בהגהב"י אות ו' יעו"ש שהאריך בדבר. ועי' להר' פרי צדיק ח"א ולמהר"ש פרימו בתשו' כהונת עולם ס"א קול אליהו ח"ב ח"מ ס"ג ועי' להח"ש סי' ל"ה בהגהב"י אות ה' ו'. ועי' להר' פנים במשפט בסי' ל"ז אות כ"ד ושם ס"ה אות י"א יעו"ש ושם בסי' ג"ל אות ה' בענין שונא גמור דכתב רש"ל דאפי' רבנן מודו דפסול להעידו יש לדעת אם בא להעיד לזכות שונאו אי מקבלינן סהדותייהו יעו"ש. ועי' בס' קנין פירות במע' נו"ן אות תרמ"ב סק"ב:

ומכל האמור נקח לנ"ד שלחובה יכולים להעיד. ומעתה נשוב למה שהתחלנו בתחילת דברינו לפסול עידי המחילה מטעם דנוגעים בעדותם הם שהם מבני העיר ואית להו הנאה ובהא קא מסהדי לזכות ב"ה ולהפקיע חיובם וכמו שכבר זכרנו ממ"ש מרן בסי' ל"ו דפסולים הם שהרי לא סילקו עצמם ואפי' את"ל שסילקו הרי לא קנו מידם וסילוק צריך קנין וכמש"ל. ועי' להר' פנים במשפט סי' ל"ז אות א' וז"ל כל עדות שיש לאדם וכו' מדסתם מרן אופן הסילוק באיזה לשון סילק עצמו והצריך קנין משמע דלדינא בכל מין סילוק ובכל לשון של סילוק בעי קנין ובלא קנין מגן שוייא. וכן דקדק ה"ה בס' מחנה יאודה ז"ל ולשון רבינו והרמב"ם סתום דמשמע דבכל לשון סילוק לא סגי בלא קנין יעו"ש באורך:

ועיין לעט"ר הרמ"ז ח"מ ח"א סי' ל"ז אות כ"ח הגהט"ו וז"ל הא דמהני סילוק היינו דוקא ברבים התובעים ליחיד אבל ביחיד התובע לרבים ל"מ סילוק. משפטי שמואל סי' ס"ה ועיין בנימין זאב סי' תנ"ג ע"כ ועי' למהר"ש הלוי שאלה א' דפ"ה ע"ג וד' שכתב דבענין ממון אי אפשר להעיד אנשי העיר בלי הסתלקות זולתי בתקנות והסכמות יעוש"ב. וכן בדפ"ז ע"א ועי' לח"ש בסי' ל"ז הגהב"י אות ל"א ול"ז והסילוק צריך שיהיה להם ולזרעם אחריהם ולקרוביהם דפסולים לעדות ולזרעם אחריהם הנולד אחר עדותם ע"ס כל העו' כ"כ הח"ש בסי' ל"ז הגהט"ו אות ך' יעוש"ב. ובנד"ד לא יתכן להם לסלק עצמם מהנאת העיר וגם לחלק לקרוביהם ע"ס כל הדורות וכמובן:

ואם יאמר האומר שגם עתה יסלקו הנאתם ויבואו להעיד על המחילה דב"ז אי אפשר לאומרו כאשר תראה להק"ש סי' ל"ג בהגהב"י אות ט"ו דכתב אם העיד בלי סילוקן דאינו יכול להעיד עוד אפי' שנסתלק ועי' מה שהניח בצ"ע. ועיין עוד לעט"ר הרמ"ז ח"מ סי' ל"ז בהגהט"ו אות ע"ה וז"ל אם העיד בלי סילוק כבר נפסל ושוב אינו יכול להעיד אפילו בסילוק הרש"ך ח"א סי' תס"ח ע"כ. ועיין שמחת יו"ט ד"ל ע"ג והש"ך בסי' ל"ד ס"ק ז"ך ובית יאודה עייאש דע"א ע"א ובמור"ם סי' ל"ג ס"ב ובפ"ת שם סק"ה ועיין להרב שדה חמד בקונטריס דברי חכמים סי' מ"ג דנ"א ע"א וב' במה שהאריך בדבר. ועי' להרב פנים במשפט סי' ל"ג ול"ז אות ה' והח"ש סי' ז' בהגהב"י אות ע"ו בחכם שגילה דעתו יעו"ש ובסי' י"ז הגהב"י אות יו"ד וי"א וי"ב וי"ג יעו"ש. ועי' להרב קנין פירות מע' ד' אות כ"א וז"ל דיין שגילה דעתו לאחד מבע"ד ובאות כ"ט כתב דיין שעשה פסק אם יכול עוד לדון בדבר. ועי' להרב פנים במשפט סי' ל"ג אות טו"ב דה"ט משום דעבידי לאחזוקי שקרייהו:

וכ"ת היכא מיקרו נוגעים בעדות הוא דוקא דאית להו הנאת ממון אבל לא הנאת רצון וכיוצא מדברים אחרים וכמ"ש מהרימ"ט ח"ב ח"מ סי' ע"א שכתב שכיון דאין להם הנאת ממון אעפ"י שעושים רצונם לא מיקרי בשביל זה נוגע לעדות ויכולים להעיד וכו' יעו"ש:

ולך נא ראה לעט"ר הרמ"ז בכנסייה שלו ח"מ ח"א סי' ל"ז הגהט"ו אות מ"ד שהביא משם מהריב"ל בתשו' שכתב דאפי' אין להם הנאת ממון אלא עשות רצונם מקרי נוגע בעדות ואינם יכולים להעיד יעו"ש. וכן סבר הרא"ש בכלל ו' סי' כ"ה וכן פסק הטור בסי' ל"ז ס"ט דכיון דאית ליה טירחא בהוצאתה מיאודה יותר מלוי הו"ל נוגע בעדות אע"ג דליכא הנאת ממון יעו"ש, וכ"ן שפסק מר"ן הש"ע בסי' ל"ז ס' י"ז. ועיין להרב פנים במשפט שם אות א"ך במע' ה' שציין גם מדברי הש"ע שם ס"ך נראה לומר כן:

ועיין לעט"ר בכנה"ג ח"מ ח"א סי' ל"ז בהגהט"ו אות מ"ו שאחר שהביא דברי מהריב"ל דסי' ל"ד הנז' סיים וכתב וז"ל ובסי' מ"א כתב דכיון שהם מעידים וניכר לכל שמחמת שנאה וקטטה ביניהם הם מעידים נוגע בעדות מיקרי וכן כתב הרשד"ם חלק יו"ד סי' קי"א ובעל משפט צדק בח"א סי' ע"ה ומהר"ש הלוי ז"ל בחלק יו"ד סי' ז' וחלק ח"מ סי' י"ח הרבו להקשות עליהם ועכ"ז הסכימו על דבריהם ע"כ. ועי' להר' שדה חמד בקונ' דברי חכמים אות ע' סי' ע"ג דכ"א ע"א וב'. ועי' להר' מהר"ש הלוי ז"ל בס"ז דכ"ז ע"א שהביא מהרשד"ם בסי' קי"א וז"ל ואם כונתך שהם מעידים עליו שבפי' קיבל עליו החרם הא ודאי שהם נוגעים בעדות כל עוד שהם רוצים לעמוד בחומרתם כי יש להם הנאה שלוקחים נקמתם מהם במה שלא יהיה מורה. והטור כתב בה' עדות בשם הרמב"ם שאם יש לעד שום צד הנאה בעו' אפי' רחוקה ונפלאה הרי זה לא יעיד כ"ש כי זה דרך קרוב מאד עכ"ל:

ממנו נקח לנ"ד שכונתם שאין רצונם להיות הוא המורה וביאתם אינו אלא לפנים ביודעם שכבר מאס מושב העיר וסופם הוכיח על תחילתם כי לא לרצון להם שבתו עמם. ועיין להח"ש בהגהט"ו סי' ל"ז אות ג' שהנקימה חשיבא הנאה יעו"ש ושם באות כ"ה וכ"ז ועי' בס' קנין פירות במע' ס' אות ג' וז"ל סילוק וכו' אבל בעידי הנאה אינו מועיל דמצי טעין שמפני שלא ראה שם אנשים דמהנו להעיד בעידי הודאה מה שאינו וכו' יעו"ש במה שציין אנן נמי נימא הכי בנד"ד:

ועדיפא מינה הביא עט"ר הרמ"ז בכנסייה שלו ח"מ ח"א סי' ל"ז בהגהט"ו אות ט"ל וז"ל אפי' בענין דלא ליקרו ליה גברא אלמא מיקרי נוגע בעדות מ"ש סי' כ"ח בשם הרד"ך ע"כ הביא משם הרדב"ז דשלא יהיה לו תרעומת הוי נוגע בעדות. אף אנו נאמר כן בנ"ד שכיון דלא לומר עלייהו גברא אלמי נינהו שאין רוצים לפרוע חיובם נוגעים בעדותם הוו. ועי' בס' פנים במשפט סיל"ז אות י"ד. ועי' להח"ש בסי' ל"ז בהגהט"ו אות כ"ח:

ואל תאמר כי לא הבאתי דבר לדידן שכבר כתב מרן בש"ע ח"מ סי' ל"ז סכ"ב וז"ל עכשיו נהגו הקהל וכו' וא"כ מנהג מבטל הלכה. לזאת אשיב מלבד מ"ש הר' אורח משפט שם בהגהב"י אות ה' שהביא משם הר' פרי צדיק בס"א שכתב דאין כונת מרן לומר דמן הסתם הוא המנהג כן כ"א שיש מקומות שעשו תקנה להתנהג כן וכו' יעוש"ב ועי' שם באות ז' וח':

עוד זאת להודיע כי בנ"ד לא נאמרה כמ"ש בב"י במוצא די"ז שם שהוא מתשו' הרא"ש כלל ה' אות ד' וז"ל מנהג פשוט דכל ישראל שאין מביאים עדים מחוץ לעיר להעיד וכו' כיון שקיבלום עליהם אנשי העיר עכ"ל:

גם ראו הביא לנו מ"ש דברי רבינו ירוחם והיא נ"כ ח"א והיא בתשו' הרשב"א ועידי הקהל שהם מעידים על התקנות והקדשות והם נוגעים בעדות כן נהגו בכל קהלות הק' שאין מביאים עדים ממדינה למדינה וכו' ע"כ וא"כ בנ"ד דאיכא מאנשי העיר קהלה אחרת ואין צורך להביא ממדינה למדינה פשוט הדבר שאין כשרים להעיד אנשי העיר הנוגעים בעדותם וזה פשוט. ועי' להרב פנים במשפט בסי' ל"ז אות כ"ח שהאריך בדבר:

ועיין לעט"ר הרמ"ז בכנה"ג ח"מ ח"א סי' ל"ז הגהב"י אות ל"ב וז"ל באותה שעה ועידי הקהל שהם מעידים על התקנות ועל הקדשות וכו' נ"ב דוקא הקדשות שהקדישו הציבור דומיא דתקנות ציבור אבל שיבואו עידי הקהל ויעידו על אחד שהקדיש נכסיו לקהל לא עלה על לב שיועיל עדותם כלל וכ"ש אם יש בעיר בתי כנסיות אחרות שיוכלו להעיד עדים מקהל אחר. הר"ר יצחק בן לב ז"ל בתשו' כ"י ועי' בתשו' מהרשד"ם חלק י"ד סי' צ"ז ובהרש"ך ח"ב סי' ק"ט ובמשפט צדק ח"א סי' כ"ב וכ"ה ונ"א ע"כ. ועי' עוד שם באות ל"ג ול"ו. ועי' להר' פנים במשפט בסי' ל"ז אות נ"ו ועי' להר' ח"ש סי' ל"ז הגהב"י אות ל"ח ואם יש שני קהלות בעיר כיון שכל קהל וקהל הרי הוא כעיר בפ"ע וכמ"ש מהרדב"ז ודאי דאין נאמנים בני קהל אחד לחייב לקהל אחר עפ"י עדותם היכא שיש להם הנאה בעדותם. ועי' בכנה"ג ס"ק ל"ו שהביא כן משם הרשד"ם ועי' בפרת מ"א ח"א סי' ק"ט וקצת קשה שנראה מתוך דבריו שחילוק זה למדו הוא מדעתו מדברי האחרונים ז"ל ואינו כן שכבר בפירושא איתא בהרשד"ם ז"ל יו"ד סי' קכ"ה. ומן התימא שהוא עצמו הזכירו ע"כ וכן אנו מדמים לנ"ד דכיון דיש קהל קדוש אשכנזים לא עלה על לב שיועיל עדותם ומרן מלכא הכנה"ג בסי' ז' הגהט"ו אות מ"ח וז"ל הא דמהני סילוק לדיינים היינו דוקא דומייא דעדים דהתביעה עם בני העיר דאם אלו לא יסתלקו ויהיו פסולים לא נמצא מי שידון להם. אבל כשיש דיינים אחרים בעיר אפי' שהם מקהל אחר לא מהני סילוק משפטי שמואל סי' ס"ו וע"ט. ועי' בס' ערוך השולחן בסי' ל"ז אות כ"ט שהביא משם מרן הב"י וכו' יעו"ש. שאם אי אתה אומר כן מי מעיד על אותו הקדש ועי' בתשו' והלא הביאה] עט"ר הרמ"ז בסי' ל"ז אות כ"ב ועי' להח"ש שם בהגהב"י אות מ"ו ויצא לחלק בה. וע"ע להר' מהר"י זיין בס' שערי ישועה בח"מ שער ג' סי' ג' והבי"ד הברכ"י בסי' ל"ז ועי' למהראנ"ח ח"א סי' כ"ט וח"ב סי' ס"ב ומשא מלך דס"ב ומהר"י אדרבי סי' קנ"ו ודון מינייהו ואוקי באתרין שעדותם זו לא מהנייא מטעם דנוגעים:

והמט"ש בסי' ז' הגהב"י אות י"ג וז"ל מיהו ע"כ לא קאמר הרא"ש והרשב"א אלא דהיחיד הנתבע הוא מהעיר ויושב שם אבל אם הנתבע מצד הדיין הוא מעיר אחרת והם באים

להכניסו כבני עירו מטעם המנהג אינם נאמנים פ"מ ח"ג סי' ס"ח דקל"ז ע"ג ועי' בזה בתשו' מהרי"ץ אשכנזי סי' י"ד ע"כ:

ונפקא לן לנ"ד דאפי' לפי המנהג אינם נאמנים דמה לי נתבע ומה לי תובע ועי"ש בסי' ל"ז הגהט"ו אות יו"ד. ועי' במ"ש אורח משפט סי' ל"ז בהגהט"ו אות כ"ח וז"ל סי"ח אם יש מנהג בעיר וכו' נ"ב עי' בסוס"י ל"ז ועי' להגאון מ"א בחק"ל מ"ב כ"י חח"מ סי' י"ד וסי' כ"ג ועי' להרב מים שאל ח"מ ס"ח יעו"ש ע"כ. ועי' בקנין פירות מע' מנהג אות ה' וז"ל לענין אם נפל ספק בין יחיד עם רבים שהקהל אומרים כן הוא המנהג והיחיד אומר אינו כן ויש דררא דממונא אין הקהל מוחזקים ע"ש:

ואני אומר כן בנ"ד דאין הקהל מוחזקים ומידי עוברי מצאתי ראיתי בס' מנחת זכרון מע' מ' אות ח' וז"ל אחרי כותבי זה בא לידי תשו' מהר"י ן' מיגאש ז"ל וחזיתיה שם בסי' ח' שכתב בפשיטות דמחילה בכעס ומריבה אם מחל לו בפירוש דמהני ואין יכול לחזור בו:

ואני בער ולא אדע דאיך הרמב"ם פליג על רביה דהרי הרמב"ם תלמיד מהר"י ן' מיגאש היה ואיך פסק דמחי' ע"י כעס ומריבה לא מהני כלל אי לא קנו מידו או עד שיאמר בלב שלם אמרתי וגמרתי ע"כ:

ולדידי חזי לי לישב דלא פליג ארביה דגם הרמב"ם כן אמר או עד שיאמר וכו' דהיינו ממש כלשון רבו אם מחל לו בפירוש וגם אם קנו מידו הו"ל כמחל לו בפירוש ועי' בחק"ל יו"ד ח"ג סי' פ"ב ופ"ג שפת הים חיו"ד סי' ב"ך ע"כ. ואני כעת בתוך הגולה ואין הספרים מצויים לפני לדעת מה כתוב בהם:

ומאחר עלות דהעדים הם פסולים להעיד מחמת שהם בני העיר וגם שלא היה סילוק ואפי' היה בעי' קנין ועכשיו לא יועיל הסילוק וגם המנהג הכשיר עדות בני העיר לא יועיל מחמת דאיכא קהילה אחרת בעיר שיכולים להעיד בלתי שום הנאה וכאמור ומדובר וא"כ עדות המחילה הנז' כלא חשיבא:

ניחזי אנן אם יכולים הם לטעון מחלת לנו מבלי שום עדות ומה דינה של טענה זו הנה מר"ן הק' בשוה"ט בח"מ סי' פ"ב סעיף י"א כתב וז"ל אם טען הלוה מחלת לי חוב שבשטר יש מי שאומר שדינו כמי שטוען פרעתיו וכו' יעי"ש. ובטוען פרעתי כתב מרן שם ס"ב דכשיש בשטר נאמנות ומקויים בב"ד גובה בלא שבו' ואין שומעין לו אם טען השבע לי ואם אין בו נאמנות כ"ז שלא יטעון השבע לי שלא פרעתיך מגבים אותו ואם טען השבע לי משביעין אותו בנקיטת חפץ ויטול ובס"ג סיים שאומרים ללוה הבא מעותיו ואח"כ ישבע ויטול וכו' ע"ש:

נחזור לסי' פ"ב הנז' ויש מי שאומר כמו שטוען אמנה ורבית כתב מר"ן הש"ע בסי' פ"ב סעי' יו"ד הוציא עליו שטר מקויים והלוה אומר שהוא מזויף או שטוען חוב זה רבית הוא או אמנה או כתבתי ללוות ולא לויתי והמלוה עומד בשטרו ואומר שזה טוען שקר ואמר הלוה ישבע ויטול אין שומעין לו להשביעו אלא ישלם ואח"כ יטעון על המלוה במה שירצה עכ"ל:

והנה ידוע דמרן ז"ל כשמביא יש אומרים וי"א הוא פוסק כי"א בתרא והסמ"ע בס"ק ט"ל כ' וז"ל כמי שטוען אמנה טעמייהו שאין סתם שטר עומד למחילה ולנ"ד שהיא טענת מחילה שהוא כמי שטוען אמנה לדעת יש אומרים בתרא דינא יתיב דצריך לשלם בתחי' ואח"כ יטעון ואפי' לי"א קמא כבר כתבנו דעת מרן שכשאין בשטר נאמנות נשבע המלוה ונוטל אם טען הלוה תחי' שישבע לו כנז"ל וא"כ פשטה ההוראה לנ"ד שצריך שישלמו בתחי' ואח"כ יטענו לי"א בתרא ולי"א קמא אין ה"נ דאם יטענו לנשבע יביאו תחי' המעות ואז אשבע שלא מחלתי ואטול וכמו שכבר כתב מר"ן שם ס' ג' שכשטוען שפרע השטר ואמר ישבע לי המלוה ויטול אומרים לו הבא מעותיו ואח"כ ישבע ויטול ע"כ. ועי' להרב משכה"ר אות מ' דקס"ט שהאריך בדי"ז ונסתפק לברר דעת מרן אם דעתו כי"א קמא או כי"א בתרא ע"ש ואמנם אנן בדידן לא נפקא לן מידי דאין הכי נמי דאשבע ואטול ואם אמור יאמרו שאני יש לי דין ת"ח בזמן הזה לענין שלא להשביעוני. וכמ"ש הר' כנסת יחזקאל ח"מ סי' צ"ה יעו"ש ומרן הש"ע בסי' פ"ב ס"ו וז"ל היה המלוה ת"ח אין משביעין אותו ואין מגבין אותו אי מהא לא ישמע על פיך כי כבר פסק מרן שם ואם לא תפס והוא מעצמו רוצה לישבע כדי לגבות את שלו שומעין לו ע"כ. מה גם דבנ"ד שאני תפוס כמ"ש בעיקר הפסק והסכימו עמי ראש אב"ד מקודש בעה"ק ירושת"ו הוא הרב כמהר"י ישראל ז"ל ולהבדיל בין החיים בדה"ץ של עי"ק טבת"ו ותפיסתי הויא תפיסה וכבר כתב מרן שם אבל אם תפס משל לוה אין מוציאין מידו. וא"כ לפי"ז רווחא מילתא לנ"ד דאפי' לי"א קמא אין עלי שבועה כדין נשבע ונוטל מאחר שאני תפוס מהם וכמש"ל:

וכי תאמר בלבבך ולמה לא נאמין אותם בטענתם שאני מחלתי במגו דמצו אמרי פרענו וכמו שמצינו למרן הק' בתשו' אבק"ר שהקשה לדעת הרי"ף והרמב"ם מב"ם ז"ל וא"ת להרי"ף והרמב"ם ושאר פוס' דס"ל דנאמן לומר פרעתי למה לא יהיה נאמן אמנה או כתבתי ללוות וכו' וכיוצא בהם דמגו דאי בעי אמר פרעתי. י"ל דלא אמרי' מגו אלא היכא דהוה מצי למטען טענה מעלייתא מהך דקא טעין כדאיתא בפ"ק דמכות גבי הנושא אשה ולא מצא לה בתולים וכו' דא"כ בנ"ד נמי ליכא למימר יהיה נאמן לומר אמנה או כתבתי ללוות דמגו דפרעתי משום דאין זה מגו טוב דיותר נח לומר אמנה או כתבתי

ללוות וכו' ממה שיאמר פרעתי מפני שיאמרו משקר הוא דאי לא כן שטרא בידי מאי בעי דס"ל שאין רגיל לפרוע עד שיחזור לו השטר וכו' ואם היה רוצה היה אומר פרעתי ליתא מכמה טעמי חדא דלא אמרינן מגו אלא היכא דהוה מצי טעין טענה מעלייתא מהך והכא טענת פרעתי גרועה מטענת אמנה וכו' יעוש"ב:

אתאן לנ"ד שהמגו דפרעתי אינו טוב והיא טענה גרועה מן הראשונה דאם יטענו שפרעו את הכל בהיותי שם הו"ל מיגו במקום חזקה. וחזקה דאין אדם פורע בתו"ז כידוע ועי' בכללי המיגו להש"ך אות יו"ד ויש לי מקום להאריך בזה ואולם לא עת האסף. ועי' למרן בכללי המיגו וז"ל אע"ג דמיגו במקום חזקה בעייא דלא איפשיטא ה"מ כשהטענה שטוען סותרת החזקה אבל טענת דמיגו אינה סותרת החזקה. אבל אם טענת דמיגו סותרת החזקה לא אמרינן מיגו במקום חזקה כי יש לדקדק מההוא דאמרינן בגיטין מפני מה אמרה תורה מודה במקצת הטענה ישבע וכו' עכ"ל ונ"ד טענת המיגו סותרת החזקה דאין אדם פורע תו"ז:

ועיין בכללי המיגו במקום חזקה בס' ערך השולחן סי' פ"ב אות י"ח וי"ט וכ' וכ"ב וכ"ד וכ"ו יעו"ש. ואם יטענו שפרעו לי הששה חדשים שישבתי הו"ל מיגו לחצי טענה ומיגו לחצי טענה ל"א כידוע. ועי' בכללי המיגו להש"ך בקיצור כללי המיגו מבעל נתיבות משפט סי' יו"ד המובאה שם יעו"ש ועי' בס' ערך השולחן בכללי המיגו סי' ט"ל ומ' יעו"ש. ואם יאמרו שפרעו את הכל אחר שעבר זמנו. גם בזה לא בחרו כאשר חפצתי כי יודיעוני על יד מי שלחום לי יען שאני לא נשארתי בעירם והלכתי למקום אחר. ואם אינם מבררים ידים מוכיחות דמשקרי ועיין להמט"ש בתשו' מהרמ"ג אשר הובאה בס' דרכי נועם ח"מ סי' ל"א דרל"א ע"א יעויין שם:

ועוד לך נא ראה לעט"ר הרמ"ז בכנסייה שלו בסי' פ"ב בכללי המיגו אות פ"ב וז"ל מעתה אני חוזר לכללי המיגו הנכנסים תחת סוג מיגו במקום עדים לא אמרינן מיגו אלא היכא ששתי הטענות יכולות להיות אמת הטענה שטוען וטענת המיגו רשב"ם והרא"ש ז"ל בפ' ח"ה גבי עובדא דשטרא מעלייא הו"ל ואירכס מהריב"ל ח"ג סי' מ"ט מהר"א ששון ז"ל סי' ע"ב עכל"ה. ובנ"ד טענת פרעתי אי אפשר להיות אמת כאשר ביארתי ואין יכולים לברר כיון דלא היו דברים מעולם:

ויש לדמות נ"ד להא דכתב הש"ך בכללי המיגו סי' פ"ב אות ט' וז"ל עוד כתב בד"מ וסמ"ע ז"ל במרדכי בפ' הכותב שאין מיגו היכא שסובר שטוען אמת במיגו שיכול לשקר וכן כתבו התוס' בפ' חזקת הבתים ע"כ ודבר זה צריך באור וז"ל המרדכי בפ' הכותב על הא דפוגמת כתובתה צריכה לישבע תימא דאמאי אינה נאמנת בלא שבועה במיגו דלא

היתה פוגמת. וי"ל דלא אמרינן מיגו היכא שאומר אמת במיגו דאי בעייא משקרא. בכי האי גוונא אמרינן ביבמות מת בעלי במלחמה אינה נאמנת מת על מטתו נאמנת ואינה נאמנת לומר מת במלחמה מיגו דמת על מטתו ע"כ:

ולכאורה דברים אלו אינם מובנים דהא כל מיגו כך הוא ונראה דהכי קאמר דלא אמרינן מיגו היכא שהוא סובר שהוא אומר אמת ואנן אמרינן דלא דייק וסובר כך ואינו כן במיגו דאי בעייא משקרא והשתא מייתי שפיר מהך דמת בעלי במלחמה וכן הוא בתוס' בפ' הכותב דפ"ז ע"ב וז"ל ולא שייך הכא מיגו הואיל וטעמא משום דלא דייק הוא דהוא סבור שדקדק ולא דקדק כמו שמצינו בהאשה שהלכה ואמרה מת בעלי במלחמה אינה נאמנת דאע"ג דאיכא מיגו דאי בעייא אמרה מת על מטתו והיינו משום דאמרה בדדמי דזמנין דמחו ליה בגירא או ברומחא וסברא דמת עכ"ל והיינו שכתבו הד"מ והסמ"ע שאין אומרים מיגו היכא שסובר שאומר אמת בטענתו וכו' כלומר שהוא סובר כן ואנן אמרינן דלא דייק אז לא שייך מיגו שהיה יכול לשקר. אך קשה לי מ"ש מ"ז וכ"כ התוס' בפ' חזקת הבתים והם דברי התו' שהבאתי לקמן ס"ס פ"ג ס"ק ז' ואין ענינם לדין זה כלל. גם קשה דהרי התוס' שם לא כתבו כן אלא לרב יוסף אבל לפי המסקנא לא קי"ל הכי אלא אע"ג שהיה מוכרח לשקר תחי' הוייא לה מיגו וכמ"ש שם ע"ש ע"כ:

וה"נ בנ"ד הוי כן כי גם אם טוענים שמחלתי להם הוא מחמת שסוברים שרשאים העדים גם כשהם מב"ה והם נאמנים ולא ידעו שעידי ב"ה פסולים להעיד וכיון שהם טועים בזה אין יכולים לטעון מחלתי במיגו דפרענו יען דהם עועים בטענת מחלת אמת היא עפ"י העדים ואינם טוענים שקר ולכן לא מהני המיגו דאי בעי משקר:

ואל תאמר כי לא הבאתי דבר וכמש"ל הרב הש"ך הנז"ל דלפי המסקנא לא קי"ל הכי בנ"ד דהוי כזוזי קי"ל כרב יוסף בזוזי וכמ"ש בגמרא רב אידי הלכתא כרבא בארעא והלכתא כרב יוסף בזוזי ועוד אמינא בה טעמא דמסתבר דלדברי ר"י בזוזי היכא דקאי ליקום ואנן נתפסים כמש"ל הוייא ליה המיגו להוציא ול"א:

ועיין במשכה"ר במע' מ' אות א' דקס"ח ע"ג וז"ל איברא דאכתי אית לן לברורי דדילמא ע"כ לא קאמרי הרמב"ם והטור דטענת מחילה היכא דטעין בבריא הנתבע טענה אלימתא היא אלא היכא דמצי למיטען פרעתי וקא טעין מחלת לי דאמרינן מיגו דאי הוה בעי למיטען טענה אלימתא טענת פרעון דשטרא להכי הוא דקאי וקא טעין טענת מחילה דלאו להכי קאי שטרא ש"מ דקושטא קאמר אבל היכא דלא מצי למטען פרעתי ומשכחת לה בכמה אנפי וקא טעין מחלת לי אי סברי מרנן אפילו בכה"ג חשיבא טענה ופוטרת הנתבע ממלוה על פה ומזקיקתו למלוה בשטר בשבועה או לא אשכחנא כהאי מילתא

באשלי רברבי תלייא שהבעה"ת בשטר כ"א ח"ב סי' ב' כתב ויש לנו לעיין בהיכא דטעין לוה שטרא מחי' הוא שמחלתי לו חוב זה אי אמרינן כיון דמחילה מילתא אחריתי היא ולא קא עייל בכלל נאמנות פרעון דכתב ליה והשתא לא מכחיש לשטרא כלל הילכך מהימן לוה ונתבע ושקיל מלוה בכי היכי דשטרא קאי לפרעון. ה"נ קאי למחילה וכו' או"ד כיון דקא בעי לבטולי לשטרא ומחי' מילתא דלא שכיחא ל"ד לפרעון דקאי להכי ולאו כל כמיניה לוה לחיוביה להאי לאישתבועי ונוטל שטרו שלא בשבו' כלל ע"כ ולפי דבריו בנ"ד דל"מ למיטען פרעתי וכאמור ה"נ ל"מ למיטען מחלתי. והנה ההפרש שיש בין השטר שאינו יכול לטעון פרעתי הוא משום דמצי טעין דאית ליה קלא אם איתא שפרעת שטרך בידי מאי בעי אבל בכתיבה דלית ליה קלא נאמן לומר פרעתי משום דלא מצי למימר ליה שערך במ"ב כיון שאינו שטר גמור כמ"ש מרן בש"ע סי' ס"ט ס"ב:

ואל תאמר כיון דנתקיים כתיבה בב"ד הו"ל אית ליה קלא דב"ד מפקי ליה קלא. מהא לא תידוק מינה דדוקא עדים מפקי ליה קלא כיון דעל ידם נעשה הכל אשר לא כן הב"ד דכשמקיימים אין צריכים לדעת גוף הדבר וכמ"ש מרן הש"ע בסי' מ"ו ס"ב דיינים החותמים לקיים השטר חותמים אעפ"י שלא קראוהו ודוקא שיש בגוף השטר אין צריכים לקרות וכו' וכיון שכן מאי איכא למימר דמפקי ליה קלא ב"ד שאין יודעים מ"ש בגוף השטר. וכי תימא דא"כ נ"ד נמי דליכא עדים על שטרי החיוב שנתחייבו לתת לי כי אם הכל עפ"י חתימת ידם דרבים הם החתומים. להתחייב לי בסכום הנז"ל לכל שנה ושנה כמש"ל. נימא נמי דדינו ככתיבת יד דנאמנים הם במיגו דמצו למימר פרענו כמ"ש מר"ן בסי' ס"ט ס"ב ע"ש היטב. ול"ד למ"ש בסי' כ"ב דמדמינן לה נ"ד כמש"ל הנה מלבד מה שדחינו לעיל דבנ"ד ליכא למימר האי מיגו מכמה טעמי דשייכים גם אי הוה להו דין כתב יד. עוד זאת איכא למשדי נרגא מצד אחר והוא זה דנ"ד נעשה בפירסום גדול לעיני השמש והירח ויש כמה וכמה מק"ק אשכנזים הי"ו שאינם מבעלי דבר והם מפקי ליה קלא והוי דינו כשטר גמור שאינו יכול לטעון פרעתי ומרן הש"ע אפשר יודה בזה דאיכא למימר ביה דאם איתא דפרעו למה לא קרעו השטר. וא"ת שפרעו מקצתו ונשאר גוף השטר דא"כ הו"ל לכתוב שובר בעבור שארית החוב וכמ"ש מור"ם בהגה"ה בסי' פ"ב סעי' ב':

תשוב תראה לנ"ד בכללי המיגו להש"ך בסי' פ"ב שם אות ל"ב וז"ל גם תדע שמצינו בכמה מקומות שדוחין המיגו בסברא מועטת לכן צ"ע לדון דין המיגו וכו' יעו"ש ומינה נימא לנ"ד לדחות המיגו בטענה כל דהוא ויש לצרף לזה ג"כ מ"ש התוס' בפ"ב דכתובות

דבשנים לא אמרינן מיגו דאין האחד יודע מה בלב חבירו עיין להר' משכה"ר מע' מ' אות ל"ז בזה ע"ש:

והנה כל מה שכתבתי הוא כדי לעקור נטוע להם מה ששמעו מפי העדים להעיד אף על מה שלא היה ולא נברא כאשר יתבונן המשכיל מתוך עדותם עכ"ז עדותם אינה עדות לענ"ד כאשר הוכחתי וממילא יותרו כל טענותם ולא נשארה להם טענה ואין מן הצורך להטריח עצמי לסתור כל טענותם אחת לאחת. ועכ"ז אכתוב מעט לסתור איזה טענות הנשארות אשר המורשה לא ידע להשיב עליהם כי חסרה לו הידיעה:

מ"ש במינוי העשרים לי"פ כי אינו שוה אפי' פקש"ן כי לא נחתם ברוב מתו"ך. הנה מלבד מה שהעליתי בגוף הפס"ד דלא בעי רוב מתו"ך עוד בה כי היתה אסיפה גדולה מכל חו"ר ויח"ס הנכבדים ואף הוא המורשה שלהם הנז' היה נמנה עליהם כי הוא היה אחד מרבני הוועד ונשלח המינוי על יד תרי מינייהו היושבים ראשונה הרב כמהר"מ מאמאן הי"ו ולהבדיל בין החיים כמהר"י עבו ז"ל ונשארו מצפים לתשובה ואני לא נתרציתי בסך זה עד שריצו אותי שהם מחייבים לכוללות שאם לא תעלה לי הכנסה עד ששים לי"פ בשנה שהם ישלימו הסך הנז' והם המה המוציאים והמביאים בכל צורכי העיר והא ודאי הודיעו הדבר להאסיפה הגדולה שהיו מצפים שם לדעת תשובה והא ודאי שנתרצו בכל האמור. דאל"כ היה להם לערער ולעשות הודעה לפני הדומ"ץ דק"ק האשכנזים יצ"ו ומדשתקו הא ודאי מינח ניחא להו. וכגון זאת אמרינן שתיקה כהודאה כאשר יעיין מעכ"ת בספרי הפוס'. וקרוב לזה עיין להר' שבות יעקב ח"ג סי' קנ"א מ"ש ועי' מ"ש בזה הפ"ת בח"מ סי' קל"ח בס"ו בסק"ב יעו"ש ועיין להרב משפטי שמואל סי' י"ב יעוש"ב:

ונד"ד דהא ודאי עדיפא דהם האמינו להרבנים החותמים על הנייר שיתפשרו עמי בכל אופן ועוד עי' להר' שפת הים דקס"ז ע"ג שכתב דלא אמרינן דשתיקה לא הויא הסכמה אלא בדבר שאינו יכול לתקן המעוות דבכה"ג הוא דאמרינן דמה ששתק הוא דמה הי"ל למחות אבל בדבר שהיה בידו לתקן ההפסד בודאי דשתיקה הוייא הסכמה דהיה לי למחות עכ"ל:

הראת לדעת דב"ק דבדבר שהיה לו למחות ולא מיחה הו"ל כאילו הסכים וכנד"ד ממש וז"פ והא ודאי שאינם יכולים לטעון דמה ששתקו אז טעמא רבא איכא וכמ"ש המרדכי פרק המפקיד וז"ל שתיקה כהודאה דמייא לא אמרינן אלא היכא דאיכא למיתלי שתיקותא בטעמא תלינן עכ"ל ועי' בלב שלמה קונ' א"ב מ"ש ע"ז כי בכאן לא יש טעם ע"ז כי לגבי דידהו שתיקותא נפיק מינה חורבא ואדרבא הי"ל למחות יותר טוב מלשתוק

וכגון דא לא מצו לטעון טענה רבה איכא וכאשר תחזה לכמה מהפוס' אשר לא עלו עתה על זכרוני. ובסניף זה כבר האריכו הפוסקים למעניתם הלא בספרתם ולא באתי אלא כמזכיר לפי שאין הספרים מצויים אצלי בימי הגלות הזה מלבד כי מר"ן הש"ע בשוה"ט בסי' קל"ח פסק דשתיקה כהודאה ואינו יכול לחזור ולמחות ואם יחזרו בהם ויטענו כי דב"ז של התחייבות הנייר נעשה בסוד ואנחנו לא שמענו ולא הגידו לנו מכל זה עד שנצעק הא ודאי טענה זו מהבל תמעט כי תחילת הכל כבר כתבנו שהיו באסיפה גדולה והא ודאי שמעו והסכימו. ואם גם ע"ז הכחישו עליהם לישבע וז"פ. וגם מעיקרא דדינא טענה זו אינה טענה כי קי"ל כל דבר הנעשה בבי תרי קלא אית ליה והיינו טעמא דהלואה בשטר גובה ממשעבדי דקלא אית ליה. וכ"ש נ"ד דכל הקהל ידעי להאי מילתא אבל במלוה ע"פ אינו גובה ממשעבדי כי אם מבני חרי והיינו טעמא כדכתיבנא וז"פ. וכ"ז כתבתי למטונייהו אבל האמת בין אם שמעו ומיחו אפי' לפני הראב"ד דק"ק האשכנזים הי"ו ובין אם לא שמעו כו"ע כיון שהגדולים היושבים ראשונה ראו שאין תיקון לעיר כ"א בזה האופן הא ודאי מה שעשו עשוי ובעבור זאת לא הארכתי להחתים אחרים מידי דהוה שיכולים לזכות שליחות לאחד מהת"ח ואין אחד צועק ומערער עליהם וזכה בה בשליחות וזו ממש הוי הפקעת ממון:

ולעילא מן כל המורשה שלהם בטענתו שטען הודה ששמעו ומה שדחו לזה שמיחו מי יאמין להם שאם אמת היה הדבר שתו"מ מיחו הי"ל למחות ע"י הדומ"ץ דק"ק האשכנזים הי"ו שאין להם שום נגיעה בדבר ולא מפיהם אנחנו חיים כי הם הנוגעים בדבר עוד יש להשיב על מה שטענו שאין רוב מתו"ך דין זה עיקרו מחלו' מר"ן ומהרלב"ח בפ' הסמיכה ועכ"ז מצינו שנסמך מרן אף שאינו רוב מתו"ך. והרי מר"ן מאריה דאתרין נסמך אף שלא היה רוב מתו"ך וד"ב:

ומ"ש ועכ"ז טרחנו וכו' אדרבא מדבריהם אלו הוא הוכחה גמורה כי ברצון היה הדבר מראש וע"ס שגם בטבת"ו ביזו אותי וכו' יש להפליא עליו כי נעלם ממנו מקרא כתוב ריבך ריב את רעיך וכו'. גם מ"ש שהיתה העיר במבוכה גדולה וכו' ומה היא המבוכה שכל אחד אומר אני אמלוך הי"ל להשיב שכבר מחלת שזהו עקירת הנדר מעיקרו ולא להגביל זמן מיום ליום. ומ"ש ותביעת ההוצאות וכו' בעת הפרעון אם יתברר כל דבר על מכונו הנה מ"ט ואם לאו ספרין פתיחו וכתורה יעשה. ומ"ש שעתה תובעים הם וכו' תשו' בצידה לכו אל יוסף הוא מרן הק' שקבלנו הוראותיו וכל אשר יאמר אליכם תעשו. והנה הוא העלה על שוה"ט חו"מ סי' כ"ד וז"ל אין נזקקין אלא לתובע תחילה ועוד כי הא בהא תליא וכשיצא לאור תביעת התובע יתנו הכל כאחד:

ומ"ש בתו"ד וז"ל כי על נייר הס' לי"פ לדעתי הוא בטל וכו' הנה לזה תשו' מוצאת ממש"ל גם במ"ש ואדרבא הועד כששמעו וכו' אדרבא כיון ששמעו וידעו משם יצא הדין לחייבם ומי אמר שמיחו. ואם אמת היה הדבר היה לו למחות על ידי עדים אשכנזים שאין להם שום הנאה ולא עפ"י דיבורם. ומ"ש מלבד מש"ל שאנוסים הם וכו' כבר הושב לעיל בזה. ומ"ש גם אני מודיע שיש הרבה חתומים בזיוף וכו' בעיני יפלא כי היאך יקיים את הזיוף כיון שהוא אחד מעידי הקיום וידע את הזיוף. ומ"ש עוד קרוב ליו"ד לי"פ שוחד וכו' אם באמת היו נותנים יו"ד לי"פ כבר היה יוצא מאמר מצפת"ו להיות ח' באשי והעדים אם היו חיים הייתי מביאם לפניכם שכן היה הדבר לתת היו"ד לי"פ והם יתנו המאמר:

ומ"ש כבר קבלת וכו' שגם אני שיושב דומ"ץ יש לי מינוי מכל ק"ק טבת"ו. אל תאמר כן כי בעה"ק טבת"ו מעטים הם הנשארים שלא חתמו שהם לגבי דידיה הרוב צווחים כמ"ש הרב המורשה שלי שידע הדבר על בוריו לא כן אני כי לא נודע לי מזה וחשבתי שהוא כדין וכשורה כאשר בראשונה בעת מינויו בוועד הראשון גם מ"ש לא כן המנהג וכו' ידוע הדבר ומפורסם הענין כל בתר איפכא כי אדרבא המנהג הוא ואפי' אחד הוא המוציא והמביא וכ"ש עפ"י שנים או שלשה. גם במ"ש וגם אני כשהלכתי אצלו וכו' תמ"ה יקרא א"כ למה מסר בידי כתב המינוי המקויים. ואולם כנראה ששר של שכחה שלט בו ומעשה שהיה כך היה אמת שנתרעם על יציאתי מהמקום והיתה תשו' שלא יכולתי לסבול. ויען ויאמר שגם עתה אינם רוצים לעשות דבר אחרי צאתי. ולפי רוב צערי מסר בידי את המקויים בכדי לעמוד עמהם בדין ואם אמת היה שכבר מחלתי למה לא אמרו לי. גם במה שהשיב להר' המורשה שלי שאני בעצמי הלכתי להשתדל עם המושל בזה ויען כי היה לו שנאה עמי בעסקי פקעין ת"ו לא אבה שמוע איך יצוייר דבר זה שאלך אני למנות את עצמי דבר שהם רשאים ולא אני ואדרבא כל בתר איפכא שהקאיימאקאם שהיה אז היה אהוב שלי ועדין לא עלה בזכרונו חרם ח"א שלא לטעון שקר בפני ב"ד. ועל שארית דבריו כבר הושב בתו"ד מעלה:

ומ"ש הרי גם כשנתמנה בעי"ק טבת"ו וכו' לא אוכל שאת דמה יש לו תועלת בדברים שלא ניתנו ליאמר כיון שלפו"ד לא יועילו ולא יצילו כאשר השיבו הר' המורשה הי"ו. ומ"ש לא היו דברים מעולם כי יש ראיות וכו' הנני יוסיף להפליא כי איך לביה אנסיה לדבר היפך דבריו הא' שאינו שוה כלום ועתה מבקש קיומו:

העולה מן המקובץ להלכה ולמעשה ודינא יתיב וספרין פתיחו שאני זכאי בדיני ולפי קוצר ט"ד. ויען כי אני נוגע בדבר ולא נתנה התורה רשות לאדם לדון את עצמו לכן תורה מונחת לפניכם אתם הרי ישראל היושבים על כסא ההוראה וכל היוצא מפיכם יעשה

והם רשאים ולא אני. ודעו נא וראו כי דברי שנאה סבבוני וילחמוני חנם בטענות כוזבות אשר אין להם שחר ודבריהם סותרים זה את זה כאשר יראה הרואה וכאשר ביארתי קצת מהם ויתפלל אהרן אל האלד'ים אשים דברתי למען ינחנו במעגלי צדק למען שמו ויצילני משגיאות ויראני מתורתו נפלאות פי המדבר מפי אהרן המחבר:

אני **אב"א** ס"ט

אחרי מופלג באה תשובת הרב הנברר של כוללות עי"ק צפתנ"ו אתנו הנה היא ערוכה בכל ושמורה לפניך ליד מע' הרב הנברר שלי וכבר השיבו תשו' נצחת את כל ונוכחת (הוב"ד לעיל סי' ט"ו וע"ז) והנה שם די השיב על הכל באורך ככל היוצא מפיו ודברי חכמים בנחת נשמעים אשר לא כן הוא התחיל לספר בגנות ושנאה מדברת מתוך גרונו ולא כן היא דרכה של תורה לת"ח שבארץ ישראל שנוחים זל"ז בהלכה מפיהם ומפי כתבם. ומ"ש שאחר אחרון הוא בא וכו' ושפיר השיב וכו' כבר ממש"ל בדברי יראה הרואה כי טענת המורשה שלי היא אמתני וחזקה כראי מוצק. גם במ"ש הרב תו' חסד והפ"מ דבעינן רוב מתו"ך. שמור ושמעת את כל הכתוב בגוף הפס"ד שלי וראה תראה דל"ב רוב מתו"ך ומכ"ש בנדון דידן הא איכא רוב מתו"ך כאמור ומדובר שם. גם מה שהביא מס' משפטים ישרים הנד"מ להרב מהר"י ברדוגו ז"ל דל"א ע"א גם אנכי ידעתי כי לא נגע ולא פגע בדין זה כ"א פירש אחרי רבים להטות הוא רבים במנין או שוים בחכמה יעו"ש:

ונפל האמת במקרה במ"ש שם בפסקת עוד ראיתי להעיר אוזן המעיין בפרט אחד ששגו בו רבים והוא כל ששני חכמים מתווכחים זע"ז ומקשה אחד על חבירו קושיא חזקה שלא נמצא שכנגדה תשו' נוגעת כשאר דחיות של הבל חיובא עליו לחזור מסברתו אף שלסברתו נ"ל שהוא דין אמת מ"מ כיון שהקשה לו חבירו מגמרא או מפסק וכיוצא מחוייב לחזור וכל עוד שלא חזר ואינו חושש לקושיית חבירו אלא אומר כך נ"ל. ז"א מן המנין ואין לחוש בדבריו כלל. וראיה שכן היה מנהג חכמים הא' לחזור בהם מכח קושייא ומחוייב לכוף ראשו ממעשה דר' דוסא בן הרכינס וכו' ומיהו ודאי במילתא שהיא שקולה מחוייב לחזור בי מכח הקושייא דמעשה דלא יבא עמוני וכו'. באופן שכל שיש קושיא על דבריו גלויה אינו חוזר בו ה"ז דיין שקר ודבריו אינם מעלין ולא מורידין ובסוד הדיינים ובמגינם לא יבא וכמאן דליתיה דמי ויתקיים הדין ביושבים לפני ה' ומודים על האמת ע"כ:

ואף אנו נאמר כן בנד"ד שאם לא יודו זל"ז הנברירים יתקיים הדבר ע"י המכריע או על יד רבני הדור היושבים על כסא ההוראה. גם מ"ש משם הרב חקות החיים בח"מ סי' א' ד"א ע"ב גם בזה לא בחר דהרואה יראה שם בדברי הרב וימצא להיפך:

ומ"ש ומה כחם יפה וכו' גם לזאת יראה הרואה בדברי הניתנים למעלה בתשו' הטענות ומשם תראה ותרוה צמאונך ועוד לפי"ד דבעי במינוי ברוב מתו"ך א"כ למה הוא מכרכר כירכורים לבטל דברי הג' היה לו לבטל אפי' היו חתומים כל זט"ה כיון שאין להם כתב מינוי מתו"ך ובעלת כל מעשיהם הן בשליחות הן בפשרים הן בכל דבר ודבר מעשיהם בטלים. אם לא שתאמר שכן נהגו מימי עולם ומשנים קדמוניות שהז' הראשונים שהיה להם מינוי אדעתא דהכי נחתי כשיחסר אחד מהם הם ימנו אחר במקומו והרי הוא כאילו נתמנה הוא עצמו זאת ועוד כי מנהג מבטל הלכה. ועל שארית הדברים כבר הרחבתי הדיבור בתשו' הטענות. ומ"ש ואל תהי נבהל להשיב כל חכם לב הלומד בתשו' הטענות יכול להשיבו ע"כ דבריו ואין מהצורך לדון בחזרה. ומ"ש ולא מינו הקהל עליהם כ"א ג' וכו' גם לזאת יחרד הלומד בדברי לקמן ובעיניו יראה כי איכא בזה כל חתימות הזע"ה ורבני הועד שהיו באותו זמן:

ומ"ש על חכם העיר כמ"ש הטור וכו' לא ידעתי שכול מי שם פה לומר דין חכם העיר שעדין לא נתמנה ומעולם לא חתם ראשון וא"כ אין מן הצורך עוד לדחות על ראיותיו אשר האריך הרחיב לקיים דבר זה. ועוד איכא בנ"ד מה שידוע מ"ש בגמ' וה"מ היכא דליכא א"ח בעיר אבל אם איכא א"ח בעיר וכו' הוא דוקא בהסכמת בני אומנות וכמו שהשיב ע"ז הרב הנברר שלי ג"כ ע"ש אבל בהסכמת בני העיר ל"ב א"ח וכמו שהארכתי במ"א בפס"ד:

ומ"ש לתת דבר גדול כזה לרב כזה ע"כ הנה דבר זה אין לו קצבה וחייבים ליתנו אפילו לרב כזה כיון שהוצרכו לו שאין להם כמוהו למנותו רב עליהם. א"כ צריכים ליתן לרב כזה אפי' יותר מזה גם מדוע לא זכר שר מ"ש וז"ל ועוד באמת מאן לימא לן שלא כיונו להטעותו שראו אותו שרוצה לחזור בו והוא דבר האבד הוסיפו לו להטעותו כדי שלא לחזור בו ע"כ. והלא לרב כזה אין ראוי להטעותו ולא הוי דבר האבד ואדרבה מי יתן והיה שיחזור בו להנצל ממנו אם לא דלגבי דידהו דליכא חד אשר ידמה לו ודאי שיקרא דבר האבד וזה היפך דבריו של פה. ומ"ש דמינוי רב ומו"ץ הוי מגדר מילתא וכו' זה אינו דנהי דעיקר המינוי אית ביה משום מגדר מילתא. אבל אחר שמינוהו הרוב וכתבו לו בכ' לי"פ התוס' שרוצים להוסיף ששים לי"פ לא הוי מגדר מילתא כיון שנתרצה ע"כ:

לך לך למש"ל בתשובתי על הטענות ומשם תהא רואה כי דבריו אלו לא יתכנו. גם במ"ש ואם רוצה לחזור וכו' גם בזה נפל פיתא בבירא כמו שיראה הרואה שם ידע כי לא נתרצה עד שיאמר אליו אם רוצה לחזור. גם במ"ש דהו"ל דבר האבד וכו' כל זה הוא כפי המונח שלו שנתרציתי בעשרים לי"פ ועתה רצוני לחזור ובנפול היסוד נפל הבנין וכל המרבה בדברים לקיים את דבריו הם ללא מן הצורך:

גם מ"ש להשיב על טענת המורשה שלי שאמר שכך הוא המנהג ועליו להביא ראיה הלא הדבר ידוע כי השנים היושבים ראשונה שעל פיהם יהיה כל ריב וכל נגע והם המוציאים והמביאים ואין מי שיוכל לבטל דבריהם וכ"ש שנצטרף אחד מן הזט"ה עמהם. וגם הרב כמהרא"ח שאקי ז"ל אשר לפו"ד דן אותו כחבר עיר אף הוא נמנה עמהם ואני לא בקשתי חתימתו כמש"ל בתשו' הטענות וחבל על דעבדין ולא משתכחין ומראין חבולייא

גם מ"ש וכעת נבוא לישא וליתן וכו' שלא היה המינוי מרוב מתו"ך ול"מ כלום ע"כ אף לזאת תשובה מוצאת ממש"ל בתשו' הטענות ובשארית דבריו יראה המעיין ולבבו יבין דהוי כססגונא המתהפך לכמה גוונין. גם בענין העדות כבר מילתי אמורה בתשובת הטענות קחנה משם באורך וברוחב:

גם במ"ש וכי תנאי כפול וכו' יש לו לדעת כי בענין הרבים אין צריך לא קנין ולא תנאי כפול ולא דין אסמכתא כמבואר בפוסקים הראשונים וגם האחרונים וכל יודע ספר יבקשם ול"ו ימצאם ודבר שפתים אך למחסור ובמינוי כתוב לאמר דבר מפורש שחייבים להביא לו משרת חכם באשי:

גם במ"ש שהשתדלו להוציא לו משרת ח' באשי ולא יכלו וכו' לא היה כן כאשר ביארתי שיחותי בתשו' הטענות. גם בטענת אונס לך נא ראה בתשו' הטענות ובעיקר הפסק וכולו ל"ו תראה כי טענה זו אין לה יסוד מוסד:

גם במ"ש שטען שביזוהו וכו' עלובה עיסה שנחתומה מעיד עליה ולא בעבור זאת יוכל לחייבו לקבל כי אין זה כ"א הבל ורעות רוח ודברי שנאה יהגה בגרונו כי כל מי שיש בו רוח תורה לא ידבר כדברים האלה לשום מחשך לאור. ומ"ש עוד לזכות ולחייב ולהודיע ולהודע ולדון ולהורות ולהביא ראיות אלה מפה ולה מפה אין בהם ממשות לחייב את האדם לקבל עליו את המשרה ע"מ כן. גם מ"ש ראיה ממרע"ה. כנראה ששר של שכחה שלט בו שאסור להדמות שום אדם למרע"ה וכ"ש בענין הבזיונות ומ"ש ממרדכי הצדיק ע"ה אין משם ראיה כי שם כתוב שלמיעוט אחיו לא היה רצוי אבל לא היו מבזים אותו ומה גם כי מה שהיה היה גם כן מנכבדי ארץ ולא מפחיתי הערך:

גם מ"ש ראיה ממהרה"ג המלאך רפאל ז"ל אין בו די מספיק כי אחר עבור י"ו שנים למלכותו בכל משלה היה מה שהיה לא כן אנכי עמדי לאחר מינויי תו"מ רב"ו כמו רב"ו. ואם יאמר להביא ראיה מטבריא אין הנדון דומה לראיה ולא בעבור זאת אתחייב בדבר אפי' יהיה כדבריו שהנדונות שוות. וכמו שמצינו בדין היבמה בש"ע אבן העזר סי' קנ"ד סעי' ב' וז"ל שאם היה היבם בעל ריח הפה או ריח החוטם או מלקט צואת כלבים ג"כ יכולה היא שתאמר לאחיך הייתי יכולה לקבל ולך איני יכולה לקבל. ובנ"ד הבזיונות הם ריח הפה:

גם מ"ש ואם יאמר שלא ביטל וכו' הס כי לא להזכיר וכו' לזאת אומר מילתא מגנייא וכו' ואם בעבור זאת העמדתיך לחייבני אם יצטרך הדבר להביא עדים שהייתי אומר כן ובזאת אזכה בדיני הכא קאימנא. ואם בעבור שלא נשארתי שם כאשר אמר כן צריך להיות רחוק:

גם מ"ש דאיכא אומדנא תמיהני על המראה כי מה כחו יפה לדון בדיני אומדנא אחר שמר"ן בש"ע ויוסף הוא השליט כתב דאין לנו כח לדון בדיני אומדנות ואיך אשר ישא את שמו אמר לדון בדיני אומדנא ואם סמך עצמו על מ"ש בס' קנין הגוף וקנין פירות מערכת א' אות שכתב וז"ל אומדנא אלימתא מהנייא לאוקומי ממון ביד המוחזק והא דרבנן לא אזלי בתר אומדנא היינו לאפוקי ממונא. הרדב"ז בראשונות סי' קמ"ח ועי' בני אברהם ח' ח"מ סי' ח"י שכתב דבאומדנא אלימתא אפי' חזר ותפס שכנגדו מפקינן מיניה ע"ש בדי"ג ע"ד וכמו כן כתב הרב זכרון יוסף חח"מ שאלה ז' בדצ"ג דאומדנא לא איתמר בש"ס וכל הפוסקים אלא לאוקומי ממונא אבל לאוקומי מאב או מיורשים אפי' באומדנא דמוכח לא מפקינן ממוחזק יעוש"ב ע"כ אי מהא לא איריא דנ"ד הוי לאפוקי ממונא כיון שאני מוחזק בממון אחד מהם:

עוד מ"ש על המורשה שלי שטען מחי' בכעס לא אאמין דב"ז וכו' אנכי הרואה כי זה האיש אין כונתו אלא לדבר תועה כי אדרבא עליהם הראיה להביא שלא היתה בכעס כי הדבר הוא גלוי לעיני הכל שהיה בכעס מחמת הבזיונות ומחילה בכעס ל"מ כמו שהביא הוא בעצמו מס' פ"ת ושם אסף וקבץ כמה סברות שהם היפך תורת חיים ז"ל יעו"ש באו"ב תברתיה דהפוסק מדברי הרב פ"ת ז"ל ואם סמך עצמו על העדים שיש לו גם בזה לא כיוין יפה אחר שראה דברי הפ"ת שם ואין זה כ"א רמות רוחא דאית ביה לבזות את שכנגדו והיא שגרמה לו שלא עמד על מיצוי הדברים:

גם מ"ש על טענת המורשה שלי שהביא ראיה שהמחי' היתה בכעס דתבעתי אותם לדין ועל זה הרבה להשיב לא ירד לסוף דעתו דכונתו רצויה דאם הדבר אמת שמחלתי בשעה

שתבעתי כמה פעמים לא היה להם להשיב ולתת זמן לדין אלא היה להם לומר לי שאתה כבר מחלת ולית דין צריך אם לא שנאמר כי לא היתה מחי' מעולם אלא עתה מחדש הכינוה וגם קרוה עפ"י עדים הנוגעים אשר אין בהם כח להעיד וכמש"ל בתשו' הטענות והמורשה שאמר הוא למטוניה:

גם מ"ש על טענת המורשה שלי מהרב כמהר"מ מאמאן הי"ו וכו' ראה תראה דלאו רישיה סיפיה ולאו סיפיה רישיה דבתחילה נסתייע מדברי מר"ן שאין לחייבו שבועה ואח"כ כתב את"ל דלא הוי נוגע אינו מחייב אותם כ"א שבועה אבל לחייבו ממון מי שמע כזאת ע"כ וממ"ש את"ל ש"מ דדן אותו שהוא נוגע וזה היפך מה שרצה לדון עפ"י עדות הנוגעים שאני מחלתי:

ואקחך אל מקום תשו' הטענות ושם תראה כי העדים אשר העידו לדידהו הוו נוגעים ולדידי עדות כמהר"מ מאמאן הי"ו שהיא לחובתם לא הוי נוגע ולמטוניה דאי לא הוה נוגע אזי מחייבם שבועה וא"כ יגזור אומר על כל הקהל לישבע, ומ"ש אין ראיה מכמהר"מ מאמאן הי"ו דמה זו עדות אם שלחו לומר להם שברשותו הולך והוא השיב מפיהם שילך וכו'. ואדרבא איפכא מסתברא דאם איתא דמחלתי מה לי ולהם ולרשותם:

ומ"ש מהיכן מוכת מזה שלא ביטל ומחל שהמתילה דרך כעס. וההוכחה היא מה ששאל רשות מוכרח שלא מחל אבל על המחילה בכעס לא הביא ראיה כמ"ש בדבריו ואף אחר הבירור שיש לו לטעון שהמחי' בכעס ואם באנו להשיב ע"כ דיבור ודיבור עשות ספרים הרבה אין קץ ומגן שוייא כמו שיראה הרואה שהוא מחבר הדברים לפי דעתו ומקשה ומתרץ עפ"י הנחתו ואין לדבר סוף ולהג הרבה יגיעת בשר:

ומ"ש דנהי דפועל יכול לחזור וכו' אבל חזרת רב הוי דבר האבד וכו' הנה כל דבריו אלה הם במונח שהניח שאני נתרציתי ואח"כ רציתי לחזור. ואולם עפ"י מה שהיה שמעולם לא נתרציתי אלא בששים לי"פ א"כ נעקר הנדר מעיקרו. וא"כ אין מן הצורך עוד להשיב על דבריו שהוא דבר האבד:

ומ"ש על מה שטען הרב המורשה שלי וכו' לשיטת אזיל שעל הנתבע לברר וכו' ואפשר שדייני סדום כך היו דנים וכו' אני אומר שלא ירד לעומק דברי המורשה כי התובע זכייתו ברורה בידו והנתבע תואנה הוא מבקש לאבד לו זכותו א"כ על הנתבע להביא ראיה שכן היה הדבר אבל התובע ששטרו בידו אינו חייב להביא ראיה לבעל את דבריהם:

ומ"ש ובודאי דין זה כשאר תובע ונתבע שהתובע נאמן בשבועת היסת וכו' וגם כאן הרבים היו נאמנים בשבועת היסת ע"כ. שומו שמים על זאת דאיך חזר בו תוך כדי דיבור אחר שדן אותם לנתבעים והק' ממנו על המורשה שלי שאמר שיבררו הם והלא

הם הנתבעים והבירור הוא על התובע. ואיך עתה נהפכת לדון אותם כדין תובע שחייב לישבע הא ודאי כי זוהי מדת סדום. ומ"ש דעל ידי סילוק מהני להעיד וכו' אין מן הצורך להאריך כי בתשובת הטענות משם תבין הדבר על אשורו:

ומ"ש שהרי נהגו לקבל עדות מבני הקהל וכו' עד אם הוקבע המנהג עפ"י ותיקין לא אוכל שאת פוסק כזה שרואה את הנכנסות ואינו רואה את ההוצאות ואין בו כח כ"א לבזות ולמשוך ידו את לוצצים ולא כך היא דרכה של תורה. ואביט וה"ן עוזר ממ"ש במס' יומא דפ"ו ע"א שדרשו ע"פ ואהבת את ה' אלד'יך שיהיה שם שמים מתאהב על ידיך שיהא קירא ושונה ומשמש ת"ח ויהא משאו ומתנו בנחת עם הבריות מה הבריות אומרים עליו אשרי אביו שלמדו תורה אשרי רבו שלמדו תורה אוי להם לבריות שלא למדו תורה פ' שלמד תורה ראו כמה נאים דרכיו כמה מתוקנים מעשיו עליו הכתוב אומר ויאמר לי עבדי אתה ישראל אשר בך אתפאר וכו' יעוש"ב. וממנו נקח למעשה האיש הלזה אשר דרך בה דזיל בתר טעמא שכתב מר"ן שאם לא נאמר כן לא יהיה תיקון לעולם אבל כאן איכא תקנה לדבר ע"י עדים מק"ק אשכנזים יצ"ו כמו שהרחבתי הדברים בתשו' הטענות:

ומ"ש וכמדומה לי וכו' דמיונו כוזב לנ"ד כיון דאיכא עדים מבני קהל אחר ליכא מנהג כלל ועוד אחרת איכא דלמה דמיונו עלה יפה למה שראה בדברי הפ"ת ז"ל שכתב שעתה שכתב מר"ן ועכשיו נהגו אינו צריך לברר המנהג ולא ראה שם הסתירה שיש לנ"ד וכמ"ש שם בס' פ"ת סי' ל"ז ס"ק י"ד וז"ל ומ"ש הרב שבות יעקב ס"ח הנ"ל ראיה מדברי מהר"מ מלובלין ז"ל דאף שראה דברי הש"ע אפ"ה פסק דבני העיר נוגעין ואין יכולים להעיד אין ראיה זו לפי מ"ש השב"י עצמו בס"ג דדוקא אם הנתבע מב"ה וכו' יעו"ש וע"ש ס"ק כ"ו שהביא משם הרב שב יעקב וכו' וכתב ואפי' דמבואר בטור ובש"ע פי' דאם עשו תקנה או שיש ממש מבני העיר ידוע אף על המסים דינם דין וכן מבואר בסי' ל"ז עכשיו נהגו לקבל עדים מן הקהל וכו' מ"מ הא סיים שם הטעם כיון שקיבלו עליהם. וזה שייך אם הוא מבני אותה העיר שקיבל תקנותיהם מה שאין כן על בני עיר אחרת ודאי אינם נאמנים להעיד ולא לדון וכו' וכן מוכרח מתשו' הרא"ש מוצא דין זה דכתב שם וז"ל ומה שטוען שאם הקהל עשו תקנה לא עשו אלא על עצמם ולא על נכרי לאו טענה היא שאף לפי דבריו שאינו מפורעי המס מ"מ נראה שהוא מיושב ודר עמהם אלא שבא לפטור וכו' צריך הוא לגרור אחריהם מאחר שהוא יושב ביניהם עכ"ל ומכלל הן אתה שומע לאו אם אינו מיושב ודר עמהם וכו' ועוד דכבר כתב בתשו' שב"י דדוקא על אותן שהם מב"ה שקבלו תקנה ומנהג שלהם אבל על בני עיר אחרת ודאי אינם נאמנים להעיד ולא

לדון. וא"כ בנד"ד שהאיש הנז"ל אינו דר בעיר זו ולא היה שם בקביעות בודאי דלא חל עליו המנהג והתקנה וגם אשתו אף שהיתה בילדותה בעיר זו מ"מ כיון שזה כמה שנים שנסעה מעיר זו וקבעה דירתה בבית בעלה בודאי שלא חל עליה התקנה והמנהג העיר הנ"ל והויא כבני עיר אחרת ע"כ:

ואנן נמי נימא הכי אם נאמר כהלכת מר"ן במ"ש ועכשיו נהגו וכו' ולא בעי בירור מ"מ היינו דוקא לדידהו אבל לדידי שלא דרתי עמהם בקבע כ"א ששה חודשים והגם כי בילדות הייתי דר עמהם. א"כ הכי הוי כדין האשה הנ"ל דעידי העיר דאין כשרים להעיד ומאד תגדל התימה על הר' הפוס' שהביא בעצמו ס' הרשב"א והרא"ש בב"י בח"מ סי' ל"ז וז"ל שאם נאמר שלא יעידו העדים מן הקהל לא יהיה תיקון לעולם לצורכי ציבור ע"ש שהאריך והרי פסק בש"ע שנהגו לקבל עדות מן הקהל ע"כ תקנותיהם יעו"ש. ואיך לא נרגש דבעיה"ק צפת"ו יש ק"ק אשכנזים יצ"ו ובהם יש תיקון לעולם ע"י ובזמן מרן הק' לא היה נמצא שם ק"ק אשכנזים הי"ו ועתה בזמנינו זה שנמצא קהלה אחרת ויהיה תיקון לעולם בנפול היסוד נפל הבנין שאין צורך למנהג ובטל מעיקרו. ומ"ש טוען הרב המורשה בעדו כל ישר הולך עיניו יחזו עפעפיו יבחנו מתשו' הטענות יראה כל טענותיו בדבר הזה חזקים כראי מוצק למי שלא אחזי בולמוס אהבת הניצוח:

ומ"ש הר' המורשה ואחר כ"ז לא ידעתי וכו' אף אני עונה אחריו דאחר כ"ז לא ראיתי מקום פיטור לקהל ומ"ש ואם יטעון וכו' הגם שיש להשיב על דבריו מ"מ אין צורך להאריך היות כי היסוד רעוע כמש"ל ומ"ש ואין לומר דנ"מ וכו' והביא ראיה מר' אליעזר ששיחרר עבדו והפסיד דמי העבד במה ששיחררו משום מצוה דרבים ואפיק מינה דניחא ליה לאיניש וכו' וא"כ אין לו עליהם הוצאות וכו' ונרגש מההיא דאסור לשאול ספרו שלא מדעתי וכו' ובמקום פסידא ל"א ניחא ליה לאיניש וכו' דהתם כיון שלא מדעתו לקח החפץ ל"א וכו' במקום דאיכא פסידא ע"כ:

אנא דאמרי מיניה וביה נשדי ביה נרגא דמי גילה לו רז זה וירד לסוף דעתי שאני ניחא לי למיעבד מצוה אפי' במקום דאיכא פסידא. ומה שנתתי ההוצאות מכיסי הוא אחר שיש לי על מה לסמוך כמה דילוגים וכמה כתבים ששלחו לי המוכיר עם הבהמה וכתבו לי שאם לא אבוא אפסיד הכללות כמה הפסדות:

ומ"ש ואף אם אמרו לו וכו' דיכולים לומר לו משטים אנו בך ודימה אותה לדין תלמוד עם בני. ולההיא דהר' חס"ל כבר איהו תבריה לגזיזיה יעו"ש

ואני אוסיף מדילי מדברי מר"ן הק' דאתרא דיליה סמכינן שכתב בסי' פ"א בח"מ סעיף טו"ב וז"ל אם הודה בכת"י שחייב לפלוני מנה או שהודה בקנין או במע"ג אינו יכול

להפטר בטענת השטאה ולא בטענת שלא להשביע וכו' ובנ"ד איכא כמה כתבים דליכא בהו השטאה וכמש"ל ועי' להרב פנים במשפט בסי' ל"ג אות ג' ובסי' י"א אות ג"ל מ"ש בסו"ד וז"ל תובעים ממנו קרוב לק' לי"פ למה לא דקדק יפה בס' הח"ש בעיקר התביעה וכתב ובכולם הוא חייב כמ"ש בטענות המורשה דק"ק צפת"ו ע"כ וחייב את הזכאי עפ"י דעתו באו"ד. וכן לא יעשה לדון את הדין כאחד הגדולים גאוני עולם עפ"י התובע ככל אשר יאמר:

מעתה נבוא לס' החשבון מה שתבע הח' לי"פ בתביעתו שלקח חר"ד ן' יבני נ"ע עבור שהייתי מתאכסן אצלו מי שמע כזאת מי ראה כאלה לחייבני בהם אחר שהמה שהכינו לי את הרב הנז' להתאכסן אצלו והם היו אוכלים ושותים וחוגגים עמי ואני אתחייב לפרוע לא מן ה' הוא זה ואפי' לפי"ד ה"ה בסו"ד ליכא שום מצוה בדבר ומכ"ש לפי מסקנת הרב הנז' שגם הוא אזיל ומודה שהם חייבים ולא אני ואיך עתה ונהפוך לחייבני בהם גם את הב' החילוקים שלקח ממנו ד' לי"פ וחצי ע"כ. לזאת תימה"א בוקעת ועולה דאיך לא זכר שר את אשר כתב הוא עצמו לחייבם לתת לי החילוקים ועתה חזר בו לחייבני לפורעם הם ופירותיהם בריבית קצוצה שאני לא לקחתי ג' לי"פ על סמך ולא השלימו לי. ואל הג' ל"ו בא החמשה לי"פ תחוויל על הידיד יצ"ו גם לזאת ריבית אוכלת בהם כי לא היה התחוויל כ"א על ב' או על ג' לי"פ דוקא כפי מה שעלה בזכרוני. ובלא"ה מילתא דעבידא לאגלויי לא משקרי בה אינשי. ועל ד' ל"ו אשיבנו ע"ד הבית שהיה דר בה שכי' לגולדי ת"מ קרוב לשבעה לי"פ ע"כ מי ראה כאלה שחצרי תהיה רקנית בטבת"ו ואני אפרע שכי' בעי"ק צפת"ו על ד' או ה' חדשים קרוב לז' לי"פ שאח"כ יצאתי מבית הנז' וישבתי בבית הרב כמהר"מ מאמאן הי"ו:

ומ"ש עוד עשרים וכו' ועוד קרוב ליו"ד לי"פ וכו' כבר ה"ה הי"ו היא עצמו פטר אותי מהם וגם בזה יש לי לשאת ולתת עם ה"ה בדבריו ואולם לא עת האסף כיון שבעיקר הדין לנ"ד כבר דברתי ככל הצורך ואין הפנאי מסכים לצאת ממחיצתנו. ובמ"ש ואדרבא הועד כששמעו הלכו ומיחו בחותמים הנז' לזה כבר השבתי על הכל זולת במ"ש וזאת הסיבה בעצמה שנעשה פירוד ויצאה כת המתנגדת ע"כ אני אומר דבריו סותרים זא"ז מרישיה לסיפיה דכיון דהיא הסיבה שנעשה הפירוד להתנגד א"כ למה אח"כ באו לחלות פני לפי"ד לשבת עמהם אם לא שתאמר דחזרו בהם וסברו וקבלו בסך ששים לי"פ ונעשו כולם לאגודה אחת ואין מהצורך עוד לחתי' שלשת הרבנים הנז'. וגם ממה שהלכו שני הרבנים כהן ואחריו לוי הי"ו לציון טיה"ק בחתימת הזט"ה לעשות כל אשר ביכולתם להביא הפירמאן והיה זה אחר הנייר של הס' לי"פ פשוט וברור דקיבלו עליהם כל זט"ה.

וא"כ מה תצעק אלי שמדוע לא חתמו כל הזט"ה בנייר שהרי חתמו והרי גם החבר עיר לפי דעתו הגם שאינו כן כמש"ל הרי גם הוא חתה עמהם ואין לי מקום להשען בדבר זה: **אשר** מכל האמור תורה יוצאה שקצבתו היא עפ"י הזט"ה וכל אנשי העיר ואפי' כת המתנגדת יחד כולם הסכימו לקצבת הס' לי"פ דאל"ה כשבאו לחלות פני לישב היה להם להודיעני שהוא על עשרים לי"פ דוקא ואם יאמרו שכן הם נוגעים בדבר ולחיבתם נאמנים וכמש"ל:

ומ"ש ע"ד העשרים לי"פ הוצאות שתבעתי שהוא גוזמא בעלמא האמת אתו. אבל כשתצרף הליכה וחזרה גם לבני אדם שהלכו להביא לבני ביתי ולפי ריבוי הגשמים לא יכלו לבוא ונשארו למעלה מעשרה ימים אוכלים ושותים וחוגגים וגם בימי ההילולא הניחו בביתי בן אחיו של ח' באשי קושטא רבתי ושנים אחרים עמו וגם השכי' שפרעתי להמוכיר ששלחו להביאני ולא יכולתי לילך שהיתה בת בתי קרובה לילד אחר כל אלה נעשה הדבר פשוט יותר מהך' לי"פ אשר שאלו הם ע"ד הליכתם לירושת"ו הוא כהן ואחריו לוי. ומ"ש להשיב ע"ד ההוצאות שכבר ברור הוא בפנקס הכוללות הנה גם שם הוא מפיהם ומפי כתבם ואין זה בירור:

גם אלה לחכמים יודעי בינה אשר אור תורתם יוצאה בהינומא להם משפט הגאולה המה יגשו אל המשפט וישפטוהו וככל היוצא מפיהם ומפי כתבם כן יקום דבר להימין או להשמאיל והתובע והנתבע קיבלו עליהם להאי רפתיקא דאורייתא מע' הרה"ג ר"מ ור"מ בעי"ת דמשק יע"א ה"ה ר' אליעזר הגדול שלמה בחכמתו לבית אלפנדרי הי"ו באשר ה' אתו בקי בחדרי תורה יורה יורה ידין ידין את כל דברי התורה הזאת ודברו לא ישוב ריקם כמשה מפי הגבורה. פי המדבר אליכם אני ראשון

ואני **אהר'ן אלחדיף** ס"ט

סימן יח

שאלה נשאלתי מראובן ראש על ארץ רבה וח' באשי בהורמנא דמלכא על דבר אויר גג אוצר ובירה גדולה הידועה לכוללות העיר כי הוא רוצה לבנות חצר ובית דירה על גבו לו לעצמו ויש כמה בני אדם מבני העיר מעכבים ע"י שלא לבנות. האם יכולים לעכב עליו עפ"י הדין או לא. ואלו הם טענותיו:

א) כי בעיר הזאת יש יותר משלשים דירות בתים ועליות אשר הם ממון הכולל וכל אחד מב"ה לקח לו בית ודר בו בלי כסף ובלי מחיר והוא בממונו ומקנת כספו לעשות בו כחפצו ורצונו. והגם שלא יחשבו אותו כ"א כאחד מבני העיר למה תגרע נחלתו וכי בשביל שאני זכר הפסדתי ואם לא תהיה כהנת כפונדקית שהם דרים בבתים בנויים

ומשוכללים חנם ואני לא אהיה כאחד מהם הלא אני וואכיל ח' באשי בהורמנא דמלכא ומשרת חנם ויש דין אפוטרופוס וגדול האחים והכהן הגדול מאחיו גדלהו משל אחיו:
ב) כי אויר הבירה הנז' לא ימכר ולא יגאל לשום נכרי שאינו ב"ב כי הוא בתוך מחנה העברים וקרוב לבהכ"נ וגם יש לו שנים רבות משנים קדמוניות שעומד בלי בנין ומרוב הימים מן הגשם שיורד עליו לחורב ביום ולקרח בלילה ויד זרים ממשמשת בו ומחריבים אותו נפל וחזר ובנאוהו. ואם יבנה על האויר הנז' יהיה שמירה מעלייא לגג הנז' וזה נהנה וזה אינו חסר הוא וכופין על מדת סדום ובפרט בנדון זה שיש תועלת והנאה לכל הצדדים וכמו שאמרנו לעיל:
ג) כי ראובן הנז' רוצה לבנות על גג הבירה כדין הבונה חורבת חבירו ובעת אשר ישלמו לו דמי הבנין הוא יוצא ממנו וע"ז הוא שואל האם יוכלים לעכב עפ"י הדין שלא לבנות על הכיפה יורנו המורה לצדקה ושכמ"ה:
תשובה הגם שאני הקטן לעת עתה אין לי מס' הפוסקים שו"ת עכ"פ בטחוני חזק בהאלי"ת כי ינחני בדרך אמת לחוות דעי כאשר תשיג יד כהה עפ"י האמת והצדק וזה החלי בעזר צורי וגואלי:
ואען ואומר עיקרא דהאי מילתא היא בש"ע חו"מ סי' שע"ה ס"ו וז"ל היורד לתוך חורבתו של חבירו ובנאה שלא ברשות חבירו שמין לו וידו על התחתונה. ואם אמר בעל הבנין עציי ואבניי אני נוטל שומעין לו אמ"ל בעל הקרקע טול מה שבנית שומעין לו. הגה"ה ודוקא אם החורבה אינה עשויה ליבנות. אבל אם עשויה ליבנות או במקום שסתם חורבה עומדת ליבנות דינו כמו חצרות שיבאר בסמוך ס"ז וז"ל. החצרות הרי הם ראוים לבנין ולהוסיף בהם בתים ועליות לפיכך הבונה בחצר חבירו הרי זה כנוטע שדה העשויה ליטע ושמין לו כמה האדם רוצה ליתן בבנין זה לבנותו וכו' וכן כתב שם וז"ל ראובן שהיה לו בית רעוע ויצא מן העיר ובא שמעון ודר בו והוציא הוצאות להציל הבית מן הנפילה וסיידו וכיירו כל מה שהיה לצורך שלא יפול צריך ראובן להחזיר לשמעון וכו' וכשיתן ראובן מה שחייב ליתן לשמעון יצא מן הבית וכו' ע"ש:
הנה מלשון הדין הנ"ל לכאורה נראה כי אויר גג הבירה הנז' דינו כדין חורבה שאינה עשויה ליבנות מאחר שעמד בלתי בנין שנים רבות אין מספר. וג"כ דינו כדין היורד לתוך חורבתו של חבירו ובנאה שלא ברשות מאחר שיש מעכבים שלא לבנות. אבל בין הכי ובין הכי נראה שיכול לבנות אבל שמין לו וידו עהת"ח שאם ההוצאה יתירה על השבח נוטל את השבח ואם השבח יותר על ההוצאה נוטל את ההוצאה כאשר מבואר בסי' זה ס"א סמ"ע ס"ק ב':

אבל האמת יורה דרכו שאויר גג הבירה הנז' דינו כדין החצרות הראוים הם לבנין ולהוסיף בהם בתים ועליות והבונה בו כנוטע שדה העשויה ליטע ושמין לו כמה אדם רוצה ליתן כגון זה לבנותו וכו':

והגם שעמד הגג הנ"ל זמן רב בלתי בנין לא יאמר עליו שיש לו דין חורבה שאינה עשויה ליבנות כל שעתא ושעתא ראוי לבנין הוא ומה שלא נבנה זמן רב הוא שלא נמצא שום אדם לבנותו ואדרבא לאידך גיסא מסתברא שיכול ראובן הנז' לבנות ע"ג הגג עפ"י הדין מפני כמה טעמים:

א) כי עמידת הגג הנז' בלתי בנין יסבב שיפול מרוב ימים כאשר נפל מקודם מאחר שהוא לחורב ביום ולקרח בלילה ויד זרים ממשמשת בו ומחריבים אותו כנ"ל והרי זה דומה למש"ל ראובן שהיה לו בית רעוע ויצא מן העיר ובא שמעון ודר בו והוציא הוצאות להציל הבית מן הנפילה וסיידו וכיירו כל מה שהיה לצורך שלא יפול צריך ראובן להחזיר לשמעון וכו' וכשיתן ראובן מה שחייב ליתן לשמעון יצא מן הבית ע"כ:

לפי"ז בנ"ד הרי ראובן הנז' יכול לבנות האויר הנז' להציל הבירה הנז' מן הנפילה ובעת אשר יפרעו לו מה שהוציא על הבנין אזי הוא יוצא ממנו שזה נהנה וז"א חסר וכופין על מדת סדום. וכ"כ שם סי' שס"ג ס"ה וז"ל הדר בחצר חבירו שלא מדעתו וכו' אם אותו החצר אינה עשויה לשכר אינו צריך להעלות לו שכר אעפ"י שדרך זה הדר לשכור מקום לעצמו שזה נהנה וז"א חסר הוא וה"מ דוקא בדבר דאי בעי ליהנות לא יוכל ליהנות אבל בגוונא דאי בעל החצר רוצה ליהנות ולהרויח להשכיר חצרו היה יכול אלא שאינו רוצה אין כופין אותו לעשות בחנם וסתם בתים בזמן הזה קיימי לאגרא הם ואעפ"י שעדין לא השכירו מעולם עכ"ל:

לפי"ז הנה מבואר יוצא כי חצר שאינה עשויה לשכר אינו חייב להעלות לו שכר שזה נהנה וז"א חסר ולענ"ד יראה לי כי אויר גג הבירה הנז' הגם שהוא ראוי לבנין הוא דומה לחצר דלא קיימא לאגרא ואפי' אם ירצו הבעלים ולהרויח ממנו לא יוכלו מאחר שהוא הפקר בעלמא והו"ל זה נהנה וז"א חסר דכופין על מדת סדום וע"ש סי' קנ"ג ס"ח וסי' קנ"ד ס"ג וסי"ג וסי' רס"ד ס"ד וסי' שי"ח ס"א אופנים שונים מענינים שזה נהנה וז"א חסר דכופין על מדת סדום במקום דאי בעי ליהנות ולא יוכל ליהנות ושכנגדו יש לו הנאה דכופין ואינו יכול לעכב ע"י שלא ליהנות ואפי' בחצר שהיא בנויה ומשוכללת. כ"ש בנ"ד שרוצה לבנות אויר שהוא כמו הפקר בעלמא:

גם יראה לענ"ד כי לא מלבד שאינם יכולים לעכב עליו אלא אף גם זאת שמחוייבים לעזור לו בבנין מאחר שהם ג"כ יש להם הנאה בבנין הנז' האחת שהבנין התחתון נשמר

מן הנפילה כנז"ל ועוד שנית שראובן הנז' צריך לחזק הכותלים של מטה כדי שיוכלו לעמוד בכל חוזק ותוקף ועוד ג' שראובן הנז' אפי' אם לא נחשוב אותו אלא כאחד מב"ה. עכ"פ גם הוא יש לו חלק וזכות בבירה הנז' והם כמו שותפים בבנין או בחורבה והגע עצמך אם היתה חורבה או בית רעוע של שותפים ומגיע מהם נזק לכולם ורצה האחד מהם לבנות החורבה או לחזק הבית הנז' בכדי להרחיק הנזק ויש הנאה לכולם האם יכולים השותפים לעכב עליו זה מן הנמנע ורחוק מן השכל הוא. אלא אדרבא לאידך גיסא מסתברא שמחוייבים לעזור לו בהוצאות וצריכים להרחיק הנזק ולקרב התועלת וההנאה לכולם היא והוא מדברים שבני העיר כופין זה את זה המובא שם סי' קס"ג ואפי' המיעוט כופין את הרוב וכו' עש"ב:

וגם מבואר יוצא סי' קס"ד ס"א הבית והעליה של שנים כל קילקול שיארע בכותלים מן התקרה ולמטה חייב בעל הבית מן התקרה ולמעלה בעל העלית יתקננו והתקרה בעצמה של בעל הבית וכו' כותל שבין ראו' לשמעון והוא של אחד מהם יכול לסותרו כשירצה ואין השני יכול למחות ואם הכותל רעוע אעפ"י שהוא של שניהם אחד מהם יכול לסותרו והשני צריך לתת חלקו וכו' וכן שם סי' קע"ח וז"ל שותף שירד לתוך שדה חבירו המשותף ועבדה חשוב כיורד ברשות ונוטל כדין אריסי העיר וכו' ואפי' שאינה עשויה ליטע וכו' ואם מיחה השותף השני שלא לעשות כגון שבנה בנין והוא מוחה בו. אם הוא דבר שא"א מלבנות צריך חבירו ליתן לו חלקו וכו' וכתב שם בביאורים ס"ק ג' וז"ל והוא מוחה בו וכו' פי' אם הוא דבר שא"א מלבנות דהיינו שבית השותף עומד ליפול והשו' אי אפשר לבנות חלקו עד שיבנה ג"כ חלק חבירו וחבירו אינו רוצה לבנות כופין חבירו ליתן לו חלקו ויורדין לנכסיו וגובין ממנו לבנות הבית המשותף ואינו יכול לומר בנה אתה את הבית ודר בו עד שישלם לך וא"ל אמאי יכול כאן ליכפות ליתן לו חלקו ומשמע שיורדין לנכסיו. ובבית ועליה אינו כופהו רק שיושב בה עד שיתן לו הוצאותיו דשם גבי בית ועליה יכו"ל בעל הבית לבעל העליה מה לך לכפות הרי כל ההוצאות אשר אתה צריך למעלה בנה למטה ודר בו וכו' ומה לך אם תבנה בנין שלך למעלה או למטה משו"ה אין יורדין לנכסיו. משא"כ כאן שצריך הוצאות יתרים כיון שמוכרח לבנות חלק שניהם שא"א לבנות זה בלא זה דיש לומר לו כיון ששנינו צריכים לבנין זה וכו' איני רוצה להוציא הוצאות לבדי ואפי' בשנים שאינם שותפים כל שיש דבר שהוא מוכרח לשניהם ואין האחד רוצה לעשותן יכול השני לכפותו וראיה לזה מהא דב"ה כופין זה את זה לבנות החומה ושאר דברים הצריכים כו' דצריכים ליתן ואינו דומה למקיף חבירו דסי' קנ"ח דמדמין ליה לזה נהנה וז"א חסר וכו' כי בדבר המוכרח לשניהם באמת כופין

זא"ז וכו' ולזה נלע"ד דהוא הדין בבית המשותף שנפל ולא נשאר רק הקרקע ואינו יכול לשנות הקרקע לדבר אחר רק לבנין שיכול לכפותו לבנות דהוי כמציל מן ההיזק דאחד יכול לכוף את חבירו כמש"ל. ואין לדמותו למי שרוצה להשביח נכסי שותפות שאינו יכול לכפות זא"ז דכיון שאינו עשוי לשנותו לדבר אחר מופסד ועומד הוא וכהצלה מנזק דמייא עש"ב:

וכן ההיא שהבאתי לעיל כותל שבין ראו' לשמעון וכו' והכותל רעוע אעפ"י שהוא של שניהם אחד מהם יכול לסותרו והשני צריך לתת חלקו. וכן ההיא דסי' קע"ח שותף שירד לתוך שדה המשותף וכו' ואם מיחה השותף הב' שלא לעשות כגון שבנה בנין והוא מוחה בו וכו' דהיינו שבית השותף עומד ליפול והשותף א"א לבנות חלקו עד שיבנה ג"כ חלק חבי' וחבי' אינו רוצה לבנות כופין חבי' ליתן לו חלקו ויורדין לנכסיו וגובין ממנו לבנות הבית המשותף וכו' ואפי' בשנים שאינם שותפים כל שיש דבר שהוא מוכרח לשניהם יכול האחד להכריח לשני לכפותו וראיה וכו':

הרי בהדיא איתמר שכל דבר שיש היזק לשניהם או הנאה לשניהם בין לבנות בין לסתור שכופין זא"ז ויורדים לנכסי המעכב וגובין ממנו:

לפי"ז בנ"ד שהבירה הנז' היא לזכות כל ב"ה והרי היא כבית המשותף ועתידה ליפול אם לא יחזקו אותה כאשר נפלה מקודם הא ודאי שחייבים הקהל לעזור לראובן הנז' בבנין מאחר שההיזק מגיע לבירה הנז' באורך ימים והוא הדין במקום שיש הנאה לב' הצדדים שמחוייבים כולם לתת דמי ההוצאה כמבואר שם סי' קנ"ח ס"ז וט' ע"ש:

שוב ראיתי להרב המאסף ר"ן עמרם ז"ל בערך סוחרים אות י"א שכתב משם ב"י סי' שע"א וז"ל אדם שיש לו בית אמו חורבה והסוחרים נוטים שם אהל סחורתם ונותנים לו דבר מועט שכירות ובא אחד ובנה שם בנין ואין יד בעל החורבה משגת לפרוע לו דמי בנינו אין אומרים יתן לי מה שהיו נותנים לי הסוחרים שכן חסרו אלא יתן לו כל מה שנהנה ורואים כמה יתן אדם בחורבה כזאת לבנות עליה ונותן לו עכ"ל. הנה מדברי תשו' זאת לכאורה נר' כי חייב ראובן לתת שיעור מה שיהנה בבנינו ע"ג הבירה הנז' אפי' האמת לכשתדקדק בדברי הב"י הנז' ז"ל תמצא שאינו חייב ראובן הנז' כל ואדרבא לאידך גיסא מסתברא והטעם א' שלא חסר להם כלום כי מעולם לא נהנו מן האויר הנז' ואפי' אם ירצו ליהנות לא יוכלו כי כמו הפקר בעלמא הוא ועוד ב' שיש להם הנאה בבנינו לשמירת הבירה הנז' מן ההיזק וכמש"ל ודוק:

עוד זאת כי ראו' הנז' יש לו דין אפוטרופוס וגדול האחים ועלית על כולנה כי הוא וואקי"ל ח' באשי בהורמנא דמלכא יר"ה ועומד בפרץ חנם ולמה תגרע נחלתו מב"ה

כמש"ל, ועי' להר' משא מלך דמ"ד ופ"מ ח"א ס"ד ולב שלמה סוף אות ג' דקכ"ו כי חכם העיר שנתמנה עפ"י רשות המלך שקול כמו מלך ויפתח בדורו וכו' ודין המלך מבואר בשמואל ח' וז"ל ויאמר זה יהיה משפט המלך אשר ימלוך עליכם וכו' ולחרוש חרישו ולקצור קצירו וכו' ואת שדותיכם ואת כרמכם וזיתכם הטובים יקח ונתן לעבדיו וזרעיכם וכרמכם יעשור ונתן לסריסיו ועבדיו וכו' ואת חמוריכם יקח ועשה למלאכתו וכו':

עוד זאת מצאתי בס' החינוך מצוה תצ"ג וז"ל ואמז"ל שרשות ביד המלך לעשות לו דרך באמצע השדות והכרמים וכו' וכן שם מצוה ע"ז בדין הנשיא שנאמר ונשיא בעמך לא תאור שכונת הכתוב להזהירנו ע"כ שהוא ראש שררה על ישר' בין ממשלת מלכות בין ממשלת התו' וכו' וע"כ צריכים לקבל דעת אחד מהם אם טוב ואם רע למען יצליחו ויעסקו בעסקו של עולם פעם ימצא בעצתו וחפצי תועלת רב ופעם להיפך וכ"ז טוב מן המחלוקת שגורם ביטול גמור ומאחר שהממונה לראש סיבה אל התועלת שאמרנו הן שהוא גדול להדריכנו בדרכי הדת או גדול במלכות לשמור איש מרעהו שתקיף ממנו ראוי הדבר וכשר שלא נקל בכבודו וגם שלא לקללו אפי' שלא בפניו וכ"ש בשני עדים כדי שלא נבא מתיך כך לחלוק עמו לפי שההרגל שהאדם מרגיל עצמו ביני לבין עצמי זה סוף מעשהו והמחלוקת עליו אמרו ההפסד הנמצא בשבילי וכו' ע"ש:

לפי"ז לקענ"ד יראה לי כי לא מלבד שאינם יכולים לעכב עליו מלבנות אלא ג"כ חייבא רמייא עליהם לעזור לו כאשר תשיג את ידם מאחר שיש להם הנאה בבנינו כנז"ל והם אין להם הנאה מהאויר הנז' אפי' אם ירצו ליהנות לא יוכלו ליהנות ועוד כי ראובן הנז' יש לי דין אפוטרופוס וגדול האחים והוא הוואקי'ל חכם באשי כנז'. ובפרט שרבים מבני העיר כל אחד לקח לו בית מבתי הכולל ודר בה חינה דור אחר דור ולמה תגרע נחלתו מהם במקום שרוצה לבנות על האייר הנז' מכימי וממונו ובפרט ההוא אמר לבנות כדין הבונה חורבת חבירו ובעת אשר ישלמו דמי הבנין הוא יוצא ממנו ועכ"פ אמינא שאם המצא ימצא איזה אדם מבני ישראל שירצה לקנות האויר הנז' ויבנה עליו תכף עבור שמירת הבית הנז' מן הנפילה בודאי שיכולים למוכרו לטובת כוללות העיר וגם בזה האופן ראובן הנז' קודם לאחרים מדין בן המצר שגם הוא יש לו חלק וזכות בבירה הנז' ובפרט שיש לי קרקע וחצר סמוך ממש לאייר הנז':

ברם אם לא נמצא אדם שיקנה האויר הנז' מבני ברית והם מעכבים עליו אין זה כ"א שנאה וצרות עין והוא ממדת הקנאי והחמדן שרצה בהיזק עצמו כדי שלא יהנה חבירו ה' יצילנו ממדות אלו. וכ"ז כתבתי לענ"ד וקוצ"ד ואינינו תוקע עצמו לדון ולהורות כ"א

בהם' גדולי הדור אשר קטנם עבה ממותני. ונראית אמי"ץ ח"ש היום ח' ניסן התרס"ד וקיים כ"ד איש יאודי

הצעיר **מכלוף אל דאודי** ס"ט

הן כל יקר ראתה עיני את השאלה ואת אשר נגזר עליה מאת רב אחאי ורב רחימאי הרב הכולל בישראל להלל מוכתר בכתר מלכות ראש על ארץ עבי יע"א ע"ע ראובן שהוא וואקיל ח' באשי בעיר אחרת שרוצה לבניה בתים ועליות ע"ג הבירה השייכה לכוללות העיר שלו המשותפים בה כל אנשי הקהל של העיר הנז' עצמה וראו' הנז' ג"כ היא אחד מתושבי הקהל הנז' משנים קדמוניות ואנשי הקהל הנז' רובם ככולם מוחין ומעכבים על ידו שלא להניחו לבנות ע"ג הבירה הנז' שום בנין כלל יען כי היא הקדש לכל אנשי הקהל הנז' ואין לי רשות לבנות שום בנין בלי רשותם זוהי טענתם של אנשי הקהל על ראובן הנז'. ומע' הרב הפוסק הנז' הי"ו האריך הרחיב למעניתי לאסוף ולקבץ כמה טעמים שונים שהדין עם ראובן הנז' ולאפס הפנאי לא יכולתי לבוא בארוכה ולשאת ולתת בדבר הלכה. אכן האמת יורה דרכו שהדין עם ראובן הנז' לבנות על גבי הבירה כחפצו ורצונו ואינם יכולים אנשי הק"ק הי"ו לעכב על ידו כלל מאחר שהוא שותף עמהם בבירה הנז' והלכה רווחת דשותף יורד ברשות הוי כידוע אך זו בלבד כעת שאנשי הק"ק מוחין ומעכבין ע"י אהנייא להו מחאתם שאינם חייבים לתת לראובן הנז' חלקם להוצאת הבנין כלל ותו' לא מידי. אמנם אינם יכולים הק"ק לעכב ע"י שלא לבנות כנז"ל ועי' במיר"ם ז"ל בח"מ סי' קע"ח משם הגמי"י יעו"ש ובתשו' מהרימ"ט ז"ל ח"א סי' ק"ו שהאריך בזה ובתשו' הרב ס"מ ז"ל בח"ב סי' מ"ה שנשאל על נדון כזה יעש"ב באופן שהרשות נתונה ביד ראו' הנז' לבנות ע"ג הבירה של הכולל ככל אשר תאוה נפשו ואינם יכולים הק"ק לעכב על ידו כלל כנז"ל שכן שירת הדין נותנת והדברים פשיטים כן נלענ"ד להלכה ולמעשה וצור ישראל יצילנו משגיאות וימ"ן כיר"א פי המדבר אנא זעירא דמן חברייא

הצעיר **יצחק משה אבואלעפייא** ס"ט

ב"ה טו"ב אייר תרס"ד לפ"ק פעה"ק צפת"ו

עין רואה בכל הכתוב מעלה בדברי מע' הרב הגאון המפורסם ח"ק כמהר"ר יצחק אבואלעפייא הי"ו בעל המחבר פני יצחק מה שהעלה הלכה למעשה ומחמת רובי טרדות דמתא באנו בקצרה לתוקף פס"ד הנ"ל נאם רפאל (הדומ"ץ) ס"ט. הצעיר חיים מנשה כתהון ס"ט. הצעיר ישמעאל הכהן ס"ט.

סימן יט

נשאול נשאלתי מאת רחימא דנפשאי הלא זה הו"ד איש החסד הדורש טוב לעמו והמלך חפץ ביקרו וישם רביד הזהב על צוארו משרת וואקיל חכם באשי שהוא שר וגדול ליאידים והוא המוציא והוא המביא וכל דבר השייך לכוללות העיר עפ"י יצאו ועפ"י יבואו ואתא ואייתיה בידיה פסקא דדינא מאת הרב הפוסק אשר האריך הרחיב למעניתי וגם הרב אשר הסכים על ידו הוא עדינו העצני ולעילא מכל העומדים ראשונה ב"ד רבא בעה"ק צפתנ"ו אתנו יחד כולם מהפכים בזכיתי ושאיול שאל האיש לנו לעיין בדינו ולהפך בזכיתי אם יראה בעיני עפ"י האמת והיושר ושלח לי הפסקים שבידי להפך בזכותו:

והגם כי לא ציל"א דעתאי כי עול הציבור והיחיד השהדגי על צוארי ושיבה זרקה בי ולא אוכל לצאת ולבוא בעומקי ההלכה כאשר היתה באימנה ולא נצרכה אלא להעדפה כי לא צריך לי ילמטלעתי כי הנה נמצא אתי תרי מנייהו מלכי שפסקו את הדין מנופה בי"נ נפה ועל צבא תהלתם בית דין דחתימי עלייהו א"כ מאן עייל בר נפחא ביניהי. ואולם להפצרת השואל דחביב עלי עד למאד כי חפץ חשד ומרבה להטיב לכל בריה וגדול רדכי בבית המלך ושומעו הילך בכל המדינות עפ"י מדותיו הטובות. מאליפות מרובבות. ולעשות רצינו חפצתי אמרתי אעלה בתמר אוחזה בסנסיניו אראה אם פרחה הגפן פתח הסמדר ואשיבה ידי עליך ואסירה כל בדיליך ואשיבה שופטיך ואח"כ יקרא לך עיר הצדק קריה נאמנה וזה החילי בעזרת צורי וגואלי:

ואענה גם אנכי חלקי. טרם כל הבא נבא אל הרב הפוסק הראשון למ"ש ראשית אמריו להפך בזכותו מהאי דינא דאיתא בטור חו"מ סי' שע"ה סעי' וא"ו וז"ל היורד לתוך חורבתו של חבירו ובנאה שלא ברשות וכו' אפיק שפה ועמל שפה לזכותו מדין זה לבנות בע"כ של המוחים ע"כ יאמר דשנייא ההיא שכבר בנה שלא ברשות ואין מוחה בידו בעת הבנין אשר לא כן בנ"ד שהמוחים אינם מניחים אותו לבנות והוא רוצה לבנות בע"כ ואין לו עיקר כהאידנא:

גם מ"ש להביא ראיה לדמותו להההיא שהביא מור"ם ז"ל בסעי' ז' וז"ל ראובן שהיה לו בית רעוע ויצא מן העיר וכו' גם בזה לא בתר כי פה הם צועקים אל תבנה אל תבנה. גם מ"ש הנה מלשון הדין הנ"ל לכאורה נראה כי אויר גג הבירה הנז' דינו כדין חורבה שאינה עשויה ליבנות מאחר שעמד בלתי בנין שנים רבות אין מספר ע"כ:

ואנכי לא ידעתי מאין מפיק לה האי לישנא דלכאורה דלא משמע לא מינה ולא מקצתה שכיון שעמד שנים רבות בלי בנין דאין זה אלא דברי נביאות דהתם חורבה עשויה

להבנות ואם עמד שנים רבות מאי הוי גם במ"ש וג"כ דינו כדין היורד לתוך חורבתו של חבירו ובנאה שלא ברשות מאחר שים מעכבים שלא לבנות דתיבת מאחר שיש מעכבים שלא לבנות אין לה מובן. וכנראה שהבין ובנאה שלא ברשות פי' מאחר שיש מעכבים נקרא שלא ברשות ולא כן האמת כ"א דבר בהיפכו דפי' שלא ברשות הוא דאין מעכבים. עוד כתב מפני כמה טעמים הא' עמידת הגג בלתי בנין יסבב שיפול מרוב ימים כאשר נפל מקודם וכו' עד והרי זה דומה וכו' ולא אדע מאי קאמר דמאחר שנפל וחזרו ובנאוהו הא ודאי שבנאוהו בנין חזק שלא יפול והיה להם לחוש לנפילה ולבנותו בעליה ע"ג וכל הבנינים גלוים לחורב ביום ולקרח בלילה ולמה לא יפלו:

ומה דמות תערכו להא דכתב מור"ם בסי' שע"ה ראו' שהיה לו בית רעוע ויצא מן העיר וכו' ובא שמעון והוציא הוצאות להציל הבית מן הנפילה הוא פי' ההוצאות שהוציא אל תוך הבית לא לבנות עליה ע"ג להציל מן הנפילה ידבר זה לא יאמר להיות דומה לנ"ד:

ומנא אמינא להאי מילתא מדברי מהרימ"ט ז"ל ח"א סי' ק"ו יעו"ש ודייק מדברי מרן הב"י שהביא מתשו' תלמידי הרשב"א ז"ל ינתנו טעם לדבריהם שאם לא כן נמצא אדם כיפה את חבירו לעשות שדה גינה וחצ בתים וכו' יעו"ש בדבריו. עוד נראה בתשו' הנז' כי אש מחה בעל הקרקע בתחילה אין לי כלום כמ"ש הרב בתשו' הנז' וז"ל בד' קכ"ט ע"ד בפסקא המתחלת ומיהו נראה ועדין יש לדקדק כיון שאינו יכיל לכופו לסייע עמו לגדור וכי מפני שקדם הלה יבנה משלו יפסיד ולדידי לא קשיא שהרי זה דומה במקצת ליורד לשדה חבירו ונעשה שלא ברשת שאילו מתחי' בא לימלך ומיחי על ידי אינו חייב לו כלים ע"כ:

מפורש יוצא בתשו' הרב מהרימ"ט ז"ל הנז' בפסקת ולכאורה וכו' כל כצויה ראובן בעל הקרקע וגילה דעתו שאינו חפץ בו אינו חייב לו וכו' דהשתא דצווח אפי' על התחתונה לית ליה שהרי מיחה בשעת בנין ע"כ וכן תראה בכמה מקומות מפורש יוצא כנז':

ואביא את השלישית הלא היא תשו' מהר"א ששון המובאה לעט"ר הרמ"ז ז"ל בכנסיה שלי חו"מ מ"ב סי' שע"ה הגהט"ו אות ב' וז"ל דוקא ביורד שלא ברכות אבל במותה את חבירו ואמ"ל שלא יבנה פשיטא שיכול לומר טול עציך ואברך מהר"א ששון סי' קכ"ד וז"ל שם דרי"ו ע"ג. ומיד נראה לזכות את ראובן בר מדין ובר מדין שהרי כל מה שנאמר בגמרא ובפוסקים הוא ביורד שלא ברשות אבל במוחה את חבירו ואמ"ל לא תבנה נ"ל דפשיטא וכו' ובתשו' עט"ר בס' בעי חיי חו"מ ח"א סי' רכ"ג דרפ"ב ע"א שהרחיב קחנו משם דשמעת מינה מתשו' מהר"א ששון הנז' דכשעומד וצווח א תבנה אל תבנה הורע כחו לענין אם עבר ובנה שיכול לומר לו טול עציך ואבניך ואין מניח לו הבנין אשר בנה

מינה שמעינן דאם עדין לא בנה יכיל לעכב עליו שלא להניחו לבנות ולפי"ז אזדא לה ראית הרב הפוסק מכל וכל ואדרבא איפכא מסתברא:

ועיין לעט"ר הרמ"ז בס' בעי חיי לח"מ ח"א סי' רכ"ג דרפ"ב ע"א וז"ל ואפי' בשותף דעלמא דמיקרי יורד ברשות לא פסיקא לך אי הוי כיורד ברשות לגמרי או לא דמלישנא שאמרו שותף כיורד ברשות דמי ולא אמרו שיתף יורד ברשות הוי משמע כיורד ברשות ולא יורד ברשות לגמרי כמ"ש הרב הנמק"י וכו' אף אנו נאמר היורד ברשות דוקא למאי דפריש תלמודא במימרא דשמים שנוטל בשכרו המגיע לכתפים בין בשדה שאינה עשויה ליטע וכו' ע"כ. ואנן נמי נימא הכי בנ"ד דלא הוי כשו' וכאמור:

עוד מצאתי לעע"ר הרמ"ז הנז' בתשו' הנז' דרפ"ב ע"א שהביא משם רבו הרב מהרימ"ט וז"ל אבל מצאתי למירי הרב בסי' הנז' הסכים דלא נתנו להשותף דין יורד ברשות אלא היכא דניחא ליה לבעל הקרקע בבנין אז שמין וידו על העליונה בין בשדה העשויה ליטע ובין בשדה שאינה עשייה ליטע אבל כשאינו רוצה בבנין לדברי האומרים דאף בשדה העשייה ליטע וכו' יעי"ש וכדאמרן דגם לדברי מהרימ"ט חוזר ונראה דכשעומד וצווח יגרע נחלתו ובנ"ד כן הוא שמעכבים עליו מלבנות:

ואי בעית לפוטרו מצד השני שכתב הרב הפוסק דזה נהנה וזה אינו חסר דכופין אותו על מדת סדום גם בזה לא בחר דהנה מוצא דין זה היא בש"ע סי' שס"ג סעיף ו' וז"ל הדר בחצר של חבירו שלא מדעתו שאמר לי צא ולא יצא חייב ליתן לו כל שכרו ואם לא אמר לו צא אם אותי חצר אינה עשויה להשכיר אינו צריך להעלות שכר אעפ"י שהוציא את בעל הבית בע"כ מן הבית והוא דר בו ואפי' היה רגיל להשכיר רק עכשיו לא עביד למיגר בתר האי שעתא אזלינן אף שדרך זה הדר לשכור מקום לעצמו זה נהנה וזה אינו חסר הגהה ודוקא שכבר דר בו אבל לא יוכל לכופו לכתחילה שיניחנו לדור בי אעפ"י דכופין על מדת סדום במקום שזה נהנה וזה אינו חסר ה"מ בדבר דאי בעי ליהנות לא יוכל ליהנות אבל בכהאי גוונא דאי בעי בעל החצר ליהנות ולהרויח להשכיר חצרו היה יכול אלא שאיני רוצה אין כופין אותי לעשות בחנם ונ"ד הוי כאמר לי צא דחייב לתת לי כל שכרו. וגם לסברת מיר"ם שפי' בדברי מר"ן ודוקא שכבר דר בו וכו' ולנ"ד כיין שעדין לא בנה הו"ל כעדין לא דר בו שאין יכיל לכיפם שיכולים לומר שאנחנו יכולים ליהנות בי ומכ"ש למ"ש הסמ"ע הביאו הב"ח ס"ק י"ב וז"ל אפי' בחצר דלא קיימא לאגרא וגברא דלא עביד למיגר כיון דגילה דעתי דלא ניחא ליה ביה ואין אומרים בכה"ג כופין על מדת סדום כ"כ הסמ"ע ועיין לטט"ר הרמ"ז בכנסיה שלו מ"ב בח"מ סי' קע"ד הגהט"ו אות ב' יעו"ש:

ונ"ד גילו דעתם דלא ניחא להו ומ"ש ה' הפוסק שהוא כמו הפקר בעלמא לא אוכל שאת את דבריו דאם הוא כדבריו היה לו לזכיתו בטענה זו דהוא זוכה מן ההפקר ואין שום אדם יכול לעכב עליו להיות זוכה שהרי כל הקודם זכה:

ומ"ש הרב הפוסק הנז' וז"ל והגע עצמך אם היתה חורבה או בית רעוע של שותפים ומגיע מהם נזק לכולם ורצה אחד מהם לבנות החורבה או לחזק הבית הנז' בכדי להרחיק הנזק ויש הנאה לכולם האם יכולים השותפים לעכב עליו זה מן הנמנע ורחוקה מן השכל וכו' יעו"ש וקשיא לי כיון דהוציאו מדין הפקר והכניסו בדין השותפים הי"ל להסתייע מדין אחד מן השותפים שבנה הו"ל כיורד ברשות וכמ"ש בש"ע בחו"מ סי' שע"ה סעי' ח' וז"ל והשותף בשדה שיש לו חלק בה כיורד ברשות הן ושמין להם וידם על העליונה ואינם יכולים לעכב עליו:

ולדידי גם מזה אל תנח ידיך מלומר ואם באנו לדונו כדין השותפים דהו"ל כיורד ברשות לא חצית להאי כללא. והרי לך למרן מלכא הרמ"ז בתשו' חו"מ ח"א סי' רכ"ג דרפ"א ע"כ וז"ל ומטעם שותף רואה לשמעון שום תפיסה לזכות דלא אמרו שותף כיורד ברשות דמי אלא בשני שותפים בקרקע שאין זולתם אבל בבית של הקדש שיהיו כל הקהל כשותפים להיות זה בונה וזה הורס זו רעה חולה ולא שבקת חיי לבית של הקדש שכל אחד יבנה במה לעצמו כמי שירצה ויתפרע מן הקהל ונמצאו נכסי הקדש יורדין לטמיון ע"כ. ומעתה כל ראיותיו שהביא שם להחזיק דין השותפים אין בהם צורך לדידן:

עוד כתב הרב הפו' לזכותו מדין אפוטרופוס וגדול האחים וז"ל עוד זאת כי ראובן הנז' יש לו דין אפוטרופוס וגדול האחים ע"כ והא ודאי כי אשר במאמרו אפוטרופוס וגדול האחים רצה לרמוז לדין הש"ע סי' ר"ץ סעי' ר' וז"ל רשאי האפוטרופוס ללבוש בגדים נאים מנכסי היתומים לתועלתם כדי שיהיו דבריו נשמעין והוא שיהיה להיתומים הנאה בנכסיהם בהיות דבריו נשמעין ע"כ וגם גדול האחים כן דינו וכמו שכ' הש"ע סי' קע"ו סעיף ט' ולכן רצה לדמות דינו דיכול לבנות בעל כרחם כיון שהוא לתועלתם שיהיו דבריו נשמעין. וכמ"ש המשכה"ר במערכת ן' אות ו' וז"ל נגידים ראשי עם קדש המתמנים על הצבור בכח שירותם בחצר בית המלכות מצוה קא עבדי כי על הרוב יגיע הנאה לישראל ע"י לדבר על לב המלך להשיב חמתו מהשחית ומינה שאם נשבע ע"ד רבים שלא לשבת עוד מתיירין לו כמו שמתירין לכל נשבע ע"ד מצוה כך עלה בדעתי. ושוב מצאתי להגאון מהר"ם ז"ל בתשו' ח"א סי' ט"ו ועיין בשיורי כנה"ג י"ד סי' רכ"ח אות קכ"א ע"ש ע"כ. וא"כ בנ"ד נמי נימא הכי דודאי דאית להו הנאה לציבור כמ"ש ולזה יכול לבנות ולעשות כחפצו ורצונו ואולם לבבי לא כן יחשוב והנך רואה בעיניך לשון הש"ע שם וז"ל וגדול

האחים אף במה שקנה לעצמו אין שמין לו אבל לכתחילה יכולים למחות בו שלא יהנה ובסי' רפ"ח סעי' א' וז"ל ויש אומרים דגדול האחים אין שמין מה שעליו. וכתב באר הגולה אות א' ודין שהאחים יכולים למחות מבואר בסי' רפ"ו ע"כ וז"ל מר"ן ז"ל בסי' רפ"ו סעי' ד' במה דברים אמורים שאין תועלת לקטנים במה שלובשים הגדולים אבל בגדול האחים דנושא ונותן בנכסים ויש תועלת לקטנים במה שלובשים יפה כדי שיהיו דבריו נשמעין הרי לובש מתפיסת הבית ואם מיחו בידו הרשות בידם:

והרואה יראה כי כל בתר איפכא ואין הנדון דומה לראיה כי נ"ד הם מוחין בתחילה וכשמוחין הרשות בידם עוד כ' הרב הפו' נר"ו וז"ל ועלית על כולנה כי הוא וואקי"ל ח' באשי וכו' ועי' להרב משא מלך וכו' כי חכם העיר שנתמנה עפ"י רשות המלך שקול כמו מלך הנה דברי המשא מלך הנז' נטולה היא בידו מדברי הרב קנין פירות. עוד כתב ודין המלך מבואר בשמואל ח' ויאמר זה יהיה משפט המלך וכו' לא טובה השמועה הזאת כי דמיון הח' למלך הוא לענין מורא דוקא כמ"ש שום תשים עליך מלך שתהא אימתו עליך וכמ"ש מאן מלכי רבנן לא למשול בשל אחרים ולקחת ארצם מידם ואפי' המלך בעצמו לדעת שמואל כי כל האמור בפ' מלך מותר בו דהלכתא כוותיה גם ראה תראה במס' סנהדרין ד"ך ע"ב בתוס' ד"ה מלך מותר וכו' בין תבין אשר לפניך דלא בכל המלכים נאמר ולאו בכל הקרקעות נאמר ומה גם לתי' התוס' הראשון דדוקא לעבדיו מותר ולא לו ועיין בדרשותי שפירשתי כפי תירוצי התוס' הנז' פסוקי עפרון עם אברהם יעו"ש

ומ"ש ה"ה להביא ראיה מדברי הרב החינוך דמלך הרשות בידו לעשות לו דרך וכו' אנכי לא ידעתי מה לו ולהרב החינוך ז"ל הרי היא משנה ערוכה במס' סנהדרין ד"ך ע"ב ופסקה הרמב"ם בה' מלכים פ"ה ה"ג ועי"ש להלח"מ שם הלכה ג'. ואני בכו"ר אתנהו טעם נכון לדברי הרמב"ם שפי' לעשות לו דרך לצאת בו למלחמה ודלא כרש"י שפי' לעשות לו דרך לצאת בה לשדהו ולכרמו הוא משום סמיכות מ"ש דרך המלך אין לה שיעור דאם איתא כדברי רש"י למה אין לה שיעור דבשלמא לדברי הרמב"ם שפי' לצאת בה למלחמה אין לה שיעור משום ריבוי אוכלוסין אנשי צבא המלחמה:

שוב ראיתי מ"ש הרב המסכים ע"ד הרב הפוסק הראשון דברים אשר לא נתחיורו בעיני לפיקו"ד טרם כל מה שהביא מדברי מור"ם בסי' קע"ח לא דמיין אהדדי דשם מיחה השותף אחר הבנין אשר לא כן בנ"ד שהם מוחים קודם הבנין. גם מה שהביא מתו' מהרימ"ט אדרבא משם תבוא וכמש"ל. גם מה שהביא מהרב פ"מ ז"ל סי' מ"ה לא ראיתי כל תמונה אשר הוכח תוכיח ממנה שאפי' מיחו בו קודם שיבנה שיכול לבנות בע"כ אם לא שנאמר שלדעתו כי הוא שר התו' ולמאן דיצבי יתנינה ודי בהערה זאת:

יבוא השלישי ויכריע אחוז מזה וגם מזה דאפי' שמוחים בו יכול לבנות בע"כ אמינא ולא מסתפינא דכן הוא להלכה ולמעשה כוותייהו ולא מטעמייהו וטע' הדבר להיותו גובה להקדש כפי נימוס המלכות שהוא ג"כ וואקיל אל אווקף:

ועיין לעט"ר הרמ"ז כנה"ג יו"ד סי' רכ"ט סעיף ן' וסעי' נ"א וז"ל גזבר הקדש רשאי להוציא הוצאות על נכסי הקדש ולתועלת ההקדש הכל לפי צורך השעה ואעפ"י שיצטרך למכור מקצת ולקיים מקצת. ואם הוציא הוצאות אין אומרים לו המתן ומהפירות שיצאו תתפרע אלא יכול למכור מקצת כדי להתפרע מורי הרב בתשו' ח"ב ח"מ סי' א'. ומה גם שהוא ממונה מהקהל גם כן ובמקום אחר הארכתי בדבר שאינם יכולים לסלקו מכמה טעמים האמורים שם כל אחד על מקומו:

ולך נא ראה לעט"ר הרמ"ז בס' בעי חיי לח"מ סי' רכ"ג דרפ"א ע"ד וז"ל ולא מיקרי יורד ברשות בנכסי הקהל הפרנסים והגזברים המתמנים לפקח על זה אותם מקרי יורד ברשות ולא מטעם דכשותפים הם אלא דמסתמא כיון שממנים אותם לפקח על עסקי הקהל הרי זה כמו שנתנו להם רשות כל הקהל שיעשו ויבנו ויהרסו כרצונם ועליהם לשלם במיטבא ודבר זה אפילו שהשכל מחייבו ואין צריך שום ראיה מדברי הרשד"ם ז"ל חיו"ד סי' קפ"ב הוא מבואר שנדון שלו היה על בנין ב"ה ושקיל וטרי הרב ז"ל לומר מכמה טעמים דהוי כיורד שלא ברשות ע"כ:

ועדיפא מינה נ"ד שהוא ממונה מן הקהל והא ודאי כשנתמנה היה עפ"י רוב הציבור כי מלכותנו האדירה יר"ה עפ"י הנימוס אין ממנים וואקי'ל ח' באשי כי אם עפ"י ערצ'חאל החתומים בו רוב הציבור וכמ"ש עט"ר הרמ"ז בכנסייה שלו חו"מ מ"ב סי' רכ"ה שהביא משם מהר"מ די בוטון סי' נ"ח שכתב שבהקדש עניים אפי' שמכרו הגזברים אין להם הנאה ומוכח מדבריו שם דבקרקע שהוא ב"ה עצמו וכו' ושם מסיק דבזמננו זה הממונים והפרנסים מדעת כל הקהל ע"כ עניני ב"ה נתלו הכל לדעת עצמה הו"ל כמו שהתנו בפי' בין לעוות בין לתקן וכו' וכן הביא לנו הר' פרמ"א בח"א סי' קי"ח בסופו משם הרב מהר"א ששון בסי' קפ"ג דבזמננו הממונים והפרנסים נמנים אף על עניני ב"ה עצמם והם דברים נכוחים למבין וישרים למוצאי דעת ע"כ. וגם אית ליה רשות המלך ודינא ד"ד שהוא סי' ופטרון בכל נכסי כוללות העיר בכללותם ובפרעותם בכל מעשיו אשר יעשה בהם הוי ברשות כאדם העושה בשלו ולית אינש שיכול למחות בידו. ומר"ן הש"ע ביו"ד סי' רנ"ז סעיף ב' כתב וז"ל ואין מחשבין בצדקה עם גבאי צדקה ולא בהקדש עם הגזברים שנאמר ולא יחשבו עם האנשים אשר יתנו את הכסף על ידם לתת לעושי המלאכה כי באמונה הם עושים ע"כ:

וכ"ת דכ"ז לא נא' אלא דוקא שמוציא הוצאות לצורך ההקדש בדבר שאינו שייך לעצמו אבל בדבר שהוא שייך לעצמו איכא למיחש לזלות שפתים. וכמ"ש מור"ם בסי' ר"ץ ס' ח' וז"ל הגה"ה יש אומרים כמו שהאפוטרופוס יכול ליתנם לאחרים כך יכול לקבל המעות לעצמו ובלבד שיעשה בב"ד בשביל לזות שפתים ע"כ. וא"כ ה"נ איכא לזות שפתים ולבעבור זאת נטל רשות מבדה"ץ של עיה"ק צפת"ו שהם הרודים בעם צידון יע"א. וכ"ת דאלו דברי מור"ם ומר"ן דהוא מארי דאתרין לא העלה אותם על שוה"ט. אי משום הא לא איריא דהלא היא כתובה ביתה יוסף מחודש כ"ה כתב הראב"ד וכו' ומ"ש שגנאי ליקח אותם לעצמו משום לזות שפתים אין בית מיחוש כיון שהודיע הדבר לב"ד ע"כ וכבר ידוע מ"ש בעלי הכללים ז"ל על מר"ן הק' הגם שהשמיט הדין על השולחן הטהור כיון שהובא בב"י דעתו לפסוק כיוהיה כמי שיעו"ש בדבריהם באורך. וא"כ כיון דאית ליה רשות ב"ד תו ליכא לזית שפתים:

וא"ת דבנ"ד איכא למשדי בה נרגא לחוש משום חשדא שיוציא מנה ויתבע מאתים שהרי כתב מר"ן בסי' ע"ב סעי' א' וז"ל המלוה על המשכון וכו' ויש מי שאומר דדוקא לאחרים יכול להשכירם אבל לא לעצמו משום חשדא ע"כ. גם בש"ע יו"ד סי' רנ"ז סעיף ב' כתב בסתם וז"ל גבאי צדקה שאין להם עניים לחלק מצרפים המעות דינרים לאחרים אבל לא לעצמם וכן אם צריכים למכור מה שגבו מהתמחוי ימכרו לאחרים אבל לא לעצמם מפני החשד ואתייא במכ"ש בנ"ד דאיכא חשדא דממונא:

לזאת אשיב לך נא ראה מ"ש הב"ה בסי' ע"ב ס"ג וז"ל חשדא פי' הסמ"ע דיחשדו איתו דמשתמש בשביל הלואתו בלא נכייתא ובטור מייתי ראיה לזה ע"ש ובזה מתורץ דלא תיקשי מסי' רס"ז סכ"ב דבאבידה יכול לשומם בעצמו בלא ב"ד ולא חשדינן ליה משום דכאן י"ל שאין כונתו להשבת אבי' אלא דמשתמש בו בלא נכייתא ודלא כהב"ח שהק' דברי המחבר אהדדי. והש"ך תירץ דלא דמי להתם דכבר השיב אבידה כשהכניסן לביתו לכן לא חשבינן ליה דאם היה רוצה לגזול לא היה אומר שהוא אבידה אבל הכא שאינו משיב אבידה אלא עתה בשעת השכירות שפיר יש לחושדו שמשכיר לעצמו בפחות עכ"ל:

ועיין מה שפי' הט"ז דברי הב"י בדין זה ע"ש. ובתשו' בית יעקב המובא בפתחי תשובה ביו"ד סי' רנ"ז ס"א וז"ל שאם ידוע שאין בקופה של צדקה רק דבר מועט מותר דבדבר מועט ליכא חשדא וכן הא דריש ס"א גבאי צדקה אינם רשאים לפרוש אם הגבייה דבר מועט ליכא חשדא ע"ש ע"כ:

מכל האמור נפקא לן דבאופן דאיכא לבטל החשדא יכול לעשות אפי' לעצמו ולכן אבקש לו מנוח אשר יטב לו להאיש מרדכי גדול להיות נקי מה' ומישראל וכמ"ש מור"ם ביו"ד סי' רנ"ז סעיף ב' בהגה"ה ומ"מ כדי שיהיו נקיים מה' ומישראל וכו' התיקון לזה צריך שיהיה הוצאת הבנין ע"י שני עדים אשר ע"ז ליכא מלכות לעכב על ידו כי הוא אדון בדבר לעכב עליהם בכל מידי דשייך לכוללות העיר ולא הם. ולעילא מכל איכא עדיפותא בנ"ד דעיר צידון יע"א יש בה תוס' מעלה שהיא ס' ארץ ישראל וכמ"ש רז"ל ע"פ וירכתו עד צידון אי עד ועד בכלל או עד ולא עד בכלל וא"כ הו"ל יורד ברשות מפני ישוב הארץ אך ורק שיהיה עפ"י שנים עדים שאז יטול כל הוצאותיו הגם שיהיה ההוצאה יתירה על השבח וכדין ארץ ישראל:

ומעתה ק"ל למה מר"ן בח"מ סי' ע"ב כתב בלשון יש מי שאומר וכו' והלא הלכה פסוקה היא דהיכא דאיכא חשדא אינו יכול לעשות לעצמו. ונ"ל לתרץ עפ"י מ"ש הב"ה משם הט"ז בסי' רנ"ז ביו"ד סק"א וז"ל לפרוש שלא יחשדו אותו מאחר דיש ריעותא שעושה שלא כדין שהדין נותן נגבית בשנים והוא פורש מחבירו וזה מביאו לידי חשדא ע"כ:

ולפי"ד אלה נפקא לן לההיא דח"מ סי' ע"ב שאינו עושה שלא כדין להביאו לידי חשדא פשוט הדבר דליכא חשדא ולכן כתב מר"ן ויש מי שאומר שהיא סברא יחידאה וס"ל דגם בהא איכא חשדא אח"כ הדרי בי מתירוץ הנז' בראותי שם ביו"ד סי' רנ"ז סעיף ב' וז"ל גבאי צדקה שאין להם עניים לחלק מצרפים המעות דינרים לאחרים אבל לא לעצמם וכן אם צריכים למכור מה שגבו מן התמחוי ימכרו לאחרים אבל לא לעצמם מפני החשד. שהנה שם ליכא ריעותא אם אינם עושים לא כדין ואפ"ה פסק מר"ן דאיכא חשדא. לכן נ"ל לתרץ באופן אחר לתי' הנז"ל כיון דהחשדא היא שעוברים על לאו דאורייתא שהוא לא תגזול לא תגנוב חיישינן לחשדא אשר לא כן בההיא דסי' ע"ב דליכא בה איסור תורה שאינה ריבית קצוצה אלא אבק ריבית וכמ"ש משה"כ חידושים ס"ק א' וז"ל ריבית וריבית קצוצה לא הוי וכו' יעו"ש וכיון דאיכא שכירות הוי חות דרגא ולא חיישינן לחשדא אליבא דהלכתא שהיא חשדה ורחוקה לחוש אפילו באבק ריבית ואיכא שכירות וכמו שמצינו למור"ם שם שכתב ודוקא שלא התנה עמו מתחילה אבל התנה עם הלוה מתחילה שרי ע"כ. וצריך לדעת אמאי שרי והלא איכא למיחש לחשדא דמי ידע אם התנה אם לא. דאטו כל המתנה לפני כו"ע מתנה אם לא שנאמר כדאמרן דכיון דאיכא תנאי הו"ל חות דרגא ולא חיישינן לחשדא דאבק ריבית שהוא מדרבנן אבל יש שאומר שהיא סברא יחידאה חייש אפילו לחשדא כזו שהיא רחוקה:

העולה מן המחובר האמור ומדובר תורה יוצאה בהינומא וראשה פרוע להלכה ולמעשה שיכול לבנות הגם שמוחים בו לא תועיל מחאתם וכמ"ש הרבנים עליונים למעלה שני צנתרות הזהב איש ואיש כאשר אהב ועלית על כולנה דאית ליה רשותא מב"ד רבא שבעי"ק צפת"ו ומכל אילין דהוו יצא בדימוס בדינו ואין פוצה פה ומצפצף הנראה לענ"ד כתבתי וצור יש' יצילנו משגיאות ויורנו מתורתו נפלאות:

הלא **אהרן** הנני **ב"א** ס"ט פסק ב"ד עה"ק טבת"ו הנשמט מסי' א'

ראה ראינו כל מה שכתב מע' הר' הגדול מעוז ומגדול סבא קדישא אהרן קדוש ה' בכור קרייה רחמנא לראש פינה והן אמת כי לא נעלם מענ"ק מ"ש הרב מהר"ם מפאדובה ז"ל לרבינו דרכי משה ז"ל כי לפני גדולי התורה ראוי לבא בקצ"ר אמיץ והנה מע' הגאון פני יצחק נר"ו חד בדרא שר התורה כל רז לא אניס ליה תורה דיליה ויצא מוניטון שלו בעולם צדיק בארץ ישולם ואולם תורה היא דהנה הרב בעי חיי ז"ל סי' ר"ך לא זיכה לקהל אלא מפני שהם מוחזקים ויכולים לומר קים לי כמהר"מ ז"ל שכתב עד שיהא לו הפסד ממקום אחר נראה דהיכא דהוא להיפך שהיחיד הוא מוחזק הוא יכול לומר קי"ל דלא כמהר"מ ז"ל אלא כמהרי"ח ז"ל בין דבר מצוה או אונס למקום שאין אונס או דבר הרשות או כדעת התוס' בפ' מ"ח ורגילות והרא"ש ז"ל בין רגילות ליתן יותר וכו' ואפי' שאינו מפסידו ממקום אחר ע"ש ועי' בכנה"ג ז"ל סי' רס"ד הגהב"י אות ב':

וא"כ נ"ד דהיחיד הוא המוחזק עליו להרים דגל הקי"ל ובר מן דין כפי הנראה מדברי הכנה"ג ז"ל סי' רס"ד הגהב"י אות ח' כתב וז"ל להשתדל להוציא לו כתב פיטורים מן המלכות אף לדברי מהר"ם ז"ל חייב לשלם לו כל מה שנדר לו מור"ם ז"ל סי' פ"ו וא"כ אף נ"ד נמי שהתנו עמו לעשותו חכם באשי להשתדל להביא מן השררה יר"ה אפי' לדברי מהר"ם ז"ל חייב:

ואולם נראה לנו דהרב כנה"ג ז"ל ציין לדברי מהר"ם ז"ל כמקודם וסמך להמעיין בדברי מור"ם ז"ל סי' פ"ו דף מ"ח ע"א עיניו יחזו שכתב וז"ל אפי' לדברי מהר"ם ז"ל מ"ש בנ"ד צריכה לשלם מידי דהוה אצייד שביטל ממצודתו דהא מי שנוסע והולך למרחקים מביתו אין לך מפסיד גדול מזה ע"ש. הרי דאף בהשתדלותו עם המלכות יר"ה אם לא הפסיד ממקום אחר אינו חייב אלא שכרו לדעת מהר"ם ז"ל ודלא כמו שמובן מפשיטות הכנה"ג ז"ל. ואולם הרווחנו לנ"ד דהרחיק ג"כ נדוד מביתו שגם מהר"ם ז"ל מודה לסברת מור"ם ז"ל דמסתמא ודאי הפסיד דלא בעינן שיברר כמה הפסיד אלא דמסתמא ודאי הפסיד ואפי' דלא הפסיד כמו שהתנו עמו עכ"ז חייבים ליתן לו כל מה שקצבו ליתן לו וכמ"ש הרב לחם רב ז"ל סי' רכ"ז דאפי' בהפסד מועט סגי ושכן כתב הרא"ש ז"ל והביא

דבריו ז"ל הכנה"ג ז"ל שר. גם שמעינן מדברי מור"ם ז"ל דלא בעינן שיהא רב או מלמד או סוחר והעתיקוהו ממקומו כמ"ש הרב פנ"י בח' הששי סי' ב' דהא בנדון מהר"ם ז"ל לא חייב להאלמנה אלא מפני שהמשתדל הנז' הועתק מעירו ומסתמא אין לך הפסד גדול מזה ע"ש:

גם מ"ש הרב פנ"י נר"ו דתפיסתו מאחד מהם לא הוייא תפיסה לומר קי"ל אפי' נימא דהקהל הוו כשני שותפים שלוו לצורך שותפותם שניהם ביחד אחרי דמר"ן ז"ל בב"י ז"ל סי' ע"ז פליג על מהריק"ו ז"ל שורש ק"ך בהא. ולזה חלק על הרב הק' כפי אהרן ז"ל סי' ה' וכתב עליו בח' הששי סי' ב' דף ד' סוף ע"ב דל"מ המוחזק לו' קי"ל כסברת ה' כפי אהרן ז"ל דסברתו זרה ויחידאה ודחויה לגמרי. ואנן בדידן אחרי ראותנו כל מה שדחה דבריו בח"ג סי' יו"ד דמ"ב ע"ד ראינו שאין בכל דבריו ראיה עצמית לדחות דבריו ז"ל כי מה שטען עליו שאין יכו"ל קי"ל כמהריק"ו ז"ל אחרי שקבלנו הוראות מר"ן ז"ל גם בב"י ז"ל, הנה דבר זה במחלוקת הוא שנוי וכמ"ש איהו גופיה בכמה מדבריו הקדושים בח"א דק"ג ע"א ודף קי"ז ע"ג וקכ"ו סוף ע"ד וח"ג דף כ"ג ע"א. וא"כ הוא יכול לומר קי"ל דלא קבלנו הוראותיו בב"י ז"ל וקי"ל כמוהרי"ו ז"ל ומה שחילק בין מה שהביא איזה סברא מהסכמתו בב"י ז"ל להיכא שכתב ונראה לי דגילה דעתו דבזה לא נחלקו הפוסקים ז"ל הרי סברא זו דידיה היא וחידוש הוא שחידשו דהרי כל תשובותיו של מר"ן הק' ז"ל הא ודאי גילה דעתו וסברתו בהם להלכה ולמעשה ועכ"ז פליגי הפוסקים ז"ל אם קבלנו הוראותיו בתשובותיו ויכול המוחזק לומר קי"ל. ובר מן דין דהנה הרב קול אליאו ז"ל סי' יו"ד ח"מ ח"א הביא בנדונו מ"ש הרב ב"י ח"מ סי' נ"ג מדעת עצמו ודחאם מכח מ"ש מר"ן גופיה בב"י סי' רצ"א משם תלמידי הרשב"א ז"ל דגם באתריה דמר הרב קול אליאו ז"ל קבילו עלייהו הוראות מר"ן ז"ל ע"ש וכמ"ש הגאון פנ"י ז"ל גופיה בספרו ח"ג סי' ה' דכ"א ע"ג ע"ש:

ומה שטען עוד דא"כ היכי משכחת לה דקיימא לן כמ"ש הב"י ז"ל יכולים אנו לומר היכא דליכא חד מינייהו מוחזק. גם מ"ש וליכא למימר דלדידהו ולסברתייהו ליתא להאי כללא דכל כי הא הוה להו לפרש ע"כ ד"ק אתה תחזה דזה דוחק דודאי המוחזק יכול לומר דליתא להך כללא גם מ"ש הגאון פני יצחק נר"ו שם להוכיח דמר"ן ז"ל בשולחנו הטהור פסק דלא כמהריק"ו ז"ל והוא מדכתב בש"ע סי' ע"ז ס' ב' שכתב שותפין שלוה אחד מהם לצורך השותפות ע"ש כבר תרגמה הרב כפי אהרן ז"ל דף קי"ט ע"א שסעיף זה הוא הדין שכתב הטור ז"ל שהוא במחלוקת הרא"ש והרמב"ן ז"ל והש"ע ז"ל פסק כהרמב"ן ז"ל כמו שכתב בב"י ז"ל ע"ש. ומאי דכתב הגאון פני יצחק נר"ו דמאי שנא אם

לוה אחד לצורך השותפות ולא אמרינן בה רצה מזה גובה משנים שלוו לצורך השותפות דאמרינן בהו רצה מ"ג וכו' נראה דהחילוק מבואר דשנים שלוו לשותפותם כיון דשניהם לוו ביחד ולא חלקו המעות רצה מז"ג דיכול המלוה לומר עליך סמכתי לכל אחד ואחד. ולא כן אם אחד לבדו לוה לצורך השותפות הגם שחבירו ג"כ הוא ערב בעדו אם לית ליה כיון דהיה לצורך השותפות אבל לענין שיהא רצה מז"ג אעפ"י שהוא לא לוה ממנו לא יגבה ממנו דאינו יכיל לומר לא עליך סמכתי דאדרבא סמך על מי שלוה ממנו והממון של הלואתו גביה. ולזה אם רצה לגבות מן האחר לא יגבה ממנו לא כן אם לוו שניהם כאחד וכמדובר וכה דבר לה מהריק"ו ז"ל והמבי"ט ומוהרימ"ט ומהריק"ש ז"ל. וא"כ אחר שדחיות שדחה הרב פני יצחק נר"ו להר' כפי אהרן ז"ל לא עמד טעמם בם א"כ יכול המוחזק לומר קי"ל כמהריק"ו ז"ל וסיעתיה ז"ל והר' החסיד כפי אהרן ז"ל לגבות מאיזה מהם שירצה וגם דאינו יכול לדחותו אצל הכוללות כיון דאינו יכול לאשתעויי דינא בהדי רבים וכמ"ש הר' החסיד כפי אהרן ז"ל שם סי' ה' דף קי"ט ע"ב. וא"כ הוא הדר דינא שכיון שזוכה הנתבע בדין מדין קי"ל כמבואר יכול הוא לומר דנזקקין לנתבע תחילה וכמ"ש הר' מטה שמעון ז"ל סי' כ"ד אות ך' משם מהר"י חנדאלי ז"ל בס' שני המאורות הגדולים דקל"ח ע"א והביא דבריו הגאון פני יצחק ז"ל ולישרי לן מר הגאון פני יצחק נר"ו אשר הטו אשורנו מדרכו דרך הק' ועמו הס"ר כי כך היא דרכה של תו' וה' יצילנו משגיאות ויראנו מתורתו נפלאות כ"ד צעירי הצאן בדה"ץ הבעה"ח פעה"ק טבת"ו ברוב עז ושלום:

הצעיר יעקב הכהן סקלי ס"ט. הצעיר ברוך טולידאנו ס"ט. הצעיר שמואל ן' קיקי ס"ט.

סימן כ

שאלה נשאול נשאלנו מאת הרב המופלא וכבוד ה' מלא כקש"ת ר' עודרוס הכהן הי"ו אשר החזיק זה כמה שנים להיות דומ"ץ בעי"ת ראש פינה יע"א וגם היה חזקת אביו זלה"ה ואחריו לא קם כמוהו בקצבה ידועה ובלעדו לא ירים איש את ידו כמפורסם לכל הן עתה חדשים מקרוב באו ואין רצונם בדומ"ץ ומנעו ממנו קצבתו. האם לפו"ד מותר להורידו מחזקתו ואם חכם אחר יכול לבוא בגבולו או לעשות דבר מהדברים אשר היו ע"י הרב הנז' שע"י זה יגרום להרב הנז' קיפוח פרנסה עכ"ל:

תשובה הנה מן התורה ומן הנביאים ומרגלא בפומייהו דרבנן מעלין בק' ולא מורידין ואפי' שקבלתו היתה לזמן מוהר"י הלוי סי' ג' ומוהר"ר חק"ל באו"ת ד"ל ורבנים דעימייהו כתבו דאין יכולים להורידו ולענין מינוי דומ"ץ אם מצותו דאורייתא או מדרבנן הגאון מליסא בס' נ"מ חו"מ סי' א' כתב דלדעתו הוא דאורייתא גם ה' כפי אהרן ח"ב יו"ד סי'

ז' כ' דגם דעת הרמב"ם ז"ל כן ממ"ש בס' המצות ע"ש בפסק מוהרח"ש הלוי סי' ו' והן לו יהיה מדרבנן או מתקנת רז"ל גם זה כמו מדאורייתא הן מהדברים שכופין וכו' שהרי כתב הרא"ש ז"ל כלל ז' ופסקו מר"ן בש"ע או"ח סי' ג"ן הרב ומו"ץ קודם לש"ץ ומור"ם בח"מ סי' קס"ג בדברים שכופין כתב שאפי' המיעוט כופין לרוב. וכיון שדומ"ץ קודם לש"ץ הא ודאי שהמיעוט כופין וכן כתב מהרח"ש סי' כ"ט וז"ל דחייבים והמיעוט כופין וראיתי למהריב"ל סי' פ"ח דכ' דלקיחת דומ"ץ לקהל הוי דבר מצוה אפי' להתיר שבועה ע"ד רבים והר' כפי אהרן כתב דגם הר' ד"מ חיו"ד סי' מ' ומוהרד"ב סי' ע"ז הסכימו לזה והוסיף מדיליה דאפי' הסכימו כולם לחובה חייבים שאר בני העירות לכופם ליקח להם דומ"ץ ע"ש גם הרב משיב כהלכה סי' ו' כתב דקבלת דומ"ץ הוא דבר גדול ובלעדו יהרס מצב העיר והמיעוט כופין ואם יאמרו שיכולים אנו להסתפק ברבני עי"ק צפת"ו כי קרוב לנו העיר אין ממש בדבריהם דמי זה ערב אל לבו לגשת לקפח פרנסתו של הרב ולהשיג גבולו כי איסורו חמור ואפי' לעשות דבר מדברים אשר היו ע"י הרב הנז' כמו סדור כתובות וקידושין והכשר היין וכששולחין היין לחו"ל היה בחתימת הר' הנז' איסורא רביע עליה דזה גרמא לקפח פרנסתו וגזלן גמור יקרא ואל תשיבני ממ"ש רמ"א בסי' רמ"ב ס"ק כ"ב דיכול חכם אחר לבא אפי' שמקפח פרנסתו קצת דהרבה תשובות נאמרו בזה. ראשונה דוקא קצת לא כנדונינו שמקפח הכל. שנית מ"ש הש"ך דמשמע דוקא פרס שאינו בהיתר אבל פרס שהוא בהיתר ונתפשט היתרו בכל ישר' אין לקפח גם פרס שאינו היתר גמור אפשר אין לקפח עכ"ל. ונדונינו פרס של היתר הוא ואפי' על פיקוח קצת רבים הם החולקים כמ"ש מוהראנ"ח ח"ב סי' ע' דמוהרי"ק והריב"ש הם החולקים על ס' מוהרי"ו שהביא מור"ם גם המבי"ט ח"ג סי' ר' כתב דאין יכולים לצרף חכם אחר אפי' גדול בחכמה אחרי שכבר זכה הראשון. ועי' להגאון ח"ס יו"ד סי' ר"ל וז"ל ואין דברים הללו אמורים שיכול רב אחר לקפח קצת פרנסת הרא' שכ' הרמ"א היינו בימיהם שלא היה הרב כפועל. אלא כל חכם בעירו הנהיג וכו' אבל בזמן הזה שמקבלים רב ופוקר דירתו ממקומו וקוצבים לו שכירותו וכו' פשוט הוא מאד שהבא בגבולו לא טוב עשה בעמיו והרי הוא כגוזל ממש עכ"ל ואם באנו להרחיב ולציין יכלה היריעה מהכיל. בהא סלקינן ובהא נחתינן דהבא בגבולו בין בס' כתובות וקי' והכשר היין ושלוחו לחו"ל הרי זה משיג גבול יקרא וענוש יענש ע"י רבני וגאוני ארץ כד"ת הק' וכל העם ישמעו ויראו ולשמע אוזן אם כנים הדברים כי השו"ב אשר בעיר ממשמש ליכנס בגבולו בראותו כי עפ"י תוה"ק איסורא רביע הא ודאי ירחיק עצמו כמטחוי קשת כי המזיק ניזוק דיגרום רעה אחרת שתשאר העיר בלתי דומ"ץ אשר לדברי הכל מצוה

איכא דאורייתא או דרבנן וכ"ש שחזקת אבות וחזקתו עומדת לעד ואין יכולין להורידו בטחנו שישראל כשרים. ושומעים לקול מורים. גם כבודם ועושרם ירים. ושומע לנו ישכון בטח. כ"ד צעירי הצאן ישר' הבעה"ח לכבוד התי' בח' כתר תו' סיון ש' מברב"ת ה' ארצו עיה"ק צפ"ת אמת הצעיר שלמה יוסף חכים ס"ט. הצעיר אליהו ענתיבי ס"ט. הצעיר יוסף ידיד הלוי ס"ט.

ראה ראינו את דברי הרבנים המפורסמים חכמי ורבני הספרדים הי"ו בפסק דין אשר ערכו להרה"ג הרב טודרוס הכהן הרב בראש פינה יע"א אשר תרתי בידו חזקתו וחזקת אביו הרה"ג הרי"א הכהן שהיה רב ומו"ץ במושבה ראש פינה יע"א ובנו קם בחזקת אביו וזהו יותר מאחד עשר שנים אשר הר' הר"ט הנז' רב ומו"ץ בראש פינה הנה בצדק ובמשפט דברי הרבנים חו"ר הספרדים הי"ו ופס"ד עפ"י ד"ת אשר אין רשות להורידו מכבודו ומחזקתו בשום דבר השייכים לזכותו ולכבודו וכל פתחי שערי תשו' מגאוני קדמאי וגאוני בתראי כולם כאחד הוסכמו לפסק הלכה אשר אין רשות ביד הקהלה להוריד הרב מחזקתו ומזכותו וכבודו אפי' שיבא רב וגדול ממנו אין לקפח פרנסתו ולהורידו מחזקתו וכבודו וכל העובר ע"ז הרי הוא משיג גבול וכו' כמבואר בפוס' וכמבואר בכנה"ג או"ח סי' ג"ן שהר' הנכנס בגבול הראשון הוא משיג גבול רעהו ונקרא רשע וכ"כ בת' משפט צדק בח"ג סי' י"ד שהנכנס בגבול הראשון מקרי עני המהפך וכו' וכ"כ בתשו' הרש"ך ח"ב סי' ק"ה שהנכנס בגבול הראשון אפי' ברשות הקהלה נקרא משיג גבול רעהו אפי' הקהלה אינם רוצים בראשון יעו"ש. וכן בכנה"ג ח"מ סי' רל"ז מביא ג"כ תשו' הרש"ך שאסור ליכנס לגבול הראשון אפי' שיהיה גדול ממנו בתורה ובחכמה וכו' והנכנס מקרי משיג גבול ורשע מקרי ועי' בת' שואל ומשיב מהדורא תליתאה סי' קכ"ד באורך בענין השגת גבול וכתב שם אחי בני עמי הציקתנו רוח ה' חלילה חלילה לשמוע הוראה (מהר' השני הנכנס בגבול הראשון) ועי' בתשו' ראש משביר הביאו בתשו' חיים ביד סי' ס"ג דהבא למעט מכבוד הרב שזכה באיזה שררה ודבר מצוה דהוי שופך דמים ומביא דברי זוה"ק באדרא קדישא אלא כל מאן דנחית מדרגא קדמאה וכו' א"כ הטיב אשר דיבר דהמורידו משררה כאילו שופך דמים וצערא דגופא לא ניתן לימחל יעו"ש ויש עוד באורך מזה אך אין צריך אריכות אשר כל דברי הפוס' פתוחים ע"כ קם דינא ששום אדם אסור להכנס לגבולו ואסור להוריו מחזקתו וכל דברי הזכותים אשר לו כמו בהוראת או"ה וקידו' והכשרות על היין אשר המה בחזקת הרב והוחזק בהם. ומי הוא אשר ירהיב עז בנפשו לעבור על השגת גבול ואיסורא דרמייא על זה ואת אשר בא בקובלנא מהר' הנ"ל אשר השו"ב משם נכנס באלו

הדברים אשר שייכים לזכות הרב הנז' הדבר הזה בלתי אפשרי שיעשה כזאת. אך פן ואולי כנים הדברים אשר השו"ב נכנס בגבולו ובזכותו יכול להיות שלא שם לבבו או לא ידע מחומר האיסור בזה אחרי שיראה שעפ"י דין אסור לו לעשות כי זה משיג גבול בודאי השו"ב ירחיק א"ע מזה ולא יעבור ולא יעשה עוד כ"ז יצא מאתנו לתוקף הב"ד הנז' שחזקתו מהרב הנז' הוייא חזקה ואין יכולים להורידו מכבודו ומחזקתו ומכל הזכותים השייכים לו ובטוחים אנחנו אשר בני המושבה הנז' ידענו בהם שישמעו לקול הורים ומורים הכ"ד בדה"ץ החותמים בשים שלום טובה וברכה ולתוקף פס"ד בעה"ח כ"ו סיון תרס"ב צפת"ו:

נאם רפאל זילבערמנן אב"ד בעה"ק צפת"ו. נאם ישראל אשכנזי ס"ט. (חותם ב"ד הצדק ק"ק אשכנזים פה עיה"ק צפת"ו תובב"א)

נשאול נשאלתי מאת רחימא דנפשאי בעל השאלה הרב הנז' להוציא לאור משפטו אם יש כח ביד אנשי קהלתו לסלקו משירותו או לא:

והנה ראה ראיתי מ"ש עליונים למעלה להוציא לאור משפט שאין כח ביד אנשי קהלתו לסלקו כמו שיראה הרואה והמעיין בדבריהם ולאהבת הרב השואל נר"ו כי אהבת עולם אהבתיו על משכיתו ועצור במילין מי יוכל ואנא דאמרי הטיבו אשר דיברו לנדון השאלה ואני ב"א להביא מן החדש אשר לא גבלו ראשונים למעלה מ"ש הרב ברכ"י ז"ל באו"ח סי' ג"ן בשם תשו' הרמב"ם דממונה אין להעבירו ממינויו כ"א בנמצא בו דבר ערוה יעו"ש והוב"ד בס' חקות החיים ח"מ ס"ג די"ב ע"ג וכתב שם הא קמן כמה אשלי רברבי דהסכימו לדינא דאין להעביר אדם משירותו על לא חמס בכפו יעו"ש:

וכתב עוד בס' משא חיים במערכת ח' אוה קכ"ה דנ"א ע"א וז"ל להעביר ממונה ממינויו קי"ל בש"ס ובפוס' ל"מ רוב להורידו אם לא יש סיבה חזקה כמ"ש מר"ן החבי"ב בכנה"ג סי' רל"ח בהגהט"ו אות פ"ד והחק"ל ח"מ ח"ב סי' כ"ד וכו' יעו"ש עכ"ל:

עוד ראיתי להר' הנז' בספרו גנזי חיים במע' ב' שכתב בדיין שטעה אפי' בערוה החמורה דאין לסלקו יעוש"ב. גם בס' חוקות החיים סי' צ"א בדקכ"ה ע"א יעו"ש ועפי"ד ק"ל מדברי מר"ן הק' בשה"ט ח"מ סי' צ"ח ס"ג וז"ל אין יורדין לנכסי לוה עד שיודיעוהו תחילה וכו' ואם טעה הדיין והוריד לנכסיו קודם שיודיעוהו מסלקין אותו עכ"ל. הרי לך מפורש יוצא דמסלקין אפי' בדין פשוט ומכ"ש בדין ערוה החמורה וע"ש להרב החבי"פ הנז' מה שתי' לזה דמסלקין קאי למלוה יעוש"ב:

ברם מה יענו שפתי צדיק לדעת מר"ן הקדוש דמפורש מדבריו דמסלקין קאי אדיין ובפרט לדידן דאתכא דידיה סמכינן ולא מצינן לומר קי"ל נגדו אפי' כל הפו' חלוקים

עליו מ"מ בנ"ד אפי' מר"ן הקדוש אזיל ומודה דאין לסלקו דשאני התם שעשה שלא כדין וטעה שהוריד לנכסי לוה בלתי הודעה אבל בנ"ד לא יצאה שום תקלה מתחת ידו ועי' בס' פני' הנד"מ בח"ה חו"מ ס"א דקכ"ב ע"א וב' במ"ש מרן הנז' בש"ע. והנה הוא יוצא לקראתך אחד משיירי כנה"ג תשו' הר' פני יצחק בח"ה חו"מ סי' א' כי הוא יצא בדימוס בדינו של הרב שרוצים לסלקו ונדון שלנו עדיפא מינה דשם פסק את הדין בסכינא חריפא הגם כי יש חשד ברב הנז' כמו שיעו"ש עכ"ז אינם יכולים לסלקו ואתייא במכ"ש וק"ו לנ"ד והנה שם מע' הרב הנז' נר"ו אייתיה כמעט רובי תורתם של הרבנים הנז' נר"ו וממנו נקח טעם אחר אשר לא זכרו עליונים למעלה שהוא מערבין בבית ישן מפני החשד והנדון הנז"ל עדיפא שיש בידו מינוי הכשר היין ואם יסתלק איכא חשד בכל העולם ובכל היינות אשר נשלחו על ידו כי שמורים הם ליישנם כמנהג היין שכ"ז שמזקין הרי הוא משובח ויכולים לגרום חשש פיסול ביין ולא מן ה' הוא זה:

והגם כי אנכי העבד העליתי במ"א בדעת מר"ן שיכולים לסלק השוחט בנדון אחר ככתוב אצלי באורך ויכול שוחט אחר אשר ירצו בו הקהל להיות גם הוא שוחט. בנדון הנז"ל אין הדבר תלוי בדעת בעל החררה לכל אשר יחפוץ יתננה דשאני הכא שכבר קבלו את הראשון כל העם מקצה ברצון גמור ואין להם שום טענה במינוי אשר מינו אותו שהוא בסיב"ת עשויה וכמ"ש בעניותין בנדון השוחט לא כן אחר שקיבלוהו יחד כולם באהבה וברצון אינם יכולים לחזיר בהם. ועי' להר' מע"ש בח"ג הגהט"ו אות מ"ו כתב שם אם כבר קיימו וקבלו עליהם אנשי העיר תיקון זה שוב אינם יכולים למחות ציין שם מהר"ם איסרלאם סי' ט"ג כנה"ג בתשו' ח"מ ח"א סי' רמ"ד ד"ס ע"ג וכ"כ זקן אהרן סי' מ"ט ועיין חוות יאיר סי' פ"א יע"ש וכיון שבעל החררה הוא עצמו הנותן בתחילה אינו יכול לחזור בו בלתי שום טעם מספיק:

ועוד ב"א דבשוחט ליכא חשדא וכאמור שם אשר לא כן בנדון הנז"ל דאיכא חשדא רבה אשר לא יוכל הבא במקומו לכפרה וכמש"ל א"כ תורה יוצאה בהינומא לנ"ד שאין בהם כח לסלקו ואם יש ספק באדם אחר שרוצה להכנס בגבולו קאי בלאו דלא תסיג וארור מסיג ועוד עי' במה שרשם הרב פני' ע"ע הנז' להר' החבי"ף בס' חקות החיים ובס' רוח חיים ז"ל אשר במאמרו ברא שאין כח בידם לסלקו והבא בגבולו נקרא מסיג גבול רעהו. וכיון דהבן ממלא מקום אבותיו הוא קודם לכל אדם וכמ"ש הרשב"א ז"ל סי' ש' וז"ל וכלל גדול אמרו רז"ל דכל עניני המינויים שאם הבן ראוי הוא קודם לכל דם וכו' יעו"ש ומה גם שכבר עלה והחזיק בה כמה שנים וכיון שעלה לא ירד והמורידו ענוש יענש כאשר יושת עליו דמעלין בקדש ואין מורידין:

ולך נא ראה להראש"ל ה' נד"ל ז"ל ח"א סי' ק"י דרי"ז ע"ג שכתב וז"ל הגם שיש לחלק דהתם הוא קודם המינוי אבל אם זכה זכה מנ"ל דמורידין אותו הרוב וכמו שכן הסכים הר' ד"מ בחאו"ח ס"ד דלסלקו אין כח ברוב ודברי מהראנ"ח ז"ל סי' מ"א דנ"ו דאפי' לסלקו עדיף כח הרוב וכ"כ בתשו' ח"א כתב הרב דהוא סברא יחידאה לגבי שאר פוס' יעו"ש ע"כ וממנו תראו וכן תעשו דאין כח אפי' ביד הרוב לסלקו והאומר שהרוב יכולים לסלקו היא ס' יחידית ובפרט למ"ש בזוה"ק וז"ל דכל מאן דנחית מדרגא קדמאה דהוה ביה קרי ביה מיתה וכו' יעו"ש ותוספת מרובה תמצא להר' השל"ה הק' הוב"ד בס' שער החצר אות כ"ד דע"י שררה שבה אית ליה הנאה שיש לו תוספת השגה דהוי כעין מלכותא דרקיעא וז"ל בקיצור. ומעלין את המנהיג את יש' לאה"ק גדול מאד וזהו ענין שררת ישר' ומנהיגם לא כהאומות ששררתם מצד גופם וכחם אבל שררת ישר' של המנהיגים היא מעין מלכותא דרקיעא ר"ל מי שיש לו תוספת השגה הוא נעשה ראש ומקור להשתרר על ישראל להנהיגם עפ"י התורה וכו' וזה היה תקות מרע"ה להיות מנהיג לא"י כי אז יוסיף עוד רוח ה' עליו ורצה להשלים את עצמו ביותר הן במעשיות והן במושכלות וכו' בקש אעברה נא לא עבור שררה רק עבור תו' השגה ואז יתרומם ג"כ קרן ישראל כשהוא מנהיגם וזה השאלה היתה משותפת עבורו ועבור ישר' וכו' ופי' שם מאמרז"ל א"ל הקב"ה חכם אתה ואתה רוצה ליכנס לארץ שהכונה שמה שאתה מבקש לתו' השגה כבר אתה חכם והשגת השלימות וכו' יעוש"ב:

וראיתי להחק"ל תפוחין קדישין בח' יו"ד ח"ב דק"ה ע"ג שכתב דכשמעבירין לדיין מדיינות שלו אית ליה צערא דגופא כדקי"ל דמ"ב וא"מ וגם דיש לו כבוד ע"י המינוי ושכרו גדול מאד יעוש"ב. אשר מזה נקח ונדון לנ"ד דאית ליה כבוד ותו' השגה וצערא דגופא לא ניתן להמחל וכן בצוואת מהר"ר שעפטל אשר צוה לבניו אחריו הוב"ד בס' חוקות החיים ח"מ סי' צ"א דקל"ג ע"ד וז"ל וכשתהיו יושבים אצל הקהל להוריד חזן או שמש מאומנותו וכ"ש וק"ו איזה רב ח"ו חלילה לכם לשלוח ידיכם בו רק אם עבר עבירה תיסרו אותו ותתרו בו להעבירו מאומנותו ולא תהיו אח"ר לרעות ומן האמור תקח לנ"ד דאין להעבירו משום דהו"ל כאילו המיתו כמ"ש בזוה"ק וגם דאיכא צערא דגופא אשר לא ניתן להמחל וכמש"ל והגם שיהיו רבים עתה שרוצים לסלקו מ"מ אין יכולים לסלקו וכמ"ש הר' חוקות החיים ח"מ ס"ג די"ב ע"ג יעוש"ב ועי' להר' אזן אהרן מע' ח' אות ט"ז באורך ועי' להב"ד ח"א או"ח סל"א ד"ח ע"א וז"ל מי שהחזיק בשררה או במינוי אפי' שהחזיק מעצמו אין נוטלין אותה ממנו לתתו לאחר גדול ממנו מכיון דכבר זכה בה והביא שם משם תשו' הריב"ש סי' רע"א דמ"ב וא"מ ובע"ג הביא ראיה מדברי הרמב"ם

בפי' המשניות סו"פ בתרא דמנחות וז"ל בעבור שחוניו היה יודע וכו' ע"ש. ובע"ד כתב ונמצא הפר ברית האמור בהר עיבל ארור מסיג גבול רעהו וכו' יעוש"ב ובדבר מעב"ק ול"מ עי' להר' ראה חיים דכ"ז מע"א ואילך ובדבר מערבין בבית ישן שהוא מפני החשד במ"א הארכתי הרבה וממנו נקח לנ"ד:

ועדיפא מינה נקט מה שמצאתי ראיתי להר' דרכי תשו' כי' ח"י ס"ק קנ"י כ' דהשו"ב המהרהר אחר הוראת הרב הממונה במקומו ראוי להעבירו יעוש"ב ועי' עוד באות קנ"ז שכתב דאם בא איזה ת"ח ממקום אחר לעיר ואסר איזה דבר באתרא דחבריה רשות ביד חכם העיר להתיר מה שאסר האחר ואפי' אם האוסרים רבים הקב"ה מצליח לחכם העיר יותר ואפי' אם איזה ת"ח שבעיר שאינו ממונה אוסר רשות ביד חכם העיר הממונה להתיר אפי' אמר רבו של האוסר ודוקא אם אסר הח' הממונה אין לחבירו להתיר יעוש"ב ועי' עוד באות קנ"ט ובאות קס"ו יעו"ש:

ודון מינה לנ"ד במכ"ש שאינו יכול להתמנות במקומו ועי' להח"ם ח"מ סי' כ"ה בסופו במה שהאריך הרחיב בענין סילוק הדיין בסופו. ועוד עיין להר' הנז' בחא"ח סי' ר"ו יעוש"ב דאפי' המתמנה לג"ש אין לסלקו אחר הג"ש וכ"ש לנ"ד שמינויו בסתם:

ואקחך אל מקום אחר הוא הרב גנזי חיים במע' ש' אות ק"ו וז"ל שררה כל מי שזוכה באיזה שררה דאינה קבועה לזמן קצוב כ"ז שלא נמנא בו שום פיסול שראוי להעבירו אין מקום להעבירו כמו שהכריח הגאון מ"ז בס' החק"ל בח"מ סי' כ"ד וממ"ש הר' מהרי"א סי' רכ"ד שנר' שיוכלו להעבירו זהו כשאינו מנהיג את הציבור יע"ש ועי' בס' באר מים חיים ובתשובותי במ"א בס"ד ע"כ ובנ"ד הוא מנהיג את הציבור דאליבא דכ"ע דאינם יכולים להעבירו:

ואתנה לך גם את זאת מ"ש שם אות ק"ז וז"ל שררה וכבוד איכא הנאה לממנים שהם הציבור ואם איכא הנאה למתמנה כמ"ש הרשב"א בתשו' הקטנות סי' ק"ט וז"ל שהוא נהנה שמחמנים בשררותא דמתא שהיא מהדברים שאין מתמנים עליהם הנכרים והגרים אלא ישר' בלבד ונפקא לן מקרא דשום תשים עליך מלך וכו' א"כ הנאה היא לו וגם הציבור נהנים ממנו שמלאכתן נעשית על ידו והרי הוא שלוחם וכו' ולפיכך הוא נהנה והם נהנים והקהל הם נהנים ואינו נשאל לבני העיר עכ"ל יעו"ש:

אענה חלקי גם אני לתת טעם אחר שהוא נהנה כמ"ש רז"ל כיון שאדם נתמנה פרנס על הציבור והוא פרנס והוא רב העיר וכמ"ש החק"ל ח"ג ביו"ד ס"ה דק"ד ע"א יעו"ש אסור לעשות מלאכה בפני ג' ונמצא מלאכתו נעשית ע"י אחרים שהם הציבור ואין לך הנאה יותר מזה וגם הציבור אית להו הנאה שע"י קיימו מה שחייבים להעמיד פרנס:

עוד זאת אית ליה הנאה כמש"ל בענין מרע"ה בדברי השל"ה והם ג"כ יש להם הנאה כמ"ש שם ואזי יתרומם קרן ישׂ' וכיון דב' אית להו הנאה גמרי ומקני וכמ"ש רז"ל בההיא הנאה דאית להו אהדדי גמרי ומקני והא דידן עדיפא דאית להו הנאה גמורה גמרי ומקני ואינם יכולים לסלקו עוד לך נא ראה להר' אזן אהרן במע' ח' אות ט"ז יעוש"ב ושם במע' מ' אות ק"ח ובמע' ר' אות ג':

ועדיפא מינה נ"ד דאית ליה ירושת אבותיו שאביו היה רב במקום הזה והבן אם הוא ראוי למלאת מקום אבותיו הוא היורש שררת אבותיו וכמ"ש הרב גנזי חיים במע' יו"ד אות ל"ה יעוש"ב ובנ"ד אתייא במכ"ש שהם בחרו בו להיות להם לראש ולקצין למלא מקום אבותיו והנה מלבד שאין יכולים לסלקו אפי' מצד עצמו וכאמור ומדובר עוד זאת היתה יתירה טעמא רבה ויקירא שאין כח בידם לסלקו מירושת אבותיו דירושה אין לה הפסק ועט"ר הרמ"ז בכנסייה שלו ח"מ סי' רל"ז הגהב"י אות ע' וז"ל אסור לחכם להתמנות למרבץ תו' להשיג גבול חבירו מהרש"ך ח"ב סי' כ"ח ומהר"י מברונא סי' רנ"ד כתב דלא מצי מעכב ועי' במבי"ט ח"ג סי' ס"ח שהעלה לאסור יעו"ש:

ולעילא מן כל עי' להר' בני חיי שכתב וז"ל כבר קיימו וקבלו אנשי העיר בתיקון זה שוב אינם יכולים למחות הרמ"א בתשו' סי' מ"ג יעו"ש ובפרט שהעם היושבים בה הר' הנז' הם אשכנזים וקיבלו עליהם הוראות מור"ם ולדעת מור"ם הנז' אינם יכולים לסלקו כנז'. ואף דבמינוי שלו ליכא קנין בכדי להתחייב אמינא ה דל"ב קנין מהא דאי' בירוש' דהוריות הדא אמרה דממנים זקנים בפה ומור"ם בח"מ סי' קס"ג ס"י וז"ל קהל וכו' וכל דברי הקהל א"צ קנין ועט"ר הרמ"ז בנכסיה שלו ח"מ סי' של"ג הגהב"י אות כ"ב וז"ל נ"ב פי' אפי' בלא קנין ע"ש ובמ"א הארכתי בפרט הזה לפי הנדון. וכ"ת דהרבים הם מוחזקים ויכולים לומר קי"ל כהחולקים לא יעשה כן במקומנו שאינו כדין מסים וכמ"ש הרב חוקות החיים חו"מ ס"ג די"ב ע"ג וז"ל ובר מן דין הרי ידוע דהלכה רווחת בישראל כי דין רבים מוחזקים אינו אלא בענין מסים ולא בע"א. ונמצא כי הר' השואל יצ"ו אשר החזיק בשררה הוא המוחזק כאשר כתבו הפוס' וכמ"ש בסה"ק רו"ח ח"מ סי' כ"ה בכללי הקי"ל וכו' יע"ש ומשם תו' יוצאה לנ"ד שהר' השואל יצ"ו הוא המוחזק אין עוד מלבדו והוא הוא דמצי למימר קי"ל היכא דאיכא מחלוקת ולא הרבים:

ולך נא אקחך אל מקום אחר אשר תראנו משם דחייבים לשלם לו שכרו לעד לעולם בדברי הר' חוקות החיים שם בס"ג די"ב ע"ד וז"ל וגם ע"ע ההוצאות והפרש שלו הם חייבים לשלם כאשר פסקו הרבנים העליונים העי"א. וכבר האריך התייר הגדול אבי התעודה מז"ה ז"ל בס' חק"ל יו"ד ח"ב סי' ב"ן אשר לא הניח פינה וזוית וזו הלכה העלה

דכל שסילקוהו לדיין שלא כדין גובה שכרו מושלם לעד לעולם כל ימי חייו יעו"ש וכ"ן דעת מוהרה"ג סבא דמשפטים מהרי"מ ז"ל בס' שפת הים חיו"ד סי' כ"ג יעו"ש וחדשות אני מגיד דחדשים מקרוב באו זה ס' מים חיים לרב חינ"א יצ"ו וראיתי שם בח' חו"מ בקונ' מי מריבה סי' א' פסק ארוך ע"ע זה שאין יכולים לסלק לדיין ממינויו משום דקי"ל מעלין בק' ולא מורידין ומחויבים לתת לו שכרו לעד לעולם ואחריו החזיקו הסכימו ע"י רבני קושטא ושאלוניקי העי"א יעש"ב ואחריהם החזיק הר' הנז' וז"ל סו"ד הנני מסכים להלכה ולמעשה שאף ידי תכון עם מע' הר' השואל המלאך רפאל הנז' נר"ו דחייבים בני העיר בגדאד יע"א להשיבו על כנו כבתחילה ולתת לו כל ההוצאות דהיינו כל ההוצאות אשר הוציא מישן ומחדש פעם ראשונה ושניה עד שובו למקומו בכבודו ובעצמו הכל כאשר לכל חייבים לשלם במושלם ע"כ והנה שם הסכימו לזכות להר' אשר סילקוהו וחייבים להשיבו על כנו ואתייא במכ"ש שאין לסלקו ומשם תראה דאפי' כל בני העיר אינם יכולים להורידו מגדולתו יעוש"ב:

יתנו עיניהם ויצדקו כל הרבנים הנז"ל להצדיק את הצדיק הוא הרב השואל יצ"ו שזכאי הוא בדינו ואין יכולים להורידו מגדולתו וחייבים לשלם לו שכרו לעד לעולם ושום אדם לא יוכל להתמנות במקומו כאשר דנו את הדין עליונים למעלה ב"ד דק"ק הספרדים וב"ד דק"ק האשכנזים יצ"ו ואף ידי תכון עמהם וקם דינא להלכה ולמעשה שהר' השואל זכאי הוא בדינו באין או"ד וה' עמו מלמד שהלכה כמותו:

הכ"ד החותם בגושפנקא דמלכא בח' אדר הנהדר בא סימן והרכבתי"ך על במותי ארץ לפ"ק:

ע"ה **אהרן אלחדיף** ס"ט

סימן כא

(הגם כי תשובה זאת היא שייכה לח' אה"ע הוכרחתי להדפיסה בחו"מ מפני שלא יכשלו בה רבים ויאמרו התירו פרושים את הדבר ויתירו את הדבר מכאן ולהבא על כל באי עולם ויסמכו על האחרונים והמכשלה הזאת תחת ידינו):

ראיתי ונתון אל לבי בהאי ספר"א נה"ר למע' הרב הגדול חד בדרא הנד"מ פני יצחק ח"ו ושם כתוב בסוף הספר להתיר הקראית ועלתה בידו ועשה מעשה ונשאת בעי"ת ביסאן ת"ו (משום שאין שם ב"ד לקיים בה משפט כתוב ביו"ד סי' רס"ח עש"ב) הקרובה אל עירי ול שער מקומי עם איש הבליעל אשר הוטב לה ימין ברדוגו אשר בשם ישראל יכונה ופן יחשדני שומע כי ידי תכון עמו להתיר האיסור לכן מצאתי חובה לעצמי לגלות דעתי כי חלילה לי מעשות זאת ודחקתי ונכנסתי בתחום שאינו שלי וגם אני זקנתי ושבתי

וחבלי טרדין עלו על צוארי עול היחיד והצבור השתרגו הכשילו כחי ולא אוכל לצאת ולבוא בעומק הלכה ואולם ההכרח אם לא ישובח לא יגונה ואדברה נגד זקני עמי כי חף אנכי מפשע ולדידי חזי לי כי איסורא איסור עולם כאשר אבאר וזה החלי בעזרת צורי וגואלי גל מעלי חרפה ובוז כי עדותך נצרתי:

טרם כל דבר הנה עמך תשו' רבי' שמשון ז"ל הובאה בהרב המבי"ט ז"ל בח"א סי' ל"ח וז"ל תשובה לרבינו שמשון ז"ל ששאלתם אם מותר להתחתן עם הקראים ולהתגאל בפת בגם אם לא הא לא צריכא רבא כי אומה זו טיבה מה מאחר שעוברים על התורה שבע"פ שנא' כי על פי הדברים האלה כרתי אתך ברית על דברים שבע"פ ותניא בת"כ מה ענין פרשת שבת אצל מועדות ללמדך שכל המחלל את המועדות כאילו מחלל את השבתות ותניא שומר שבת מחללו כל השומר את השבת אפי' עע"ז כאנוש מחול לו ששבת שקולה כנגד כל המצות ואלו הקראים המחללים את המועדות כאילו מחללים שבתות וכאילו כופרים בכל התורה כולה ויינם יי"נ כמומרים. ואעפ"י שישר' מימר אמרינן אעפ"י שחטא ישר' הוא וקידושיו קידושין כדאמרינן בריש יבמות גוי שקדש בזמן הזה חוששין לקידושיו שמא מעשרת השבטים הוא ואלו קידושיהן קידושין כתיקון חכמים ובועלי נדותיהם. ואפי' על ע"ה תניא במו עוברין ולא ישא בתו מפני שהוא שרץ ובנותיהם שקץ ועליהם הכתוב אומר ארור שוכב עם בהמה כ"ש על אלו שפי' לגמרי מן התורה של חכמים שמצינו שנידו על עובר על כל דברי חכמים על אחת כמה וכמה שמנדין על המדבק בהם שמרבה פסולין בישר' ומחייבי כריתות ובועלי נדות ואוכלי חמץ בפסח ושאר כריתות של י"ה ואוכלי נבלות ומחללי שבתות ומועדות ועל מילה שמל ולא פרע כאלו לא מל. ומאחר שאלו חייבי כריתות הם כל ימיהם אסור להחיותן דאפי' מי שלקה ושנה בחייבי כריתות מכניסין אותו לכיפה כדאמרינן בסנהדרין כ"ש אלו שחטאו ושנו ושלשו שיש להם להכניסם לכיפה וכ"ש שאסור לשחוט להם ואפי' בחול כדי להחיותם כ"ש ביו"ט וכ"ש שאין ליתן להם אלא לחם צר ומים לחץ עד שיוקטן מעינן והדר מאכילין אותם שעורים עד שכריסן נבקעת ועוד תניא גבי ע"ה שאסור לאכול בשר בהמה ועוף אפי' בחול כ"ש ביו"ט שאין זה יעשה לכם ואפי' כהן שאינו מודה בעבודה אין לי חלק בה כ"ש אלו שאינם מודים בשחיטה שלנו שאין להם חלק בה וקרינן עליהם לכם ולא לגוים וכדאשכחן גבי עירובין דפליגי בפ' הדר גבי צדוקי שאינו מודה בעירוב אית תני הרי הוא כגוי על כן הקראים אנו מחרימין לרדות ולנדות ולהחרים על אותם המשיאים להם בנותה שעוברין על לא יבוא ממזר בקהל ה' ועל ולפני עור לא תתן מכשול כי נשותיהן מקודשות מן התורה או בכסף או בביאה כשמגרשין נשותיהן

שלא כדת ומשנין ממטבע שטבעו חכמים בגיטין ונישאות לאחרים בחיי בעליהן נמצאו הבנים ממזרים מאשת איש בלא יבואו על כן לא יחיל טובו כל המודבק בו וכל חכם המודה עליו אני קורא זקן ממרא וכל האיש ירא ה' יזכה ויראה עמנו בנועם ה' ולבקר בהיכלו עכ"ל ההעתקה. ורבינו הבית יוסף ז"ל באה"ע סי' ד' הביאה בקיצור וז"ל מצאתי כתוב בתשו' ר"ש על הקראים שאסור להתחתן בהם לפי שנשותיהן מקודשות להם בכסף או בביאה ומגרשין נשותיהן שלא כדת ומשנין ממטבע שטבעו חכמים בגיטין ונישאות לאחרים בחיי הבעלים נמצאו הבנים ממזרים מאשת איש עכ"ל וגם מור"ם פסקה ע"ש ואף שמרן ז"ל לא פסקה בש"ע מ"מ מדסיימוה שם בב"י והביא ראיה לדבריו מפי' יוחסין נראה מזה דס"ל כוותיה להלכה וכן מוכח ג"כ מדהביא שם בב"י לתשו' רב נטרונאי גאון וז"ל על מינים שפירשו מדרכי ישראל והם פרוצים בעריות ואין כותבין כתובות ולא גיטין ולא חולצין ולא מייבמין כיון שהיו פרוצים בעריות ולא כתבו גיטי נשים בניהם ממזרים ואי אפשר להכניסם ולקבלם בקהל שמא יתערבו בישראל וישאו נשים וישאו בניהם לבנות ישראל ומרבים ממזרים בישר' לפיכך אי אפשר לקבלם כל עיקר וכתב עוד אם באים אבות וחוזרים בהם ומקבלים עליהם עול מצות כשאר ישראל קבלו אותם שנולדו מטפה קדושה ונולדו בכשרות ובדקו בולדותיהם ודקדקו בהם וכל מי שיש לו שמץ פסול הכריזו עליו והפרישוהו ויהיה מובדל מישראל עכ"ל ואח"כ הביא תשו' ר"ש דנראה דמדמי אותם אהדדי ולקמן אבאר הדברי' ובהמבי"ט ח"א סי' ל"ח הביא להאי תשובה דרב נטרונאי הנז' למר רב משה גאון והובאה שם יותר בארוכה וגם הובאה בהרדב"ז החדשות ח"ב סי' תשצ"ו לך נא ראה:

ע"ד השמטה שהשמיט דין זה מרן בש"ע הנה מלבד מ"ש במ"א שדרכו מרן לסמוך על הב"י מכ"ש בנ"ד דהביא לנו הב"י סיעתא לדברי הגמ' והרמב"ם ודחה ס' הנמק"י ועיין להרב ויוסף אברהם דיין ז"ל סי' כ"ג שכתב שאם מור"ם מביא הדין מהב"י נראה שכן דעת מרן ולא חזר בו יעוש"ב ובנ"ד הביא מורם תשו' ר"ש משם הב"י הא ודאי שלא חזר בו ועיין בס' שמו משה חאו"ח סי' י"א דף ל"ו ע"ד בדין שהשמיט מרן יעו"ש ועי' להרב ויקרא אברהם בכללים ע"ז וז"ל אורחיה דמרן בדינים הנז' בש"ס וכיוצא מביאם בש"ע מה שאין כן בחידושים לפעמים משמיט מהם בהש"ע או שהדין ההוא אף שהוא מוסכם הוא רחוק המציאות או שהוא פשוט ונלמד מדין שכתב בהש"ע ממ"א יוסף אומץ דכ"ד ודברים אחדים סו"ס י"ד ובחש"ש ח"א דף כ"ד ע"ש ועיין להגאון שדי חמד ז"ל סי' י"ג או"ד הלכה ו' יעוש"ב ובמקו"א הארכתי בזה ועי' בס' שערי רחמים ח"א באה"ע ד"ג ע"ג ולפי האמור הנה מצאנו ראינו כי פה ג"כ סמך על מ"ש בש"ע ביו"ד סי' קנ"ט

ס"ב שכתב הקראים אין להם דין מומרים ואסור להלוותם בריבית ואצ"ל שאסור ללוות מהם בריבית ע"כ מוכח מזה דס"ל דהקראי' דין ישר' גמור יש להם וכיון שכן קידושיהן קידושין גמורים וגיטן אינו גט משום משנה וכו' כמ"ש הר"ש וא"כ הו"ל כאילו פסקה מרן להא מילתא דהר"ש גם בש"ע. ועי' בש"ך סי' קנ"ט סק"ו וז"ל הקראים וכו' ז"ל ב"י ולענין הקראי' נ"ל דלהרמב"ם בפי' מתני' קמייתא דחולין דחשיב להו כתינוק שנשבה לבין העכו"ם אסור להלוותן ברבית ואע"ג דמדברי נ"י נראה דמותר להלוותן ברבית לא שבקינן דברי הרמב"ם המפורשין בשביל דברי הנ"י עכ"ל. ואני בעניותי עיינתי בדברי הרמב"ם שם ולא מצאתי שום משמעות אדרבא כ' להיפך (שהם בכלל האפיקורוסין דמורידין אותם והורגין אותם לכתחילה). ובמומר למדו הפוס' דמותר להלוותן ברבית ממאי דמורידין אותו ואינו בכלל וחי אחיך וא"כ ה"ה הקראים וכ"כ מהרש"ל דהקראים דינם כמומר ומותר להלוותן ברבית ומבי"ד הדרישה וכן משמע קצת בתשו' הראנ"ח ר"ס קי"ג הקראים דינם כישראל מומר גם בתשו' רבי' שמשון שהביא המבי"ט ח"ב סי' ל"ח הפליג מאד בגנות הקראים וכתב שהם כאילו כופרים בכל התורה כולה ואסור להחיותן וכו' וכן בתשו' רבי' בצלאל סי' ג' משמע דגריעי מישראל מומר וכתב שהם כעכו"ם גמורים וגם כתב שם שהקראים שבזמן הרמב"ם היה בהם כמה מעלות טובות משא"כ בקראים דעכשיו שקלקלו מעשיהם ע"כ. גם אנכי לא מצאתי שם כ"א כאשר אמר מר הש"ך ואולם מצאתי מ"ש להרמב"ם ביד החזקה בפ"ג מה' ממרים ה"ב ונמצאו דברי הרמב"ם שבפי' המשניות סותרים את דברי הפסק ולפי מש"ל הרב בנימין זאב משם הר"א הירושלמי שכ' שעיקר הוא הפסק עוד הדבר מפורש במרן הב"י ביו"ד סי' רצ"ד שכ' כשהרמב"ם סותר עצמו מס' המשניות לס' הי"ד אין לסמוך אלא על מה שכתב בחיבורו ועט"ר הרמ"ז בכנה"ג כתב שכן כתב הרדב"ז סי' תק"ץ ודקדק המהרש"ך ז"ל ח"ג סי' ט"ו דז"ך ע"ב וז"ל והדקדוק שאני רוצה עתה לדקדק בדברי הרה"ג מהר"י קארו ז"ל הוא שהנה הטור או"ח סי' שפ"ה כתב דישראל משומד לחלל שבתות בפרהסיא אפי' באיסורי דרבנן הרי הוא כגוי וכתב שהקשו התוספות דהא סתם צדוקי כופר במילי דרבנן ותי' שרגילין ליזהר מיראתם מן החכמים וכו' והרמב"ם בפ"ב כתב הבריתא כצורתה ולא הזכיר דין מחלל שבת אפי' במילי דרבנן ואפי' אמת"ל דס"ל דהוי משומד נראה דהני צדוקים לדידיה לא חשיבי משומדים אעפ"י שעוברים בפרהסיא במילי דרבנן דלא הוי משומד עד דעביד במזיד והני מזיד דידהו באונס הוי דמעשה אבותיהם בידיהם והו"ל כתינוק שנשבה לבין הגוים וכו' ע"ש וכ"ת שהקראים בזמננו זה קלקלו מעשיהם ולא דמו לאותם שבזמן הרמב"ם ז"ל:

והנה ראה ראיתי להגאון דורנו הרב שדי חמד בחלק י"א בפאת השדה בכללים מע' ב' סי' ל"ד דכ"ט ע"ג שהעיד בגודלו כבוד הבני מקרא וז"ל ולמודעי אני צריך כי אין כונתי להשפיל כבוד הבני מקרא הללו החיים אתנו בימים האלה ובזמן הזה באהבה ואחוה שלום ורעות ואינם מזלזלים בכבוד חכמי ישראל רק בנימוסייהו אזלי ואוחזים מעשה אבותיהם בידיהם ולא לקנתר את ישראל עושים אך אין משוא פנים בדין ועלינו לבאר בעזרת הבורא ית' דינים ומשפטים בכל דבר ודבר ע"כ:

ולפי עדות הרב הנז' לך נא ראה במ"ש מר"ן הב"י ביו"ד סוף סי' רס"ו בבדק הבית וז"ל כתב באורחות חיים בשם הרמב"ם הקראים כ"ז שלא ידברו תועה על הרבנים ולא יתלוצצו בדברי רבותינו הקדושים חכמי המשנה וחכמי התלמוד נכון לנו לכבדם ללכת לשאול בשלומם אף בבתיהם ולמול בניהם אף בשבת היכא דגזור להו גזרה דידן ועביד להו מילה ופריעה דדילמא נפיק מינייהו זרעא מעלייא והדרי בתיובתא והכי אשכחן לרבינו האי גאון דאמר הכי עכ"ל. והיינו כמש"ל להתירם ע"י גיורת. הנה מפו' יוצא מדבריו דס"ל למרן הב"י דצדוקי' דהיינו קראים כיון שמעשה אבותיהם בידיהם הו"ל כתינוק שנשבה וכשרים לעדות כיון דלא עבדי במזיד וכמ"ש מרן בח"מ סי' ל"ד ס"ה וכ"ד. דרשע לא פסלתו התורה לעדות אלא במזיד ומה"ט גופיה דהו"ל כתינוק שנשבה וכו' הוא דס"ל למרן ביו"ד סי' קנ"ט הנז"ל שהבאתי דאסור להלוותן וללוות מהם ברבית כמו שיעו"ש דפסק לה מרן הב"י שם מדברי הרמב"ם פ"ק דחולין וכ"כ הרמב"ם בפ"ג מה' ממרים דאלו בנ"י הטועים שהדיחום אבותיהם הרי הם כתינוק שנשבה לבין הגוים שהוא אנוס וכו' ע"ש וכ"כ מרן בש"ע או"ח סי' שפ"ה ס"א צדוקי הרי הוא כישראל יעו"ש והגם שמהרש"ך שם הקשה על ס' מרן הב"י זאת וס"ל דהקראי' שבזמנינו כיון דסו"ס עוברים הם על כמה עבירות לפי דת האמת ונטה לומר דאין להכשירם לעדות וכו' יעו"ש מה שהקשה דאטו תינוק שנשבה גופיה ואוחז כבר בדת הגוים היעלה על הדעת שנכשירהו לעדות ע"ש. ואנא עבדא בתר דלחיכנא עפרא דתחות רגלוי נ"ל דשנא ושנא דאפי' תימא דתינוק שנשבה ונטמע כבר בדת הגוים דפסול לעדות היינו משום דכבר יצא מכלל ישראל וגוי גמור הוא הגם דאנוס הוא בטמיעתו אבל הקראים דעדיין נחשבים מכלל ישראל עדה שלימה רק דנבדלים הם מאתנו אהני להו טעמא דאנוס להחשיבם כתינוק שנשבה לבין הגוים ועדיין לא נטמע כ"כ בדתם לענין דליהוו כאנוסי' גמורים וכשרים לעדות וכדעת מרן הב"י שכתבתי ובלא"ה אנן בדידן לא ניצולנו מידי בזה גם שמהרש"ך יהיה חולק בזה מאחר דאתכא דמרן קסמכינן וקבלנו הוראותיו

ועוד יש לי להביא ראיה עצמית דמרן אית ליה דהקראי' הם כשרים לעדות שהרי כתב הרמב"ם בפ' ו' מהלכות עבדים הלכה ו' וז"ל שהצדוקים בזמן הזה כמו כותים באותו הזמן קודם שגזרו עליהם שיהיו כעכו"ם לכל דבריהם ע"כ ומר"ן בש"ע יו"ד סי' רס"ז סעיף מ"ע פסק לה יעו"ש שבתחילה היו כיש' כשרים לכל דבריהם עד שמצאו להם דמות יונה בהר גריזים וגזרו עליהם לכל דבריהם ומכאן נראה שהצדוקים כשרים לעדות:

וכן יש להביא ראיה ממ"ש מרן בש"ע ח"מ סי' ל"ד סכ"ב וז"ל המוסרי' לאנשי' והאפיקורסי' והמומרים לעכו"ם פחותים מגוים ופסולים לעדות ואי איתא דהקראי' פסולי' לעדות הי"ל למנותם עם הפסולי עדות הנז"ל ול"ל דדמי לחד מינייהו שהלכה זו היא מהרמב"ם והנה הוא כתב בה' ממרים פ"ג דהקראים הם כתינוק שנשבה וא"כ ממילא מוכח דס"ל דעדיפי קראים ממומרי' ואפיקורסי' וכשרים להעיד כיון דאסור להלוותן ברבית לדעת מרן והאפיקורסי' והמומרי' מותר להלוותן ברבית:

ואולם מאי דק"ל לפי האמור לעיל דמרן בב"י אה"ע ס"ס ד' פסקה לתשו' הר"ש. דלפי"ז תיקשי לן שהרי רבי' שמשון בתשו' הנז' המובאה באורך במבי"ט הנז"ל כתב בתו"ד דאסור להחיותן וא"כ נ"מ לפי"ז דמותר להלוותן ברבית והרי מרן פסק היפך מזה ביו"ד סי' קנ"ט הנ"ל ולבי אומר לתרץ לזה דמאי דפ' מרן לתשו' ר"ש לא לכולה מילתא פסקה כ"א לענין דקידושיהם קידושין מה"ת ועדו' כשירה לדידהו אבל לענין להחיותן הגם שר"ש ס"ל דאסו' לא סל"ה למרן אלא אסור להלוותן ברבית וראיה לזה ממה שלא הביא מרן בב"י את כל תשו' ר"ש בשלימות כאשר היא במבי"ט שם ורק הביא קצתה כמועתק לעיל ומזה מוכח כמ"ש:

ועוי"ל דכונת הר"ש שכתב שאסור להחיותן הוא רק דרך גוזמא בעלמא להגדיל המדורה דעדיף טפי לעשות להם כל מיני הרחקות שבעולם כדי שלא להכשל באותן הדברים שנוהגים הם בהם על דרך מ"ש מהרש"ך ח"ג שם דכ"ה ע"ד ד"ה ועלינו לשבח וכו' סו"ד האריך הרב ר"ש לדבר בגנותן ולהתרחק מהם שלא לעבור על ל"ע לא תתן מכשול או אפ' שכשיתחתן בהם יכשל באותן הדברים שהם נכשלים בהם ולכן כ' שצריך להתרחק מהם מלבד טעם ממזרות ע"כ ואף אנו נאמר כמ"ש דאסור להחיותן שכ' הר"ש היינו ליותר הרחקה קאמר ודרך גוזמא בעלמא וכאמור:

או נאמר דמ"ש ר"ש דאסור להחיותן לא לענין דמותר להלוותן בריבית אלא יש לפרשו כמ"ש הרדב"ז בתשו' שהובאה ברבי' בצלאל דפ"א ע"ב וז"ל ויש בכלל זה הלשון ב' דברים אם בזמן שידינו תקיפה אסור לתת חיים להם כלו' להניחם חיים ואם אין ידינו תקיפה אסור לתת להם חיות כלומר שאם חולה אסור לרפאתו ואם נפל לבור אסור

להעלותו ולהצילו ע"ש וכן כתב הרב גו"ר בח' או"ח כלל ב' סי' ל"א דף מ"ט ע"ב ע"ש אבל להלוותו ברבית אסיר לן ומעתה א"ש דמרן הק' פסק כר"ש לכולא מילתא. וכמעט הדבר מפורש בדברי הר"ש שכן הוא כונתו בפירוש דאסור להחיותן שפירושו לתת להם חיים וכמ"ש וכ"ש שאסור לשחוט להם ואפי' בחול כדי להחיותן:

או יאמר והוא הנכון דמרן הק' מפ' להא דאמר ר' שמשון בדבריו דאסור להחיותן פירוש דאסור לפרנסן וכמ"ש הוא עצמו שם בש"ע אה"ע סי' ד' ס' ל"ד וז"ל אם לא טבל וכו' מחזירין לו אבידתו כישראל מחצה על מחצה מצוה להחיותו (פי' לפרנסו) כישראל ושם כתב מור"ם ויש אומרים דאפי' ברוב עכו"ם מפקחין עליו הגל בשבת ואין מצווין להחיותו (פי' לפרנסו) אלא ברוב ישראל עכ"ל ואם כן גם דברי ר"ש דאמר דאסור להחיותן כן מפרשי לה מרן ומור"ם ז"ל:

נמצינו למדין דדעת מרן היא דהקראים כישראל הם לכמה דינים וקידושיהן קידושין וכיון שגיטיהן פסולים מטעם המשנה ממטבע וכו' הרי א"כ אסורים משום ממזרות וכנז"ל:

ומידי עוברי בענין זה ראה ראיתי בדברי עט"ר הרמ"ז בכנסייא שלו בב"י יו"ד ס"ד בהגהב"י אוכ"א וכ"כ ר"ש בתשו' וכו' ותמיהא לי טובא דר"ש אסר יינם כיי"נ א"כ ותהי להיפך ואיך יאמר וכ"כ ר"ש ועוד יש לי להבין מ"ש אחריו וכ"כ מהר"ש חכם הלוי בתשו' שהוא מן המתירים ואיך ימנה תשובת ר"ש האוסר את יינם בין המתירים.

ואנא מזרעא דרב קאתינא ומחייבנא לאפוכי בזכותיה אמינא ולא מסתפינא דזאת וכ"כ ר"ש צריכה להיות בסוף האות והר"ת שלה הוא ולא כן כתב ובזה נחה שקטה האר"ש וכל אשר עליה:

ומעתה נחזור לדברי ה' הפוסק הנז' שהתיר בשופי את הקראית להתגייר ולהנשא לישראל כשר וטרם נשיב על כל דבריו כהלכה אחת שאלתי מאתו איך ולמה העלים עין קדשו ולא זכר מאומה מתשו' הפני משה ח"ג סי' א' אשר שם ימצא שכל דבריו דחאם בשני ידים ואין לו ע"מ לסמוך וז"ל נתתי את לבי על אודות אחד מבני מקרא וכו' וקבל עליו ד"ח וכו' אם מותר לישא שפחה וכו' ואין לו תקנה וכו' דלישא שפחה אינו יכול מפני שהוא ס' כשר וכו' ואין לו תקנה כ"א בגיורת וכו' ואפשר דלדעתם ס' ממזר דאפשר דכשר הוא ואין תחילת יצירתו בעבירה וכו' ומה גם במקום מעלת יוחסין דמחמרי' בהו משום מעלת יוחסין אפי' בס"ס דאף כשעיקר איסורו אינו אלא מדרבנן ואיכא נמי ס"ס וכו' ואף בשעיקר האיסור הוי מדרבנן וכו' והקראים הללו הם ס' כשרים וכו' על כן ישפוט דהני קראים דלס' ממזרי' חשבי' להו אסורי' בשפחה ואין להם תקנה

כ"א בגיורת וכיון שכן אינם מטהרי' את זרעם ומי שלא ישפוט בדבריו כך איני יודע אם ימצא ידיו ורגליו בדברי הרמב"ם ז"ל ואף כי שמעתי אומרי' דברי' על דברי הרמב"ם ז"ל כאמור דאף להרמב"ם ס' ממזר מותר בשפחה שרי להו מרייהו כי הם דברים שלא שערם הרמב"ם ז"ל ומגלים פנים בתורתו שלא כהלכה וכו' והוכרחתי לכתוב כ"ז לפי שראיתי להרדב"ז סי' קפ"ח שכתב שס' ממזרי' מותר בשפחה וכו' ע"ש ושוב הביא תשו' הרדב"ז שהובאה במהרש"ך ח"ג סי' ט"ו שהכשיר את הקראים לבוא בקהל ולאו לממזרים חשיב להו ומינה הוכיח דס"ל להיפך דהקראים אסורי' בשפחה כיון דכשרי' הם לבוא בקהל יש' וכן הכריח מתשו' אחרת להרדב"ז שהובאה ג"כ במהרש"ך שם שכתב להכשיר את הקראים ממ"ש הרמב"ם בתשו' שיש למול אותם דילמא נפיק מינייהו זרעא מעליא פי' ויהיו מותרים לבוא בקהל דאלת"ה שישא בת מינו אינו יכול דספיקן בספיקן אסורי' ואם לא ישא כלל לא תוהו בראה ועוד דמצווה על פו"ר אלא עכ"ל דנפיק מיניה זרעא מעליא שכ' הרב הוא שיהיו מותרי' לבוא בקהל ומזה מוכח דדעת הרדב"ז היא שס' ממזר מותר בשפחה דאל"כ הרי יש לו תקנה לטהר את זרעו ע"י שפחה וא"כ י"ל דמ"ש הרמב"ם דילמא נ"מ ז"מ הוא כמ"ש דמותרין בהיתר תקנת השפחה ותו ליכא למילף מינה דכשרי' הם הקראי' לבא בקהל אלא ודאי דס"ל להרדב"ז דגם ס' ממזר אסור בשפחה ועוד הוסיף להכריח כן מהראיה הב' שהביא הרדב"ז מחיבור הרמב"ם שפ' שראוי למושכם בדברי שלום עד שיחזרו לאיתן התורה וכו' אלא משמע דאית ליה להרדב"ז דאין לו תקנה לס' ממזר אלא בגיורת ואם תשו' זו המודפסת במהרש"ך היא מאוחרת לתשו' המודפסת בספרו הנז' מכאן ראיה שחזר בו ממה שהתיר בתשו' הנז' שפחה לס' ממזר ואם תשו' הנז' המתרת היא המאוחרת נראה שחזר בו ממ"ש אסור בשפחה בהאיך תשו' וכיון שכן שהדבר ספק אצלינו מי מאוחרת מהם אין להביא ראיה ממנו להתיר שפחה לס' ממזר כיון שהוא פוסח על ב' הסעיפים ואנחנו לא נדע על מי מהם נסמוך וכ"ש שאחרי' חולקי' עליו ותו דהרמב"ם אית ליה בפי' דשפחה אסורה לס' ממזר וכנראה שהרדב"ז לא ראהו עכ"ד הפ"מ ז"ל הנה הראת לדעת כי תשובת הרדב"ז שהכשיר את הקראים אשר עליה בנה יסודי הפס"ד ה' הפוסק הנז' ועשהו ראש המתירי' כמו שתראה דבריו להלן אין ממנה שום סמך וראיה כלל כיון שדבריו בזה הם סתרי אהדדי ודעתו ז"ל אינה מבוררת דמהתשו' שהביא לנו הפ"מ ז"ל סי' קפ"ח שהתיר בה ס' ממזר בשפחה למדנו ג"כ דהקראים אסורי' לבוא בקהל מדמתיר אותם בשפחה וכמו דדייק לה הפ"מ ז"ל לאידך גיסא דמדהתירם בשתי התשו' שהביא מהרש"ך לבוא בקהל מוכח דבשפחה אסורי' כיון דכשרי' הם לבוא בקהל ומינה נמי דייקי' כיון דשרי להו בשפחה לאו כישר' דמו ואסורי'

הם בקהל ועי' זרע אברהם ביו"ד סי' ז"ך ולפי"ז לענין היתר הקראי' בקהל הו"ל דעת הרדב"ז מסופקה ואין מביאין ראיה מדבריו ז"ל בזה לסמוך עליהם כו"ע וכמ"ש הפ"מ וכל דברי ה' הפוסק הנז' המורכבים בעיקרן ע"ד הרדב"ז שעשהו ראש המתירים נפלו עד היסוד וכאמור:

אך אמנם עיקר דברי הפ"מ ז"ל שהניח בפשי' דדעת הרדב"ז מועלת בספק ודבריו סתראי נינהו ואין לסמוך עליהם אנכי הרואה שאחר המחי"ר יש להשיב ע"ד ולומר דאף אי יהבינן ליה כל דיליה דמהתשו' דסי' קפ"ח ילפי' דהקראי' אסירי' לבוא בקהל הרי לפנינו שלשה תשובות אחרות שכתב הרדב"ז בהם להדיא שהקראים מותרים הם לבוא בקהל והם שתים המובאות במהרש"ך ז"ל ול"ו נדפסו בחדשות ח"א סי' ע"ג ובח"ב סי' תשצ"ו ועוד בישנות סי' רי"ט ע"ש ונעתיק אותה לקמן וא"כ הוו להו תלתא תשובות לגבי חדא ההיא דסי' קפ"ח וכגון דא הא ודאי דאמרי' סמי חדא מקמי תלת ודעת הרדב"ז היא כן להכשיר הקראי' ומכ"ש דמאחר דההיא דסי' תשצ"ו היא אחרונה לפי מספר התשובות מינה אנו למדין בפשי' דדעת הרדב"ז היא להכשיר הקראי' וס' ממזר אסור בשפחה ואף דיש לו' דהפ"מ לא ראה התשו' דסי' תשצ"ו או ס"ל להפ"מ שלא היתה מאוחרת ורק המדפיס או המסדר את תשובות הרדב"ז הוא שסידרה לאחרונה וכמ"ש לקמן בזה מ"מ הרי ג' תשובות להתיר הקראים לגבי חדא ועלייהו סמכינן דסמי חדא וכו' וכמ"ש וכ"ז הוא רק לדבריו דהפ"מ עצמו אבל לקושטא דמילתא יש לדחות דברי הפ"מ מעיקרן דמאי דפשיט"ל דהקראי' הם ס' ממזר ולהכי נדחק לישב תשובות הרדב"ז הוא נסתר מאליו כי לדעת הרדב"ז הקראים הם כשרי' גמורי' ואין בהם שום ספק וצד ממזרות כיון שעידיהם פסולי' ואין בהם אישות כדמוכח להדיא מתשובותיו שהכשיר את הקראי' וא"כ מה שכתב בתשו' דסי' קפ"ח דס' ממזר מותר בשפחה היינו דוקא לס' ממזר בעלמא ולא שייך בקראי' די"ז כו"ע כיון שהם כשרי' כישר' ולית בהו חשש ממזרות כלל ובזה לא נשאר שום סתירה ולא ספק בדברי הרדב"ז שכתב הפ"מ ולעולם דעתו ז"ל היא להכשיר את הקראי' לבוא בקהל ואין בזה שום מיחוש:

והנה מידי דברי בתשו' הפ"מ ז"ל אכתוב אגב אורחין מה שנתעוררתי עוד בדבריו במה שהביא תשו' הרדב"ז סי' קפ"ח שס' ממזר מותר בשפחה והנה לפנינו אין דבר מזה כלל בתשו' הרדב"ז סי' קפ"ח ומצאת כי תדרשנו בחדשות ח"ב סי' תקצ"ח ושם לא התיר שפחה אלא לודאי ממזר לא לס' ממזר והט' ודאי מפני צד כשרות שבו ועי' עוד לה' פחד יצחק אות ס' בדין ס' ממזר מותר בשפחה שציין ג"כ להרדב"ז סי' קפ"ח שהתיר והוא תימא דלא אי' אלא בסי' תקצ"ח ושם לא התיר אלא ודאי ממזר כמ"ש גם מה שציין שם

לש"ע אה"ע ס"ד ס"ב שם ליתא מזה מאומה והנראה מזה ברור כי הפ"מ והפחד יצחק ז"ל היה לפניהם תשובות הרדב"ז בסדר אחר משלפנינו והיה אצלם בסי' קפ"ח היתר ס' ממזר לשפחה בשינוי ממה דאיתא לקמן סי' תקצ"ח וכמו שראיתי לה' שדי חמד בכללי הפוס' סי' ט"ו אות ל"א שכתב משם ה' חיד"א ז"ל וז"ל שוב מצאתי תנא דמסייען מר ניהו רבא מרן חיד"א בשיו"ב סי' תקמ"ה שהביא מה שהק' ה' שביתת יו"ט על הרב שכנה"ג שלא נסתייע מתשו' הרדב"ז ח"א וכתב ע"ז וז"ל ואני בעניי אומר דנודע ודאי דשו"ת הרדב"ז ח"ב שהיו ביד הרב כנה"ג היו בס' אסר הגם דכמה תשו' שהביא הרב מהרדב"ז ח"ב נמצאות בתשו' אלו שנדפסו בעיר ווניציאה מ"מ זימנין דלא משכחת איזה תשו' שציין הרב בת"ב שלו בתוך תשו' אלו ומרבית תשו' אלו אשר לא זכרם הכנה"ג והדבר פשוט דח"ב של הרדב"ז שהיה ביד הכנה"ג בכ"י היה בס' אחר והסימנים שרומז הרב כנה"ג בח"ב יתנו עדיהם דאינם כסימני התשו' שבידינו איכו השתא וכו' עכ"ל וכן נאמר על הפ"מ והפחד"י שהתשו' דלפנינו בח"ב סי' תקצ"ח היא היא היתה לפניהם סי' קפ"ח וכתוב בה מה שהביאו הדין דס' ממזר נמי מותר בשפחה ומזה נוכל להבין היטב מ"ש הפ"מ בדבריו הנ"ל ואם תשו' המודפסת במהרש"ך היא מאוחרת וכו' ותשו' הנז' היא הודפסה בחדשות ח"א סי' ע"ג ופשוט שהיא קודמת וכפי האמור ניחא דתשו' הרדב"ז היו לפניו שלא כסדרן ולהכי נסתפק בה אם היא מאוחרת:

ועתה הבא נבא לשוב אל דברי ה' הפוסק דעל דבריו אנן קיימין ולא אוכל להתעלם מלהשיבו ע"כ פרט ופרט כפי אשר תשיג ידי ראשונה כתב וז"ל ועד אחרן עין רואה להגאון ה' נו"ב אה"ע סי' ה' ו' שנשאל בזה והשיב בקיצור נמרץ דכיון דמור"ם ז"ל החליט הדין לאסור כס' ר"ש ז"ל אין בידינו להתיר ולא לאסור כיון שהקדמונים התירום לכתחילה יעו"ש והנה הרואה בסנו"ב יראה שהאריך הרחיב והעלה דאם פירשה בגדלותה מן הקבוע אין הוא לא מהמתירין ולא מהאוסרים כיון שכמה קדמונים התירו לקבלם אף במקום קביעותם ונ"ד היא היתה קבועה ונשאת שם ולא תועיל פרישותה עו"כ וז"ל וה' שערי תשובה הביא את דברי הגאון באה"ע סי' ד' הנז' ראו הביא לנו תשו' הגאון נו"ב הנז' וציין עליו בתו"ד שהמתירי' ה"ה הרדב"ז ז"ל וה' בשמים ראש וה' ברוך ז"ל שהם המתירים דלא כר"ש ז"ל וכו' ע"ש ט"ס נפל בדבריו וצ"ל וה' פתחי תשו' ומ"ש וציין עליו בתו"ד שהמתירים וכו' לדידי חזי לי שינוי הניכר בדבריו שהפ"ת לא מנה לה' בשמים ראש לחוד וה' ברוך לחוד בשנים אלא כתב ובתשו' בשמים ראש בתשו' מהר"ר ברוך שם וכו' ור"ל דמהר"ב הוא המתיר והוב"ד בבשמי' ראש גם לא סיים לה מר דברי הפ"ת שציין גם להיש"ש פ' י' יוחסין שהוא מהאוסרים ולייט עלה ואביאנו לקמן:

ודרך אגב ניחזי אנן לעמוד בדברי ר' ברוך המתיר בתשו' בש"ר הנז' וגם בדברי ה' כסא דהרסנא שם שכתב וז"ל ואף מור"ם אילו ראה וידע תשו' ר' ברוך היה מטה כלפי חסד להתיר וכו' והבי"ד ה' הפוסק הי"ו הנז' ולא ידעתי למה לא כ"כ כ"א על מור"ם ז"ל ולא גם על מרן ז"ל האוסר ג"כ כדהוכחנו לעיל ואולם לדידי אחר המחי"ר גם מור"ם אילו ראה וידע תשו' ר' ברוך הנז' לא היה מעה כ"ח להתיר ואדרבא נדחה קרי לה כי דעת ר' ברוך הנז' היא דעת מהר"ש הלוי חקאן ז"ל שהביא הרדב"ז בחדשות ח"ב סי' תשצ"ו הנ"ל ודחאה וקיים דברי הר"ש שאסר אותם ע"ש וגם לפי קע"ד אם יראה ויתן שומע לי יש מה להשיב הרבה ע"ד ר' ברוך עצמו הנז' שכתב וז"ל ואין דבר אחד ידוע שאירע ביניהם הנאסר על דעת התלמוד ואם באנו לחוש וכו' יעו"ש ובעיני יפלא הפלא ופלא על דברים כאלה יוצאים מפה קדשו כי האנשים הרשעי' האלה אשר לא ישמעו לקול מורי"ם וכופרי' בתושבע"פ ובקבלה ואינם מאמינים כי אם בפשטי המקראות כהויתן דנפיק מיניה חורבה בעיקר יסודי התורה ומצותיה ומחללי שבתות ומועדי ה' וכיוצא כאלה רבות וכל מעשיהם היפך קבלתנו הנאמנה וגיטן אינו גט ואיכא בהו חשש ממזרות כמ"ש ר"ש בתשובה וגם עובדים על לאו דלא תסור וכו' ואינם חוששים לקי' כסף והגט העיקר אצלם הוא השילוח מהבית כפשטא דקרא ומזה יש כמה וכמה חשש ונדנוד ממזרות לאין חקר. ומ"ש עוד בתשו' ר"ב הנז' כל שלא טעה בדבר שהצדוקים מודים בו הרי דאחשביה אחשובי לדעתיה דלא ליהדר דינא מיהת ואם הדין כך דאסור להשתדך עמהם איך לא הודיעו חכמי יש' בתלמוד. אני המשיב אוכל לומר דהט' שאסור להשתדך עמהם משום חשש ממזרות וכבר הודיעו רז"ל כי ס' ממזר אסור לעולם כודאי ממזר וא"כ הו"ל כמבואר בדברי חז"ל שקראין אלו אסורין הם משום ס' ממזרות. ומ"ש עוד שם ועילה מצאו לטהר עמוני ומואבי שכבר נתבלבלו בין האומות ול"א בהיפך יאסרו כל הגוים מפני שודאי נתערב בהם עמוני ומואבי. גם לזאת אמינא דלא עילה מצאו רק עעם נכון שהעמוני ומואבי נתערבו ברוב האומות ובטלי במיעוטם אבל הקראים בעמדם יעמודו ולא נתערבו וכולם ספק ממזרים ועל כן איסורם במקומו עומד ואין לו ביטול עולמית. ומ"ש עוד ואיני רואה חילוק בין עמוני ומואבי שנתערב לממזר אידי ואידי פיסול יוחסין וכו'. אנכי העבד כבר מילתי אמורה דיש חי' גדול בין עו"מ שהתירום מפני שנתערבו ברוב ונתבטלו ה"ה לס' ממזר שנתערב ברוב אשר לא כן להקראי' שכולם הם ס' ממזרי' ולא יש בהם שום צד כשרות ולא שום תערובת כלל כ"א הם עם בפני עצמו ולכן אסרום רז"ל אי' עולם כודאי ממזר משום מעלה עשו ביוחסין כדאי' בקי' פע"י. ומש"כ עוד ולא אמרו שאין מקבלים גרים בזה"ז לפי שנתערבו בהם עשרת השבטים

והמה ממזרים לא אדע להבין דבריו לאשורם דמהיכא תיתי לומר לחשוש בממזרות את גויי הארץ ואפי' שיהיה בהם מעשרת השבטים אחר שנשאו נשים בדתיהם ונטמעו בהם וולדותיהם כמותם וא"כ חשש ממזרות מנין. לא כן הקראים איכא בהו ודאי ס' ממזרות אף אם קדשו בעידיהן למ"ד דהם כשרים להעיד או שקידשו בעידי יש' וקידושיהן קידושין וגיטן אינו גט. ומאי דאמר ר' יוחנן שאם יארע שבא גוי ומקדש בת יש' וכו' שהביא שם. אייריי דוקא בהיכא שקידש בקידושי ישראל ובעידי ישראל וכמ"ש הרב גופיה בסו"ד שם דאיכא לאקהויי גם בהאי פירושא. ומ"ש עוד וביותר ממקומות שיצאו רבים מן הכלל מחמת אונס והיו מהדרים בינם לבין עצמם להשתדך זל"ז ולחזור אחר זמן אם מעט ואם הרבה ונתיבי התורה לא ידעו כלל ובלי ספק אשר אסרו התירו כי נתערב דת הגוים עם דתם ואח"כ בחזרתם מי לא מקבלינן להו דלא עשו חכמים תקנות ליוחסין בכיוצא אלה וסגי להו בהליכה אחר הרוב. אף לזאת יחרד לבי ויתר ממקומו דכיון שכתב הוא עצמו בסו"ד דסגי להו בהליכה אחר הרוב ור"ל דבטלים הם ברובא א"כ הקראים שהם עם אחד ושפה אחת ולכולם בשם ס' ממזרים יקראו ולא נתערבו באומות אחרות כדי שיתבטלו ברוב מהיכא תיתי דנחשוב אותם כמו האנוסי' שנושאים נשים כדת הגוים בלי עדים כשרים ואין בהם שום חשש ממזרות. גם מה שהביא להקשות מירבעם ואחז ומנשה אין משם ראיה דשם נתערבו בתוך עמי ישר' וכבר הוכשרו ברוב ואם יהיה בהם ודאי ממזרות הא חכמים שבאותו הדור מפרישי' אותם ולא היו מניחים להם. ומ"ש עוד ואפי' היה ס' ממזר אסור מה"ת ואפי' לאו גמור היה ראוי לעקור כדי שיתקדש ולא יתחלל ש"ש בפרהסיא שאין חילול ה' גדול מזה דאשוו אליהם עם ה' אלה שני כתית המה ושני מיני ישראל וכו' עש"ב מה אענה ומה אומר כי רז"ל הם אמרו לגזור על ס' ממזר כודאי שאיסורם איסור עולם ואלה הקראי' אית בהו ס' ממזרות ומארצו יצאו וליכא שום חי"ה כיון דאינם מקיימין להדיא תורה שבע"פ והלא בלא"ה הם מופרשים מעם ישראל. ומש"כ עוד עכ"פ לו נידון אותם כרשעים גמורים אעפ"י שלא עשו כלום וכו' יעש"ב לי הדיוט יש לי להשיב אף שלא עשו כלום חשש ממזרות מי מסירה מינייהו כיון דאינם חוששים לקידושי כסף ואזלי אחר פשטא דקרא דושלחה מביתו שצריך שתצא מן ביתו ואז היא מגורשת וא"כ אם עד שלא יצאה מן הבית בא אחר וקדשה לדידהו לא הוו קידושין ולדידן הוו קידושין אחר שכתב לה ס' כריתות ואם תשאר אצל הראשון הרי בניה ממזרים גם אם נתקדשה בכסף לדידהו דלא חיישי' לקי' כסף אם בא אחר וקידשה מקודשת לשני ולדידן ל"ה קידושי שני קידושין וכשתנשא לו בניה הם ממזרים. ועוד איכא בהו חשש ממזרות אחר להתיר את הבת דאתייא מדרשת רז"ל אשר הם אינם

מאמינים בה. ומש"כ עוד ויודע אני שכל שיש בו מעט דעת לא יאמר שהרוב מאלו או המחצה או אתי' המיעוט הנראה לעינים הן ממזרים וכו'. בזה כבר דברתי דברי דשם בעמוני ומואבי עם הכשרי' נתערבו לא כן בקראים בהם ובהמונם שהם מין בפ"ע כל חד וחד יש בו ס' ממזרות שאסרוהו רז"ל איסור עולם כודאי, זהו מה שרציתי לפע"ד לדקדק בתשו' ר' ברוך הנז' ואף כי מה אני לבוא בסוד קדושים רבה ולהשיב על דברי הארי תו' היא וללמוד אני צריך כתלמיד לפני רבו מתגלגל לפני עפרות כפות רגליו הקדושים ואם שגיתי אתי תלין משוגתי וכך היא דרכה של תורה:

והשתא ניהדר אנפין לדברי ה"ה שיחיה שכ' עוד משם הרדב"ז בח"א סיע"ג שהתיר בשופי להקראים להתגייר ולבוא בקהל ה' וכו' ואוקים הרדב"ז ז"ל שם לתשו' הר"ש ז"ל הנז' שקידו' קי' מהת"ו דמיירי בעידי ישר' ולא בעדים שלהם וכו' ע"ש בדבריו ואנא עבדא בתר דלחיכנא עפרא דתחות רגליו דמרן הרדב"ז אמינא דלקושטא דמילתא לא משמע כן מתשו' הר"ש ופשטא דמילתיה מוכחא דגם כשקדשו בעדים שלהם יש בהם חשש ממזרות ואסורי' לבוא בקהל דאל"כ הו"ל לפרש דבריו אחר שהשאלה היתה על הכל כמו שניכר מלשונה מה ששאלתם אם מותר להתחתן עם הקראים וכו' וכן כל הפוס' ומור"ם בהגה הבינו בפשיטות דברי ר"ש בתשובתו לאסור את כולם ומ"ש הרדב"ז ז"ל שם עוד להוכיח מדברי הרמב"ם שכ' דילמא נפיק מיניה זרעא מעליא ויהיה מותר לבוא בקהל ע"ש אחר המחי"ר מכבוד רבנותו אי מהא לא אירייא דיש לפ' מ"ש נפיק מיניה ז"מ ע"י שישא גיורת וכמ"ש הרמב"ם עצמו דאין להם תקנה כ"א שישא גיורת וכן יש לפרש מ"ש בפ' כ"ב מה' ממרים לפיכך ראוי להחזירם בתשו' ולמושכם בדברי שלום עד שיחזרו לאיתן התו' וכו' היינו לטהרם ע"י גיורת וכמ"ש. אכן איכא למימר בלשון רב האי גאון שהביא הרדב"ז וז"ל ולענין מילה וכו' כי אפשר שיחזרו למוטב ואין מעכבים עליהם אין פי' הלשון כאשר חשבו אחרים וכו' אמת שאין הפי' כן ואולם הפי' הוא דילמא נפיק מיניה זרעא מעליא ויקבל עליו דב"ח הוא ויטהר זרעו ע"י גיורת וכמש"ל:

גם מ"ש רבי' הרדב"ז להוכיח מדברי רבינו האי גאון ממ"ש ואין מעכבים עליהם וכו' לדעתי הקצרה מוכרח לפ' דבריו שאין מעכבים עליהם שמא ישאו את בנות ישר' ומ"ש רבינו הרדב"ז להביא ראיה ממעשה שהיה בסוף מחזור רס"ו שהעיד עליו בעל כפתור ופרח לדידי חזי לי שגם בזו מוכרח לו' שאין כונתו להתירה לבוא בקהל כ"א להתירם להתגייר והיתרם היינו ע"י גיורת וכמו שכן מדויק בס' כפתור ופרח בפ' ה' שכתב וז"ל וכמעשה שאירע סוף מחזור רס"ו מקהל גדול מהם שהתירוהו ביום אחד במצרים ע"י הנגיד רבי' אברהם שהוא בנו של הרמב"ם והא ודאי שעשה כהוראת אביו שאין להם

תקנה אלא בגיורת ודקדוק הלשון מוכח כן שלא כתב להתירו לבוא בקהל ומדברי ה' כפתור ופרח נראה שיש להחמיר גם בזה וכמ"ש בסו"ד והמחמיר תע"ב וע"ע להלן מה שנכתוב ע"ד ה' הפוסק שסמך כל דבריו ע"ד הרדב"ז ז"ל הנז':

עוד כתב ה' הפוסק וז"ל אמנם שאר הפוס' כולם כאחד הבינו בפשיטות כדברי ר"ש הנ"ל דמיירי שנתקדשו לבעליהן בעדים שלהם וכו' והנה אמת דהכי דייקינן דברי ר"ש ז"ל וכו' אמנם הרדב"ז ז"ל שפר קודמיה לאוקמתת תשו' ר"ש ז"ל דמיירי בעידן ישר' וכו' וכתב עוד הרדב"ז שם דגם הרב מהר"י בי רב התיר אותם לבוא בקהל אחר שיתגיירו גם הרמב"ם ז"ל בתשו' מוכח מדבריו בהדיא להתירם יע"ש עוד הביא לנו הרדב"ז שם מעשה נורא שהביא ה' כפתור ופרח ז"ל שבזמן רבי אברהם הנגיד במצרים יע"א הותרו ע"י וע"י ב"ד וכל רבני מצרים שבזמנו קהל קראים ונתגיירו ולא חששו לס' ממזרות וכו' נמצינו למדין כי רבו המתירים הרמב"ם ורבני מצרים הקדמונים ומהר"י בי רב וה' בשמים ראש וה' מהר"י ברוך וגם הרב תפארת ישר' בח' אה"ע סי' כולם כאחד הסכימו להלכה ולמעשה להתירם לבוא בקהל ה' כנז"ל וכו' עש"ב. והנה נשיב על דבריו ראשון ראשון ואז יראה המעיין כי ידידינו ה"ה הוליך את הקורא התמים שולל לחשוב כי באמת כל הרבנים הללו ז"ל שמנה אחד לאחד כולם פה אחד עונים ואומרים להתיר הקראים להלכה ולמעשה אף כי לא כן באמת ולא היא כאשר נבאר ואדרבא לאידך גיסא רבו האוסרים על המתירים וכמ"ש לקמן ע"ש שהרמב"ם הוא בכלל המתירים הנה מלבד מ"ש לעיל בסמוך על תשו' הרמב"ם הנז' שנסתייע ממנה הרדב"ז עוד בה מדוע לא שלטה עי"ק של ה"ה בדברי מהר"ש גאויזון ז"ל שבמהרש"ך וזכר אותו בתחי' דבריו ששם חשב את הרמב"ם בכלל האוסרי' ופי' דבריו ע"ש וע"ע לה' בנימין זאב סי' ת"ו בתשו' לר"א ירושלמי שכתב לתרץ הקושיא דאיכא בענין הקראים דהרמב"ם סותר עצמו מפי' המשניות למ"ש בס' יד החזקה וז"ל ומעתה אין לסמוך עמ"ש הרמב"ם בפי' המשניות משום דודאי בקטנותו הוה והדר בו בזקנותו וזהו כפתור ופרח ומינה לא תזוז ע"כ. ולו יהיה אלא ספק בדעת הרמב"ם א"כ היה מהראוי שלא למנותו לא בין האוסרים ולא בין המתירים גם רבני מצרים הקדמונים ומהר"י בי רב שמנאם בין המתירים כבר ה' מהר"ש גאויזון ז"ל הנז' דחה לזה דאם איירי במשפחת רבנים שנעשו קראים וחזרו לדת הרבנים דליכא בהו שום חשש ממזרות וכתבנו לקמן דהכי כתב גם הרדב"ז ז"ל גופיה אם יסכימו עמי חברי וכו' ודייקנא לה מדברי הרדב"ז שכתב בלשונו אם יסכימו וכו' ומה שמנה עוד ה' בשמים ראש ומוהר"ר ברוך כבר כתבתי דה' בשמים ראש לא גילה דעתו בזה ורק הביא תשו' ר' ברוך המתיר ודברי הרא"ה שאמר בפי' דאפי' דיהבינן וכו'

ע"ש ותשו' רבי' ברוך עצמה נדחה קרי לה כאשר הוכחנו לעיל וע"ע לה' כסא דהרסנא שם שכתב על הרדב"ז וז"ל אמנם הוא אתי עלה מט' אחר שהפקיר קידושיהן לגמרי ואין זה נוח לי לדון תחי' להחמיר וסופו להקל להפקיר נשותיהן של אלו וכבר השבנו על האמור בתשובתו בכמה ענינים עכ"ל והרב הפוסק שיתף במח"כ את דעת שניהם והרדב"ז ור' ברוך מן המתירים וגם דנפיק מיניה חורבה בזה דלדעת הרדב"ז הם מותרים ונשותיהן גם כן מופקרים משום דס"ל פסולי עדות נינהו ואין קידושיהן קידושין אבל לדעת ר' ברוך הנז' קידושיהן קידושין כדעת הר"ש ז"ל רק דהוסיף לומר דגם גיטם הוי גט וא"כ לפי"ז אף אי נימא דר"ש איירי רק בעידי ישר' וכמ"ש הרדב"ז עכ"ז איך שייך לומר שהחליט לפסוק כהרדב"ז ולהפקיר נשותיהן הנשואים להם כיון דלא התירם רק לבוא בקהל ואסר את נשותיהם כמ"ש וא"כ בנ"ד שהאשה הזאת היתה נשואה לאיש קראי והר' בא להתירה מפני שקידושיהן אינן קידושין וכהרדב"ז לא היה לו לכלול ר' ברוך בין המתירי' אחר דלדידיה כגון דא ודאי אסירא וגם התפארת ישראל בח' אה"ע שהביא בכלל המתירים אחר המחי"ר כנראה כתב זה רק מפי השמועה ובעינ"ק לא ראה את הספר והראיה לזה ג"כ שכתב בח' אה"ע סי' כולם וכו' והניח מקום חלק בין המלות סי' כולם לפי שלא היה לנגד עיניו לראות מס' הסי' וגם התפארת ישר' לא ס' שו"ת הוא רק על המשניות וכנודע ועי' שם בסופו ס' נשים שכתב היתר זה להתחתן עם הקראים משם הר' מר אביו ז"ל מטעם דבני נדה לא הוי ממזר וכו' וקידושיהן בפסולי עדות והוא ז"ל מר בריה פקפק בהיתר זה משום דהרי הראשונים קידושיהן בעודם ישראל וכו' ע"ש בדבריו וא"כ נשאר ההיתר תלוי בספק ואין מה' תפ"י סמך וסעד להתיר כמו שעשה ה"ה לסתום הדברים ומעתה הנה הראת לדעת כי כל המתירים שמנה ה"ה אחד לאחד כולם לקושטא דמילתא אין מהם שום ראיה וכאמור ואדרבא מצאנו רוב הפוסקים מסכימים והולכים לאסור את הקראים כאשר תראה במהרש"ך ח"ג סי' ט"ו בתשו' מהר"ש גאויזון שכתב דכל הפוס' שהכשירום לעדות ס"ל נמי דחיישינן להו לממזרות מטעם דקי' קי' ואין גיטן גט וכמה"ר שמואל הלוי וכמה"ר ישעיה מסגיס והר"י מטראני והרא"ם והר"ש והתוס' והרי"ף והרא"ש והרמב"ם וכן הראב"ד והרמ"ה וכו' וגדולה מזו כתב מהרי"ק סי' פ"ו בשם רש"י דאנוס שקדש בפני אנוסים וחזרו בתשו' קידושיו קידושין להצריכה גט שאעפ"י שחטא ישר' הוא עד שמא הרהרו תשו' בלבם והו"ל צדיקים וכו' וכ"פ הריב"ש וכו' עש"ב שגם הוא מהר"ש גאויזון ז"ל בעצמו הסכים לזה לאסור את הקראים ואף המהרש"ך שם אם כי נטה דעתו להתיר לא מלאו לבו להצטרף אלא להאוסרי' ע"ש בסוף התשו' וגם ה' נו"ב שהביא ה"ה נמנע מלהתיר כמש"ל וכן המבי"ט ז"ל בסי' ל"ז אסרם גם

הר"א הלוי המובא בתשו' בשמים ראש שהביא ה"ה אף כי דעתו נטה להתיר אמר בפי' דאפי' הוי כיהושוע ן' נון לא יהיבנא ליה ברתא. וגם ה' ברוך ברזילי הוב"ד בס' נתיבות משפט הביאו הבני חיי בסוף חי' לגיטין די"א ע"ד שעשה תיקון לקראי' לטהרם לבוא בקהל ע"י שפחה מכלל דס"ל דבלא"ה אסורי' וע"ע בתשו' הרא"ם בח"א סי' נ"ח שכתב משם ה' זכריה אשכנזי שאסרם לבוא בקהל וכן רב אחד קדוש שהליץ בעד המורה שהוא ח"א מהשגותיו שהשיג עליו כמהר"ש הלוי שהוב"ד במהרש"ך שם וכן הישׁ"ש בקי' פ"ה כתב ואני שמעתי שחכם גדול בא"י רצה להתיר את הקראים ונתקצרה לו שנה והלך לעולמו ולא נשא פנים לתו' ברוך המקום עכ"ל והביא דבריו ה' ישועות יעקב אה"ע סי' ד' והסכים גם הוא לאסור אף שצדד מתחי' להתיר ע"ש גם הפ"מ ז"ל הנז' לעיל בדבריו הוא מכת האוסרים שהוא אסר הגט שחרור ולטהר זרעם אי אפשר וכו' וחתמו עמו עוד תרי רבנן והטעם לפי דבריו מפני שיש בהם חשש ממזרות ואסורי' לבוא בקהל ולך נה ראה לה' זרע אברהם ביו"ד סי' כ"ו דקי"ד ע"ד וז"ל איברא וכו' עד כי תנאי זה שפיר ונאה פטיר ועטיר מכל ערעורי וכו' יעש"ב וע"ע לה' זקן אהרן סי' ע"א שהסכים לאוסרם ולהרחיק חתנות מהם ועי' לה' כרם שלמה אשכנזי בא"ה סי' ד' הגה ל"ז שכתב הקראים אסור להתחתן בהם שהם ס' ממזרי' והביא שם להגאון מהרמ"ם בפתיחה לה' יסודי התו' שהביא לפ' בנות כותים דל"ב ע"ב הצדוקים נקראים הסרים מדרכי התו' ראוי להרחי' מיינם משום בנותיהם וכו' וגריעי מעכו"ם וכו' דמינות משכא ואולי כיון דבקבלת דב"ח סגי להבת וכו' ובזה עדיפי בנות צדוקים לכאורה ומ"מ טוב לפני ה' להמלט מהם ומהמונם לא תקרב ש פתח ביתם וכל באיה לא ישובון עכ"ל וע"ש מה שהקשה עליו דל"ש קבלת דב"ח אלא בע"ה שהוא ישראל גמור וישנו בתו' ומצות אבל הקראים לדעת הפוס' שהם כנכרים ודאי ל"ש קד"ח ע"כ ואני בער ולא אדע מנ"ל הא דלא נאמר קד"ח רק בע"ה דהרי מצינו בכל מקום דחשוד על הדבר ובטבח שיצאתה טריפה מתח"י כולהו בקד"ח חוזרים לכשרותם ופשוט הדבר שהטבח אי אפשר להיות ע"ה והגאון מהרמ"ס הנז' אפשר דס"ל דהקראים דינם כישר' רשעים וכמ"ש רבי' ברוך בר שמואל שבתשו' בשמים ראש להתירם בקידושיהן ויינם ופיתם ועוד ואף ר"ש דפליג דגיטן אינו גט ויינם יי"ן ופיתם פת כותים אינו אוסרם אלא משום ממזרות והיינו משום דחשיב לקידושי' קי' וא"כ משו"ה למה לא שייך בהו קד"ח לענין פיתם ויינם ועי' להרדב"ז בחדשות ח"ב סי' תשצ"ו הנ"ל מ"ש בזה באריכות ועי' עוד לה' יד אהרן חאה"ע סי' ד' אות כ"ד בהגהב"י שכתב שבתשו' מהר"ש גאויזון הנ"ל מצויה היא אצלו בכ"י ושם כתב אחר שכתבתי

פסק זה ראיתי תשו' הרב משה מיטראני וכו' וכן מצאתי לה' יוסף טיטאסק ז"ל בכתב שלוח אל הרב כמהר"ר שם טוב אלפראנגי ז"ל ושו"ש שמחה גדולה וכו' ע"ש:

ואוסיפה לך עוד על האוסרי' אותם בחיתון מ"ש להרב שדי חמד חי"א בפאת השדה כללים מערכת ב' סי' ל"ד אות יו"ד בפסקת בנקודות הכסף מספר בנין ציון החדשות בסוף סי' כ"ג דמה שהחמיר רבינו שמשון בקראים דיינם יי"נ אינו מפני חילול המועדות שדומה לשבת בלבד אלא מפני שכפרו גם בעיקרי הדת שמלין ולא פורעים ואין להם דיני גיטין וקי' שע"י זה בניהם ממזרים וכתב שם לפ' דבריו וז"ל (אמר המהלהב"ד נראה פירושו מאחר שבניהם ובנותיהם ממזרים הרי הם אסורים בחיתון ואסור יינם משום בנותיהם):

גם שם בפסקת הגאון ח"ס וז"ל ועי' בפ' בנות כותים דל"ג ע"ב בנות צדוקים וכו' כנראה מזה דהצדוקים והקראים הסרים מדרכי תורתינו ראויים להרחיק משתיית יינם משום בנותיהם ולבסוף אתו לאמשוכי להסיר מדרכי ה' וגרוע מעכו"ם דמינות משכא ועי' מ"ש ר' טרפון בפ' כל כתבי דקט"ז ע"א עד ומכ"מ טוב לפני ה' להמלט מהם ומהמונם לא תקרב אל פתח ביתם וכל באיה לא ישובון עכ"ל הרי דאוסר השתיה עם הקראים משום בנותיהם דכל שאינו בתו' שבכתב ובתו' שבע"פ איכא משום הסרה עכ"ל ואפי' הרב כפתור ופרח שהביא המעשה שהתירום להתגייר כתב והמחמיר וכו' שבירך את המחמיר בהם וכמש"ל:

גם לך נא ראה מ"ש הברכ"י באה"ע סי' ד' אות ט"ז בסופה וז"ל ויש בידי תשו' מהר"ש הלוי הזקן כ"י ותשו' חתנו מהר"א ששון כ"י שהסכימו עם מוהר"ש גאויזון ועי' מק"ק ד"ע עכ"ל:

והנה עמך מ"ש ה' גט מקושר בולא סי' ה' אות י"א משם הרב גט פשוט בסי' קפ"ג אות ז' וז"ל ולענין החתימה מלבד דאיכא למימר דלא חתם לשמה הוו פסולים לעדות כשיטת רוב האחרונים ז"ל אך אם קבל עליו דב"ח ופי' ממדת הקראים אע"ג דעלה הסכמת האחרונים דאין ראויים לבוא בקהל משום שהם ס' ממזר אפי"ה יכולים לכתוב גט ולחתמו דאפי' ממזר ופצוע דכה וכרות שפכה אע"ג דאינם ראויים לבוא בקהל יראה לי דיכולים לכתוב גט דבני כריתות חשיבי כיון שהם צריכים לישא אשה בקי' ולגרשה בגט גם לעדות כתבו התו' בפ' החובל הביאו מרן בב"י סי' ל"ד מחודש כ"ו דממזר ופצוע דכה וכרוש"פ כשרי' לעדות עכ"ל:

נקטינן מדברי הב"י דאפי' קבלו ד"ח עלתה רוב הסכמת האחרונים דאינם ראויים לבוא בקהל וכו' והא ודאי כי קבלו ד"ח תועיל להם להכשיר ע"י גיורת וכמש"ל:

היוצא מכל האמור דרבו האוסרי' על המתירי' וכמ"ש ודלא כמ"ש ה"ה שרבו המתירים על האוסרים דלא כן הוא וכאשר כתבנו ולעילא מן כל שמרן הק' דהוא השליט על הארץ ואתכא דידיה סמכינן הוא מכת האוסרים כמו שבארנו למעלה ראש וכן מורם ז"ל בהגה שהביא ה"ה בתחילת דבריו אסר כתשו' הר"ש:

והלבוש אה"ע בסי' ד' סעי' ל"ז כתב וז"ל כלשון רבו מור"ם הקראים אסור להתחתן בהם וכולם ספק ממזרים ואין מקבלים אותם אם רוצים לחזור וטעמא לפי שהם מקדשין נשותיהן בכסף או בביאה עפ"י פשט התורה ומגרשים אותם שלא כדת ומשנים ממטבע שטבעו חכמים בגיטין ואח"כ ינשאו הנשים לאחרים בחיי הבעלים נמצאו הבנים ממזרים מאשת איש ע"כ גם בס' חכמת אדם כלל קכ"ד או"ג ז"ל הקראים אסור להתחתן בהם וכולם הם ספק ממזרים עכ"ל ואם כן מי יערב אל לבו להתירם ואין זה כי אם מן המתמיהים:

ועי' להגאון שאלת יעבץ ח"ב סי' קנ"ב שנכנס בתגר זה להתיר הקראים וכמעט שנטתה דעתו להתיר רק שפקפק מכח דעת איזה פוס' האוסרי' ע"ש ואחהמ"ר לו ראה כל דברי הראשונים והאחרונים שבאו דבריהם אצלינו לא היה מרהיב עז לגשת לכחא דהיתרא וכל מעיין יראה ברור שרק דברי פוס' אחדים ראו עיניו ולא הביט בכל דברי האוסרי' הנ"ל. זאת ועוד כי נדון הרב היה שכבר היתה נשואה בשגגה אשר לא כן נ"ד להתירה לכתחילה. ולעילא מן כל שהרב הנז' אפי' בנדונו שהיה בדיעבד ביקש הסכמת חביריו ולא מצינו שום הסכמה על דבריו וליכא למימר כי היא למדת ענוה להיות כי הדבר חמור עד מאד להתירם כמ"ש בדברי הרדב"ז ודי בהערה הזאת. גם במ"ש על הקראים שהם גרועים מן הצדוקים וכו' הנה במש"ל הוכחתי דהן הן הצדוקים הן הן הקראים ע"כ:

ומ"ש עוד ה"ה יצ"ו וז"ל אך אמנם נר' מדברי מרן שבב"י הנז"ל שדעתו לאסור כדברי ר"ש ז"ל מדסייעו וכו' וכן דעת מורם ז"ל הנז"ל והגם וכו' וגם כן לכאורה נראה דאנן בדידן שקבלנו הוראות מרן וכו' אין בידינו וכו' להתירם וכו' ועם שיש לצדד ולפרש ולומר דס"ל למרן ז"ל כהרדב"ז ז"ל דאוקי לתשובת ר"ש ז"ל דמיירי בעידי ישראל דוקא אבל אם היו קידושין בעדים שלהם היה מתירם בשופי גמור לבא בקהל ה' וכו' אכן כיון דמספק"ל בדעת מרן אי ס"ל כהרדב"ז ז"ל וכו' א"כ אין כח בידינו להתירם בשופי כנז"ל ע"כ. הנה מה שרצה לצדד בדעת מרן שס"ל כהרדב"ז וכו' אי אפשר הוא אחרי שכבר הוכחתי לעיל במישור מכמה דוכתי דדעת מרן הוא שהקראים יש להם דין ישראל לענין רבית ועדות וביטול רשות בערוב וכו' כמש"ל אבל הרדב"ז ס"ל בחדשות ח"א סי' י"ב שהקראים מותר להלוותם ברבית דלא הוי אחיך יע"ש. וא"כ מרן ז"ל אזיל לשיטתיה

במה דפסק כר"ש ואיירי ודאי אפי' בקידה בעידיהן כיון שהם כשרים. והרדב"ז ז"ל גם הוא אזיל לשיטתיה דעידיהן פסולים כיון שאין להם דין יש' ומותר להלוותם ברבית מעתה נסתר כל חיליה דה"ה יצ"ו שראה להעמיס בדעת מרן את דברי הרדב"ז אליבא דהר"ש עד שמזה יצא לדון ג"כ אחר זה בספיקות דרבנן לקולא. וספקי ספיקות במונח הנז' שהניח שיש צד היתר גם לדעת מרן אם נאמר שהוא כהרדב"ז נפל פיתא בבירא ואין יסוד ומקום לדבריו אלה ועמ"ש עוד בזה לקמן ע"ד ה"ה יצ"ו שכתב לצדד כן גם לדעת מורם:

עו"כ וז"ל ולולי דעת מרן ז"ל בקבלתינו הוראותיו היינו יכולים להתירם לבא בקהל ה' בשופי גמור מטעם כיון דאיסור ס' ממזר אינו אלא מדרבנן דוקא א"כ הו"ל ספיקא דרבנן דקי"ל כל סד"ר לקולא כידוע ע"כ. והדבר פלא מדוע א"כ לא התירום הר' נו"ב ומהרש"ך והרא"ה בתשובת פש"ר הנז' דשלשתם לא החליטו לאסור מדינא ואדרבה דעתם היא להיתרא כהרדב"ז וסייעתו ואפי"ה נמנעו להתירם לחוש לדעת האוסרים ואם איתא דשייך בזה לומר סד"ר לקולא למה לא עשו מעשה להתירה בשופי גמור מטע"ז כמ"ש ה"ה יצ"ו ואדרבא הם חששו לאסור למעשה הגם שלדעתם מותר מדינא ומעו' לא מצינו שיהא ספיקא דרבנן דקי"ל ביה לקולא נמנעים בו מלהתיר ודי בזה כמעט להוכיח דלא כה"ה יצ"ו שמיהר להחליט ולומר דמטעם סד"ר לקולא יש להתירם בשופי לולי דעת מרן דהא ודאי גם שלשת הרבנים הנז' דאין להם עיכוב מצד דעת מרן ידעו באמת דטעם זה טעם לגנאי הוא והיינו משום דכיון דהפוסקים בעצמם נחלקים בזה אם יש לאוסרם להקראים אם לא כיצד אנו נתירם מצד סד"ר א"כ יש לומר דמשום מעלה עשו ביוחסין לא רצו הרבנים הנז' להתיר מטעם זה דסד"ר לקולא וכמ"ש בתשובת בנימין זאב סי' ת"ז ד' תקכ"ח ע"ב והפ"מ ח"א סי' א' ד' א' ע"ש:

ועוד דברי ה"ה יצ"ו הנז' לא יכולתי להולמם דנהי דקי"ל בעלמא דסד"ר לקולא היינו כשהספק עצמו הוא במילתא דעיקרא מדרבנן ונפל בה ספק ע"ז אמרינן סד"ר לקולא אבל הכא בנ"ד דעל הספק עצמו איירי רבנן ועשאוהו כודאי לא שייך לומר ביה ס' דרבנן הוא ולקולא וכמו שנרגש ה"ה יצ"ו עצמו בענין ס"ס בעמוד ג' וז"ל וא"ל דכיון דחכמים ז"ל אסרוהו לספק ממזר א"כ עשאוהו כודאי ממזר ואין כאן עוד מקום לעשותו ספק ולצרפו עם ס' אחר וכו' ע"ש. ועי' לקמן בהמשך דברינו שכל דחיותיו לזה הם נופלים מאליהם וקושטא קאי דהכי הוא באמת דהרי כל הפוס' פירשו כן מדאורייתא ס' ממזר מותר הוא לבא בקהל ה' וחכמים הוא שאסרוהו ועשאוהו כודאי ובכללן מרן ז"ל באה"ע ספ"ד וז"ל ממזר נושא ממזרת וכו' וכתב בב"י שם הא ספק יבוא אלא שחכמים עשו

מעלה ביוחסין ואסרוהו ובספ"ה כתב יבמה וכו' ואסור בממזרת ואסור בבת ישראל ואדרבה חמור ממזר ודאי שאסור בממזרת שהודאי מותר בה. ולדידן דברי מרן ז"ל עטרה וכתר לראשנו וכיצד יוכל האדם הנלבב לומר ע"ד מרן דאין לומר כן וכו' ואין זה כי אם שנעלם ממנו דברי מרן הנז' לפ"ז אי אפשר לומר בזה דין סד"ר לקולא אף לולי דעת מרן שפירש לאסור וכמ"ש:

ובלא זה גם כן יש להשיב על דברי ה"ה יצ"ו הנז' בזה דבנ"ד שרוב הפוסקים הם אזלי לחומרא לאסור את הקראים וכמו שכתבתי לעיל לא אמרינן סד"ר לקולא וכמ"ש ה' לחם יאודה ושער אפרים בקונט' הספיקות מחודשים אות ז' וז"ל הא דמיקרי פלוגתא דרבוואתא סד"ר היינו כשהם שוים וכו' אבל היכא דרבו האוסרים וכיו"ב מיקרי ודאי איסור ולא ספק וכו' ע"ש ועי' לקמן דברי מהרשד"ם שהבאתי לענין ס"ם דלא מיקרי ספק כגון הא. וא"כ ה"נ בנ"ד ל"פ ביה למימר סד"ר ולקולא:

עוד כתב ה"ה יצ"ו וז"ל והגם דהרדב"ז ז"ל שם בתשו' הנז' כתב בפי' שאם יסכימו עמו חביריו היה מתירם לבא בקהל נמצא שלא החליט להתיר בפשיטות אלא בהסכמת חביריו הא ודאי פירכא דאין זה אלא דרך ענוה כנהוג ברוב הפוס' וכו' ובפרט שהרדב"ז גופיה כתב שם שכן דעת מהר"י בי רב והרמב"ם ורבני מצרים וכו' א"כ למה היה צריך להסכמת חביריו כנז"ל הא ודאי אין לחוש מזה כלל כיון דאינו אלא דרך ענוה ודלא כדעת מקצת חכמים שבזמן מוהרש"ג ומהרש"ך ז"ל שפקפקו בזה שלא החליט ההיתר בפירוש ותלה הדבר בהסכמת חביריו כנז"ל הא ודאי ליתא דאינו אלא דרך ענוה וכאמור וכן מוכת מדברי כל הפוסקים הבאים אחר דברי הרדב"ז שכתבו בפי' שהרדב"ז ראש המתירים הוא ולא חששו למש"כ אם יסכימו חבירי וכו' משום דפשיט"ל דאין זו אלא דרך ענוה כנז"ל והדברים פשוטים עכ"ל. והנה גם להדבר הזה יסלח האדון שהחלטה זו שהסכים עליו דדברי הרדב"ז שכ' אם יסכימו וכו' הם נאמרו רק בדרך ענוה בעלמא. לא מסיימא היא ואדרבה נראה הדבר כל בתר איפכא דהא תונח הראשונה אבל הב' דהיא אחר דאתא ואייתיה בידיה דברי הראשונים מהר"י בי רב וכו' המתירים וכתב עוד שכמהר"ש הלוי היה מתיר והפריז על המדה ושוב ראה גם תשו' הרמב"ם דפשוט היה לו שמותרים לבא בקהל אפי' בהיותם קראים. א"כ מה זו ענוה יתירה לבקש הסכמת חביריו מורי הוראה שבדורו והלא הקדמונים הנז' שכבר היו הורו להתיר להלכה ולמעשה אם לא שנאמר שכתב כן לקושטא דמילתא ולא מצד ענוה כמ"ש ה"ה יצ"ו וה"ט מפני שחשש למה שדחה מהר"ש גאויזון הוב"ד בתשובת מהרש"ך הנז"ל להא דמהר"י בי רב וכו' שהם איירי בנדונם במשפחת רבנים שנעשו קראים ורצו לחזור אח"כ לדעת

הרבנים דבזה ליכא שום צד ממזרות ולהכי התירום בפומבי או מטעמא אחרינא שלא התירום אלא להתגייר לא לבא בקהל וכמש"ל ונדייק זה מדברי הרדב"ז שכתב הילכך אם יסכימו דתיבת הילכך אך למותר יחשב והול"ל אם יסכימו עמי חבירי וכו' אלא דבא לומר דגם מהמעשה הנז' אין הוכחה מהטעמים שאמרנו לבא בקהל לכן הוצרך לבקש הסכמת חביריו ולא למדת ענוה כמ"ש הר' הפוסק הי"ו. ולכן הוצרך הרדב"ז ז"ל לבקש סעד בהסכמת חביריו בנדון דידיה שבא להתיר קראים מעיקרן שרוצים להכנס בדת הרבנים וכשלא מצא מי שיסכים עמו ואדרבה מצאנו שרבני דורו הרא"ם ח"א סי' נ"ח והמבי"ט ח"א סי' ל"ח פסקו להיפך ואסרום גם הוא אזיל ומודה שלא יעשה מעשה להתירם כיון דלא הסכימו עמו תרי מדרבנן דפקיעי שמייהו. ועי' עוד בתשו' כי באה להרדב"ז ז"ל עצמו בישנות סי' רי"ט על פתגם דנא ונעלמה מה"ה יצ"ו ושם יוצא מדבריו שמ"ש בתשו' הנז' שהביא ה"ה יצ"ו בחדשות ח"א סי' ע"ג אם יסכימו וכו' היא לא לשם ענוה בעלמא אך לדינא וז"ל שם בתוך התשובה עוד יש טעם כללי לכלל הקראין שהרי ישראל הם וקידושיהן קדושין ואין גיטם כתקנת חז"ל וכולם פסולי עדות מדאורייתא הם ומפני שיש בזה חקירה גדולה שהרי כמה משפחות מהם באו לכלל הקהל לא ראיתי להאריך בזה ומוטב שיהיו שוגגין וכו' ומ"מ מודה אני שאם יהיו מסכימים כולם לבא לדת חברות ולקבל עליהם קבלת חז"ל להיות כמונו הייתי מתירם לבא בקהל עם הסכמת החכמים הי"ו והטעם כי כל קידושיהם הם בעדים מהם שהם פסולי עדות וכמו שכונסה כך פוטרה ואין לחוש אלא לדור הראשון שהיו קידושיהן בעדים כשרים ושמא נתגרשה אחת מאותו הדור אחר שפקרו בעדים שלהם פסולים והלכה ונשאה באותו הגט שנמצאו ממזרים ולא הייתי חושש לחששא זאת כדי להסיר שם האומה הזאת מפני שהיא חששא רחוקה כי שמא אותם שנמשכו אחר צדוק ובייתוס לא היו נשואים נשים ואם ת"ל וכו' ואמת"ל וכו' כללא דמילתא דכיון דאין האיסור מבורר אם היו כולם מסכימים לשוב אלינו ולקבל דברי חברות הוה ממטינא ציבא מכשורא בכלל חבירי להתירם לבא בקהל וכו' עי"ש. הנה הראת לדעת שבפירושא איתמר כדבריו שצריך לו הס' החכמים הי"ו וכן בסו"ד שכ' והוה ממטינא צ"מ בכלל חבירי להתירם וכו' מפני שיש חששות וחקירה זו מסוכנת וכו'. וגם בהסכמת חביריו לא הרהיב עז הז"ל להתיר עד שיבואו כולם מסכימים לקבל ד"ח כמ"ש. ומכ"ש היכא שבא איזה יחיד או משפחה מהם לבד שאין הדבר כדאי להטלטל בהם ולהכנס בחקירה שיש בה סכנה שצריך ולא אפשר להתיר בלתי הסכמת מורי ההוראה שבדור וא"כ ההיא תשו' דסי' ע"ג דאיירי בנד"ז של יחיד או משפחה לבד הא ודאי שמה שכתב אם יסכימו עמי חבירי הוא לדינא

ולא לענוה בלבד כמ"ש ה"ה יצ"ו ולעולם היכא שלא מצא מי שיסכים עמו אינו מתיר לעשות מעשה בשו"א וכמ"ש ואך זאת ראיתי שבתשובתו ז"ל ל"ו נדפסה בחדשות ח"ב סי' תשצ"ו נראין דבריו להדייא שדעתו להכשירם בהחלט אף נגד החולקים עליו כיעו"ש ואין ספק שהתשובה זאת היא מאוחרת להתשובה דח"א סי' ע"ג הנז' ולפ"ז מוכחא דעתיה דמסכים הולך בסוף להתיר בהחלט גם בלי הסכמת חביריו. אכן גם על זה יד הדוחה נטויה לומר דהמסדר את התשובות הרדב"ז הוא שסידר התשובה דסי' תשצ"ו הנז' בחלק השני ותשו' סי' ע"ג בח"א כפי מה שבאו לידו קמא קמא ועי' לעיל מ"ש בזה אבל הרדב"ז בעצמו נשאל והשיב לראשונה הא דסימן תשצ"ו לפי סברת דעתו ז"ל המסכמת להיתר ואחר זה נשאל והשיב ההיא דסי' ע"ג שבה ידע כי רבו האוסרים על המתירים מכמה טעמי לחששות רבות ולכן בה כתב אם יסכימו וכו' ובלא"ה אף כי נימא דסי' תשצ"ו היא אחרונה כיון דמצינו בשתי תשובותיו הנז' דסי' ע"ג וסי' רי"ט הנז' שבקש הסכמת החכמים הא ודאי אמרינן ע"ז סמי חדא מקמי תרתי ולא חשבינן להרדב"ז בראש המתירין בהחלט כמ"ש ה"ה יצ"ו ומה שהביא ראיה ה"ה יצ"ו מדברי הפוס' שכתבו דהרדב"ז ראש המתירין הוא וכו' אי מהא לא איירייא דאפשר כונתם היא שהוא הראשון שחתר להתיר ובקש אופנים למצוא להם להיתר. ולא שהתיר לגמרי אלא אם יסכימו עמו חביריו:

ומה שכתב עוד ה"ה יצ"ו להתיר מכח ס"ס ולצאת בזה אף דעת מרן ז"ל וז"ל אמנם אשכחנא פתרי לצאת ידי חובת מרן ז"ל משום דאיכא בנ"ד תרי ספיקי חדא דעיקר איסורא דס' ממזר אינו אלא מדרבנן ואינו אלא משום ספיקא דמה"ת שרי וכמ"ש רז"ל ממזר ודאי הוא דלא יבא הא ס' ממזר יבא ורבנן אסרוהו ובפי' אמרו דמן הס' אסרוהו וא"כ הו"ל חדא ספיקא ותו איכא ספיקא אחרינא שמא הלכה כהרדב"ז ודעמיה דמתירין לבני מקרא לבא בקהל ה' כנז"ל והו"ל תרי ספיקי חד שמא ס' ממזר מותר גם מדרבנן. ואת"ל דאסור מספק שמא בנ"ד הלכה אזלא כהרדב"ז ודעימיה ז"ל דמתירין בפשיטות דאין כאן חשש ממזרות כלל עכ"ל. הנה מלבד מ"ש בזה הפ"מ ז"ל שהבאנו לעיל דמחמרי' בהו משום מעלת יוחסין אפילו בס"ס וכו' עש"ב. עוד תיוהא קא חזינא בס"ס זה של ה"ה יצ"ו דאינו אלא ס' אחד דהרי באומרך ספק כשר ס' ממזר תו ליכא למימר את"ל ממזר שמא ה' כהרדב"ז שכתב אין חשש ממזרות בו ולא הוי כס"ס דעלמא. ועי' עוד בטור אה"ע סוף ס"ז שכתב משפחה שנתערב בה חלל ואפילו יש' שנתערב וכו' ואם נשא הולד ס' ממזר ע"כ וכתב מרן הב"י ומ"ש עוד הרמב"ם וה"ה אם נתערב בה ס' ממזר או ממזר ודאי אמילתא דלעיל קאי שאם נתערב בה ס' ממזר לכתחילה אסור

לישא יש' מאותה משפחה ואם נשאת לא תצא שהם ב' ספיקות כמו באלמנת חלל וכו' עכ"ל שמעת מינה דדוקא באשה דאיכא בה ס"ס הוא דאמרי לא תצא אבל הולד ס' ממזר וכמ"ש הטור והב"י שם וז"ל אבל בבת דלית בה חזקת כשרות בגופה תצא יעו"ש באו"ב הרי דהבת אפילו אין בה ס"ס תצא וכמ"ש התוס' בכתובות בד"ה אלמנת עיסה ועי' בש"ע באה"ע ס"ד סל"ו הספיקות וכו' אלא יוציא בגט והולד ס' כאבותיו ואין לספיקות אלו תקנה אלא שישאו מהגרים ע"כ ואם איתא הרי יש להם תקנה בס"ס ועי' בבאה"ט שם ס"ק א' כתב משם המבי"ט ח"א סי' ל"ד דאפי' ס' ממזר אסור לעולם:

ועוד יש להשיב ע"ד ה"ה יצ"ו הנז' מכמה טעמי דלא שייך לומר הכא בנ"ד דין ס"ס ראשונה דלא הוי ס"ס המתהפך דהא כשתאמר דהקראים דין ס' ממזר יש להם הרי אסור הוא בהחלט כספק ממזר דעלמא ואיך אפשר לומר אז על ס' ממזר שמא כשר הוא אחרי שאיסורו מבורר ועומד הוא כבר. הגם שלא יהיה איסורו אלא מכח ספק ס' הרי איסור ברור הוא ואין בו שום ספק חדש ואפי' להסוברים דלא בעינן מתהפך היינו דוקא בשני גופים אבל בגוף אחד בעינן מתהפך וכמ"ש ה' שפתי דעת ביו"ד סי' ק"י בכללי הס"ס אות י"ד ע"ש וע"ע בסי' י"ח סק"א מ"ש בזה ושם העלה דלדעת מרן ז"ל בעינן להיות הס"ס מתהפך ואם אינו מתהפך לאו ס"ס הוא. ועי' להשארית יאודה טאיטצאק בכלל זה ע"ש. ונרחיב הדברים בענין ס"ם אי בעינן מתהפך או לא פלוגתא דרבוותא היא כידוע וכמה פוס' ס"ל דבעינן ס"ס המתהפך וכ"כ בשם התוס' כמ"ש ר"מ בסוף ספרו. ועי' להרב מהר"ם ן' חביב בס' הנקרא עץ הדעת עי"ש בדי"ב ואילך שהאריך בזה ע"ש. ולפי דעת זו נ"ל לישב דעת רש"י ז"ל בשבת דט"ו ע"ב גבי ההיא דעל ששה ספיקות שורפין התרומה וחדא מנייהו מי רגלי אדם כנגד מי רגלי בהמה וכתב שם רש"י ז"ל דהוי ס"ס ע"ש. ותמהו עליו התוס' שם דהרי זה היפך ממ"ש דג"ל ע"ב שאמרו שם דעל ס"ס לא שרפינן תרומה ע"ש. וכן תמהו עליו בנדה שם ד"ה ורמינהי ע"ש. וא"ת דלרש"י דס"ל כסברת גדולי ישראל דבעינן ס"ס המתהפך מיתבא דעתיה דמר שפיר דה"ט דשם בשבת שורפין את התרומה אף דאיכא ספק ספי' משום דאינו מתהפך דבאומרך שמא של חבר שמא של עם הארץ תו לא מצית אמרת שמא של אדם שמא של בהמה דכיון דהוא חבר הוא אדם גדול ומותר האדם מן הבהמה ה"ט דלא חשבינן ליה ס"ס ואולם שם בנדה דהוי שפיר ס"ס המתהפך כאשר יראה הרואה ה"ט דאין שורפין ונתיישבו דברי רש"י ז"ל וכמעט דהרי זה מן המנין המקומות שהתוס' ס"ל דל"ב ס"ס המתהפך היפך ממ"ש המפ' בשמם. ואולי דלזה כיוונו התוס' בנדה במ"ש לישב דעת רש"י ז"ל שכתבו דאין להשוות גזרות חכמים להדדי דפעמים נ"ל להחמיר בס"ס כמ"ש עם שהדבר דחוק. וע"ע בש"ך

יו"ד סי' ק"י בכללי הס"ס אות י"ד מ"ש משם הרמ"ע ז"ל תשובה כבר ידעת שאין מתירין שום איסור משום ס"ס אלא בזמן שהב' ספיקות מתהפכין וכו' והביא עוד דברי הליכות עולם וז"ל קבלתי ממורי החכם הי"ו שלא נקרא ס"ס אלא המתהפך משני צדדים כלומר איזה צד שתקח בראשונה משכחת לה ס"ס אבל אם אינו מתהפך לא מיקרי ס"ס ואפשר דלחומרא דייניען ליה כדין ס"א וכו' יעש"ב ועי' בהקדמת כללי הג' למר"ן במ"ש שהוא היה את רצונו לחבר החיבור של הכללים וקדמו הרב הליכות עולם ובגוף הכללים כתב וז"ל בס' דאורייתא לחומרא וכו'. כתבו התוס' ז"ל סוף פ' בנות כותים וכו' ואין להשוות גזירות חכמים דפעמים נר' להם להחמיר אפי' בס"ס עכ"ל ששם בלשון אפשר אמרה מ"מ כבר הוכחנו במקו"א דמרן ז"ל דרכו לומר בלשון אפשר ממדת ענוה ועי' להגאון ה' שדי חמד בכללי הפוסקים ח"ב סט"ז סל"ו עיין שם ומשם תרוה צמאונך אבל דעתו היא ודאי דצריך להיות הס"ס מתהפך וא"כ נ"ד דלא הוי מתהפך לא אמרינן ס"ס. ומה שיש להשיב ע"ז ממ"ש שם בש"ך אות ט"ז. ע"ש אות ט"ו מה שחילק ובין תבין את אשר לפניך דבנ"ד בעינן מתהפך לדעת מרן ז"ל ועוד היכא דהס"ס הוא משם אחד לא הוי ס"ס ואין בו מועיל וכמ"ש ה' שפתי דעת הנז' שם שכן הוא דעת מרן ז"ל וע"ע לה' שער אשר ז"ל בחאה"ע דפ"ב ע"א שזכר אותו ה"ה יצ"ו לקמן ודבריו אלה הבאים לא העתיק אותם ז"ל וכיון דהכל הולך אל ספק אם בעלה של זה חי או מת הו"ל ס' ספיקא משם אחד שאין בו מועיל וכו' ע"ש ובנ"ד נמי הס"ס הוא משם אחד דהספק הוא אם הוא כשר או ממזר וליכא שום תוספת בספיקות גם את הראשון גם את השני והגם שהרב שם שדי ביה נרגא לסברא זו יעו"ש מ"מ בנ"ד לא שייכי הנהו דחייות שדחה שם כיעו"ש. ומן התימה הוא שה"ה יצ"ו הביא להלן סמוך ונראה את דברי השע"א ז"ל שם ודבריו אלה לא שלטה בהם עי"ק:

וגדולה ראיה לנד"ד ממה שמצאתי לעט"ר מה"ר בס' חנן אלקים דקכ"ב סע"ב שכתב וז"ל על אלו הקראים שהם ס' ממזרים וקידושיהן קידושין וגיטן אינו גט ואין להם תקנה שמעתי משם מהרב"ב דיש תקנה שיתן גט לשפחתו וכו' ויכול למצוא תקנה אחרת שיתן אדם גט לשפחתו ע"מ שתנשא לכשר לה ותלך שפחה זאת ותנשא לקראי זה ולא ימנע אם הוא ממזר אינה משוחררת ואם אינו ממזר משוחררת ולא תלה הגט בברית הקראים אלא וכו' ודוק עכ"ל הצל"ע. הרי דבריו ברור מללו דכל הקראים אלו לא מצא להם תקנה להתירם כלל אם לא במציאות רחוקה דשפחה ואף בזה לא החליט הר' ז"ל כנ"ל שם והנה מדב"ק למדנו עוד דאין חילוק כלל בין אם נתקדשו בעידי ישראל או בעידיהן דהרי כתב בהדייא סתם דקידושיהן קידושין הם וגיטן אינו גט ור"ל דלגבי

דידן חשבינן לקידושיהן קידושין ופסלינן לגיטייהו משום דאינן כמטבע שטבעו חז"ל בגיטין ועל פי האמור מה מאד תמהני על הר' הפוסק יצ"ו שסמך להתירם עפ"י דעת מ"ד דלא אסרי להו אלא בקראין שנתקדשו בעידי ישראל וכדאוקים הרדב"ז לתשובת הר"ש ז"ל. ומי יגלה עפר מעיני עט"ר מר זקנו ז"ל הנ"ל דפשיט"ל לאוסרם בכלל. והגם שראיתי שהרב ז"ל בספרו מקראי קדש ד"ע ע"ב כתב בזה"ל ע"ע הקראים אין להם תקנה להתגייר שהם ספק ממזרים שמקדשין בדיני ישראל ומגרשין בדיניהם בלא גט. ושמעתי שמהרב"ב הורה שישחרר שפחתו וכו' ע"ש. אין כונתו לומר שמקדשין בדיני ישראל ממש שר"ל בעידי ישראל וכדאוקים הרדב"ז לתשובת הר"ש כנז"ל. אלא ר"ל שמקדשין קידושין המועילים בדיני ישראל ומגרשין כדיניהם בלא גט. וכמו שמבוארים דבריו כן בהדייא בספרו חנן אלדי'ם וכמש"ל וזה ברור הוא, ומעתה כל רואה ישר יראה עד כמה תגדל התימה על ה"ה יצ"ו שבמודעא שלו המועתק בסיף דברינו שכתב וז"ל ובפרט עע"ר אבינו הזקן ז"ל הרב מהרח"א בס' מק"ק ד"ע ע"ב שביאר דבריו שם דאיירי שנתקדשו הנשים שלהם בעידי ישראל ובדיני ישראל וכו' עכ"ד ובמחכ"ת טעות גדולה טעה בזה ה"ה יצ"ו להבין דברי הרב מק"ק הנ"ל כפשט הלשון ולומר דמ"ש שמקדשין בדיני יש' היינו בדיני ובעידי יש' ממש דהוא פלא איך העלים עין מדברי זקנו הרב ז"ל המבוארים בספרו חנן אלד'ים הנ"ל דלא שנא ליה בנתקדשו בעידי יש' או בעידיהן ובדיניהם דמינה הי"ל להכריח דמ"ש שם בס' מק"ק בדיני ישראל היינו שהקידושין של הקראין מועילים הם בדיני ישראל ג"כ לאפוקי גיטן. ועוד אפי' יהבינן ליה כל דיליה לה"ה יצ"ו דפי' בדיני ישראל היינו בעידי ישראל הוא נ"ל דס"ל להרב מק"ק דמשום הנך דנתקדשו בעידי ישראל אסרינן לכולהו משום שנטמעו בהם והו"ל ספק ממזר. וראיה לזה דגם במק"ק שם לא מצא הר' להם תקנה אחרת אלא ע"י שפחה ומשמע להדייא דקאי אכולהו קראין כפשט דבריו שם וכמובן. ובאמת דברי ה"ה יצ"ו בזה מרפסן איגרי גם ממ"ש הבאה"ט א"ה סי' י"ז ס"ק א' וז"ל אשת צדוקי לדברי הרא"ם ח"א סי' צ"ד היא אשת איש גמורה והבא עליה חייב משום אשת איש ה"ה דלא תפסי בה קידושין אם קידשה אחר אפי' ישראל ולפי דברי הרדב"ז וכו' הובאו דבריו במוהר"ר בצלאל אשכנזי סי' ג' ובהרש"ך ח"ג סי' ט"ו אינה אשת איש ותפסי בה קידושין ועיין בכנה"ג עכ"ל נראה מדבריו דקאי על כולם אפי' שנתקדשו בעידיהן מדלא פירש

גם הספק השני שעשה ה"ה צלו שמא הלכה כהרדב"ז ודעמיה דמתירין וכו' הוא בטל מאליו מכמה טעמי חדא דכבר הוכחנו לעיל דהרדב"ז גופיה אינו מחליט להיתר עד שיהיה עמו תרי מרבנן דפקיעי שמייהו חברים מסכימים לדבריו ואי לא גם הוא לא

יתיר בחקירה המסוכנת הזאת וכמש"ל. ועוד ב"א דהכא בנ"ד שרבו הרבה האוסרים על המתירים כנז"ל דעת המתירים המעוטים בטילה היא לגבייהו ולא חשיבא לעשות אותה ספק וכמ"ש ה' לחם יאודה ושע"א שהעתקנו מעלה דהכא דרבו האוסרים ל"א סד"ר לקולא וע"ע למהרשד"ם ח"מ סי' ש"ה דרי"ח ע"ב שכתב וז"ל סו"ד שאפי' נניח שר"ת ס"ל כבה"ג מ"מ בטלה דעתם אצל כל העולם קמאי ובתראי ע"כ ואם כן אוף הכא הכי אמרינן ואין ס"ס זה של ה"ה יצ"ו מציל ולא מועיל מכל האמור עד הנה ואשר נכתוב הלאה:

ומ"ש ואין לומר דכיון דחכמים ז"ל אסרו ס' ממזר א"כ עשאוהו כודאי ממזר ואין כאן עוד מקום לעשותו ספק ולצרפו עם ספק אחר דהא ודאי ליתא דכבר עמד ע"ז הגאון הר' שער אשר ז"ל ואנהרינהו לעיינין בחאה"ע ח"א סי' כ"ה דע"ב וז"ל גם אין לפקפק הכא בהאי ס"ס דנ"ד מטעם דכיון דאחד מהב' ספיקות הוא על אותו שטבע בים וכו' ומספק"ל אם חי אם מת כיון דזה"ס בעצמו כבר עשאוהו חז"ל והם אמרו וכו' הו"ל כאילו עשו אותו כודאי חי ותו לא פש לן שום ספק בזה וכו' דומיא להההיא דכתב ה' או"ה והבי"ד הש"ך והפר"ח ז"ל עוד סי' ק"י בכללי הס"ס סי' ח"י בענין גבינות וכו' הא ודאי נעולה היא הכא בנ"ד מטעם וכו' דע"כ לא קאמרי רבנן דצריך שני ספיקות מלבד הספק שגזרו עליו אלא דוקא היכא דנפיק מפומייהו דרבנן דבר זה אסור בסתם הגם דידעי' שהיה מתורת ספק מ"מ כיון דגזרו ואמרו לאסור בסתם הו"ל כאילו השוו הדבר לודאי איסור וכמו ההיא דדמאי וכו' משא"כ כה"ג דהכא בנ"ד דאמרינן בפי' דבר זה ספק ונותנים להם חומרי חיים וחומרי מתים ודאי דאינו אלא לומר דבנפול לנו ספק אחר שפיר יכול אתה לצרפו לאידך ספיקא וכו' יע"ש באורך. וממני נקח ונבין לנד"ד דעיקר איסור הם אמרו שהוא ספק ממזר לא יבא ומבואר שהוא משום ספק כנז"ל א"כ שפיר נוכל לצרף הספק בהדי ספיקא אחרינא דפלוגתא דרבוותא דהרדב"ז ודעמיה עם שאר פוסקים ז"ל כנז"ל כדי לצאת י"ח דעת מרן ז"ל עכ"ד גם על זה כבר תשובה מוצאת ממה שדברנו לעיל והוכחנו דקושטא הכי הוא דחכמים ז"ל באיסור זה עשו אותו לס' ממזר כודאי ושכן הוא בפשיטות גם דעת מרן ז"ל והנני להוסיף על האמור עוד ממ"ש הרמב"ם ז"ל פט"ו מה' א"ב ה' כ"א וז"ל דין תורה שס' ממזר מותר לבא בקהל שלא נאמר לא יבא ממזר אלא בממזר ודאי אבל חכמים עשו מעלה ביוחסין ואסרו גם הספיקות מלבוא בקהל וכו' ע"כ וכתב המ"מ שם וז"ל ומ"ש ממזר של דבריהם וכו' הוא מפני שלא אסרוהו מספק ע"ז כנז' למעלה ומן הדין ודאי כשר ע"כ ומ"ש כנז' למעלה היינו שאסרוהו משום מעלה עשו ביוחסין כמ"ש הרמב"ם הרי להדייא דאיסור ס' ממזר הוא משום מעלת יוחסין

דוקא ולא משום ספיקא כמ"ש ה"ה יצ"ו וא"כ הוי איסורו ברור שעשאוהו חכמים כודאי ופשיטא דאין לצרפו עם ספק אחר להיות ס"ס אלא דצריך להיות ס"ס מלבד זה. גם ממ"ש הרמב"ם שם דאין להם תקנה אלא עד שישא גיורת מוכח הכי דאין להם היתר משום מעלה עשו ביוחסין אלא בזה אבל מצד ס"ס לא. ומ"ש ה"ה יצ"ו להסתייע לדבריו ממ"ש השע"א ז"ל גם בזה לא בחר כי לפימ"ש גם הגאון הנז' ז"ל יורה יורה ידין ידין בנ"ד דינא יתיב דאין לצרף האיסור זה עם ספק אחר משום דהוא כודאי איסור מצד מעלת יוחסין וכמ"ש והו"ל כדברי האו"ה שהביא הש"ך. ומכ"ש דהכא מרן ז"ל ראש המדברים בזה שחכמים שאסרו ס' ממזר כודאי כמש"ל א"כ מי יבא אחרי המלך לחשוב בו דין ס"ס בספק אחר עמו בלבד:

ומ"ש עוד ומה גם דגם בדעת מרן ז"ל יש לצדד דלא פסק כר"ש ז"ל דאוסר משום ס' ממזרות אלא היכא שנתקדשו נשותיהן קידושין גמורים בעידי יש' וכדאוקים לנו הרדב"ז ז"ל כנז"ל וא"כ הא איכא ספיקא אחרינא בדעת מרן ז"ל והו"ל תלתא ספיקי וכמבואר ע"כ. ואנא אמינא אב"א אב"א תלת הוו חד אתחזרו דהיאך חילקם לשלשה דאין בהם כ"א בדרא דאוני ספק כשר ס' ממזר ואת"ל ממזר עמד קנ"ה במקומו ולא נשאר בהם עד אחד וכמ"ש הפ"מ שהבאנו לעיל דאין כאן אלא ס' אחד דוקא ותו לא ע"ש. ועוד דכבר הוכחנו לעיל דלא אפשר לאוקומי דעת מרן ז"ל כדאוקים הרדב"ז לתשו' הר"ש קחנו משם. ומ"ש עוד ה"ה יצ"ו משם ה' אזן אהרן והפ"מ לדעת הרא"ם וכו' עי' דבריו באורך אחרי מה שכתבנו להוכיח דבנ"ד ליכא ס"ס דהאיסור עשאוהו חז"ל כודאי וכ"ה דעת מרן ז"ל וגם דס"ס זה אינו מתהפך והוא משם אחד וכו' אין צורך עוד להשיבו ע"כ קוץ וקוץ מדבריו כי כבר נפל היסוד ונעקר הנדר מעיקרו:

ומ"ש עוד וז"ל והגם דאשכחן פלוגתא אחריתי בדין ס' דרבנן אי אזלי ביה לקולא היכא דאתחזק איסורא או לא דלדעת הש"ך ביו"ד סי' ק"י בכללי הס"ס אות ב' ס"ל למר דהיכא דאתחזק איסורא אזלינן לחומרא אפי' באיסור דרבנן יעו"ש והפר"ח ז"ל שם רב תנא הוא ופליג על הש"ך וכו' וא"כ לכאורה יש לומר דבנד"ד נמי כיון דאתחזק איסורא דהיינו ס' איסור ממזרות יש להחמיר בו בדעת הש"ך ז"ל אמנם כבר הרב הקדוש מוהר"ח ן' עטר ז"ל בס' ראשון לציון בכללי ס"ס שלו אות ט"ו כתב בפי' דלהלכה אף ידי תכון עמו דאפי' באיסור דרבנן דאין לו עיקר מה"ת בהיכא דאתחזק ספק איסור אבל אתחזק איסורא לא שרינן ספיקי בדרבנן דאי"ל עיקר מה"ת יע"ש א"כ כ"ש בנ"ד דלא אתחזק רק ספק איסור חשש ממזרות וגם לית ליה עיקר מה"ת כיון דמה"ת ס' ממזר יבוא כנז"ל ואין איסורו כ"א מדרבנן משום ס' איסור דודאי דאזלינן ביה לקולא וכו' והאריכות בזה אך למותר עכ"ד.

וכל דבריו אלה הם ג"כ מורכבים לשיטתו בזה אבל אין אני מודה לו כאשר הוכחתי דנ"ד הוא איתחזק איסורא לפי שעשאוהו כודאי ואיסורו איסור עולם ואפי' באלף ספיקות לא בטיל ומה גם דאין כאן אלא ספיקא חדא כמש"ל. וגם הר' הק' ראש"ל שזכר אזיל ומודה בכגו"ד דלא שרי ספיקו בדרבנן וע"ע להרב הנז' ז"ל שם בכללי הס"ס אות א' דסובר כהרשב"א דדבר דעיקרו מדאורייתא הגם דאיסורו מדרבנן כיון דעיקר דבריהם באו ע"ד תורה הוי כדאורייתא והעתיק שם תשובת הרשב"א ככתבה וכלשונה ע"ש. וא"כ לנ"ד נמי נקח דמיקרי עיקרו מה"ת ודלא כמ"ש ה"ה יצ"ו:

ובעיקר דיני הס"ס עי' מ"ש הש"ך בכללי הס"ס של"ו אות ל"ו וז"ל ויען כי דיני ס"ס רחבים מני ים ושום א' מהראשונים או מהאחרונים לא ירדו לדיניהם ולא הזכירו הכל באר היטב ויש בהם ענינים וחילוקים הרבה כמו שנתבאר בארוכה בס"ד על כן נראה שאין לנו עכשיו לבדות מלבנו שום ס"ס להקל או לדמות מילתא למילתא אם לא אלו שנתבארו או הדומה להם ממש או שיש צדדין להיתר בלא"ה וכן הבאתי לעיל בשם תשו' רמ"ע שכתב בדין ס"ס המתהפך דמאן דבעי לאורויי כדכוותה לקולא בעי למיקם עלה דמילתא שפיר כי היכי דלא ליגע בס' איסור דאורייתא עכ"ל וכו' ואם נפשך לומר כיון דהבדיקה דרבנן הוי הך פלוגתא בדרבנן וספיקא לקולא לאו מילתא היא דהא הכי נמי בפ' החולץ אשכחן בכמה מילי דרבנן דאיכא ספיקא דאזלינן בהו לחומרא וכו' וכ"כ שאר אחרונים בכ"מ כמה וכמה חי' דינים בס"ס ע"כ אין לדון דבר מדבר אם לא באופן שהזכרתי כנז"ל עכ"ד יעש"ב. והגם כי עלתה הסכמת האחרונים לעשות ס"ס אפי' כזה מ"מ מס"ס הגרוע הזה ליכא מאן דפליג שאין לעשותו ובפרט מן הפרע בס"ס זה שעשה ה' הפוסק יצ"ו שלפי דבריו עצמו שכתב להלכה דהקראין אין בהם איסור כי אם נתקדשו במידי ישראל ונתגרשו בדיניהם כהרדב"ז ז"ל. א"כ הו"ל לברר הדבר לחקור ולדרוש אם הקראית דנדון דידיה נתקדשה בעידי ישראל כאשר נתגלה הדבר אח"כ באמת דהכי הוה עי' לקמן ול"ל להכנס בספיקות וספקי ספיקות אשר כולם כמעט אינם קיימות כמו שהוכחנו והא דאמרן צריך לברר לאו מילתא זוטרתי היא דהכי כתבו גם הפוסקים להלכה עי' נחלת צבי בסי' ק"י אות ל"ה שהאריך והרחיב בזה והעלה דלדעת הרשב"א ז"ל צריך לברר הס"ס אי יכול להתברר. וגם למה דחילק הנו"ב ז"ל חיו"ד סי' נ"ז והבי"ד שם שאפי' הרשב"א לא הצריך בירור אלא היכא דאיכא חזקת איסור וכו'. הכא בנ"ד נמי איכא חזקת איסור כמ"ש ר"ש בתשו' ומרן ומורם ז"ל וכאשר כתבנו לעיל. ועי' עוד בזה בהש"ך כללי הס"ס שם אות ל"ה ובנ"ד נמי אינו ס"ס גמור ולדבריו שם נמי צריכינן לברר ובפרט דהבירור הוא בנקל לשאול במקום עיר מושב הקראית דנדונינו אם

היו הקידושין בעידי ישראל אם לא. ובכה"ג הרי הנחלת צבי העלה שם להלכה דל"מ ס"ס מכיון שיכול לברר בנקל ובלא טורח כיעו"ש ומדבריו שם ניכר שגם מרן והטור שהזכירם בדין ט' צבורין של מצה וכו' מודו בזה. וע"ע בשו"ת שואל ומשיב מהדו' ו' סי' מ"ח ואינו ענין לנד"ד. ושו"ר להגאון הרב חקת הפסח בסי' תל"ד או"ב והבי"ד הר' אזן אהרן מע' ס' איי"ז דפשיט"ל הכי שכ"ה דעת רוב הפוסקים הראשונים דכשאין טירחא או פסידא לא שרו בס"ס שיכול להתברר. ודבריו אלו מסכימים לדעת הנחלת צבי הנ"ל במסקנתו. והגם שהרב חקת הפסח שם בסו"ד פקפק בזה מדברי מרן בש"ע יו"ד סי' קפ"ד סי"א שכתב יבא עליה ואין צריך לשאול אותה שנראה מזה להיפך והצריך עיון ע"ש. לענד"ן דלק"מ דשאני התם דלא אתבריר איסורא מעיקרא והאיסור מעיקרו אינו אלא ספק שמא ראתה בשעת וסתה וכיון דוסתות דרבנן הו"ל ס' איסור דרבנן ולהכי כששהתה שיעור שתספור ותטבול בא עליה ואין צריך לשאול וכמ"ש הבאה"ט שם דאתי ספק טבילה ומוציא מידי ס' ראייה. ועוד התם אתחזק היתרא שהרי ס' דברי הפוסקים התם איירי בהניחה טהורה כנראה ברור שם ולכן בהכי הוא דס"ל למרן דגם בספק שיכול להתברר בנקל וליכא פסידא שרי משא"כ בכל הספיקות וס"ס דעלמא שהאיסור בעיקרו מבורר והספק נתחדש בו אח"כ ואיכא רעותא לפנינו הא ודאי דגם מרן לא פליג בזה על דעת סתמיות כל הפוסקים שס"ל דכשיכול להתברר מבלי פסידא וטורח דצריך לברורי ול"מ ס"ס וכמ"ש החקת הפסח והנ"ץ. ועמ"ש הר' מקור ישראל בורלא ביו"ד סי' ו' מ"ש בזה וגם הוא יודה בנד"ד כאמור. וראיה לזה שדעת מרן הכי הוא שהרי כתב בש"ע א"ח סי' י"ב ס"א אם נפסקו ב' ראשים פסול שמא נפסק חוט שלם ואמאי הרי רוב חוטים שלמים וניזיל בתר רובא הגם שיכול לברר דהא כל ס"ס מטעם רובא הוא דשרי ואפי"ה שרינן בס"ס הגם שיכול להתברר אם לא שנאמר דהכא בצצית דהבירור הוא בנקל וליכא פסידא ולא טירחא כ"כ לא שרי ברובא ולא בס"ס וגדולה מזאת כתב הבאה"ט שם דגם בנשתייר בשני החוטים הנפסקים כדי עניבה ע"י צירוף בשתיהן יחד פסול הגם דאיכא ס"ס שמא מהחוטים השלמים הם ושמא בהצטרפות כדי עניבה בשני חוטים שרי. ובהא הא איכא רובא וס"ס ואפי"ה לא שרי לה. ועכצ"ל דה"ט משום שבידו לברר תו"מ על נקלה וכמש"ל, ועי' למרן הב"י באו"ת סי' תל"ו שהביא דברי התוספות והר"ן פ"ק דפסחים דלא סמכננן אחזקה היכא דאפשר לברורי וכמ"ש בזה הר' חקת הפסח שם ועי' בכו"פ בבית הס' ובשפתי דעת שאחר הס"ס במחודשים אות ד' הביא משם תורת השלמים וז"ל אבל היכא דיש לברר בקל לחומרא יעו"ש בהא סלקינן דהס"ס שעשה ה"ה יצ"ו בנד"ד לא מהני מידי כיון דהיה בידו לברר תו"מ ע"י

שאלה אם נתקדשו בעידי ישראל דלכ"ע בכה"ג אסורה וכנז"ל אפי' דיהיבנא ליה כל דיליה דלא נאסרה אלא בנתקדשה בעידי יש':

באופן מכל אלה הדברים יוצא מפורש דכל דברי ה"ה יצ"ו בזה להתיר מכח ס"ס וכו' לאו דווקני נינהו אחר מח"כ יצ"ו וס"ס זה לא מהני להתיר את הקראית שאיסורה חמור באיסור עולם ואין לה תקנה עולמית וכאמור:

ומ"ש עוד ה"ה יצ"ו וז"ל וכל מה שצדדנו בדעת מרן ז"ל דאפי' דמיירי כר"ש דנתקדשה בעידי יש' וכמ"ש הרדב"ז ז"ל כמו כן יש לצדד בדברי מור"ם ז"ל דאיסר שפסק כתשו' ר"ש ז"ל עכ"ד הנה ע"ד מרן כבר הוכחנו לעיל דלא אפשר לומר דמוקים לתשו' ר"ש דאיירי בעידי יש' וכמ"ש הרדב"ז והן עתה זאת נשיב מ"ש ה"ה לצדד כן נמי בדעת מור"ם הא ליתא דהא מור"ם ז"ל כתב בפי' לאסור את כולם וכו' דמשמע להדייא דאפי' אותם שנתקדשו בעידיהן אסו' נמי. והגם שנאמר שעיקר איסורם הוא מפני אותם שנתקדשו בעידי ישר' שיש בהם ס' ממזרות מ"מ הא מיהת שמעינן דלא כה' הפו' יצ"ו וכהרדב"ז שלא אסרו רק אותם שידענו בבירור שנתקדשו בעידי ישר':

ומ"ש עוד ה"ה יצ"ו וז"ל והייתי סבור ג"כ לצדד בדעתם ז"ל שלא אסרו כ"א בעומדין במרדן כמ"ש ה' כסא דהרסנא ז"ל ע"ד מהר"ר ברוך ז"ל בתשו' הבאה בס' בשמים ראש הנז"ל ואף ר"ש ז"ל וכו' מבואר ממנו ז"ל דדוקא בעומדין במרדן ולא נעלם וכו' עכ"ל וא"כ י"ל גם מור"ם ז"ל לא אסר כ"א בעומדין במרדן עכ"ד. לזאת אתפלא דא"כ ל"ל לר"ש ז"ל להשיב לשואלים בתשו' הנז"ל דאין להם תקנה משום חשש ממזרות וכו' הול"ל דאם יקבלו דב"ח מותר להתחתן בם. ולך נא ראה להפ"מ ז"ל הנז"ל ד"א ע"ד ד"ה איברא וכו' שדקדק כזאת מתשו' הרמב"ם עש"ב ביותר תימה ע"ד ה"ה שרצה לצדד כן גם בדברי מור"ם והלא גם מור"ם ז"ל בדבריו קא צווח להדייא דאם רצו לחזור אין מקבלים אותם וכו' ע"ש ומזה ג"כ מוכח דהר"ש לדעת מור"ם הכי ס"ל ואין כאן מקום לצדדים כאלה משים חשש הממז' שבהם שאינה מסתלקת לעולם וכמו שנרגש בזה גם ה"ה להלן בדבריו ומ"ש עוד ה"ה יצ"ו משם ה' כסא דהרסנא ז"ל שכתב שאילו היה רואה מור"ם ז"ל תשו' ר"ב היה מטה כ"ח להתיר ע"ש כבר מילתי אמורה ע"ד ה' כד"ה הנז' ועל תשו' ר"ב הנז' באה"ט. ומ"ש עוד וז"ל אלא דאנכי לא ידעתי איך אם אינם עומ' במרדן ויקבלו דב"ח מכאן ולהבא איך בזה נסתלק מהם חשש ס' ממזרו' אתמהא עכ"ד ע"ז אומר אליך אל תתמה על החפץ לך נא ראה תשו' הרדב"ז דעלה קאי ה"ה יצ"ו ומשם תראה מפורש יוצא לסלק מהם ספק ממזר ואז ינוח לך:

ומ"ש עוד וז"ל איך שיהיה עכ"פ דבר פשוט אפי' מי שקבלו עליהם הוראות מור"ם להחמיר מ"מ הכא בנ"ד דאיכא כמה צדדים בדעת האוסרי' ומור"ם ז"ל עמהם גם הם אזלו ומודו דמותר לקבלם בדת יש' וכו' זאת תורת העולה דבנד"ד דשרי לן לקרב האשה הקראית הנז"ל וכו' אם יסכימו עמי תרי מרבנן דפקיע שמייהו וכו' עכ"ד מה מאוד אתמה ע"ד הגם למי שקבלו עליהם הוראות מור"ם וכו' דמותר וכו' ואחרי שמפו' במור"ם דאם רצו לחזור אין מקבלים אותם כנז' כל הצדדים וצדי צדדים שיש בדעת האוסרי' כבר השבנו עליהם אחת לאחת ואדרבא לאידך גיסא איפכא הוא דרבו האוסרי' על המתירי' ואין רגלים לדבר בנ"ד למצוא שום היתר כו"כ ואחתום את דברי במ"ש להגאון אחרון שבדורנו ה' שדי חמד ז"ל בחי"א מערכת ב' סי' ל"ד אוט"ו שלא היה נמצא איתנו חלק זה עד שבא לידינו וז"ל ואם זכרוני אינו מכזיב נהירנא כד הוינא טלייא בהיותי בעיר מולדתי עי"ק ציון היא ירושת"ו שמעה אוזני מפום רבנן הוה עובדא שהח' הג' שבהם ביקש מחכמי ישר' ובראשם הגאון מ"ס המלך ז"ל שהוא (עט"ר רש"ל הגאון מוהר"ר משה סוזין ז"ל ותוקף קדושת הגאון הנז' הלא היא כתובה בשו"ת הגאונים שערי תשו' בהערות הגאון כמהרי"מ חזן ז"ל סי' קע"ג בויכוחו עם הרב החסיד רפאל סגרי ז"ל ע"ש) שיקבלוהו לדת רבותינו הק' והבטיח להקדיש כל נכסיו (כי היה רכושו רב) לכו' עי"ק תו' ולא נתנו אזן קשבת לבקשתו אף גם זאת זכורני כי בילדותי שמעתי או אולי ראיתי באיזה ס' מעשה שהיה בשנים קדמוניות שנתוועדו חכמי ישר' לבקשת נכבד אחד מהקר' להסתפח בנחלת עבדי ה' לקבל תו' שבע"פ ואחר שנשאו ונתנו בדבר היתה חתי' דבריהם בלשון צחות הקראי'ן אינם מתאחי'ן לעו' עכ"ל הרי דמשנים קדמוניות לא מצאו להם היתר כו"ע וכל חכמי ירושת"ו ובראשם הגאון מ"ש המלך ז"ל הסכימו דאיסו' איסור עולם כנ"ל:

ובס' סדר הדורות ח"א (בסיפורי חמשת אלפים רנ"ח בדף צ"א ע"ד בדפוס זיטאמיר שנת תרכ"ח ובדפוס ווארשא שנת תרל"ז הוא בדף קי"ט סוף ע"ב) כתב שביקשו הקראים מהרב המחבר ספר שבעה עינים שישתדל להכשירם ולהביאם בדעת חכמי הגמרא והפליג לעשות ולא עלתה בידו כי לא הסכימו חכמי ישראל ובקונטריסי כתבתי מאז שכתב הרב מוהר"מ בולא בס' גט מקושר דט"ו אות י"א בשם הרב גט פשוט דהסכמת האחרונים היא דאין ראוים לבא בקהל משום ס' ממזרות ועתה אין אצלי ספר גט מקושר הנ"ל ודברי הרב גט פשוט לא ידעתי איה מקום כבודם ע"כ ובמש"ל הערתי את מקורם. וא"כ לפלא על ה"ה הנז' שכתב במודעתו כי לא ידע מהסכמה זו דרבני ירושת"ו והרב מהר"מ סוזין ז"ל בראשם דמה צורך לידיעתו אחר שהב"ד מעידים בגודלם שכן הוה והרי

הגאון שדי חמד ז"ל שגם הוא היה רק בילדותו בירושת"ו ידע לה מר להסכמת הגאון מ"ס המלך ז"ל וד"ב ובטחוני חזק בידידנו מע' ה"ה יצ"ו בצדקתו וישרותו ובמדתו הטובה להודות על האמת כאשר עשה כן כמה פעמים וגם בפעם הזאת יורה וידין במודים דרבנן לאסור אותם איסור עולם. וגם דור עשירי לא יבוא להם בקהל ה' עד עולם:

ואחר גומרה של תורה הגיעה לידי אזהרה גדולה מודפסת מבית דין הגדול שבירושת"ו וחתום בה חותם בדה"ץ הנז' וזה נוסחה:

אזהרה גדולה

כי האיש הישראלי ימין בכמהר"ר יעקב ברדוגו יצ"ו מעי"ת מקנאס יע"א נשא אשה מכת הקראים ושמה רוזה בת יאודה הלוי בכפר ביסאן הסמוך לעה"ק טבת"ו אשר לא כדת. היפך הסכמת הרבנים הקדמונים לקדושי' אשר בארץ המה זיע"א שאסרום לבוא בקהל ה' ומעשה רב בזמן עט"ר מהרה"ג הראש"ל הגאון המפו' סבא דמשפטים כמהרש"מ סוזין ז"ל חתרו הרבה להסתפח בנחלת ה' ולא הסכים להתירם. וביחוד כי אחרי החקירה נתברר כי האשה הנז' היתה נשואה לבעלה הא' הקראי שקדשה במעמד כמה מבנ"י הכשרים ונתגרשה ממנו בנמוסיהם ובעדיהם. וידוע שגטה אינו גט והרי היא א"א גמורה. ובכן נחנא ב"ד דפעה"ק ירושת"ו בהסכמת עט"ר מהרה"ג הגאון המפו' ראש"ל מרן יעקב שאול אלישר שליט"א קמנו ונתעודד וגזרנו בכח תוה"ק שתתעלה כי האיש והאשה הנז' מופרשים ומובדלים מעדת ישראל, וישראל קדושים הם ומוזהרים לבל יגואלו זרעם הכשר בזרע הפסול אשר יולידו הזווג הזה כל ימי עולם. והסכמת הרה"ג כש"ת מוהר"ר יצחק אבואלעפיא יצ"ו בעהמ"ח פני יצחק על פתגם דנא כמוסה תח"י. ועל כן חובה גדולה רובצת על ראשי כל עיר ועיר אשר יבואו הזיווג הזה לדור שמה לפרסם קלונם ברבים ולהפרישם מקהל ישראל ושומע לנו ישכון בטח ושמ"ר ועתב"ט הלכ"ד החו' פעה"ק ירושת"ו בש"א לחו' תשרי ש' התרס"ה ליצירה:

(מקום החותם בדה"ץ).

(וזה נוסח המודעה אשר שלח הרה"ג כמהר"י אסכ"א יצ"ו שבה חזר מדבריו בפסק הנ"ל והודה שהקראות הנז' אסורה)

בשבטי ישראל הודעתי הן כתיב עדות ה' נאמנה כי לימים שעברו זה קרוב לשנה נשאלתי מאת אחד המיוחד מרבני עיה"ק טבת"ו על אודות אשה אחת מבני מקרא שרצונה להתגייר ולחסות תחת כנפי השכינה ולקבל עליה דברי חברות ולטבול לשם גירות ולשמור מאד ולעשות ולקיים את כל דברי רבותינו ז"ל המסורים בידינו בתו' שבכ' ובתו' שבע"פ והפצירו בי מאד מאד לעשות לה פס"ד בהיתר גמור לקבל אותה להתגייר

כנז' ואני בתומי אלך לא יכולתי להמלט ולהשיב פני שואלי דבר. ולרוב הפצירה סידרתי פס"ד להתירה להתגייר כנז' ושלחתי פס"ד להרב השואל יצ"ו אותי ולעשות רצונו חפצתי ואני לא ידעתי את האשה הנז' ולא ראיתיה מעולם זולת שמעתי שעפ"י פס"ד הנז' נתגיירה וטבלה לשם גירות ונשאת לאיש אחד יאודי בכפר אחד הסמוך לעי"ק טבת"ו. והן עתה נתברר לי עפ"י מגידי אמת ובפרט מרבני וגאוני עי"ק ירושת"ו שאחר החקירה היטב נתברר להם שהאשה הנז' היתה נשואה לאיש קראי אחד ובעת הקידושין והנישואין של האשה הנז' נמצאו שם כמה וכמה מבני ישראל הכשרים הראויים להעיד על הקידושין כדת של תורה לפי"ז חזר הדין לאסור אותה ולא לקבל אותה להתגייר ולהנשא עם שום ישר' כשר כי אני הדל לא התרתי אותה בפס"ד הנז' כ"א סומכי נפשי על רבינו הגדול הרדב"ז ז"ל שכתב שבאותו זמן ואילך לא מתקדשי' נשיהם כ"א בעדים שלהם שהם בני מקרא. ואינם מביאים שו"א מישראל להעיד על הקידושין שבזה התירו הרמב"ם ומהר"י בירב ז"ל וזולתם מטעם שגם הקידושין שלהם פסולים מה"ת כמבואר כ"ז ויותר מזה בתשו' הרדב"ז ז"ל הנז' והסכימו עמו כל חכמי דורו כמ"ש מהריק"ש ז"ל בס' ערך לחם סי' ד' יעו"ש. ואני העבד בראותי דב"ק וגם ראיתי עוד כמה פוסקים ז"ל שהתירו בכגון דא שלא היו הקידושין ע"י עידי ישראל וכל הראשונים האוסרים ז"ל לא אסרו כ"א באופן שהיו הקי' בעידי ישראל ובדיני יש' כמבואר בדבריהם ז"ל ובפרט בדברי עט"ר אבינו הזקן הרב מהרח"א ז"ל בס' מק"ק ד"ע ע"ב שביאר דבריו שם דאירי שנתקדשו הנשים שלהם בעידי יש' ובדיני יש' יע"ש לא כן היכא שאם הקי' לא היו בעידי יש' כלל הא ודאי דאז לכ"ע אזלו ומודו שמותר לקבלם ולגיירם וליכא בהו חשש ממזרות. וע"ז סמכתי אני הדל להתירה בחשבם שגם זאת האשה הנז' היא נתקדשה ע"י עדים שלהם וא"כ גם הקי' שלהם הם בטלים ומבוטלים אמנם כעת שנתברר לי שהקידושין שלה שנתקדשה לבעלה הראשון הקראי הנז' היו בעידי יש' הכשרים כנז"ל חזר הדין לאוסרה על בעלה השני איסור גמור וחייב בדין בעלה השני לפרוש ממנה ולהרחיקה מעליו הרחק כמטחוי קשת ואם לא יאבה להרחיקה מעליו ולא ישמע לקול מורים הרי הוא מופרש ומובדל מעדת ישראל ואין לו חלק ונחלה בכללות יש' הכשרים ונח"ש כרוך ע"ע ולא יאבה ה' סלוח לו ולא יעבור כתיב ולהרים דגל התורה הק' כתבתי וח"ש פה עוב"י דמשק יע"א בש"א לח' מר חשון ש' להכרי"ת מעם ה' כל פועלי און לפ"ק ושומע לנו ישכן בטח ושאנן מפחד רעה ועתב"ט כיר"א:

הצעיר יצחק משה אבואלעפייא ס"ט (מקום החותם)

והנה בעודני מדבר לא אחשוך פי מלהעיר גם על דבריו אלה הבאים במודעה הנצבת לפניך. שבה יראה הרואה ולבבו יבין כי עודנו מחזיק בסברתו שבפסק דין הנ"ל שאם לא תהיה האשה הקראית הנז' מקודשת בעידי יש' הרי היא מותרת וכו' והביא ראיה לדבריו מדברי עט"ר הרמ"ז בס' מק"ק ז"ל וכו'. אשר לא כן באמת כונת מורינו מהרח"א הנז' כאשר הוכחנו לעיל. וגם לפי"ד שכתב שסמכה נפשו על רבינו הרדב"ז שכתב שבאותו זמן ואילך לא מתקדשי' נשיהם כ"א בעדים שלהם וכו' א"כ גם בזמן עט"ר הרמ"ז ז"ל הא ודאי דלא היו מקדשין בעידי יש' וא"כ למה אסר אותם אם לא שנאמר דחשש ממזרות לא נסתלקה מהם מפני אותם שקדשו מזמן רב בעידי יש' ומפני זה אין להם תקנה כלל כי אם בגיורת או בשפחה וכמש"ל בתשובתינו על הפס"ד:

נפל האמת במקרה בס' מעין גנים אשר חובר על ספר אוה"ח להרה"ג יוסף יעבץ ז"ל עיין בס' שם הגדולים מ"ש עליו ושם בהקדמת מעין גנים בההקדמה אשר עשה על ספרו טובה תוכחת על הדור שבימיו בסוף ההקדמה וז"ל אך כל מגמתי בדברי אלה להציל את הנפשות העגומות מאחינו בני ישראל ולהציל את הילדים אשר אין להם כל מום לבל יתחתנו בם ולהרחיק נדוד מאהלי האנשים הרשעים האלה פרקו עול משא דברי חז"ל מעל צואריהם ודברו סרה גם על מצות ה' אלדינו ינו המפורשים בתו' שבכתב כללו של דבר גרועים הם מכת הקראים אשר כבר הרחיקו אותם בני ישר' מחבל נחלת ה' עד ששבו לאומה בפני עצמה כיתר הגוים אשר המה רחוקים מגבול הקדש. והנה האנשים הללו כ"ש דגריעי טפי המה מתערובות העיר מהעמלקים רפאים גבורים ענקים אחב"י סורו נא מעל אהלי האנשים הרשעים האלה ולא יהיה לכם עמהם שום התחברות בחיתון במאכל ובמשתה וכיוצא עד שיבא בעל הכרם ויכלה את קוציו הנ' יהיו בני ישראל טהורים ונקיים ככסף מזוקק שבעתים הנך יפה רעיתי הנך יפה יהיה מספר בני ישר' כחול הים אשר לא יספר ולא ימד אמן כן יאמר ה' ע"כ. הנך רואה שהרב הנז' יוצא לקראתינו בתופים לאסור את הקראים בחיתון. ואל תאמר כי לא הבאתי דבר שנוכל לומר שהרב הנז' לא אסר אותם אלא בהיותם קראים אבל אם יקבלו דברי חברות כשרים הם לבא בקהל אי מהא ליתא דהו"ל לפרש עד שיקבלו ד"ח ולמה לו לקללם עד שיבא בעל הכרם ויכלה את קוציו והמדקדק בדבריו שם יראה בעיניו ולבבו יבין דאי אפ' לומר את כל הדברים האלה:

באופן כבר מילתי אמורה פעם ושתים ושלש כי אין להם היתר כלל וכלל מאיזה צד ואופן שיהיה. ולעילא מן כל בנד"ז שהתודע לנו ע"י החו"ר דירושת"ו הי"ו מע' הרבנים דבדה"ק יכב"ק כי היא מקודשת בעידי יש' ואיכא בה ודאי איסור ממזרות. אפי' לדעת

הרדב"ז א"כ אין מקום לשום דו"ד בזה. ויען כי האיש אשר לקח אותה לאשה לא ישמע לקול מורים והוא קרקפתא דלא מנח תפילין ויש לו כמה בני דלא מעלי ואוכל נבילות וטרפות שקצים ורמשים ומחלל שבתות בפרהסיא וקשורה בו ככלב ואין מידו מציל. וכעת הוא בעיר שאין בה מושב בנ"י ולכן לא הוכרז עליו ואם בא יבוא לעי"ק חמד זו טבריא ת"ו כן נעשה כאשר גזרו אימר ב"ד הצדק בעיר האלדים ירושלם ת"ו עי"ק ובתוך ההכרזה נבאר שאין רשות לשום בר ישראל לקחת אשה קראית אפי' שתקבל עליה דברי חברות לקיים גזרת מלך עט"ר משה רעיא מהימנא מ"ס המלך זצוק"ל ותו' יוצאה בהינומא וראשה פרוע דכל עדת הקראים יחד כולם מגדולם ועד קטנם לא יבואו בקהל לך עם ה' אלה יש' קדושים כ"א בגרים דלא איקרו קהל וצור יש' יצילנו משגיאות ויראנו מתורתו נפלאות:

הוא **אהרן** המכונה **אב"א** ס"ט השמטה (שייך לעיל דף כ"ג ע"ד).

בפסקת ועוד מה שציין וכו' ועוד הנה מצאתי הדבר מפורש יוצא בדברי מר"ן הב"י בסוף חו"מ וז"ל אברך את ה' אשר יעצני ועד כה ברכני להחל ולגמור הספר המבואר הזה ביאור ד' טורים אשר קראתיו בית יוסף כי התחלתו באנדרינופולי שנת רפ"ב והשלמתיו בעיר צפת"ו אשר בגליל העליון ביום ד' י"א אלול שנת בק"ר אור ונתעסקתי עוד בהגהתו ובמהדורא תנינא עד שנת די"ש. אוחילה לאל אחלה פניו יזכני שיתפשט בכל ישראל למען אהיה בכלל מצדיקי הרבים ויזכני עוד לחבר ספרים הרבה לזכות הרבים ולמען רחמיו וחסדיו לא תפסוק תורה מזרעי כדכתיב לא ימושו מפיך ומפי זרעך ומפי זרע זרעך אמר ה' מעתה ועד עולם עכ"ל. והטור בהקדמתו בחו"מ אף הוא היה מונה סדרן כתב והטור הרביעי חו"מ יעו"ש:

$$(ציור בספר)$$

חתימת הספר

אברך את ה' אשר יעצני באמור אלי הדברים האלה אשר אנכי מצוך היום על לבבך כתבם על לוח תכתב זאת בספר ושים באזני כל קהל יש' וקורא לו שם חדש את שם אהרן אשר פי ה' יקובנו למען תלמד כל ימי חייך להביא לימות המשיח שפה יהיה לפיו בשכבך תשמור עליך בקבר והקיצות היא תשיחך לעוה"ב ויקוים בנו מקרא שכתוב לא ימוש סה"ת הזה מפיך האמורה "מפי אהרן" ולבעבור זאת כתב הרוקח שכל מחבר ספר רק את שמו ירמוז על שם הספר אשר יקרא לו בכדי כשיוזכר שמו אשר הוא שם הנשמה וכמו שמצינו שהקב"ה אומר אלעזר בני או' מאיר בני או' הגם שעדין הוא בלי גוף ובלי בני שם קורא לנשמה בשם הגוף וכן מצינו בשמואל קודם שנולד היתה

בת קול יוצאת ואומרת עתיד צדיק לבא בעולם ושמואל שמו הרי שבהיותו עדין נשמה קורא אותו בשם שמואל ובזכות השם שהוא שם הנשמה אזי מתעוררת לבוא אל הגוף להחיותו להיות שפתותיו דובבות בקבר ובזה מקיים מצות והגית בו יומם ולילה שהוא כניי לקבר וכמש"ה ולחושך קרא לילה שגם בו יהגה בתו'. ואל תשיבני ממ"ש בס' החסידים סי' שס"ה דשמעת מינה דלא צריך למעבד הכי וז"ל חכמים הראשונים לא היו כותבים ספריהם בשמם ולא היו מניחים לכתוב שמם על ספריהם כגון מי שחיבר תורת כהנים מכילתא ובריתות ומדרשים ואגדות ותיקוני עולם כגון מסכת סופרים לא כתבו בספריהם אני פלוני בר פלוני כתבתי וחברתי זה הספר כדי שלא יהנה מהעולם הזה ויפגום שכרו לעולם הבא או היו מעטים לא בעולם הזה זרעו ושם טוב מזרעו כנגד הנאה שנהנה בעולם הזה שקבל הנאה על שמו ע"כ. דאיכא למימר דמדת חסידות שנו כאן דאלת"ה תיקשי ליה מה שמצינו לרז"ל שהיו מקפידים שלא הזכירו ההלכה משמם וכמ"ש ביבמות דל"ו ע"ב גם בבכורות דל"א ע"ב דלפי דרב אידי לא אמר הלכה משמיה דרב ששת בבי מדרשא איקפד ר"ש ואמר מאן דעקצין ליעקציה עקרבא ופרש"י מי הוא שעקצני שלא אמר משמי ליעקציה עקרבא דהיינו שמתא ע"כ. ועיין בזוה"ק פרשת ויחי דף רי"ז ע"ב דרבי יצחק כשראה דקרבו ימיו למות שאל מרבי יאודה כד תימה מילי דאו' ותיתדכר מאינון מילין דאנא אמינא דתימא לון משמי בגין לאתדכרא שמי וכו' יע"ש:

ואם איתא להא דספר החסידים הנ"ל דאיכא עונש בדבר למה יקפידו על מי שלא יאמר משמם וגם לצוות שיאמרו משמם דוקא אבל מדינא שרי למיעבד הכי זולתי שיהיה כונתם רצויה לשמים ולא להתגדל ולא להתיהר:

ועדיפא מינה מצאנו ראינו להרב חיד"א ז"ל בס' ככר לאדן ס"ב שהביא משם הרדב"ז בתשו' דפוס פיורדא סי' תי"ב דיברך שהחיינו. והרב מו"ק שכתב דהמחבר ספר והדפיסו יברך ברכה שלימה והר' הנז"ל גמר אומר לברך בלי שם ומלכות וכן העלה בס' מחזיק ברכה באו"ח סי' רכ"ג אות ז' מצאנו בס' בינה לעתים בדרוש ב' שכתב בסוף הדרוש וז"ל ועתה אני נותן הודאות לשמו הגדול ברבים בד"ת אלו לפני מעלתכם בסוד ישרים ועדה על חלקי אשר חנני בספרי הדל המודפס ועליו רמזתי בנושאי משנה התו' הזאת די שנון התורה הזאת אשר אני דובר באזניכם הוא על ספר בעבור הספר שלי אשר הפליא חסדו לי הוא יתברך להביאו לידי גמר ההדפסה ברוך הגומל לחייבים טובות אשר גמלני ע"כ:

וראיתי להרב זכר דוד בח"ב בחתימת הספר שהקשה וז"ל דלכאו' קשה מאי שיאטיה דהגומל הכא בשלמא ברכת שהחיינו ניחא כאמור אבל לברך את ה' בברכת הגומל נר' דלא שייכא כלל דמאיזה צרה ונזק הצילו הבורא יתברך כשחוב"ר חב"ר חיבורין

דאורייתא ע"כ. וע"ש מה שתירץ ע"פ מה שאירע להרמ"ק כפי מה שסיפרו גורי האר"י זלה"ה דכל מה שחיבר בטורח גדול חיבר ובפרט שהיה ממש נלחם עם המקטרגים המונעים אותו והיה קם בחצי הלילה והולך לבהכ"נ ושם חונה ומעיין בס' הזהר ולילה א' קם כמנהגו והלך לבהכ"נ ובעוד שכותב פירוש או"ר יק"ר ראה דמות איש של אש עומד כנגדו ואש שלהבת יוצא מפיו לשורפו מיד הרמ"ק הוציא שמות מפיו עד שנמחה הדמות מלפניו וכזאת אירע לו כמה פעמים והקב"ה הצילו:

והשתא באנו עד תכונת קושט ויושר אמרי אמת אשר דיבר האשל הגדול הנזכר שנשא על שפתיו הטהורות ברוך הגומל וכו' דרמז רמז לנו ולהורות נתן לשלם הודות לאל הטוב שהצילו מיד אויבי נפשו הם המשטינים המונעים אותו מלשלם פעולתו ולקרבה אל מלאכת ההדפסה והוא יתברך עמד על ימינו למלאת את אשר חפץ לעשות לחבר ולפרסם חיבורו הבהיר להגדיל תורה ולהאדירה:

ואני אהרן נ"ל לתרץ כשנדקדק בנוסח הברכה שאמר הגומל לחייבים טובות דהול"ל הגומל טובות שגמלני וכו' ותיבת לחייבים אך למותר אם לא שנאמר דהכונה כמ"ש לחייבים הוא שהיו בצרה שחייבים בה כמ"ש רז"ל בשבת דל"ב ע"א וז"ל ת"ר מי שראה וכו' אדם יוצא לשוק יהי דומה בעיניו כמי שנמסר לסרדיוט. חש בראשו יהיה דומה בעיניו כמי שנתנוהו בקולר. עלה למטה ונפל יהי דומה בעיניו כמי שהעלוהו לגרדום לידון שכל העולה לגרדום לידון אם יש לו פרקליטין גדולים ניצול ואם לאו אינו ניצול וכו' דהרי גם בבית האסורים אמרו רז"ל דאפי' היה חבוש על עסקי ממון חייב לברך שיבא לעסקי נפשות. גם ביורדי הים כתיב יורדי הים וכו'. וגם בהולכי מדברות הוא מקום שצריך לנס שינצל ורז"ל אמרו בשבת דל"ב ע"א וז"ל ר' ינאי לטעמיה הוא דאמר לעולם ש יעמוד אדם במקום סכנה לעשות לו נס שמא אין עושין לו נס ואם עושין לו נס מנכין לו מזכיתיו וזו היא סיבה שנקראו חייבים. אף אנו נאמר כן בנ"ד שנקראו חייבים מחמת שכותבים דברים שבע"פ שאסור לכותבם אבל משום עת לעשות לה' הפרו תורתך ונעשו טובות ולזה שייכא וברכה זו דהגומל פה:

והנה בס' ככר לאדן שם אפיק מדברי המרדכי שכתב דכל דבר שעושין לכמה שנים לא שייך ביה זמן וכו' ע"ש ומינה אפיק הר' הנז' וז"ל ומינה שמעינן דכשמחבר או מדפיס ספר שהוא לכמה וכמה שנים שראוי לחוש שלא לברך זמן יעו"ש:

לך נא ראה למר"ן הש"ע בא"ח סי' רכ"ג ס"ג וז"ל בנה בית חדש וכו' מברך על כל פעם הרי לך שאפי' שהוא לכמה שנים מברך על כל פעם. וא"כ נ"ל לנ"ד לדעת מר"ן שגם על החיבור או על הדפוס צריך לברך בשם ומלכות מ"מ ודאי שאפילו להסוברים שאין

לברך בעי לאודוי ולשבוחי לה' על שזיכהו לכך לכן אנכי תקנתי שיר ושבחה תמצאנו לבסוף מיוסד בר"ת על שמי ויכתב בס' זכרון והיה לאות ולזכרון לדור אחרון:

ועפ"י כל האמור יתפרש אצלי פסוק בתהלים מזמור מ' אז אמרתי הנה באתי במגלת ספר כתוב עלי לעשות רצונך אד"י חפצתי ותורתך בתיך מעי בשרתי צדק בקהל רב הנה שפתי לא אכלא ה' אתה ידעת ע"כ ואין מן הצורך להאריך בדקדוקים ובגוף הפי' יותרו ויורגשו הכל:

מעתה ז"א אז אמרתי הנה באתי להק על עצמי ב' קושיות האחת במגלת ספר דהיינו שהעלתיו על מכבש הדפוס הגם שאסור משום דברים שבע"פ. גם את הב' כתוב עלי שנכתב על שמי אשר יש לחוש ליוהרא וכו' כמש"ל לזה בא כמתרץ לעשות רצונך וכו' דבא לרמוז מ"ש רז"ל דמשום עת לעשות לה' הפרו תורתך והתירו להעלותם על ספר והיינו משום ותורתך בתוך מעי זוכרהו בדברים שבכתב ולא עוד אלא דבעי לאודויי ולכן בשרתי צדק שהוא השיר לשיר אותו בקהל רב וראו כל העם כי שרי למעבד הכי. ולקו' הב' לקריאת השם הוא לבעבור שבהזכרת השם תתעורר הנשמה להחיותו להיות שפתותיו דובבות בקבר והיינו דקאמר הנה כונתי היא דשפתי לא אכלא ויקויים בי מקרא שכתוב והגית בו יומם ולילה אל תתני דומי וכמש"ל וכי תימא דבקריאת השם איכא למיחש ליוהרא. לזה קאמר ה' אתה ידעת לבי וכליותי שלא כיונתי לזה:

או נאמר לפ' הכתיב באופן אחר והוא בהקדים מאי דאיתא בסנהד' במשנה דכ"א וכותב לו ס"ת לשמו יוצא למלחמה וכו' שנא' והיתה עמי וקרא בו כל ימי חייו ע"כ מעתה ז"א אז אמרתי הנה באתי במגילת ספר כתוב עלי ר"ל שאני מלך וחייב לכתוב ס"ת ולמה לעשות רצונך כמ"ש והיה כשבתו וכתב לי וכו' למען תלמד ליראה וכו' לשמור ולעשות את כל דברי וכו' והיינו דקאמר אלד"י חפצתי להיות תורתך בתוך מעי ולא אשכח בשרתי צדק בקהל רב דהיינו ע"י ספרי הדפוס וכמ"ש הטור יו"ד סי' ע"ר משם הרא"ש וז"ל וכתב א"א הרא"ש ז"ל שזה לא נאמר אלא לדורות הראשונים שהיו כותבים ס"ת ולומדים בה. אבל האידנא שכותבין ס"ת ומניחים אותו בבית הכנסת לקרות בהם ברבים מצית עשה ע"כ ישראל אשר ידו משגת לכתוב חומשי תורה ומשנה וגמרא ופירושה להגות בהם הוא ובניו מצות כתיבת התורה היא כדי ללמוד בה דכתיב ולמדה את בני ישראל שימה בפיהם וע"י הגמרא ופירושה ידע פירוש המצות והדינין על בוריין לכן הן הן הספרים שאדם מצווה לכותבם וגם שלא למוכרם אם לא ללמוד תורה ולישא אשה ע"כ. ופסקו מרן שם ס"ב וז"ל האידנא מצוה לכתוב חומשי תורה ומשנה וגמרא ופירושים ולא ימכור אם לא ללמוד תורה ולישא אשה ע"כ. והנה בתחי' שפתי לא אכלא להיות קורא בהם כל

ימי חיי ואפי' לדברי מרן הב"י ז"ל שכתב וז"ל ויש לתחיה היאך בא הרא"ש לפטור לאדם ממצות כתיבת ס"ת ולהחליפה בחומשים ומשניות וגמרות ופירושיהן שהרי לא תלה טעם החילוק בין דורות הראשונים לדורות הללו אלא שבדורות הללו אין לומדין אלא מניחים אותם בב"ה לקרות בהם ברבים וא"כ הול"ל שגם עכשיו חייבים לכתוב ס"ת וילמדו בהם כשם שהיו לומדים בדורות הראשונים לא לפוטרם ממצות כתיבת ס"ת לכך נ"ל שלא בא אלא לחדש לנו חיוב כתיבת חומשים ומשניות וגמרות ופירושיהם ואיסור מכירתם שגם זה בכלל כתיבת ס"ת ושזה יותר מצוה מלכתוב ס"ת ולהניחו בבהכ"נ לקרות ברבים אבל לכתוב ס"ת לקרות בו הוא ובניו פשיטא דגם האידנא זהו עיקר קיום מצות עשה שהרי הוא נוהג בו כמו שהיו נוהגים בדורות הראשונים וכתב רבינו ירוחם ע"ד הרא"ש שכ"כ הגאונים ע"כ.

מ"מ מדבריו נר' שגם בס' הדפוס איכא מצוה יותר מכתיבת ס"ת ולהניחם בבהכ"נ:

וראיתי אחרי רואי לה' שאגת אריה המכונה ה' ליב ראש ישיבה הביאו הפ"ת שם סק"י שאחר שדחה דברי הפרישה שכתב יעו"ש בדיני ס"ה סי' ל"ו כתב וז"ל מ"מ יכולני לפטור מדין אחר ממצות כתיבת ס"ת בזה"ז משום דאפי' בימי האמוראים לא היו בקיאים בחסירות ויתרות כדאמר ליה רב יוסף לאביי בפ"ק דקדושין ד"ל אינהו בקיאי בחסירות ויתרות אנן לא בקיאינן והרי ס"ת שחסר או יתר אפי' אות אחת פסולה א"כ אין בידינו לקיים מצוה זו וכו' וכיון דאיכא לאפלוגי בין דורות ראשונים שבימי אמוראים לדורות אלו מה"ט כת' הגאונים והרא"ש א"כ אפי' מדרבנן בטלה מצות כתיבת ס"ת בדורות הללו אבל אילו היינו בקיאים בחסרות ויתרות והיה מ"ע של כתיבת ס"ת נוהג מן התורה לא היה טעם זה מספיק לבטל ממ"ע של תורה דודאי מצוה זו בפ"ט היא ולא מטעם מצות ת"ת היא וכמש"כ אלא כיון דאין אני בקיאים בחו"י ובזה"ז נתבטל מ"ע זו מן התורה מה"ט ואין לנו לחייב אלא משום מצות ת"ת כדי שלא ישתכח תורה מישראל כל זה לא שנו אלא בימי חכמים אבל לא בזמן הזה ע"כ. והעלה ה' הנז' שם וז"ל והיוצא מדבריו דיש ג' חילוקים במצות כתיבת ס"ת היינו בזמן התנאים שהיו בקיאים בחו"י היה מ"ע מדאורייתא שיהיה לו ס"ת שכתבה בעצמי משלו ובזמן האמוראים שלא היו בקיאים בחו"י כדאיתא פ"ק דקדושין אך היו לומדים מס"ת לא היה מ"ע דאורייתא רק מדרבנן דאל"כ היתה תורה משתכחת מישראל ולהאי טעמא אם הניחו לו אבותיו ס"ת אין צריך לכתוב משלו כיון דמ"מ יש לו ס"ת ללמוד ממנה ובזה"ז ליכא אפי' מצוה דרבנן ע"ש:

וכפי דברי הרב הנז' דבטלה מצות כתיבת ס"ת בזה"ז כל וכל משום הי"י דלא בקיאינן יתפרש תשלום הפסוק ה' אתה ידעת ר"ל דאנן לא בקיאינן בחו"י. אי נמי י"ל באופן

אחר עפ"י מ"ש הרמב"ם ח"א הלכות ס"ת פ"ח ה"ב וז"ל והמלך מצוה עליו לכתוב ס"ת אחר לעצמו לשם המלך יתר על ספר שהיה לו כשהוא הדיוט שנאמר והיה כשבתו על כסא ממלכתו וכתב לו וכו' זה כשהיה לו שהוא הדיוט מניחו בבית גנזיו וזה שכתב או שנכתב לו אחר שמלך יהיה עמו תמיד. ואם יצא למלחמה ס"ת עמו. זכות ס"ת עמו. יושב בדין והוא עמו. מיסב והוא כנגדו. שנאמר והיתה עמו וקרא בו כל ימי חייו. מעתה ז"א הנה באתי במגלת ספר אחד כתוב מלים:

כדעת הרמב"ם שאינו חייב לכתוב אלא אחד שיוצא עמו ונכנס עמו ומסתמא דדהמע"ה היה לו ס"ת כשהיה הדיוט א"כ לא נתחייב כ"א ספת אחד וז"א ספר כתוב עלי ודלא כמ"ד בגמ' את משנה התו' לב' תורות אלא כמ"ד את משנה התו' לכתב שיכול להשתנות דאלת"ה היאך עזרא שינה את כתב התו' לעשות רצונך אלד'י חפצתי שהוא ס' אחד להיות עמו וקרא בי וכו' אחר שתורתך בתוך מעי שאין נביא רשאי לחדש דבר ואיך עזרא שינה הכתב אם לא שתאמר דפי' את משנה הוא לכתב שיכול להשתנות והמלך אינו חייב כ"א באחד ואין שני וכסברת הרמב"ם. בשרתי צדק ר"ל התו' הגם שהנחתיה בקהל רב לקרות עדין היא שלי כיון שלא הקדשתיה וכמ"ש מרן הש"ע בא"ח סי' קנ"ג סעי' יו"ד וז"ל יש אומרים דיחיד בשלו אפי' ס"ת מותר למוכרו ולעשות בדמיו כל מה שירצה כל שלא הקדישו לקרות ברבים ע"כ וזה אומרו הנה שפתי לא אכלא להקדישו ברבים ואפי' ביני לבין עצמי לא הקדשתיו ה' אתה ידעת:

עוד י"ל הפסו' חוץ מדרכינו והוא זה אז אמרתי כמש"ל י הנה באתי במגילת ספר היא מגילת רות כתוב עלי שעיקר כתיבת רות היא להודיע יחוסו של דהע"ה ואמרו ז"ל למה נקרא שמה רות שיצא ממנה דוד שריוה להקב"ה בשירות ותשבחות ונמצא לפי"ד אלו שזה חפצו של הקב"ה בשירות ותשבחות ובזה יתפרש לעשות רצונך שהיא השירות אלד'י חפצתי ושלא תאמר שדהמע"ה לא סק כ"א בשירות ותשבחות דוקא לז"א ותורתך בתוך מעי' ר"ל מלבד תורתך שבתוך מעי זאת ועוד אחרת שהיה יושב ודן כל היום וז"א בשרתי צדק שהוא דין כמ"ש בזוה"ק בתוך קהל ועדה והיינו דקאמר בקהל רב וגם היה עושה צדק ומשפט וכמ"ש רז"ל על פסיק עשיתי משפט וצדק בל תניחני לעושקי עש"ב וכ"ת דבזה היה בטל מד"ת וכמ"ש בברכות ד"ו ע"א מהי דתימא דינא שלמא בעלמא קמ"ל דדינא נמי תי' היא. ה' אתה ידעת להצילני מעושקי ולכל הפירושים יש לפרש שני תיבות האמורים בתחינת הפסוקים אז אמרתי עפ"י מ"ש רז"ל דיום ולילה הם כ"ד שעות והכ"ד חילקום לג' חלוקות שמונה לשינה ושמונה לסחורה ושמונה לתו' ונרמזו בפסוקים ישנתי א"ז ינוח לי א'ז תצליח את דרכיך דהיינו הסחורה וא"ז תשכיל דהיינו

התורה וז"א פה אז שהיא באמרתי שהוא עסק התורה באתי במגילת ספר כנז"ל. אברכה את ה' בכל עת שהחיני וקימני לזמן הזה להשלים חלק ח"מ הנקרא מפי אהרן לטעם נכון חדש בקרבי בו תרמו"ז כי כל הכתו' בס' התו' הזה משמי הוא ממה שקבלה נשמתי וחלילה שיחשדנו שומע כי נמצא גניב אתי אפי' אחת מהנה אלא הכל מפי אהרן ולא מפי ספרים כן יזכני האלי"ת להתחיל ולהשלים שאר ספרי חא"ה הנק' "ונשא אהרן" וחלק יורה דעה הנק' "מצח אהרן" וח' א"ח "ראש אהרן" וס' דרושים ויקרא אהרן' גם את הנקרא בשם "בש יראה" פרפראות אשר השיגה ידי יד כהה לחדש דברי תורה ביום יאר צייט לעילוי נשמת הורי שתהא נשמתם צרורה בצרור החיים בהדי צדיקיא וחסידיא והשביע בצחצחות נפשם בעדן גן אלדי'ם שמע קול תחנוני בשיעי אליך עזרנו אלדי' ישענו להוציא לאור צדקנו ע"ד כבוד שמו:

ולא אוכל להתעלם לשלם תודות להאיש הלזה מזרע אהרן כי שמי בקרבו הוא אהרן בן הר' יצחק הכהן הי"ו מהעיר הגדולה היא אנדיראן יע"א אשר הזיל זהב כיסו במנה הראויה להתכבד למעלה ממאה רו"ך לגומרה של תורה (להצלחת בניו היקרים עלמה וחנניה הכהן הי"ו ולעילוי נשמת אביו מו' יצחק ן' מו' גד הכהן נ"ע) אחרי שנתעכבה הדפסתו קרוב לשנה. והמצוה וכתב לו:

שנאמר בזה"ז על הדפסת ספר יותר מכתיבת ס"ת וכנז"ל. ואין המצוה נקראת אלא ע"ש גומרה:

(וזה הדרוש אשר שלח לי להדפיסו בתוך ספרי הנדיב הנז' אשר דרש לעיין מ"א נ"ע וז"ל):

דרוש זה דרשתיהו לע"ן עט"ר אבי אבי זלה"ה בש' תרס"ה כ"ה באדר יח"ר שתנצב"ה אכי"ד

הלא דברי כאש בוער בקרבי. המה יביטו יראו בי. רוח כתנים. אהגה כיונים. בנפש מרה אעירה קינים. תאניה ואניה. נהי נהיה. במות בנפש האדם אשר ימות. בצלם ודמות. בתפארת אדם ואדם אין. והחכמה מאין. כהרף עין רוח עברה בו ואיננו באו ימי הפקודה והמיתה עליו נאמר ויגוע. יצחק.

הלא היא ברבת. והאר"ש הנה היא רחבת. לשבר זה כי רע ומר אנחה שוברת כל הגוף ממתנים ועד ירכים. האדם יראה לעינים. אך בצלה קדשוהו שמים. דמי לבר אלהי'ן בעל כנפים. כי תאוה הוא לעינים כעצם השמים. אין כסף נחשב מתוך חיבתו חיבה יתרה ושמחה של מצוה מיהב יהבי מנה אחת אפים. במדה גדושה ולא מחיקה הפריש המדה ויי להאי גברא דבלי בעפרא איתה הוכחת לעבדך. ליצחק.

הלא לאמונה האי מאן דחזא חזא גברא בתוך אדם המעלה. שר וגדול ליהודים. אהוב למעלה. ונחמד למטה. עשה פרי למעלה ושורש למטה רודף צדקות מצמיח ישועות. והפליא לעשות בחיים חיותו כיד ה' הטובה עליו על התורה ועל העבודה ויזרע. יצחק. (ידוע לכם מו"ר לשון רז"ל כי האומר דבר בשם אומרו מביא גאולה לעולם. ובכן עתה אומר לפניכם מה ששמעתי מפי אחד מהני אילני דמלבלבי ה"ה החה"ש בנש"ק האברך כתר ש"ט הי"ו איזה גרגיר ד"ת ולהיות כי חביבים עלי עד לאחת דבריו אומר אותה לפניכם ויה"ר כי זה יהיה נוח נפש לעט"ר א"א ז"ל.)

והנושא בא

לא תהיה משכלה ועקרה בארצך את מכפר ימיך אמלא

גרסינן בש"ס כתובות (דקי"א) וז"ל עילא הוה רגיל דהוה סליק לא"י. נח נפשיה בח"ל אתי אמ"ל לר"א אמר אנת עולא על אדמה טמאה תמות. אמרו לו ארונו בא. אמ"ל אינו דומה קולטתי מחיים לקולטתו לאחר מיתה עכ"ל הגמ':

א) יש להעיר בזה המאמר כי מה כל החרדה אשר חרד ר"א שאמ"ל לעולא אנת עולא על אדמה טמאה תמות. ובאמת מה זו תמיה הרי כמה וכמה צדיקים וחסידים גדולים מתו בח"ל. זאת ב' וכי יעקב אע"ה לא מת במצרים ונקבר בא"י. ויפה השיבו לו תלמידיו הנה ארונו בא והכו' כמו שפרש"י ז"ל ארונו בא לקוברו בא"י ומה חזי ר"א והשיב להם אינו דומה קולטתי מחיים לקולטתו לאחר מיתה הלא גם ביעקב ע"ה קלט נשמתו מחיים בח"ל ונקבר בא"י. ולמה תלמידיו לא השיבו על דבריו שמפשט הגמ' מו' שתמיהותיו של ר"א נשארו מעל ומצינו שאדרבא, מעלת קבורת א"י היא גדולה כמ"ש וכפר אדמתו עמו וג"כ אף שמיתת עולא היה בח"ל על כל פנים קבורתו בא"י מעלה גדולה היא. ועוד יש לדקדק ע"ז דמה השיבו לו תלמידיו ארוני בא והא בפי' אמר תמית ולא אמר תקבר שמשמע שתרעומתו היתה על המיתה ומה השיבו לו במאמר ארונו בא:

והנלע"ד לישב כל הגמגומים והדקדוקים דהכונה יהיה שכאן כו' ר"א דהוה בכי הוא שאמרי' בגמרא דאמר ר' חנינא מי שמת בח"ל ונקבר שם ב' מיתות יש בידו כמ"ש ואתה פשחור וכל אנשי ביתך תלכו בשבי ובבבל תבא ושם תמות ושם תקבר. הרי יש בידינו ב' מיתות ר"ל דכפל ואמר ושם תמות ושם תקבר ר"ל דיש לו ב' מיתות אתת ממיתת עצמו ואחת ממיתת קבורה וכו' ומעתה זהו דקא בכי ר"א אנת עולא על אדמה טמאה תמות כלו' על אדמת טמאה תמות בסיבת דמת על אדמה טמאה היא סיבה דתמות פעם אחרת בשעת הקבורה וז"ש אנת עולא על אדמה טמאה תמות פי' תמות מיתה אחרת בפ"ע חוץ מהמיתה הזאת הנראית לעין והיא הקבו' דשתי מיתות יש בידו ולכן אמרו ליה

תלמידיו ארונו בא וגו' ופרש"י ז"ל ארונו בא לקוברו בא"י ע"כ וא"כ כ"כ צערך המכריע את הראשון היא היותו נקבר בח"ל ונמצאו ב' מיתות בידו הרי נושאים את ארונו לא"י ואין נשאר לך צער עוד. אמ"ל אינו דומה קולטתו מחיים לקולטתו לאחר מיתה וגו' ועל מה שהוספנו לתמוה לעיל והוא מ"ש ומי לנו גדול מיעקב אע"ה וגו' ואחרי חפשי מצאתי ראיתי לגאון אחד אשכנזי שמו עץ יוסף בפי' להע"י שם בש"ס כתובות השיב ע"ז ואמר אינו דומה לקולעתו וגו' דלא דמי ליעקב ויוסף דהתם שאני שבע"כ היו במצרים אבל עולא דהוה סליק ורגיל לא"י ולמיהדר מדעתו לא דמי להם עכ"ל ודפח"ח:

ואגבן אבא לבאר כו' רש"י בהאי סו' שכ' אנת עולא על אדמה טמאה וגו' פסו' הוא בנבואת עמוס ע"כ ודבריו באו סתומים כי מה חי' לנו זיל קרי בי רב וכולם אחזו צע"ר לפ' כו' שם להמפרשי הע"י. ואת אשר נראה לי לישב דברי רש"י ז"ל ע"ן הוא דנרגש רש"י ז"ל בדברי ר"א באומרו אנת עולא באדמה טמאה תמית דהדברים נראי' כגנות לעולא באומרו וגו' תמות דנר' דר"ל דלא זכה למיתה בא"י וח"ו נאמר כי לסי' עונותיו לא זכה דמי ומי יזכה. ולזה השיב רש"י ז"ל בנועם שפתותיו קרא בנבואת עמוס דאמר לאמציה לכן כה אמר ה' וגו' ואתה על אדמה טמאה תמות וכו' דהיינו דהוא גזרה מהשו"ת דעל אדמה טמאה תמות (דרגלוהי דבר איניש רבין להביאו) כיוצא בו קאמר כאן ר"א. ולא ח"ו כמטיח דברים כלפי עולא אלא ה"ק אנת עילא על אדמה טמא' תמות דרגלוהי של אדם ערבין להביאו כמו שאמר ז"ל. והיה גזרה דעל אדמה טמאה תמות דכן רצין הבורא וכיון שהוא גזרתו מאתי ית'. אינו כמטיח דבריו לעולא לגנותו דאין כאן גנות דכך גזרה חכמתו יתברך ע"כ שמעתי וראוים דבריו להעלותם על שו"מ:

ומעתה מכל אשר פלפלנו בעז בהאי מאמר דכתובות הוא לאמר שאם האדם הוא איש צדיק במעשיו אף שמת בח"ל מביאים את ארונו לא"י המלאכים אשר באו מכח מצותיו המה משתדלים להביא את אדון הנפער על כנפי נשרים כמ"ש ואשא אתכם על כנפי נשרים ואביא אתכם אלי. ומלשון זה המאמר מ"ש ארונו בא מאליו הוא בא. ובכן עתה על עט"ר אבי אבי נאמר כן שהביאו את ארונו בא"י. ואבא עתה לפני מו"ר לספר לפניכם בגודל ושבת המגיע לעט"ר מרן אבא ז"ל מעט מן המעטן ראשונה בשבח הגדול המגיע לו הוא כי פזר ממונו והונו בזמן מלך ישמעאל בערי בוכארה לתת שוחדות על העלילות שהיו מעלילים עליהם המשומדים והיו כופין אותם להאמין בשוא נתעה לדת הא"י וגם כמה וכמה נפשות מבנ"י פדה מרדת שחת וכמה פקו"ן עשה בימיו והציל כמה נפשות מבנ"י מדתם. ב' דהיה מרחם על כל הבריות שר ברא הקב"ה בעולמו היה איש רחמן נדיב נותן צדקות לכל איש פושע ידו לא עבר עליו חצות משים לילות כימים שקדן

בתורה. זיכה את הרבים היה מקדים שלום לכל אדם ואפי' לא"י וזיכהו ה' שעבר עליו יותר משבעים שנה. וידוע דמי שעבר שבעים אינו בא בגלגול לא כהתה עינו ולא נס לחה עד יום מותו ולאיש אשר אלה לו איך לא אצעק מנהמת לבי אבי אבי מורי ורבי אנא פניך הועדו. מי יתן ראשי מים ועיני מקור דמעה אך לאיש כעט"ר מרן אבא שכל ימיו היה חזרן במצות רב חסד ורב פעלים. לזה יקרא ושבח אני את המתים שכבר מתו מן החיים אשר המה חיים עדנה ועליו נאמר צדיקים במיתתן קרויים חיים יה"ר שתהא נפש אבינו נ"ע צב"ה עם מלאכי אלק'ים חיים. ולאיש אשר אלה לו ראוי והחיוב מוטל על כל בני ישראל להוריד דמעות על אדם כשר:

ובזה אמרתי דרך רמז קטן אם יוכשר בעיני מו"ר הצדיק אבד ואין איש שם על לב וכו' כי תיבת הצדי"ק גי' יצח"ק עם הכולל שם רמז לעט"ר מרן אבא ז"ל הכ"מ ויען כי אנו עסוקים בהספדו כי אבד צדיק מהארץ. ואין איש שם על לב לאמר כי בעונותם ובעון הדור הצדיקים נאספים אל עמם מסיבתם. ומטעם זה הוא שאמרו שהאדם אל יתעצל בהספדו של צדיק וגו' וכמ"ש רז"ל בשבת (ק"ה) אמר"י כל המתעצל בהספדו של חכם ראוי לקוברו בחייו שנאמר ויקברו אותו וגו' והרי"ף בע"י כתב שם וז"ל יש לפ' שעיקר ההספד הוא שהחי יתן אל לבו כי במה נחשב הוא האדם שסופו למות וירים תולעים ויבאש ומתוך זה ישוב בתשו' שלימה כי יאמר וידון ק"ו אם בארזים נפלה שלהבת מה יענו אזובי קיר וזה שלא הרגיש במות האדם צדיק בודאי לא חזר בתשו' כי לא נכנע ועודנו ברשעו עומד וכו' ומעתה זהו כו' הכתוב הצדיק אבד ואין איש שם על לב הכונה כשהצדיק נפטר מעוה"ז ואינם מספידים אותו כראוי ראוי לקוברם בחייהם הטעם כי לא ישים לב לחזור בתשו' כי אם עד שיתעסקו בהספדו ובעוה"ר אין מבין כי מפני הרעה נאסף הצדיק ע"כ:

ואגבן נפ' כו' רז"ל בגמ' ת"ר והרוח תשוב אל האלקי'ם אשר נתנה תנה לו כמו שנתנה לך טהורה אף אתה החזירנה טהורה משל למלך ב"ו שחלק בגדי מלכות לעבדיו פקחים שבהם קבלום והניחום בקופסא. טפשים שבהם הלכו ועשי מלאכה לימים בקש המלך את כליו פקחים שבהם החזירום לו מגוהצין טפשין שבהם החזירום לו כשהם מלוכלכין שמח המלך לקראת פקחים וכעס לקראת טפשים על הפקחים אמר ינתנו כלים לאוצר והם ילכו לבתיהם שלום ואל הטפשים אמר כלים ינתנו לכביסה והם יתחבשו בבית האסורים אף הקב"ה על גופם של צדיקים אומר יבא שלום ינוחו על משכבותם ועל נשמתם של צדיקים הוא אומר והיתה נפש אדוני צרורה בצרור החיים וכו' ע"כ. ובהשקפה רא' נרגשתי דלמה יבא שלים לשון יחיד ינוחו על משכבותם לשון רבים.

אכן רז"ל בכתובות דק"ד ישבו על נכון הדקדוק הזה וז"ל בשעת פטירתו של רבי זקף עשר אצבעותיו כלפי מעלה אמר רבש"ע וכו' ור"מ שיהא שלום במנוחתי יצתה בת קול ואמרה יבא שלום יניחו על משכבותם והקשו שם על משכבך מיבעי ליה מסייע ליה לר' חייא בר גמדא דאמר ר' חייא ב"ג אמר ר"י בן שאיל בשעה שהצדיק נפטר מן העולם אומרים מה"ש לפני הקב"ה רבש"ע צדיק פלוני בא אומר להם יבואו צדיקים ויצאו לקראתו ואומרים לו יבא שלום ינוחו על משכבותם פרש"י ז"ל יבואו צדיקים ויצאו לקראתו ויבא בשלום ואח"כ ינוחו על משכבותם והכונה מבוארת שהצדיקים אומרים להנפטר יבא שלום ואח"כ ינוחו הצדיקים על משכבותם:

ודרך אגב אומר לפניכם מו"ר איזה ענין לכבוד חג המצות הבע"ל מה ששמעתי מפי ידי"ן רחימא דנפשאי זר"ק בנש"ק החכם כתר ש"ט גאגין הי"ו כו' המדרש וז"ל ה' אלק'י גדלת מאוד עד שלא יצאו ישראל גדול היית ומשיצאו ישראל גדלת מאוד והוא תמוה אך יובן והוא שהכתוב אומר אנכי ה' אלד'יך אשר הוצאתיך מארץ מצרים וכו' לא יהיה לך אלק'ים אחרים על פני וכו' דיל"ד דלמה תלה אלקותו יתברך ביציאת מצרים ולא בבה"ע דאף שיצ"מ היה בדרך פלא מ"מ כל הנפלאות שעשה אין זו חידוש כי הכל היה יש מיש. אבל בבה"ע הכל היה יש מאין ואדרבה כאן שייך לתלות אלקותו יתברך ולומר אנכי ה' אלקי"ך אשר בראתי את העולם בו' ימים ועוד מאי קאמר לא יהיה לך וכו' על פני. דמאי כו' על פני. ואפשר להבין עם מה שנודע שיש בעולם ב' כיתות של כופרים כת אחת אומרת דהעולם קדמון ואין משגיח ושולט בעולם. וכת אחת אומרת שהעולם נברא ויש לו אדון אלא דמרוב רוממתו והוא יושב בשמי שמים ואינו משגיח בתחתונים והעולם מתנהג ע"י המזלות והם עובדים ע"ז. ומעתה לבטל הב' סברות אלו ציוה לנו שתי זכרונות שבת ויצ"מ דבשבת כתיב זכור את יום השבת ובי"מ כתיב זכור את היום הזה אשר יצאתם ממצרים. והוא דע"י שמירת שבת הוא ביטול להכת האומרת דהעולם קדמון לכך ציוה לנו ששת ימים תעשה מלאכה וביום הז' תשבות כי בששת ימים עשה ה' את השמים ואת הארץ וביום הז' שבת אך עדין איכא לטעות דאפשר דמרוב גדולתו ורוממתו אינו משגיח בתחתונים והנהגת העוה"ז הוא ע"י המזלות וא"כ הותר לעבוד ע"ז ח"ו לכך ציוה לנו זכרון יצ"מ שמשם הוראה דהוא השליט והמשגיח גם בתחתונים דהרי הוא בכבודו ובעצמו הוציא את ישראל מארץ מצרים ולא ע"י מלאך ולא ע"י שרף וכמ"ש אני הוא ולא אחר וכמ"ש למען תדע כי אני ה' בקרב הארץ וכן למען תדע כי לה' הארץ וכמוהו רבים נמצא דהכל היה בהשגחתו ית"ש וכמ"ש עיני ה' משוטטות בכל הארץ ולכך סמיך קרא אלק"י מסכה לא תעשה לך את חג המצות תשמור והכונה

דע"י שתשמרו את חג המצות תדעו דאני הוא המשגיח וע"ז סמיך ליה אלק"י מסכה לא תעשה לך. ועפ"ז יובן כי' הפסיק אנכי ה' אלק'יך דלכך תלה אלקותו ית' ביצ"מ ולא בבה"ע יען דהיה לטעות ולעבוד ע"ז. אבל מיצ"מ אין לטעות יען דהכל היה בהשגחתו והוא השוכן גם בארץ למען תדעו כי אני ה' בקרב הארץ וגם צוה לא יהיה לך אלק'ים אחרים על פני. על פני דייקא כי אני ה' בקרב הארץ:

ובזה יובן כו' המדרש ה' אלד'י גדלת מאד שעד שלא יצאו ישראל מארץ מצרים גדול היית יען שאתה בראת את העולם שמים וארץ. אך הייתי טועה דמרוב רוממותו אינו משגיח בתחתונים. ומשיצאו ממצרים גדלת מאד שאתה משגיח ושולט בעליונים ובתחתונים והורת לדעת שאין עוד מלבדו. ובאמת ראויים דבריו לאומרם ודפח"ח וכשם שגאלנו ה' אלק'ים צבאות מיד פרעה מלך מצרים ועשה עמנו נסים ונפלאות כן יגאלנו ה' בקרוב ויוציאנו מאפלה לאור גדול בעגלא ובזמן קריב ואמרו אמן:

(ע"כ הגיע הדרוש אשר שלח לי הנדיב הנז' לעי"ן מ"א יה"ר תנצב"ח אבי"ר)

וחל עלי לברך ברכת הודאה ולהשלים הפסוק במ"ש צדקתך לא כסיתי בתוך לבי שלא לגלותם לבני אדם אלא אמונתך ותשועתך אמרתי בפה ולא כחדתי חסדך ואמיתך להדפיסם לקהל רב דבפה לא יודע כ"א לאנשים בה מעט אבל ע"י הדפוס יהיה לקהל רב. ועל טוב יזכר גם המעשה כי גדול הוא מר שד"ר מעה"ק צפתנ"ו אתנו ר' נחמן עבו הי"ו כי ע"י היתה חתי' הספר ואני אברכם למען ירבו ימיכם וימי בניכם העשר והכבוד יחדיו יהיו תמים מאושרים ומקוימים אמן כן יאמר ה':

$$(ציור בספר)$$

וזה דבר השמיט'ה אשר נשמט מתשו' אשר השבתי להר' כמהרי"א הי"ו בפס"ד צפת"ו בסוף התשו' ד"ט סע"א וע"ג במ"ש היכא דהפסידו ממקו' אחר וכגון שכבר היה דומ"ץ בעירו וכו'. מי גילה לו רז זה דדוקא שהיה דומ"ץ בעירו גם לדבר הזה לא דק יפה דכבר פסק מר"ן בשולחנו הטהור חו"מ סי' שס"ג סעי' ז' יש אומרים דכשאין החצר עומד לשכר דאמרינן דאיני צריך להעלות לו שכר אם חיסרו אפי' דבר מועט כגון שהיה הבית חדש וזה חיסרו בעד שהשחירו אף על פי שאין הפסד אותו שחרורית אלא מועט ע"י מגלגלין עליו כל השכר כפי מה שנראה ע"כ. וידוע כשכותב מרן יש אומרים בלי שום חולק כן דעתו לפסוק להלכה שהוא דלא בעי הפסידוהו וכמש"ל. דשמעת מינה לדברי מרן הק' זיע"א דאפילו למטוניה דהרב פנ"י הי"ו דהוי הפסדו ממקום אחר מכל מקום לא בעינן שיהיה ההפסד מעין מלאכתו הראשונה שהיה רב ומו"ץ במקום אחר אלא אפי'

הפסידו דבר מועט מגלגלין עליו את הכל וכמש"ל דנדון דידן הפסידו מעסקיו שהיה לו וכאמור ומדובר וצריך ליתן לו כל מה שנהנה:

אף אנו נאמר כן בנ"ד דאפי' חיסרו דבר מועט חייב ליתן לו כל שכרו אשר התנה עליו. עוד נביא ראיה ממ"ש מרן שם בסי' שס"ג סעי' ח' וז"ל יש אומרים דהא דאמרינן דכשהחצר אינו עומד לשכר אינו צריך להעלות לו שכר דוקא שלא גילה הדר בדעתו שהיה רצונו ליתן לו שכר אם לא יניחנו לדור בו חנם אבל אם גילה בדעתו כן צריך ליתן לו שכר ע"כ. וגם פה נימא הכי דהאיש הזה הו"ל כחצר דלא קיימא לאגרא שלא היה חכם באשי בעיר אחרת כיון שגילו דעתם לתת לו שכר חייבים להעלות לו שכר אע"ג דלא הפסידוהו מעין מלאכתו ממקום אחר. ולעילא מן כל שכבר התחי' במלאכה וכשהתחיל במלאכה חייב לשלם לו כל שכרו וכמ"ש בגוף הפס"ד באורך קחנו משם:

סימן כב

דברות שניות סובב הילך על פס"ד של הרה"ג ר"ם ור"מ דעי"ת נא אמון כקש"ת תנא דבי אליאו חזן נר"ו כמה ששרטט וכתב על דברי ושלפי דעתו נוטה יותר להתיר והנני משיב על דבריו ראשון ראשון לברר האמת וזה החלי:

חמותי ראיתי אור תשובת הרב הגדול. תנא דבי אליאו עליון למעלה ראש ויען שכבר הארכתי בפסקי הראשון לא מצאתי נחוץ להאריך בכל דב"ק ותפסתי דרך קצרה לענות על כל השגותיו וטענותיו עלי והנני מקריב את דברי אלו ראשונים ואחרונים עם תשובת הרה"ג הא"ח נפשי הנ"ל יצ"ו לפני מי שגדול הרב הגאון דרופתקא דאורייתא המפורסם בתו' ובי"ש ר"מ ור"מ כקש"ת כמוהרש"א אלפאנדרי הי"ו והוא בשכלו יורה יורה ויכריע להלכה ולמעשה ואת אשר יבחר בו יקריב אליו. וזה החלי ראשונה מ"ש ובעניותי אמינא שרבני הב"ד שבירושת"ו וכו' הפריזו על המדה וחוששני לגט מעושה כאשר אבאר תמה אני אה יקרא בדין זה גט מעושה מאחר דחשש גט מעושה אינו אלא שמא לא הוי גט ואסורה לאחר. משא"כ הכא דבלא"ה לפו"ד לגבי דידן אסורה היא לישראל ואפי' לקראי בן מינה אסירה משום ספיקן בספיקן. ועוד עי' מ"ש הרמב"ם פ"ג מהלכות גירושין דע"י הכפיה יותש יצרו הרע ויגרש ברצון וה"נ המגרש הזה שישראל גמור הוא עבדינן ליה הכי אולי יגרש מרצונו. ותדע דל"ש הכא גט מעושה דהרי הרדב"ז בחדשות סי' ע"ג די"ד ע"א כתב והיה מלמד להם וכו' עד ספק ממזר ע"ש וגם המוהרש"ך ח"ג סי' ט"ו כתב והיה ראוי לכופו להוציא על ס' זה ולא חששו לגט מעושה. ומ"ש הרב המשיב כאשר אבאר. לא ביאר לנו כלל מנ"ל הא לדעתו דחשיב ליה גט מעושה אם לא שנאמר שכונתי בזה דלדידיה דאסיק בשריותא דקראים חשיב גט מעושה ואנה"ן דלדידיה הכי הוא ודאי

אבל לדידן דאיסורם איסור עולם לא הוי גט מעושה וכדכתיבנא ולפי זכרוני שכתבו הפוס' דל"מ גט מעושה כ"א בשאנסוהו בגוף הגט אבל אם אנסוהו בדבר אחר וגירש לא מיקרי ג"מ וכעת לא זכרתי מקומו איה:

עוד כתב הרב המשיב יצ"ו וז"ל כי רו"מ והרב פני יצחק סמכו על עדותם של הב"ד בעה"ק ירושלים ח"ו ואנכי הרואה דברי הב"ד וכו' שקדשה במעמד כמה מבנ"י הכשרים וכו'. והנה מובן הדבר שלא נתקדשה בעידי ישראל אלא שנמצאו שם אנשים מבנ"י בחופה ולפי המבואר בספרי הפוס' אין מציאותם שם משוה אותה א"א גמורה כי הקראים מיחדים עדים שלהם וכו' מפסולי עדות. וגם לפעמים הכלה היא לפנים ואין רואה אותה אלא קרוביה ומסדר הקידושי' וכו' ע"כ. והנה טרם אענה ע"ז בפרטות. אומר אני דכ"ז לדעתו דס"ל דהקראים הם פסולי עדות ולכן קמהדר לאשמועי' דעידי ישראל שנמצאו שם לא מהנו אבל לפי מ"ש בפסקי הראשון ולפי מה שאוכיח עוד להלן דלרבים מהאוסרים וסברת מרן ג"כ ס"ל דכשרים לעדות וחוששים לקידושיהם מן התורה. א"כ לא איכפת לן בכל מ"ש ה"ה יצ"ו בזה ואמנם תמהני עליו שדבריו אלו סותר את עצמו שבתחי' כתב שמיחדין עדים שלהם א"כ הרי הם מקדשים בעדים מיוחדים. ואיך כתב אח"כ שלפעמים הכלה היא לפנים ואין רואה אותה וכו' כנז'. ובאמת זה נ"מ לדינא דאם מיחדים עדים משלהם אז גם אם ימצאו שם עדים מישראל אם נאמר דהקראים פסולי עדות הם לא אהני לן מידי מה שיש עדים ישראלים ג"כ כיון דלא נתייחדו להעיד אלא הפסולים שהם הקראים משא"כ אם אינם מיחדים מהם עדים כ"א עושים החופה במעמד כל הרואים והמזומנים לבא א"כ מאן פלג לך לומר שהעדים הם הפסולים לבעל קידושיהם אדרבא יש לנו לומר שעדות הכשרים וראייתם היא הגורמת והקידושין גמורים הם וכמ"ש מר"ן בחו"מ סי' ל"ו ואם היו כל העדים כשרים אחד שנתכוון להעיד ואחד שלא נתכיון וראה וכיוין עדותו חותכין על פיו ע"ש. וה"ן לצד הפחות תהיה יד כל הרואים שוה וא"כ דל פסולים ונשארו הכשרים להעיד להיות עדותם משוה אותם א"א גמורה. פוק חזי למ"ש התשב"ץ ח"ג סי' מ"ז שמוכח מדב"ק דכיון שישראל כשרים לעדות בעיר עמהם ויודעים שהם מתיחדים אמרי' הן הן עדי יחוד הן הן עדי ביאה וחיילי הקידושי' ע"ש ומינה לנ"ד. ומה גם שלפי מ"ש מע"כ יצ"ו להלן בסמוך שהקראים בירושת"ו מתקרבים אל הרבנים ומזמינים אותם לנישואיהם ומכבדים אותם לעדות. א"כ תקנתם היא קלקלתם ושפיר אתו דברי הב"ד שבעי"ק ירושת"ו שכתבו על זאת הקראית דנ"ד שנתקדשה במעמד כמה מבנ"י להחשיב עדות בנ"י לעדות גמורה ולהיות א"א על פיהם. ועוד לפי מ"ש מרן ומורם באה"ע סי' מ"ב ס"ד דעדי קידושין

לא בעו יחוד ויכולים הכשרים להעיד אף שייחד אחרים ובפתחי תשובה שם ס"ק י"א האריך להביא דעות כמה פוסקים דס"ל דאף אם באו רק למיחזי במזמוטי חתן וכלה יכולים להעיד ומקודשת על פיהם והגם שמהרש"ך ח"ג סי' ט"ו דכ"ז ע"א דחה דברי האחד קדוש שהביא הרדב"ז שכ"כ שאם היו ישראל במעמד הקידושין אפי' אתו למיחזי עדותם עדות וכתב ע"ז מהרש"ך דממ"ן אין לחוש לזה דאם באו בערבוביא כיון דאיכא נמי פסולים בטלה העדות ואם הוזמנו מסתמא מיחדי' רק להקראים וכו' ע"ש. נראה שאין זה הסכמת הפוס' כוותיה הגם שיש להאריך בזה ואכמ"ל עכ"פ נראה דבנד"ד אף המהרש"ך יודה דעדות ישראל שהיו במעמד החופה הויא עדות כיון דלא ידעינן שנתיחדו קראים להעיד ול"ל דמסתמא יחדו לקראים משום דהקראים שבירושלים דרכם לכבד את הרבנים ולהזמינם גם לעדות כמ"ש ה"ה יצ"ו ובזה לא כתב מהרש"ך דמסתמא מיחדים להקראים אלא אדרבא כיון דידעינן שהיו שם ישראל ודרך הקראים בירושלים להזמינם אמרינן שנתכוונו הישראלים ההם להעיד ומקודשת על פיהם כיון דלא בעי יחוד בעדות הקידושין וכאמור ומ"ש ה"ה יצ"ו ובפרט הכא שנשאת עפ"י הוראת חכם וכו'. עי' מ"ש מור"ם באה"ע סי' י"ז ס"ב ובפתחי תשובה ס"ק ע"ז דרק אם יש אומדנות המוכיחות טובא כהוראת חכם ועמ"ש מהר"י קולון שו' פ"ד הוב"ד בבר"י אה"ע סי' טו"ב סק"ד. והכא לפימ"ש איכא הוכחות ואומדנות כנ"ל שנתקדשה עפ"י עדי ישראל ג"כ וא"א היא ולא מהני הוראת חכם בזה. ובפרט שהמורה בעצמו חזר בו במסירת מודעתו כמ"ש בסוף פסקי הראשון וכבר כתבתי שכ"ז למטוניה דמר אבל לדידי תורה יוצאה בהינומא דאסירא אף אם לא נתקדשה בעדי ישראל וכנ"ל ולא שייך א"כ לא משום גט מעושה ולא משום שנשאת בהוראת חכם:

ומ"ש ובטרם בואי וכו' רואה אני דכל חיליה דמני"ר וכו' הוא עפ"י מ"ש הרבנים ב"ד דעי"ק ירושת"ו שסמכו על מעשה רב דמהר"מ סחין וכו' ואין כאן אלא מה שהעיד בגודלו הרב חח"מ ואינו כדאי וכו' ע"ס דבריו לא אכחד כי לא צדק מעכ"ת בזה שכ' דכל חיליה הוא עפ"י הרבנים בדה"ק וכו'. כי לא כן אנכי עמדי שעיקר סמוכין דילי הוא עפ"י דעת מרן שהוכחתי שדעתו לאסור ואנו קבלנו הוראותיו ואליו נשמע ועדות רבני ירושת"ו היא לגבי דידי ליותר יפו"ך ולהוכחה יתירה דסברי מרנן גם הם מהר"מ סוזין ורבני דורו שלא הסכימו להתיר שדעת מרן כן היא כמו שהוכחתי ולא כדעת מני"ר שרוצה להעמיס בדעתו דרק בעדי ישראל הוא שאסר הב"י. ומ"ש מני"ר על השדי חמד שאולי לא כיוין לבו. שכ' ואם זכרוני אינו מכזיב מה יענה מ"ש עוד שם אף גם זאת זכורני כי בילדותי שמעתי או אולי ראיתי באיזה ספר מעשה שהיה וכו' והיתה חתימת דבריהם

בלשון צחות הקראי'ם אינן מתאחי"ם לעולם גם מה יענה שכיוין לבו לדבריהם שאמרו דקראים אינן מתאחים ועוד אחרת שהביא שם בשם סד"ה יעו"ש ועוד מה יענה ומה יאמר לעדות הרבנים בדה"ק שבירושת"ו שהעידו גם הם כעדות הרב חח"מ. ועמ"ש כמה גדולים דב"ח שאמרו אין למדין הלכה מפי מעשה אחר המחי"ר דלא יקרא זה מעשה אלא הלכה למעשה מכיון שנמנו וגמרו הרב מ"ס המלך ורבני דורו למצוא להם היתר ולא מצאו והסכימו לאוסרם:

ומ"ש מני"ר כי לא כל הקראים שוים והאריך בזה לחלק בין המקומות וכו' כמבואר בדב"ק דבריו אלו מרפסן איגרי דלאו סיפיה רישיה ולאו רישיה סיפיה דמני"ר העיד בגודלו על הקראים שבירושלים שהם מועטים מאד ומתקרבי' אל הרבנים ומברכים כתקנת חז"ל ולוקחים מלמדים לבניהם מן הרבנים ומלין בפריעה וכו'. ובאמת שעדותו זאת צודק שכן כתבו הרבנים הרב פרי האדמה ח"א ה' ת"ת הי"ג והרב ברכות מים יו"ד סי' רס"ו שהקראים שבירושת"ו הם חברים ומתקרבים אל הרבנים וכו' ע"ש. וא"כ תקנתם היא קלקלתם וכמו שסיים מני"ר בעצמו בזה"ל שאלו וכיוצא בהם תקנתם היא קלקלתם כדי להתירם לבוא בקהל שאולי חשובים הם ככותי חבר שהוא כשר לעדות והמקדש בפניהם קידושיו קידושין. והטעם השני שכיון שמתקרבים לרבנים בודאי שהם מזמינים אותם לעדות וכו' כיעו"ש בדב"ק. וא"כ מאי אהני ליה למני"ר כל הנך פוסקים שריבה וקיבץ להביאם שמתירים. דהא הרואה יראה שראשי המתירים ההם לא התירו בקראים כיוצא באלה דאיירינן בנד"ד כקראים שבירושלים וראשון שבמתירים הוא הרדב"ז ומה שהתיר הוא בקראים שהיו בדורו במצרים כופרים גמורים כמ"ש מני"ר בעצמו בתחילת דבריו כאן. ומהריק"ש ומהר"י בי רב ומהר"ש חקאן הלוי שהסכימו כהרדב"ז וכן הזרע אברהם שהביא מני"ר בסו"ד. כל אלו דברו בקראים שבמצרים ודומיהם שהחזיקו אותם כגוים לכל דבריהם. ואיך סמך עליהם מני"ר לקראים דבנד"ד שבירושת"ו. וא"ץ לומר דעתה נשתנו מתחי' דאף שנאמר כן כבר הוחזק איסורם מתחי' וספק ממזרות לא אזיל מינייהו. ומ"ש מני"ר בתו"ד שאלו וכיוצא בהם (הקראים שבירושת"ו) אולי הם חשובים ככותי חבר שהוא כשר לעדות והמקדש בפניהם קידושיו קידושין. נראה מזה דפשיט"ל לרו"מ דכותי חבר כשר גם לעדות קידושין ולכל עדות. ומי יתן ידעתי מהיכא פשיט"ל למר הכי אחר שזוהי מחלוקת מהר"ש גאביזון עם הרדב"ז ומהריק"ש סי' ל"ג. שהרב מהר"ש גאביזון דן כן להתיר עדות הכותים ככותי חבר ממ"ש בגטין י' ע"א ופסקוה הרמב"ם ומרן בהל' עבדים סי' רס"ז דכשרים לגטי נשים ושחרורי עבדים. והרדב"ז ומהריק"ש שם דחו סברתו וכתבו דדוקא בגטי הנשים הוא דשרי כותי

חבר להעיד אבל לא לשאר עדיות והמקדש בפני עד כותי אין קידושיו קידושין. והנה ראיתי למהריק"ש שם שהביא שכ"כ הרשב"א בחי' כתובות ד"ג דהמקדש בפני עד כותי אין קידושיו קידושין ע"ש וחיפשתי שם בהרשב"א ולא מצאתי כ"א בחי' לגטין דף יו"ד שכתב כלשון שהביא מהריק"ש שם ממנו. ובאמת דברי מהריק"ש בזה תמוהים לענ"ד שז"ל הרשב"א שם בד"ה אלא ועד כותי נמי לא שייך בקידושין דטעמא דמכשרינן לגבי גיטין הא פריש טעמא לקמן בסמוך משום דעדי הגט אין חותמין זה שלא בפני זה גזירה משום כולכם ואי לאו דכותי חבר הוא לא הוה ישראל מחתים ליה מקמיה אבל עדי קידושי' א"ץ לחתום זה בפני זה וכו' ע"ש הרי דלא כתב הרשב"א דעד כותי לא שייך בקידושי' אלא היכא דלא ידעי' ליה לכותי חבר דבכה"ג שרינן ליה בגיטין משום דישראל חתום אחריו ומסתמא אמרי' דכותי חבר הוה. אבל אם ברור לנו בכותי דחבר הוא עדותו עדות והמקדש בפניו קידושיו קידושין. וא"כ לדעת מהר"ש גאביזון דחשיב לקראים ככותי חבר פשיטא דכ"ע מודו דכשרים לעדות בצדוקי וכותי חבר וכמ"ש הרמב"ם ומרן בה' עבדים שם דהצדוקים שהם הקראים בזה"ז ככותים קודם שגזרו עליהם וכמ"ש בתשו' מהר"ש גאביזון כ"ז באריכות עי"ש במהריק"ש ועוד תמהני על מהריק"ש שהחליט מדברי הרשב"א הנ"ל דכותי פסול לעדות אף קודם שגזרו עליהם. שהרי הרשב"א גופיה בחי' לגטין שם ד"ה הא אמרי' לעיל וכו' כתב וז"ל הקשו בתוספות א"כ נמצא גט זה מתקיים כולו עפ"י אחד זה ישר' דהא אפומיה סמכינן דכותי חבר הוא ותירץ ר"י ז"ל דכותי מדאורייתא כשר לעדות דגרי אמת נינהו אלא דחששו להו חכמים ובכי הא לא פסלוהו דסמכי אחזקה זו. ועוד נראה לתרץ דלא הכשיר ר"א אלא בדאחזוק דהכא לאו עדות הוא דהא כולהו כותאי אחזוקי מחזקי בהא אלא דחששו להו לפי שאין בקיאין בדקדוקי מצות וכיון דישראל זה מחתימו מקמיה איגלאי מילתא דהאי כותי מדקדק הוא וכו' ע"ש. הרי דלר"י ס"ל דרק חכמים פסלו כותי לעדות משום דחשו להו ולתירוץ הרשב"א השני לא פסלוהו אלא משום שמא לא בקי הוא אבל היכא דידעינן ליה דבקי הוא וחבר כשר לעדות אפי' מדרבנן וכמובן מדברי הרשב"א באופן שדברי מהריק"ש הנ"ל קשים לענ"ד וצ"ע:

על כל פנים הנה דעת מני"ר מבוארת דמסכים הולך דכותי כשר לעדות אי חבר הוא וכמו שכבר הוכחתי שכ"ה דעת ר"י בעל התוס' והרשב"א וכל הפוס' שהביא מהר"ש גאביזון שבתשו' מהריק"ש ומהרש"ך שהרבה להוכיח דכותים קודם שגזרו עליהם כעכו"ם היו כשרים לעדות מה"ת או גם מדרבנן. מעתה אחרי יסוד ברור כזה אבוא עוד הפעם לברר דעת מרן אשר גם אחרי כל ההוכחות שהבאתי בפסקי הראשון לא

נחה דעת מני"ר וכתב שלא נתבאר ולא יתבאר שמרן סובר להכשיר הקראים לעדות ולומר שקידושיהן הן קידושין וכו' כמובא באורך בתשובתו הרמתה בסו"ד. ואני אומר שבמחכ"ת לא העמיק בזה. דהנה מרן ז"ל בה' עבדים סי' רס"ז סמ"ז שהבאתי בפסקי הראשון כללא כייל לן שהצדוקים בזה"ז שהם הקראים הרי הם ככותים קודם גזירה וגטי נשים ושחרורי עבדים שחתום בהם עד אחד כותי ועד אחד ישראל כשרים וע"ש בב"י שתמה על הטור למה השמיט דברי הרמב"ם אלו שהצדוקים בזה"ז הם ככותים קודם גזירה ותירץ אולי שאינם מצויים במלכיות ההם ע"ש. והנה ממה שפסקו מרן בשולחנו נראה ברור שחולק הוא על דעת רבינו בצלאל והרדב"ז שהביא הש"ך שם דס"ל דלא כתב הרמב"ם ז"ל כן אלא על הקראים שבזמנו אבל קראים שבזמן הזה כעכו"ם הם. דאי ס"ל למרן הכי הי"ל להשמיט גם הוא דין זה כיון דלא נ"מ מידי לקראים שהיו בזמן מרן וכמ"ש הרדב"ז אלא ודאי מדפסקו שמעי' דס"ל דקראים בזה"ז שוו לקראים שהיו בזמן הרמב"ם. וכ"מ מהרב כנה"ג בשיורי יו"ד סי' רס"ו ס"ק מ' שהגיה על תי' מרן הב"י הנ"ל על הטור שהשמיט דין זה וכתב דלדעתו ה"ט שהשמיטו הטור משום דס"ל דבעינן צדוקי חבר. וליכא בזה"ז כמ"ש רבינו בצלאל וכו' ע"ש מזה מבואר דמרן הב"י שלא ישב כן לדעת הטור ס"ל דאף צדוקי חבר משכחת לה בזה"ז ובפרט לפימ"ש הרב בני אהובה הביאו הפתחי תשובה שם ס"ק ט' דכונת הרמב"ם ומרן שכתבו והוא שיהיה חבר לאו למימרא שיהא ברור לנו שהוא חבר דא"כ בשאר שטרות נמי וכו' אלא לאפוקי היכא דברור לנו שאינו חבר וכו' ובשם אחד גדול שמעתי כי חבר הוא ר"ת חתום בראש ע"ש הרי דלא בעינן שיהיה בודאי אלא מסתמא היכא דחתים ישר' עמו אמרינן שהיה חבר. וא"כ מינה נובין ונידון דהכשר כותי לעדות מדאורייתא כנז"ל היכא דאיכא ישר' בהדיה הוא אפי' דלא ידעינן ליה אי חבר הוא. ומ"מ נתבאר לנו שדעת מרן היא להכשיר כותים וצדוקים שהם הקראים אפי' בזה"ז לחברים שבהם דאז אפי' מדרבנן כשרים. ולדעת ר"י בעהת"ו הנ"ל כשר מדאורייתא אפי' בסתם כותי כיון דגירי אמת נינהו ורבנן הוא דחשו להו להצריך שיהא חבר. ומינה לצדוקים דכוותייהו מעתה נבאר דעת מרן ב"י אה"ע סי' ד' שהביא תשו' רבינו שמשון שכתב שנשותיהן מקודשו' להם בכסף או בביאה ונישאות לאחרים כו' ובניהם ממזרים סיים מרן שכן משמע בפ' י' יוחסין דלמ"ד כותים גירי אמת הם מפני מה אסרום מפני שהיו מייבמין הארוסות ופוטרין את הנשואות ור"ע לטעמיה דאמר יש ממזר מחייבי לאוין עכ"ל. וכונתו ברורה להוכיח מדחשיב לנישואי כותים נישואין גמורים וקרי ליבמה לשוק דידהו חייבי לאוין מזה קמוכח מרן דנישואין דידהו נישואין גמורים דמסתמא היו מקדשין בעידיהן כדקאמר הש"ס שם למ"ד שאסורין לפי

שאין בקיאין בתורת גיטין וקידושין ע"ש. וא"כ מינה מסייע מרן לתשו' הר"ש דהקראים בזה"ז שהם ככותים קודם גזירה שהיו נחשבים לגירי אמת. דין אחד להם וקידושיהן משוה להו א"א גמורה ותמהני על מני"ר שכתב בסוף תשובתו בזה"ל ובכן לא עדיף סברת מרן מגברא דאתי מחמתיה הר"ש ז"ל ומה שסייעו ממ"ש בפ' י' יוחסין היא ראיה אלימתא דס"ל שהר"ש לא דיבר אלא במקדשין בעידי ישראל דהתם למ"ד גירי אמת הם היו פוטרים הנשואות להם שהיו נושאים כתקון חז"ל ובעדים כשרים ולזה נראה שכיוין מהריק"ש וכו' עכ"ד. והוא פלא דכל הסוגייא דקידושין שם בפ"י יוחסין רהטא דכותים היו מקדשים בעדיהם ואפי"ה חשיב להו א"א גמורה וכמו שהוכחתי מרבי אליעזר דפליג שם על רע"ק ואמר לפי שאין בקיאין בתורת קידושין וגירושין ופירש"י שמא אחד מן הבקיאין שלא אירע פיסול בנישואי אבותיו והשני משאינן בקיאין ואירע ס' א"א בקידושי אבותיו שנתקדשה לאחר ואמרו אינן קידושין ונשאת לאחר ע"כ ואם איתא דהיו מקדשין כתיקון חז"ל ובעדים כשרים א"כ למה נחוש לשני שבא מאינן בקיאין לומר שאירע פיסול בנישואי אבותיו. דמאי שנא זה מזה וא"א לומר שיחלוקו רע"ק ור"א במציאות זו אם היו כולם מקדשין כתיקון חז"ל ובעדים כשרים או רק מקצתם וכן ראיתי למהרש"א שם בחי' שם ע"ד רש"י שכתב וז"ל וצ"ל להך אוקימתא [דמשני לפי שאין בקיאין בתורת קידושין] דר"א ס"ל גירי אמת נינהו ולכך משום הך ספיקא שייך בהו ממזר וכו' ע"ש ומבואר שכונתו דע"י שהם גירי אמת קידושיהן קידושין או דלכל הפחות יש לחוש לקידושי בקיאים שבהם ואיכא ס' ממזר. מדמצינו דחשיב הש"ס לנישואי כותים נישואין גמורים לרע"ק ולר"א ס' א"א משום שיש בהם בקיאים ויש שאינן בקיאים וא"כ לא ידעתי מאי קאמר מני"ר יצ"ו דהתם איירי בדאיתחזק איסורייהו למ"ד כותים גירי אמת וכו'. דסו"ס צדוקים של זמנינו לדעת מרן הרי הם ככותים גירי אמת לכל דבריהם דלרע"ק חשיב קידושיהן גמורים. ולהא דקי"ל כוותיה דכותי לא ישא כותית דספקן בספיקן אסור חשיב להו ס' א"א ומחזק להו בספק ממזר. ויותר מזה מצינו שדעת מרן להחמיר בזה גבי כותים אפי' בזה"ז אחר גזירה שהרי באה"ע סי' מ"ד פסק כותי שקידש צריכה ממנו וכו' ובב"י כתב הט' דאף שעשאום כגוים היינו לקולא ולא לאפקועי קידושין ע"ש והן אמת דזה לא נתבאר אי כותי זה שקידש אפי' בקידש כותית בת מינו ובעדיהן דמסתמא לא איירי אלא בקידש בעידי ישראל אבל אין שום הוכחה לצדוקים ככותים כיון שעשאום כגוים עם דלאפקועי קידושין לא עשאום מ"מ לאפסולי עדיהן פשיטא דפסולים מדין רשע וגוי דפסול לעדות אפי' מדרבנן כמ"ש מרן (חו"מ סי' ל"ד) משא"כ מקודם שעשאום כגוים פשיטא דהוו כשרים לעדות וכותי שקידש אז

בהיותם נחשבין גירי אמת אפי' בעדיהן חוששין לקידושיהן מן התו' האמנם מצאתי הדבר מבואר יותר במרן הב"י סי' ב' שעל מה שכתב הטור הספיקות שתוקי ואסופי וכותי אסורים לבוא זה בזה כתב שהרמב"ם לא זכר כותי משום דעשאום כגוים גמורים ודעת הטור דלחומרא לא עשאום וכן הדעת נוטה עכ"ל והגם דבש"ע השמיט כותי ונמשך אחר לשון הרמב"ם הרי כתבו הח"מ והב"ש סקל"ד דכבר הסכים בב"י כהטור דלהקל להכשיר פיסולם לא עשאום כגוים והב"י שם הביא שכן דעת מרן עצמו בסי' מ"ד דלחומרא לא עשאום ומזה יוצא לנו ברור שדעת מרן להחשיב לכותים אפי' בזה"ז לס' ממזרים כמ"ש הב"י שם וא"כ כ"ש צדוקים דחשיבי ככותים קודם גזירה דאסורים משום ס' ממזר וזה ברור:

וראיתי בתשו' הרשב"ש סי' תרט"ו שחלק על הטור שכתב דכותי שקדש קידושיו קידושין מכמה ראיות ונראה שם מדבריו למעיין היטב בהם דמודה הוא לגבי צדוקי שמזרע ישראל הוא שקידושיו קידושין ע"ש וזה יוכיח שהצדוקי חמיר לן טפי מכותי גם למאן דס"ל דכותים בזה"ז כגוים גמורים וגם אם לא נידה למ"ש הרמב"ם בה' עבדי' דצדוקים בזה"ז ככותים קודם גזירה ועי' בתשו' זקן אהרן סי' מ"א. וידעתי בינ"י כבר כי רבי' בצלאל והרדב"ז ומהריק"ש וצד המתירים בקראים כולם ס"ל לדחות כ"ז מטעם דהצדוקים בזה"ז הוי ככותים אחר גזירה. ולא כתב הרמב"ם בה' עבדים הנ"ל אלא על הקראים שהיו בזמנו. ודוקא לגיטי נשים ושחרורי עבדים הוא שהכשירום משום כותי חבר והאידנא ליכא וכו' כיעוין בספריהם ז"ל ובמהרש"ך ח"ג סי' פ"ו וזולתו והדברים עתיקים. אבל אנן בדידן דאתכא דמרן קסמכינן צריכים אנו לכל האריכות הלז שכתבנו כדי להוכיח שדעתו דעת עליון היא בקראים שבזמנינו ככותים קודם גזירה לכל דבריהם. א' להכשירם לעדות. ב' שקידושיהן קידושין. ג' שהם ספיקי ממזרים. ואסורים זה בזה ולישראלים וכמדומני שדי והותר בכל מ"ש בפסקי הראשון ובזה להוכיח שדעת מרן כן היא. אלא שבתשובתי זאת אמינא ולא מסתפינא דאפי' נניח שדעת מרן כן היא לפסול הקראים לעדות ולומר דס"ל כרבינו בצלאל וסיעתיה דהאידנא ליכא צדוקי חבר. אפי"ה לענין להתירם זב"ז ומכ"ש להתחתן בישראל ס"ל למרן דאסירי עדין דלא עדיפי אינהו מכותים דאפי' אחר גזירה נשארו באיסורם זה שאסורים זב"ז ומכ"ש להתחתן בישראל מטעמא דכתיבנא דלחומרא לא עשאום דהכי ס"ל למרן ז"ל. מה גם שהבאתי כבר לעיל מה' פרי האדמה ובריכות המים ושגם ה"ה יצ"ו הסכים לזה דהקראים שבירושלים שמתקרבים לרבנים וכו' וכו' חזרו להיות אפי' לדעת הרדב"ז ורבי' בצלאל כהקראים שהיו בזמן הרמב"ם שהיו בהם חברים וחוששים לקידושיהן:

והנה מידי דברי בזה בחילוק שבין הקראים למקומותם ולזמניהם לא אמנע מלהזכיר את אשר עלה בדעתי כעת לישב להסתירה הידועה שבדברי הרמב"ם מפ"ג מה' ממרים לסופ"ק דחולין שהעירו עליו הש"ך יו"ד סי' קנ"ט שהבאתיו בפסקי הראשון והמל"מ פט"ו מה' מלו"ל והפרי האדמה הנ"ל ורבים עוד עי"ע, וכעת נ"ל בפשיטות שהרמב"ם בפיה"מ דפ"ק דחולין הנז"ל דיבר על הקראים שהיו בספרד וארץ המערב אחרי כי פירושו שעל המשניות חיברו הרמב"ם בקטנותו ובהיותו בארצות ההם ועל הקראים שהיו בספרד ובמערב די לנו עדותו של הראב"ד בסה"ק וביוחסין שהרבו לספר בגנותם עד שכתבו שר"א אלכברי בימי נשיאותו רדף אותם עד חרמה וישמידם וכו' ע"ש. וגם הראב"ע שהוא בן ספרד תמיד מתוכח אתם ומדבר אתם קשות. וזה לפי שהיה דרכם להתנגד אל הרבנים בכל יכולתם. וכשחיבר הרמב"ם את ס' היד החזקה והרבה מתשובותיו כבר היה בארץ מצרים ובדמשק ושם הוטבו בעיניו הקראים שהיו שם מפני התנהגותם הטובה עם הרבנים ובכן לא ידעתי מדוע נלחצו כ"כ הראשונים בישוב סתירת דברי הרמב"ם הנ"ל שזה פשוט וברור. מעתה אחרי כל האמור נראה דאין עוד לפקפק בדעת מרן באיסור הקראי' הן מצד דעידיהן כשרים וקידושיהן קידושין. והן מצד דאפי' תימא דפסולי עדות הם חיישינן לחברים שבהם כמ"ש המבי"ט וגם לשוגגים שבהם שחושבים בעצמם שהולכים בדת האמת דיש להכשירם יותר מטעם דטועים הם וכמ"ש מרן בחו"מ סי' ל"ד סעיף ד' וסעיף כ"ד גבי קוברי המת ובמור"ם שם ועי"ש בברכ"י סקי"ד ועי' לעט"ר הרמ"ז בכנסיה שלו באו"ח סי' ש"ל הגהט"ו נ"ב ומיהו בני החטאים האלה בנפשותם הקראין מותר לילדם בשבת כיון דמנטרי שבתא וכן פשט המנהג ע"כ והא ודאי שהטעם כי הגם דמחללי שבת במידי דרבנן מותר שהם אנוסים ואוחזים מעשה אבותיהם בידיהם כמש"ל והן מצד שיש לחוש שמא היו שם עידי ישראל ובפרט בקראים שבירושלים ודומיהם וכנז"ל והן מצד דלגבי דידהו י"ל דבביאה מקדשין ולא צריך יחוד עדים לזה ועי' להרא"ם סי' צ"ג והזקן אהרן סי' מ"א בזה והן מצד דחיישינן לאבותיהם הראשונים שחזרו להיות קראים והיו להם נשים כתיקון חז"ל וה"ז ס' ממזר שנתערב בהם. ומכל אלו הטעמים שאסרום הפוס' זה אומר בכה וז"א בכה יש לנו לחוש לנד"ד דנגררים אחר דעת מרן כמעט בכולם והן לטעם שכתב הרא"ם הנ"ל דא"ץ יחוד עדיהם לקידושי ביאה אין לנו כעת בירור בדעת מרן והא ודאי שלא יסבור כן אחרי כי רוב הפוסקים לא ס"ל כהרא"ם בזה משא"כ לכל הנך טעמי יש לנו לאוסרם עפ"י דעת מרן ז"ל וכדכתיבנא וע"ע להרב מהר"מ ן' חביב ז"ל בעזרת נשים ס"ק ס"ג ובגט פשוט

סי' קכ"ג ס"ק ז' שנראה דעתו להכשיר הקראים לעדות לדעת מרן ז"ל וכאשר כתבתי באורך לעיל:

חוזרני עתה לתשובתו של ה"ה יצ"ו מ"ש להעמיס בדעת הר"ש שלא אסר אלא בעומדין במרדן כיון שהוכחתי שאיסורם בין להר"ש ובין למרן ז"ל משום ספק ממזר. א"כ מאי נ"מ היכולין ממזרים ליטהר בגירות ועי' בס' בית הלל אה"ע סי' ד' שכתב להדיא כדברי מור"ם שאפי' רוצים לחזור ולקבל עול מצות כישראלים אסורים הם וכו' ע"ש שכ"כ על תשובת רבינו שמשון בעצמה. ועי' בהגהות הג' יד שאול על הירוש' בדמאי פ"ב וז"ל פשטות הענין שאין מקבלין אותו כלל וכמ"ש במדרש רות ע"פ אשר לא ידעת תמול שלשום דמי שאין לו תמול שלשום אין מקבלים אותם וכו' ע"ש דכל שאינה ראויה להנשא אין מקבלין אותה כלל וכו' ע"ש:

ועוד ד"ז לא נסבול שהר"ש קאי רק לעומדין במרדן דא"כ הו"ל לבאר דאם חזרו מקבלין אותם ועוד עיין למהרש"ך סי' ט"ו הנ"ל דכ"ו ע"א וז"ל ולא יצדק מש"ל שהמתחתן בהם אפי' לאחר שבאו לדת האמת עובר על לאו דלא יבא ממזר וכו' ע"ש שכ"כ על תשובת רבינו שמשון והוא פלא דהיכן מצא זה בתשו' ר"ש אם לא שנאמר דכן היה גורס להדייא בתשו' ר"ש או דפשיט"ל למהרש"ך כן בדעת ר"ש מטעמא דכתיבנא דלחשש ממזרות אין הפרש מנתגיירו לעומדין במרדן ובזה נסתלקה קושיתו שהק' בכפל הלשון ולפי האמור ניחא דלפי גירסתו כתב מורם דאם חזרו אין מקבלין אותם ודוק:

ומ"ש עוד וז"ל ומה שנתעצם בזה ה"ה לפרש דברי רבינו האי והרמב"ם שכתבו להשתדל עמהם כדי שיחזרו למוטב ואולי נפיק מינייהו זרעא מעלייא שכונתם היא ע"י שישא גיורת וכו' הם דברי תימא כי אף שנאמר שבזה תקנתם את עצמו שלא ישב בלי אשה אבל את הבנים לא תקנתם כיון שזרעו מגיורת הם ממזרים והלזה יקרא ז"מ וכו' והלזה ראוי למושכן למוטב כדי שירבו ממזרים זה דבר שאי אפשר לאומרו וגם לישא שפחה אינו יכול משום צד כשרות שבו. וא"כ אתה נועל דלת בפני השבים וכו' ע"כ. ולענ"ד יש להשיב ע"ז דאין כונת הרמב"ם באומרו ז"מ על זרעו. מדלא קאמר סתם להתירו לבא בקהל או הי"ל זרע כשר אלא הכונה על ביאתו שתהא בהיתר והיינו בנושאו גיורת לאפוקי כשישא בת מינו סו"ס הוא באיסור בא עליה דספיקן בספיקן אסור. ועוד שהרי מהרש"ך ח"ג סי' ט"ו כתב דאפשר לדחות שכונת הרמב"ם דע"י שיאותו לחזור לאיתן התורה אין קפידא שיהיו בעלים ולא יתקיים בהם לא תוהו בראה וכו' ובפרט דיש מעלה עוד בז"מ שאם הוא ת"ח קודם לכה"ג ע"ה:

והנה בפסקי הראשון תמהתי על הפ"מ והפחד יצחק יצ"ו שכתבו בשם הרדב"ז דמתיר בשפחה וכתבתי שם דלפנינו אין דבר מזה ע"ש. וכעת ראיתי תשובת הרדב"ז והיא בישנות סי' קפ"ח ושם כתוב להדייא להתירו בשפחה ע"ש ועי' להרב זרע אברהם ביו"ד סי' ז"ך שכתב ג"כ דס' ממזר מותר בשפחה ושכן דעת הרמב"ם ודחה דברי הפ"מ ע"ש ולפי"ז יוכל להיות היתרם בשפחה ויקרא בזה זרעא מעליא אך כבר שם פלפל בסברת הזקן אהרן דאיך לא חש למ"ש מהרש"ך והפ"מ וזולתם ואסיק לענין הלכה ודאי אית לן למיחש לס' מהרש"ך דישראל גמור הוא ואיכא ס"ס להחמיר ולא שרינן ליה בשפחה עש"ב. וע"ש בהרדב"ז סי' תקצ"ח ומוכח שחזר בו מישנות לחדשות:

אי נמי י"ל עפ"י המצאת המבי"ט ח"א סי' ל"ז שכתב שיש להם תקנה לקראים שהאנשים ישאו גיורות והנשים ישאו גרים ואף אחד מהם עם בניו ובנותיו שנתייהדו שעשו כן והולידו בנים ובנות יכולים אח"כ לישא אלו מאלו בנות בנים לבנים או בנות דהא מצד אחד הם גרים ומצד אחד דלא הוו גרים נפקו מירך דחד וליכא חשש שמא אירע פיסול בנישואי אבותיו בחד טפי מאידך דכולהו ירך דחד נינהו וכו' ע"ש והביאו בקיצור הכנה"ג בהגה"ט סוס"י ד' ע"ש. והא ודאי דלא הצריך המבי"ט שגם הבנים והבנות ישאו גיורות וגרים אלא כדי שלא יצטרכו להמתין דורות אחרים הא לא"ה די היה שהאב וכן אחד ישא גיורת וכמובן. ובאמת סברת המבי"ט זאת ברורה שהרי גבי אלמנת עיסה משפחה שנתערב בה ס' ממזר לא אסרוה אלא על משפחות אחרים כמבואר בפוס' אבל הם בהם פשיטא דשרו כיון דהאיסור של ס' בס' אינו אלא שמא זה ממזר והשני כשר. משא"כ הכא דספק אחד בהה ואם זה כשר זה כשר ואם זה ממזר גם השני כמוהו. ואם כן שפיר נוכל לישב דברי הרמב"ם דילמא נפיק מיניה זרעא מעלייא ע"י גיורת כמש"ל. וכ"ת דהבנים ה"ה כאב ובמה יתוקנו י"ל דישאו ממשפחתם וליכא נעילת דלת בפני שבים כמ"ש דאם באו לפנינו משפחת קראים מרובת האוכלסין אב ובני בנים ובנית ובנים וכיוצא כיון דהס' ממזר שיש בהם עיקרו מן האב דיונאי ירך דחד נינהו שפיר נושאים אלו מאלי כדין משפחה שנתערב בה ס' ממזר. ובהכי מיושבים דברי הרמב"ם דמשכחת לה שישובו לאיתן התורה ויתייהדו וישאו משפחה משפחה בפ"ע. והגם דכשתימצי לומר שיש בהם או באיזו משפחה מהם ספק ממזרות לא נטהרו בזה הא לא איריא דליכא בזה ריבויי ממזרים דהממזרות באה משני הצדדים ובכי הא הרי אמרו ממזר נושא ממזרת דודאן בודאן מותר ולא חששו להרבות ממזרים וכ"מ מהתוס' דפ"י יוחסין דע"ה ע"א ד"ה כותי לא ישא כותית דפריך הש"ס מפני מה אסרום והק' התוס' דהרי ס' בס' הוא ותירץ דפריך הגמרא ממ"ן אם שניהם ממזרים היתר גמור הוא ואפי' אם

האחד ממזר והשני אינו ממזר הרי גר היא ומותר בממזרת ולא דמי לשאר ספיקות וכו' ע"ש הרי דבכה"ג שרי לכ"ט. ומצאנו עוד שרוב הפוס' ז"ל ס"ל דממזר חייב בפו"ר עי' בפתח הדביר ח"ב די"ז ובשאלת יעב"ץ ח"ב סס"י צ"ז כתב והממזר פשוט שחייב בפו"ר. גם ראיה לדבר מסוטה דכ"ו אשת ממזר לממזר שותה פשיטא למ"ד אפושי פסולין לא ליפוש קמ"ל עכ"ד הוב"ד בגנזי חיים מע' מ' אות צ"ג ע"ש:

ועין רואה להרב שדי חמד ז"ל באסיפת דברי חכמים בסי' נ"ט שכתב שראה במכתב לגדול אחד מרבני דורינו שכתב בפשיטות דאינו מצווה אפו"ר דאיך יעלה על הדעת שהתוה"ק תצוה לפרות ולרבות להרבות ממזרים בישראל אכתב הגאון יצ"ו ולי נראה דהוא מצווה אפו"ר ומה"ט א"א דמצטרף לפטור את אביו מפו"ר וכמ"ש הרמ"א בסי' א' ס"ו דאי ליתיה בפו"ר הו"ל כסריס דאינו פוטר את אביו ומה גם דיכולים ממזרים ליטהר כר"ט ספ"ג דקידושי' וג"כ מצווה ועומד בפו"ר במה ששייך לו וכשהודעתי בזה וכו' ולענין דינא מסכים הולך אל מ"ש כיון שיכולים ממזרים וכו' וכתב שזה טעם ברור ויציב. ועתה ראיתי להג' פרמ"ג א"ח במ"ז סי' ר"מ שנסתפק בזה יעו"ש ועיין להגאון נתיבות לשבת באה"ע סי' א' שכתב דלכאורה מדברי הר"מ דכת' דבנו ממזר קיים פו"ר הגם דממזר חייב בפו"ר דהא בהא תליא. ואולם הק' מהא דאשוף זביניה דרבי שמלאי ממזר הוה ואמ"ל אי אקדמתך טהריתינהו לבנך ואי חייב בפו"ר מה עצה היא זו הא ולד שפחה כמוה ולא קיים פו"ר ותירץ דאפשר שכבר היו לו בנים מאשה אחרת ממזרים וקיים בהם מצות פו"ר ואח"ך כתב ואין סברא לומר דחייב להרבות ממזרים עכ"ל יעו"ש וקשה לי על הגאון והא בההיא סוגייא עצמה ליתא לדר"ט דקאמר יכולים ממזרים ליטהר וי"ל דאע"ג דיכולים ליטהר אמנם לענין קיום פו"ר לא חשיב בניו דולד שפחה כמוה ומכ"ש בזה. ועי' להש"ך יו"ד סי' רפ"ט נראה דממזר אינו חייב בכל המצות ועיי' נוב"י מה"ת יו"ד סי' קפ"ב ומהרי"ט אלגאזי דפ"ט השיגו ע"ז מכמה דוכתי דממזר ודאי חייב בכו המצות א"כ לכאו' נראה דחייב גם בפו"ר ועיין להגאון מנחת חינוך במצוה א' שתמה כיון שמרבה ממזרים בישר' איך תצוהו תורה להוליד בנים ממזרים ואם יהיה לו בנים משפחה אין הולד שלו ולא קיים פו"ר א"כ צריך ליקח אשה אחרת חוץ משפחה ואיך שייך זה והניח בצ"ע עכ"פ רוב הפוס' סברי לחייב:

הרי מבואר יוצא דאף דמרבה ממזרים חייב הוא בפו"ר לדעת כמה פוסקים ומכ"ש הכא בנד"ד דאינו אלא ספק ממזר הא ודאי דכשישא אשה ממשפחתו ומבית אביו דספיקי ממזרים ספיקי כשרים נינהו נושא הוא בהיתר גמור דממ"ן אם זה ממזר גם זה ממזר ואם זה כשר גם זה כשר כיון דירך דחד נינהו וכאמור וליכא נעילת דלת בפני השבים והוי

נמי זרעא מעליא דשמא כשר הוא באופן דלפי האמור אנו למדין דגם הרמב"ם שכתב שנוכל להשיבם לאיתן התו' דילמא נפיק מינייהו ז"מ. אינו אלא באופנים שכתבתי ע"י גיורת או לישא איש ממשפחתו מיוצאי ירך דחד ואז הוא דשרי להו:

ומ"ש באו"נ שהמבי"ט נראה שביטל דעתו נגד הר"י בירב וכו' הרואה יראה שם בהמבי"ט סי' ל"ז בח"א דקמתמה הוא על דעת מהר"י בירב בזה והראיה שסמוך ונראה אחר שהביא דברי הר"י בירב הביא את לשון הרמב"ם בפ"ו מה' עבדים שהצדוקים בזה"ז ככותים קודם גזירה והעתיק אח"ז עוד את כל תשו' הר"ש הארוכה שאוסר. מכ"ז נראה שדעת המבי"ט חלוטה וגמורה היא לאוסרם:

ומ"ש באו"ד שמהריק"ש בסי' ל"ג הרבה להשיב ע"כ דברי מהר"ש גאביזון ובחרונו יבהלומו וכו'. אנכי הרואה במהריק"ש שם שכל סמוכין דיליה הוא בהניח שהקראים פסולים לעדות וביותר נסמך ע"ד הרשב"א שפסל עד כותי בקידושין וכו' יעו"ש. וכבר חזון הרביתי להוכיח לעיל ובפסקי הראשון בהכשר עדות הקראים ושדברי הרשב"א שחשב מהריק"ש לעזר לו אדרבא איהו תיובתיה וכמש"ל ומה שחשב דעות האוסרים עד עשרה ועמד קנה במקומו. הדבר פלא שהעלים עין מכמה פוס' האוסרים עוד ומהם הלבוש והרב ג"פ סי' קכ"ג וגט מקושר בולא בשמו והבית הלל ועוד זולתם והגט פשוט כתב שכן היא הסכמת רוב האחרונים כמ"ש כ"ז בפסקי הראשון:

אתאן להרבנים המתירים שהביא ה"ה יצ"ו. הנה מ"ש ראשון בק' הוא ר"א הנגיד וכו' כבר מהר"ש גאביזון פירש לה במשפחה שהיו ישראלים ולמדו מנהגי הקראים וכו', ומה שהשיב ע"ז מהריק"ש שם יש לדחות כמו שיראה המעיין ועכ"פ לא נוכל להחליט שכן דעת ר"א הנגיד להתיר בכל הקראים דעלמא:

ומ"ש עוד שני בק' רבי ברוך וכו' עד ואתו הסליחה כי לא צדק בתלונותיו וכו' ובכללות אני אומר שלא צדק וכו' ע"כ כבר אמרו ז"ל האי צ"מ דאמר מילתא לימא בה טעמא וכו' דמה שכתבתי לדחות את דברי ר' ברוך מטעם דכולם הם ספק ממזרים. הוא לפי מה שהוכחתי דכשרים לעדות וקידושיהן קידושין וא"כ מאי קמוכח לן מני"ר מדברי הרדב"ז שעשה כמה ספיקות וס"ס בהם. שהרדב"ז משום שעשה מונח דפסולים לעדות לכן לא מצא להם צד איסור אלא מפני חשש אבותיהם הראשונים ואנה"ן דלטע"ז איכא כמה ס"ס. אבל לטעמא דידן שרוב הפוס' האוסרים נקטי ליה הוא דקידושיהן קידושי' וגיטן אינו גט. פשיטא דבכולהו יש לחוש לס' ממזרות וכמ"ש לדחות דברי ר' ברוך ז"ל ומ"ש ג"כ שלא צדקתי במ"ש שהם עם בפני עצמו וכו' עין רואה להרב מהר"ם שיק ז"ל סי' תרמ"ד שכ"כ להדיא שהם עם בפ"ע ע"ש ומ"ש מעכ"ת דלא איקבע איסורא בהו האמת

אגיד דבזה יש לדון ולומר אך צד היותר נראה לומר דלס' המתירים לית להו דאקבע איסורא וכמ"ש במהריק"ש סוס"י ל"ג. אך לס' האוסרים נראה דסברי דחשיבי איקבע בהו איסורא וכמו שכן מוכח מהלק"ט סי' רכ"ח שכתב ולצאת ידי כל ספק נכבשינהו דניידי וג"כ מוכח נמי מהנוב"י שכתב אם פירשו ממקום קביעותם וכו' ע"ש [ויש להעיר בזה במ"ש הרבנים הנ"ל דניידי וכל דפריש מרובא פריש דאיך נאמר כן אחר דנודע הספק קודם שפירש ויש לישב בבע"ח שאני כיון דניידי אפי' פירש ממקום הקביעות אח"ך אשתרי] וכמו שזכורני שכ"כ הגאון החק"ל ביו"ד ע"ש מוכח הדבר דסוברים דשייך בהם דין איקבע איסורא. ובלא"ה ממקומו הוא מוכרע דאל"כ אלא ספק אם יש בהם מעיקרא הא פשיטא דלית מאן דאסר בהא אחר דיש ס"ס אמיתי ס' אם יש ממזר מעיקרא או"ל ואת"ל יש שמא אינו זה הממזר. אלא לאו דסוברים דאיקבע בהו איסורא. ולפי"ז באנו למ"ש הרב המש"ל בפט"ו מה' איסורי ביאה שכתב דכל היכא דאיקבע איסורא דבתו' שתוקי אסור כמו דאיקבע איסורא דמביא אשם תלוי עש"ב וכסברתו החזיקו הפוס' האדירים מהרי"ט והפר"ח הוב"ד בס' דברי אמת סי' ו' דחי' דבכל דבר דאתחזק איסורא בין באיסור כרת בין באיסור לאו אסור מהת"ו לדעת הרמב"ם וכו' ע"ש ולפי"ז מה שהתירה התורה בס' ממזר פשוט הוא דמיירי באינו קבוע, והן אמת דלסברת המחירים מוכרחים לומר אחת מתרי או דס"ל דלא יקרא כזה איקבע איסורא או דס"ל דגם כשאיקבע איסורא באיסור לאו לא הוי מהת"ו דיש לחלק מיניה לאיסור כרת. אך עכ"פ להסוברים דבאיקבע איסורא הוי דאורייתא נכנסנו עכ"פ בחשש תורה ואיך נרהיב עז להקל דיש חשש איסור תורה וה"ז נמי שורש גדול להרחיק מהם:

והנה בפסקי הראשון הבאתי דברי ה' חקת הפסח בענין ס' שיכול להתברר ושפקפק ע"ד מרן במ"ש בה' נדה יבא עליה וכו' דהרי יכול להתברר עי"ש דמלבד מ"ש לתרץ שם ע"ז עוי"ל דה"ט דמותר לבוא עליה בלא שאלה משום דהדבר יתברר מאליו דאם איתא דראתה לא תניחנו לבא עליה דאף שהיא ישנה מסתמא תרגיש מיד:

ומ"ש הוא פליטת הקולמוס וכו' במחכ"ת לא היתה כונתי כמו שהבין רו"מ שדעת ר' ברוך כדעת מהר"ש הלוי בכל דחוץ מפישול ממזרות הוא דקאי בחדא שיטה כמו לאסור יינם ושחיטתן וכו' ולכמה דברים מ"מ דחה דברי רבינו ברוך מכל וכל:

ואנכי הרואה דרו"מ הוציא מתשו' בשמים ראש ג' מתירים והם ר' ברוך והרא"ה ז"ל והר' שאול בעל כס"ד. ולא אכחד כי מאחר שיצאו עליו עוררין כמ"ש השה"ג והחת"ס בשני מקומות שהביאם השדי חמד בכללי הפוס' סי' י"א או"ז והיד דוד שהזכיר שם והגאון האדיר פרשת מרדכי ע"ש מה שעמד מרעיד. הגם שרבו הדעות להחזיקו לאמו"ץ

וכמ"ש החיד"א עצמו מעדות הרב דברלין והשד"ח שם. מ"מ לענ"ד לא נוכל לסמוך עליו ולהשען לחושבו בשלשה סברות מה גם להקל. וכבר גם סופרי הדורות החוקרים בענינים כאלו עפ"י מקורות נאמנים שדו ביה נרגא ג"כ. ובנ"ד בעצמו יש לי כדמות ראיה לזה דהנה לפי עדות הבש"ר גם הרא"ה מסכים להיתר כר' ברוך. וכמ"ש מני"ר באו"ג והנה באמת הסברא נותנת לחשוב את הרא"ה בין האוסרים שהרי איהו ס"ל בקטנה שלא מיאנה והגדילה דאפי' עידי יחוד אינה צריכה כיון דעומדת תחתיו אנן סהדי דבא עליה לשם קידושי' והרא"ם ז"ל בח"א סי' צ"ג שכתב דאשת צדוקי ה"ה כא"א גמורה אתי עלה משום דמקדשין בביאה וא"ן אפי' עדי יחוד וע"ז כתב מהרש"ך סי' ט"ו הנ"ל דכ"ו סע"ג לדחות לדברי הרא"ם ז"ל דבאמת בעינן עידי יחוד אפי' בקידושי ביאה וליכא מאן דס"ל דלא בעינן עידי יחוד בזה אלא הרא"ה ז"ל והוא דעת יחיד וכו' ע"ש הנה דלהרא"ה ז"ל שפיר יש מקום לחשוב נשי הקראים שמקודשות גמורות להם והוו א"א מטעם קידושי ביאה כיון דאפי' תימא דפסולי עדות נינהו שפיר הוו נשותיהם א"א משום ביאתם דל"ק עידי יחוד לדעת הרא"ה ז"ל וכמ"ש הרא"ם שם ובמהרש"ך הנ"ל וכיון שכן תיקשי על הרא"ה שהובא בבשמים ראש הנ"ל דמתיר הקראים בשופי למה לא חש לסברא זו דהרא"ם כיון דלדידיה לא בעו עדי יחוד וכמ"ש ומזה יש להוכיח דעדות זו של הבשמים ראש על הרא"ה לאו דסמכא הוא דדוחק לומר דהרא"ה יחלוק ע"ד הרמב"ם דס"ל דהקראים חשיבי ככותים קודם גזירה ולומר דס"ל דגוים גמורים הם ולית להו לא קידושי כסף ולא קידושי ביאה ולכן לא חשבינן לאישותה אישות כלל דזה דוחק מה גם דסברת הרמב"ם הנ"ל מצאנו אותה גם בריא"ז שהביאו השלטי הגבורים בגיטין ע"ש. ומסתמא דגם הרא"ה ז"ל לא ירחיק כ"כ הקראים להפקיע קידושיהן לגמרי כיון דאפי' כותים אחר גזירה קי"ל דלהפקיע קידושיהם לא עשאום כנכרים כמש"ל בזה באריכות: **ומ"ש** בפסקת גם אין להביא וכו' שהפרזתי על המדה לפרש בפשיטות כונת הרב מק"ק בדיני ישראל ר"ל בעידיהן של הקראים. לזאת אשיב דהרי מילתא כדנא ממש מצאנו בתשו' להרמב"ם שהביאו מהר"ש גאויזון ומהריק"ש סי' ל"ג שכתב ע"ע אשה שנשאת לבני מקרא בדיני הקראים וכו' ופירשוה הרדב"ז ומהריק"ש שם בפשי' שר"ל בדיני הקראים ובעידי ישראל והשיגו על מהר"ש גאויזון שפירש ההיפך וכתב עליו מהריק"ש דכן הוא הפשט במלת בדיני הקראים שר"ל בנימוסיהן ולא בעידיהן וא"כ מינה נובין ונידון למלת בדיני ישראל שכתב המקראי קדש שר"ל כתיקון חז"ל וכנימוסי הרבנים ולא בעידיהן אלא בעידי הקראים ודוק היטב. ומ"ש עוד דלאו גבורתא לאפושי גברי הדין עמו אחרי דדעת מרן מוכח שדקדק לאסור א"כ יועיל לן לאסוף ולגבב סברות המתירין:

ומ"ש אתאן לבאר דעת מרן וכו'. כבר השו' מוצאת ע"כ דבריו אלה ממה שכתבתי לעיל בדעת מר"ן הן די בא"ר. ורק למודעי אני צריך עמ"ש ה"ה יצ"ו לפקפק דיש סוברים דדינים שהשמיטם בש"ע והביאם בב"י הוא מפני שראה חולקים בדבר וכו' הלא כבר הבאתי בפסקי הראשון שדעת רוב האחרונים היא דנקטינן הוראת מרן אף במה שמביא בב"י ומשמיט בש"ע וע"ע בבכורי יעקב יצ"ו מה שאסף בזה ובשדי חמד בכללי הפוס' ולהרב ישמח לב בח' אה"ע סי' ך' דהעלה להלכה כן עד שכתב דבד"מ לא יוכל המוחזק לומר קי"ל נגד זה עש"ב. ומ"ש עוד על דברי האוסרים מהר"ש גאויזון וכו' שאין דבריו של אחד במקום שנים אעירה על דב"ק מדוע לא זכר שר את השנים המסכימים עם מהר"ש גאויזון שהביאם הוא עצמו באות ט' ויו"ד בשם הג' חיד"א בברכ"י וא"כ אוקי תרי לגבי תרי ואוקי מהר"ש גאויזון בחזקתו לאסור וכס' רוב הפוס' הסוברים דדינם כישר' ולכמה דברים מצינו דאחשבינהו כישראל עי' באו"ח סי' שפ"ה צדוקי הרי הוא כישראל ומבטל רשות וכו' ע"ש והט' משום שמודה בו וגם בעדות שמודה בו דכוותה וגם כיון דמרן ז"ל סבר דאסור להלוותן בריבית מוכרח דמיקרי אחיך א"כ ה"ה דכשרים לעדות ועי' בסמ"ע חו"מ סי' ל"ד ס"ק מ"ח וכו' ע"ש וא"כ באלו הקראים שאסר להלוותם בריבית משום דמקרי אחיך א"כ מינה דכשר לעדות ויש עוד מה להביא דוגמאות לחזק סברא זאת ודי בזה ודוק:

והנה קודם גמר הדפסת ספרי הקטן מפי אהרן הגיע לידי ספר בכורי יעקב לרב חביבא מרגליתא ואבן טבא א"ב ור"ב מע' הרב המובהק ונוגה לו ברק כמהר"ר יעקב חי זריהין יצ"ו ושם ראיתי בסי' ד' אתא ואייתי בידיה בהערה ע"ד הקראית וחתר כמה חתירות למצוא להם היתר ולא מצאה ידו די השיב ועלתה הסכמתו לאסור כאשר יראה הרואה בדבריו באורך. והואיל ואתא לידן אתעלסה בו ובתורתו במה שראיתי שכתב בדכ"ב ע"א וז"ל ואגב ריהטאי נסתפקתי איך ובמה אנו סומכין על החיה היולדת בתחי' כניסת שבת וכו' ועי' בב"י או"ח סי' תקי"ג וכו' ובחופשי בזה מצאתי בקו' מלחמת מצוה וכו' יעוש"ב:

ולדידי חזי לי מילתא דתמיהא כי הנה לפניך כמה מקומות שהנשים נאמנות כגון הלכות שחיטה שהיא דאורייתא ונאמנות עליה וכן בניקור חלב דאורייתא נאמנות וכמו שמצאנו ראינו בתוס' דפסחים ד"ד ע"ב ד"ה המנוהו רבנן בדרבנן וז"ל אע"ג דכל דבר שהוא בידם מהימנין להו לנשים ועבדי' ואפי' מדאורייתא דמעשים בכל יום שאנו מאמינים לאשה ועבד על השחיטה ועל הניקור ובפ' המדיר דע"ב גבי מאכילתו דבר שאינו מעושר משמע שסומך עליה בענין חלה ומעשר וכו' וכן מצאנו ראינו למורם בה' יין נסך סי' קכ"ז סע"ג וז"ל ואשה נאמנת בדבר איסור לומר תקנתיו ודוקא בודאי איסור

כגון ניקור בשר וכדומה וכו' יעו"ש עיי' בבאה"ט סק"ב שכתב דנאמנת אפי' באיסור דאורייתא וכו' א"כ למה לא נאמינה ג"כ למול בשבת כיון דהוא ודאי איסור והגם כי מצאנו ראינו למור"ם בח"מ בה' עדות סי' ל"ה שי"ד שהביא משם מהריק"ש והכלבו וז"ל ולכן יש מי שכתב וכו' לא רצה הרב הפוס' להביא ראיה ממנה שהנשים נאמנות משום דכתב מרן הב"י שם בסי' ל"ה סט"ו וכל אלו וכו' ובסו"ד כתב ואין דבריו נראים בעיני ע"ש. ועוד כי נדון מוהרי"ק הוא דוקא לענין חירופין והכאות לא לשאר מילי וכמו שיראה הרואה בתשו' ב"ד סי' ו' על סי' ל"ה באורך ע"ש מ"מ הרי לך ראיה מפורשת למרן הק' ח"מ סי' רע"ז סי"ב דהחיה נאמנת על הבכור הגם דאיכא הפסד ממון חמשה סלעים של פדיון וא"כ במכ"ש לנ"ד לענין למולו בשבת דהנשים נאמנות אפי' בדבר איסור דאורייתא והנה הוא דין חיה ממש ומן התימא על הג' מלחמת מצוה שהביא הרב הפוסק שהביא משם מוהר"א הלוי שצעק ע"ז שאיך לא נחוש על חילול שבת גם בעיני יפלא עמ"ש הרב הפוסק וז"ל נחלקו עליו גאוני הדור מוהר"ם ן' חביב ומהר"י הלוי והעלו דשפיר נסמוך על המנהג יע"ש:

ואנכי לא ידעתי מה מנהג יש הלא דין גמור הוא. ועוד יש להביא ראיה אלימתא מהא דפסק הש"ע באה"ע ס"ד סל"ה וז"ל נשים שילדו בבית אחת אשת כהן וכו' נאמנת החיה לומר זה הבן כהן הוא או לוי או ממזר וכו' ע"כ והא הכא דלפי דבריה פגעינן באיסור התורה דלא יבא ממזר או איסור תרומה לזר ועכ"ז נאמנת ומוכרח הטעם כמ"ש בסמ"ג וז"ל אע"ג דנשים נאמנות אף בדאורייתא כגון על ניקור חלב ומליחה היינו בדבר שיודעות הנשים שיש ודאי איסור וכו' עכ"ל. מוכח להדייא במילתא דלא שייכי אלא הן נאמנות שפיר ולכן סמכינן עלייהו בפשיטות למול על פיהן ואין צורך להמצאות שעשה בחזקת מעוברת וספיקות וס"ס ודוק היטב ועי' להרב משכה"ר מע' ע' אות ס"ה מה שנתן טעם בענין דינים שכשרים בהו הנשים אחרי דלא יתכן להיות שם אנשים ע"ש ודוק:

את כ"ז ראיתי ונתין אל לבי להשיב מפני הכבוד על דברי הרה"ג תנא דבי אליאו יצ"ו ולחזק דברי במה שכתבתי וככחי אז כחי עתה לאסור איסר על הקראים המתחתנים ולא תהא כזאת בישראל ולהכריע בינינו כבר מילתי אמורה לעיל לסמוך על ידיד ה' וידיד יראיו הגאון המפורסם חכמת שלמה יצ"ו שהוא יכריע בשכלו הצח מה יעשה ישראל וה' יצילינו משגיאות. ויראנו מתורתו נפלאות:

הצעיר **אהרן בכור אלחדיף** ס"ט

וזאת תשובת הרה"ג כמוהרש"א יצ"ו ר"מ ור"מ בדמשק יע"א על מה ששלחתי ריר"ק הפס"ד שלי הנז"ל עם תשו' הרה"ג כמוהרא"ח יצ"ו ותשובתי עליו. להכריע דעתו דעת עליון כנדון זה וז"ל:

רב אחאי ור"ן מע' הר' הג' מעוז ומגדול ר"מ ור"מ בעה"ק טבת"ו כמהר"א אלחדיף נר"ו והוי זהיר כזוה"ר וישל"א:

אחרי הש"ר מכתבו היקר הגיעני והודיעני מקבלת הפסקים ומתו"ד ראיתי כי לא נחה דעתו במה שלא באתי בארוכה להשיב ע"ד מע' הר' המשיג נר"ו ואעפ"י שמה שלא יכולתי הוא מפני כמה סיבות עכ"ז רצינו הוא להשים עיני ע"ד ולכן נדחקתי לעבור ע"ד ובמה שהליץ מני"ר להחזיק דבריו הראשונים ואחרי שראיתי כל מ"ש רואה אני כי בעת שכ"כ לי עדין לא עמד כת"ר בטוב לעיין הטב בדברי כי אילו היה מעיין בדברי שם היה רואה כי ממ"ש בקונ' הראשון יש די והותר להחזיק בכל מ"ש בפסקו הראשון כי לע"ד האמת אתו והדין דין אמת כי מכמה טעמי תריצי אסורין הם לבא בקהל ואינם מתאחין לעולם וממה שכת' שם תשו' מוצאת לכל מ"ש הרב המשיג נר"ו ולא יש מן הצורך להאריך עוד כי לע"ד האריכות בזה אך למותר וגם כי אולי יחשוב הרב המשיג כי בתר דידיה קאזילנא ח"ו:

ואולם מאחר שהכריחני מני"ר להשים עיני ע"ד אומר מה שהרגשתי לפום ריהטא ע"ד הר' המשיג במה שהבדיל לעדת הקראים לב' סוגים והסוג הראשון הם אותם שהיו מועטים ומפני זה כל מכשירים הצריכים לא יעלה בידם כלל בשום דבר כי אם דוקא בהתקרב אל הרבנים ואפי' מסדר הקידושין צריכים מישראל ועל כיוצא באלו הוא שדבר הרמב"ם בחבורו ובתשו' שיש תקוה לאחריתם ושנר' לו שכל אלו שהיו בזמנו של הרמב"ם ז"ל בנ"א ודמשק חזרו בתשובה ומזה הסוג הם אותם שבעה"ק ירושלם תו"ב וג"כ שבקושטא בזמן הרא"ם ובאלו ודאי תקנתם קלקלתם מב' טעמים אי משום שהם חשובים ככותי חבר והמקדש בפניהם קדו' קדו' ועוד זאת שבודאי יזמינו להרבנים של ישר' וליחד אותם לעידי קדו' זת"ד וכל המונחים הללו שהניח הוא כדי לומר שבזמן הרדב"ז היו מקולקלים ביותר והרבה נפלאתי על דבריו שהוא בונה בנין בלי יסוד ומלבד שלא יש שום סיוע לו להיתר הקראים שבזמנינו הביא על עצמו מזה כמה סתירות וקושיות על מונח זה ומלבד מה שכבר השיב ע"ד מני"ר דא"כ נ"ד שהוא מתושבי ירושת"ו לכ"ע צריך שיהיה בהם חשש ממזרות אפילו ביחוד עדים שלהם מכיון שלפי"ד עדים כשרים הם וגם שמיחדים ג"כ עדי ישר' הכשרים:

ועוד זאת י"ל ע"ד דא"כ אותם שהיו בזמן הרמב"ם הם כחברים והקדו' בעדיהם הוו קדו' ויש חשש ממזרות וכיון שכן איך הוכיח הרדב"ז ודעמיה ממ"ש הרמב"ם בה' ממרים שראוי להחזיר בתשו' ולמושכם וכו' וגם ממעשה דר"א שכשרים לבא בקהל כיון שהוא מודה שאותם שהיו בזמנם היו כחברים ועוד זאת איך יתכן המונח שהניח דבודאי אותן שבנ"א ודמשק מכיון שלא יש עתה דבודאי קבלו אותן לדת האמת איך קבלו אותן שקדו' קדו' לפי"ד ועוד נר' דמה שרצה להוכיח דכיון דלא יש עתה בנ"א ודמשק שחזרו דז"א דמלבד מה שהעיד רבי' בס' המסעות דראה קהל גדול מדמשק ואין להם שום התערבות עם היאודים ועוד זאת שמעתי מפי גידי אמת ששמעו מפי מגידי אמת מפי הזקנים שעד זמן מה לא רחוק הרבה היו הקראים פה דמשק עם לבדם ולא יכלו לשבת פה ומכרו מקומם וגם השתדלו עם היאודים שיקנו בהכ"נ שלהם ולא רצו ומכרוהו לערלים והלכו ש ארץ אחרת ושום אחד מהם לא חזר לדת האמת ואפשר שאפי' אם היו מהם רוצים לא קבלום:

ועוד זאת קשה דא"כ הרא"ם והרדב"ז לא יש ביניהם שום מחלו' כיון שכל אחד מהם מדבר כפי זמנו ומקומו וכל רבני האחרו' אמרו שהם חלו' מפני שלדעת הרא"ם ה"ה כאנוסים וכמתבאר כן ממ"ש בתשו' הארוכה בענין ללמדה תשב"פ בסי' ח"ן ולפי"ד הר' מהריק"ש שגם הרא"מ פסלם לעדות הקדו' לאותן שבזמנו אלא שלע"ד בקונ' הראשון כתבתי דאחרי המ"ר הא ל"מ דהר' ז"ל אתי עלה מתרי טעמי דאפי' את"ל דהוו פסו' וקדו' כסף לא חלו והוו א"א מצד ק"ב עכ"פ וגם משום שהאמת אצלם בשיטו' דקדו' ביאה הם עיקר וקדו' כסף הוא מצד מנהג וכדכת' הר' זק"א בסי' מ"א דכיון שכן אפי' אי הוו פ"ע מה שאינו עכ"פ לענין א"א הוו מצד הביאה שהם מכוונים ג"כ לקנותה מצד הביאה ג"כ ואעפ"י שהר' מהריק"ש הק' ע"ד לא בשביל זה אנחנו לא נחוש לדבריהם מפני מה שהק' ע"ד דלאו קטיל קני הוו ח"ו הרא"ם ובני ישיבתו והזק"א ומה גם לפי מ"ש בעניותין דגם מהראשו' הג' והר"ש בעצמו דסל"ה כדבריהם וא"צ לכפול הדברים:

ועוד זאת המונח שהניח שאותן שבקוש' שהיו מסתפקים כל המכשירים דצריכי לצורך הדת מהיאודים דוקא והוכיח כן ממה שהוצרכו למלמדים מהיאודים הא נמי לע"ד ליתא דלא מפני שלא נמצאו בהם מלמדים לתשב"פ נעשה מונחים לומר שבכל הדברים היו מתנהגים עפ"י דת היאודים ולא מבואר בדברי מהר"ש הלוי שהיה בזמן הרא"ם וה"ד הרדב"ז וכן נר' מתשו' הר' מהראנ"ח בח"א סי' קכ"ה דכת' בנ"ד דהקראי לא ציית לדינינו וכל אשר הוא עושה הוא עפ"י חקי הגוים יעו"ש וע' להר' כנה"ג בח"מ סי' קע"ה הגהב"י אות ע"ב דכתב דמה שנסתפק מהראנ"ח אי דינו כישר' שהר' דבר כפי זמנו

שהיו הקראים בעליה ולא הוו צייתי לדיני ישר' אבל הקראים שבזמנינו נכנעים הם לנו ויש להם דין הקונה מישראל ומה גם מצד הסכמת שכתו' כל איש ישר' וכו' והקראים תולעת ישר' הם כמ"ש הרמב"ם ז"ל בשם רבי' האי גאון ז"ל עכ"ל ושמעי' מזה דבזמן הר' מהראנ"ח שהיה סמוך לזמן הרא"ם לא היו נכנעים והיו בעליה ואעפ"כ הדבר ידוע שמימות הראשו' לא נמנעו בקושטא למול לבני הקראים אפי' בשבת כמ"ש הפוס' ע"ע ומפני דלא כתב הרמב"ם דצריך שיהיה להם כל המכשירים מהיאודים כ"א רק דלא נקרי בחציפותא:

עוד ראיתי מה שרצה לפרש בכונת הר"ש והוא מן התימה לפרש פי' כזה מה שאינו מובן כלל ומה שפי' הוא היפך כל הראשו' והאחרו' ואפי' הרדב"ז ומהריק"ש לא עלה במחשבה לפרש כן רק שנדחקו דמפני שלא הי"ל עדים היו קדו' בעדי ישר':

עוד ראיתי שה"ד האוסרין ומ"ש ולדידי יפה השיב ע"ד מני"ר ושאפי' אם לא היה מגלה דעתו מרן כ"א רק דהקראים כאנוסים חשיבי לכל מילי משום דהוו כתינוק שנשבה וכו' זה לבד היה די דודאי זה הוא בבירור דס"ל נגד מ"ש הרדב"ז דאין להם דין אנוסים כ"א מזידים גמו' ומפני זה כתב דהם פסו' לעדות ומה גם אחר שכתב בפי' בי"ד סי' רס"ז ופסקו בש"ע שם ומ"ש ג"כ בב"י א"ה סי' ק"ל משם ריי"ו וכבר הארכתי בזה בקו' הא' והאריכות בזה אך למותר:

עוד ראיתי מ"ש בספר זרע אברהם דגם הוא מן המתירים ולע"ד הא נמי ליתא דאעפ"י שרצה לדחות מ"ש ע"ד הר' פ"מ וס"ל דאפי' אם באותה תשו' ס"ל דס"מ מותר בשפחה הראיה שהביא מר"א היא נכונה לדעת הרדב"ז אבל לא כתב הר' שם שדעתו דהקראים מותרים לבא בקהל ואדרבה כת' שם וז"ל ושמעתי מכת הקודמים שיש חילוק בין אותם שהיו במצרים לאלו אשר בקושטא יע"א ושאר המקומות שאותן שבמצרים היו מדקדקים במצות ופרישי טובא מבעילות אסורות משא"כ באותם שבשאר המקומות דפריצי טובא דקרוב לודאי שיש ביניהם חשש ממזרות מכמה דברים שיש בעריות שאינה מפורשות בתורה כגון בתו מאנוסתו דילפינן לה מק"ו או מג"ש ואפי' מנשואתו ילפינן לה מאשה ומבתה מה לי ממנו מה לי מאחר כנודע וכל אלו וכיוצא בהן כאשר יראה המבין בהם דיש ויש שאינם מפורשין בתו' וחכמי הקבלה איש מפי איש עד מרע"ה למדום במדות שהתורה נדרשת או הל"מ והצדוקים החטאים האלה בנפשותם זילא להו ופריצי בהם והם ממזרים מן התו' ובודאי שיש לחוש ולא ראיתיו לכת הקוד' אשר העלו על שפתם חששות אלו דקרובות לדעת דכיון שהם אינם מאמינים בדברי רבותינו שהם עיקר קרוב לודאי דמקילים בהם ומתירים אותם לפי שאינם מפורשות

בתורה ואפי' בתשו' רבינו שמשון ז"ל שהוא המחמיר יותר מכולם כאשר יראה הרואה לא הזכיר חששות אלו אלא תלו עיניהם בטיב גיטין וקידושין ולדידי הני שכיחי טפי איך שיהיה ודאי שיש להתרחק מהם ואף עליהם יש לדון כתינוק שנשבה לבין הגוים כאשר יראה הרואה לא עת האסף כי אין עסקינו כעת בזה עכ"ד הנה מפו' דאעפ"י שדחה דברי הפ"מ במה שרצה להוכיח מתשו' זו דס"מ אסור בשפחה מ"מ לא מפני זה דעתו מסכים דקראים מותרים ואדרבא כתב ששמע מכת הקודמים שאותן שבמצרים בזמן הקודם היו נזהרים מכמה דברים שיש בהם ממזרות משא"כ בשאר כל המקו' כיון שאין להם תשב"פ שבודאי הם ממזרים ויתכן שע"כ גם אלו שבמצרים הם מתנהגים כמו שאר המקו' וגם סיים בודאי שיש להתרחק וכו' ואף עליהם יש לדון שהם כתינוק וכו' דר"ל דאף אם אין בהם שאר החששות שהזכיר דעכ"פ הם אסורים מטע"ז וכמ"ש החול' ע"ד הרדב"ז ואיך הרב המשיג כתב בד' הר"ף דהוא מתיר לכל מקו' שיש קראים ומה שיש לשאת ולתת עוד ע"ד במ"ש מספר האוסרין והמתירין יתבאר מתוך מ"ש בקונ' הא' ואכמ"ל כי אפי' המעט שכתבתי הוא כדי שתנוח דעתו ולעשות ר"ץ:

ואת זה אגיד כי ראיתי לרו"ם כת"ר נר"ו דכתב אסיומא דפסקא דאחר הדפסת ספרו הגיע לידו ס' בכורי יעקב שנסתפק איך אנו סומכין על החיה היולדת בתחי' כניסת שבת והוא תמה דמצד הדין בכמה דברים נאמנות הנשים וגם ממ"ש מרן בח"מ דהחיה נאמנת על הבכור וע"ז אימר דהגם דהייתי יכול לקיים דבריו דדבר פשוט הוא. עפ"י מ"ש ריא"ז ה"ד שכנה"ג יו"ד סי' רס"ב דע"א נאמן להעיד שנולד בשבת וכיון שכן כבר כת' מהראשו' דכל דבר דע"א נאמן אף הנשים נאמנות ואף שנר' שיש מחמירים בכגו"ד דליכא עירחא נר' מוסכם ומ"ג דנר' קצת דדמי לדין החיה ועי' במ"ש במהר"י מינץ ססי' ו' וכן מבי' בס' זל"א אלקלעי בהל' שבת אות מ' דקמ"ו דלא נסתפק בזה כלל כאילו הדבר פשוט אבל ידיע ליהוי דעל מבוכה זו עמד התייר הג' הר' ד"א בא"ח סי' א' ע"ש מה שנו"ן בדברי הראשו' וכת' עוד שם וז"ל ומשמע דברי הרשד"ם ואף מדברי מהרח"ש החולק דאין האשה נאמנת לומר דבשבת נולד כדי שיחללו שבת למול את התינוק ע"ש ויש לי אריכות דברים בזה ועכ"פ גם לפי"ד ה"ה יש להם ע"מ שיסמוכו למנהג העולם ולאפס פנאי איני יכול רק להעיר אזן רו"ם וע' בדבר שמואל סי' שנ"ב ומחב"ר י"ד סי' מ"ב וזכרין יוסף י"ד סי' ד' ולעת הפנאי נעמיד בזה בל"ן וד"ב כעת ולעד"ן דגם מע' הר' המשיג אם יר' מני"ר גם הוא יודה במודים דרבנן כמו שעשה מע' הר' מהרי"א את זה כת' באפס פנאי ולעשות רצון צדיק וה' יצלינו משגיאות וימ"נ כיר"א:

הכ"ד הצעיר **שלמה אליעזר אלפאנדארי** ס"ט

עוד השיב הרה"ג כמהרש"א הי"ו הנז' וז"ל:
ומהודענא דהן עתה הגיע לידי מכתב יד"ק של ידידי רחימא דנפשאי מע' הר' הג' מהר"א אלחדיף יצ"ו ר"מ מעה"ק טבת"ו מגיד דבריו שהקראית הנ"ל עמדה ונשאת באחת הערים סביב למ"ת בלא ידיעתו ושוב הלכו לעה"ק ירושת"ו ונתודע הדבר למע' הרבנים הג' ועשו להם הרחקה עפ"י מה שקדמה להם דכבר נשאלה שאלה כזאת אי מותר או"ל בזמן הרב הג' מהרמ"ם ובדה"ץ ואסרו איסר בכל תוקף דאסורים לבא בקהל ולכן גם מני"ר עמד ע"ז בספרן ש"ץ ואסף וקבץ בזה ומ"ג דבנ"ד הקראית הזאת כבר היתה מקו' מקודם ונמצאו שם עידי ישר' ואח"כ נתגרשה בב"ד שלהם אלא שראה שיש מי שמערער על פס"ד ולכן ארי נעשה שוא"ל שאשלח לו הקונ' שכת' שמרוב טובו רוצה להדפיסו בתוך ס"ה מפי אהרן העומד כעת על מזבח הדפוס ויצא לאור בקרב ימים בע"ה ואותי ציוה ג"כ להשים עיני על ז"ק במ"ש בזה ואנכי איני כעת בקו הבריאות וצריך לטרוח לחפש אחר הקונ' שכח' מזה ב' שנים ויותר והיא בתוך כתבים הרבה ועכ"ז לפי זהיר האהבה דחקתי את עיצמי לחפש אחריו כמו ב' ונ"י עד שמצאתיו לקיים מצות שילו"ח וכמצווה ועומד עמדתי ע"ד ורא שבצדק רשל אמרי' פיו במה שהעלה מצודתו לאסור איסר מן הדין ואין דבר חוצץ בינינו רק לענין פלפולא באיזה דברים וכבר מילתי אמורה שאיני יכול וגם שהוא דוחק ונח"ץ ינח"ץ לערוך שולח"ן כי הדבר נחוץ הרבה ואף כי מתוך הקונ' יתבאר הנלע"ד עכ"ז אגלה טפח מה שעמדתי בעוברי ע"ד והוא כי ראיתי דמע' כת"ר נר"ו הביא מ"ש הר' פ"מ בתשו' דח"ג סי' א' ונו"ן ע"ד ולדידי תשו' הרדב"ז שה"ד הרפ"מ הוא בישנות סי' קפ"ח ומעולם לא עלה ע"ד של הפ"מ לומר דמ"ש שם בסי' קפ"ח דמוכרח דחזר ממ"ש בתשו' אחרות דס"ל דקראי מותר בקהל רק כונת הר' הוא לדין השפחה דוקא דס"ל דבאותן התשו' שרצה להוכיח מהרמב"ם ומעשה דר"א מוכח דס"מ אסור בשפחה דאי ס"ל דמותר לא מוכח מידי דיש לקרבם ולהתירם בשפחה אבל גם הר' מודה דגם באותה דהתיר ס"מ בשפחה דלא חזר ממ"ש בתשו' אחרות דקראים מותרים לבא בקהל מפני דלדעתו הקידו' הם בפ"ע:
עו"כ בד"ק להשיג ע"ד הר' מהרי"א בס"ס שעשה משום דאינו מתהפך וגם דליכא רק ספק אחד דומיא למ"ש דשם אונס חד הוא והאריך בזה אבל זת"ד ולדידי אי מהא לא איריא מכמה טעמי חדא דאעיקרא דמילתא מה שרצה להוכיח דבעי' בעלמא מתהפך אין בדבריו הכרע לקבוע הל' כן ולהשיג ע"ד מהרי"א ואף כי אני יכול להביא סמוכין דר' להצריך כן דמלבד כו"כ שלמים וכן רבים דה"ד הר' כנה"ג בא"ה סי' ס"ח הגהב"י אות כ"א יעו"ש גם הרואה יראה לר"ב בא"ז כתובות דמ"ד ע"ב מהס' דכ"כ משם גליוני

התו' וכ"כ הר' פני יאושוע בקונ' אחרון שם משם תוס' ישנים ע"ש וע' להר' ד"א בתשו' סס"י דהוכיח כן מדברי רשב"ם במס' ב"ב כפי מה שפי' דבריו הרמב"ן בחי' שם וע' להר' קול אליאו ח"א ולהרב חיד"א בס' עין זוכר מ"ש ע"ד ומכל אלו הר' אישתמיט מינייהו מ"ש הר' מהרשב"ח בס' גב'גב סי' ז"ן ע"ש מה שהאריך הרחיב בפרט זה וע"ע להרדב"ז בחדשו' דתפס במושלם כלל זה ע"ש ומה שנר' מתשו' הרדב"ז ישנות סי' קע"ה דעביד ס"ס אעפ"י שאינו מתהפך ע"ש וכן נר' שהבין מדבריו הרבע"ח א"ה סי' י"ח ע"ש וכן כתב בפי' הר' ערוך השול' דסל"ה ע"ש י"ל דהרדב"ז לא סמך ע"ז לבד כ"א בהצטרף עוד כמה טעמים וספקות אחרות ע"ש ומן התימה ע"ד עה"ש דכתב דסל"ה ולא נרגש מהתשו' הנ"ל וכ"כ הר' מהריק"ש בתשו' סי' צ"ט וע"ע להכנה"ג בי"ד סי' ע"א הגהב"י כ"כ בדעת הרשב"א דבעי' מתהפך היפך מ"ש בשמו שם בא"ה ע"ש גם התשב"ץ בח"ג סי' ל"ב כת' שם בנ"ד וכן אם נהפוך זה ככל ס"ס שצריך שיתהפך כמ"ש רבותי' הצרפתים ז"ל ע"כ וע"ע להר' מהרד"ף בס' מזמור לדוד בכ' הס' שהאריך בזה והסכים דבעי' ס"ס המתהפך וכזאת וכזאת יכולני להרבות תשו' אחרות דבעו מתהפך ולכן כשאני לעצמי חוששני הרבה למעשה מאחר דכו"כ מגדולי הפוס' סל"ה וגם דטעמים של הסו' דל"ב מתהפך הוא משום דס"ל דמ"ש הריב"ש בשם התוס' לא נמצא ולא ימצא ושאדרבה נמצא בכמה מקו' בהיפך ומלבד דלא ראינו אינה ראיה ותיסגי לן יקר סהדותא דכ"כ ומ"ג דבעדות זה נלוה עם הריב"ש גם התשב"ץ ז"ל והליכות עונם משם רבו והנ"י:

ואפילו אי לא ראינו עדותם נאמנה מאד ומה גם שכבר נמצא ולפי"ז גם מה שרצו לדחות ראית הרד"א מדברי רשב"ם יש לפרש ג"כ דברי הרמב"ן כמשמעותם וע"ע במ"ש הר' ג"פ סי' קכ"ט אות תי"ג מ"ש בזה והיה מקום לומר דיש לחוש ג"כ דהפוס' הסו' רל"ב מתהפך לא ראו את דברי הראשו' הנ"ל וע"ע להכנה"ג יו"ד סי' ל"א הגהב"י אות כ"א דכת' דעת רה"פ דבעו מתהפך:

אלא דנר' דעכ"ז אין לערער על חטי שמורה אע"ג דאינו מתהפך מפני דכו"כ מהגדולים העלו דאין לחוש ע"ז ורבני האחרונים נמשכו אחריהם ועבדו עובד ומלבד הפוס' שציין הכנה"ג שם ע"ע בחוט המשו' להרי"ד שהובא שם כמה תשובו' מהג' דל"ב מתהפך וע"ע להר' שו"ג בכלליו כ' פ"ו פ"ז פ"ח שהסכים כן ושכן דעת מרן ובכמה מקו' שהעלה כן וע"ע להר' שער אשר בחא"ה ובסוף חח"מ דל"ב מתהפך וכ"כ הכפ"א ח"א י"ד סי' ו' דהסכמת כל רבני האחרו' דחשיב ס"ס אף שאינו מתהפך ע"ש וכ"כ כמה מהאחרו' דל"ד מרן הוא דל"ב מתהפך ובמ"א הארכתי עוד בזה ואין לי פנאי להאריך עוד:

ועוד מה שנסתייע מדברי רש"י דבעי מתהפך לא כן אנכי עמדי דמלבד דהפוס' הביאו משם רש"י להוכיח דל"ב מתהפך ע' בפר"ח שם בכלל י"ג והר' שו"ג שהוכיחו מדברי רש"י ע"ש וכ"כ ג"כ עוד פוס' אחרים מכמה מקו' ע"ע לא עט האסף ועוד דאם איתא דה"ט של רש"י ק' דוגמא לס"ס הזה איתא בש"ס ר"פ האשה איש ואשה שעשו צרכיהם לתוך הספל דעביד הש"ס ס"ס מן האיש ס' מן האשה ואת"ל מן האשה שמא ממקום מכה בא וכדפרש"י נמי שם ע"ש והספק של מי רגלי בהמה דעביד רש"י עדיף מזה:

ולע"ד יר' דבכה"ג דהספקות הם בפנינו ואנחנו רואים בהספקות דהצד האחד הוא מותר גמור ולצד הב' בהא ודאי כל אפיא שוין דשרי דהא ודאי ה"ט דמתי' בס"ס הוא משום דאיכא רובא להיתר והרי אין לך רוב להיתר יותר אלא דהיכא דאנחנו רואים שיש ס' איסור ורוצים לבדות מלבנו עוד ס' אחר כדי להחשיבו כרוב אז צריך שיהא מתהפך כדי שיהא חשוב כרוב:

ועוד נר' דמה שרצה כת"ר לומר לישב דבריו דמשום דאינו מתהפך ל"ח ס"ס הוא היפך כמה גדולים דהרואה יראה להר' מ"מ בח"א א"ח סי' ב' ובמקו' אחרים דרמי ומק' ע"ד הפר"ח דכת' דבס' נגע או לא נגע דחשיב שאינו מתהפך שמא נוי שמא ישר' דאם איתא להא איך כתב רש"י בדין זה דהוי ס"ס דהא כי אמרינן ס' אדם ע"כ בודאי עמא הוא דאל"כ מאי איריא וכו' יעו"ש דמפו' יוצא מדבריו דהבין בדברי רש"י דס"ס כזה קאמר רש"י דמותר בכל התו' וכמו שהבינו התוס' ג"כ אלא דאפי"ה קאמר דשורפין ומתבאר דבס"ס כזה לכ"ע ואפי' למאן דבעינן מתהפך מהני וע' להקרבן ליצור די"ג דישב דברי הפר"ח מקו' המ"מ דאינו דומה הס"ס דרש"י למ"ש הפר"ח דבס"ס דרש"י ודאי דהוי מתהפך עש"ד וע"ע בס"ס קול יעקב בחי' אחיו דישב דברי רש"י מקו' דמירי ברה"י ע"ש ונמצא דלדעת הפר"ח ודעימיה הרי הוכיחו מדברי רש"י דל"ב מתהפך אדרבא הוכיחו מדברי רש"י אלו דהא נמי חשיב מתהפך ומלבד כל האמור אף אם ירצה כת"ר לפרש לדברי רש"י היפך כל הפוס' הנ"ל והיפך מ"ש בשמו דמאי דשורפין בס"ס כזה הוא משום דאינו מתהפך מה יענה למה שעשו בש"ס ר"פ האשה ס"ס כה"ג ודוגמתו ימצא ג"כ במ"א וע"ע במ"ש הרמב"ם פ"ט מה' פרה דכת' וז"ל מים מקודשים שהניחם מכוסים ומצאן מגולים אם אין חולדה יכולה לשתות מהם הם טהורים מפני שיש כאן ב' ספקות ס' בהמה ס' אדם ואת"ל אדם ס' עמא ס' טהור ע"כ ולפי"ד המ"מ והקרבן אליצור נר' דס"ל דבכה"ג חשיב מתהפך כנ"ל אלא דמדברי שאר הפוס' אין נר' כן וכ"מ להר' מהר"י ששון בס' בנ"י בתשו' סי' ט' דרי"ג דהוכיח כן משם וע"ע במ"ש רש"י בפ"ק דחולין ומלבד מש"ל

דאין לפרש בדבריו דס"ל דל"ח ס"ס עוד זאת גם ממ"ש שם מוכח דס"ל דחשי' ס"ס ואם היה פנאי עמדי הייתי מאריך עוד:

אבל מ"מ נר' דבגוונא דס"ס דעביד רש"י דהמ"ר בפנינו ותו"מ יפול הס' אם הוא דבהמה והוא טהור או דשל אדם ויש ס' בו לכ"ע שרי משום דצד האיסור מיעוט הוי ול"ב מתהפך והא עדיפא ממ"ש הרמ"ע והסכימו עמו הפוס' וע"ע במ"ש הכנה"ג שם בסוף אות כ"א וכ"ב ע"ש וע' להקול אליאו חי"ד סי' שתמה ע"ד הפו' דבעו מתהפך מהש"ס דפ' האשה הנ"ל ומלבד דלפי מ"ש נר' דבכה"ג כ"ע מודו ועוד נר' דהיה בהעלם עין ממ"ש הר' מ"א בס' משאת משה בכמה דוכתי ודוק כי קצרתי:

ועו"ן במה שכתב להשיב ע"ד הר' דהס"ס אינו מתהפך דל"מ די"ל דהוי מתהפך שפיר והוא זה ס' אי נשותיהם אינם א"א כדברי הרדב"ז וכיון שכן למ"ש ממזרו' ואת"ל דהוו א"א שמא לא אירע בהם פיסול ונהפוך הוא שמא לא אירע שום דבר בגרושי' וכו' ואת"ל אירע לא איכפת מפני דאעיקרא אינם אשת איש ואין לחוש אלא דמצד אחר יש לפקפק קצת דאולי לא הוי זה ככל ס"ס דעלמא דהוי בענין אחד לא כן דבקדו' הוי מקו' מה"ת והס' הב' הוא אם אירע פיסול ואולי י"ל דבכה"ג ל"מ וכמו שמצי' בס' אחר וס"א בתערו' וגם ס"ס בתרי גופי אלא שיש לדחות וע"ע להר' מרכבת המשנה אשכנזי בסוה"ס דכת' לישב דברי רש"י דס"ל משום דהוי כמ"ש גבי שם אונס חד הוא ובס' שבת של מי ובס' מתן בסתר ה"ד וקלסיה והעמיס זה בדברי התוס' ואחרי המחי' אינו מחוור בעיני דדבריו הם היפך כמה גדולים דחשבו ס"ס כה"ג ונדון דרש"י עדיפא מכולהו ולפי"ד יש לבעל כמה וכמה ס"ס שעשו הפוס' וגם מ"ש מני"ר בנ"ד דהוי כמו זה דש"א חד הוא אינו נוח לי ולא אוכל להרחיב מסיבות שאיני בקו הבריאות והוא דוחק אותי לקיים מצות שילו"ח יפשא"ק כי הדבר נחוץ וכל מה שאני כותב הוא מהרשום בזכרו' מבלי חפוש בסהפ"ו כיון שא"ץ לענין דינא רק להשתעשע בד"ק דוקא כי לענין דינא הא ודאי יפה הורה לאסור וכמו שכבר כת' בקונ' הא' מזה זמן יותר מב' שנים על הנדון הזה עצמו:

ולמודעי אני צריך כי אחר ימים ששלח מני"ר פס"ד עוד חזר ושלח קונ' אחר מה שחזר להשיב ע"ד הר' הג' מהרא"ח יצ"ו במה שהשיג ע"ד וכבר מילתי אמורה לכמה סיבות האמו' כי לא אוכל וגם כי רו"ם אינו מניח לי פנאי לעמוד ע"ד כדי להחזיק עוד אף שלע"ד א"ץ עוד כי לפי מ"ש בקונ' הא' ד"ב רק שיש לשאת ולתת באיזה פרע בנמצאו ע"כ ופסו' כי הוא מקצוע גדול וכיוצא כדי להתלמד במ"א וכיוצא בזה:

אבל לא אוכל להתעלם במה שהשיג הר' הנ"ל ע"ד ועל מע' הר' הגדו' מירושת"ו במה שסמכו על הוראת הרה"ג מהרמ"ס ובדה"ץ ז"ל באומרו כי אולי נתבררה וכו' וכמה גדו'

ד"ח שאמרו אין למדים הל' וכו' וכ"ש שאין לפנינו מעב"ד ומני"ר השיב דלא יקרא זה אלא הלל"מ מכיון שנמנו וגמרו וכו' ודבריו באו בקצור כי איך ישתוק בזה ויקבל דבריו בזה ואדרבא צ"ל דכיון דלא היה כ"א רק בשוא"ת מי יוכל לידע טעמם ואף כי נתרץ דבריו דדבר כזה שהיה בפרסום רב ולמדו בחבר עיר באותו זמן שהיתה לבנה במילואה ולא היה מי שערער הרי נודע לכל שעלתה הסכמתם שכל הקראים הם אסורים לבא בקהל וכן יצא הקול בעיר עדין יכול לערער:

אלא שלע"ד לא דק בזה דאיך העלים מכמה גדולים קמאי ובתראי וספרין פתיחו דאתו ממולאי דבכל דבר דמספק"ל לענין הדין הם סומכין על מעשה רב ואעפ"י שלא פי' בשעת מעשה ואמרו בפי' הלל"מ מפני שלא נאמר זה וכיוצא בזה דאין למדים כ"א דוקא היכא דהוא נגד הכלל או דהמעשה הוא נגד רו"ב ורו"מ והמעשה הוא נגד הכלל או נגד הרבים אז ודאי לא פסקי' כמעשה רב ואעפ"י שגם דבר זה סובל אריכות עכ"פ ארשום מעט ממה שרשום בזכרו' ע' תשו' הרשב"א סי' של"ה והרמ"ה בחי' לבתרא ובכללי הכנה"ג סי' ע' ולהר' י"מ מע' האלף אות ע"ג ומער' המ"ם אות תכ"ג וע"ע שו"ת בנימין זאב סי' קל"א והר' מהרימ"ט ח"א סי' פ"ג וכמה עוד בתשו' אחרו' ואפי' למה שנר' מדברי די"ל שמא טעה במה שהעידו על מעשה הלז הא ודאי ל"ש זה:

וכ"ש בדבר כזה דכך עלתה הסכמת כל האחרו' דאם היה להיפך שהיו מעידים שהורו להיתר שהוא היפך וסוגיין דמורים היה שייך לומר אין למדים הל' מפי מעשה וע"ע במ"ש הר' יוסף אומץ סי' ז' ודו"מ ואו"ב הנלע"ד כתבתי:

הצעיר **שלמה אליעזר אלפאנדארי** ס"ט

אנכי אב"א ס"ט תיתי לי ששמת לבי ונעזרתי דאיכא תנא דמסייעא לי שנתכוונו שנינו לדבר אחד בהוראת איסור הקראית הנ"ל. והנה הרה"ג הנ"ל יצ"ו שלח אלי גם טופס הפס"ד שכתב הוא מזה שנתים ימים על נדון זה עצמו והשיב אחור דעתו של ה"ה כמוהר"י אבולעפייא יצ"ו המתירה עד שחזר בו מהוראתו והודה לאיסור. ובאמת ראיתי לו להרה"ג כמוהרש"א יצ"ו הנ"ל בפס"ד הנ"ל שעמד ע"ע זה עמידה שיש בה סמיכה והאריך הרחיב למעניתו ברוחב מבינתו. ותרב חכמת שלמה בכל מה שנוגע לצדדי וסעיפי דין זה בראשונים ואחרונים. לא כן אנכי עמדי הגם שדרכתי בקצות דרכיו וברוב ענייניו לא היה לי עת וזמן לפלפל ככל הצורך בכל המסתעף. ולכן אמת יהגה חכי כי חפצתי בכל לב להדפיס פסקו הנ"ל בספרי זה אך בהיות כי העת נחוץ וההוצאה מרובה לא יכולתי כעת להדפיס כל הפס"ד של הרה"ג הנ"ל פה ובלי נדר בחלק אה"ע הנקרא ונשא אהרן אם יעזרני ה' להוציאו לאור אדפיס את הפס"ד הנ"ל בשלימות כי חביבים

עלי דברי דודים ופה אציגה נא בזה עתה רק הודאת ה"ה כמוהר"י אבואלעפייא יצ"ו ותשובת הרה"ג כמוהרש"א עליו גם בעד התנצלותו:

דרופתקא דאוריתא הכא הרנימי נהוריתא ידידי מע' הרה"ג מעוז ומגדול דין הוא הדר כמהר"א אלחדיף יאיר אורו והיה אדירי וישל"א:

מאחר עלות גדול הש' כדמ"ל ובא האות לו להודיע כיום אתמול מכתבו הגיעני וכבר מזה ג' ימים ששלחתי קונטריסי בודאי שהגיע לידה"ק ולא יכולתי ליחד אליו הדבור מפני שלא היה יכול להתעכב ותו"מ מסרתי לו וראיתי בדב"ק כמלונה במקשה על איחור שילוח קונ' ותמהני על צדיק שכמותו כי מן הראוי היה לדון לכ"ז הן ידיע ליהוי כי כשהגיע לידי פס"ד לא הייתי בקו הבריאות ועכ"ז לקיים שפיר גזרתו לפי רוב אהבה רחמתין עזיזא תו"מ חפשתי אחריו כמו ג' ימים בטורח גדול עד שמצאתי העתק דוקא והיריעות הראשונות קרועות ומטושטשות הוכרחתי בטורח גדול כותב ברצי כסף ואלו הימים היה מעתיק קצת ולפי שראיתי שיאריך הדבר כי עוד חדש ימים לא יגמור לכן גמרתי בדעתי לשלוח כמות שהוא ולא יכולתי אפי' לעמוד עליו על איזה ט"ס ועליה דמר וחכמי יש' יצ"ו סמיכנא לשום עינם עליו כי גדל הכאב עלי ודין גרמא כי לא באתי בארוכה רק מעט לפלפולא בעלמא מחדש לפי הרשום בזכרו' כי היכי דלא נילף ריקם ריקם וכבר מילתי אמורה שם דלענין דינא פי כפיו כוותיה וכטעמיה דמר ומתוך מ"ש בקו' דבריו חזקים ואינם צריכים עוד חיזוק ומחמת המהירות וע"ט נחוץ לא יבצר שנשמטו איזה דברים אעפ"י שאינם צריכים רק חנ"ה היא מדברת לציין בקונ' הא' דמשום מע"ב אפי' בס"ס לא שרי דברי הר' מחנה אפרים בני' להרמב"ם פט"ו מא"ב דח"י וג"כ בסיומא דפסקא לציין שם והגם דלגבי דידי האריכות עוד בזה אך למותר עכ"ז כדי לבעל מי שיערער על מני"ר נר"ו ובדה"ג שבירושת"ו שנסתיעו ממעשה דהרה"ג מהרמ"ס ובדה"ץ. הן עוד נביא מ"ש בס' צמח דוד למהר"ד גאח בדפוס חדש בח"ג עמוד רי"ג ובשה"ג חדש וז"ל בעת ההיא שלחו הקראים צירים נאמנים אל רבני ד' ארצות קראקא פויזנא לעמבערג לובלין אשר נאספו בכל שנה ביום השוק לשפוט כל דיני פולין וריבותיהם לבקש מאתם רשיון לבא אליהם ולהתוכח עמם והבטיחו להם לקבל עליהם עול תשבע"פ אם ינצחו אותם ואחרי אשר נואצו הגאונים מה לעשות קם הגאון ר' שמואל רב בקרעמניעץ וענה להם תשו' נחרצה קראי"ם אינם מתאחי"ן לעולם ע"כ ומאחר שכן הסכימו כל רבני וגאוני אשכנז ג"כ כס' רבני וגאוני הספרדים שבירושת"ו זה לבד די והותר מכיון שנאסר במנין וד"ב ועהס"ר לציין ג"כ זה שם בסו"ד. הכ"ד בע"ט נחו"ץ נא"ה דשו"ט כנה"ר שאינו פוסק:

הצעיר **שלמה אליעזר אלפאנדארי** ס"ט
וזאת תשובת הרה"ג כמהר"י אבואלעפיא הי"ו ע"ד הרה"ג כמהרש"א הי"ו וז"ל
הן כל יקר ראתה עיני האי פס"ד אשר כוננו מעשה ידי קודש הר' הגאון המפו' מארי דאתרא כקש"ת כמוהר"ר שלמה אלפאנדרי יצ"ו יחיש"ל כיר"א אשר האריך הרחיב למעניתו כיד ה' הטובה עליו ונשא ונתן באמונה בענין הבני מקרא לאסור איסר מלקרבם ולהכניסם תחת כנפי שכינה כאשר העלו הלכה למעשה רובם הפו' ז"ל ראשו' ואחרים כל בתר איפכא ממ"ש אני עני בסה"ק פנ"י ח"ו הנד"מ אשר שם נשאלתי בזה והעליתי בעניותי להלכה להתירם ולקבל להתגייר כשיקבלו עליהם דברי חברות כאשר יראה הרואה שם בתשו' הנז' יעו"ש ומני"ר הר' הגאון הנז' כת' בתשובתו הנז' בראש אמיר כי בראותו את דברי הנז' שהעליתי להתיר כנז' עמד הוא מרעיד וכו' ככל הכתוב בד"ק יעו"ש:
אנא דאמרי שלא ידעתי מה כל החרדה הזאת עד אשר עמד מרעיד וכו' כאילו ח"ו היתרתי דבר האיסור לכ"ע בלי סמך ומשענה ח"ו חס ליה לזרעא קדישא זרעא דאבא למעבד הכי כי מנעורי ועד עתה בכלל מוראי הוראה אני כאשר יעידון יגידון עלי דידי כל המכירים אותי בטבעי ומזגי וכן עשיתי גם בדין זה שכל כסא וסמוכות שלי הם המה בעזרי והמה הרהיבוני ונתנו בנפשי עוז לסמוך עליהם להתיר והן המה גדול המורים הרדב"ז ז"ל וחכמי דורו והרה"ג מהר"י בי רב ז"ל והרמב"ם ז"ל ורבינו אברהם הנגיד וחכמי דורו וב"ד ז"ל אשר כולם כאחד עלתה הסכמתם להלכה להתירם לבב"ק אחר הגירות וכמו כן העלה הגאון רבינו ברוך ז"ל הו"ד בס' בשמים ראש ז"ל והסכים עמו שם הג' הר' בעל כסא דהרסנא ז"ל יעו"ש וגם הר' תפארת ישראל הסכים כן להלכה ולמעשה כמ"ש בעניותי שם משמו יעו"ש וא"כ איפה אין להאשימני אם אני הדל סמכתי עליהם ז"ל להתיר כוותייהו וכטעמייהו ואין מקום עוד לעמוד מרעיד על הוראתי הנז' ולמה זה לו נר"ו להגדיל המדורה לעיני כל רואה בתשובתו הנז' להיות עומד מרעיד ומשתומם עלי דידי איך יצא מתחת ידי שגגה כזו להתיר את האיסור ח"ו וכל לגבי דידי אנכי הרואה שכדאי לסמוך על הגדולים הנז' ז"ל אשר העלו להתיר להלכה ולמעשה דביכול הכתוב מדבר לסמוך עליהם ועל הוראתם הנז' אפי' שלא בשעת הדחק כי מי לנו גדול מהם כידוע ומאן דפסיק וסמך עלייהו לא משתבש והגם ששאר הפוס' ז"ל ראשו' ואחרו' חלקו על הרדב"ז ז"ל ואסרו איסר לאלו הקראי'ן שאינן מתאחי"ן כלל משום חשש ממזרות כאשר האריך רו"ם כת"ר יצ"ו לאסוף ולקבץ את כל האוסרין והסכים כת"ר שהם רבים נגד הרבנים המתירים ז"ל ככתוב בד"ק יצ"ו הנה גם להוראת הרדב"ז ז"ל

הסכימו עמו רבני וחכמי דורו ז"ל כאשר העיד בגודלו הר' מוהריק"ש ז"ל בס' ערך לחם אה"ע סי' ד' וגם בתשו' הר' הנז' שבס' אהלי יעקב סי' ל"ג האריך הרחיב לבטל דברי האוסרים ויצא לישע בעד הרדב"ז ז"ל ודחה כל ראיות האוסרין ועשה מעשה רב להתיר לאחד קראי להתגייר ולחסות וכו' יעש"ב נפלאות מתורתו ואפשר שגם הם רבים המה במנין כת האוסרין ומי מנה סברות אלו ואלו וראה אמת שאני הדל באלפי כעת הדרי בי והריני מבטל דעתי הפעוט נגד כת הרבני' האוסרים ונגד דעת עליון רו"ם כת"ר נר"ו אשר הסכים עמהם לאוסרם דלא תענה על ר"ב כתיב וכמ"ש לקמן בס"ד ומשם באר"ה:

אמנם לא אכחד תחת לשוני מה שיש להשיב כהלכה עכ"ד השגותיו של רו"ם כת"ר אשר השיג עלי דידי רו"ם כת"ר נר"ו בתשו' הרמת"ה הנז' כדי שלא תהיה שתיקה כהודאה דאם הלכה נקבל ואם לדין יש תשובה ואני עני בא להציל עצמי מדחיותיו כאשר אבאר בס"ד:

ואען ואומר במה שנוגע לדידי ולהשיב עליהם ולתקן דברי עצמי מכל השגותיו תחילה וראש במ"ש כת"ר נר"ו וז"ל אשר עפי"ה וכו' לא היה מן הצורך להשיב וכו' דלפי מ"ד וכו' מלבד דרבו עליו כו"כ וכו' ועוד זאת וכו' עכ"ל נר"ו לזאת אשיב שכבר כתבתי לעיל כי גם הרבנים המתירים הם רבים ג"כ כי רבינו אפרים הנגיד ז"ל וחכמי דורו ז"ל ועשו מעשה רב להתיר וגם מהר"י בי רב ז"ל הסכים להתיר וכו' כנז"ל ומי יודע מנינם ומספרם ואפשר שאם נעמוד למנינם יהיו יותר רבים מהאוסרים דמי מנה וכו' כנז"ל:

ומ"ש עוד מני"ר נר"ו וז"ל וגם להרדב"ז ז"ל דקי' כסף לא חיילי ה"ה מקודשת מצד קי' ביאה וכו' עכ"ל אנא דאמרי דהרדב"ז ז"ל ס"ל למר דגם קי' ביאה צריך שיהיו בעידי ישראל דוקא דמ"ש הרדב"ז ע"ד הר"ש ז"ל דמיירי בעידי ישראל דוקא אכולהו קאי בין קי' כסף בין קי' ביאה גם צריך עידי יחוד מבני יש' הכשרים להעיד ולא סגי ליה להרדב"ז ז"ל בעידי שמיעה וידיעה כי הגם כי הכל יודעים כלה למה נכנסת לחו' וכו' מ"מ אין יכולים להעיד שנכנסה לחופה ונבעלה לשם קי' כידוע. (אה"ב ועי' במ"ש אני ב"א בתשו' להרה"ג הא"ח נפשינו שלדעת מרן ומור"ם ל"ב עידי יחוד יעו"ש ואנן אין בנו כח ורשות מספיק לדון מדי"ז ובפרט בדין ערוה החמורה ובזה אזדא ליה כל דבריו שכתב ע"ד) ומ"ג שאלו הקראין הם כופרים בתו' שבע"פ אינם מצריכים עדים לא לקי' כסף ולא לקי' ביאה כיון דלא ילפי דבר דבר מממון ולא קיחה קיחה בג"ש משדה עפרון וכמו שהעיד בגודלו הר' מהריק"ש ז"ל בתשו' סי' ל"ג הנז' ששלח שני אנשים כשרים מיש' בעת נישואי קראי אחד והמה ראו שלא היו עדים אפי' מהם ומהמונם בלא קי' כסף כלל כ"א היו מזומנים כו"כ קראים מבני מקרא לשמוח בשמחתם ולא נתייחדו לעדות כלל לא בקי' כסף ולא

בקי' ביאה כנז"ל. וא"כ עכצ"ל דמ"ש הג' הר"ש ז"ל שהם מקו' מה"ת בכסף או בביאה דמיירי דוקא בעידי ישר' בין בקי' כסף בין בקי' ביאה ואפי' הם עצמם אינם מכוונים בביאתם לשם קי' ואנן סהדי בזה דתפסי פשוטו של מקרא כי יקח איש אשה ובעלה בלא עדים ובלא קי' היפך תוה"ק כידוע:

ומ"ש עוד כת"ר וז"ל שרבו המתירים וכו' הא ודאי ליתא וכו' ע"כ ואני הדל לא כתבתי בפס"ד הנז' שרבו המתירי' על האוסרים כדי להשיג עלי רו"ם כת"ר נר"ו כ"א דקדקתי לכתוב רבו המתירים כי לא יכולתי לעמוד על מנינם וכו' דמי מנה וכו' כנז"ל:

עו"כ מני"ר נר"ו וז"ל גם מ"ש בכת המתי' להג' רבינו ברוך ז"ל וכו' ודאי לא שמא מתייא וכו' ע"כ לזאת אשיב שאני הדל סמכתי ע"ד הג' הר' נו"ב ז"ל שהוא הבין בפשי' דהר' ז"ל אייריי בקראים הנמצאים בזמנו ובזמנינו זה דוקא כמ"ש בהדיא שם שהקדמונים התירו ואין בידו לאסור ופי' עלה הג' פ"ת ז"ל באה"ע סי' ד' שהקדמונים הללו הם המה הר' ברוך והרדב"ז ז"ל וגם הר' כסא דהרסנא ז"ל אחר תשו' רבינו ברוך ז"ל הנז' כ' בפי' דאיירי על הקראים הללו שאנו עסוקים בהספדם וקאי כהרדב"ז ודעימיה ז"ל ושם במפתחות בשמים ראש כת' על תשו' זו דרבינו ברוך ז"ל דאילו היה רואה מור"ם ז"ל תשו' רבינו ברוך ז"ל הלזו היה מטה כלפי חסד להסכי' כרבי' ברוך ז"ל יע"ש ובאמת שכן מורים בהדיא דברי ר"ב ז"ל ולא על כת אחרת כלל וז"ב לענ"ד (אה"ב אתה המעיין בתשו' הנז' ומשם תשו' מוצאת כיון שהם אנוסים וכמש"ל ומ"ש שם באמת שכן מורים בהדיא דברי ר"ב ז"ל ולא על כת אחרת כלל הרואה יראה דאיך מוכח דהרי ר"ב אית ליה דקידושיהן קידושין וגטיהן גט ועל כת הקראין לא יאמר כן וכאשר תראה למע' הגאון המעלות לשלמה הי"ו שדקדק כן מדבריו והוא דקדוק ישר ויפה כנלע"ד):

עו"כ הרב עליון המ' שלמה נר"ו וז"ל עוד ראיתי וכו' שנסתפק בדעת מרן וכו' ואולי הוא מפרש כמ"ש הרדב"ז ז"ל וכו' ע"ס הלשון עכ"ל. וזאת אשיב דמלבד דהכי משמע מד' מרן ז"ל בב"י שם דסייעו להג' הר"ש ז"ל ואמר מר עלה דהכי משמע מדאמרי' בפ' י' יוחסין גבי בנות כותים דמפני מה אסרום מפני שהיו מיבמין וכו' והא ודאי שהיו מקדשין בעידי ישראל או בעדים שלהם שהיו כשרים לעדות קודם הגזרה כיון שהם גירי אמת וא"כ מוכח ודאי דגם נדון הר"ש מיירי בהכי שהיו הקידו' שלהם בעידי ישר' דוקא וכדאוקים להו הרדב"ז ז"ל. ועוד זאת כיון דמרן ז"ל בח"מ סי' ל"ד סל"א פ' להדיא וז"ל דאפיקורוסין פסולי' לעדות והם פחותים מנכרים ע"ש א"כ אין לך אפיקורוסין גדולי' מאלו הצדוקים שהם כופרים בתשבע"פ לגמרי וכן מצינו להרמב"ם ז"ל בפ"ב מהל' עירובין שביאר להדיא על אלו הקראים כגון צדוק וביתוס שהם אפיקורו' גמורים יע"ש וא"כ כיון שמרן

ז"ל פסלי לעדות לגמרי מה"ת איך אפש"ל שהבין בדעת הג' הר"ש ז"ל דמקו' מה"ת דמיירי בעדים שלהם כיון שהם פסולים לעדות כנז"ל וא"כ מוכרחים אנו לומר בדעת מרן ז"ל דהוא המבין בד' הג' הר"ש ז"ל דאיירי בעידי ישר' דוקא וכמ"ש הרדב"ז ז"ל דהגם דנימא דאלו הבני מקרא הם חשיבי כאנוסים כתינוק וכו' כמ"ש הרמב"ם ומרן ז"ל בב"י או"ח הל' עירוב מ"מ הם פסולי' לעדות לענ"ד כיון שכופרים בתורה שבע"פ והתו' אמרה אל תשת ידך וכו' וכמ"ש מהריק"ש ז"ל בתשו' סי' ל"ג יע"ש וז"ב לע"ד ועוד נר' ברור לע"ד דודאי מרן ז"ל אינו חולק עם רבו מהר"י בי רב שהתירם כמו שהעיד בגודלו הרדב"ז סי' ע"ג והמבי"ט ז"ל ובודאי שגם מרן ז"ל יסבור ולא ידע כוותיה וכטעמיה דרביה וכהרדב"ז ז"ל וכטעמיה ז"ל כנלע"ד. אשר בזה הרווחנו דאין אנו צריכים עוד לעשות ס"ס נגד מרן ז"ל כיון דגם מרן ז"ל הוא מכת המתירין כנז"ל:

עו"כ מני"ר נר"ו וז"ל עוד ראיתי וכו' שאין לפקפק בזה מצד שהרדב"ז וכו' עכ"ל לזאת אשיב דעם דיש מקום אצלי לדחות ראיותיו מ"מ אנכי הרואה דא"צ לזה כלל דהאמת הוא כמ"ש כת"ר נר"ו בדעת הרדב"ז ז"ל שהצריך הסכמת חביריו להתיר שכן היה באמו"ץ כמו שהעיד עליו מהריק"ש ז"ל בס' ערך לחם אה"ע סי' ד' ד' ש"כ בפי' שהסכימו עם הרדב"ז ז"ל חכמי דורו כיעו"ש וזה היה בהעלם דבר מכת"ר שלא ראה דברי מהריק"ש הנ"ל ואני בעוניי כתבתי שם בפס"ד כלי בכת"י ששלחתי וז"ל שוב ראיתי בערך לחם למהריק"ש ז"ל בא"ה סי' ד' שהביא תשו' הרדב"ז ז"ל הנז' וסיים עלה שהסכימו עמו חכמי דורו ז"ל יעו"ש וע"ע בתשו' מהריק"ש סי' ל"ג שבס' אהלי יעקב שהאריך למעניתו לחזק ולקיים דברי הרדב"ז ז"ל בהוראתו הנז' ודחה כל דברי מהרש"ג ז"ל שסתר דברי הרדב"ז והוא ז"ל יצא לישע לדברי הרדב"ז הנז' והסכים עמו להלכה ולמעשה להתירם בשופי גמור יעש"ב עכ"ל שם והמדפיס השמיט ב' שורות אלו מהדפוס בטעות שרי ליה מאריה:

ומ"ש עוד כת"ר נר"ו דגם הרדב"ז ז"ל בל' אפשר אמרה למלתיה וכו' ע"כ לדבר הזה יסלח האדון כי לא הביט בעין יפה בד' הרדב"ז בחדשות סי' ע"ג הנז' שכ' בפשי' שלא בדרך אפשר אלא בלשון דוקא דאיירי הר"ש הנז' ז"ל בעידי ישר' דוקא יע"ש הרי שדקדק וכתב בפשי' ובל' דוקא ולא בל' אפשר וא"כ הגם שבשאר תשו' של הרדב"ז ז"ל הם המדברים בפרט זה כתב שם בל' אפשר מ"מ ילמד סתום מן המפורש שכ"כ בסי' ע"ג בפשי' ובל' דוקא כנז"ל ועוד לא נעלם מכת"ר נר"ו דכל לשון אפשר שכותבים הפוס' ז"ל אינו אלא לשון ודאי ולא בלשון ספק כמ"ש הר' מהרח"פ ז"ל הוב"ד בסו"ס שם שלמה שבסו"ס

יקר הערך דכ"ו ע"ב שאסף איש טהור כל להקת הפוס' הסי' כן יעש"ב ע"ע בס' גנזי חיים בדגל הקי"ל אות ט"ל שחזר וציין לדבריו הנז' יע"ש:

ומ"ש עוד כת"ר נר"ו דגם הג' הר"ש ז"ל לא דיבר על איש פרטי וכו' ע"כ אנא דאמרי דגם הרדב"ז ז"ל לא דיבר על איש פרטי כ"א ע"כ עדת מרעים הקראים הללו כמ"ש כת"ר בדברי הר"ש ז"ל ופשוט:

עוד כתב רו"ם כת"ר נר"ו על מ"ש אני עני דאיכא תרי ספיקי דהם אלו וכו' שגם דברים אלו פלטם הקולמוס וכו' דאיך יעלה על הדעת לומר דיש להסתפק בס' ממזר שהוא מותר גם מדרבנן וכי' ע"כ. לזאת אשיב דכיון דקז"ל אמרו בלשון זה ס' ממזר אסור א"כ כל לשון ספק משמעותו ב' צדדים חד לאיסור וחד להיתר דהיינו שמא הוא ממזר ואסור או שמא אינו ממזר והוא מותר גם מדר' והא ודאי דס' זה מצטרף לס' אחר והוא זה כנז"ל כאשר למדתי מד' הג' שער אשר ז"ל ככתוב אצלי שם שכל מקום שאמרו חכמים בפי' בלשון ספק מצטרף ס' זה עם ספק אחר וזה דומה ג"כ שבס"ס שעשו הפוס' ז"ל שהצריך הרמב"ם ז"ל בענין מת וקברתיו וכו' דחיישי' לבדדמי והפוס' ז"ל עשו ס"ס והוא זה שמא הל' כהרמב"ם או כהחולקים ואת"ל הל' כהרמב"ם שמא עד זה לא אמר בדדמי ונ"ד דכוותה ממש וכו' וכמובן:

עוד כתב מני"ד נר"ו וז"ל והנה הגם שלא יש מן הצורך לבטל הס"ס כמו שחשב וכו' מ"מ זו בלבד לא אוכל שאת וכו' דמעלה עשו ביוחסין וכו' ככל הכתוב בד"ק ע"ס הלשון. ולדידי אמינא אחר המחי"ר הראויה אליו כפי כבודו ואת גודלו גם אני לא יכולתי שאת השגתו זאת דהא איסור ס' ממזר מפו' בתורה כדאיתא בגמ' ממזר ודאי לא יבא ממזר ס' יבא אלא דרבנן אסרוהו מס' א"כ הו"ל כמו דין השפחה דאין איסורה אלא מדרבנן כד' מהרשד"ם ודעימיה בד' הרמב"ם ז"ל וזה פשוט:

ומ"ש עוד משם הר' מש"ל ז"ל שכל חומר הספקות וכו' אינו ענין לנ"ד כלל כמ"ש המעיין. אמנם היינו ודאי הא דאסרו ספק ממזר מדר' היינו ודאי כשהוא ס' ממזר לכ"ע באין חולק שסובר להתיר כלל. משא"כ כה"ג דנ"ד דאשכחן פלוגתא דרבוותא קמאי ובתראי ז"ל הללו איסרין והללו מתירין וכת המתירים ס"ל שאין כאן שום ס' חשש ממזרות כלל באלי הקראים כנז"ל א"כ לא שייך בזה לומר דמעלה עשו ביוחסין דדוקא היכא שיש צד איסור ממזרות לכ"ע אפי' בדר' אזי חיישי' לו' מעלה עשו ביוחסין ולא מהני בהו ס"ם משא"כ היכא דיש מתירין לגמרי גם בדר' לא שייך לומר מעלה עשו ביוחסין דאל"כ בואו ונצווה ע"כ רבנים הגאונים המתירין ז"ל באלו הקראים איך לא חשו להאי דינא דמעע"ב והוא ש"ס ערוך בידינו וגם כת גדולי הפוס' האוס' לא אסרו מט' מעע"ב אלא

הם סוברים שמעיקר הדין הם אסורים משום ס' ממזר ולא עלה על דל שפתותיהם האי דינא דש"ס דמעט"ב וכו' אלא ודאי עכצ"ל כדאמרן דהיכא דיש מתירין לגמרי גם בדר' לא שייך לומר בזה דמעט"ב וכו' וגם אנכי עפר לא הוצרכתי למדה זו לעשות ס"ס אלא לצאת י"ח דעת מרן ז"ל וכמו שכתבתי להדייא הכי בתשו' בפס"ד הנז' פעמים שלש יען שמעיקר הדין הם מותרים לגמרי לד' הרדב"ז ודעי' ז"ל גם בדר' כמ"ש שם דספקא דר' לקולא כיעו"ש:

איך שיהיה האמת אגיד דעם שתקנתי דברי עצמי מכל השגותיו עכ"ז איני תוקע א"ע בדבר הלכה ח"ו מכמה טעמי חדא דאפשר דת האוסרים הם רבו מן המתירים אם נדע מנינם והו"ל מיעוט נגד רוב ול"מ עוד זאת שאם נסכים להתיר אנן בדידן כד' הרדב"ז ודעי' ז"ל נפיק מינה שאנחנו עוברים ע"ד הפוס' האוסרים בקו"ע ועשינו מעשה בידים נגד דבריהם ז"ל לא כן כשאנחנו מסכימים לאסור כד' האוסרים הו"ל עוברים על דברי המתירים בשוא"ת ולא עשינו מעשה בידים כדאיתא במס' זבחים בפלוגתא דר"א ור"י בענין שנתערבו הניתנין מתן ד' במתן אחד דפליג ר"י התם ע"ד ר"א וס"ל שינתנו כולם מתנה אחת משום שלא עשינו מעשה בידים לעבור על בל תוסיף בקו"ע וקי"ל הלכה כר"י יע"ש בפ"ח מ"י וה"ן דכוותה וכמובן ועוד יש להחמיר הואיל ונפק מפומיה דרב רו"ם כת"ר לאסור וגם ידי תכון עמו' להלכה ולמעשה ומי יבא אחרי המלך שלמה נר"ו וה' עמו מלמד שהלכה כמותו אשרי יולדתו אין חקר לתבונתו הלכ"ד אנא זעירא דמן חבריא יסור יסרני יה בחיש הראית ועיני לשמיא נטלית יאיר עיני בתורתו וי"מ וימ"ן והיה זה בח' כסלו ש' צדיקי"ם יוד"ו לשמ"ך לפ"ג ושלום:

הצעיר **יצחק משה אבואלעפיא** ס"ט וזה מה שחזר הרה"ג כמהרש"א הי"ו להשיב ע"ד הרה"ג כמהרי"א הי"ו וז"ל:

ראיתי מ"ש הר' מהרי"א נר"ו ללמד זכות ע"ע ממה שהשגתי ע"ד ולדידי איני רואה שום התנצלות כלל ואפי' כל דהוא ראשו' חזר עוד לכפול דבריו הראשו' בלי צורך וסיים דבריו דאפשר דכת המתירים גם הם כמנין האוסרים ולפי הנר' כשלמד מה שכת' ע"ד לא נתן אל לבו לדקדק בדברי רק כקורא להגיה. ולדידי תמיהתי קיימת ביתר שאת דאחר שראה כל מה שכתבתי מדברי הראשו' שלמים וכן רבים שהם כנגד דברי רבי' הרדב"ז וגם שהרבנים שקדמוהו וגם מרבני דורו חלקו ע"ד וכך עלתה הסכמת כל רבני האחרו' המפו' לאוסרם וכן נתפשט המנהג בכל תפוצות ישר' מכמה דורות לאסור איסר וכו"כ מהר' הגדולים הם אמרו ע"ד הרדב"ז שמה שנסתייע מהרמב"ם ור"א הנגיד דלא זו בלבד דליכא ראיה כלל מזה ושאדרבא מדברי הרמב"ם בחיבורו ובתשו' הוי תיובתיה וגם אני

בעניותי הוספתי נופך משלי להחזיק דבריהם דר' כמבואר בקונ' אין לי צורך לכפול הדברים הלזה יאמר דלא יוכל למנות אותם ומה יאמר ע"ד מהרש"ך שהיה בזמן הרדב"ז וראה לכל מ"ש הרדב"ז ועכ"ז כת' שרבו האוסרין על המתירין ומרגלא בפומיה כאילו קל מן שמיא וכו' שמבואר מזה דכל מה שנסתייע הרדב"ז לא חשבוהו אפילו לסניף וגם הר' פ"מ כת' ע"ד שרוב גדולי הפוס' הסכימו לאסור זה היה די והותר לסמוך עליהם אפי' אם היה להקל ולא נצטרך למנות איתם כ"ש שלא מצא אח"ז הר' פ"מ שום אחד מהפו' שבא להסכים עם הרדב"ז ואדרבא נתוספו אח"כ דור אחר דור כו"כ עד זמנינו שכולם קיימו וקבלו דברי האוסרין ושהכי נהגי ע"ע כמו שהבאתי בקונ' הא ודאי אם יהיה בזמנינו מי שירצה לסמוך ולעשות מעשה להתיר אינו אלא מן המתמיהין והיכן מיראי ופוק חזי לכו"כ מהגאו' מאריות גברו בתשו' שאפי' באיזה הוראה היותר קל מזה דבמחלי' הוא שנוי שהוא דבר פרטי ולדעתם הרבי בראיות שהוא מותר ועכ"ז מפני שלא ראו להרבנים שקדמום שעשו מעשה הם אמרו לשואלים שלא יסמכו על דבריהם ועמ"ש מהרח"ש בתשו' ח"ה סס"י מ"א וע"ע בתשו' פ"מ ח"א סס"י מ"ח ודו"מ ואו"ב ומזה כל ספרי הפוס' מלאים א"צ להעתיק את דבריהם שידוע הוא לכל מי שתופס ספר וכ"ש בדבר כזה דיש חשש להרבות ממזרים דאפי' אם יבא פוסק או גאן להוכיח מתוך הש"ס דלא צייתי' ליה שכבר קיימו וקבלו ונהגו לאסור וכ"ש למהר לעשות מעשה בלי שום ראיה ושום סמך כ"א לתפוס דברי המקילין הידועים לכל מי שתופס. ספר ודברי המקילין כבר נגלו לפני כל הג' ולא הוכשר בעיניהם מי הוא זה שיבא בדור הזה ויאמר שהוא רוצה להורות כדברי המקילין באיסור ממזרות ולא ירא לנפשו:

ומה גם במילתא כדנא שהמתירים שהביא הם אותם שה"ד הרדב"ז והרואה יראה שאין מדבריהם הכרע וכדכתי' ושאדרבה הם אמרו דמדברי הרמב"ם מתבאר שקדו' בעידיהם הם קדו' גמורים ונלע"ד דגם מהרי"ב ומהרש"ה ליכא כ"כ ראיה משום דמלבד מ"ש בקונ' הראשון דהם ז"ל אתו משום דגם הגיטין שלהם כשרים כתחז"ל ודבר זה מלבד דרחוק מהשכל וקשה להאמין דאיך יתכן אחר שאין מאמינים דבעי' לשמה וגם דאינם מאמינים בדברי רז"ל ובתשבע"פ איך אפשר שידקדקו בכל דיני גיטין ושלכן נר' דלא דקדק הר' מהרש"ה יפה אחר המחי' כל הצו' ואפי' אם נודה לו שכך ראה בקושטא אין להוכיח משם לכל מקום ולכל זמן וכן כת' כל הגדו' שלמים וכן רבים דודאי גטיהם פסולים בלי ספק וגם יש לחוש מפני שאין בקיאים בתו' קדו' דיתירו המקו' לעלמא כדכתב רש"י גבי כותים ולכן אין בעדות מהרש"ה להתירם בכ"מ ובכ"ז וכדכת' ג"כ הרדב"ז ע"ד מהרש"ה דשמא שכח מה שהוא מפו' במצרים ושמא מקום שכתב הפסק באיסטנבול וכו' יעוש"ד

שהוכיח במישור דאין להוכיח ממה שראתה עינו לכ"מ ולכ"ז ועוד נר' דהר' מהרי"ב ומהרש"ה לא הורו הל' למעשה שיסמכו ע"ד רק שצדדו כן שיש בדין להתירם בדרך משא ומתן וכן יש לדקדק ממ"ש הרדב"ז בתשו' דסי' ע"ג דכת' שוב העידו לפני שהר' יעקב בירב היה מתיר וגם כהר"ש הלוי היה מתיר והפריז על המידה וכו' ע"כ וממאי דדקדק לכתוב עליהם היו מתירים ולא כתב שמתירים והורו כן נר' דלא הורו כן הל' למעשה וכה"ג כתב הר' מקנה אברהם משם מהרשד"ם וכ"כ ג"כ שאר בעלי הכ' משם מב"י א"ח דדקדקו דממ"ש היה מתיר מבואר דכשבא מעשה לידו לא התיר וחזר בו ע"ש והגם שראיתי בס"ה שדי חמד מער' הה' סי' ק"ח דדקדק ע"ז דמכמה מקו' אין נר' כן מלבד מה שיש לשאת ולתת ע"ד ועוד י"ל דמ"מ מידי ספקא לא נפקא ומ"ג בזה שנר' מדבריהם שלא כת' הל' למעשה וכ"נ מתשו' מהרש"ה שלא כתב ז"ל למעשה רק בדרך לימוד ונר' מדבריו שהיו גדולים ממנו באותו זמן שהם היו בעלי הוראה וכ"נ מדברי הרדב"ז גופיה שאינו סומך עליהם מדכתב בסוף התשו' הילכך אם יסכימו עמי שנים מבעלי הוראה הנמצאים בדור הזה אני מתירה ע"כ ובכן יש להרגיש ע"ד הר' מהריק"ש בתשו' שכתב קודם התשו' שנעשה מעשה ע"י עפ"י ג' עמודי תבל מהר מהרי"ל ומהרש"ה ומ"ו הרדב"ז וכ"כ ג"כ בתחי' התשו' שנר' מזה שלא הסכימו בזמן הרדב"ז כ"א אלו דוקא שמדבריו נר' שהרב לא רצה לסמוך עליהם אלא שבקונ' הראשון דקדקתי בזה שלפי דברי הרב נר' שלא נעשה מעשה בזמנו להתירו בב"י מפני דלא נמצאו עוד רבנים אחרים זולתם וכ"כ הר' מוהרש"ג והא' החותמים בפסק ההוא וכ"ן ממ"ש הר' באותה תשו' דישנית סי' רי"ט דכתב וז"ל ומפני שיש בחקי' זו סכנה גדולה שהרי כמה מש"פ מהם באו לכלל הקהל לא ראיתי להאריך בזה ומוטב שיהיו שוגגין וכו' ומ"מ מודה אני שאם היו מסכימים כולם לבא לר"ח וכו' עד שכתב בסו"ד דכיון דאין האיסור מבורר אם היו מסכי' כולם לשוב אלינו וכו' הוה ממטינא שיבא מכשירא בכלל חברי להתירם ע"כ. דנר' דאינו מחליט ההיתר ג"כ ומפני זה התנה בתנאים ומפני זה לא נעשה מעשה בימיו ומוהריק"ש ז"ל כתב דעשה מעשה הר' ז"ל ולא ידענא דנר' מחלוקת במציאות:

ומ"מ נר' דגם הר' מהריק"ש עיקר סמיכתו הוא על הרה"ג הרדב"ז שהוא מ"ד וכל היראותיהם הם עפ"י הרב ואפי' שיש חולקים עליו ואפי' שהוא נגד הרמב"ם כמ"ש הר' גו"ר וה"ד הר' י"מ ע"ש ומפני זה אשתפיך חמימי על מהרש"ג ש"ג ויצא להליץ בכל מאמצי כחו ע"ד ע"כ מי שיחלוק עליו ואלולי כן גם הוא היה מחמיר כדיראה הרואה בכמה מקומות שהוא מחמיר ובפרט בענין ממזרות וצא וראה מ"ש הר' בתשו' סי' ק"ח שהביא דברי מב"י בא"ה סי' קמ"ז שכת' ע"ד מהרא"ם שהפריז עה"מ לאסור

אפי' בשעה"ד מאחר שהוא במידי דר' ורבו המתירים וכת' הר' שגם הוא לא סמך ע"ס בש"ע וכיצד אנחנו נסמוך עליו שיהיו הבנים ספק ממזרים ד' הרמב"ם מד' ע"כ ואעפ"י שהוא במידי דר' ורבו המתירים ושעה"ד והיינו מפני שגם הרדב"ז שה"ד חושש ע"ז והיא בישנות סי' ק"ה ע"ש ועל כיוצא בזה שייך לו' מ"ש מרן בתשו' א"ה דיני נשואי' סי' ט"ו דס"א עש"ד:

אבל לגבי דידן מלבד כל מ"ש בקונ' הא' י"ל עוד דכיון דעינינו הרואות דאפי' הרה"ג הרדב"ז דרב גובריה ורב חיליה ובכל התשו' משיב מה שנר' לו לדעתו הרמה בסכינא חריפא ובכאן בדי"ז עם שהביא שם למ"ש הרמב"ם ומעשה דר"א הנגיד ומהרי"ב ומהרש"ה ועכ"ז לא מלאו לבו להורות משום חשש ממזרות והצריך עוד ב' מהמורים מרבני דורו שיסכימו להרבות בראיות כוותיה וכטעמיה דוקא. אילו שמיע"ל שהג' ריא"ז ורבי' ירו' וכמה גדולים עמהם שס"ל דהקראים גם בזה"ז ה"ה ככותים קודם גזרה דכשרים מדאור' ושגם הג' הרא"ם ורבני ישיבתו והרה"ג זק"א דס"ל דגם אם נאמר דהם פסולים מדאור' דעכ"ז הוו א"א זו לבד היה די לו לחזור מסברתו מלבד מה שהארכתי בקונ' הא' להרבות עוד מכמה ראשו' דהם נגד תשו' הר' בכל מ"ש וע' למרן בתשו' א"ה דיני נישואין הי' י"ד ובתשו' מהרח"ש א"ה סי' מ"ב דכת' דיש לסמוך ע"ד הרשב"א מפני שהר"ן לא ראה את דבריו:

וגדולה מזאת הרואה להר' בע"ח ח"מ סי' ע"ג דכת' ע"ד הרשד"ם וחד דעימיה ומהר"א חסין ומהר"י הלוי דאילו היו רואים תשו' מרן והמבי"ט דאילו שמיע"ל הוו הדרי ע"ש וכאן תשו' הרא"ם ורבני ישיבתו וזק"א לא נתגלו בזמן הרדב"ז ועי' להר' מהרי"ך בהגהות שתמה ע"ד הרדב"ז דהוא היפך דברי הרא"ם ואין זה מן התימה דלא נתפשט ס' הרא"ם בימיו ועי' להרדב"ז בישנות סי' רצ"ז שכת' אפי' ע"ד הרשב"א דכיון דלא ראה הט' האחר שכת' הרא"ש אמרי' אילו היה רואה הוה מודה וממ"ש הר' מהריק"ש ע"ד הרא"ם אין ראיה כדכתי':

ועוד נר' דלא יתכן דהר' מהרי"ב הוא מסכים עם הר' מהרדב"ז שנשי הקראים אינם אשת איש שהרי כת' הר' בתשו' סי' נ"ו בנ"ד שהעידו על קטנה שנתקדשה והעידו העדים שהיה שלא מדעת אביה ושוב באו אח"ז אחרים שהיה מדעת אביה ונמצא האחד פסול האריך הרב וכת' באמצע התשו' בדב"ק וז"ל וכ"ש בנדון שלפנינו שראו אביה בבית החופה וכו' ואח"כ ישבה עם בעלה כמה חי' ועמדה בחזקת עגונה ואח"כ העידו שהיה אונס בנישואין איך לא יקרא חזקה מי שיש עליו עדים שהיה אביה בחופה ואח"ז ישבה עם בעלה כמה חו' בידיעת כל קהל קראבילום וחזקה זו חזקה גמו' היא ויותר משאר

חזקות שהורגים עליו שבשאר חזקות א"צ אלא שתשב יום אחד עם בעלה בחזקת שהיא אשתו והוא בעלה ואעפ"י שלא יהיה שם עודו קדו' ולא עידי חופה שש אנו פז ובנדון שלפנינו כל הקהל מעידים על חופתה ובישיבתה עם בעלה ומכאן יתבטל מה שכת' עוד שחשב השואל דדמיא להההיא דירושלמי והעבודה שלא חשב השואל דדמי לה ולא לדכוותה אלא שחזקה שלנו היא בידיעה של רוב הקהל בחופתה ובנישואה במעמד אביה מלבד ישיבתה עם בעלה כמה חדשים ואביה במדינה ואין פוצה פה ומצפצף עד אחר ט"ו שנים שקם אחד ושנים וערערו על החזקה וכשיבטל עדותם תשאר בחזקת א"א כמי שאמרנו ובזה יתבטל כל מה שכתב עד מה שאמר ועוד דבההיא דירוש' וכו' יעוש"ד ואין לי פנאי לעמוד היטב בויכוח זה דשו"ע רק נר' לפום ריהטא דר"ל דאעפ"י שאמרו בירוש' סוף קדו' תני איש ואשה שבאו ממד"ה והוא אומר אשתי אין הורגים עליהם משום אשת איש הוחזקו הורגים עליהם וכו' עד כמה היא חזקה רבי יונא וכו' בשם רבי יוחנן עד ל"י ע"כ ופ' הר"ם פ"א מה' א"ב וכו' יעי"ש וס"ל להר' דבנ"ד דיש ידיעה לרוב הקהל בחופתה ובנישואיה עדיפא מההיא דירוש' ולאפוקי ממ"ש הרדב"ז ח"ד דפוס פיורדא סי' תפ"ד ע"ש ולעת הפנאי בס"ד אעמוד עוד בזה. ומ"מ מירוש' הנ"ל ומדברי מהרי"ב מתבאר שאפי' שהי"ל מקודם חזקת פנויה ולא נודע לנו מפי העדים שנתקדשו דעכ"ז הוי א"א מחמת החזקה ואעפ"י שעדים מעידים שהקדו' נעשו בע"כ של אביה והיא מודה ג"כ ואעפי"כ כת' הר' כיון דכ"ע ידעי מחופתה וישיבתה עם בעלה חזקה זו די להחזי' באשת איש גמו' ולע"ד מדברי הירו' הנ"ל זו לבד הוי ראיה גמו' ולהחזיק נשי הקראים באשת איש גמו' אפי' אם היה מקום לומר דמצד העדים לבד לא מהימני ומה גם דליכא שום הכחשה כלל ואין לדחות בדחיות כדי להתיר ערוה ואיסור ממזרים ושלכן אף אם הר' מהרי"ב צידד להתיר אפשר שהוא להתירם לפי מה שהגידו לו שהם נזהרים בכל דבר שיש לאיש לממזרות ואינם כמו כותים אבל לא עלה ע"ד לומר שנשותיהם אינם אשת איש ואף בזה לא הורה ולא החליט המאמר:

עוד כת' ע"ד שכת' דמדברי רבי' ל"ש מתייא וכו' שהוא סמך ע"ד הנו"ב ופתחי תשו' וכסא דהרסנא שהבינו כן דקאי על קראים הללו וקאי כהרדב"ז ושבאמת כן מורים בהדיא ד' ר"ב ולא על כת אחרת ע"כ ולדעתי הוא פלא אם ימצא שום אדם שיאמר כן על ר"ב שיאמר על הקראים הללו שהוא ברור שאינם מאמינים בתשבע"פ ובכל מאמרי רז"ל שהם המבדיל כמו התנאים ושאין שום דבר חוצץ הנוגע בדינים הצריכים וחלילה על כ"ת ר"ב לכתוב כן ואפי' אם היה אומר בפי' בהכרח צ"ל דלא ידע טובן של אלו כמו שלא ידע הבעל כסא דהרסנא בודאי וגם הפ"ת שציין הניח מקום לטועה שיטעה בזה

ולא די במה שטעה בזה וגם שר"ל שכן הבין הנוב"י שנר' ודאי דהנוב"י הוא כיוין דוקא לדברי הרדב"ז ומהרש"ך ואפשר דלא ראה כלל הבשמים ראש ועוד יגדל התימה דאחר שעינו ראה כל מ"ש ר"ב על אותו האיש ומה שסיפר בשבחו וכו' איך עלה בדעתו לומר דקאי בס' הרדב"ז הס כי לא להזכיר:

עו"כ להחזיק סברתו דמרן ז"ל הבין בדעת הג' הר"ש דמיירי כשהקדו' נעשו בעידי ישר' דוקא אבל בסתם קראים שקדו' בעידיהם אינם קידו' מדדימה אותם לכיתים שהם כשרים ועוד דכיון דמרן ז"ל פסל לאפיקו' אין לך אפיקורו' גדולים מאלו וכו' וסיים ע"ז דהגם דנימא דאלו הב"מ הם חשיבי כאנוסים וכתינוק שנשבה וכו' מ"מ הם פסו' כיון שכופרים בתשבע"פ והתו' אמרה אל תבת ידך ע"כ ומלבד דהוא כותב דבר שלא יעלה בשום מחשבה דיש להם דין אנוסים וכתינוק שנשבה ויהיו פסו' דמאיזה ספר למד כן כדי ליחס סברא כזאת בדעת מרן ח"ו דכל המכשיר אותם לעדות כת' דהוא משום דכאנוסי' דמי והרדב"ז ומוהריק"ש שפסלה כת' דהוא משום דאינם נחשבים כאנוסים כ"א מזידים גמורים ועליהם נאמר מורידים ול"מ ובכן מ"ש מרן ז"ל דאפיקורוסים הם פ"ע הוא על אותן המזידים דוקא דמורידים ול"מ ולא על מי שדינם כאנוסים ועוד איך לא הביט עין במה שהבאתי בקונ' מ"ש מב"י בי"ד סי' רס"ז ופסקו בש"ע שם וגם מ"ש בא"ה סי' ק"ל משם ריי"ו דדינם של אלו לענין עדות דהם כמו הכותים וכבר איהו גופיה אזיל ומודה דהכותים קודם גזרה דהם כשרים לעדות וכמו שהוכחתי כן מדברי הראשו' וד"ב שאפי' זה שאני כותב הוא בלתי צורך מאחר שכבר פי' כיחותי בקונ' הרא'. ומ"ש עוד דודאי מרן לא יחלו' ע"ד מהרי"ב הא ליתא דכמה גדו' חול' ע"ד רבם וכן בדין וגם מרן פו' להיפך בכמה דברים ועמ"ש בפני יאושע חאנדאלי דקט"ו וכ"ש בכאן דאינו מוכרח עו"כ שדברי מהריק"ש בער"ל נעלם ממני ואיני יודע מה צורך מאחר שכבר כתבתי תשו' הרב אהל"י והעלתי שלא יש יתרון בדבריו ממ"ש בתשו' ואולי הבין ממ"ש שם שהסכימו עמו ח' דורו הם רבנים אחרים מפו' זולת מהרי"ב ומהרש"ם והא ליתא:

עו"כ עמ"ש בקונ' דהרדב"ז שכתב ע"ד הר"ש דמיירי בעידי ישר' בלשון אפשר אמרו דז"א כי לא ראיתי בטוב דבתשו' דסי' ע"ג שכת' שלא בדרך אפשר אלא בפשי' ועוד דהר' מהרח"פ בסו"ס שם שלמה דכ"ו אסף דכל לשון אפשר שכונת הפוס' ז"ל אינו אלא לשון ודאי וציין דבריו בג"ח דגל קי"ל אות ט"ל:

ואני אומר דאפי' אם היה כדבריו כיון דהרדב"ז כת' בתשו' דסי' תשצ"ו וז"ל ולענין חשש ממזרות איני מודה לדברי בעל השאלה מפני שאין קדו' בעדים כשרים ותקנתם קלקלתם ואפשר שגם הוא לא אמרה אלא בשקדשו בעדים כשרים ע"כ דמבו' בדבריו דגם הוא

מודה דכונת דברי הר"ש הוא בעדיהם אלא שכת' כן בדרך אפשר ורחוק דאולי הוא בעדים כשרים ובכה"ג ל"ש לומר ילמד סתום מהמפו':

ועוד דבר פלא שציין לדברי הר' מהרח"ס מה שהוא כת' להיפך וז"ל אמת דמצי' לרובא דרבוואתא דקיימי כס' הרב"ח ומהראד"ב אחרון דס"ל דל' אפשר הוא ספק ולא ודאי ה"ה מרן ז"ל בב"י א"ח סי' תנ"ו דכת' ע"ד הרא"ש דל' אפשר הוי ספק וכ"כ בתשו' ישנות סי' י"א דח"ן ע"ד על הרשב"א ע"ש וכ"פ מהרד"ך בית כ"ג ח"ב ומהר"ש הלוי סי' מ"ח דפ"ז ומהר"י הלוי כ' ו' סי' כ"ו דק"ח והר' ב"מ שלטון סי' ס"ה וכן נר' מדברי הרשד"ם חי"ד סי' מ' דכ"א שעל תשו' הרשב"א שהביא מב"י יו"ד סי' רי"ד שכת' בל' אפשר שאעג"ב דלא כת' בודאי וכ"כ הר' מ"צ ח"ב סי' מ"ז וכ"כ מרן החבי"ב כנה"ג א"ח סי' תק"ה הגהב"י אות ג' ובתשו' ח"מ ח"ב סי' קי"ט ודק"ל ע"א וסיים דבריו שאילו היו רואים הפמ"א ומהראד"ב דחלו' הוו הדרי בהו ושכ"כ ע"ד השה"ג פ' הגוזל ועוד סיים וז"ל העולה מזה דל' אפשר בפוס' הוי ספק ולא ודאי ע"כ העתקתי דבריו משום דאם מעט הם בעיניו ע"ע מהרא"ש סי' יו"ד ומהר"ש הלוי א"ה סי' ג' בית יעקב סי' קי"א פ"מ ח"א סי' כ"ו בע"ח א"ה סי' ח' אדמת קודש ח"מ ונוב"י מ"ק א"ה סי' ס' ומשנת ר"א בזכרו' וב"ד א"ח סי' תצ"ו ושמן המשחה וקה"י דקכ"א סי' ע"ט שער אשר א"ה סי' ג' דל"ו הרשד"ם א"ה סי' ר"ע ורל"ה וח"מ ח"ב סי' פ"ו קע"ה רפ"ט וכנה"ג ח"מ סי' קע"ה הגהב"י אות ל"ה אבל זכורני שטעות כזה כת' ג"כ בספרו פנ"י ויש אצלי בזכרו' עוד אריכות בזה מכמה וכמה גדולי' אין מספר שכ"כ וכעת ד"ב:

עוד כתב עמ"ש שלא כת' יפה במ"ש דהוי סד"ר וז"ל לזאת אשיב דכיון דרז"ל אמרו בלשון זה ס' ממזר אסור א"כ כל לשון ספק משמעותו ב' צדדים חד לאסור וחד להתיר דהיינו שמא הוא ממזר ואסור או שמא אינו ממזר והוא מותר גם מדר' והא ודאי דס' זה מצטרף לס' אחר והוא זה כנז"ל:

ולדידי מלבד דדבריו מוקשים לפי מ"ש ע"ד בקונ' הא' אין לכפול הדברים ועוד זאת דעם כל מה שהאריך לתקן דבריו לא תיקן כלל ודבריו אין להם שום מובן רק דאנכי כת' בקו' הא' דהוה מצי לאסתיועי ממ"ש הפוס' דכשהאוסרין הם מס' וי"א שהוא מותר דיכולים לעשות ס"ס וכת' דאף דכשהמחלו' הוא באיסור ממזר דמה"ת מותר לכ"ע דבס"מ אפשר דגם החולקין יודו ולפי שכבר הארכתי בפסק ההוא וכבר הר' נר"ו קרא ושנה בפסק ההוא לא הוצרכתי להאריך כיון שכבר ידוע וגם כי תמיד אין הפנאי עמדי והיינו מ"ש בפסק ההוא מ"ש הר' מהרח"ש בכמה מקו' בדין קברתיו והבאתי שם הנמשכים לדעתו והחולקים עליו ושהר' פ"מ כת' ע"ד מהרח"ש שהוא דבר חדש ושע"ז הר' מהראנ"ח לא

שמיט"ל כלו' לא ס"ל לפי הרשום בזכרו' וא"כ כיון שאני כת' כן פן ואולי אלא שאעפ"כ כת' דעכ"פ דאין דבריו מתוקנים ויש בהם מן הגמגום לא הי"ל להביא מה שכבר כתבתי כמו החדשות הוא מניד:

אמנם את זה אגיד דהן עתה הייתי רוצה לחזור אחר איתו הפסק ואיני יכול לחפש אחריו דצריך לטרוח הרבה דלעת כזאת נ"ל דגם אם יהיה באיזה ענין של ממזרות דפליגי הפוס' די"ס שהוא ס"מ וי"ס דהוא מותר גמור דאף דהוא מחלו' שקול וגם רבני האחרו' לא גילו דעתם בזה ונשאר הדבר בס' אצלנו דלא ידעי' הל' כמאן דעכ"ז לא נוכל לעשות ס"ס אפי' באיסור ממזרות משום דהר' מהרח"ש עשה כן גבי קברתיו ויש מהפוס' שנמשכו אחר דבריו גם בשאר איסי' כמ"ש בפסק ההוא מ"מ יש לדון בזה מפני שבדין עצמו דקברתיו רוב מרבני האחרוני' כת' שיש לחוש לס' הרמב"ם דאף ביבשה בעי' קברתיו ולא התירו משום זה דגם להרמב"ם הוא רק ספק ומכללם הר' הג' מהראנ"ח ח"א סי' ו' וע"ש בפוס' שהביא שם ואף למי שס"ל דאין לחוש הוא רק מפני שסברת הרמב"ם הוי יחידאה כדכת' הר' מהרימ"ט חא"ה סי' ל"ב ואחרי' עמו דמת' מדבריהם דאם לא היה יחידאה יש לאסור ואין להתיר משום ס"ס ועי' מטה יוסף ח"ב סי' י"א ועי' בהר' כנה"ג וי"א בדין זה וכ"כ בדין שתיקה דלאחמ"מ דהרבה מהפוס' חששו לדברי הרי"ף והרא"ש אף שלדעתם החשש מפני הס' וכבר ראיתי בס' קול בן לוי מ"ש בזה הוא והר' מ"מ שם ולעת הפנאי י"ל ע"ד וגם בענין אי לא אמר לי בקדו' דכ' הפוס' שיש להחמיר אעג"ב דהוא מיעוט ומחמת ספק ועוד י"ל בזה במ"ש בפ' החולץ גבי מחלוקת רבנן ורשב"ג וע"ע בס"ה חקי חיים דל"ז אלא שי"ל ע"ד:

גם ראיתי להר' הג' מהר"ח מודעי בס"ה חיים לעולם א"ה סי' ב' ד"ג דכתב ע"ד מהרח"ש דסי' ד' ופ"מ ח"ב סי' ע"ד וז"ל ויש לי בעניותי עמעימי דברים ע"ז מסוגייא דבכורות דנ"ד אכ"מ ע"כ וע"ע במ"ש הראנ"ח באותה דח"א דסי' ל"ב ודוק ועי' בתשו' הרדב"ז חדשות סי' קס"ה דהסכי' עם מהרשד"ם לעשות ס"ס כה"ג אלא דהרואה יר' דבדין ההוא רבים מחמי' ואכמ"ל:

ולע"ד מלבד מ"ש ומה שי"ל עוד בזה לעת הפנאי בל"ן ועוד זאת י"ל כעת ממ"ש מהרח"ש גופיה בתשו' א"ה סי' ג"ם דמתבאר מדבריו ממ"ש דאם האוס' היו דס"ל דהוי ספק ממזר דיש לאסור אף דיש מתירים אפי' מדר' אלא משוה דגם האוסרין לא אמרו כ"א דהוי מדר' דאפי' בזה הר' מהרא"ם שם לא מלאו לבו להתיר וגם מהרש"ך הצ"ע ע"ז הוא דכת' הר' דיש להתיר ע"ש ולעת הפנאי י"ל בזה:

ומה שנלע"ד כעת לפום ריהטא דמ"ש הר' מהרח"ש כן הוא בההיא דקברתיו וסבלו' וכיוצא דמצד הדין מותר כס' רובא דרבוואתא ואעיקרא הוא מחשש וגם דבעגונה הקלו דמש"ה כתב מהרח"ש ומהרא"ש והפ"מ ופוס' אחרים דיש להקל ג"כ דל"ב מתהפך ע"ע לכן בסניף כל דהו יש להתיר ולעשות ס"ס כיון דהאוסר ג"כ הוא רק מספק אבל כשהאוס' הם רבים ג"כ ושקולים כמנין המתי' או באיסור ממזרות דחמיר אין לעשות ס"ס כזה ולכן במאי דקמן דלכל הפחות דרובא הם האוסרי' דודאי אין לעשות ס"ס כזה מה"ט מלבד כמה טעמי תריצי שכתבתי:

עו"כ עמ"ש דאפי' אי יש ספק מחמת שהם פ"ע דהם א"א ג"כ מחמת הביאה ע"ז השיב דלהרדב"ז ס"ל דגם בביאה צריך עדים ואין זו תשו' דמלבד הרדב"ז לא נחית לזה וי"ל דאילו הוה שמיעא ליה מ"ש הרא"ם ורבני דורו והזק"א ושיש ראיה לדברי' מהראשו' דגם הם סל"ה שמא גם הוא היה מודה וכדכתי' לעיל:

ועוד זאת דאפי' נימא דאינו מודה וקדו' ביאה הם להם קדו' עכ"פ לגבי דידן הוי מקודשת והוו אשת איש משום דאיכא ס"ס להחמיר ס' אי נתקדשה מחמת קידושי כסף ואף את"ל דקדושי כסף לא הועילו שמא הם מקו' מחמת קידושי ביאה וכבר ידוע מ"ש הפוס' דכשיש ס"ס להחמיר דהוי כודאי א"א מדאור' ובניה הם ממזרים מדאור':

ומ"ש עוד דהיכא דיש מתי' לגמרי ל"ש לו' מעע"ב דאל"כ באו ונצווח ע"כ הר' המתי' הקראים איך לא חשו וכו' איני יודע מה הוא סח דהכו' יראה דאפי' בעלמא דמותר לכ"ע בס"ס כשהוא בס' דפלו' אי' להקת הפוס דסברי דפלו' ל"ח ס' משום דהוי מחוסר ידיעה עי' הגהת שלה"ג במר' פ' החולץ והרדב"ז סי' י"ט ול"ה ורל"ז ותו"ת סי' ע"א ומהראנ"ח ח"א סי' כוט ועדות ביעקב סי' ח' וס"ו וע' מהראנ"ח ח"ב סי' מ' נר' שלא השוה מדותיו וע"ע מהרשד"ם א"ה סי' קס"ה וביו"ד סי' ע"ז ה"ד משאת משה א"ח וכנה"ג א"ח סי' ק"ס ס' א' ובתורת משה א"ה דכ"ח וע"ע במ"ש מב"י א"ה סי' קנ"ט וכבר עמדתי בזה במ"א לא עט האסף פה:

וראיתי להר' מהרד"פ במכתם לדוד יו"ד סי' ל"ה שה"ד המשאת משה שכתב משם מהר"א אלפאנדרי בשם תשו' הרדב"ז דסי' ר"ה דס' דפלוגתא אינו נכנס בסוג ספק והר' ז"ל מפרש לדברי הרדב"ז לכונה אחרת שאם הדבר ברור בלי שום ספק דהוא מחלו' שקול דגם הר' מידה דהוי ס' אלא דהר' מיירי במורה שאינו בקי בדרכי ההוראה לעמוד על הדבר אי כת האוס' הם רבים רו"ב או ר"מ אע"ג נמי מאן דסבר איפכא להתיר הרי בטלו ברוב ולא יוכל להתעלם ויאמר הרי יש מתי' ונחשוב אותו לספק וכו' ע"כ יעוש"ד ואעפ"י שי"ל ע"ד דמי יוכל לעמוד עה"ד ולדקדק בזה דבודאי הם שקולי' ולא יהיה

האוסרים רבים וגם מהפוס' הנ"ל נראה שהבינו כהר' מ"מ דבכל אופן דפלוגתא ואפי' דרואים דשקולים הם דכיון דלא נוכל לידע האמת עם מי דאפי"ה מיקרי מחוסר ידיעה לדעתם מ"מ נר' דהאמת כן עכ"פ דעל המורה מוטל לחקור על הדבר ולעמוד על האמת ולידע מנינם אם הם רו"ב או רו"מ או שקולים הם האוסרים והמתירים כדי לעשות ס"ס ומכאן תשו' למ"ש הר' מהרי"א יצ"ו שלא ידע מנינם דמלבד דהדבר ברור דהם מיעוטא וכו' ושגם באותם שהביא אין בהם הכרע כ"א רק שהרדב"ז ז"ל רצה לדקדק מדבריהם והוא בעצמו ראה שאינו מוכרח כ"א שסמך ע"מ שגילה דעתו שהם פ"ע והא ודאי אילו ברירא ליה מדברי הרמב"ם ור"א לא היה מצריך להסכמת חבריו וגם כמה וכמה מהגדולים כתבו בפי' דאדרבא מדבריו מבי' דאסורים לבא בקהל ואיך יאמר עליהם שהם התירו בפי' וכמ"ש בקונ' הא' ועוד זאת דאפי' לפי"ד כיון דלא עמד על מנינם ולא ידע מחו' ידיעה לא הי"ל למהר ולהתיר באיסור ממזרות דחמיר בעיני כל גדולי הפוס' ולא הוצרכתי להביא עוד מ"ש הגדולים בתשו' כמה החמי' בחשש ממזרות דדי במ"ש להשיב ע"ד התנצלותו ומה גם שכבר חזר בו והודה שהם אסורים לבא בקהל ועליה דידיה מוטל לפרסם הדבר וה' יאיר עינינו במאור תורתו כיר"א:

הצעיר **שלמה אליעזר אלפאנדארי** ס"ט

מעתה אחרי כל האמור תורה יוצאה בהינומא דלית להקראים שריותא לבא בקהל ישראל וכמדובר ונתברר כ"ז בראיות מכריעות כדברי וכדברי הרבנים הנ"ל יצ"ו. ורק אני ב"א להשיב בקצירת האומר על מה שהעיר איזה הערות על דברי הרה"ג כמהרש"א הנ"ל:

פתח דבריו יאיר דיש מהאחרונים והשו"ג דכתבו בדעת מרן דלא בעי ס"ס מתהפך כיעויין בדב"ק:

והנה אנכי לגבי דידי נדון דידן לא הוי אלא חד ספיקא ואת"ל דנחשב ס"ס בכל זאת לענין הלכה אסורה כמ"ש. וכל מה שהארכתי שיח הוא כלפי דעתו של הרה"ג מהרי"א הי"ו שהתיר דכל חיליה הוא מהגאון הרדב"ז והרדב"ז עצמו בעי ס"ס מתהפך. ומה גם דיש לו לחוש לדברי הפוסקים והש"ך שהבאתי בפסקי הראשון דדעת מרן בעי מתהפך ויצא לחלק לשאר נדונות יעש"ב הגם דיש מקצת רבוואתא דסברי מרנן בדעת מרן ממקו' אחרים דלא בעינן מתהפך. סוף כל סוף לא פלטינן ממחלוקת בדעת מרן והיה לו לחוש לזה לא להתיר בשופי מכח ס"ס שעשה שאינו מתהפך. וכל שהוא עיקר הדבר הקשה דהוא נסמך על אילן גדול הרדב"ז ז"ל והוא עצמו סבר לה מר דבעי מתהפך וכאמור. ומצינו לגדולי האחרונים דלא הקילו בס"ס אלא בדבר שנעשה מעשה לא להתיר

לכתחילה (עיין אזן אהרן מע' ס' ובגנזי חיים שם) והגם שהרבה מהאח' קראו ערער על זה כנודע. עכ"ז בנד"ד של הקראית מי דוחק אותנו להכנס בתגר זה. וראוי לנו לחוש לגדולים אלה ולא להתירה לכתחי':

ומדברי מעכ"ת בפסקת ולע"ד יראה דבכה"ג וכו' אלא דהיכא דאנחנו רואים שיש ס' איסור ורוצים לבדות עוד מלבנו ס' אחר כדי להחשיבו כרוב אז צריך שיהיה מתהפך כדי שיהיה חשוב כרוב. מן התימה על הרה"ג מהרי"א הי"ו בנדון זה שבדה הספק מדידיה צריך שיהיה הס"ס מתהפך וכאשר יש לי על זה בכתי' באורך ולא עת האסף. רק אציגה נא לפני הקורא פה מ"ש בש"ך סי' ק"י אות י"ד כמ"ש משם הרמ"ע שמדבריו יש לדון דכשהצד שאינו מתהפך נפל לפנינו ראשונה לכ"ע לא הוי ס"ס כיון שאינו מתהפך. וא"כ בנד"ד י"ל דלכ"ע בעינן מתהפך כיון דעל הקראים אנו דנים ואיך נהפוך הס"ס להתחיל בו מספק ממזר דעלמא. דכשנבא לעשות הס"ס מהקראית שמא הלכה כהחולקים על הרדב"ז דאוס' שוב אין שום ספק אחר וכמובן:

ומ"ש עוד מעכ"ת שי"ל דהוי מתהפך כזה שמא אין קידושיהן קידושין ואת"ל דהוו קידושין שמא לא אירע פיסול ממזרות בהם וכו' וכן להיפך. גם על זה יש לפקפק דהס"ס השני שמא לא אירע בהם פיסול ואת"ל אירע שמא אין קידושיהן קידושין וכו'. לא אתי שפיר דכשנאמר ואת"ל אירע בהם פיסול הא לא אפשר כ"א והיה בהניח דקידושיהן הם קידושין דאי לא מהיכי תיתי להיות פיסול בהם ועיין בשפתי דעת רס"י י"ח כעין זה. ותדע שהרי נוכל לעשות ס"ס ג"כ באופן אחר שמא עידיהן פסולים כדעת איזה פוסקים ואת"ל כשרים שמא אירע פיסול בקידושין שנחסר איזה מדיני הקידושין כגון שאין בו ש"פ וכיוצא. ולהיפך ג"כ י"ל שמא לא נתקדשה כראוי ואת"ל נתקדשה שמא עידיהם פסולים. אם לא שנא' דס"ס זה הו"ל כס"ס משם אחד כיון דכל עיקר הב' ספקות הוא לענין אם קידושיהן קידושין ותו לא:

באופן מ"מ כבר הוכחנו שאין מקום לס"ס בנד"ד. ולו יהי שיש ס"ס כבר כתבנו דמשום יוחסין לא שרי, וא"כ קם דינא ובהא סלקינן ובהא נחתינן דאיסור הקראים איסורם איסור עולם ככל אשר כתבתי. וגם מני"ר הרה"ג מהרש"א יצ"ו דהסכים כוותי. ואיידי דתורה דיליה חביבה עלי. עברתי על דב"ק ונשתעשעתי באמריו כי נעמו ברוך שחלק מחכמתו. וצייי"מ ונפלאות יראנו מתורתו.

כ"ד אני ראשון ואני אהר'ן המכונה **אב"א** ס"ט

מפתחות מספר "מפי אהרן" ע"ס א"ב

אות א

אם הרוב כופין את המיעוט. דף א' ע"ב עד ד"ח ע"ד:
אם בש"ץ יכול גם היחיד למחות בו. דף א' ע"ד:
אם הרוב כופין את המיעוט היכא דאיכא רווחא להאי ופ"ל. דף א' ע"ג:
אם כתב הפוסק ואפשר. הוא דרך ענוה. או דמספ"ל, דף ב' ע"ב עד ע"ד:
אם בהקמת ומנוי רב או ממונים יכולים המיעוט לכוף את הרוב. דף ב' ע"ד:
אם מנהג מבטל הסכמה. דף ב' ע"ד:
אם מנהג מבעל הלכה. דף ג' ע"א: אם מיעוט מהקהל נפרדו מדעת הרוב שלא כדין משו.
ואפי' היו המיעוט יותר עשירים ויותר חכמים. ד"ג ע"ג:
אם בעינן רוב מתוך כל. ומתוך מו"מ עם הכלל. דף ד' ע"א:
אם אנסוהו נכרים להראות ממון חברו פטור היינו מחמת אונס נפשות. או הכאות ויסורין. או עפ"י אונס ממון. ד"ה ע"ד:
אם בזה"ז מצו ב"ד לאפוקי ממונא מאומדנא. דף ז' ע"ג:
אין נזקקין אלא לתובע תחי'. ד"ט כא אם יש ביד המלוה שטר מקויים יורדים לנכסי לוה אפי' שלא בפניו ד"ט ט"ב:
אנשים שכתבו כתב חיוב לתת פרס קצוב להרב שלהם חייב כל אחד מהם על אותה קצבה. די"א ע"א:
אם קרקע של שמעון כתוב בשם ראובן בפנקס המטווילי ורוצה ראובן להחזיק עד שיפרעו לו. דף י"ב ע"ג:
אם אחד הביא סחורה למכור ביום השוק. והיה לו לאדם אחר תביעה עליו ורימה אותו וקנה ממנו ואמ"ל משטה אני בך. כ"ט ע"ג:
אם הערב הפסיד שהוכרח למכור חפציו בזול כדי לשלם את ב"ח אין הלוה חייב לשלם כ"א מה שהוא חייב. דכ"ט ע"ג:
אם הבטיח להלוות לו והלך לסופר וכתב לו שטר ואח"כ חזר המלוה. חייב לשלם שכר הסופר שנתן הלוה. שם:
אם סופרי הממשלה ידענו דמרעי נפשייהו ונענשו בדיני המלכות. אין להם דין ערכאות. דל"ט ע"ג:
אנחנו היושבים בתוגרמא ד"ד דינא הוא היינו דוקא אם השטרות נעשו בערכאות. שם:
אין מחזיקין בכל נכסי מלכות. שם:

אם המערער מכחיש בחזקה. על המחזיק להביא ראיה. שם:
אם הרחיים ולול של תרנגולים הוי חזקה. שם:
אם שותף שהחזיק בבית קטן בחצר אם יוכל להוסיף עליו להרחיבו. שם:
אם נתן לבנו חנות והעבירה על שמו בטאבו בלי שטר וחזר האב ומכרה לאחר. דף מ"ם ע"ג:
אף דקי"ל דחזקת ג"ש צריכה להיות ביום ובלילה בתדירות מ"מ כל דבר אזלינן בתר תשמישו וכו'. דמ"א ע"ב: אם הטוען אמר שיודע הוא שיש לו זכות בשטר שביד המערער משביעים אותו היסת. שם:
אם הזיזין למעלה מגמל ורוכבו אפי' לכתחילה יכול להוציא. דמ"ו ע"ג:
אם מחי' ופשרה צריכה קנין. דנ"ב ע"ד:
אע"ג דמשכון של אחרים קנוי לו ומצי מקדש ביה וכו' אינו קנוי לו ממש. דנ"ד ע"ב:
אם טען הלוה מחלת לי חוב שבשט"ז. דס"ב ע"ב: אם החוב ברור צ"ל לשון המחי' מבורר. דס"ב ע"ב: אם החוב ברור והמחלוקת על הפטור. שם:
אם כתב לה כתובה ונאבדה. דנ"ה ע"א: אלמנה שאין שטר כתובה יוצא מתחת ידה וכו'. דנ"ה ע"ב: אחד שיש לו שט"ח על חבירו. והעדים מעידים שמח"ל החוב וכו'. דנ"ח ע"ב:
אם הדברים מוכיחים שלא מח"ל ברצונו. אין באותה מחילה ממש. דנ"ח ע"ד:
אדם שעושה מעשה שנראה כמודה לח בירו הוייא מחי' דנ"ט ע"ב:
אם נהגו בני העיר לכתוב שטרותיהם ע"י סופרים נכרים אין הולכין אחריו. דף ס"ג ע"ד:
אם יש כח במנהג להפקיע ירושה מן היורשים. דף ס"ג ע"ד:
אם יש שם חנויות אחרות נגד פתח החצר אין למנוע לזה הרוצה לפתוח חנות וכו'. ד"ן ע"ג:
אם מהיום ולאח"מ צ"ק. דס"ג ע"ג:
אם יש כח במנהג להפקיע ירושה מן היורשים. שם:
אם אמר בלשון ירושה על מי שאינו ראוי ליורשו ל"א כלום. שם:
אם בתקנות בני העיר נמי בעינן אדם חשוב. דס"ט ע"ב: אם קצת מבעלי העצה מוחין במה שעושין קצתן מה שעשו לא עשו ולא כלום. דע"ב ע"א:
אין רשאין חשובי העיר לקיים שו"ד היכא דיש דיין מומחה או א"ח אם לא ע"פ. דע"ג ע"ג:
אי מטי פסידא לרוב מצד מניעתו להסכים עמהם אולי נקרא מזיק בידים. דע"ח ע"א:
אע"ג דבעינן רוב מתו"ך זיל בתר טעמא וכו' אבל אם כבר נשמע טעמם והוא טעם פגום. והיה כלא היה. דע"ח ע"ב:

אם הרוב הסכימו המיעוט נגרר אחריהם בין שהיו שם ובין וכו' ואפי' בנים אשר יולדו להם. דע"א ע"ג:
אף למ"ד דהרוב מצו לכוף את המיעוט ה"ד במקום דאיכא תקון העיר אבל להסכים בדבר הרשות דע"ו ע"ג:
אפי' רוב כו"ל הקהלות באנשים ממקומות חלוקים אין הרוב כו"ל. שם ע"ד:
אם תקנו דבר ולא נמצאו שם קצת מן הברורים ואח"כ כשבאו הסכימו למעשיהם מהני. דע"ז ע"ב:
אחד שאמר לבני חבורה עשינו זה ושתקו. דפ"ו ע"א: אשה שהשכירה מלמד לבנה וידע בעלה ולא מיחה. שם:
אחד שנתפס מכח מס של קהל אחר. ותפס משל אחד מן הקהל. דפ"ז ע"ב:
אם טוענים מחלת לנו מבלי עדות מה דין טענה זו. דפ"ט ע"ב:
אדם שיש לו בית אמו חרבה והסוחרים נוטים שם אהליהם ונותנים לו שכי' ובא אחד ובנה שם בנין ואין יד בעל החורבה משגת. דצ"ג ע"ב:
אפי' אין להם הנאת ממון אלא עשות רצונם מקרו נוגע בעדות שם:
אפי' בענין דלא ליקרו ליה גברא אלמא מקרי נו"ב. דפ"ט ע"א: אם יש שתי קהלות בעיר כיון שכל קו"ק הרי הוא כעיר בפ"ע אין נאמנים וכו'. שם:
הא דמהני סלוק לדיינים ה"ד דהתביעה עם בה"ע. אבל כשיש דיינים אחרים וכו'. שם:
אם נפל ספק בין יחיד עם רבים שהקהל אומרים כן המנהג והיחיד אומר לא. ויש דרא דממונא אין הקהל מוחזקים. שם ע"ב:
מגו לחצי טענה ל"א. שם ע"ד:
דיינים החותמים לקיים השטר חותמים אעפ"י שלא קראוהו ד"ץ ע"א:
רשות ביד המלך לעשות לו דרך באמצע השדות והכרמים דצ"ג ע"ב:
נגידים ראשי עם קו' הממנים על הצבור בכח שירותם בחצר בית המלכות מצוה קא עבדי. דצ"ד ע"ג:
אין יכולים לצרף חכם אחר אפי' גדול בחכמה אחרי שכבר זכה הראשון. דצ"ו ע"א:
הרב הנכנס בגבול הראשון אפי' ברשות הקהלה נקרא משיג. שם כלל גדול אמרו רז"ל דכל ענייני המנויים אם הבן ראוי הוא קודם לכל אדם וכו'. שם ע"ד:

אות ב

בני חבורה ששכרו להם חכם לדרוש להם בכל שבת וחזרו בהם. ד"ט ע"ג:
בעה"ב ששכר פועל שישמשנו ומת הבעה"ב בחצי הזמן נוטל הפועל כל שכרו. דף י"ב:
במה ד"א שיש חזקה להז"ר בעושה מעשה כגון פותח חלון על חצר חבירו אבל חצר

השותפין וכו' ד"ן ע"א. במה ד"א כשאין אדם גדול וחכם בעיר לתקן ענינם אבל יש חכם אפי' כל בני העיר אין רשאים דע"ג ע"א: בזה"ז שמקבלים רב ועוקר דירתו ממקומו וקוצבים לו שכי'. הבא בגבולו לא טוב עשה בעמיו. דצ"ו ע"א:
בנ"א שלא היו בעיר בשעת החרם חייבים לנהוג בתקנות הצבור. דע"ה ע"ב:

אות ג

גרמא. לחלק בין גרמא בנזיקין לפטור לד"ד לחייב די"ד ע"א:
גרמא ודד"ג הרמב"ם ומר"ן ז"ל ס"ל דאין חילוק ומחייב בתרוייהו. די"ט ע"ד:
גרמא ודד"ג. גרמא הוא שאין כונתו להזיק או שכונתו להזיק ובסיוע אחר. ודד"ג הוא בהתחבר השנים שעשה הוא המעשה בידים בלא מסייע וכינתו להזיק. כ"ח ע"ג:
גם בשטרות הכתובים פ' נתחייב לכל מוכ"ז צריך מסירה לקנותם. דס"ד ע"ד:
גזבר הקדש רשאי להוציא הוצאות על נכסי הקדש אעפ"י שיצטרך למכור מקצת וכו' דצ"ד ע"ד:
גבאי צדקה שאין להם עניים לחלק ואם צריכים למכור מה שגבו מן התמחוי מוכרים לאחרים. דצ"ה ע"ב:

אות ד

דינא דגרמי לא מחייבינן בדד"ג אלא לעושה הרעה ישלם. דף י"ב ע"ג:
דינא דגרמי הוי מטעם קנס. והט' למאן דמחייב בהיזק שאינו ניכר. דף י"ב ע"ד:
דינא דגרמי. דינא הוא ולא קנסא. די"ט ע"ד:
דבר שבא לעולם ואינו ברשותו. דינו כדבר שלא ב"ל. דס"א ע"ג:
דין רבים מוחזקים. אינו אלא בענין מסים דוקא. דנ"ח ע"ג:
דבר הנעשה בקנין אינו מתבטל כ"א בקנין אחר דס"ב ע"ג:
דוקא בעובר על תקנת הקהל בהסתר וכו' אך באיש שלעיני השמש עובר על חרמות ביד רמה. דפ"א ע"ב:

אות ה

המזיק לחבירו בעצתו. דט"ז ע"א: המזיק שעבודו של חבירו. די"ח ע"ג:
היכא שנפל מחלוקת בגופו של קרקע אין הוכחה מפנקס הטאבו. דל"ט ע"ב:
המנהג בממשלה למכור החצר עם הבית ואינם מבארים. שם ע"ג:
היתה החלון למטה בכותל כופה את חבירו לבנות כנגדה ברחוק ד"א ולהגביה הבנין ד"א כדי שלא יביט בו מן החלון. שם:
הנשבע שלא ידבר עם חברו מותר לכתוב לו בכתב. ד"ס ע"א:

הפוגם שטרו אין אדם עשוי להשטות לא כן במוחל כל החוב שייך ביה השטאה. ד"ס ע"ג:
הרי שפתח חלון לצד חבירו ומחל לו בעל החצר ה"ז החזיק ואינו יכול לערער עליו. ד"ן ע"א:
הא דאמרינן היכא דלא ידע ומחיל לא הוייא מחי' היינו בע"פ. אבל בכתב גמר ומחיל. דס"א ע"ב:
היה לו משכון ע"ח שהי"ל אצל אחרים וקידש בו אשה. דנ"ג ע"ד:
המוכר שע"ח לחבירו ומסר המשכין ביד הלוקח שוב אינו יכול למחול וכו'. דנ"ה ע"א:
המוחלת כתובתה אצ"ק וכו'. דנ"ה ע"א: המהרהר בד"ת א"צ לברך והכותב צריך לברך. דנ"ט ע"ב: הכופר בפקדון ונתפשר עמו ומח"ל ואח"כ מצא עדים יכול לחזור בו. דס"א ע"ב:
הפותח חלון לחורבת חברו אם הוי חזקה. ד"ן ע"א: היה פתח של אחד מהשותפים בחצר קטן. אינו יכול להרחיבו. ד"ן ע"ג:
הנשבע שלא ליכנס בתקנת הקהל ה"ז שבוו"ש. דס"ו ע"א: הסכימו הקהל למנות אנשים נאמנים על המסים והחרימו ואחד מסר מודעה. שם ע"ג:
הסכמה שהסכימו למגדר מלתא. ואח"כ ראו דבאו לתקן ונמצא מקלקל בטלה ההסכמה. דפ"א ע"א:
המפרנס יתום בתוך ביתו פטור וכו'. דפ"ד ע"ב: היה המלוה ת"ח אין משביעין אותו. דפ"ט ע"ג:
הבית והעליה של שנים כל קלקול שיארע בכתלים וכו'. דצ"ג ע"א:
הבא למעט מכבוד הרב שיזכה באיזה שררה ה"ז שו"ד. דצ"ו ע"ב:

אות ח

חלון על גג של רעפים והם סתומים ברשת של ברזל וטבלא של זכוכית והם גבוהים יותר מד' אמות מתחתית הבית. דל"ז ע"ב:
חרם שהחרימו הקהל בהסכמת כולם ועברו כמה אנשים החרם ולא נענשו לא הותרו כולם. דפ"א ע"א:
חרם אפי' יתרצו מיעוט העם בכמות ורב באיכות בעושר להתירו. לא יוכלו להתירו כ"א ברוב דעות. דפ"א ע"ב:

אות ט

עלית שאחז בו האור פושטו ומתכסה בו ואינו חושש אם תכבה. דט"ז ע"ג:

אות י

יין נסך עכו"ם שנוגע ביינו של ישראל לאונסו. דף י"ד ע"ב: יתומים שמכרו נכסי אביהם ויצאו על אביהם ב"ח ואינן יכולים לגבות הנכסים מיד הלקוחות די"ט ע"א:

יין נסך. עכו"ם שנתכוון להזיק בנגיעתו ליינו של ישראל. כ"ג ע"ב:

יש לחלק בין בית לחצר בדין החזקה. דל"ט ע"ב: יש אומרים שאם רואה הדיין שבעל דין חושדו שנוטה הדין כנגדו צריך להודיעו מאיזה טעם דנו דמ"ה ע"ד:

יכול להעמיד נר של שמן ביו"ט במקום שהרוח שולטת בז דש"ז ע"ד:

יש מי שנסתפק אם היזק חנות הוי כחלון ד"ן ע"ג:

יתום שמחל לשמעון ממון אביו בעבור שלא ידע כמה הוא הסך דס"א ע"ב:

יכולים בני העיר לעשות ביניהם תקנות וכו' ולקנוס וכו' ואע"ג דאיכא דברים הכוללים לכל בני המדינה אבל הם נגד מוכרי פירות או נגד פועלים:

דס"ה ע"ד:

יש כח ביד רוב אנשי העיר במעמד ט"ה עם המרבץ תורה בתוכם לתקן כ"מ שיראה בעיניהם ואם יש קצת יחידים מוחים בדבר. דע"א ע"ב:

אות כ

כל היכא שמתקנים הקהל אין צריך שיהיה רוב מתו"ך. אבל אם הוא דבר שאינו למגדר מלתא ויש שם הפסד לשו"א בעינן רוב מתו"ך. ד"ה ע"א:

כל שהפועל יכול לומר הא קאימנא. אף אם אינו מוחזק נוטל כל שכרו. דף יו"ד ע"ב:

כל שהמחזיק משתמש עם בעל החצר הנודע לנו אין חזקת המחזיק כלום. דל"ט ע"א:

כל תנאי שהוא היפך הדין צריך להיות מפורש היטב בלשון השטר. דמ"ג ע"ב:

כשפוסק דין בש"ע בלשון יש מי שאומר נראה שהוא דין שאינו נזכר בשאר פוס' ואין שום חולק. דמ"ה ע"ד:

כל שיש לחוש שלא מטוב לבו מחל צריך שיקנו מידו דנ"ח ע"ד:

כשם שאין אדם מקנה דבר שלב"ל. כך א"י למחול דבר שלא בא לעולם. דס"א ע"ג:

כל הרחקות שאמרנו. אם לא הרחיק וראה חברו ושתק. ה"ז מחל וא"י לחזור וכו'. ד"ן ע"א

כל השטרות העולים בעש"ג כשרים אינו אלא כשהעדים הגוים רואים נתינת הממון. דס"ג ע"ד:

כל ספק בתקנה יד בעל התקנה עהת"ח. דף ס"ט ע"ב: כל שבררו הקהל עשרה או פחות או יותר כל שלא אמרו שילך אחר הרוב אינו כלום. דע"ב ע"א:

כל דבר שהקהל או ט"ה שנתנו מדעת הקהל א"ץ קנין ודבריהם ככתובים וכמסורים. דע"א ע"ב:

כותל שבין ראובן לשמעון והוא של אחד מהם יכול לסתרו כשירצה דצ"ב ע"א:
דרך מרן הקדוש להשמיט בש"ע מ"ש בבית יוסף. ד"ט סוף ע"ד:
העיד מרן הקדוש על הרשב"א ז"ל כי רב מובהק הוא אפי' נגד כל הפוסקים. דף יו"ד ע"ב:
למה פטרו גרמא בנזקין. וחייבו דד"ג. ומה הוא דבר הגורם לממון. ומזיק שעבודו של חבירו. די"ג ע"א:
כלל גדול יהיה בידך כל הגורם ומחמת גרמתו בא לחברו היזק ואינו תלוי בדעת אחרים כגון זה מחייב ר"מ. די"ג ע"ג:
היכא דמרן ז"ל סותר דבריו ממ"ש בתשו' למ"ש בש"ע נקטינן להלכה כמ"ש בש"ע. דכ"ב ע"ב: יכול המוחזק לומר קים לי כמ"ד שלא קבלנו הוראותיו דכ"ד ע"א:
אם מצאנו ראינו שני פסקי דינים דסתרי זל"ז בש"ע אמרינן במקום אחד סתם כדעת הרמב"ם ז"ל לבני אר"י ומערב דגרירי אבתריה. ובמקום אחר לשאר מקומות וכו'. דכ"ד ע"א:
כל שגילה דעתו מרן ז"ל דחולק הוא ע"ד הרמב"ם ז"ל אזלינן בתריה דף למ"ד ע"ב:
כל רב או פו' שעשה חבור כולל בין שעשאו בתחי' ימיו בין בסוף יש לתפוס דברי החיבור העיקר מדברי התשובה דף ל"א ע"א: כל פוסק שיש לו חיבור פסקים ותשובות הפסקים הוא העיקר דודאי הם היו באחרונה. דף ל"א ע"ב: היכא שסותר מרן דבריו מתשו' לש"ע ליכא מאן דפליג דעבדינן עיקר מה שפסק בש"ע כנודע. דף ל"א ע"ב: יכולים לומר קי"ל כמ"ש הרא"ש בתשו' ולא בפסקים דאע"פ שהסכמת להקת נביאים שאמרו דהפסקים עיקר דף ל"א עמו"ג:
דרך מרן לעולם להעתיק בש"ע לשון הפוסק אות באות ואף שיש קו' וכו'. דף ל"ד עמו' א':
לא קבלנו הוראות מרן נגד המנהג ד"ג עמו"א:
פוסק שכותב אם יסכימו עמי בעלי הוראה אפשר שהוא דרך ענוה. ויכול בע"ד לומר קי"ל דף כ' ע"ד:
פוסק שסובלים דבריו ב' פירושים יכול המוחזק לומר קים לי כהך פירושא דמסייע ליה. דכ"א ע"ד:
קבלנו דעת הרא"ש ז"ל היכא דלא גילה דעתו הרמב"ם ז"ל. ד"ט ע"ד:
אם קבלנו סברת מרן גם בתשובה אין הדבר ברור כ"כ דף ל"א עמו"ב:
כשכותב מרן יש מי שאומר הוא להלכה ולמעשה דס"ב:
לא זו אף זו אין שייך לומר בפוסקים. ויש להסתפק אם ה"ה זו ואצ"ל זו. ד"ן ע"ד:
אם בדיני ממונות בענין ספק ספיקא אם בעינן ס"ס המתהפך. דנ"א ע"ג:
אם בס"ס מפקינן ממונא מיד המוחזק שם:

הלכה כרב מנא ברוב הירושלמי דהיא מאריה דתלמודא דנ"ג ע"ג:
כלל על דברי מרן ומורם ז"ל בכ"מ שכותבים יש מי שאומר או יש אומרים מבלי שום חולק כן הלכה פסוקה דנ"ח ע"ד:
כלל גדול שקבלנו לדון כמרן הק' ז"ל ובמקום שלא נתבאר בדבריו סמכינן לדברי מפה"ד הרב חיד"א ז"ל וסי' לדבר אם יוספים אנחנו לשמוע שם:
מעמד שלשתן הוייא הלכתא בלא טעמא דנ"ט ע"ד:
אפי' מכמה ספקי לא מפקינן מיד המוחזק דס"ג ע"ב: ס"ס לכ"ע אין מוציאין מיד המוחזק דס"ג ע"ב: צוואה העשויה בעש"ג מבטלה מהרשד"ם דס"ג ע"ד:
מתנה טמירתא אפי' בקנין לא מהני דס"ד ע"ג:
מתנה שנותן הש"מ להמקבל שטרות שיש לו על אחרים בעי כתו"מ ואמירה וכו' שם:
כל היכא דאיכא לאסתפוקי בעיקר המתנה אי הוי מתנה או לא. לכ"ע היורש הוא המוחזק. דס"ד ע"ד:
מתנה שבטלה מקצתה בטלה כולה. דס"ה ע"א: הסכמה שהיא בחרם אין שבועה חלה עליה. שם ע"ד:
שבועה חלה על ההסכמה דלא עדיף הסכמה מאיסור דרבנן. דס"ז ע"א:
כבר נתפשט המנהג בהסכמת המורים דבתקנו רובם סגי. שם:
הסכמות לתקנות העיר אמדינן דעת מתקני התקנה בין להוציא המשמעות ובין להוסיף ולהכניס בכלל ההסכמה את אשר לא פורש. שם:
אי אזלינן בתר אומדנא דמוכח. שם:
כל שיש ס' במשמעות התקנות הולכים להקל לנתבע. דס"ט ע"ג:
מפתחות הכתובות בש"ע בראש כל סימן הם מעשה ידי מרן הק' ז"ל. שם ע"ד:
דרך מרן בש"ע שכ"מ שדבר הרמב"ם עשה ספרו על ס' הרמב"ם ובמקום שהרמב"ם אינו מדבר יסד ע"ס הטור. ד"ע ע"ב:
דרכו של רמ"א בהגה בכ"מ שכותב איזה דין או איזה פרט מדברי הש"ע בסתם כאילו הר' מהריק"ו מודה ואינו כן וכו'. ד"ע ע"ב:
בני העיר א"ץ להסכמת אדם חשוב שבעיר. ד"ע ע"ד:
ל"מ פסידא להאי אלא בדבר המצוי בידו ובאים בכח התקנה להפסיד ממונו שם:
רבא ורב ספרא יש לפסוק כרבא דע"ג ע"ב: במילי דמגדר מילתא אין חי' בין חכמים הראשונים לחכמי דו"ד ולא מקרי מגדר מילתא אלא במלי דשמייא. דע"ב ע"א: הסכמת החכמים א"צ הכרזה. דע"ג ע"ג:
תשו' הרמב"ן הם להרשב"א וכמ"ש רבן של כ"י מהרי"ק בהקדמתו לב"י. דע"ה ע"ב:

דעת מרן הק' ז"ל שהריב כ"ל אפי' במקום דאיכא ר"ל ופ"ל. דע"ו ע"ב:
כל שהוכרזה ההסכמה אעפ"י שלא נחתמה נתקיימה. דע"ז ע"א:
ל סגי בהכרזת ההסכמה שטועים דלת העם שהיא עפ"י תורה אלא צריך לקרותה ולהודיעם שהיא הור"ש. שם:
וב חכמה אלים מר"מ. דע"ע ע"א: הסכמה שהיא למגדר מילתא או לאפרושי מאיסורא אין לה התרה אפי' מדעת כולם. שם ע"ג:
הסכמת האבות אף בלתי חרם דין חרם ואלה אית לה. שם:
אפי' יש בעיר חכמים יותר מופלגים מהדיין ומנהיג בחכמה ובזקנה הכל בטלים לגביה. דפ"ג ע"א:
אב שנתחייב בשדוכין וקנס בעד בתו הגדולה אם פייסה ולא רצתה פטור מן הקנס. דפ"ג ע"ב:
נהגו הקהלות לעשות כל דבר עפ"י עדים מהקהל וע"י חכם הקהל. דפ"ג ע"ד:
כל אדם שעושה פעולה עם חבירו לא יוכל לומר לו בחנם עשית עמדי הואיל ולא ציויתיך. דפ"ד ע"ד:
כל ספק בתקנה העמד הדבר על ד"ת. דפ"ו ע"ג:
דוקא ברבים התובעים ליחיד מהני סילוק ולא להופכו. שם ע"ד:
כל בריא בחיובא וספק בחזרה חייב. שם:
ראובן החכם יכול לתפוס שכרו מאחד מבה"ע בעד כולם. דפ"ז ע"ב:
רב הנשכר לזמן ומת א' מהקהל. בניו חייבים. דפ"ז ע"ב: שנים שלוו אם כפר אחד מהם והודה אחד חייב בכל. שם מ"ג:
היכא שיש לומר שהיה משחק ומהתל במחי' צ"ק. דפ"ח ע"א: בענין ממון א"א להעיד אנשי העיר בלי הסתלקות זולתי בתקנות והסכמות והסי' צריך שיהיה להם ולזרעם אחריהם ולקרוביהם הפסו' לעדות ולזרעם הנולד אחר עדותם. דפ"ח מ"ג:
אם העיד בלי סלוק א"י להעיד עוד אפי' שנסתלק. שם ע"ד:
דיין שעשה פסק אם יכיל עוד לדון בדבר. שם:

אות ל

לא אמרו שפועל יכול לחזור בו אלא בשוכר עצמו באמירה אבל וכו'. דף יו"ד ע"ג:
לא אתי מלד"ה ודחי ירושה דאורייתא. דס"ד ע"א: לא אמרו שותף כיורד ברשות דמי אלא בשני שותפים בקרקע שאין חלק לזולתם. אבל בבית של הקדש וכו' דצ"ד ע"ג:

אות מ

מלמד. אסור למלמד להשכיר עצמו לבעה"ב שיש לו מלמד אחר בביתו. דף ב' ע"א:

מלמד אם יש כאן מלמד שמלמד לתנוקות ובא אחר טוב ממנו מסלקין הראשון מפני השני. שם:
מלמד נוטל שכר שלם. שם:
מלמד מי ששכר מלמד לבנו ללמדו שנה אחת. ובתוך השנה מצא טוב ממנו. ד"ט ע"ד:
מלמד ששכרוהו הקהל לזמן קצוב בלי קנין וחזרו הקהל תוך הזמן. דף יו"ד ע"א:
מלמד שהשכיר עצמו לג' שנים. שנה א' מיקרי התחלה גם לב"ש. ד"י ע"ב:
מלמד ששכרוהו שלשה א"צ קנין וא"י לחזור דף יו"ד ע"ג:
מגו במקום מנהג לא מהני. דף ב' ע"ד:
מי שהיה לו פתח קטן לרה"ר ורצה להרחיבו או היה רחב ורצה לעשותו שנים אין חבירו שכנגדו יכול לעכב עליו. דף ל"ג ע"א:
מי שנתן לחתנו חצר וכתוב בשטר המתנה מתהומא דארעא ועד רו"ר ורוצה החתן לזכות גם בחצר התחתונה והנותן היה דר בחצר התחתונה הנז' אחר ג' שנים דף ל"ו ע"א:
מי שהגיע לו הזק בממון מחמת שליחות שולחו. או שהעלילו עליו מחמת השליחות והפסידוהו ממון. אם על המשלח לשלם לו נזקו אם לאו דף י"ב ע"ב:
מי שהיה לו דריסת הרגל ע"ד חצר חבירו ה"ז חזקה וכו' דל"ט ע"א:
מי שהיה לו בית ויש בה חלון על החורבה ומכר הבית לאחר ושייר לעצמו וכו'. דף מ"ם ע"ד:
מילתא דעבידא לאגלויי ובאו עדים עליה לא אמרינן אוקי ארעא בחמ"ק. דמ"ב ט"א:
מי שיש לו שט"ח על ב' בנ"א ומחל לאחד מהם הוייא מחי' אף אם לא החזיר השטר. ד"ס ע"ג:
מחילה בטעות צריכה דליהוי מוכחא מילתא. דס"א ע"ב: מחילה בכעס לא הוייא מחילה. דנ"ח ע"ד:
מי שרצה להעמיד נכח החלון בזיז הקבוע לעשות מלאכה שם רובו של יום. דנ"א ע"ב:
מי שבא להגביה השופכין כדי שירדו ממקום גבוה. שם:
מי שתבעוהו למחול והשיב יהי כדברך. ד"ס ע"ד:
מותר לתחוב נר הדולק בבהכ"ן ביו"ט בחול כדי שלא ישרף יותר ממה שיצא לחוץ. דט"ז ע"ד:
מותר לילך בנר של שמן ביו"ט אעפ"י שהוא מזיז את השמן. שם:
מי שהיה לו חלון בכתלו ובא חברו ועשה חצר בצדו דמ"ח ע"ב: מלד"ה דוקא בהקדשות דאיכא בהו מצוה לעשות נח"ר להמקדיש. דס"ד ע"א:

מי שנמצאת דייתיקי קשורה לו על ירכו. שם ע"ב: מתנת בריא לאח"מ לאו כלום אא"כ נותנה כמתנת בריא. דס"ג ע"ב: מנודה לעירו מנודה לעיר אחרת. מנודה לעיר אחרת אינו מנודה לעירו. דע"א ע"ג:

מי שהיה עומד בבהכ"ן בשעת החרם וענה אמן נתחייב בשבועה ומי שלא ענה פעור (לדבר הרשות). דע"ז ע"ד: מלמד שהתחיל ללמד ואמר לו בעה"ב לך מעמדי ושוב חזר ורצה לעכבו. דפ"ד ע"א:

מותר לעשות אסור בידים בקו"ע מפני שלא יהיה מחלוקת בעיר וכו'. דפ"ד ע"ב:

מחילה בכעס ומריבה אם מח"ל בפי'. דפ"ט ע"א: מי שרוצה להשביח נכסי שית'. דצ"ג ע"ב:

אות נ

נר של שעוה שרוצה להדליקו ביו"ט וחס עליו שלא ישרף כולו. דט"ז ע"ג:

נתן שדה במתנה לראובן ואח"כ החזיר ראובן שטר המתנה להנותן. דס"ב ע"ב:

אות ס

סוחר ששלח סחורה לעמיתו וצוהו למכרה ולא מכרה וגרם לו נזק. דף י"ד ע"ד:

סתם דיינים שאין להם מבוא לדבר הנוגע לכללות העיר. דע"ג ע"ג:

אות ע

עני המהפך בחררה. דף ז' ע"ב: ערב קבלן לעולם יפרע ממנו תחי' אפי' יש נכסים ללוה ד"ח ע"ד:

עדיפא כתיבה מדבור דליכא בה טענת השטאה וסיל"ד כתב אשר נכתב בשם המלך אין להשיב. דנ"ט ע"ב:

עיקר המנהג הוא שרוב הקהל יתיעצו עם זקני הקהל ויתקנו תקנה. דס"ג ע"ד:

עד שהעיד על שו"ב שחשוד מזה זמ"ר והוא עצמו היה אוכל משחיטתו. דפ"ח ע"ב:

אות פ

פירות ששראן או בשלן במים ונכנס טעם הפרי במים. אם מברך על אותן המים שהכל או העץ. דף ב' ע"ג:

פרקמטיא שלו בדבר האבד שאם לא ימכור יפסיד מהקרן נמכרת ע"י אחרים אבל אם לא יפסיד מהקרן אלא שאם ימכרנה עתה ירויח בה יותר משאם ימכרנה אח"כ אסור וכו' (בחוה"מ). ד"ע ע"ד:

פי' יחיד מומחה שיכול לכוף היינו כר"ן בדורו. דע"ג ע"ג:

אות צ

צוואה הנעשית בפני סופר נוטרי ואינו סופר מתא או מיוחד למלך או למושל. דף ס"ג ע"ג:

צבור שמתקנים תקנה לצו"ץ ונשבעו אנשים שלא ליכנס דס"ו ע"ג:

צבור שהחרימו ע"ד ואח"כ החרימו ע"ד שהוא היפך הראשון ולא התירוהו. דף פ' ע"ב:

אות ק

קהל שקבלו עליהם אדם גדול להיות מרבץ תורה בתלמי' ראובן ושמעון הדרים בבית ומתו התלמידים רח"ל. ד"ז ע"ד:

קהל שבררו ד' או ה' אין הולכין אחר הרוב שאין רוב אלא בב"ד. דף ע"ב ע"ב:

קהל מתירים החרם בלי פתח וחרטה ובלי יחיד מומחה וג' הדיוטות. דף פ' ע"א:

קהל שרוצים להתיר ההסכמה בחרם ויש מוחין הולכין אחר הרוב וכו'. דפ"א ע"ג:

אות ר

ראובן שאמר לשמעון אתה הזקת אותי. או גרמת לי נזק ואין ביניהם עדות ולא ראיה. ושמעון כופר. דף י"ב ע"ג:

ראובן היה ש"ץ ושמעון הוציא עליו ש"ר. והלקוהו הקהל ואח"כ נתברר שהוא שקר. די"ג ע"ד:

ראובן שאמר לשמעון שאם יתן לו בית אשר הוא דר בה יעשה הוא בן עירו. ואמ"ל שמעון שיתנהו לו ואח"כ חזר בו שמעון. דכ"א ע"ב:

ראובן שהבטיח ליאודה לפרוע לו הפוליסא מבלי לעשות פורטיסטו על שמעון. דכ"ג ע"א:

ראובן ושמעון הפקידו משכונם אצל הנכרי ובא יאודה לשואלו ושאל הנכרי את פי שמעון. דכ"ג ע"ג:

ראובן שמכר חבית לשמעון ושאלו אם יש בה שום שבר והשיב שהיא שלימה ונתן בה יין ונשברה מפני שהיה בה שבר ישן. כ"ז ע"ג:

ראובן מכר לשמעון בק"ס וכתב השטר ולא מסרו ללוקח עד שיגמור למכור חפציו וישלם לו קצבת המעות. אחר שמכר הלוקח כל חפצי ביתו חזר בו המוכר. כ"ט נ"א:

ראובן היו לו בתים בעיר אחרת שהיו מקבלים והם הפקידים בכל שנה בשבילו ואחר מותו בא הנה בנו של שמעון ואמר שהבתים האלו הנקראים בשם ראובן ים של שמעון אביו וכו'. דף ל"ו ע"א:

ראובן הבא לפתוח על חצר שמעון במקום שאינו מזיק עכשיו בהיזק ראיה ושמעון טוען שהוא יבנה בשלו היו או למחר. דל"ז ע"ב:

ראובן ושמעון הדרים בבית שהיא ידועה לאחד מהם אין יכול השני לטעון שלו מכח חזקה. דל"ט ע"א:
ראובן שיש לו חלונות ולימים בא שמעון לפתוח חלונות בכתלו כנגד חלונות של ראובן וכו'. דמ"ו ע"ד:
ראובן בנה עליתו והוציא ממנה בליטה לרה"ר ופתח בה חלון ג"כ לרה"ר והחזיק בו. ועתה נמלך שמעון שכנו אשר כנגדו לעשות כמעשהו וטוען ראובן שירחיק ד"א. דמ"ט ע"ג:
רב העיר שקבל שררה על הצבור בלא רצונם וכו' ואם אחר שנתמנה וגמר נתרצו הקהל. דכ"ב ע"א:
ראובן שתבע משנים שלוו ממנו כאחד וכפר האחד והודה השני. דפ"ג ע"ד:
ראובן שהיה לו בית רעוע ויצא מן העיר ובא שמעון והוציא הוצאות ודר בו. דצ"ב ע"ד:

אות ש

שני תלמידים ששכרו להם רב והתנו ביניהם שכל מי שימרוד יפרע השכי'. ד"ט ע"ג:
שכיר שהתחיל במלאכה וחזר בעה"ב גבי שכר שלם. דף יו"ד ע"א:
שכר מכירת בית הנעשה לפני עכו"ם ולא לפני ערכאות. דל"ט ע"ב:
שנים שלקחו קרקע מהשר כשבא לבנות הא' כותל נגד כותל חבירו צריך להרחיק ד"א. דמ"ג ע"ג:
שני בתים בשני צדי רה"ר שאינו רחב ד"א וקדם אחד מהם ופתח חלון בכתלו ואח"כ עמד השני ורצה להגביה ולהאפיל על אותו חלון. דמ"ו ע"ג:
ש"מ שאמר אני נותן מנכסי כו"כ מתנת בריא. דס"ג ע"ב: שלשה שישבו לדין וסילק האחד עצמו אין השנים יכולים לגמור הדין. דע"ב ע"ב:
שבעה ט"ה המוזכרים בכ"מ המובחרים אינו בחכמה או בעושר וכבוד אלא שבעה אנשים שהעמידום הצבור פרנסים סתם. דע"ב ע"ד:
שלשב מבית הכנסת כבהכ"ן ז' מט"ה כבני העיר. דע"ה ע"ג:
שורת הדין בהסכמת ב"ה כל שהרוב מסכימים אין משגיחים לדברי היחיד וכו'. דע"א ע"ג:
שורת הדין שכל מי שיאמר שאינו בעיר ולא שמע בהכרזה אין בדין שיפסיד וכו'. דפ"א ע"ב:
שתיקותא דלאחר גלוי דעת אי הויא כהודאה. דפ"ו ע"ב: שני שות' שהעידו בחובתם נאמנין לגבי שאר השות'. דפ"ח ע"ב:
שותף שירד לתוך שדה חבירו המשותף ועבדה. צ"ג ע"א.

אות ת

תפיסה ל"מ אלא כשהיו הנכסים ברה"ר או בסימטא אבל ברשות בעלים לא מהני. דל"א ע"ב:

תקנות וגזרות ומנהגות אם ראו מקצתם שראוי לגזור או לתקן וכו' וראו מקצתם שאין ראוי. דס"ה ע"ד:

תקנות הקהל כל שאינן נקבצים כולם במעמד אחד אלא שהשמש הולך לכ"א בפ"ע אין הרוב מועיל. דע"ח ע"ג:

מפתחות השו"ת בדרך כלל מספר "מפי אהרן"

סי' א' בענין קה"ק ששלחו שלוחים לעיר אחרת והביאו להם רב ומו"ץ ובבואו כתבו לו מנוי וקבעו לו פרס ולא נשתוו המיעוט בתנאי אחד ועזב אותם ושב אל ארצו ותובע מכסת הכסף. אם הצדק בידו. ואם הרוב יכו"ל. נמשך עס"ו ד"ח:

תשובת מע' הרה"ג וכו' כקש"ת מהר"ר יצחק אבואלעפייא הי"ו מד"ט ע"א עד ע"ג:

תשובת הרב המחבר הי"ו. מד"ט ע"ג עד די"ב ע"א: הסכמת הרה"ג וכו' ראב"ד מקודש בעיה"ק ירושלים ת"ו כקש"ת רפאל יצחק ישראל ז"ל:

סי' ב' ראובן היה לו קרקע בעיר אחרת והיה כתוב בפנקס המטווילי בשם אשתו וברצות ראובן למכור הקרקע נתנה הרשאה בערכאותיהם לבנה לוי למכרה כאשר נתראה עם יאודה ומכרה לו בתנאי עד בא תשובה מאביו שיתן לו רשות למכרה בסך זה ולקח ממנו ערבון עשרים לי"ט ובתוך הזמן בא יששכר והוסיף לו על סכום הנז' ואמר לו ליתן לו ערבון ולא קבל לוי לעשות שום דבר כ"א ברצון אביו וקבע לו זמן וכאשר לא בא תשובה מאביו הוכרח למכור לראשון. וישששכר טוען כי לוי אמר לו שיכין מעות ועפ"י דברו שהביא מעותיו מן הבאנק והפסיד פירותיהם גם על העבר וכו'. מדי"ב עד די"ט:

הסכמת מאור הגולה וכו' ראש"ל כקש"ת יש"א ברכה ז"ל שם:

סי' ג' תשובת מע' הרה"ג וכו' כקש"ת מהר"ר יצחק אבולעפיא הי"ו. מדי"ט עד דכ"ב:

סי' ד' תשובת מע' הרב המחבר הי"ו. מדף כ"ב ע"ג עד כ"ו ע"ד:

סי' ה' תשובת והסכמת מע' הרה"ג וכו' מופלג בתורה וביראה המלך שלמה אלפנדארי יצ"ו ר"מ ור"מ בעוב"י דמשק יע"א מדף כ"ו עס"ו ל"א:

סי' ו' אודות החצר והבתים אשר מכר היתום כה"ר מאיר אועקנין הי"ו ועמד המצרן ותבע דין מצרנות ושם ויכוא הדיינים הע"י מדף ל"ב עס"ו דף ל"ד:

סי' ז' אודות מה שזכה הראב"ד מקודש מע' הרב ח"ד בדרא הי"ו להרחיב חלונות הפתוחים לרה"ר ולהגביהם הגם שהם נגד חלונות שכנו מן הצד מה' טעמים. שם:

סתירת הפס"ד הנז' מאת מע' הרבנים ב"ד יכב"ץ הכרעת דברי האריות האלה מאת הרב המחבר הי"ו שם:

סי' ח' שו"ת ה"ר אהרן מרגליות היו לו בתים בחצרות סמוכים זה לזה והיה לו חלון אחד פתוח מבית אחד להחצר השניה לו ולחלון הנז' דלת זכוכית ומכר כהר"א הנז' החצר אשר החלון פתוח לה ונשאר לו הבית השניה שיש בה החלון והחלון נשאר פתוח כמו שהיה יותר מג' שנים ואח"כ מכרה אלמנת הקונה הנז' הבית והחצר שקנה בעלה לאיש אחר ועוד מכר כה"ר אהרן מרגליות הנז' הבית והחצר השניה שיש בה החלון הנז' להר"ב בחבוט וכעת עומד הגואל אחרון ורוצה לסתום החלון הנז' וכו'. מדל"ה עד דל"ח

סי' ט' שאלה אודות החצר של מע' הרב כמהרי"ע הי"ו שבה כיפות פתוח פתחיהם לחצר סמוכה לה ובאחת הכיפות יש גם חלון קטן פתיח לחצר הנז' ובחצר ההיא הסמוכהלהשיכות יש בחלק ממנה שני בתים להר' זאיידי אשכנזי הי"ו ורצה האשכנזי לסתור את אחד מהבתים ולחדש בניינם ועי"ז יאפיל את פתח הכיפה של כמהרי"ט הי"ו וכו' ותשובת דומ"ץ דק"ק האשכנזים וסתירת הרב כמהרימ"ט הי"ו והסכמת הב"ד דק"ק ספרדים הי"ו והסכמת מע' הרב המחבר הי"ו. מדל"ח עד מ"ד:

סי' יו"ד פסק הרב המחבר הי"ו להכשיר שער אשר כתוב בו קבלת ס' הרב הפוסק וכו' ואפי' נגד מרן הק' וכו'. דמ"ד עד דמ"ה ע"ג:

סי' י"א פסק הרב המחבר הי"ו על שאלת הרב כמהרב"ץ אלקלעי הי"ו אם יוכל לפתוח חלון על רה"ר כנגד חלון חבירו ויצא זכאי בדינו וכו'. מדמ"ה ע"ג עד נ"ב ע"ג:

סי' י"ב פסק הרב המחבר הי"ו אודות השד"ר שזכה בזכות שליחות עורקיא ונסע להערים ההם ומפני חמת המציק תגרת יד האויב והמלחמות אשר היו בימים ההם וליוצא ולבא אין שלום והיה למשא כבד על שולחן אחרים הוכרח לשוב ובא וישב בעיר תהלה בירות יע"א. והנה המנהלים אשר בימים ההם הכריחו אותו לשוב להשלים שליחותו ואם לאו יזכו אותה לאיש אחר. ומרוב הפצרתם אשר הכעיסוהו תמרורים יום יום הוכרח לכתוב להם כי יעשו מה שלבם חפץ וזיכו אותה לאיש אחר ועתה הרב השד"ר הרא' מבקש זכותו בטענות וכו' ומפי אהרן תורה יוצאה כי הצדק לו ולא איבד את זכותו וכו'. מדף נ"ב ע"ג ע"ד ס"ג:

סי' י"ג תשובת הרב המחבר הי"ו לחוות דעתו על דבר הצוואה הידועה אשר ציוה השר המנוח קאייד נסים שמאמה ז"ל והעלה להלכה כי אין לצוואה זאת לא שורש ולא ענף. לא נוצה ולא כנף. מדס"ג עד דס"ה:

סי' י"ד פסק הרב המחבר הי"ו ע"ד התקנה אשר עשו ר"מ ור"ב אודות הבשר אשר נהגו עד עתה בעיה"ק טבת"ו בשותפות יחד הק"ק ספרדים וק"ק אשכנזים והשוחטים מחכמי אשכנז היו במקולין אחד. ועתה הק"ק ספרדים הע"י הסכימו בהסכמה גמורה בכל חו"ת כי יפרישו מקולין אחר וזובחי הזבח יהיו מהת"ח הספרדים הי"ו וכו' ואחרי כן קמו אחרים ובטלו הסכמה זאת אחרי אשר נהגו בה מספר ירחים והעלה כי אין כחם יפה לבטל חומר הסכמה זאת וכו'. מדס"ה ער פ"ב:

סי' ט"ו ע"ד הטענות שטען הרב המורשה מצד הרב המחבר הי"ו כמהר"מ מאיר חי אליקים הי"ו נגד הרב המורשה מצד כוללות עיה"ק צפת"ו כמהרי"ץ הכהן הי"ו ותשובה יוצאת מפי מע' הרב כקש"ת יוסף ידיד הלוי הי"ו לדון ולהורות לזכות את ישראל קה"ק צפת"ו וכו' מדפ"ב עד דפ"ה:

סי' ט"ז תשובה מאת מע' הרב כקש"ת אליאו ילוז הי"ו שנתברר מצד הרב המחבר הי"ו והעלה להלכה לחייב כוללות עיה"ק צפת"ו לשלם למע' הרב העליון הי"ו אם יסכים הרה"ג המכריע כמהר"ר רפאל זילבערמנן הי"ו מדפ"ה עד דפ"ז:

סי' טו"ב סדר קבלת עדות מפי שלשה עדים מאנשי עיה"ק צפת"ו שהעידו בבדה"ץ שהרב העליון מחל וכו' ובכן יצא הרב טעון כי איך תועיל עדותם והם מבני העיר ונוגעים בעדות ועוד סתר טענת הרב המורשה מעיה"ק צפת"ו וגם סתר הפסק דין של הרב הנברר מעיה"ק צפת"ו והאריך הרחיב ומסר הדבר למע' הרה"ג רבי אליעזר הגדול אלפאנדרי הי"ו. מדפ"ז עד דצ"ב:

סי' ח"י שאלה מהרב ראובן אשר לו משרת ח' באשי ש בהורמנא דמלכא ע"ד אויר גג בירה גדולה הידועה לכוללות העיר והוא רוצה לבנות חצר ובית דירה לדור בעצמו ויש מעכבים והשיב הרב כקש"ת מכלוף אל דאוד"י הי"ו כי לו משפט הזכיה ויוכל לבנות ולדור כרצונו ובהסכמת מע' הרב הגדול הרב המחבר פני יצחק אבואלעפייא ובהסכמת ב"ד הגדול אשר בעיה"ק צפת"ו. מדצ"ב עד דצ"ג:

סי' י"ט תשובה מאת מע' הרב המחבר הי"ו להד"ר עז'ר למע' שר וגדול ליאודי"ם מרדכי הצדיק הי"ו לבנות ולנטוע כחפו"ר תורה יוצאה בהינומא מטעמים אחרים וגם בסי' זה פסק ב"ד עיה"ק טבת"ו הנשמט מסי' א'. מדצ"ב עס"ו דצ"ה:

סי' כ' תשובה מאת מע' הרבנים הגדולים בתי דינים אשר בעיה"ק צפת"ו מקה"ק ספרדים ומקה"ק אשכנזים הע"י ע"ד ראב"ד החונה במושבת ראש פינה מכמה שנים וגם בחזקת הרב רבי אבה"ו ז"ל והן עתה חדשים מקרוב באו למנוע ממנו קצבתו וכו' וגם תשו' מאת

הרב המחבר הי"ו כי אסור לבא בגבולו וכו' ומעלין בקדש ואין מורידין והבן ראוי ואין כמוהו והוא קודם לכ"א וכו' דצ"ו:

סי' כ"א בענין הקראים דאסורים לבא בקהל נגד פסק הרה"ג כמהרי"א בסו"ס פנ"י ח"ו. מד' צ"ז ע"ג ע"ד ק"ב ע"ב:

סי' כ"ב עוד ע"ע הנז' הסכמת הרה"ג כמהרש"א הי"ו ותשו' הרה"ג כמהרי"א הי"ו ע"ד וחזר הרה"ג כמהרש"א הי"ו להציל עצמו ותשו' הרב המחבר הי"ו שנית עע"ז. מד' ק"ז ע"א ע"ד קט"ו ע"ב:

תמו המפתחות

שיר

סימן **אהרן אלחדיף** חזק

אז אמרתי הנה באתי. ולא מעדו קרסולי. צדק בקהל בשרתי. ואודה כי גמל עלי. תוך רבים אהללנו:

התורה הזאת על ספר. עלי באר חפרוה. כתוב זכרון בספר. בניה ויאשרוה. פי ה' יקבנו: רב טובך אשר צפנת. עת הפרו תורתך. נכספה וגם כלתה. שבטך ומשענתך. אשרי אנוש יוכיחנו:

נאמנים כל פקודיו. מושכים משבט סופר. וריחם כרוב חסדיו. ואזני העם אל ספר. ירוצון ויכוננו:

אלי אתה ואודך. גמול על עבדך אחיה. אלד'י ארוממך. אמרנו בצלו נחיה. אתה תשוב תחיינו:

למען אחי ורעי. ישמעו וילמדו. ותורתך שעשועי למשפטיך עמדו. עניתי ואשורנו:

חיים הם למוצאיהם. נקטה נפשי בחיי. שכל טוב לכל עושיהם. כן אברכך בחיי. ברכות תקדמנו:

דרך אמונה בחרתי. בשיר ושבחה אשירה. הנה קמה אלומתי. חלקי ה' אמרתי. כל חוסי בך ירננו:

יש דרך ישר לפני איש. בסוד ישרים ועדה. לחם אבירים אכל איש. בואו שעריו בתודה. אם על תודה יקריבנו:

פי פערתי ואשאפה. חתום תורה בלימודי. על ספר לקובל אלפא. והי בהם עד בלי די. ה' ויאר לנו:

חיים וחסד עשית. ואני כותב על ספר. שם אהרן זו קנית. קח לך מגלת ספר. שמך נקרא בקרבנו:

זה היום שקוינוהו. לא ימוש ספר התורה. והדר תעטרהו. בעטרה שעיטרה. כי מראש צורים אראנו׃

קול אומר קח את אהרן. למען תזכור את טובו. לך לאות ולזכרון. גרדי נתן ואמיץ לבו. על כן זכור אזכרנו׃